



Abteilung VI
F-5468/2020

Urteil vom 17. Januar 2022

Besetzung

Richter Fulvio Haefeli (Vorsitz),
Richterin Jenny de Coulon Scuntaro,
Richterin Regula Schenker Senn,
Gerichtsschreiber Michael Spring.

Parteien

A. _____,
vertreten durch Dominik Probst, Rechtsanwalt,
SLP Rechtsanwälte und Notariat,
Laurenzenvorstadt 19, 5001 Aarau,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Einreiseverbot.

Sachverhalt:**A.**

Der Beschwerdeführer, ein (...) geborener Staatsangehöriger von Bosnien und Herzegowina, wurde am 6. Oktober 2020 im Rahmen einer Arbeitsmarktkontrolle auf einer Baustelle in (...) kontrolliert. Er war zum damaligen Zeitpunkt Inhaber eines vom 29. Juli 2020 bis am 20. Juli 2021 gültigen kroatischen Aufenthaltstitels. Anlässlich der am 6. Oktober 2020 erfolgten polizeilichen Einvernahme gab er zu Protokoll, am 24. August 2020 in die Schweiz eingereist zu sein. Er habe am 1. September 2020 zu arbeiten begonnen. Den Lohn erhalte er in Kroatien. Er sei von einer dort ansässigen Unternehmung in die Schweiz geschickt worden, um zu arbeiten.

B.

Der Migrationsdienst des Amtes für Bevölkerungsdienste des Kantons Bern erliess am 7. Oktober 2020 eine Wegweisungsverfügung gegen den Beschwerdeführer und setzte ihm eine Ausreisefrist bis am 11. Oktober 2020.

C.

Mit Verfügung vom 7. Oktober 2020 – eröffnet gleichentags – verhängte die Vorinstanz gegenüber dem Beschwerdeführer ein zweijähriges Einreiseverbot, geltend ab dem 12. Oktober 2020. Gleichzeitig ordnete sie die Ausschreibung dieser Massnahme im Schengener Informationssystem (SIS) an und entzog einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung. Sie begründete die Fernhaltungsmassnahme mit der illegalen Erwerbstätigkeit des Beschwerdeführers.

D.

Gegen diese Verfügung gelangte der Beschwerdeführer mit Rechtsmittelreingabe vom 5. November 2020 an das Bundesverwaltungsgericht. Er beantragte die Aufhebung des Einreiseverbots, eventualiter sei es auf ein Jahr zu reduzieren und es sei auf eine Ausschreibung im SIS II zu verzichten.

E.

Nach fristgerechter Leistung eines Kostenvorschusses durch den Beschwerdeführer beantragte die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung vom 20. Januar 2021 die Abweisung der Beschwerde.

F.

Der Beschwerdeführer hielt mit Replik vom 8. April 2021 innert zweimalig erstreckter Frist an seinen Ausführungen und Rechtsbegehren fest.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Von der Vorinstanz erlassene Einreiseverbote sind mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar (Art. 31 ff. VGG i.V.m. Art. 5 VwVG und Art. 112 Abs. 1 AIG [SR 142.20]).

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 als Verfügungsadressat zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (Art. 50 und Art. 52 VwVG).

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 Entscheides (BVGE 2014/1 E. 2 m.H.).

3.

3.1 Das SEM kann 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 AIG). Das Einreiseverbot ist keine Sanktion für vergangenes Fehlverhalten, 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 [BBI 2002 3709, 3813]). Der Begriff der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ist weit zu fassen (vgl. BGE 147 IV 340 E. 4.7.7). Ein Verstoss dagegen liegt unter anderem 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 fallen ohne weiteres unter diese Begriffsbestimmung. Dabei genügt es, wenn

der ausländischen Person eine Sorgfaltspflichtverletzung zugerechnet werden kann. Unkenntnis oder Fehlinterpretation der Einreise- und Aufenthaltsvorschriften stellen normalerweise keinen hinreichenden Grund dar, um von einer Fernhaltmassnahme abzusehen. 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-6632/2019 vom 8. Oktober 2020 E. 4.3).

3.2 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 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 Unbestrittenermassen führte der Beschwerdeführer am 6. Oktober 2020 in (...) Gipserarbeiten auf einer Baustelle aus. Gemäss seinen gleichentags gegenüber der Kantonspolizei Bern (nachfolgend: Kantonspolizei) gemachten und vor dem Bundesverwaltungsgericht bekräftigten Angaben war er dort bereits seit dem 1. September 2020 in entsprechender Funktion tätig (Akten der Vorinstanz [SEM-act.] 2 S. 19 f., Akten des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer-act.] 1 S. 4). Nicht in Frage steht sodann die Qualifizierung dieser Gipserarbeiten als Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 11 AIG (zum Begriff der Erwerbstätigkeit vgl. statt vieler Urteil des BVGer F-5382/2020 vom 2. Juli 2021 E. 6.1).

4.2 Mit Blick auf die Frage der Bewilligungspflicht der vom Beschwerdeführer ausgeführten Arbeiten ist Folgendes festzuhalten: Er macht vor Bundesverwaltungsgericht geltend, für ein Unternehmen mit Sitz in Kroatien tätig zu sein. Dieses habe mit der in (...) ansässigen (...) AG vereinbart, für Letztere Bauarbeiten in der Schweiz – konkret das Projekt in (...) – auszuführen. Als Ausführungsdatum sei der September 2020 festgelegt worden (BVGer-act. 1 S. 3). Die rechtliche Natur der im Verlauf des Beschwerdeverfahrens in deutscher Übersetzung eingereichten Vereinbarung zwi-

schen den beiden Unternehmen (BVGer-act. 6) kann vorliegend offen bleiben. Die fragliche Erwerbstätigkeit des Beschwerdeführers ist im Sinne der nachfolgenden Erwägungen in jedem Fall als rechtswidrig einzustufen.

4.3 Ein für eine Gesellschaft mit Sitz in Kroatien tätiger Arbeitnehmer benötigte für eine Tätigkeit als Entsandter im Baugewerbe in der Schweiz aufgrund der einschränkenden Übergangsbestimmungen zu Kroatien gemäss Protokoll III zum Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA, SR 0.142.112.681) bis am 31. Dezember 2021 eine Kurzaufenthaltsbewilligung EU/EFTA (vgl. den am 1. Januar 2017 in Kraft gesetzten und mit Wirkung seit 1. Januar 2022 aufgehobenen Art. 14 Abs. 2 der Verordnung über den freien Personenverkehr vom 22. Mai 2002 [VFP, SR 142.203; AS 2016 5115 f., AS 2021 827]). Ist der Arbeitnehmer – wie der Beschwerdeführer – ein Drittstaatsangehöriger, kommt das Erfordernis einer dauerhaften Zulassung auf dem regulären Arbeitsmarkt in einem Mitgliedstaat der EU oder EFTA hinzu (Art. 2 Abs. 3 VFP). Beide Erfordernisse erfüllte der Beschwerdeführer nicht. Unbestrittenermassen verfügte er zum Zeitpunkt der Erwerbstätigkeit über keine Kurzaufenthaltsbewilligung EU/EFTA für die Schweiz. Seine auf ein Jahr befristete Aufenthaltserlaubnis für Kroatien datiert gemäss Aktenlage sodann vom 29. Juli 2020 (SEM-act. 1 S. 1). Die von der Vorinstanz in Anwendung von Art. 2 Abs. 3 VFP praxisgemäss geforderte Zulassungsdauer von mindestens zwölf Monaten (vgl. Weisungen VFP des SEM, Januar 2022, Ziff. 3.1.1 und 5.3.1) auf dem kroatischen Arbeitsmarkt dürfte er damit im Zeitpunkt des Arbeitsbeginns in der Schweiz im September 2020 noch nicht erreicht haben. Gegenteiliges macht er nicht geltend.

4.4 Im Weiteren ist festzuhalten, dass das vorliegende Arrangement Weisenszüge eines Arbeitsverleihs aus dem Ausland trägt. Das gilt etwa aufgrund der Weisungsbefugnis der (...) AG gegenüber dem Beschwerdeführer. Letzterer sagte im Rahmen der polizeilichen Einvernahme aus, er sei von seinem Cousin – dem Geschäftsführer der (...) AG – auf die Baustelle in (...) geschickt worden (SEM-act. 1 S. 19). In einem Entsendeverhältnis wird die Arbeitsleistung jedoch unter Leitung der ausländischen Arbeitgeberin erbracht (Art. 1 Abs. 1 Bst. a und Abs. 3 des Bundesgesetzes über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne [EntsG, SR 823.20]; vgl. Urteil des BVGer F-

4999/2019 vom 20. August 2021 E. 5.4 m.w.H.). Die Tätigkeit von Arbeitsverleihunternehmen fällt grundsätzlich nicht in den Bereich der von Art. 17 Bst. a und Art. 19 Anhang I FZA geschützten Dienstleistungsfreiheit (Art. 22 Abs. 3 Bst. i Anhang I FZA). Der direkte, sowie auch der nur gelegentliche Personalverleih vom Ausland in die Schweiz sind nicht gestattet (Art. 12 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 6. Oktober 1989 [AVG, SR 823.11]; Urteil des BGer 2C_150/2016 vom 22. Mai 2017 E. 2.3; Urteil des BVGer F-4999/2019 E. 5.5.2 m.w.H.).

4.5 Im Ergebnis ist festzustellen, dass die vom Beschwerdeführer in der Schweiz vom 1. September 2020 bis am 6. Oktober 2020 ausgeübte Erwerbstätigkeit illegal war. Damit hat er gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen und einen hinreichenden Anlass für die Verhängung eines Einreiseverbotes gesetzt (Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG; Art. 77a Abs. 1 Bst. a VZAE). Dass er sich der Unrechtmässigkeit seines Handelns nicht bewusst gewesen sein will, vermag ihn nicht zu entlasten, zumal es für die Verhängung eines Einreiseverbots keines vorsätzlichen Verstosses gegen ausländerrechtliche Bestimmungen, sondern lediglich einer Sorgfaltpflichtverletzung bedarf (vgl. vorstehend E. 3.1). Eine solche ist bei ihm gegeben. Entgegen seinem Dafürhalten konnte er sich nicht unbeschweren auf die Zusicherung seiner kroatischen Arbeitgeberin verlassen, die Voraussetzungen für eine legale Erwerbstätigkeit in der Schweiz seien erfüllt. Bemühungen seinerseits, behördliche Auskünfte einzuholen oder die Rechtslage abzuklären, sind nicht ersichtlich und werden auch nicht gelten gemacht. Die kroatische Arbeitgeberin wiederum genießt basierend auf der von ihr am 23. Juli 2020 scheinbar getätigten Meldung des Beschwerdeführers (BVGer-act. 1, Beilage 6) keinen Vertrauensschutz gestützt auf Art. 9 BV. Eine vorbehaltlose Auskunft in Bezug auf ihre konkrete Situation liegt nicht vor. Insbesondere wurde behördlicherseits soweit ersichtlich keine Meldebestätigung ausgestellt (vgl. zu den Voraussetzungen des Vertrauensschutzes BGE 146 I 105 E. 5.1.1; 141 I 161 E. 3.1; WIEDERKEHR/RICHLI, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Bd. I, 2012, Rz. 2057 ff.).

5.

5.1 Zu prüfen ist weiter, ob die angefochtene Fernhaltmassnahme in richtiger Ausübung des Ermessens ergangen und angemessen ist. Den Entscheid darüber, ob ein Einreiseverbot anzuordnen und wie es innerhalb des zulässigen zeitlichen Rahmens zu befristen ist, legt Art. 67 Abs. 2 AIG in das pflichtgemässe Ermessen der Behörde (BGE 139 II 121 E. 6.5.1;

108 Ib 196 E. 4a). Zentrale Bedeutung kommt 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, 8. Aufl. 2020, Rz. 555 ff.). Das Einreiseverbot wird grundsätzlich für eine Dauer von höchstens fünf Jahren verfügt (Art. 67 Abs. 3 AIG). Die verfügende Behörde kann ausnahmsweise aus humanitären oder anderen wichtigen Gründen von der Verhängung eines Einreiseverbots absehen (Art. 67 Abs. 5 AIG).

5.2 Der Beschwerdeführer macht geltend, es handle sich bei seiner Erwerbstätigkeit um einen objektiv und subjektiv leichten Fall eines Verstosses gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung gemäss Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG. Er habe zwischen dem 1. September 2020 und dem 6. Oktober 2020 unregelmässig auf der Baustelle in (...) gearbeitet. Damit sei er bloss einige Wochen einer Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung nachgegangen und dies auch nur deshalb, weil sein kroatischer Arbeitgeber fahrlässigerweise davon ausgegangen sei, dass eine Anmeldung bereits für eine legale Arbeitstätigkeit ausreiche. Der Beschwerdeführer sei entsprechend falsch durch den Arbeitgeber instruiert worden, habe dessen Worten jedoch Glauben schenken dürfen. Das öffentliche Interesse an einem Einreiseverbot überwiege aufgrund des leichten, einmaligen Verstosses die persönlichen Interessen des Beschwerdeführers an seiner Bewegungs- und Wirtschaftsfreiheit nicht. Es lebten auch seine Tante und sein Cousin in der Schweiz (BVGer-act. 1 S. 8 f.).

5.3 Der Beschwerdeführer hat gegen zentrale ausländerrechtliche Bestimmungen verstossen. Das generalpräventiv motivierte öffentliche Interesse daran, die ausländerrechtliche Ordnung durch eine konsequente Massnahmenpraxis zu schützen, ist als gewichtig einzustufen (vgl. Urteile des BGer 2C_516/2014 vom 24. März 2015 E. 4.3.2; 2C_282/2012 vom 31. Juli 2012 E. 2.5, je m.H.). Dazu kommt eine spezialpräventive Zielsetzung der Massnahme, die Betroffenen zu ermahnen, ausländerrechtliche Bestimmungen zukünftig einzuhalten und so einer weiteren Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung entgegenzuwirken (vgl. Urteil des BVGer F-1827/2018 vom 30. September 2019 E. 7.1). Dies erscheint im Fall des Beschwerdeführers umso mehr angezeigt, als er bereits das zweite Mal gegen die schweizerische Ausländergesetzgebung verstossen hat

(vgl. SEM-act. 1 S. 14 f.). Entgegen seinem Dafürhalten sind die rund fünf Wochen, die er illegal in der Schweiz gearbeitet hat, sodann objektiv keinesfalls mehr als leichtes Fehlverhalten zu qualifizieren. In subjektiver Hinsicht führt die wohl fahrlässige Tatbegehung und das damit in Verbindung stehende kooperative Verhalten gegenüber der Kantonspolizei zwar zu einer Reduktion des Fernhalteinteresses. Auch unter Berücksichtigung derselbigen besteht gesamthaft gesehen jedoch noch immer ein gewichtiges spezial- und generalpräventiv begründetes öffentliches Interesse an der befristeten Fernhaltung des Beschwerdeführers.

5.4 Den öffentlichen Interessen sind die privaten Interessen des Beschwerdeführers gegenüber zu stellen. Diese sind gemäss seinen Angaben wirtschaftlicher und familiärer Natur. Die vorübergehende Beeinträchtigung in der Kontaktpflege zu seiner in der Schweiz wohnhaften Tante und seinem Cousin hat er jedoch selbst zu verantworten und grundsätzlich in Kauf zu nehmen. Diese Einschränkung ist insoweit nicht entscheidungswesentlich, als Kontakte für limitierte Zeit auch mittels moderner Kommunikationsmittel verwirklicht werden können. In unumgänglichen Fällen stünde das Instrument der kurzzeitigen Suspension (vgl. Art. 67 Abs. 5 AIG, BVGE 2013/4 E. 7.4.3 m.H.) zur Verfügung. Sowohl die Geltendmachung des Rechts auf Bewegungsfreiheit wie auch des Rechts auf Wirtschaftsfreiheit setzt sodann notwendigerweise ein Aufenthaltsrecht in der Schweiz voraus. Weil der Beschwerdeführer ein solches nicht besitzt, kann er sich nicht auf Art. 10 Abs. 2 oder Art. 27 BV berufen.

5.5 Eine wertende Gewichtung der sich gegenüberstehenden Interessen führt das Bundesverwaltungsgericht damit 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.

6.

Nicht zu beanstanden ist schliesslich, dass dem Beschwerdeführer die Einreise in das Hoheitsgebiet sämtlicher Schengen-Staaten verboten worden ist (vgl. Art. 21 i.V.m. Art. 24 Ziff. 3 SIS-II-VO), handelt es sich doch vorliegend um einen Verstoss gegen nationale Rechtsvorschriften über die Einreise und den Aufenthalt. Es bleibt den Schengen-Staaten unbenommen, ihm bei Vorliegen besonderer Gründe die Einreise in ihr Hoheitsgebiet zu gestatten (vgl. hierzu Art. 6 Abs. 5 Bst. c der Verordnung [EU] 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 über einen

Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen [Schengener Grenzkodex, SGK]).

7.

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung im Lichte von Art. 49 VwVG nicht zu beanstanden ist. Die Beschwerde ist damit abzuweisen.

8.

Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten dem Beschwerdeführer 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 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, die Vorinstanz und die kantonale Migrationsbehörde.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Fulvio Haefeli

Michael Spring

Versand: