



Abteilung VI
F-1921/2021

Urteil vom 28. Februar 2022

Besetzung

Richterin Regula Schenker Senn (Vorsitz),
Richter Yannick Antoniazza-Hafner,
Richter Fulvio Haefeli,
Gerichtsschreiberin Annina Mondgenast.

Parteien

A. _____,
Beschwerdeführer,
vertreten durch **B.** _____,
(...),

gegen

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

Gegenstand

Einreiseverbot.

Sachverhalt:**A.**

Der Beschwerdeführer (Staatsangehöriger von Bosnien und Herzegowina sowie Kosovo, geb. [...]) reiste gemäss Einreisestempel in seinem Reisepass am 3. Oktober 2020 via Ungarn in den Schengenraum ein. Am 23. März 2021 wurde er als Beifahrer in einem Wagen der Firma C. _____ von der Kantonspolizei Bern kontrolliert und wegen Verdachts auf rechtswidrigen Aufenthalt und nicht bewilligte Erwerbstätigkeit in der Schweiz festgenommen. Anlässlich der gleichentags durchgeführten polizeilichen Einvernahme erklärte er, im Dezember 2020 mit einem serbischen Reisebus in die Schweiz eingereist zu sein, weil er hier seine Kinder und seinen Enkel besucht habe. D. _____, der Besitzer der C. _____, sei ein Freund seines Sohnes. Er habe nicht bei ihm gearbeitet, sondern ihm nur kurz geholfen, einen Baum zu fällen. Deshalb seien auch seine Schuhe schmutzig gewesen. Für die Firma C. _____ arbeite er nicht. Bei D. _____ habe er Arbeitskleider abgeholt, da er auch noch seinem Sohn helfen wolle. Aufgrund seiner Medikamenteneinnahme könne er gar nicht arbeiten. Sein Lebensunterhalt in der Schweiz werde von seinem Sohn finanziert. Dem Beschwerdeführer wurde sodann das rechtliche Gehör zu einem allfälligen Einreiseverbot gewährt.

B.

Am 23. März 2021 ordnete das Migrationsamt des Kantons E. _____ die Wegweisung des Beschwerdeführers aus der Schweiz an. Er kehrte am 27. März 2021 in seinen Heimatstaat zurück.

C.

Mit gleichentags eröffneter Verfügung vom 24. März 2021 verhängte die Vorinstanz ein zweijähriges Einreiseverbot für die Schweiz und Liechtenstein, gültig vom 29. März 2021 bis zum 28. März 2023, und ordnete dessen Ausschreibung im Schengener Informationssystem (SIS II) an. Einer allfälligen Beschwerde entzog sie die aufschiebende Wirkung.

D.

Gegen diese Verfügung erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 18. April 2021 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragte eine angemessene Reduktion des Einreiseverbots auf höchstens ein Jahr.

E.

Die Vorinstanz liess sich am 18. Juni 2021 vernehmen und beantragte die Abweisung der Beschwerde. Der Beschwerdeführer replizierte am 14. August 2021 und hielt an seinen Anträgen fest.

F.

Die unterzeichnende Richterin hat vorliegendes Verfahren im Januar 2022 aus organisatorischen Gründen vom vormaligen Instruktionsrichter übernommen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**1.**

1.1 Verfügungen des SEM, die ein Einreiseverbot nach Art. 67 AIG (SR 142.20) zum Gegenstand haben, unterliegen der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (Art. 112 Abs. 1 AIG i.V.m. Art. 31 ff. VGG).

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

1.3 Der Beschwerdeführer ist zur Erhebung der Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (Art. 50 Abs. 1 VwVG; Art. 52 Abs. 1 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 Sachverhaltes und 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 nicht an die Begründung der Begehren gebunden und kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder abweisen. Massgebend ist grundsätzlich die Sachlage zum Zeitpunkt des Entscheids (BGE 139 II 534 E. 5.4.1; BVGE 2014/1 E. 2).

3.

3.1 Nach Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG kann ein Einreiseverbot gegenüber Ausländern verfügt werden, die gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen haben oder diese gefährden. Das Einreiseverbot wird für eine Dauer von höchstens fünf Jahren verfügt. 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 AIG).

3.2 Ein Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung liegt vor, wenn gesetzliche Vorschriften oder behördliche Verfügungen missachtet werden (Art. 77a Abs. 1 Bst. a der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE; SR 142.201]). Widerhandlungen gegen Normen des Ausländerrechts, aber auch ganz allgemein gegen Normen des Strafrechts fallen ohne weiteres unter diese Begriffsbestimmung und können ein Einreiseverbot nach sich ziehen. 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 BVer F-4025/2017 vom 1. Oktober 2018 E. 3.2 m.H.). Es genügt dabei, wenn der ausländischen Person eine Sorgfaltpflichtverletzung zugerechnet werden kann. Unkenntnis oder Fehlinterpretation der Einreise- und Aufenthaltsvorschriften stellen in der Regel keinen hinreichenden Grund für ein Absehen von einer Fernhaltungsmassnahme dar (vgl. Urteil des BVer F-1156/2018 vom 13. Dezember 2019 E. 4.2 m.H.).

3.3 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 SIS II 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], Abl. L 381/4 vom 28.12.2006 [nachfolgend: SIS-II-VO]; Art. 21 der N-SIS-Verordnung vom 8. März 2013 [SR 362.0]).

4.

4.1 Die Vorinstanz begründet das Einreiseverbot damit, der Beschwerdeführer sei in der Schweiz einer Erwerbstätigkeit nachgegangen, ohne dafür im Besitze einer Bewilligung gewesen zu sein. Zudem sei er im Oktober

2020 in den Schengenraum beziehungsweise in die Schweiz eingereist und habe sich über den bewilligungsfreien Aufenthalt hinaus in diesem Gebiet aufgehalten. Er habe sowohl gegen die Einreisevoraussetzungen des Ausländerrechts als auch gegen Schengenrecht verstossen und damit gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG. Aufgrund der gesamten Umstände (illegale Erwerbstätigkeit und "Overstay") würde sich ein Einreiseverbot von drei Jahren als gerechtfertigt erweisen. Wegen der Familienangehörigen in der Schweiz und des Alters des Beschwerdeführers erscheine jedoch eine Fernhaltungsmassnahme von zwei Jahren als verhältnismässig.

4.2 Der Beschwerdeführer bestreitet, in der Schweiz illegal erwerbstätig gewesen zu sein. Er kenne den Geschäftsführer der C._____ privat. Es sei ihm bewusst, dass er ohne Arbeitsbewilligung nicht arbeiten dürfe. Aufgrund seines Gesundheitszustands sei er gar nicht in der Lage, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Zuzufolge der Corona-Situation sei es zur Überschreitung des legalen Aufenthalts gekommen.

4.3 In ihrer Vernehmlassung erläutert die Vorinstanz, der Beschwerdeführer habe ausgeführt, etwas geholfen zu haben. Zudem habe er Arbeitskleider und schmutzige Schuhe bei sich gehabt. Es sei deshalb davon auszugehen, dass er bei der Firma C._____ einer illegalen Erwerbstätigkeit nachgegangen sei. Als Erwerbstätigkeit gelte jede üblicherweise gegen Entgelt ausgeübte Tätigkeit, selbst wenn sie unentgeltlich erfolgt sei. Ohne Belang sei, ob die Beschäftigung nur stunden-, tageweise oder vorübergehend ausgeübt werde. Dies gelte auch für Hilfeleistungen im Familien- oder Freundeskreis. Zudem sei er gemäss Einreisestempel im Reisepass am 3. Oktober 2020 in die Schweiz beziehungsweise in den Schengenraum eingereist und habe sich bis zum Kontrolldatum am 23. März 2021 im Schengenraum aufgehalten. Die erlaubte Aufenthaltsdauer habe er damit deutlich überschritten. Es wäre ihm trotz der Pandemie möglich gewesen, nach dem bewilligungsfreien Aufenthalt von 90 Tagen wieder auszureisen.

4.4 Replizierend macht der Beschwerdeführer geltend, die Vorinstanz habe die Situation nicht richtig eingeschätzt. Er habe nicht gearbeitet und auch keinen Lohn erhalten. Von seinen in der Schweiz lebenden Kindern werde er finanziell unterstützt und habe es deshalb nicht nötig zu arbeiten. Für die arbeitstätigen Kinder in der Schweiz sei es schwierig, so oft in den Kosovo zu reisen, um die Eltern zu besuchen. Das Einreiseverbot sei deshalb auf ein Jahr zu reduzieren.

5.

5.1 Der ausländerrechtliche Begriff der Erwerbstätigkeit ist weit zu fassen (vgl. etwa Urteil des BVGer F-6991/2018 vom 14. Oktober 2019 E. 5.4). Als Erwerbstätigkeit gilt jede üblicherweise gegen Entgelt ausgeübte unselbständige oder selbständige Tätigkeit, selbst wenn sie unentgeltlich erfolgt (Art. 11 Abs. 2 AIG). Eine Tätigkeit gilt dann als üblicherweise gegen Entgelt verrichtet, wenn sie ihrer Art und ihrem Umfang nach auf dem schweizerischen Arbeits- und Dienstleistungsmarkt angeboten wird (vgl. EGLI/MEYER, in: Caroni et al. [Hrsg.], Handkommentar zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, 2010, Art. 11 N. 6). Ohne Belang für die Qualifikation als (unselbständige) Erwerbstätigkeit ist, ob die Beschäftigung nur stunden-, tageweise oder vorübergehend ausgeübt wird (Art. 1a Abs. 1 VZAE).

5.2 Den Akten lässt sich entnehmen, dass der Beschwerdeführer am 23. März 2021 als Beifahrer in einem Firmenfahrzeug der C._____ von der Polizei kontrolliert wurde und bei ihm Arbeitskleider und schmutzige Schuhe aufgefunden wurden. Anlässlich der polizeilichen Einvernahme führte er sodann aus, er habe am Vorabend der Kontrolle einem Freund seines Sohnes namens D._____ geholfen, zwei Bäume zu fällen. Er habe jedoch nicht gearbeitet und auch keinen Lohn erhalten (vgl. SEM act. 1 S. 5 f.). Die vom Beschwerdeführer ausgeführte Tätigkeit ist als Erwerbstätigkeit einzustufen, auch wenn sie vorliegend unentgeltlich und für einen Freund der Familie erfolgt ist. Sie wird in ihrer Art und ihrem Umfang nach auf dem schweizerischen Arbeitsmarkt üblicherweise gegen Entgelt angeboten.

Weiter führte der Beschwerdeführer aus, er sei im Dezember 2020 in die Schweiz eingereist, das genaue Datum wisse er nicht (vgl. SEM act. 1 S. 3). Seinem Reisepass lässt sich entnehmen, dass er bereits am 3. Oktober 2020 über Ungarn in den Schengenraum eingereist ist. Unbeachtlich ist, an welchem Datum er in die Schweiz weitergereist ist. Die bewilligungsfreie Aufenthaltsdauer für Staatsangehörige von Bosnien und Herzegowina beträgt für den Schengenraum 90 Tage innerhalb eines Zeitraums von 180 Tagen (Verordnung [EU] 2018/1806 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. November 2018 zur Aufstellung der Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige beim Überschreiten der Außengrenzen im Besitz eines Visums sein müssen, sowie der Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige von dieser Visumpflicht befreit sind [Abl. L 303/39 vom 28.11.2018]). Bis zur Festnahme am 23. März 2021 hielt er sich somit 172

Tage im Schengenraum auf und hat damit die zulässige Dauer von 90 Tagen deutlich überschritten. Den Fernhaltegrund von Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG hat der Beschwerdeführer aus den genannten Gründen erfüllt. Allfällige Unkenntnis oder Fehlinterpretation der Einreise- oder Aufenthaltsvorschriften hat er sich anrechnen zu lassen. Ihm obliegt es, sich über die bestehenden Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit ausländerrechtlichen Vorschriften zu informieren.

6.

6.1 Der Bestand und die Dauer des Einreiseverbots sind unter dem Blickwinkel des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit zu überprüfen. Abstufungen betreffend die Dauer ergeben sich aus der wertenden Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Fernhaltung und den privaten Interessen, welche die betroffene Person an der zeitlichen Beschränkung der Massnahme hat (BVGE 2016/33 E. 9.2; 2014/20 E. 8.1). 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 Abs. 1 AIG; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 555 ff.).

6.2 Das generalpräventiv motivierte Interesse daran, 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. Urteile des BGer 2C_516/2014 vom 24. März 2015 E. 4.3.2 oder 2C_282/2012 vom 31. Juli 2012 E. 2.5 je m.H.). Dazu kommt eine spezialpräventive Zielsetzung der Massnahme, den Betroffenen zu ermahnen, ausländerrechtliche Bestimmungen zukünftig einzuhalten und so einer weiteren Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung entgegenzuwirken (vgl. F-1827/2018 vom 30. September 2019 E. 7.1). Mit seinem Verhalten hat der Beschwerdeführer nach dem bisher Gesagten gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen beziehungsweise unter diesen Oberbegriff fallende Rechtsgüter gefährdet. Damit besteht ein gewichtiges öffentliches Interesse an seiner befristeten Fernhaltung.

6.3 Den öffentlichen Interessen sind die privaten Interessen des Beschwerdeführers gegenüber zu stellen. Diese bestehen in der Kontaktpflege zu seinen in der Schweiz lebenden drei erwachsenen Kindern und seines En-

kelkinds. Zwischen ihnen und dem Beschwerdeführer besteht kein besonderes Abhängigkeitsverhältnis. Ihre Beziehung fällt folglich nicht in den Anwendungsbereich von Art. 8 Ziff. 1 EMRK (BGE 144 II 1 E. 6.1; Urteil des BGer 6B_300/2020 vom 21. August 2020 E. 3.4.3). Die vorübergehende Einschränkung in der Pflege der genannten Kontakte hat der Beschwerdeführer selbst zu verantworten und in Kauf zu nehmen. Diese Einschränkung ist insoweit nicht erheblich, als Kontakte für limitierte Zeit auch anders als durch Einreisen in die Schweiz, beispielsweise mittels Kommunikationsmitteln, zu verwirklichen sind. Eine wertende Gewichtung der sich gegenüberstehenden Interessen führt das Bundesverwaltungsgericht zum Ergebnis, dass das auf zwei Jahre befristete Einreiseverbot dem Grundsatz nach und in Bezug auf seine Dauer eine verhältnismässige und angemessene Massnahme zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung darstellt. Nicht zu beanstanden ist schliesslich, dass dem Beschwerdeführer die Einreise in das Hoheitsgebiet sämtlicher Schengen-Staaten verboten wurde. Es bleibt den Schengen-Staaten unbenommen, ihm bei Vorliegen besonderer Gründe die Einreise in ihr Hoheitsgebiet zu gestatten.

7.

Die angefochtene Verfügung ist als rechtmässig im Sinne von Art. 49 VwVG zu bestätigen. Die Beschwerde ist demnach abzuweisen.

8.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG) und auf insgesamt Fr. 1'000.– festzusetzen (Art. 1–3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Sie sind durch den geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe gedeckt.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 1'000.– werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Sie sind durch den in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss gedeckt.

3.

Dieses Urteil geht an den Beschwerdeführer und das SEM.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Regula Schenker Senn

Annina Mondgenast

Versand: