



Abteilung VI
F-6906/2018

Urteil vom 10. Dezember 2019

Besetzung

Richter Fulvio Haefeli (Vorsitz),
Richter Gregor Chatton, Richterin Regula Schenker Senn,
Gerichtsschreiber Daniel Brand.

Parteien

A. _____,
vertreten durch lic. iur. Rolf Müller, Rechtsanwalt,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand

Einreiseverbot.

Sachverhalt:**A.**

Die Beschwerdeführerin, eine 1984 geborene Staatsangehörige der Dominikanischen Republik mit Wohnsitz in Spanien, wurde am 3. November 2018 spätabends – anlässlich einer Kontrolle durch die Kantonspolizei Solothurn – in der Kaffee Bar "X. _____" in Olten angehalten und aufgrund des Verdachts auf illegale Erwerbstätigkeit festgenommen. Dabei wurde ihr vorgehalten, hinter der Theke dieser Bar diverse Getränke in den Kühlschrank ein- und auch wieder ausgeräumt und sich mit Gästen unterhalten zu haben (vgl. Strafanzeige vom 3. Januar 2019).

Bei der am 6. November 2018 durchgeführten polizeilichen Einvernahme bestritt die Beschwerdeführerin im Wesentlichen, in besagtem Lokal einer Arbeit nachgegangen zu sein. Sie habe lediglich dem Freund der Geschäftsführerin kurz geholfen, das Bier aus- und wieder einzuräumen. Sie sei aber bereits am 9. August 2018 in die Schweiz eingereist und habe fast täglich – ausser am Wochenende – das Baby ihrer Freundin in Aarwangen/BE gehütet, wenn diese gearbeitet habe. Als Gegenleistung habe sie gratis Kost und Logis erhalten.

Im Rahmen derselben Einvernahme wurde der Beschwerdeführerin rechtliches Gehör bezüglich einer allfälligen Verhängung einer Fernhalte-massnahme gewährt. Zudem wurde ihr mitgeteilt, dass die Angelegenheit an die zuständige Staatsanwaltschaft rapportiert werde.

B.

Gestützt auf diesen Sachverhalt erliess das SEM am 6. November 2018 gegen die Beschwerdeführerin ein zweijähriges Einreiseverbot und entzog einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung. Zur Begründung führte die Vorinstanz im Wesentlichen an, die Beschwerdeführerin sei wiederholt ohne Bewilligung einer Erwerbstätigkeit nachgegangen, womit sie gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen habe (Art. 67 Abs. 2 Bst a AuG; seit dem 1. Januar 2019 geändert in Ausländer- und Integrationsgesetz, AIG, SR 142.20; AS 2017 6521, AS 2018 3171).

C.

Mit Rechtsmitteleingabe vom 5. Dezember 2018 an das Bundesverwaltungsgericht beantragte die Beschwerdeführerin die Aufhebung des Einreiseverbots; eventualiter sei das Verfahren zur erneuten Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

D.

In ihrer Vernehmlassung vom 11. Februar 2019 spricht sich die Vorinstanz für die Abweisung der Beschwerde aus.

E.

In seiner Eingabe vom 18. Februar 2019 weist der Rechtsvertreter darauf hin, dass die Staatsanwaltschaft Solothurn beabsichtige, das Strafverfahren gegen seine Mandantin betreffend rechtswidrigen Aufenthalt und Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung einzustellen, womit sich die Fernhalte-massnahme als widerrechtlich erweise.

F.

In ihrer Replik vom 14. März 2019 hält die Beschwerdeführerin an ihrer Auffassung fest, wonach sie während des besagten Aufenthaltes keiner Erwerbstätigkeit nachgegangen sei. Dem Einreiseverbot sei somit die Grundlage entzogen.

G.

In einer weiteren Eingabe vom 21. Mai 2019 weist der Rechtsvertreter unter Beilage der entsprechenden Einstellungsverfügung darauf hin, dass die Staatsanwaltschaft Solothurn am 10. Mai 2019 das Verfahren gegen seine Mandantin eingestellt habe.

H.

Mit Eingabe vom 11. November 2019 ersucht der Rechtsvertreter um prioritäre Behandlung der Beschwerde, da seiner Mandantin mit jedem Tag der aufgezwungenen Auslandabwesenheit Arbeitslohn entgehe, den sie hätte erwirtschaften können. Aus diesem Grund sei zumindest die aufschiebende Wirkung wiederherzustellen.

I.

Neben den Vorakten zog das Bundesverwaltungsgericht auch die die Beschwerdeführerin betreffenden Akten des Migrationsamtes des Kantons Solothurn sowie diejenigen des Amtes für Arbeit und Migration des Kantons Uri bei.

Auf den weiteren Akteninhalt wird, soweit rechtserheblich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen des SEM, die gestützt auf Art. 67 AIG ein Einreiseverbot zum Gegenstand haben (Art. 33 Bst. d VGG; Art. 32 VGG; Art. 112 Abs. 1 AIG).

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

1.3 Die Beschwerdeführerin ist als Verfügungsadressatin zur Erhebung der Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (Art. 50 und 52 VwVG).

1.4 Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in der vorliegenden Sache 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 rechtserheblichen Sachverhalts und – sofern nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat – die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht wendet im Beschwerdeverfahren 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.

Am 1. Januar 2019 ist die Teilrevision des Ausländergesetzes vom 16. Dezember 2005 (AuG) abschliessend in Kraft getreten (AS 2018 3171). Dabei wurde auch der Titel des Gesetzes in "Ausländer- und Integrationsgesetz" (AIG) geändert. Das Gericht wendet ab diesem Zeitpunkt die neue Bezeichnung an, mit dem Hinweis, dass die in diesem Urteil behandelten wesentlichen Bestimmungen nicht geändert wurden. Gleiches gilt für die Bestimmungen der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201).

4.

4.1 Das SEM kann gestützt auf Art. 67 Abs. 2 Bst. a–c AIG gegenüber ausländischen Personen Einreiseverbote verfügen, die gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen haben oder diese gefährden (Bst. a), Sozialhilfekosten verursacht haben (Bst. b), oder in Vorbereitungs-, Ausschaffungs- oder Durchsetzungshaft genommen worden sind (Bst. c). Das Einreiseverbot wird für eine Dauer von höchstens fünf Jahren verfügt. Es kann für eine längere Dauer angeordnet werden, wenn die betroffene Person eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellt (Art. 67 Abs. 3 AIG). Aus humanitären oder anderen wichtigen Gründen kann die zuständige Behörde ausnahmsweise von der Verhängung eines Einreiseverbots absehen oder ein Einreiseverbot endgültig oder vorübergehend aufheben (Art. 67 Abs. 5 AIG).

4.2 Das in Art. 67 AIG geregelte Einreiseverbot stellt keine Sanktion dar, sondern eine Massnahme zur Abwendung einer künftigen Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8. März 2002 [nachfolgend: Botschaft], BBl 2002 3709, S. 3813). 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). Somit liegt ein Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung dann vor, wenn gesetzliche Vorschriften oder behördliche Verfügungen missachtet werden (vgl. Art. 77a Abs. 1 Bst. a VZAE). Widerhandlungen gegen Normen des Ausländerrechts fallen ohne weiteres unter diese Begriffsbestimmung und können ein Einreiseverbot nach sich ziehen (vgl. Botschaft, a.a.O., S. 3813). Die Verhängung eines Einreiseverbots knüpft an das Risiko einer künftigen Gefährdung an. Gestützt auf sämtliche Umstände des Einzelfalles ist eine entsprechende Prognose zu stellen. Dabei ist naturgemäss primär das vergangene Verhalten der betroffenen Person zu berücksichtigen (vgl. anstelle vieler Urteil des BVGer F-4025/2017 vom 1. Oktober 2018 E. 3.2 m.H.). Es genügt dabei, wenn der ausländischen Person eine Sorgfaltspflichtverletzung zugerechnet werden kann. Unkenntnis oder Fehlinterpretation der Einreise- und Aufenthaltsvorschriften stellen in der Regel keinen hinreichenden Grund für ein Absehen von einer Fernhaltungsmassnahme dar (vgl. Urteil des BVGer F-5969/2016 vom 28. September 2017 E. 4.4. m.H.).

4.3 Die Anordnung eines Einreiseverbots kann gemäss ständiger Rechtsprechung auch dann ergehen, wenn ein rechtskräftiges Strafurteil fehlt, so weil ein Strafverfahren nicht eröffnet wurde, noch hängig ist oder wie in diesem Fall eingestellt wurde (vgl. Urteile des BVer F-5969/2016 vom 28. September 2017 E. 6.4 m.H.; C-7068/2013 vom 19. Mai 2015 E. 5.5 m.H.). Als präventivpolizeiliche Massnahme knüpft das Einreiseverbot direkt an die Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung an und nicht an die Ahndung derselben. Ob eine solche Störung besteht und wie diese zu gewichten ist, hat die Verwaltungsbehörde in eigener Kompetenz unter Zugrundelegung ausländerrechtlicher Kriterien zu beurteilen. Es genügt, dass Verdachtsmomente vorliegen, die von der Behörde als hinreichend konkret erachtet werden, wobei die Unschuldsvermutung im Administrativverfahren grundsätzlich keine Geltung beanspruchen kann (vgl. Urteil des BVer F-7146/2017 vom 30. Mai 2018 E. 4.3).

5.

5.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass das Strafverfahren gegen sie eingestellt worden sei und es nicht nachvollziehbar sei, weshalb die Verwaltungsbehörden von den tatsächlichen und rechtlichen Feststellungen der Strafbehörden abweichen sollten. Grund ihrer Einreise in die Schweiz am 9. August 2018 sei im Übrigen der Besuch ihrer in Aarwangen wohnhaften Freundin gewesen, die kurz zuvor einen Sohn zur Welt gebracht habe. Anlässlich ihres Besuches in der Bar "X. _____" in Olten vom 3. November 2018 habe sie sich "aus kulturell bedingter Hilfsbereitschaft" und aus Langeweile entschieden, den Freund der Geschäftsführerin beim Ein- und Ausräumen von Bierflaschen in den Kühlschrank zu unterstützen. Dabei habe es sich um eine blosser Gefälligkeit, hingegen nicht um eine bewilligungspflichtige Erwerbstätigkeit gehandelt, wie dies denn auch die Strafbehörde festgestellt habe. Dasselbe müsse auch für das Kinderhüten bei ihrer langjährigen Freundin in Aarwangen gelten, sei dies doch absolut freiwillig, unentgeltlich und im Rahmen eines kulturellen und moralischen Freundschaftsdienstes geschehen.

5.2 Die Vorinstanz begründete das Einreiseverbot demgegenüber damit, aufgrund des Einvernahmeprotokolls der Kantonspolizei Solothurn vom 6. November 2018 sowie der im Rahmen der Kontrolle in der Bar "X. _____" vor Ort angetroffenen Umstände gehe das SEM klar davon aus, dass die Beschwerdeführerin in der Schweiz einer Erwerbstätigkeit ohne entsprechende Arbeitsbewilligung nachgegangen sei, womit sie sich auch des rechtswidrigen Aufenthalts schuldig gemacht habe. Ausserdem sei sie mit der Absicht in die Schweiz eingereist, das Baby ihrer Freundin

zu hüten, während diese am Arbeiten gewesen sei. Auch hierbei handle es sich fraglos um eine bewilligungspflichtige Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 11 AIG.

6.

Im Folgenden ist deshalb zunächst darauf einzugehen, ob die Beschwerdeführerin einer Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 11 Abs. 2 AIG nachgegangen ist.

6.1 Der ausländerrechtliche Begriff der Erwerbstätigkeit ist weit gefasst (vgl. SPESCHA, in: Spescha et al. [Hrsg], Kommentar Migrationsrecht, 5. Aufl. 2019, Art. 11 AIG N 2). Als Erwerbstätigkeit im Sinne des Gesetzes gilt jede üblicherweise gegen Entgelt ausgeübte unselbständige oder selbständige Tätigkeit, selbst wenn sie unentgeltlich erfolgt (Art. 11 Abs. 2 AIG). Eine Tätigkeit gilt dann als üblicherweise gegen Entgelt gerichtet, wenn sie ihrer Art und ihrem Umfang nach auf dem schweizerischen Arbeits- und Dienstleistungsmarkt angeboten wird (vgl. EGLI/MEYER, Handkommentar zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, 2010, Art. 11 N 6). Ohne Belang für die Qualifikation als Erwerbstätigkeit ist dabei, ob die Beschäftigung nur stunden- oder tageweise oder vorübergehend ausgeübt wird (vgl. Art. 1a und 2 VZAE).

6.2 Mitarbeitende der Kantonspolizei Solothurn stellten anlässlich einer Kontrolle in besagter Bar in Olten fest, wie die Beschwerdeführerin hinter der Bar stand, diverse Getränke in den Kühlschrank ein- und auch wieder ausräumte und sich mit Gästen unterhielt. Anlässlich der polizeilichen Einvernahme bestätigte die Beschwerdeführerin diesen Sachverhalt, machte jedoch geltend, für ihre Gefälligkeit lediglich ein Süssgetränk erhalten zu haben.

Die kurze Hilfeleistung, der Charakter der Freundschaftlichkeit und die spontane Gelegenheit ändern nichts an der Tatsache, dass es sich bei der Gefälligkeitshandlung der Beschwerdeführerin im ausländerrechtlicher Sinn um eine Tätigkeit handelt, die üblicherweise von entsprechendem Personal gegen Entgelt verrichtet wird. Selbst wenn die verrichtete Arbeit, wie im Beschwerdeverfahren behauptet, ohne Gegenleistung erfolgte, ist sie im Ausländerrecht als Erwerbstätigkeit zu qualifizieren (zum Wesen des ausländerrechtlichen Erwerbsbegriffs und dessen Abgrenzung vgl. statt vieler Urteil des BVer F-6220/2016 vom 17. Mai 2018 E. 4.1 f.). Die beantragte Parteibefragung vermag an dieser Ausgangslage nichts zu ändern, weshalb auf sie verzichtet werden kann.

6.3 In ausländerrechtlicher Hinsicht stärker ins Gewicht fällt jedoch der Umstand, dass die Beschwerdeführerin bereits am 9. August 2018 in die Schweiz eingereist war, um während rund drei Monaten – ohne entsprechende Bewilligung – das Baby ihrer Freundin in Aarwangen zu hüten. Sie gab denn auch zu, das Kleinkind täglich, ausser am Wochenende, gegen gratis Kost und Logis betreut zu haben, damit die Gastgeberin während dieser Zeit einer Erwerbstätigkeit nachgehen konnte.

Ohne Belang ist, dass diese Hilfeleistung absolut freiwillig, unentgeltlich und im Rahmen eines kulturellen und moralischen Freundschaftsdienstes geschehen sein soll. Insbesondere begründet dieser Umstand noch keine Ausnahme von der Bewilligungspflicht. Eine solche kommt höchstens in Fällen in Betracht, in denen die Arbeitsleistungen in Haushalt und/oder Familie durch *nahe Verwandte* vorgenommen werden und gerade wegen der verwandtschaftlichen und emotionalen Nähe der betreuenden zur betreuten Person nicht durch diejenige einer Drittperson ersetzt werden könnten, ohne dass der besondere Charakter der Tätigkeit verloren ginge (vgl. Urteil des BVGer C-1429/2013 vom 12. August 2013 E. 4.3 m.H.). Davon kann vorliegend bereits aufgrund des fehlenden verwandtschaftlichen Verhältnisses zwischen der Beschwerdeführerin und dem Kind ihrer Freundin nicht ausgegangen werden (vgl. dazu ausführlich EGLI/MEYER, a.a.O., Art. 11 N. 8 sowie SPESCHA, a.a.O., Art. 11 AIG N 3).

6.4 Nach dem Gesagten sieht es das Bundesverwaltungsgericht als erwiesen an, dass die Beschwerdeführerin im beschriebenen Umfang einer Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 11 Abs. 2 AIG nachgegangen ist.

Wie aus Erwägung 4.3 hervorgeht, kann trotz Einstellung des Strafverfahrens grundsätzlich ein Einreiseverbot erlassen werden, auch wenn die Verwaltungsbehörde aus Gründen der Rechtseinheit und Rechtssicherheit nicht ohne Not von der Feststellung der Strafbehörden abweicht. Vorliegend hat die Staatsanwaltschaft das fragliche Verhalten der Beschwerdeführerin keiner umfassenden und eingehenden materiellen Prüfung unterzogen. Eine Bindungswirkung der Einstellungsverfügung vom 10. Mai 2019 beim Entscheid über eine Fernhaltemassnahme kann daher verneint werden; dies umso mehr, als die Strafbehörde auf den Aspekt des Kinderhütens – obwohl aktenkundig (vgl. Einvernahmeprotokoll der Kantonspolizei Solothurn vom 6. November 2018) – gar nicht erst eingegangen ist (zur Bindungswirkung von strafrechtlichen Einstellungsverfügungen ganz allgemein Urteil des BGer 2C_21/2019 vom 14. November 2019 E. 4.2.3.2 m.H.;

vgl. auch Urteile des BVGer F-5128/2016 vom 14. August 2017 E. 4.5 und F-7521/2015 vom 20. Dezember 2016 E. 5.5).

7.

7.1 Es bleibt zu prüfen, ob die Massnahme in richtiger Ausübung des Ermessens ergangen und angemessen ist. Zentrale Bedeutung kommt dabei dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu, der eine wertende Abwägung zwischen den berührten privaten und öffentlichen Interessen verlangt. Ausgangspunkt der Überlegungen bilden die Stellung der verletzten oder gefährdeten Rechtsgüter, die Besonderheiten des ordnungswidrigen Verhaltens und die persönlichen Verhältnisse der betroffenen ausländischen Person (Art. 96 AIG; ferner statt vieler: HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 555 ff.).

7.2 Die Beschwerdeführerin hat durch die Aufnahme nicht bewilligter Erwerbstätigkeiten gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen und damit hinreichenden Anlass für die Verhängung eines Einreiseverbots gegeben (Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG, Art. 77a Abs. 1 Bst. a VZAE). Sie lässt zwar einwenden, dass von ihr keine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung mehr ausgehe. Das Einreiseverbot dient jedoch in einer Situation wie der vorliegenden ganz allgemein der Gefahrenabwehr durch Generalprävention im Sinne der Einwirkung auf andere Rechtsgenossen (vgl. Urteil des BVGer C-5232/2014 vom 18. März 2015 E. 4.2 m.H.). Dabei gilt es zu bedenken, dass den missachteten ausländerrechtlichen Normen im Interesse einer funktionierenden Rechtsordnung eine hohe Bedeutung zukommt, die es durch eine konsequente Massnahmepraxis zu schützen gilt. Tritt hinzu, dass aus dem bisherigen Verhalten der Beschwerdeführerin durchaus auf eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu schliessen ist, weshalb dem Einreiseverbot auch spezialpräventiver Charakter zukommt (vgl. anstelle vieler Urteil des BVGer F-1645/2016 vom 12. Januar 2017 E. 6.2 m.H.). Es besteht somit ein gewichtiges Interesse an der Fernhaltung der Beschwerdeführerin.

7.3 Die von der Beschwerdeführerin geäusserten Interessen daran, weiterhin ohne besondere Restriktionen in die Schweiz einreisen zu können, beziehen sich lediglich auf deren (angeblich) geschäftliche Tätigkeit in der Schweiz, die jedoch – wie oben dargelegt – ohne Arbeitsbewilligung nicht möglich ist. Weitere (private) Interessen werden von ihr nicht geltend gemacht.

7.4 Eine wertende Gewichtung der sich gegenüberstehenden Interessen führt das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass das auf zwei Jahre befristete Einreiseverbot sowohl vom Grundsatz her als auch in Bezug auf seine Dauer eine verhältnismässige und angemessene Massnahme zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung darstellt.

8.

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung im Lichte von Art. 49 VwVG nicht zu beanstanden ist. Die Beschwerde ist somit abzuweisen, womit das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde (vgl. Bst. H des Sachverhalts) gegenstandslos geworden ist.

9.

Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens wird die unterliegende Beschwerdeführerin kostenpflichtig (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Verfahrenskosten sind auf Fr. 1'000.- festzusetzen (Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

(Dispositiv folgende Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 1'000.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie sind durch den am 27. Dezember 2018 in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss gedeckt.

3.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben)
- die Vorinstanz (Akten Ref-Nr. [...] zurück)
- das Migrationsamt des Kantons Solothurn
- das Amt für Arbeit und Migration des Kantons Uri (ad UR [...])

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Fulvio Haefeli

Daniel Brand

Versand: