



---

Abteilung VI  
F-7408/2014

## **Urteil vom 12. September 2016**

---

Besetzung

Richterin Marianne Teuscher (Vorsitz),  
Richterin Jenny de Coulon Scuntaro, Richter Blaise Vuille,  
Gerichtsschreiberin Jacqueline Moore.

---

Parteien

**X.** \_\_\_\_\_,  
vertreten durch lic. iur. Oliver Wächter, Rechtsanwalt,  
Aarburgerstrasse 6, Postfach 1360, 4601 Olten,  
Beschwerdeführerin,

gegen

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

---

Gegenstand

Einreiseverbot.

**Sachverhalt:****A.**

Die Beschwerdeführerin, eine 1975 geborene serbische Staatsangehörige, die sich seit dem 12. Oktober 2014 legal in der Schweiz als Touristin aufhielt, wurde in der Nacht vom 27. auf den 28. November 2014 wegen Verdachts auf illegale Erwerbstätigkeit verhaftet. Sie soll dabei beobachtet worden sein, wie sie in einem Lokal in A.\_\_\_\_\_, Gläser abgewaschen habe. Am darauf folgenden Tag wurde sie durch die Kantonspolizei Solothurn einvernommen. Im Rahmen dieser Einvernahme wurde ihr das rechtliche Gehör bezüglich einer allfälligen Verhängung eines Einreiseverbots gewährt. Sie wurde wegen Ausübens einer Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung zur Anzeige gebracht.

**B.**

Mit Verfügung der Migrationsbehörde des Kantons Solothurn vom 28. November 2014 wurde die Beschwerdeführerin aus der Schweiz ausgewiesen und aufgefordert, die Schweiz innerhalb von 96 Stunden zu verlassen. Die Beschwerdeführerin wurde am 1. Dezember 2014 aus der Schweiz ausgeschafft.

**C.**

Ebenfalls am 28. November 2014 erliess das Bundesamt für Migration (BFM; heute: Staatssekretariat für Migration, SEM) gegen die Beschwerdeführerin ein zweijähriges Einreiseverbot mit Wirkung ab 1. Dezember 2014. Gleichzeitig wurde einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen und das Einreiseverbot im Schengener Informationssystem (SIS II) ausgeschrieben. Zur Begründung führte die Vorinstanz aus, dass die Beschwerdeführerin in der Schweiz erwerbstätig gewesen sei, ohne im Besitz der erforderlichen Bewilligung zu sein. Damit liege ein Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 67 AuG (SR 142.20) vor. Auch die im Rahmen des rechtlichen Gehörs gemachten Ausführungen vermöchten keinen anderen Entscheid zu rechtfertigen.

**D.**

Mit einer persönlich verfassten Eingabe (Eingang: 22. Dezember 2014) sowie einer durch ihren Rechtsvertreter am 26. Dezember 2014 eingereichten Beschwerde liess die Beschwerdeführerin im Wesentlichen die ersatzlose Aufhebung der Fernhaltemassnahme sowie die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung beantragen. Zur Begründung führte die Beschwer-

deführerin aus, dass sie sich zum Zeitpunkt der Polizeikontrolle –wie festgestellt – hinter der Theke beim Waschbecken befunden habe, sie sich jedoch nur die Hände gewaschen habe und einen Kaffeefleck auf ihrer Bluse habe reinigen wollen. Sie habe das Waschbecken an der Theke benutzen können, weil die Toilette besetzt gewesen sei. Des Weiteren habe sie keine „servicetypischen Gegenstände“ auf sich getragen und weitere anwesende Schweizer Gäste hätten bestätigt, dass sie nicht gearbeitet hätte. Weiter sei das vorliegende Verfahren bis zum Abschluss des Strafverfahrens zu sistieren.

#### **E.**

Mit Zwischenverfügung vom 17. März 2015 wurde das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung durch die Instruktionsrichterin des Bundesverwaltungsgerichts gutgeheissen.

#### **F.**

In ihrer Vernehmlassung vom 24. April 2015 beantragte die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde.

#### **G.**

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

### **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

#### **1.**

**1.1** Verfügungen des BFM bzw. SEM, mit denen ein Einreiseverbot im Sinne von Art. 67 AuG verhängt wird, unterliegen der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (Art. 112 Abs. 1 AuG 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** Die Beschwerdeführerin ist zur Erhebung des Rechtsmittels legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist daher 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 rechtserheblichen Sachverhaltes 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 guthheissen oder abweisen. Massgebend ist grundsätzlich die Sachlage zum Zeitpunkt seines Entscheides (vgl. BVGE 2014/1 E. 2 m.H.).

**3.**

**3.1** Der Umstand, dass im Strafverfahren in Bezug auf die Widerhandlung gegen das Ausländergesetz noch kein Strafbefehl erlassen worden ist, ist für die Beurteilung durch das Bundesverwaltungsgericht nicht von Relevanz.

**3.2** Die Anordnung eines Einreiseverbots ist eine präventivpolizeiliche Massnahme, die kein (rechtskräftiges) Strafurteil voraussetzt. Das Einreiseverbot knüpft somit 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 spezifisch ausländerrechtlicher Kriterien zu beurteilen. Entsprechend kann ein Einreiseverbot auch dann ergehen, wenn ein rechtskräftiges Strafurteil fehlt, sei es, weil ein Strafverfahren nicht eröffnet bzw. eingestellt wurde oder noch hängig ist (vgl. Urteil des BVGer C-7068/2013 vom 19. Mai 2015 E. 5.5 m.H.).

**3.3** Aus diesem Grund besteht auch keine Veranlassung, das Verfahren – im Sinne des Antrages der Beschwerdeführerin – zu sistieren, sondern sie ist vielmehr darauf hinzuweisen, dass Rügen in diesem Zusammenhang in dem dafür vorgesehenen Instanzenzug vorzubringen sind.

**4.**

**4.1** Das SEM kann Einreiseverbote gegen ausländische Personen erlassen, die gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen haben oder diese gefährden (Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG). Die öffentliche Sicherheit und Ordnung bildet den Oberbegriff für die

Gesamtheit der polizeilichen Schutzgüter; sie umfasst u.a. die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung und der Rechtsgüter Einzelner. Ein Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung liegt insbesondere vor, wenn gesetzliche Vorschriften missachtet werden (Art. 80 Abs. 1 Bst. a der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE, SR 142.201]); darunter fallen u.a. auch Widerhandlungen gegen das Ausländerrecht. Eine Gefährdung liegt vor, wenn 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 führt (Art. 80 Abs. 2 VZAE). Die Verhängung eines Einreiseverbots knüpft an das Bestehen eines Risikos einer künftigen Gefährdung an. Bei der Prognosestellung ist naturgemäss in erster Linie das vergangene Verhalten der betroffenen Person zu berücksichtigen (vgl. Urteil des BVGer C-2894/2015 vom 2. Februar 2016 E. 4 m.H.).

**4.2** Wird gegen eine Person, die nicht das Bürgerrecht eines EU-Mitgliedstaates besitzt (Drittstaatangehörige), ein Einreiseverbot verhängt, so wird sie nach Massgabe der Bedeutung des Falles im SIS II zur Einreiseverweigerung ausgeschrieben (vgl. Art. 21 und Art. 24 der Verordnung [EG] Nr. 1987/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Dezember 2006 über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems der zweiten Generation [SIS-II-VO, ABl. L 381/4 vom 28. Dezember 2006]). Damit wird der Betroffenen grundsätzlich die Einreise in das Hoheitsgebiet aller Schengen-Staaten verboten (vgl. Art. 6 Abs. 1 sowie Art. 14 Abs. 1 der Verordnung [EG] Nr. 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 [kodifizierter Text] über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenze durch Personen [Schengener Grenzkodex, SGK, ABl. L 77/1 vom 23. März 2016]). Die Mitgliedstaaten können der Betroffenen aus wichtigen Gründen oder aufgrund internationaler Verpflichtungen die Einreise gestatten bzw. ihr ein Visum mit räumlich beschränkter Gültigkeit ausstellen (vgl. Art. 13 Abs. 1 der Verordnung [EG] Nr. 810/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über einen Visakodex der Gemeinschaft [Visakodex], ABl. L 243/1 vom 15. September 2009 i.V.m. Art. 6 Abs. 5 SGK; Art. 25 Abs. 1 Bst. a Ziff. ii Visakodex).

## **5.**

**5.1** Die Vorinstanz stützt sich in ihrer Verfügung auf Art. 67 AuG und macht geltend, die Beschwerdeführerin sei in der Schweiz erwerbstätig gewesen, ohne im Besitz einer erforderlichen ausländerrechtlichen Bewilligung zu

sein. Gemäss ständiger Praxis und Rechtsprechung liege damit ein Verstoß gegen die Gesetzgebung vor, womit eine ernsthafte Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung einhergehe. Die Beschwerdeführerin bestreitet diesen Vorwurf.

**5.2** Aus den Akten ergibt sich folgendes Bild: Im Rapport der Stadtpolizei Olten zur vorläufigen Festnahme vom 28. November 2014 hielt der Verfasser im Wesentlichen fest, dass sie (die Polizeipatrouille) aufgrund einer Meldung wegen massiven Lärms aus dem B. \_\_\_\_\_ ausgerückt seien. Vor Ort sei ausserhalb des B. \_\_\_\_\_ kein Lärm feststellbar gewesen. Während im B. \_\_\_\_\_ noch ca. 40 Gäste anwesend gewesen seien, seien im Barinneren keine weiteren Personen anzutreffen gewesen. Der Verfasser habe gesehen, wie die Beschwerdeführerin in der Bar am Waschbecken Gläser abgewaschen habe und noch weitere zum Abwasch bereit gestanden hätten. Auf Verlangen der Ausweisschriften habe die Beschwerdeführerin ihre Handtasche aus dem Inneren der Bartheke geholt und sich mittels biometrischem serbischen Reisepass ausgewiesen. In diesem Moment habe ihr der Patentinhaber etwas zugeflüstert. Anschliessend sei die Beschwerdeführerin festgenommen worden, weil sie über keine Arbeitsbewilligung in der Schweiz verfüge.

**5.3** Anlässlich ihrer Einvernahme vom 28. November 2014 gab die Beschwerdeführerin an, sie sei bloss als Gast im Restaurant gewesen, sei von ihrem Platz aufgestanden und hinter die Theke gegangen, um sich die Hände zu waschen. Dort sei sie auch noch gestanden, als die Polizei eingetreten sei. Sie sei als Touristin hier, habe keine Arbeitsstelle angetreten und keine Gläser abgewaschen. Sie habe hier einen Freund, der ihr das Hotelzimmer und den Lebensunterhalt finanziere. Dafür müsse sie keine Gegenleistung erbringen. Noch einmal beteuerte sie, hier nie gearbeitet zu haben und zudem zu beabsichtigen am kommenden Dienstag nach Hause zu reisen.

**5.4** In ihrem persönlichen Schreiben, das am 22. Dezember 2014 einging, brachte die Beschwerdeführerin sinngemäss vor, die Polizei habe ungenügende Abklärungen vorgenommen. Weiter präzisierte sie, dass sie an der Spüle gestanden sei um einen Kaffeefleck auf ihrer Bluse zu reinigen und um sich die Hände zu waschen, da die Toilette besetzt gewesen sei. Sie habe weder Arbeitskleidung getragen, noch ein Serviceportemonnaie oder einen Flaschenöffner oder sonst etwas auf sich getragen, was darauf hingewiesen hätte, dass sie als Serviceangestellte arbeiten würde. Obwohl viele Besucher anwesend gewesen seien, habe die Polizei keine Zeugen

einvernommen. Zudem sei das Einreiseverbot erlassen worden, bevor eine strafrechtliche Erkenntnis vorgelegen habe.

**5.5** In der Beschwerde vom 26. Dezember 2014 lässt die Beschwerdeführerin sodann ihre Ausführungen bestätigen und ergänzend betonen, es sei somit erwiesen, dass es keinen Hinweis dafür gäbe, dass sie gearbeitet habe. Anderenfalls wäre es für die Polizei einfach gewesen, dies zu beweisen.

## **6.**

**6.1** Das vorliegend erlassene Einreiseverbot stützt sich auf Beobachtungen einer Polizeipatrouille. Das Bundesverwaltungsgericht sieht grundsätzlich keine Veranlassung, die erwähnten polizeilichen Feststellungen bei der Anhaltung der Beschwerdeführerin in Zweifel zu ziehen. Trotzdem geben der Rapport zur vorläufigen Festnahme und das Einvernahmeprotokoll nicht genügend Aufschluss darüber, wie sich die Situation in der Tatnacht im B. \_\_\_\_\_ dargestellt hat.

**6.2** Diese Feststellungen genügen somit für sich genommen nicht, um daraus zweifelsfrei ableiten zu können, dass die Beschwerdeführerin in der Nacht vom 27. auf den 28. November 2014 einer illegalen Erwerbstätigkeit nachging, insbesondere auch deshalb nicht, weil die Beschwerdeführerin ihrerseits die gegen sie erhobenen Vorwürfe bestreitet. Zwar stellen ihre Schilderungen die Beobachtungen der Polizei nicht grundsätzlich in Frage, doch auch weitere Aspekte sprechen gegen eine illegale Erwerbstätigkeit der Beschwerdeführerin bzw. schaffen erhebliche Zweifel an deren Annahme. Wie sie selber ausgeführt hat, trug sie weder typische Utensilien einer im Service angestellten Person, wie ein entsprechendes Portemonnaie oder einen Flaschenöffner, auf sich noch trug sie Servicekleidung bzw. eine Schürze. Folglich kann aus der Beobachtung – die von der Beschwerdeführerin bestritten und auch sonst nicht bestätigt wurde –, dass sie hinter der Bar beim Abspülen eines Glases auf frischer Tat ertappt worden sei, nicht ohne Weiteres der Schluss gezogen werden, sie habe dort gearbeitet. Dies gilt umso mehr, als offensichtlich keine weiteren Abklärungen mehr durch die Polizei gemacht worden sind, welche die Vermutung der illegalen Erwerbstätigkeit hätten untermauern können. Überhaupt erschöpft sich die Sachverhaltsabklärung in der Befragung der Beschwerdeführerin, was in einem uneindeutigen Fall, wie dem vorliegenden, nicht genügen kann. Die gegen die Beschwerdeführerin erhobene Anschuldigung der illegalen Erwerbstätigkeit kann somit nicht als rechtsgenügend nachgewiesen erachtet werden. Es erstaunt daher kaum, dass bis anhin kein Strafbefehl erlassen

worden ist, obwohl derartige Verfahren in der Regel innert weniger Tage zum Abschluss gebracht werden.

**6.3** Kann kein strafrechtliches bzw. ausländerrechtliches Fehlverhalten nachgewiesen werden, so entfällt die Grundlage für die Verhängung einer Fernhaltungsmassnahme. Der Beschwerdeführerin kann folglich weder eine Gefährdung noch eine Verletzung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung gemäss Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG angelastet werden. Es sind auch keine anderen Gründe für die Verhängung einer Fernhaltungsmassnahme nach Art. 67 AuG ersichtlich.

**7.**

Aus dem Gesagten folgt, dass die Vorinstanz zu Unrecht gegen die Beschwerdeführerin ein zweijähriges Einreiseverbot verhängt hat. Die angefochtene Verfügung erweist sich daher als bundesrechtswidrig (Art. 49 VwVG). In Gutheissung der Beschwerde ist sie daher aufzuheben.

**8.**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind der Beschwerdeführerin keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG), und es ist ihr für die ihr erwachsenen notwendigen Kosten zu Lasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung zuzusprechen. Diese ist in Anwendung von Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) auf pauschal Fr. 800.- (inkl. Zuschlag für die Mehrwertsteuer) festzusetzen.

(Dispositiv nächste Seite)

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen und das gegen die Beschwerdeführerin verhängte Einreiseverbot wird aufgehoben.

**2.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der am 23. März 2015 entrichtete Kostenvorschuss von Fr. 1'000.- wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet.

**3.**

Die Vorinstanz hat die Beschwerdeführerin für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht mit Fr. 800.- zu entschädigen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben; Beilage: Formular Zahlungsadresse)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Akten retour)
- die Migrationsbehörde des Kantons Solothurn ([...])

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Marianne Teuscher

Jacqueline Moore

Versand: