



Abteilung VI
F-2058/2018

Urteil vom 10. Mai 2019

Besetzung

Richter Andreas Trommer (Vorsitz),
Richter Martin Kayser, Richter Fulvio Haefeli,
Gerichtsschreiberin Jacqueline Moore.

Parteien

A. _____,
Beschwerdeführerin,
vertreten durch Andreas Schild, Rechtsanwalt,

gegen

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

Gegenstand

Einreiseverbot.

Sachverhalt:**A.**

Die Beschwerdeführerin, eine 1986 geborene Staatsangehörige der Republik Serbien, wurde am 6. März 2018 anlässlich einer Kontrolle durch die Kantonspolizei Solothurn in einem Restaurant in X._____ angehalten und aufgrund des Verdachts auf illegale Erwerbstätigkeit festgenommen (Akten der Vorinstanz [nachfolgend: SEM-act.] 2/2 f. und 3/4 ff.).

Bei der gleichentags durchgeführten polizeilichen Einvernahme bestritt die Beschwerdeführerin im Wesentlichen, einer Arbeit nachgegangen zu sein. Das Restaurant, in dem sie sich aufgehalten habe, werde von ihrem Freund geführt und sie habe dort im Zeitpunkt ihrer Kontrolle nur mit kleinen Handreichungen ausgeholfen (SEM-act. 3/4 ff., Frage 17 ff.).

Im Rahmen derselben Einvernahme wurde der Beschwerdeführerin rechtliches Gehör bezüglich einer allfälligen Verhängung einer Fernhaltemassnahme und deren Ausschreibung im Schengener Informationssystem (SIS II) zur Einreiseverweigerung im ganzen Schengen-Raum gewährt. Zudem wurde ihr mitgeteilt, dass die Angelegenheit an die zuständige Staatsanwaltschaft rapportiert werde (SEM-act. 3/4 f.).

B.

Am 7. März 2018 verfügte das Migrationsamt des Kantons Solothurn die Wegweisung der Beschwerdeführerin aus der Schweiz und forderte sie auf, das Land bis am 17. März 2018 zu verlassen (SEM-act. 5/13 f.).

C.

Gestützt auf diesen Sachverhalt erliess das SEM am 7. März 2018 gegen die Beschwerdeführerin ein zweijähriges Einreiseverbot. Zur Begründung führte die Vorinstanz im Wesentlichen an, die Beschwerdeführerin sei 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). Weiter ordnete die Vorinstanz die Ausschreibung des Einreiseverbots im SIS II an und entzog einer allfälligen Beschwerde vorsorglich die aufschiebende Wirkung.

D.

Mit Rechtsmitteleingabe vom 9. April 2018 liess die Beschwerdeführerin durch ihren Rechtsvertreter die Aufhebung des Einreiseverbots beantragen, eventualiter sei eine Verwarnung auszusprechen; subeventualiter sei

das Einreiseverbot auf sechs Monate zu beschränken. Zur Begründung machte er im Wesentlichen geltend, die von der Beschwerdeführerin im Betrieb ihres Freundes erbrachte Hilfestellung habe keinen Erwerbscharakter und wäre somit auch nicht bewilligungspflichtig gewesen.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht liess die Beschwerdeführerin um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde ersuchen (Akten des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer-act.] 1).

E.

Mit Zwischenverfügung vom 18. April 2018 wurde das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung durch die zum damaligen Zeitpunkt zuständige Instruktionsrichterin des Bundesverwaltungsgerichts abgelehnt (BVGer-act. 3).

F.

In ihrer Vernehmlassung vom 4. Mai 2018 verzichtete die Vorinstanz auf eine einlässliche Stellungnahme zur Beschwerde und beantragte deren Abweisung (BVGer-act. 6).

G.

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.).

4.3 Wird gegen eine Person, die nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates der EU oder der EFTA besitzt, ein Einreiseverbot verhängt, so wird sie nach Massgabe der Bedeutung des Falles im SIS II zur Einreiseverweigerung ausgeschrieben (vgl. Art. 21 und 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, Abl. L 381/4 vom 28. Dezember 2006 sowie Art. 20–22 der Verordnung vom 8. März 2013 über den nationalen Teil des Schengener Informationssystems [N-SIS] und das SIRENE-Büro [N-SIS-Verordnung, SR 362.0]).

5.

5.1 Die Vorinstanz stützt sich in ihrer Verfügung vom 7. März 2018 auf Art. 67 AIG i.V.m. Art. 11 AIG und macht geltend, die Beschwerdeführerin sei in der Schweiz erwerbstätig gewesen, ohne im Besitz der erforderlichen ausländerrechtlichen Bewilligung gewesen zu sein. Die Ausübung einer solchen unbewilligten Erwerbstätigkeit stelle einen Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung dar.

5.2 Die Beschwerdeführerin lässt dagegen einwenden, ihre am Ort ihrer Anhaltung geleistete Unterstützung sei in Berücksichtigung der konkreten

Umstände nicht als (bewilligungspflichtige) Erwerbstätigkeit, sondern als in Erfüllung einer sittlichen Pflicht erbrachte (bewilligungsfreie) Hilfestellung zu qualifizieren. Sie habe im Restaurant ihres Freundes nur zwei Mal und nur während kurzer Zeit ausgeholfen. Ihre Einsätze seien weder geplant gewesen noch entschädigt worden. Sie sei im Betrieb ihres Freundes den anwesenden Servicemitarbeitenden in einem Moment hohen Gästeaufkommens spontan zur Hand gegangen. Die dabei nur punktuell geleistete Unterstützung habe sich im Rahmen eines üblichen und sozialadäquaten Verhaltens den Mitarbeitenden und ihrem Freund gegenüber bewegt. Die Abgrenzung zwischen Tätigkeiten mit Erwerbscharakter und solchen im Rahmen einer bewilligungsfreien Sozialadäquanz werde auch in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts gezogen. Dieses habe beispielsweise im Urteil C-2882/2010 vom 20. Juni 2011 (E. 4.2, m.w.H.) erwogen, dass der gegenseitige Beistand zwischen nahen Verwandten keine Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 11 Abs. 2 AIG darstelle.

5.3 Aus den Akten, insbesondere dem Protokoll der polizeilichen Einvernahme vom 6. März 2018, ergibt sich folgendes Bild der massnahmeauslösenden Ereignisse: Die Beschwerdeführerin sagte aus, sie sei am 14. Januar 2018 als Touristin von Italien her in die Schweiz eingereist, um hier ihren Freund zu besuchen. Ursprünglich sei ein zweiwöchiger Besuch geplant gewesen, ihr Freund habe sie jedoch gebeten noch ein bisschen zu bleiben und so sei sie eben länger geblieben. Auf die Frage, welche Verbindung sie zum Restaurant habe, in dem sie angehalten wurde, gab sie an, ihr Freund sei dort Chef und sie habe ihn ab und zu an seinem Arbeitsplatz besucht. Am Tag der Polizeirazzia sei sie mit der Mutter ihres Freundes im Restaurant zum Essen und Kaffee trinken verabredet gewesen. Ihr Freund selbst sei abwesend gewesen. Es sei richtig, dass sie hinter der Bar gestanden habe, als die Polizei eingetroffen sei; sie habe jedoch nicht gearbeitet, sondern nur ausgeholfen. Konkret habe sie Geschirr getrocknet, Körbchen mit Brot vorbereitet und Getränkeflaschen in den Kühlschrank gelegt. Weitergehende Tätigkeiten hätte sie schon aus sprachlichen Gründen (sie könne kein Deutsch) nicht ausführen können. Abschliessend führte sie aus, sie habe gewusst, dass für die Verrichtung einer Arbeit eine Bewilligung benötigt werde, jedoch nicht, dass aushelfen verboten sei (SEM-act. 3/4 ff.).

6.

6.1 Der migrationsrechtliche Begriff der Erwerbstätigkeit ist weit gefasst. Als Erwerbstätigkeit gilt jede üblicherweise gegen Entgelt ausgeübte un-

selbständige oder selbständige Tätigkeit, selbst wenn sie – wie im vorliegenden Fall geltend gemacht – unentgeltlich erfolgte (Art. 11 Abs. 2 AIG). Eine Tätigkeit gilt dann als üblicherweise auf Entgelt gerichtet, wenn sie ihrer Art und ihrem Umfang nach auf dem schweizerischen Arbeits- und Dienstleistungsmarkt angeboten wird (vgl. EGLI/MEYER, in: Caroni/Gächter/Thurnherr, Handkommentar AuG, 2010, Art. 11 Rz. 6). Umgekehrt muss wohl auch gelten, dass die ausgeführte Tätigkeit Einfluss auf den Schweizer Arbeitsmarkt haben kann. Ohne Belang für die Qualifikation der (unselbständigen) Erwerbstätigkeit ist auch, ob die Beschäftigung nur stunden- oder tageweise oder vorübergehend ausgeübt wird (Art. 1a Abs. 1 VZAE).

6.2 Es steht ausser Frage, dass die Tätigkeiten, die die Beschwerdeführerin im Zeitpunkt ihrer Anhaltung im Betrieb ihres Freundes ausführte (und die sie gemäss eigenen Angaben schon bei einer früheren Gelegenheit ausgeübt hatte), üblicherweise von entsprechendem Personal gegen Entgelt ausgeübt werden. Im Gegensatz zum Sachverhalt, der dem von ihr zitierten Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zugrunde lag (vorübergehende Betreuung und Pflege einer schwer kranken Schwester im Rahmen eines Besuchsaufenthalts) kann vorliegend nicht behauptet werden, dass die Tätigkeit der Beschwerdeführerin gerade durch die freundschaftliche Verbundenheit zum Leiter des Restaurationsbetriebes geprägt und in dieser Form nicht durch eine beliebige Fachperson hätte erbracht werden können.

6.3 Kommt hinzu, dass die Aushilfstätigkeit nicht im privaten, sondern im betrieblichen Bereich des Freundes stattfand. Die verrichteten Arbeiten standen somit unmittelbar in Zusammenhang mit dem gewerblichen Fortkommen des Betriebs ihres Freundes. Die wirtschaftlich motivierte Komponente grenzt die Unterstützung im Privathaushalt von der Hilfe beim Verrichten von Tätigkeiten im beruflichen Umfeld einer nahestehenden Person ab und ist immer als Erwerbstätigkeit im Sinne der ausländerrechtlichen Bestimmungen zu qualifizieren (vgl. anstelle mehrerer: Urteile des BVGer F-4638/2016 vom 23. Mai 2017 E. 4.4; C-5556/2014 vom 28. Mai 2015 E. 4.5 oder C-6443/2013 vom 31. Oktober 2014 E. 6.5).

6.4 Durch die Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung hat die Beschwerdeführerin ohne Zweifel den Fernhaltegrund nach Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG gesetzt.

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 einer nicht bewilligten Erwerbstätigkeit 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 (wofür auch der Freund besorgt sein werde). Das Einreiseverbot dient aber 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 zu bedenken, dass den missachteten ausländerrechtlichen Normen im Interesse einer funktionierenden Rechtsordnung eine hohe Bedeutung zukommt, die es durch eine konsequente Massnahmepaxis 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 Den öffentlichen Interessen sind die privaten Interessen der Beschwerdeführerin gegenüber zu stellen. Hierzu macht sie geltend, ihr Freund lebe in der Schweiz. Die Weiterführung dieser Beziehung habe für sie oberste Priorität und das zweijährige Einreiseverbot stelle eine akute Gefährdung für dieselbe dar. Darüber hinaus sei sie durch die Verfügung sehr stark in ihrer Bewegungsfreiheit eingeschränkt, nicht zuletzt, da es ihr verboten sei, in das gesamte Gebiet der Schengen-Staaten einzureisen.

Die privaten Interessen vermögen jedoch weder eine Aufhebung noch eine Verkürzung des Einreiseverbots zu rechtfertigen. Die vorübergehende Einschränkung in der Pflege von Kontakten zum in der Schweiz ansässigen Freund hat die Beschwerdeführerin selbst zu verantworten und grundsätzlich in Kauf zu nehmen. Diese Einschränkung ist insoweit nicht erheblich, als Kontakte für limitierte Zeit auch anders als durch Einreisen der Beschwerdeführerin in die Schweiz (z.B. mittels moderner Kommunikationsmittel wie Facetime, WhatsApp o.ä., oder durch Reisen des Freundes in das Heimatland der Beschwerdeführerin) zu verwirklichen sind. In unumgänglichen Fällen stünde auch das Instrument der vorübergehenden Suspension (vgl. Art. 67 Abs. 5 AIG, BVGE 2013/4 E. 7.4.3 m.H.) zur Verfügung.

7.4 Eine wertende Gewichtung der sich gegenstehenden 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. Nicht zu beanstanden ist, dass der Beschwerdeführerin die Einreise in das Hoheitsgebiet sämtlicher Schengen-Staaten verboten wurde. Es bleibt den Schengen-Staaten unbenommen, der Beschwerdeführerin bei Vorliegen besonderer Gründe die Einreise in ihr Hoheitsgebiet zu gestatten (vgl. E. 4.3).

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.

9.

Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. 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 24. April 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

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Andreas Trommer

Jacqueline Moore

Versand: