

# **BVGer F-2357/2017 vom 3. Mai 2018**

Bundesverwaltungsgericht, 2018-05-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_F-2357\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_F-2357_2017)

FR: TAF F-2357/2017 du 3 mai 2018

IT: TAF F-2357/2017 del 3 maggio 2018

## **Regeste**

Einreiseverbot

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG, sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Als Vorinstanzen gelten die in Art. 33 VGG genannten Behörden. Dazu gehört auch das SEM, 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 vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

### **E. 1.3**

Der Beschwerdeführer ist als Verfügungsadressat zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (Art. 50 und 52 VwVG). Verfahrensgegenstand bildet einzig das von der Vorinstanz am 20. April 2017 verfügte Einreiseverbot. Aufgrund der Kognition des Bundesverwaltungsgericht (siehe E. 2 hiernach) wird das mit der Rechtsmitteleingabe vom 22. April 2017 gestellte Feststellungsbegehren (siehe Bst. C in initio) hinfällig, da es hierfür an einem schutzwürdigen Interesse fehlt (zum Ganzen vgl. *beatrice weber-dürler*, in: *Auer/Müller/Schindler* [Hrsg.], *VwVG, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, 2008, Art. 25 Rz. 6 bzw. 10 ff.)

### **E. 1.4**

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

### **E. 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 sowie - falls 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.).

### **E. 3.1**

Das SEM 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 grundsätzlich 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 ausnahmsweise 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. 3.2**

Das Einreiseverbot dient der Abwendung künftiger Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (BB1 2002 3709, 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 unter anderem die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung oder der Rechtsgüter Einzelner. In diesem Sinne liegt ein Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung vor, wenn gesetzliche Vorschriften oder behördliche Verfügungen missachtet werden (Art. 80 Abs. 1 VZAE). Bei der Annahme einer Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung müssen 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. 80 Abs. 2 VZAE). Ob eine solche Gefährdung vorliegt, ist gestützt auf die gesamten Umstände des Einzelfalles im Sinne einer Prognose zu beurteilen, die sich in erster Linie auf das vergangene Verhalten des Betroffenen abstützen muss (zum Ganzen vgl. Urteile des BVGer F-6713/2016 vom 19. Mai 2017 E. 5.3 und F-7919/2015 vom 20. März 2017 E. 4.2 und 4.3 je m.H.).

### **E. 3.3**

Einen Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG begeht u.a. auch, wer Normen des Ausländer-rechts zuwiderhandelt (vgl. Botschaft, a.a.O., S. 3813). Dabei genügt es, wenn der ausländischen Person eine Sorgfaltspflichtverletzung zugerechnet werden kann. Unkenntnis oder Fehlinterpretation der Einreise- und Aufenthaltsvorschriften stellen normalerweise keinen hinreichenden Grund für ein Absehen von einer Fernhaltmassnahme dar. Jeder Ausländerin und jedem Ausländer 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 Behörde zu informieren (vgl. statt vieler Urteil des BVGer F-5736/2015 vom 6. Januar 2017 E. 5.3 m.H.).

#### **E. 4**

Die Vorinstanz wirft dem Beschwerdeführer in der angefochtenen Verfügung vor, ohne Bewilligung erwerbstätig gewesen zu sein. Sie stützte sich hierbei primär auf die polizeilichen Befragungen des Geschäftsführers der "X.\_\_\_\_\_" vom 17. April 2017 und des Massnahmebelasteten vom 18. April 2017. In Kenntnis der zwischenzeitlich ergangenen Nichtanhandnahmeverfügung vom 26. Mai 2017 hielt sie in der Vernehmlassung vom 13. März 2018 an ihrem Standpunkt fest.

#### **E. 4.1**

Der ausländerrechtliche Begriff der Erwerbstätigkeit ist weit gefasst (vgl. Spescha, in: Spescha et al. [Hrsg.], Kommentar Migrationsrecht, 4. Aufl. 2015, N. 2 zu Art. 11 AuG). 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 AuG). 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 Rz 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).

#### **E. 4.2**

Gemäss Strafanzeige der Polizei Kanton Solothurn vom 9. Mai 2017 (in kantonalen Akten [nicht paginiertes Aktenstück]) wurde der Beschwerdeführer am Ostermontag, dem 17. April 2017, aufgrund einer Meldung wegen Falschparkierens, gegen Mittag kontrolliert. Dabei traf ihn die Polizei mit einem T-Shirt der Firma "X.\_\_\_\_\_" an. Das T-Shirt soll "leicht, jedoch offensichtlich mit Mehl verschmutzt" gewesen sein. Darauf angesprochen, habe die angehaltene Person erwidert, nur kurz einem Freund beim Herstellen des Pizzateiges geholfen zu haben. Der Geschäftsführer des Lokals, B.\_\_\_\_\_, gab gleichentags zu Protokoll, der Beschwerdeführer, ein Kollege von ihm, sei zirka um 10.30 Uhr bei ihm vorbeigekommen. Er selber sei gerade am Teig machen gewesen. Der Kollege habe sich deshalb anboten, ihm zu helfen. Also habe er ihm ein T-Shirt seiner Firma gegeben, worauf jener ihm bei der Zubereitung des Teiges geholfen habe. Es handle sich aber um keinen Angestellten; er erhalte keinen Lohn und sei das erste Mal bei ihm gewesen (vgl. Akten der Vorinstanz [SEM act.] 1 pag. 16). Tags darauf erklärte der Beschwerdeführer, sie hätten im Imbiss über das Backen gesprochen. In Italien eine Pizzeria führend, habe er dem Geschäftsführer dann gezeigt, wie er es mache. Um nicht schmutzig zu werden, habe er sich ein Sweatshirt des Betriebes angezogen. Er habe nicht gearbeitet, sondern nur kurz den Teig gemacht (siehe Einvernahme vom 18. April 2017 [SEM act. 1 pag.10 - 15]). Die Nichtanhandnahmeverfügung der Staatsanwaltschaft des Kantons Solothurn vom 26. Mai 2017 schliesslich hält fest, der Beschwerdeführer habe einmalig während zwei Stunden bei der Pizzateigvorbereitung geholfen (in SEM act., nicht paginiert).

#### **E. 4.3**

Aus den beigezogenen Akten ergibt sich demzufolge, dass der Beschwerdeführer den Geschäftsführer der "X.\_\_\_\_\_" im dargelegten Umfang unterstützt hat. Die Relativierungen auf Beschwerdeebene (blosser verbaler Erfahrungsaustausch) stehen in Widerspruch sowohl zu den polizeilichen Beobachtungen als auch den früheren Aussagen

der Beteiligten. Insoweit ist der rechtserhebliche Sachverhalt erstellt.

#### **E. 4.4**

Bei den beschriebenen Tätigkeiten handelt es sich um Verrichtungen, welche üblicherweise gegen Entgelt ausgeübt werden. Die anscheinend unentgeltlich erbrachten Hilfestellungen und deren Häufigkeit spielen in diesem Zusammenhang keine Rolle (zur weiten Fassung des Erwerbsbegriffs siehe E. 4.1 hiervor). Hinsichtlich der Dauer wäre anzumerken, dass dem in der Nichtanhandnahmeverfügung in diesem Zusammenhang zitierten BGE 137 IV 297 eine andere Konstellation zu Grunde liegt (Probeeinsatz im Rahmen eines laufenden Bewerbungsverfahrens). Es genügt an dieser Stelle der Verweis auf die zutreffenden Ausführungen in der Vernehmlassung. Aus dem fraglichen, von der strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts gefällten Urteil lässt sich mithin nichts zu Gunsten des Beschwerdeführers ableiten. Da der Beschwerdeführer sich mit dem Firmen-T-Shirt zum Umparkieren nach draussen begab, ist im Übrigen anzunehmen, dass das Aushelfen bei der Teigzubereitung ohne behördliche Intervention länger gedauert hätte. Einschränkungen des Begriffs Erwerbstätigkeit können sich ausserdem dort ergeben, wo der besondere Charakter der Hilfeleistung gerade durch die verwandtschaftliche und emotionale Nähe zwischen den Beteiligten gewährleistet ist, die ausführende Person also nicht durch einen Dritten ersetzt werden könnte, ohne dass der besondere Charakter der Hilfeleistung verloren ginge (vgl. etwa Urteile BVGer F-4156/2016 vom 8. Dezember 2017 E. 5.2 oder F-1473/2016 vom 15. Mai 2017 E. 4.3.3, je m.H.). Eine solche Situation liegt hier ebenfalls nicht vor, besteht zwischen dem Beschwerdeführer und B.\_\_\_\_\_, die sich gegenseitig als gewöhnliche Kollegen bezeichnen, doch keine besonders enge Beziehung. Abgesehen geschah das Vorgefallene nicht in der privaten, sondern der geschäftlichen Sphäre des Begünstigten. Entgegen der Auffassung des Parteivertreters kann demnach nicht von einem üblichen sozialen Akt gesprochen werden. Vor dem aufgezeigten Hintergrund sieht es das Bundesverwaltungsgericht als erwiesen an, dass der Beschwerdeführer im beschriebenen Umfang einer Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 11 Abs. 2 AuG nachgegangen ist.

#### **E. 4.5**

Zu keinem anderen Ergebnis führt das Schicksal der Strafanzeige vom 9. Mai 2017. Das Einreiseverbot knüpft nämlich nicht an die Erfüllung einer Strafnorm oder die Ahndung nach derselben, sondern direkt an das Vorliegen einer Polizeigefahr an. Ob eine solche besteht und wie sie zu gewichten ist, hat die Behörde in eigener Kompetenz unter Zugrundelegung spezifisch ausländerrechtlicher Kriterien zu beurteilen. Die Behörde ist deshalb in der Regel nicht gehalten, den rechtskräftigen Abschluss eines Strafverfahrens abzuwarten. Vielmehr kann ein Einreiseverbot auch dann ergehen, wenn ein rechtskräftiges Strafurteil fehlt, sei es, weil ein Strafverfahren gar nicht eröffnet wurde, noch hängig ist, eingestellt oder wie in diesem Fall nicht an die Hand genommen wurde (vgl. Urteile des BVGer F-7649/2016 vom 13. März 2018 E. 3.3 oder F-5969/2016 vom 28. September 2017 E. 6.4, je m.H.). Es genügt mit anderen Worten, wenn - wie in casu (siehe E. 4.2 - 4.4 weiter vorne) - Verdachtsmomente vorliegen, die von den Behörden als hinreichend konkret erachtet werden. In Erinnerung zu rufen gilt es an dieser Stelle nochmals, dass es für die Anordnung von Fernhaltmassnahmen im fraglichen Bereich keines vorsätzlichen Verstosses gegen gesetzliche Bestimmungen bedarf (siehe E. 3.3 hiervor).

#### **E. 4.6**

Nicht ersichtlich wird schliesslich, inwiefern das SEM mit seinem Vorgehen gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossen haben soll. Der Vorfall, welcher zum Erlass eines Einreiseverbots führte, ist aktenmässig erstellt. Wohl hat der Beschwerdeführer den Erwerbscharakter seines Tuns stets bestritten, diese Frage bildet jedoch Gegenstand der materiell-rechtlichen Prüfung. Die Vorinstanz hat ihm denn von Anfang an signalisiert, deswegen die Verhängung einer Fernhalte-massnahme zu prüfen (SEM act. 1 pag. 11). Eine Verletzung von Art. 5. Abs. 3 BV und Art. 9 BV ist mangels Bestehens eines Vertrauenstatbestandes nicht erkennbar (zum Ganzen vgl. Urteil des BVGer F-449/2017 vom 19. März 2018 E. 6.2 - 6.4 m.H.).

#### **E. 4.7**

Die Voraussetzungen für den Erlass eines Einreiseverbots nach Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG sind somit erfüllt.

#### **E. 5.1**

Den Entscheid darüber, ob ein Einreiseverbot anzuordnen und wie es zeitlich auszugestalten ist, legt Art. 67 Abs. 2 AuG in das pflichtgemässe Ermessen der Behörde. 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 AuG; ferner statt vieler Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 555 ff.).

#### **E. 5.2**

Der Beschwerdeführer hat - wie festgestellt - wegen Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung in der Schweiz gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG verstossen. Dieses Fehlverhalten wiegt objektiv nicht leicht, kommt doch den ausländerrechtlichen Normen im Interesse einer funktionierenden Rechtsordnung eine zentrale Bedeutung zu. Namentlich das generalpräventiv motivierte Interesse, die ausländerrechtliche Ordnung durch eine konsequente Massnahmenpraxis zu schützen, ist von nicht zu unterschätzender Bedeutung (zur Zulässigkeit der Berücksichtigung generalpräventiver Aspekte in Konstellationen, in denen wie hier kein sogenannter Vertragsausländer betroffen ist, vgl. Urteil des BGer 2C\_516/2014 vom 24. März 2015 E. 4.3.2 m.H.). Andererseits liegt eine spezialpräventive Zielsetzung der Massnahme darin, dass sie den Betroffenen ermahnt, bei einer allfälligen künftigen Wiedereinreise in die Schweiz nach Ablauf der Dauer des Einreiseverbots die für ihn geltenden Regeln einzuhalten. Aufgrund dessen besteht grundsätzlich ein öffentliches Interesse an seiner befristeten Fernhaltung.

#### **E. 5.3**

Das beschriebene Fernhalteinteresse gilt es insofern zu relativieren, als aufgrund der Akten- und Beweislage davon auszugehen ist, es handle sich um einen einmaligen Vorfall. Sodann dauerte das Aushelfen letztlich nur rund zwei Stunden und soll behaupteterweise spontan bzw. ungeplant aufgenommen worden sein. Soweit bekannt, ist der Beschwerdeführer überdies nicht vorbestraft. Private Interessen werden derweil weder geltend gemacht noch sind solche aus den Akten ersichtlich.

#### **E. 5.4**

Das verhängte Einreiseverbot ist demzufolge dem Grundsatz nach zu bestätigen. Hinsichtlich der zweijährigen Dauer erscheint die Fernhaltungsmassnahme hingegen als unverhältnismässig lang. Als verhältnismässig ist angesichts der dargelegten Umstände eine Befristung des Einreiseverbots auf den Zeitpunkt des vorliegenden Urteils zu erachten. Damit wird den Besonderheiten des Falles (siehe E. 4.2 - 4.5 sowie 5.3) ausreichend Rechnung getragen.

## **E. 6**

Aus diesen Erwägungen folgt, dass das für die Dauer von zwei Jahren ausgesprochene Einreiseverbot Bundesrecht verletzt (vgl. Art. 49 VwVG). Die Beschwerde ist deshalb teilweise gutzuheissen und das gegen den Beschwerdeführer verhängte Einreiseverbot auf den Zeitpunkt des vorliegenden Urteils zu befristen.

## **E. 7.1**

Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens wären die reduzierten Verfahrenskosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG sowie Art. 1 ff. der Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Der erst im Verlaufe des Rechtsmittelverfahrens mandatierte Parteivertreter ersuchte jedoch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Art. 65 Abs. 1 und 2 VwVG). In der verfahrensleitenden Anordnung des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. Februar 2018 wurde der Entscheid darüber auf einen späteren Zeitpunkt verschoben, weshalb dies nun nachzuholen ist.

## **E. 7.2**

Gemäss Art. 65 Abs. 1 VwVG kann eine Partei, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und deren Begehren nicht als aussichtslos erscheinen, auf Gesuch hin von der Bezahlung von Verfahrenskosten befreit werden. Ist es zur Wahrung der Rechte der Partei notwendig, wird ihr ein Anwalt bestellt (Art. 65 Abs. 2 VwVG).

## **E. 7.3**

Da die vorliegende Beschwerde nicht als aussichtslos zu bezeichnen war und die prozessuale Bedürftigkeit des Beschwerdeführers hinreichend belegt ist (Art. 65 Abs. 1 VwVG), ist dem Gesuch um Befreiung von den Verfahrenskosten stattzugeben. Abzuweisen ist hingegen das (sinngemässe) Begehren um unentgeltliche Rechtsverteidigung. Gemäss Art. 65 Abs. 2 VwVG ist diese ausdrücklich patentierten Anwältinnen und Anwälten vorbehalten, die sich nach Art. 8 des Bundesgesetzes über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (BGFA, SR. 935.61) im Anwaltsregister eintragen können (vgl. dazu Marcel Maillard in: Praxiskommentar VwVG, 2016, Art. 65 N 41). Der Parteivertreter erfüllt diese Voraussetzungen für die Einsetzung als amtlicher Anwalt nicht.

## **E. 7.4**

Im Umfang seines Obsiegens ist dem Beschwerdeführer für die ihm im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht erwachsenen notwendigen Kosten eine gekürzte Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 ff. VGKE). Der Parteivertreter hat keine Kostennote eingereicht, so dass die Parteientschädigung aufgrund der Akten festzulegen ist (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Weil der Wohnsitz des Beschwerdeführers als Empfänger der juristischen Dienstleistung im Ausland liegt, ist keine Mehrwertsteuer bzw. kein Zuschlag für die Mehrwertsteuer zu entrichten (Art. 1 Abs.

2 i.V.m. Art. 8 Abs. 1 und Art. 18 Abs. 1 MWSTG [SR 641.20] sowie Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE). In Würdigung aller Bemessungsfaktoren und unter Berücksichtigung des Umstandes, dass sich der Beschwerdeführer nicht während des gesamten Rechtsmittelverfahrens vertreten liess, ist die Parteientschädigung auf Fr. 600.- festzusetzen. Dispositiv Seite 13

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