

BVGer C-6000/2011 vom 14. Mai 2013

Bundesverwaltungsgericht, 2013-05-14, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-6000_2011

FR: TAF C-6000/2011 du 14 mai 2013

IT: TAF C-6000/2011 del 14 maggio 2013

Regeste

Einreiseverbot

Erwägungen

E. 1.1

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen im Sinne von Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Als Vorinstanzen gelten die in Art. 33 VGG genannten Behörden. Dazu gehört auch das BFM, das mit der Anordnung eines Einreiseverbotes eine Verfügung im erwähnten Sinne und daher ein zulässiges Anfechtungsobjekt erlassen hat. Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG liegt nicht vor.

E. 1.2

Das Rechtsmittelverfahren richtet sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz, soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz nichts anderes bestimmt (vgl. Art. 37 VGG).

E. 1.3

Der Beschwerdeführer ist als Verfügungsadressat zur Beschwerde berechtigt (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist daher einzutreten (vgl. Art. 50 und 52 VwVG).

E. 2

Mit Beschwerde ans 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 (vgl. Art. 49 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht wendet im Beschwerdeverfahren das Bundesrecht von Amtes wegen an. Es ist gemäss Art. 62 Abs. 4 VwVG nicht an die Begründung der Begehren gebunden und kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder abweisen; massgebend sind grundsätzlich die tatsächlichen Verhältnisse zum Zeitpunkt seines Entscheides (vgl. BVGE 2011/43 E. 6.1, BVGE 2011/1 E. 2 und BVGE 2007/41 E. 2).

E. 3.1

Der Beschwerdeführer ist türkischer Staatsangehöriger. Er macht geltend, mit einer portugiesischen Staatsangehörigen verheiratet zu sein. Als Ehegatte einer Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates der Europäischen Gemeinschaft (EG) würde er in den Anwendungsbereich des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der

Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (SR 0.142.112.681, nachfolgend: Freizügigkeitsabkommen bzw. FZA) fallen, sofern er sich nicht rechtsmissbräuchlich darauf beruft (vgl. BGE 130 II 113 E. 9 und E. 10; Urteil des Bundesgerichts 2C_273/2011 vom 5. Oktober 2011 E. 3.2; Urteil des Bundesverwaltungsgericht C 8670/2010 vom 7. November 2012 E. 4.3). Das Ausländergesetz käme nur insoweit zur Anwendung, als das Freizügigkeitsabkommen keine abweichende Regelung kennt oder die ordentliche Ausländergesetzgebung ihm eine vorteilhaftere Rechtsstellung vermitteln würde (vgl. Art. 2 Abs. 2 AuG).

E. 3.2

Aus den Akten ergibt sich nicht schlüssig, dass der Beschwerdeführer nach wie vor mit einer portugiesischen Staatsangehörigen verheiratet ist. Zwar bestehen aufgrund der eingereichten Beweismittel (Passkopien) keine ernsthaften Zweifel, dass sein Sohn und dessen Mutter portugiesische Staatsangehörige sind. Zudem ist davon auszugehen, dass es sich bei der Mutter seines Sohnes um die Frau handelt, mit der er in der Zeit, die er mit Niederlassungsbewilligung in der Schweiz verbracht hat, verheiratet war. Allerdings bestehen erhebliche Zweifel, dass er auch heute noch mit ihr verheiratet ist. Diese Zweifel gründen auf den Eintragungen in seiner portugiesischen Aufenthaltsbewilligung. Darin wird er zwar als verheiratet (casado) bezeichnet. Zu seinem Status heisst es allerdings, er sei Familienmitglied einer Person, die über ein "definitives" Aufenthaltsrecht verfüge (Familiar de titular do Direito de Permanência a título definitivo) und nicht etwa, er sei der Ehepartner einer portugiesischen Staatsangehörigen. Aufgrund dessen wurde der Beschwerdeführer aufgefordert, nachzuweisen, dass er nach wie vor mit einer portugiesischen Staatsangehörigen verheiratet sei. Dieser Aufforderung kam er nicht nach.

E. 3.3

Grundsätzlich wird der Sachverhalt im Verwaltungsverfahren von Amtes wegen ermittelt (vgl. Art. 12 VwVG). Dieser Grundsatz wird jedoch durch die Mitwirkungspflicht der Parteien relativiert (vgl. Art. 13 VwVG). Kommt eine Partei ihrer Mitwirkungspflicht nicht oder nur ungenügend nach, so berücksichtigt der Richter dieses Verhalten bei der Beweiswürdigung (vgl. Art. 40 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess [BZP, SR 273] i.V.m. Art. 19 VwVG) und die Beweislosigkeit trifft die Partei, die aus einem Umstand etwas für sich ableiten will (vgl. Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 [ZGB, SR 210]). Vorliegend hat der Beschwerdeführer es trotz entsprechender Aufforderung des Gerichts unterlassen, einen Umstand zu belegen, den er selber geltend gemacht hat (seine Ehe mit einer portugiesischen Staatsangehörigen) und der für die rechtliche Beurteilung der Streitsache wesentlich ist (Frage der Anwendung des Freizügigkeitsabkommens). Es ist folglich nicht rechtsgenügend nachgewiesen, dass er zur Zeit mit einer Person verheiratet ist, die ihm aufgrund ihrer eigenen Freizügigkeitsberechtigung (abgeleitete) Rechte aus dem Freizügigkeitsabkommen vermitteln würde. Die vorliegende Sache beurteilt sich somit ausschliesslich nach dem schweizerischen Ausländerrecht.

E. 4.1

Das BFM verfügt Einreiseverbote gegenüber weggewiesenen Ausländerinnen und Ausländern, wenn die Wegweisung nach Art. 64d Abs. 2 Bst. a - c AuG sofort vollstreckt wird (Art. 67 Abs. 1 Bst. a AuG) oder die betroffene Person der Ausreiseverpflichtung nicht

innert Frist nachgekommen ist (Art. 67 Abs. 1 Bst. b AuG). Es kann sodann nach Art. 67 Abs. 2 AuG 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), Sozialhilfekosten verursacht haben (Art. 67 Abs. 2 Bst. b AuG) oder in Vorbereitungs-, Ausschaffungs- oder Durchsetzungshaft genommen worden sind (Art. 67 Abs. 2 Bst. c AuG). Das Einreiseverbot wird für eine Dauer von höchstens fünf Jahren verhängt. Es kann für eine längere Dauer verfügt werden, wenn die betroffene Person eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellt (Art. 67 Abs. 3 AuG). Schliesslich kann die verfügende Behörde aus humanitären oder anderen wichtigen Gründen von der Verhängung eines Einreiseverbots absehen oder ein Einreiseverbot vollständig oder vorübergehend aufheben (Art. 67 Abs. 5 AuG).

E. 4.2

Das in Art. 67 AuG geregelte Einreiseverbot bildet 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 3813). Die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG bildet den Oberbegriff für die Gesamtheit der polizeilichen Schutzgüter; sie umfasst u.a. die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung und der Rechtsgüter Einzelner (vgl. Botschaft, a.a.O., S. 3809). In diesem Sinne liegt nach Art. 80 Abs. 1 Bst. a der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201) ein Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung u.a. vor, wenn gesetzliche Vorschriften oder behördliche Verfügungen missachtet werden. Die Verhängung eines Einreiseverbots knüpft an das Bestehen eines Risikos einer künftigen Gefährdung an. Es ist gestützt auf die gesamten Umstände des Einzelfalls eine entsprechende Prognose zu stellen. Dabei ist naturgemäss in erster Linie das vergangene Verhalten der betroffenen Person zu berücksichtigen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C 820/2009 vom 9. März 2011 E. 5 mit Hinweisen).

E. 5.1

Die Vorinstanz stützte das Einreiseverbot allgemein auf Art. 67 AuG und verwies in der Begründung darauf, dass der Beschwerdeführer in der Schweiz erwerbstätig gewesen sei, ohne im Besitze der erforderlichen ausländerrechtlichen Bewilligung zu sein. Dies stelle einen Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung dar. Die Vorinstanz stützt die Verfügung somit auf Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG, wonach ein Einreiseverbot verhängt werden kann, wenn die ausländische Person gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen hat oder diese gefährdet.

E. 5.2

Als Erwerbstätigkeit gilt jede üblicherweise gegen Entgelt ausgeübte unselbständige oder selbständige Tätigkeit, selbst wenn sie unentgeltlich erfolgt (vgl. Art. 11 Abs. 2 AuG). Für die Qualifikation als (unselbständige) Erwerbstätigkeit ist ohne Belang, ob die Beschäftigung nur stunden- oder tageweise oder vorübergehend ausgeübt wird (vgl. Art. 1a Abs. 1 VZAE).

E. 5.3

Der Beschwerdeführer bestreitet nicht, für seinen "Onkel" Backwaren ausgefahren zu haben. Er bestreitet jedoch die rechtliche Beurteilung dieser Handlung durch die

Strafbehörden, auf die sich die Vorinstanz gestützt hat: Es habe sich um eine Gefälligkeit gehandelt, nicht um eine Erwerbstätigkeit. Dieser Einwand des Beschwerdeführers überzeugt nicht. Die von ihm erbrachte Dienstleistung fällt ohne Weiteres unter den Begriff Erwerbstätigkeit, wie er oben definiert wurde. Diese Einschätzung ist auch zutreffend, wenn der Beschwerdeführer, wie er geltend macht, keine Bezahlung erhalten hat. Zum gleichen Schluss sind auch die Strafverfolgungsbehörden gekommen, die einen entsprechenden Strafbefehl erlassen haben, der in Rechtskraft erwachsen ist. Zwar bindet ein strafrechtlicher Entscheid die Administrativbehörde nicht. Damit jedoch widersprüchliche Entscheidungen möglichst vermieden werden, soll ohne Not weder von der Sachverhaltsfeststellung noch von deren rechtlicher Beurteilung durch die Strafbehörde abgewichen werden (vgl. BGE 136 II 447 E. 3.1). Das Gericht sieht vorliegend keinen Anlass, bei seiner Beurteilung vom Inhalt des in Rechtskraft erwachsenen Strafbefehls vom 29. September 2011 abzuweichen. Dabei muss sich der Beschwerdeführer entgegenhalten lassen, dass er den Strafbefehl nicht angefochten hat, so dass dieser in Rechtskraft erwachsen ist. Seine diesbezüglichen Ausführungen erscheinen nicht überzeugend: Er habe den Strafbefehl nicht anfechten können, weil er innert dreier Tage habe ausreisen müssen. Gemäss Empfangsbestätigung wurde ihm der Strafbefehl am 29. September 2011 ausgehändigt. Gemäss Rechtsmittelbelehrung betrug die Frist zu Einreichung einer Einsprache 10 Tage. Er hätte somit ohne Weiteres vor Ablauf der Ausreisefrist (3. Oktober 2011) oder auch nach seiner Ausreise eine Einsprache machen können. Inwiefern ihm die kurze Ausreisefrist dies verunmöglicht haben soll, ist nicht nachvollziehbar und wird von ihm auch nicht näher begründet.

E. 5.4

Indem der Beschwerdeführer einer Erwerbstätigkeit nachgegangen ist, ohne über die erforderliche Bewilligung zu verfügen, hat er gegen die öffentliche Ordnung verstossen. Damit sind die Voraussetzungen für die Anordnung eines Einreiseverbots gemäss Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG erfüllt.

E. 6

Der Beschwerdeführer beantragt im vorliegenden Verfahren, persönlich angehört zu werden. Zudem sei sein "Onkel", dem er als Gefälligkeit die Backwaren ausgefahren habe, als Zeuge einzuvernehmen. Das Gericht ist verpflichtet, den Sachverhalt von Amtes wegen zu ermitteln und die dafür notwendigen Beweismassnahmen zu treffen (vgl. Art. 12 VwVG). Der Untersuchungsgrundsatz bezieht sich dabei ausschliesslich auf Tatsachen, nicht jedoch auf Rechtsfragen (vgl. Patrick L. Krauskopf/Katrin Emmenegger, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.] Praxiskommentar VwVG, Zürich 2009, Art. 12 N 17). Im vorliegenden Fall ist der Sachverhalt unbestritten, wird doch vom Beschwerdeführer anerkannt, dass er Backwaren ausgefahren hat. Wie die Tätigkeit, bei welcher der Beschwerdeführer angetroffen wurde, rechtlich zu qualifizieren ist, ist hingegen eine Rechtsfrage. Da der Beschwerdeführer mit der Anhörung von ihm selbst bzw. von einer Drittperson beabsichtigt zu belegen, dass es sich um eine Gefälligkeit gehandelt habe und nicht um eine Erwerbstätigkeit, zielt er auf die rechtliche Qualifikation und nicht auf weitere Tatsachen. Zudem sind Auskünfte von Parteien und Drittpersonen grundsätzlich schriftlich einzuholen (vgl. Krauskopf/Emmenegger, a.a.O., Art. 12 N 195, N 114), so dass eine persönliche Befragung ohnehin nur ausnahmsweise in Frage käme. Die entsprechenden Beweisanträge sind daher abzuweisen.

E. 7.1

Zu prüfen bleibt, ob die Verhängung eines Einreiseverbots mit einer Dauer von 3 Jahren verhältnismässig und angemessen ist. 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.

E. 7.2

Der Beschwerdeführer ging gemäss dem festgestellten Sachverhalt während weniger Stunden einer unbewilligten Erwerbstätigkeit nach. Damit hat er - objektiv gesehen - ausländerrechtliche Normen verletzt, denen zur Wahrung einer funktionierenden Rechtsordnung zentrale Bedeutung zukommt. Aber auch in subjektiver Hinsicht kann das Fehlverhalten nicht als eine zu vernachlässigende Bagatelle angesehen werden, war ihm doch angesichts seines früheren langen Aufenthalts in der Schweiz sowie dem im Jahr 2008 eingereichten Gesuchs betreffend Aufenthaltsbewilligung bekannt, dass er zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit eine entsprechende Bewilligung benötigt. Gemessen an der aufgrund des früheren Verstosses zu erwartenden Gefahr einer neuerlichen Störung, besteht - auch unter Berücksichtigung, dass aus den Akten keine weiteren Vorstrafen hervorgehen - ohne Zweifel ein öffentliches Interesse an einer befristeten Fernhaltung des Beschwerdeführers. Vor dem Hintergrund des dem Beschwerdeführer konkret vorgeworfenen Verhaltens und unter Berücksichtigung der Praxis erscheint jedoch die von der Vorinstanz verfügte Dauer des Einreiseverbots von 3 Jahren als zu lang und eine Begrenzung auf 2 Jahre als angezeigt (vgl. etwa Urteile des Bundesverwaltungsgerichts C 3937/2011 vom 22. März 2013 S. 5 und C 4463/2010 vom 14. August 2012 S. 4).

E. 7.3

Worin seine privaten Interessen bestehen, jederzeit in die Schweiz einreisen zu können, führt der Beschwerdeführer weder in der Beschwerdeschrift noch in den übrigen Eingaben aus. Einzig im Rahmen des Gesuchs um vorübergehende Aufhebung des Einreiseverbots (vgl. Sachverhalt Bst. G) werden private Interessen vorgebracht; allerdings macht gerade dieses Gesuch deutlich, dass diesen privaten Interessen im Rahmen von Suspensionen genügend Rechnung getragen werden kann.

E. 7.4

Dem öffentlichen Interesse stehen somit keine privaten Interessen entgegen, welche die in E. 7.2 als verhältnismässig und angemessen erachtete Dauer des Einreiseverbots zusätzlich beeinflussen könnten. Insgesamt rechtfertigt sich somit eine Fernhaltungsmassnahme mit einer Dauer von 2 Jahren.

E. 8

Die angefochtene Verfügung verletzt somit Bundesrecht (vgl. Art. 49 Bst. a VwVG). Die Beschwerde ist demnach teilweise gutzuheissen und die Dauer des Einreiseverbots auf 2 Jahre (d.h. bis zum 2. Oktober 2013) festzulegen. Der Vollständigkeit halber wird darauf hingewiesen, dass die mit Zwischenverfügung vom 15. Juni 2012 vorsorglich angeordnete Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung mit dem vorliegenden Urteil dahinfällt.

E. 9.1

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Verfahrenskosten im reduzierten Umfang von Fr. 400.- dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Differenz

von Fr. 400.- zum einbezahlten Kostenvorschuss ist dem Beschwerdeführer zurückzuerstatten.

E. 9.2

Als obsiegender Partei steht dem Beschwerdeführer im Umfang seines Obsiegens eine Parteientschädigung für die ihm erwachsenen notwendigen Kosten zu, die zulasten der Vorinstanz geht (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG, Art. 7 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Da dem Gericht keine Kostennote des Rechtsvertreters vorliegt, ist die Entschädigung auf Grund der Akten festzulegen (vgl. Art. 14 Abs. 2 VGKE). Daher wird die (reduzierte) Parteientschädigung unter Berücksichtigung der rechtlichen Komplexität und des Umfangs des Verfahrens auf Fr. 1'000.- (inkl. MWST und Auslagen) festgelegt. (Dispositiv S. 12)

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.