



## Urteil vom 20. Dezember 2016

---

Besetzung

Richterin Marianne Teuscher (Vorsitz),  
Richterin Jenny de Coulon Scuntaro,  
Richter Andreas Trommer,  
Gerichtsschreiber Daniel Brand.

---

Parteien

**A.** \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwalt Christian Zuberbühler,  
Advokatur Lafranchi + Meyer Rechtsanwälte,  
Beschwerdeführer,

gegen

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

---

Gegenstand

Einreiseverbot.

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

Am 20. Oktober 2015 wurde auf dem Carparkplatz Sihlquai in Zürich ein Reisecar mit serbischen Kontrollschildern der Firma „X. \_\_\_\_\_“ einer polizeilichen Kontrolle unterzogen. Wegen des Verdachts der illegalen Einreise, des rechtswidrigen Aufenthaltes sowie der illegalen Erwerbstätigkeit wurden der aus der Republik Serbien stammende Beschwerdeführer (geb. 1982) sowie seine beiden serbischen Kollegen C. \_\_\_\_\_ (vgl. Beschwerdeverfahren F-7517/2015) und B. \_\_\_\_\_ (vgl. Beschwerdeverfahren F-7526/2015) vorläufig festgenommen.

Anlässlich der polizeilichen Einvernahme durch die Kantonspolizei Zürich vom 20. Oktober 2015 gab der geständige Beschwerdeführer zu Protokoll, er sei letztmals am 18. Oktober 2015 mit seinen beiden Berufskollegen aus Serbien kommend über Ungarn, Österreich und Deutschland im fraglichen Reisecar als dessen Chauffeur in die Schweiz eingereist, ohne im Besitze eines entsprechenden Visums zu sein. Für das serbische Ferntransport-Unternehmen „X. \_\_\_\_\_“ habe er diese Tour im Jahre 2015 ca. 20 – 30 Mal absolviert und dabei Fahrgäste auf der Linie Zürich – Serbien – Zürich transportiert. Er habe gewusst, dass die Konzession seiner Firma für die Strecke Zürich – Prokuplje (Südserbien) und somit für den grenzüberschreitenden Linienbusverkehr Ende September 2015 abgelaufen sei und die Bewilligung für die Schweiz zwar beantragt worden sei, aber zum Zeitpunkt seiner Einreise in die Schweiz noch nicht vorgelegen habe. Er und seine beiden Kollegen wüssten jedoch erst seit zwei Monaten, dass sie für die Einreise in die Schweiz ein Visum benötigen würden. Mit diesem Umstand konfrontiert, habe ihm sein Chef mitgeteilt, er hätte sowohl ein Gesuch um Verlängerung der Konzession als auch ein solches für ein Arbeitsvisum eingereicht. Ohne Konzession werde jedoch kein Arbeitsvisum ausgestellt.

Im Rahmen der polizeilichen Befragung wurde dem Beschwerdeführer auch das rechtliche Gehör zur allfälligen Anordnung einer Fernhaltemassnahme gewährt.

**B.**

Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich – Sihl vom 21. Oktober 2015 wurde der Beschwerdeführer wegen rechtswidriger Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 Bst. a AuG (SR 142.20), rechtswidrigen Aufenthaltes gemäss Art. 115 Abs. 1 Bst. b AuG sowie Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung

gemäss Art. 115 Abs. 1 Bst. c AuG schuldig gesprochen und zu einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu je Fr. 10.-, bedingt erlassen bei einer Probezeit von zwei Jahren, verurteilt.

**C.**

Mit (unangefochten gebliebener) Verfügung vom 21. Oktober 2015 wurde der Beschwerdeführer vom Migrationsamt des Kantons Zürich aus der Schweiz weggewiesen. Gleichentags wurde er in Anwendung von Art. 76 Abs. 1 AuG in Ausschaffungshaft genommen.

**D.**

Gestützt auf den obgenannten Sachverhalt verfügte das SEM am 21. Oktober 2015 gegen den Beschwerdeführer ein dreijähriges Einreiseverbot. Zur Begründung der Massnahme führte es aus, der Beschwerdeführer sei in der Zeit von Anfang 2015 bis 20. Oktober 2015 in der Schweiz als Carchauffeur ohne die erforderliche ausländerrechtliche Bewilligung erwerbstätig gewesen, was zu seiner strafrechtlichen Verurteilung wegen rechtswidriger Einreise, rechtswidrigen Aufenthaltes und Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung geführt hätte. Gemäss ständiger Praxis und Rechtsprechung liege damit ein Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 67 AuG vor. Die im Rahmen des rechtlichen Gehörs gemachten Ausführungen vermöchten keinen anderen Entscheid zu rechtfertigen. Gleichzeitig wurde einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen und das Einreiseverbot im Schengener Informationssystem (SIS) ausgeschrieben.

**E.**

Am 24. Oktober 2015 wurde der Beschwerdeführer in sein Heimatland ausgeschafft.

**F.**

Mit Rechtmittleingabe vom 23. November 2015 lässt der Beschwerdeführer durch seinen Rechtsvertreter die Aufhebung der Fernhaltemassnahme und die Löschung seiner Ausschreibung zur Einreiseverweigerung im SIS beantragen; eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen; subeventualiter sei das Einreiseverbot auf sechs Monate zu befristen. In formeller Hinsicht wird um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde ersucht.

Zur Begründung bringt der Beschwerdeführer im Wesentlichen vor, er habe am 2. November 2015 gegen den Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich – Sihl vom 21. Oktober 2015 Einsprache erhoben, womit der ihm darin vorgeworfene Sachverhalt noch nicht rechtskräftig erstellt sei. So habe er nicht tatbestandsmässig gehandelt im Sinne der ihm vorgeworfenen Straftatbestände, habe es doch seinem Arbeitgeber obliegen, allenfalls notwendige Bewilligungen einzuholen bzw. bei den zuständigen Stellen zu beantragen, damit er als Arbeitnehmer seine Tätigkeit gemäss Arbeitsvertrag habe ausführen können. Da er keine entsprechenden Auflagen oder Instruktionen erhalten habe, habe er davon ausgehen dürfen, der Arbeitgeber habe alle nötigen ausländerrechtlichen Bewilligungen besorgt. Somit habe er auch keinen Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung i.S.v. Art. 67 AuG begangen, und das Einreiseverbot sei schon aus diesem Grunde aufzuheben. Die verhängte Fernhaltungsmassnahme erweise sich aber auch als unverhältnismässig, weil die Vorinstanz seine privaten Interessen nicht berücksichtigt habe. Das Einreiseverbot mit gleichzeitig erfolgter Ausschreibung zur Einreiseverweigerung im SIS II führe für ihn als Chauffeur eines serbischen Ferntransportunternehmens nämlich zu einer erheblichen Einschränkung, wenn nicht gar Verunmöglichung seiner Berufsausübung. In formeller Hinsicht wird schliesslich auch eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör gerügt, indem die Vorinstanz ihre Verfügung nicht hinreichend begründet habe.

Der Eingabe waren u.a. die Einsprache vom 2. November 2015 gegen den Strafbefehl sowie ein Schreiben des Rechtsvertreters an die Rekursabteilung der kantonalen Migrationsbehörde vom 27. Oktober 2015 beigelegt, wonach sich sein Mandant zwar mit dem Erlass der Wegweisungsverfügung und deren Inhalt ausdrücklich nicht einverstanden erkläre, jedoch aus prozessökonomischen Gründen auf eine diesbezügliche Beschwerde verzichte.

#### **G.**

In einer eigenen Eingabe vom 26. November 2015 (Datum des Poststempels) ans Bundesverwaltungsgericht weist der Beschwerdeführer sinngemäss darauf hin, er sei von seinem Arbeitgeber gezwungen worden, „wegzureisen“ und habe gehofft, dass eine Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung zur Erwerbstätigkeit nicht nötig sei. Als Familienvater sei er für den Unterhalt seiner Kinder verantwortlich.

**H.**

Mit Zwischenverfügung vom 9. Dezember 2015 gab das Bundesverwaltungsgericht dem Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde nicht statt.

**I.**

In ihrer Vernehmlassung vom 27. Januar 2016 spricht sich die Vorinstanz für die Abweisung der Beschwerde aus und hält ergänzend fest, der Umstand, dass der Beschwerdeführer seinen Strafbefehl angefochten habe, sei für den Erlass des Einreiseverbots nicht relevant. Allein die Tatsache, dass dieser ohne Bewilligung einer Erwerbstätigkeit nachgegangen und daher aus der Schweiz weggewiesen worden sei, genüge für den Erlass einer Fernhaltemassnahme; dies auch bei Unkenntnis der gesetzlichen Bestimmungen.

**J.**

Mit Instruktionsverfügung vom 29. Januar 2016 wurde dem Beschwerdeführer Gelegenheit eingeräumt, innert angesetzter Frist eine Replik einzureichen. Gleichzeitig wurde er aufgefordert, das Bundesverwaltungsgericht über den Stand bzw. den Ausgang des Strafverfahrens zu informieren.

**K.**

Mit Replik vom 18. März 2016 hält der Beschwerdeführer an seiner Beschwerde und deren Begründung fest und bringt ergänzend vor, das verhängte Einreiseverbot – welches von seiner Dauer her über die Probezeit der Geldstrafe hinausgehe – und das damit einhergehende faktische Berufsverbot sei offensichtlich pönaler Natur und widerspreche damit dem primär präventiven Charakter von Art. 67 AuG. Im Weiteren wird darauf hingewiesen, dass das Einspracheverfahren gegen den Strafbefehl nach wie vor nicht rechtskräftig abgeschlossen sei.

**L.**

In einer weiteren Eingabe vom 24. Oktober 2016 weist der Rechtsvertreter darauf hin, dass das gegen seinen Mandanten geführte Strafverfahren mit Einstellungsverfügung vom 19. September 2016 nunmehr eingestellt worden sei. Das Einreiseverbot sei deshalb unverzüglich aufzuheben.

Die Staatsanwaltschaft Zürich – Sihl begründete die Einstellung des Strafverfahrens mit dem Umstand, dass der Beschuldigte den ihm vorgeworfenen Sachverhalt bestreite und deshalb vor einer Anklageerhebung beim Gericht durch besagte Staatsanwaltschaft zum Sachverhalt befragt werden

müsste. In diesem Zusammenhang gelte es zu berücksichtigen, dass sich der Beschuldigte in seiner Heimat in Serbien befinde und die gegen ihn bestehende Fernhaltemassnahme zu diesem Zweck durch die zuständige Behörde vorübergehend aufgehoben werden müsste. Da es sich um einen unverhältnismässig grossen Aufwand handle – wobei bei einem Freispruch die Reisekosten übernommen werden müssten – und sich der Vorwurf vorliegend auf einen Tag von mutmasslich nicht bewilligter Arbeit richte, sei das Strafverfahren im Sinne von Art. 52 StGB einzustellen, zumal Schuld als auch Tatfolgen gering seien und keine Geschädigten existierten.

#### **M.**

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

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

#### **1.**

**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.

**1.2** Das Rechtsmittelverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

**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. 49 ff. VwVG).

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

#### **2.**

Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Er-

messens, 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.**

**3.1** Der Beschwerdeführer rügt in formeller Hinsicht eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (vgl. Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 29 ff. VwVG). Die Vorinstanz habe sich in der angefochtenen Verfügung weitgehend damit begnügt, das Einreiseverbot mit Verweis auf den noch nicht rechtskräftigen Strafbefehl gleichen Datums zu begründen. Sie habe jedoch nicht ansatzweise ausgeführt, inwiefern der mutmassliche Sachverhalt einen Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 67 AuG darstellen solle. Weiter habe sie es gänzlich unterlassen, die dreijährige Dauer des Einreiseverbotes zu begründen. Dies, obwohl vorliegend die angefochtene Verfügung mit gleichzeitiger Ausschreibung zur Einreiseverweigerung im SIS II besonders schwerwiegende berufliche Folgen für ihn als für ein serbisches Ferntransportunternehmen tätigen Chauffeur bewirke. Damit liege auch eine Verletzung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes (Art. 96 AuG) vor.

**3.2** Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst eine Anzahl verschiedener verfassungsrechtlicher Garantien (vgl. etwa MICHELE ALBERTINI, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, 2000, S. 202 ff., MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., 2008, 846 ff.). Eine davon ist die Begründungspflicht (Art. 35 VwVG), welche der rationalen und transparenten Entscheidungsfindung der Behörden dient und die Betroffenen in die Lage versetzen soll, den Entscheid sachgerecht anzufechten. Die Behörde hat daher kurz die wesentlichen Überlegungen zu nennen, von denen sie sich leiten liess und auf die sie ihren Entscheid stützt. Je weiter der Entscheidungsspielraum, je komplexer die Sach- und Rechtslage und je schwerwiegender der Eingriff in die Rechtsstellung der betroffenen Person, desto höhere Anforderungen sind an die Begründung zu stellen (vgl. zum Ganzen BGE 137 II 266 E. 3.2; 136 I 229 E. 5.2; BVGE 2012/24 E. 3.2; 2009/35 E. 6.4.1;

KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl., 2013, N 629 ff.; LORENZ KNEUBÜHLER, *Die Begründungspflicht*, 1998, S. 26 ff. u. S. 178 ff.; RENÉ WIEDERKEHR, *Die Begründungspflicht nach Art. 29 Abs. 2 BV und die Heilung bei Verletzung*, ZBI 9/2010 S. 484 ff.).

### 3.3

#### 3.3.1 Die Vorinstanz begründete ihre Verfügung folgendermassen:

"A. \_\_\_\_\_ war in der Zeit vom [recte: von] Anfang 2015 bis 20. Oktober 2015 in der Schweiz erwerbstätig (Carchauffeur), ohne im Besitze der erforderlichen ausländerrechtlichen Bewilligung zu sein. Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich – Sihl vom 21. Oktober 2015 wurde er wegen rechtswidrigen [recte: rechtswidriger] Einreise, rechtswidrigen Aufenthaltes und Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung mit einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu je Fr. 10.00 bedingt, unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren, bestraft. Gemäss ständiger Praxis und Rechtsprechung liegt damit ein Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 67 AuG vor. Die im Rahmen des rechtlichen Gehörs gemachten Ausführungen vermögen keinen anderen Entscheid zu rechtfertigen.

Aus den gleichen Gründen wird zur Wahrung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen (Art. 55 Abs. 2 VwVG)."

3.3.2 Die Begründung der angefochtenen Verfügung ist wohl relativ knapp ausgefallen und die privaten Interessen des Beschwerdeführers wurden nicht aufgeführt. Dennoch geht aus dieser klar hervor, dass dem Beschwerdeführer illegale Einreise, illegaler Aufenthalt und Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung vorgehalten wurde und darin eine Verletzung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung erblickt wurde. Die Frage, was als Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu betrachten ist, ergibt sich aus Art. 80 Abs. 1 Bst. a der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201) und der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, weshalb von der Vorinstanz nicht in jedem Einzelfall darauf verwiesen werden muss. Dem Beschwerdeführer war es somit möglich, ein materiell begründetes Rechtsmittel gegen die Verfügung zu erheben (vgl. Urteil des BVGer C-2882/2015 vom 4. Februar 2016 E. 3.3.2). Zudem wurde ihm die Möglichkeit eingeräumt, zur Vernehmlassung der Vorinstanz eine Replik einzureichen, wovon der Beschwerdeführer ausführlich Gebrauch machte.



Bezüglich der nunmehr auf Beschwerdeebene geltend gemachten privaten Interessen gilt es festzuhalten, dass der Beschwerdeführer im Rahmen des ihm am 20. Oktober 2015 gewährten rechtlichen Gehörs keine privaten Gründe erwähnte, welche gegen die Verhängung eines Einreiseverbots hätten sprechen können, sondern lediglich ausführte, er nehme die Fernhaltungsmassnahme zur Kenntnis. Von daher bestand für die Vorinstanz kein Anlass, auf die Dauer des Einreiseverbots, welche sich erkennbar im gesetzlichen Rahmen bewegt, näher einzugehen (vgl. Urteil des BVGer C-6460/2014 vom 9. September 2015 E. 3).

**3.3.3** Zu berücksichtigen ist schliesslich, dass das Einreiseverbot zu den quantitativ häufigsten Anordnungen der schweizerischen Verwaltungspraxis zählt und das SEM als erstinstanzliche Behörde gestützt auf den Effizienzgrundsatz speditiv zu entscheiden hat. Die Begründungsdichte der erstinstanzlichen Entscheide kann und muss daher nicht derjenigen höherer Instanzen entsprechen (vgl. Urteil des BVGer C-535/2013 vom 9. Juli 2015 E. 3.3.1 m.H.).

**3.4** Die erhobene Rüge der Gehörsverletzung erweist sich demnach als unbegründet.

#### **4.**

**4.1** Das Einreiseverbot gestützt auf Art. 67 Abs. 2 AuG kann gegenüber ausländischen Personen verfügt werden, 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 werden mussten (Art. 67 Abs. 2 Bst. c AuG). Das Einreiseverbot wird grundsätzlich für eine Dauer von höchstens fünf Jahren verfügt. Für eine längere Dauer kann es angeordnet werden, wenn die betroffene Person eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellt (Art. 67 Abs. 3 AuG). Aus humanitären oder anderen wichtigen Gründen kann die zuständige Behörde von der Verhängung eines Einreiseverbots absehen oder ein Einreiseverbot vollständig oder vorübergehend aufheben (Art. 67 Abs. 5 AuG).

**4.2** Das in Art. 67 AuG 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 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 VZAE ein Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung u.a. vor, wenn gesetzliche Vorschriften oder behördliche Verfügungen missachtet werden. 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. Urteil des BVGer C-5068/2015 vom 26. April 2016 E. 3.2 m.H.).

**4.3** Wird gegen eine Person, die nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats der Europäischen Union oder der Europäischen Freihandelsassoziation besitzt, ein Einreiseverbot verhängt, so wird sie nach Massgabe der Bedeutung des Falles im Schengener Informationssystem (SIS) zur Einreiseverweigerung ausgeschrieben (vgl. Art. 21 und 24 der Verordnung [EG] Nr. 1987/2006 vom 20. Dezember 2006 über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems der zweiten Generation, [SIS-II-Verordnung, Abl. L 381/4 vom 28. Dezember 2006]; Art. 21 der N-SIS-Verordnung vom 8. März 2013 [SR 362.0]). Damit wird der betroffenen Person grundsätzlich die Einreise in das Hoheitsgebiet aller Schengen-Staaten verboten (vgl. Art. 6 Abs. 1 Bst. d sowie Art. 14 Abs. 1 der Verordnung [EG] Nr. 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen [Schengener Grenzkodex] [kodifizierte Fassung] ABl. L 77 vom 23. März 2016 [nachfolgend: SGK] sowie Art. 32 Abs. 1 Bst. a Ziff. v und vi der Verordnung [EG] Nr. 810/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über einen Visakodex der Gemeinschaft [Visakodex]). Die Mitgliedstaaten können ihr aus wichtigen Gründen oder aufgrund internationaler Verpflichtungen die Einreise gestatten bzw. ein Visum mit räumlich beschränkter Gültigkeit ausstellen (vgl. Art. 6 Abs. 5 Bst. c SGK und Art. 25 Abs. 1 Bst. a Visakodex).

## **5.**

**5.1** Die Vorinstanz wirft dem Beschwerdeführer in ihrer Verfügung vor, gegen Bestimmungen des Ausländerrechts verstossen zu haben, indem er

ohne die erforderliche ausländerrechtliche Bewilligung erwerbstätig gewesen sei. Damit liege gemäss ständiger Praxis und Rechtsprechung ein Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 67 AuG vor. Sie verweist in diesem Zusammenhang auf den Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich – Sihl vom 21. Oktober 2015, mit welchem der Beschwerdeführer wegen rechtswidriger Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 Bst. a AuG, rechtswidrigen Aufenthaltes gemäss Art. 115 Abs. 1 Bst. b AuG sowie Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung gemäss Art. 115 Abs. 1 Bst. c AuG schuldig gesprochen und bestraft wurde (vgl. Bst. B des Sachverhalts). Dieser Strafbefehl wurde am 19. September 2016 während der Rechtshängigkeit des vorliegenden Rechtsmittelverfahrens auf Einsprache des Beschwerdeführers hin von der Staatsanwaltschaft Zürich – Sihl aufgehoben und das Strafverfahren wurde eingestellt (vgl. Bst. L des Sachverhalts).

**5.2** Serbische Staatsangehörige, die über einen biometrischen Reisepass verfügen, sind für Kurzaufenthalte von 90 Tagen innerhalb von 180 Tagen von der Visumspflicht befreit (Art. 4 Abs. 3 der Verordnung vom 22. Oktober 2008 über die Einreise und die Visumerteilung [VEV, SR 142.204] i.V.m. Art. 1 Abs. 2 der Verordnung [EG] Nr. 539/2001 des Rates vom 15.03.2001, Abl. L 81/1 vom 21.03.2001). Etwas anderes gilt, wenn in der Schweiz eine Erwerbstätigkeit ausgeübt werden soll. Dann muss ein Visum eingeholt werden (Art. 4 Abs. 3 der Verordnung [EG] Nr. 539/2001 des Rates i.V.m. Art. 4 Abs. 4 Bst. a VEV). Des Weiteren benötigen ausländische Personen, die in der Schweiz einer Erwerbstätigkeit nachgehen wollen, unabhängig von der Aufenthaltsdauer eine Bewilligung (Art. 11 Abs. 1 AuG). In Abweichung von diesem Grundsatz ist bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen im Sinne von Art. 3 VZAE und bei vorübergehender Erwerbstätigkeit in der Schweiz im Auftrag eines ausländischen Arbeitgebers keine Bewilligung notwendig, wenn diese Tätigkeit nicht länger als acht Tage innerhalb eines Kalenderjahrs dauert (Art. 14 Abs. 1 VZAE). Unter diese Regelung fallen namentlich ausländische Chauffeurinnen und Chauffeurs von Transportunternehmen mit Sitz im Ausland, die in der Schweiz Fahrten ausführen (vgl. auch Ziff. 4.7.14.1.2 der Weisungen AuG des SEM).

**5.3** Im Rahmen der polizeilichen Einvernahmen gestand der Beschwerdeführer ein, allein im Jahr 2015 20 bis 30 Mal als Berufschauffeur Fahrten in die Schweiz unternommen zu haben. Über ein Visum, das ihn berechtigt hätte, zwecks Ausübung der Erwerbstätigkeit in die Schweiz einzureisen, verfügte er ebenso wenig, wie über eine Bewilligung, die er benötigt hätte, um mehr als acht Tage im Kalenderjahr als Berufschauffeur in der Schweiz

erwerbstätig zu sein. Die Einreisen des Beschwerdeführers in die Schweiz sowie sein Aufenthalt und seine Erwerbstätigkeit in der Schweiz waren daher rechtswidrig. Der Beschwerdeführer bestreitet dies nicht grundsätzlich. Er macht vielmehr geltend, es habe seinem Arbeitgeber obliegen, allenfalls notwendige Bewilligungen einzuholen bzw. bei den zuständigen Stellen zu beantragen, um ihn, den Beschwerdeführer, in die Lage zu versetzen, seine Tätigkeit als Arbeitnehmer rechtskonform ausüben zu können. Da er keine entsprechenden Auflagen oder Instruktionen von Seiten seines Arbeitgebers erhalten habe, habe er davon ausgehen dürfen, sein Arbeitgeber habe alle nötigen ausländerrechtlichen Bewilligungen besorgt.

**5.4** Dass es sich bei diesen Einwänden um eine reine Schutzbehauptung handelt, ergibt sich aus den Aussagen des Beschwerdeführers anlässlich seiner Einvernahme durch die Kantonspolizei Zürich vom 20. Oktober 2015, gab er doch dort unmissverständlich zu Protokoll, gewusst zu haben, dass die Konzession seiner Firma für die Strecke Zürich – Prokuplje (Südserbien) und somit für den grenzüberschreitenden Linienbusverkehr Ende September 2015 abgelaufen sei und die Bewilligung für die Schweiz zwar beantragt worden sei, aber zum Zeitpunkt seiner Einreise in die Schweiz noch nicht vorgelegen habe. Er und seine beiden Kollegen wüssten jedoch erst seit zwei Monaten, dass sie für die Einreise in die Schweiz ein Visum benötigen würden. Sein Chef habe ihnen daraufhin mitgeteilt, er hätte sowohl ein Gesuch um Verlängerung der Konzession als auch ein solches für ein Arbeitsvisum eingereicht. Ohne Konzession werde jedoch kein Arbeitsvisum ausgestellt (vgl. zum Ganzen Bst. A des Sachverhalts). Damit gilt in casu als erstellt, dass der Beschwerdeführer vorsätzlich gegen Normen des Ausländerrechts verstossen hat.

**5.5** Damit hat der Beschwerdeführer den Fernhaltegrund der Verletzung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 67 Abs. 2 Bst. a erster Halbsatz AuG gesetzt. Dass das Strafverfahren auf Einsprache hin eingestellt wurde, vermag an dieser Feststellung nichts zu ändern. Es ist in Erinnerung zu rufen, dass die Administrativbehörde von der Erkenntnis des Strafrichters grundsätzlich unabhängig ist, auch wenn sie aus Gründen der Rechtseinheit und Rechtssicherheit in tatbeständlicher Hinsicht nicht ohne Not von seinen Feststellungen abweicht. Eine solche Bindungssituation liegt in der vorliegenden Streitsache nicht vor. Denn das Strafverfahren wurde nicht gestützt auf abweichende tatbeständliche Feststellungen, sondern einzig und allein aus prozessökonomischen Gründen eingestellt. Hinzu tritt, dass die Verletzung ausländerrechtlicher Bestimmungen offensichtlich ist und vom Beschwerdeführer in den polizeilichen Einvernahmen

auch grundsätzlich eingestanden wurde. Die Administrativbehörde hätte daher selbst dann Fernhaltegründe bejahen können, wenn die Staatsanwaltschaft auf Einsprache hin zu abweichenden tatbeständlichen Schlussfolgerungen gekommen wäre.

## 6.

**6.1** Es bleibt zu prüfen, ob die Massnahme in richtiger Ausübung des Ermessens ergangen und angemessen ist, was vom Beschwerdeführer in Abrede gestellt wird. 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 (vgl. statt vieler HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 514 ff.).

**6.2** Der Beschwerdeführer hat – wie festgestellt – wegen rechtswidriger Einreise, rechtswidrigen Aufenthaltes sowie 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 grundsätzlich eine zentrale Bedeutung zu. Namentlich das generalpräventiv motivierte Interesse, die ausländerrechtliche Ordnung durch eine konsequente Massnahmenpraxis zu schützen, ist als gewichtig einzustufen (zur Zulässigkeit der Berücksichtigung generalpräventiver Aspekte in Konstellationen, in denen wie hier kein sogenannter Vertragsausländer betroffen ist, vgl. Urteil des BGer 2C\_282/2012 vom 31. Juli 2012 E. 2.5 m.H.). Überdies 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 (vgl. hierzu Urteil des BVer C-6993/2014 vom 30. März 2015 E. 5.2 m.H.).

**6.3** Das öffentliche Interesse an einer befristeten Fernhaltung des Beschwerdeführers lässt sich mit den von ihm geltend gemachten beruflichen Interessen (Einschränkung in der Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit als Chauffeur eines serbischen Ferntransportunternehmens) nicht ernsthaft in

Frage stellen (vgl. jedoch Ziff. 6.4 hienach). Zum einen ist die Fernhalte-massnahme nicht als absolutes Einreiseverbot ausgestaltet. Sie stellt vielmehr ein Einreiseverbot mit Bewilligungsvorbehalt dar. Dem Beschwerdeführer bleibt es freigestellt, aus wichtigen Gründen mittels Gesuch die zeitweilige Suspension der angeordneten Fernhalte-massnahme zu beantragen (Art. 67 Abs. 5 AuG), wobei diese aber praxisgemäss nur für eine kurze und klar begrenzte Zeit gewährt wird (vgl. Urteil des BVGer C-1712/2011 vom 12. September 2012 E. 6.3 m.H.). Im Weiteren stünde – wie bereits unter E. 4.3 erwähnt – sämtlichen Schengen-Mitgliedstaaten die Möglichkeit offen, betroffenen Personen auf Gesuch hin die Einreise in das eigene Hoheitsgebiet zu gestatten bzw. ein Visum mit räumlich beschränkter Gültigkeit auszustellen (vgl. auch Urteil des BVGer C-5038/2013 vom 12. Mai 2014 E. 5.3). Die mit dem Einreiseverbot verbundenen Einschränkungen sind also in mehrfacher Hinsicht zu relativieren.

**6.4** Andererseits hat der Beschwerdeführer ein eminentes Interesse daran, nicht mit einer Einschränkung der verhängten Art belastet zu werden. Als im Schengen-Raum tätiger Berufschaffeur ist er von den Wirkungen der Massnahme mehr als andere betroffen. Entsprechend wird auch von einer besonderen Massnahme-Empfindlichkeit auszugehen sein.

**6.5** Eine Abwägung der gegenläufigen öffentlichen und privaten Interessen führt das Bundesverwaltungsgericht zum Ergebnis, dass das Einreiseverbot dem Grundsatz nach zu bestätigen ist. Im Rahmen der notwendigen gesamthaften Betrachtung gelangt das Gericht aber zur Auffassung, dass die ausgesprochene Dauer von drei Jahren zu lang ist und dem öffentlichen Interesse an der Fernhaltung des Beschwerdeführers mit einem Einreiseverbot von zwei Jahren Dauer hinreichend Rechnung getragen wird.

**6.6** Nicht zu beanstanden ist schliesslich, dass dem Beschwerdeführer die Einreise in das Hoheitsgebiet sämtlicher Schengen-Staaten verboten wurde (vgl. Art. 21 i.V.m. Art. 24 SIS-II-Verordnung sowie BVGE 2014/20 E. 8.5 m.H.), geht es doch in casu um zentrale Bestimmungen der migrationsrechtlichen Ordnung, gegen welche der Beschwerdeführer verstossen hat. Mit Blick auf die nunmehr auf zwei Jahre zu reduzierende Fernhalte-massnahme erweist sich die SIS-Ausschreibung als verhältnismässig (Art. 24 Ziff. 2 Bst. b und Ziff. 3 SIS-II-Verordnung).

## **7.**

Nach dem bisher Gesagten verletzte die Vorinstanz mit dem auf drei Jahre bemessenen Einreiseverbot Bundesrecht (vgl. Art. 49 VwVG). Die Be-

schwerde ist teilweise gutzuheissen und das gegen den Beschwerdeführer verhängte Einreiseverbot auf zwei Jahre – bis zum 21. Oktober 2017 – zu befristen.

## **8.**

**8.1** Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens sind die reduzierten Verfahrenskosten von Fr. 600.- dem Beschwerdeführer aufzuerlegen und der Restbetrag des geleisteten Kostenvorschusses ist ihm zurückzuerstatten (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]).

**8.2** Im Umfang seines Obsiegens ist dem Beschwerdeführer zudem eine gekürzte Parteientschädigung in gerichtlich festzusetzender Höhe zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 ff. VGKE). Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass ein Mehrwertsteuerzuschlag mangels Steuerpflicht bei Dienstleistungen, die an im Ausland wohnhafte Mandanten erbracht werden, nicht geschuldet wird (vgl. Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE i.V.m. Art. 1 Abs. 2 Bst. a MWSTG [SR 641.20] i.V.m. Art. 8 Abs. 1 MWSTG).

(Dispositiv nächste Seite)

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und das Einreiseverbot bis zum 21. Oktober 2017 befristet.

**2.**

Die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 600.- werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Sie werden dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 800.- entnommen. Der Restbetrag von Fr. 200.- wird zurückerstattet.

**3.**

Dem Beschwerdeführer wird zulasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von Fr. 1'000.- zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben; Beilage: Formular Zahladresse)
- die Vorinstanz (Akten Ref-Nr. [...] zurück)
- das Migrationsamt des Kantons Zürich (ad ZH [...])

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Marianne Teuscher

Daniel Brand

Versand: