

BVGer F-2781/2019 vom 19. November 2020

Bundesverwaltungsgericht, 2020-11-19, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_F-2781_2019

FR: TAF F-2781/2019 du 19 novembre 2020

IT: TAF F-2781/2019 del 19 novembre 2020

Regeste

Einreiseverbot

Erwägungen

E. 1.1

Vom SEM erlassene Einreiseverbote sind mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar (Art. 31 ff. VGG i.V.m. Art. 5 VwVG).

E. 1.2

Das Rechtsmittelverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG 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).

E. 1.4

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in der vorliegenden Streitsache 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 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.).

E. 3.1

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).

E. 3.2

Das Einreiseverbot nach Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG dient der Abwendung künftiger Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (BBl 2002 3709, 3813). Soweit Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG mit dem Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung unmittelbar an vergangenes Verhalten des Betroffenen anknüpft, steht die Gefahrenabwehr durch Generalprävention im Sinne der Einwirkung auf das Verhalten anderer Rechtsgenossen im Vordergrund (zur Generalprävention im Ausländerrecht vgl. etwa Urteil des Bundesgerichts 2C_282/2012 vom 31. Juli 2012 E. 2.5 mit Hinweisen). Die Spezialprävention im Sinne der Einwirkung auf das Verhalten des Betroffenen selbst kommt zum Tragen, soweit Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG als alternativen Fernhaltegrund die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung durch den Betroffenen selbst nennt. 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 (Urteil des BVGer F-3595/2017 vom 26. März 2020 E. 5.2).

E. 3.3

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. BBl 2002 3709, 3813). Einen Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung begeht u. a. auch, wer Normen des Ausländerrechts zuwiderhandelt. 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. bspw. Urteil des BVGer F-6749/2017 vom 24. August 2018 E. 3.3 m.H.).

E. 4.1

Die Vorinstanz stellt sich auf den Standpunkt, die vom Beschwerdeführer geleistete Unterstützung sei als Erwerbstätigkeit im Sinne der ausländerrechtlichen Bestimmungen zu qualifizieren.

E. 4.2

Der Beschwerdeführer bestreitet dies und macht im Wesentlichen geltend, dass es sich bei dem ihm vorgeworfenen Verhalten um eine reine Gefälligkeit ohne Erwerbscharakter gehandelt habe; eine Einschätzung, die von der Strafbehörde im Einspracheverfahren geteilt worden sei. Die Strafbehörde habe festgestellt, dass er mit seinem Verhalten nicht gegen ausländerrechtliche Bestimmungen verstossen habe. Damit fehle es an einem Fernhaltegrund, der zur Verhängung eines Einreiseverbots ermächtigen könnte (BVGer-act. 16 und 20).

E. 5.1

Strittig und zu beurteilen ist demnach, ob die vom Beschwerdeführer erbrachte Tätigkeit nach den Kriterien der ausländerrechtlichen Rechtsprechung als Erwerbstätigkeit zu qualifizieren ist, für die eine Bewilligungspflicht bestand und er - weil er keine Bewilligung hatte - einen Fernhaltegrund im Sinne von Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG setzte.

E. 5.2

Aus den Akten, insbesondere aus den Protokollen der polizeilichen Befragung vom 6. Mai 2019, ergibt sich folgendes Bild der die Massnahme auslösenden Umstände: Der Beschwerdeführer gestand in der Einvernahme vom 6. Mai 2019 gegenüber der Kantonspolizei Zürich ein, selbigen Tags für die Inhaberin eines Thai-Imbiss-Geschäfts in (...) Küchengeräte transportiert und in einem Lager in (...) abgeladen zu haben. Bei der Inhaberin des Geschäfts handle es sich um eine Cousine seiner Ex-Ehefrau. Er sei bei ihr für mehrere Tage zu Besuch gewesen und sie habe ihn gebeten, den Transport auszuführen. Für ihn sei dies ein blosser Freundschaftsdienst gewesen; unter Thailänderinnen und Thailändern sei es üblich, dass man sich gegenseitig helfe (ZH-act. 2). Die Geschäftsinhaberin gab bei gleicher Gelegenheit zu Protokoll, bei den vom Beschwerdeführer transportierten Sachen habe es sich um Utensilien gehandelt, die an einem Thai-Food-Festival gebraucht worden seien. Sie habe den Beschwerdeführer angefragt, ob er an dieses Festival komme. Er sei dann ihrer Einladung gefolgt und habe als Gast bei ihr übernachtet. Auf die Frage, wie die Waren an das Festival in (...) transportiert worden seien, gab die Geschäftsinhaberin zu Protokoll, dies habe eine Nichte von ihr übernommen. Bei gewissen Sachen habe auch der Beschwerdeführer geholfen. Eine weitere Frage nach sonstiger Unterstützung durch den Beschwerdeführer bejahte sie; es sei allerdings «nichts Grosses» gewesen, sondern nur «Kleinigkeiten». So habe sie ihn beispielsweise gefragt, ob er ihr Öl kaufen könne. Oder sie habe ihn um Hilfe gebeten, wenn sie «am Festival etwas vergessen» habe (StA-act. 3).

E. 6.1

Der migrationsrechtliche Begriff der Erwerbstätigkeit ist weit gefasst. Als Erwerbstätigkeit gilt jede üblicherweise gegen Entgelt ausgeübte unselbständige oder selbständige Tätigkeit, selbst wenn sie unentgeltlich erfolgte (Art. 11 Abs. 2 AIG). Eine Tätigkeit gilt dann als üblicherweise gegen Entgelt entrichtet, wenn sie ihrer Art und ihrem Umfang nach auf dem schweizerischen Arbeits- und Dienstleistungsmarkt angeboten wird (zum Ganzen vgl. Urteil des BVGer F-3451/2018 vom 22. Januar 2020 E. 5.1). Ohne Belang für die Qualifikation als Erwerbstätigkeit ist dabei, ob die Beschäftigung nur stunden- oder tageweise oder vorübergehend ausgeübt wird (vgl. Art. 1a Abs. 1 VZAE). Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist zwar dort keine Erwerbstätigkeit im rechtstechnischen Sinne anzunehmen, wo Arbeitsleistungen ausserhalb der geschäftlichen Sphäre eines Begünstigten durch nahe Angehörige vorgenommen werden, wobei massgeblich ist, dass diese Tätigkeit gerade wegen der verwandtschaftlichen und emotionalen Nähe des Leistungserbringers zum Begünstigten ein besonderer Charakter zukommt, der nicht durch beliebige Dritte ersetzt werden kann (sog. Sozialadäquanz; vgl. dazu statt vieler: Urteile des BVGer F-6220/2016 vom 17. Mai 2018 E. 4.2; C-5190/2014 vom 25. September 2015 E. 5.3.3; je m.H.). Arbeitsleistungen im gewerblichen Bereich dagegen sind grundsätzlich als Erwerbstätigkeit zu qualifizieren, es sei denn, es komme ihnen eine völlig untergeordnete Bedeutung zu. Es versteht sich von selbst und bedarf keiner weiteren Ausführungen, dass sich der Beschwerdeführer nicht auf diese Ausnahmeregelung berufen kann. Seine Handreichungen betrafen den gewerblichen

Bereich und waren nicht auf einen isolierten Einzelfall beschränkt; sie können mit Blick auf ihre Art und ihren Umfang nicht mehr als vernachlässigbar betrachtet werden.

E. 6.2

Des Weiteren vermag es den Beschwerdeführer nicht zu entlasten, dass er sich seiner Schuld nicht bewusst gewesen sein will, zumal es für die Verhängung eines Einreiseverbots keines vorsätzlichen Verstosses gegen ausländerrechtliche Bestimmungen bedarf (vgl. vorstehend E. 3.3).

E. 6.3

Nach dem Gesagten sieht es das Bundesverwaltungsgericht als erwiesen an, dass der Beschwerdeführer einer Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 11 Abs. 2 AIG nachgegangen ist. Da im vorliegenden Fall die Ausnahmeregelung von Art. 14 VZAE nicht zur Anwendung gelangt, hätte der Beschwerdeführer für seine Erwerbstätigkeit eine Bewilligung benötigt, die er indessen nicht eingeholt hat.

E. 6.4

Der Beschwerdeführer wendet ein, dass das gestützt auf den gleichen Sachverhalt gegen ihn geführte Strafverfahren eingestellt worden sei. Die Staatsanwaltschaft habe seiner Hilfestellung den Erwerbscharakter abgesprochen.

E. 6.4.1

Die Staatsanwaltschaft B._____ hat mit Verfügung vom 12. Dezember 2019 das Strafverfahren gegen den Beschwerdeführer wegen Widerhandlung gegen das AIG eingestellt. Sie stützte sich dabei auf Art. 319 Abs. 1 Bst. a der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO, SR 312.0). Gemäss dieser Bestimmung verfügt die Staatsanwaltschaft die vollständige oder teilweise Einstellung des Verfahrens, wenn kein Tatverdacht erhärtet ist, der eine Anklage rechtfertigt. In der Einstellungsverfügung führte sie aus, die Staatsanwaltschaft C._____ habe am 13. August 2019 eine Nichtanhandnahmeverfügung gegen die Geschäftsinhaberin wegen Beschäftigung von Ausländern ohne Bewilligung sowie Förderung des rechtswidrigen Aufenthalts erlassen. Da der Beschwerdeführer übereinstimmend mit der Geschäftsinhaberin erklärt habe, dass er bloss im Sinne eines einmaligen, unter Thailänderinnen und Thailändern üblichen Freundschaftsdienstes, d.h. ohne jegliche Bezahlung, die Küchengeräte mit seinem Auto transportiert und im Lager abgeladen habe, und nunmehr mit seiner Einsprache bekunde, dass er den Vorwurf der Erwerbstätigkeit bestreite, sei das Verfahren gegen ihn ebenfalls einzustellen (StA-act. 15).

E. 6.4.2

Zwar trifft - wie von der Vorinstanz ausgeführt - zu, dass ein Einreiseverbot gemäss ständiger Rechtsprechung grundsätzlich auch dann verhängt werden kann, wenn ein rechtskräftiges Strafurteil fehlt, so weil ein Strafverfahren nicht eröffnet wurde, noch hängig ist oder - wie in vorliegendem Fall - eingestellt wurde (vgl. dazu anstelle vieler: Urteile des BVGer F-6906/2018 vom 10. Dezember 2019 E. 4.3; F-5969/2016 vom 28. September 2017 E. 6.4; C-7068/2013 vom 19. Mai 2015 E. 5.5; je m.H.). Die Grundsätze der Einheit der Rechtsordnung und der Rechtssicherheit gebieten allerdings, dass widersprüchliche Entscheide zwischen Straf- und Administrativbehörden im Rahmen des Möglichen zu vermeiden sind, soweit sie auf den gleichen Tatsachen beruhen (BGE 139 II 95 E. 3.2; 137 I 363 E. 2.3.2; 124 II 103 E. 1c/bb; Urteil des BGer 1C_98/2017 vom 2. Juni

2017 E. 2.4; Urteil des BVGerF-7521/2015 vom 20. Dezember 2016 E. 5.5). In diesem Sinne entfernt sich das Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich nicht ohne Not von den tatbeständlichen Feststellungen des Strafrichters. Das gleiche gilt für die rechtliche Würdigung, soweit sie sehr stark von Tatsachen abhängt, die der Strafrichter besser kennt, was etwa dann der Fall sein kann, wenn er den Beschuldigten persönlich einvernommen hat (BGE 104 Ib 358 E. 3).

E. 6.4.3

Eine persönliche Anhörung des Beschwerdeführers durch die Staatsanwaltschaft hat nicht stattgefunden. Vielmehr stützte Letztere sich im Wesentlichen auf die Nichtanhandnahmeverfügung vom 13. August 2020 im Strafverfahren gegen die Geschäftsinhaberin und führte begründend aus, der Beschwerdeführer sei lediglich beim einmaligen Ausladen von der Polizei beobachtet worden und mangels weiterer Beweise liessen sich seine (bestreitenden) Aussagen nicht widerlegen. Keine besondere Berücksichtigung fand dabei, dass der Transport durch den Beschwerdeführer nicht im privaten, sondern im geschäftlichen Umfeld seiner Gastgeberin erfolgte und letztere gegenüber der Kantonspolizei eingestand, im Zusammenhang mit dem geschäftlichen Anlass auch andere Hilfestellungen des Beschwerdeführers erhalten zu haben.

E. 6.4.4

Da die Einstellungsverfügung im Wesentlichen auf einer anderen rechtlichen Beurteilung des an sich unbestrittenen Sachverhalts beruht und im Übrigen die eingestandenen sonstigen Hilfeleistungen für den Thai-Imbiss unberücksichtigt lässt, vermag sie das Bundesverwaltungsgericht nicht zu binden.

E. 6.4.5

Der Beschwerdeführer hat mit der - aus ausländerrechtlicher Sicht - bewilligungspflichtigen Hilfestellung verpönte Handlungen begangen, die als Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu werten sind (Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG; Art. 77 Abs. 1 Bst. a VZAE; vgl. dazu auch Urteil des Bundesgerichts 2C_810/2016 vom 21.03.2017 E. 4.2.1). Ein Fernhaltegrund ist damit gegeben.

E. 7.1

Es bleibt zu prüfen, ob das Einreiseverbot für die Schweiz und Liechtenstein 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; vgl. statt vieler Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 514 ff. m.w.H.).

E. 7.2

Vorliegend ist das generalmotivierte Interesse, die Durchsetzung der arbeitsmarktlichen Zulassungs- und Kontrollvorschriften zu gewähren, als gewichtig zu betrachten (zur Zulässigkeit der Berücksichtigung generalpräventiver Aspekte vgl. Urteil des BGer 2C_260/2016 vom 6. Juni 2016 E. 2.2 m.H.). Dadurch soll unter anderem der Schutz der

Arbeitnehmer/innen in der Schweiz vor Sozial- und Lohndumping gewährleistet werden. Es besteht somit ein gewichtiges öffentliches Interesse an seiner Fernhaltung. Dem Einreiseverbot kommt ferner auch spezialpräventiver Charakter zu. Insbesondere soll es einer weiteren illegalen Erwerbstätigkeit des Beschwerdeführers in der Schweiz und damit weiteren Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung entgegenwirken (vgl. anstelle vieler Urteil C-6661/2014 vom 22. Oktober 2015 E. 7.2 m.H.). Die Gefahr, dass dies erneut geschehen könnte, ist jedoch im heutigen Zeitpunkt eher als moderat zu bezeichnen. Dabei gilt zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer seit langem in Deutschland aufenthaltsberechtigt ist, dort einer geregelten Arbeit nachgeht und er das Pensionsalter erreicht hat (ZH-act. 2/5). Entsprechend ist das öffentliche Interesse am Aufrechterhalten der Massnahme zu relativieren.

E. 7.3

An privaten Interessen daran, nicht von Einreiserestriktionen betroffen zu werden, macht der Beschwerdeführer geltend, ein zweijähriges Einreiseverbot verunmögliche es ihm, während der Advents- und Weihnachtszeit seine in der Schweiz lebenden Verwandten besuchen und die familiären Bande pflegen zu können.

E. 7.4

Eine Abwägung der gegenläufigen öffentlichen und privaten Interessen führt das Bundesverwaltungsgericht zu dem Ergebnis, dass das Einreiseverbot dem Grundsatz nach zu bestätigen ist. In Berücksichtigung aller Umstände gelangt das Gericht jedoch zum Ergebnis, dass die ausgesprochene Dauer von zwei Jahren zu lang ist, dem öffentlichen Interesse an einer Wahrung der ausländerrechtlichen Ordnung vielmehr mit einer auf den Urteilszeitpunkt begrenzten Massnahme hinreichend Rechnung getragen werden kann. Das Einreiseverbot ist daher entsprechend zu befristen und die Beschwerde teilweise gutzuheissen.

E. 8

Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens sind dem Beschwerdeführer im Umfang des Unterliegens reduzierte Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Diese sind in Anwendung von Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]) auf Fr. 700.- festzusetzen. Dem Beschwerdeführer ist ferner zu Lasten der Vorinstanz im Umfang des Obsiegens eine gekürzte Parteientschädigung für notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 und 2 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 VGKE). In Berücksichtigung des notwendigen und anrechenbaren Aufwands ist diese pauschal auf Fr. 600.- festzusetzen. (Dispositiv nächste Seite)

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