



Abteilung VI
F-5791/2019

Urteil vom 24. August 2020

Besetzung

Richterin Susanne Genner (Vorsitz),
Richter Andreas Trommer,
Richterin Regula Schenker Senn,
Gerichtsschreiberin Barbara Kradolfer.

Parteien

A._____,
vertreten durch Ilona Zürcher, Rechtsanwältin,
Beschwerdeführer,

gegen

Staatssekretariat für Migration SEM,
Quellenweg 6, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Einreiseverbot.

Sachverhalt:**A.**

Der Beschwerdeführer (serbischer Staatsangehöriger, geb. 1957) wurde am 1. Oktober 2019 anlässlich einer Kontrolle durch die Kantonspolizei St. Gallen auf einer Baustelle in X._____ angehalten und wegen des Verdachts auf Ausübung einer Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung festgenommen. Gegenüber der Kantonspolizei gab er zu Protokoll, er sei seit knapp drei Monaten in der Schweiz. Er sei bei seiner Tochter zu Besuch. Zunächst habe er sich um sie gekümmert; sie sei schwanger. Sein Schwiegersohn sei dann operiert worden und habe den Umbau nicht mehr selber machen können. Damit seine Tochter nicht auf der Baustelle putzen musste, habe er geholfen. Er habe keine Handwerksarbeiten ausgeführt. Im Rahmen dieser Einvernahme wurde ihm das rechtliche Gehör zu allfälligen Entfernungs- bzw. Fernhaltungsmassnahmen gewährt.

B.

Am 2. Oktober 2019 verfügte das Migrationsamt des Kantons St. Gallen die Wegweisung des Beschwerdeführers aus der Schweiz und ordnete gleichzeitig die Ausschaffungshaft an.

C.

Mit Strafbefehl vom 3. Oktober 2019 wurde der Beschwerdeführer wegen rechtswidrigen Aufenthalts und Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung zu einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen, bedingt aufgeschoben bei einer Probezeit von zwei Jahren und einer Busse von Fr. 200.- verurteilt. Gegen diesen Strafbefehl erhob der Beschwerdeführer Einsprache.

D.

Am 3. Oktober 2019 verfügte die Vorinstanz gegen den Beschwerdeführer ein zweijähriges Einreiseverbot und entzog einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung. Zudem ordnete sie die Ausschreibung im Schengener-Informationssystem (SIS) an.

E.

Mit Beschwerde vom 2. November 2019 beantragte der Beschwerdeführer die Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung. In prozessualer Hinsicht ersuchte er um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung, um Sistierung des Verfahrens bis zum rechtskräftigen Abschluss des Strafverfahrens sowie um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Weiter sei ihm Akteneinsicht zu gewähren und anschliessend eine Nachfrist zur Ergänzung der Beschwerdebegründung anzusetzen. Zur Begründung

machte er im Wesentlichen geltend, keiner Erwerbstätigkeit nachgegangen zu sein. Ausserdem sei er noch nicht rechtskräftig verurteilt.

F.

Am 21. November 2019 hiess die Instruktionsrichterin das Gesuch um Akteneinsicht gut. Die übrigen Verfahrensanhträge wies sie ab.

G.

Die Vorinstanz beantragte in ihrer Vernehmlassung vom 31. Januar 2020 die Abweisung der Beschwerde.

H.

Der Beschwerdeführer hielt in seiner Replik vom 7. April 2020 an seinen Anträgen und deren Begründung fest und stellte den (neuen) Eventualantrag, die Dauer des Einreiseverbots auf 1 Jahr zu begrenzen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Verfügungen des SEM, die ein Einreiseverbot nach Art. 67 AIG zum Gegenstand haben, unterliegen der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (Art. 112 Abs. 1 AIG i.V.m. Art. 31 ff. VGG).

1.2 Das Rechtsmittelverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

1.3 Der Beschwerdeführer ist als Verfügungsadressat zur Erhebung des Rechtsmittels legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist somit einzutreten (Art. 50 und 52 VwVG).

1.4 Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in der vorliegenden Streitsache endgültig (Art. 83 Bst. c Ziff. 1 BGG).

2.

Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheb-

lichen Sachverhalts und – soweit nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat – die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht wendet das Bundesrecht von Amtes wegen an. Es ist gemäss Art. 62 Abs. 4 VwVG an die Begründung der Begehren nicht gebunden und kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder abweisen. Massgebend ist grundsätzlich die Sachlage zum Zeitpunkt seines Entscheides (vgl. BVGE 2014/1 E. 2 m.H.).

3.

3.1 Gestützt auf Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG kann das SEM gegenüber ausländischen Personen, die gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen haben oder diese gefährden, ein Einreiseverbot verhängen. Das Einreiseverbot wird für eine Dauer von höchstens fünf Jahren verfügt (Art. 67 Abs. 3 erster Satz AIG). Es kann für eine längere Dauer verfügt werden, wenn die betreffende Person eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellt (Art. 67 Abs. 3 zweiter Satz AIG). Aus humanitären oder anderen wichtigen Gründen kann die verfügende Behörde ausnahmsweise von der Verhängung eines Einreiseverbots absehen oder ein Einreiseverbot endgültig oder vorübergehend aufheben (Art. 67 Abs. 5 erster Satz AIG).

3.2 Das Einreiseverbot gemäss Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG ist keine Sanktion für vergangenes Fehlverhalten, sondern eine Massnahme zur Abwendung einer künftigen Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (siehe Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8. März 2002 [im Folgenden: Botschaft] BBl 2002 3813, welche in Bezug auf die Regelungen zum Einreiseverbot weiterhin massgeblich ist). Die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG bildet den Oberbegriff für die Gesamtheit der polizeilichen Schutzgüter. Sie umfasst unter anderem die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung und der Rechtsgüter Einzelner (vgl. Botschaft, a.a.O. S. 3809). Ein Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG liegt unter anderem vor, wenn gesetzliche Vorschriften oder behördliche Verfügungen missachtet werden (Art. 77a Abs. 1 Bst. a der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE, SR 142.201]). Widerhandlungen gegen Normen des Ausländerrechts fallen ohne weiteres unter diese Begriffsbestimmung (vgl. Botschaft, a.a.O., S. 3813). Dabei genügt es, wenn der ausländischen Person eine Sorgfaltsverletzung zugerechnet werden kann. Unkenntnis oder

Fehlinterpretation der entsprechenden Bestimmungen stellen normalerweise keinen hinreichenden Grund dar, von einer Fernhaltmassnahme abzugehen. Jedem Ausländer und jeder Ausländerin obliegt es, sich über bestehende Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit den ausländerrechtlichen Vorschriften ins Bild zu setzen und sich im Falle von Unklarheiten bei der zuständigen Stelle zu informieren (vgl. statt vieler Urteil des BVGer F-296/2017 vom 8. Juli 2019 E. 4.3 m.H.). Demgegenüber müssen bei Annahme einer Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Aufenthalt der betroffenen Person in der Schweiz mit erheblicher Wahrscheinlichkeit zu einem Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung führen wird (Art. 77a Abs. 2 VZAE). Bestand ein solches Verhalten in der Vergangenheit, ist die Gefahr entsprechender künftiger Störungen zu vermuten (vgl. Urteil des BVGer F-7649/2016 vom 13. März 2018 E. 3.2 m.H.).

3.3 Wird gegen eine Person, die – wie der Beschwerdeführer – nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats der Europäischen Union oder der Europäischen Freihandelsassoziation besitzt, ein Einreiseverbot verhängt, so wird sie nach Massgabe der Bedeutung des Falles im Schengener Informationssystem (SIS) zur Einreiseverweigerung ausgeschrieben (vgl. Art. 21 und 24 der Verordnung [EG] Nr. 1987/2006 vom 20. Dezember 2006 über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems der zweiten Generation [SIS-II], Abl. L 381/4 vom 28.12.2006 [nachfolgend: SIS-II-VO]; Art. 21 der N-SIS-Verordnung vom 8. März 2013 [SR 362.0]).

4.

4.1 Die Vorinstanz wirft dem Beschwerdeführer vor, ausländerrechtliche Bestimmungen verletzt zu haben, indem er erwerbstätig gewesen sei, ohne über die erforderliche Bewilligung zu verfügen. Damit liege ein Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG i.V.m. Art. 77a Abs. 1 Bst. a und Art. 77a Abs. 2 VZAE vor.

4.2 Der Beschwerdeführer bestreitet, erwerbstätig gewesen zu sein. Er habe seine schwangere Tochter unterstützt. Insofern sei der Sachverhalt nicht richtig festgestellt worden. Jedenfalls sei die Dauer von 2 Jahren unverhältnismässig.

4.3 Der ausländerrechtliche Begriff der Erwerbstätigkeit ist weit gefasst. Als Erwerbstätigkeit gilt dabei jede üblicherweise gegen Entgelt ausgeübte un-

selbständige oder selbständige Tätigkeit, selbst wenn sie unentgeltlich erfolgt (Art. 11 Abs. 2 AIG). Eine Tätigkeit gilt dann als üblicherweise gegen Entgelt verrichtet, wenn sie ihrer Art und ihrem Umfang nach auf dem schweizerischen Arbeits- und Dienstleistungsmarkt angeboten wird. Ohne Belang für die Qualifikation als Erwerbstätigkeit ist dabei, ob die Tätigkeit nur stunden- oder tageweise oder vorübergehend ausgeübt wird (Art. 1a Abs. 1 VZAE; vgl. statt vieler: Urteil des BVGer F-1827/2018 vom 30. September 2019 E. 6.3.4 m.H.). Einschränkungen des Begriffs Erwerbstätigkeit können sich lediglich dort ergeben, wo der besondere Charakter der Hilfeleistung gerade durch die verwandtschaftliche oder emotionale Nähe zwischen den Beteiligten gewährleistet ist und die ausführende Person daher nicht durch einen Dritten ersetzt werden könnte, ohne dass der besondere Charakter der Hilfeleistung verloren ginge (vgl. Urteil des BVGer F-5785/2019 vom 30. April 2020 E. 4.3).

4.4 Aus den Akten geht hervor, dass der Beschwerdeführer am 1. Oktober 2019 im Haus seiner Tochter und seines Schwiegersohns angetroffen wurde, das seit einigen Wochen umgebaut wurde. Er trug verschmutzte Arbeitskleidung. Er hatte dort während mindestens 2 Tagen Putzarbeiten verrichtet, um seine schwangere Tochter von dieser Arbeit zu entlasten, nachdem sein Schwiegersohn wegen einer Operation nicht mehr selbst auf der Baustelle tätig sein konnte (Akten SEM 2). Der Beschwerdeführer hatte sich zu jenem Zeitpunkt schon seit fast 3 Monaten in der Schweiz aufgehalten, um seine Tochter zu unterstützen.

4.5 Reinigungsarbeiten, die auf einer Baustelle anfallen, werden – wie die Bauarbeiten selbst – auf dem Arbeitsmarkt angeboten. Der Schwiegersohn des Beschwerdeführers erledigte diese Arbeiten selbst und hätte einen Dritten damit beauftragen können bzw. müssen, wenn der Beschwerdeführer nicht für ihn eingesprungen wäre. Somit fällt die fragliche Tätigkeit unter den in E. 4.3 beschriebenen Begriff der Erwerbstätigkeit. Es handelt sich dabei auch nicht um eine Hilfeleistung, die wegen der erforderlichen besonderen verwandtschaftlichen oder emotionalen Nähe nicht von Dritten ausgeführt werden könnte. Folglich liegt auch keine Ausnahmesituation im oben erwähnten Sinne vor. Damit steht fest, dass der Beschwerdeführer einer Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 11 Abs. 2 AIG nachgegangen ist, ohne über die dafür notwendige Bewilligung zu verfügen (vgl. Art. 11 Abs. 1 AIG). Da er es unterlassen hat, die Bewilligung einzuholen, war auch der Aufenthalt im Zeitraum der Erwerbstätigkeit rechtswidrig. Aus diesen Umständen ergibt sich ohne weiteres, dass der Beschwerdeführer gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen und einen hinreichenden

Anlass zur Verhängung eines Einreiseverbots gegeben hat (vgl. Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG).

5.

Soweit der Beschwerdeführer einwendet, das Strafverfahren sei noch nicht rechtskräftig abgeschlossen, da er Einsprache erhoben habe, ist darauf hinzuweisen, dass der Erlass eines Einreiseverbots nicht eine strafrechtliche Verurteilung voraussetzt, sondern an das Vorliegen einer Polizeigefahr anknüpft. Die Behörden beurteilen in eigener Kompetenz und nach spezifisch ausländerrechtlichen Kriterien, ob eine solche Polizeigefahr vorliegt. Folglich kann ein Einreiseverbot auch dann erlassen werden, wenn ein rechtskräftiges Strafurteil fehlt. Es genügt, dass Verdachtsmomente vorliegen, die von den Behörden als hinreichend konkret erachtet werden (vgl. Urteil F-5785/2019 E. 6).

6.

6.1 Es bleibt zu prüfen, ob die auf zwei Jahre befristete und damit unterhalb der Regelhöchstdauer von Art. 67 Abs. 3 AIG liegende Fernhaltungsmassnahme in richtiger Ausübung des Ermessens ergangen und angemessen ist. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit steht dabei im Vordergrund. Unter diesem Gesichtspunkt ist eine wertende Abwägung vorzunehmen zwischen dem öffentlichen Interesse an der Massnahme einerseits und den von der Massnahme beeinträchtigten privaten Interessen des Betroffenen andererseits. Die Stellung der verletzten oder gefährdeten Rechtsgüter, die Besonderheiten des ordnungswidrigen Verhaltens und die persönlichen Verhältnisse des Verfügungsbelasteten bilden dabei den Ausgangspunkt der Überlegungen (Art. 96 AIG; ferner statt vieler HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 514 ff.).

6.2 Wie dargelegt, hat der Beschwerdeführer durch die illegale Erwerbstätigkeit und den damit einhergehenden illegalen Aufenthalt gegen ausländerrechtliche Vorschriften verstossen. Dieses Fehlverhalten wiegt nicht leicht, kommt doch den ausländerrechtlichen Normen im Interesse einer funktionierenden Rechtsordnung eine grosse Bedeutung zu. Namentlich das generalpräventiv motivierte Interesse, die ausländerrechtliche Ordnung durch eine konsequente Massnahmenpraxis zu schützen, ist als gewichtig einzustufen. Überdies liegt eine spezialpräventive Zielsetzung der Massnahme darin, die Betroffenen zu ermahnen, bei einer zukünftigen Einreise in die Schweiz nach Ablauf des Einreiseverbots die für sie geltenden Regeln zu beachten (vgl. BVGE 2014/20 E. 8.2; Urteil F-5785/2019 E. 7.2

m.H.). Es besteht somit ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Fernhaltung des Beschwerdeführers.

6.3 Dem öffentlichen Interesse sind die privaten Interessen des Beschwerdeführers gegenüber zu stellen. In diesem Zusammenhang beruft dieser sich darauf, dass seine Tochter in der Schweiz lebt. Dieser Umstand allein ist nicht gewichtig genug, das erwähnte öffentliche Interesse aufzuwiegen. Der Beschwerdeführer wird seine Tochter ausserhalb des Schengenraums treffen können bzw. müssen, sofern nicht humanitäre oder andere wichtige Gründe gebieten, die Wirkungen des Einreiseverbots auf Gesuch hin vorübergehend aufzuheben (vgl. E. 3.1 am Ende).

6.4 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das vorliegende Einreiseverbot sowohl im Grundsatz als auch hinsichtlich der Dauer eine verhältnismässige und angemessene Massnahme zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung darstellt. Das verhängte Einreiseverbot entspricht denn auch der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts in vergleichbaren Fällen, wobei das Bundesverwaltungsgericht sogar dreijährige Einreiseverbote des SEM im Zusammenhang mit illegaler Erwerbstätigkeit von geringfügiger Art bestätigte (vgl. Urteil F-5785/2019 E. 7.4 m.H.).

7.

Die Ausschreibung der Fernhaltemassnahme im SIS ist ebenfalls nicht zu beanstanden (vgl. Art. 21 i.V.m. Art. 24 SIS-II-VO), geht es doch vorliegend um zentrale Bestimmungen der migrationsrechtlichen Ordnung, gegen die der Beschwerdeführer verstossen hat (Art. 115 Abs. 1 Bst. a AIG und Art. 115 Abs. 1 Bst. c i.V.m. Art. 11 Abs. 1 AIG). Dabei erfolgt die Ausschreibung weitgehend automatisch, sofern die Voraussetzungen gemäss SIS-II-VO erfüllt sind. Der Beschwerdeführer erwähnt zwar, dass das Einreiseverbot schwerwiegende Folgen für ihn hat, weil es sich auf den ganzen Schengen-Raum erstreckt. Allerdings macht er keine weiteren Ausführungen dazu, so dass kein Grund dafür ersichtlich ist, von einer Ausschreibung im SIS abzusehen. Im Übrigen kann jeder Mitgliedstaat aus wichtigen Gründen oder aufgrund internationaler Verpflichtungen die Einreise in das eigene Hoheitsgebiet gestatten (vgl. Art. 6 Abs. 5 Bst. c der Verordnung [EU] 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen [Schengener Grenzkodex, SGK]).

8.

Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene

Verfügung im Lichte von Art. 49 VwVG nicht zu beanstanden ist. Die Beschwerde ist daher vollumfänglich abzuweisen.

9.

Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens sind dem Beschwerdeführer die Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 1 ff. des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 1'000.- werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Sie sind durch den in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss gedeckt.

3.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben)
- die Vorinstanz (Akten Ref-Nr. [...] zurück)

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Susanne Genner

Barbara Kradolfer

Versand: