



Abteilung VI
F-5471/2020

Urteil vom 28. Februar 2022

Besetzung

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

Parteien

A. _____,
Beschwerdeführer,
vertreten durch Dominik Probst, Rechtsanwalt,

gegen

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

Gegenstand

Einreiseverbot.

Sachverhalt:**A.**

Der bosnische Staatsangehörige A. _____ (geboren [...] 1983) wurde am 6. Oktober 2020 auf einer Baustelle im Kanton Bern einer Arbeitsmarktkontrolle unterzogen und wegen Verdachts auf illegale Erwerbstätigkeit von der Kantonspolizei angehalten und vorläufig festgenommen (vgl. Akten des Migrationsdienstes des Kantons Bern [BE-act.] 26 ff.). In der gleichentags durchgeführten polizeilichen Einvernahme räumte der Beschwerdeführer ein, seit dem 1. September 2020 auf der Baustelle gearbeitet zu haben. Er verfüge sowohl in Bosnien als auch in Kroatien über einen Aufenthaltstitel und habe einen Arbeitsvertrag mit einer kroatischen Firma. In die Schweiz sei er gekommen, weil er von seinem Chef in Kroatien in die Schweiz geschickt worden sei. Sein Lohn werde in Kroatien ausbezahlt (vgl. Akten der Vorinstanz [SEM-act.] 1/1 ff.).

B.

Der Migrationsdienst des Kantons Bern wies den Beschwerdeführer am 7. Oktober 2020 weg und forderte ihn auf, die Schweiz bis zum 11. Oktober 2020 zu verlassen (SEM-act. 1/10 ff.). Mit Verfügung vom 7. Oktober 2020 verhängte die Vorinstanz gegenüber dem Beschwerdeführer ein ab dem 12. Oktober 2020 geltendes Einreiseverbot für die Dauer von zwei Jahren. Zudem ordnete sie die Ausschreibung der Fernhaltemassnahme zur Einreiseverweigerung im Schengener Informationssystem (SIS II) an. Einer allfälligen Beschwerde entzog die Vorinstanz vorsorglich die aufschiebende Wirkung. Zur Begründung führte sie die illegale Erwerbstätigkeit des Beschwerdeführers, respektive einen Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung an (SEM-act. 2).

C.

Gegen die Verfügung vom 7. Oktober 2020 gelangte der Beschwerdeführer mit Beschwerde vom 5. November 2020 an das Bundesverwaltungsgericht. Er beantragte, das Einreiseverbot sei aufzuheben. Eventualiter sei es auf ein Jahr zu begrenzen und auf eine Ausschreibung im Schengener Informationssystem (SIS II) zu verzichten (Akten des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer-act.] 1).

D.

Vom Bundesverwaltungsgericht dazu aufgefordert, reichte der Beschwerdeführer am 4. Januar 2021 eine Übersetzung des mit Beschwerdeeingabe zu den Akten gereichten Vertrages vom 18. Mai 2020 über partnerschaftli-

che Zusammenarbeit zwischen einer Schweizer Firma und seiner kroatischen Arbeitgeberin, sowie eine Übersetzung seiner kroatischen Aufenthalts- und Arbeitserlaubnis vom 27. Juli 2020, gültig bis zum 27. Juli 2021, ein. Gleichzeitig ersuchte der Beschwerdeführer um Beizug der Akten im parallel laufenden Verfahren F-5468/2020. Dieses betrifft ein Einreiseverbot, das gegen einen anderen Arbeitnehmer wegen illegaler Erwerbstätigkeit auf derselben Baustelle ausgefällt wurde (BVGer-act. 8).

E.

Die Vorinstanz liess sich am 20. Januar 2021 vernehmen und beantragte die Abweisung der Beschwerde (BVGer-act. 10).

F.

Mit Eingabe vom 4. Mai 2021 hielt der Beschwerdeführer an seinen Begehren und Ausführungen fest (BVGer-act. 18).

G.

Nach Abschluss des Verfahrens F-5468/2020 mit Urteil vom 17. Januar 2022 zog das Bundesverwaltungsgericht die entsprechenden Akten bei.

H.

Aus organisatorischen Gründen wurde für den bisherigen Instruktionsrichter die vorsitzende Richterin im Spruchkörper aufgenommen.

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 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 (BVGE 2017 VII/2 E. 4.4; 2008/24 E. 4.2). Der Begriff der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ist weit zu fassen (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 für die Anordnung eines Einreiseverbots eine Sorgfaltspflichtverletzung (vgl. statt vieler: Urteile des BVGer F-4990/2019 vom 20. August 2021 E. 9.2; F-5468/2020 vom 17. Januar 2022 E. 3.1).

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 Schengener Informationssystem (SIS) 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 [SIS-II], Abl. L 381/4 vom 28.12.2006 [nachfolgend: SIS-II-Verordnung]; Art. 20 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]).

4.

Vorliegend macht der Beschwerdeführer zu Recht nicht geltend, im Rahmen einer Entsendung seiner kroatischen Arbeitgeberin gestützt auf das 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) legal in der Schweiz gearbeitet zu haben. Gemäss Art. 14 Abs. 2 der Verordnung vom 22. Mai 2002 über den freien Personenverkehr (VFP, SR 142.203) – in Kraft vom 1. Januar 2017 (AS 2016 5115 f.) bis zum 31. Dezember 2021 (AS 2021 827) – in Verbindung mit Art. 10 Abs. 2c FZA und Art. 2 Bst. b des Protokolls vom 4. März 2016 zum FZA im Hinblick auf die Aufnahme der Republik Kroatien als Vertragspartei infolge ihres Beitritts zur Europäischen Union (in Kraft seit 1. Januar 2017 [AS 2016 5251]) benötigten Arbeitnehmer, die zur Erbringung einer grenzüberschreitenden Dienstleistung im Baugewerbe von einer kroatischen Gesellschaft in die Schweiz entsendet wurden, bis Ende 2021 eine Kurzaufenthaltsbewilligung EU/EFTA (vgl. auch Urteil F-5468/2020 E. 4.3). Unbestrittenermassen verfügte der Beschwerdeführer für den hier relevanten Zeitraum vom 1. September 2020 bis zum 6. Oktober 2020 über keine solche Bewilligung. Der Beschwerdeführer stellt denn auch nicht in Abrede, vom 1. September 2020 bis zu seiner Anhaltung am 6. Oktober 2020 ohne Bewilligung in der Schweiz einer Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 11 AIG (i.V.m. Art. 1a Abs. 1 VZAE) im Baugewerbe nachgegangen zu sein.

5.

Strittig ist vorliegend, ob dem Beschwerdeführer die illegale Erwerbstätigkeit auf dem Bau zugerechnet und vorgeworfen werden kann.

5.1 Der Beschwerdeführer macht geltend, sein kroatischer Arbeitgeber habe ihn mittels Formular in der Schweiz angemeldet. Dieser sei fälschlicherweise davon ausgegangen, dass eine Anmeldung ausreiche, damit er in der Schweiz arbeiten könne. Sein Arbeitgeber habe ihm mitgeteilt, dass sämtliche Voraussetzungen für die Einreise sowie eine Erwerbstätigkeit in der Schweiz erfüllt seien, und habe ihm eine schriftliche Bestätigung ausgehändigt. Darauf habe er sich verlassen dürfen. Folglich könne ihm nicht vorgeworfen werden, er habe sich nicht über die Pflichten und Rechte im Zusammenhang mit ausländerrechtlichen Vorschriften auseinandergesetzt. Es sei üblich, dass der entsendende Arbeitgeber die entsprechenden

Abklärungen übernehme und die Vorbereitungen treffe. Somit könne höchstens seinem Arbeitgeber vorgeworfen werden, sich nicht richtig mit den Vorschriften des Ausländerrechts auseinandergesetzt zu haben.

5.2 Die Argumentation des Beschwerdeführers betreffend die irrtümliche Einleitung eines Melde-, anstatt eines Bewilligungsverfahrens durch seinen kroatischen Arbeitgeber ist nicht nur unsubstantiiert vorgetragen, sondern auch durch keinerlei Urkunden belegt. Zunächst reicht der Beschwerdeführer keinen Arbeitsvertrag mit einer kroatischen Firma zu den Akten. Die angeführte schriftliche Zusicherung seines kroatischen Arbeitgebers über die Zulässigkeit einer Entsendung in die Schweiz bleibt der Beschwerdeführer ebenfalls schuldig. Der von ihm ins Recht gelegten Kopie eines mit dem Datum vom 23. Juli 2020 versehenen Meldeformulars für "selbständige Dienstleistungserbringer aus einem EU/EFTA-Mitgliedstaat" muss sodann jegliche Beweiskraft abgesprochen werden. Es ist weder nachgewiesen, noch sonstwie ersichtlich, dass ein solches Meldeformular von seinem (kroatischen) Arbeitgeber an die Schweizer Behörden übermittelt worden wäre. Eine von diesen ausgestellte Meldebestätigung vermag der Beschwerdeführer nicht vorzuweisen.

5.3 Gerade vor dem Hintergrund, dass einer der beiden auf derselben Baustelle angehaltenen Arbeitskollegen des Beschwerdeführers der Cousin des Bauherrn in der Schweiz war (vgl. Urteil F-5468/2020 E. 4.4), erscheint es in Würdigung der Sachlage als wenig glaubhaft, wenn der Beschwerdeführer vorträgt, sein kroatischer Arbeitgeber habe fälschlicherweise das Melde-, anstatt das Bewilligungsverfahren eingeleitet. Es ist nicht ersichtlich, dass ein Meldeverfahren durchgeführt wurde. Auch dafür, dass der Beschwerdeführer von seinem Arbeitgeber über ein solches Meldeverfahren schriftlich orientiert worden wäre, fehlen jegliche Beweise. Sodann schloss der kroatische Arbeitgeber des Beschwerdeführers den Vertrag über die partnerschaftliche Zusammenarbeit auf der Baustelle im Kanton Bern am 18. Mai 2020 mit dem Cousin eines Mitarbeiters ab. Dieser Cousin war Bauherr und Architekt auf dieser Baustelle. Er hätte über die (damaligen) Voraussetzungen von Entsendungen in der Baubranche von Arbeitnehmenden kroatischer Firmen in die Schweiz Bescheid wissen müssen.

5.4 Vorliegend muss sich der Beschwerdeführer eine grobe Pflichtverletzung entgegenhalten lassen (vgl. Urteil F-5468/2020 E. 4.5). Selbst wenn er aufgrund des Zusammenarbeitsvertrages seines kroatischen Arbeitgebers mit einer Schweizer Firma tatsächlich von der Rechtmässigkeit seines

Arbeitseinsatzes in der Schweiz ausgegangen wäre, entbindet ihn dies mitnichten davon, sich über Entsendevoraussetzungen und -verfahren ins Bild zu setzen und sich im Falle von Unklarheiten bei der zuständigen Behörde informieren zu lassen (vgl. Urteil F-4990/2019 E. 9.3 m.w.H.). Er durfte nicht ohne Weiteres davon ausgehen, dass eine Tätigkeit von bei kroatischen Firmen angestellten Drittstaatsangehörigen in der Schweiz nicht an Bedingungen geknüpft ist. Dies gilt umso mehr, als er höchstwahrscheinlich dem Weisungsrecht einer Schweizer Baufirma unterstellt wurde, sodass sich sein Arbeitseinsatz in der Schweiz einem unerlaubten Personalverleih annäherte (vgl. Urteil F-5468/2020 E. 4.4). Dem Beschwerdeführer ist daher die Ausübung einer illegalen Erwerbstätigkeit in zumindest pflichtwidriger Unvorsichtigkeit anzulasten (Art. 115 Abs. 1 Bst. c AIG). Er hat gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen und einen Fernhaltgrund gesetzt (Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG).

6.

6.1 Zu prüfen bleibt, ob das angefochtene Einreiseverbot als solches und in seiner Dauer in pflichtgemässer Ermessensausübung angeordnet wurde und vor dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit standhält (vgl. Art. 5 Abs. 2 BV; Art. 96 AIG; BGE 139 II 121 E. 6.5.1; BVGE 2017 VII/2 E. 4.5; 2016/33 E. 9; 2014/20 E. 8.1).

6.2 Der Beschwerdeführer war während rund fünf Wochen illegal in der Schweiz erwerbstätig. Dieses Fehlverhalten wiegt objektiv nicht leicht, kommt doch den ausländerrechtlichen Normen eine zentrale Bedeutung zu, wenn es darum geht, eine funktionierende Rechtsordnung gewährleisten zu können (vgl. BVGE 2014/20 E. 8.2; Urteil F-5468/2020 E. 5.3). Die Verhängung einer Fernhaltmassnahme ist vorliegend zudem erforderlich, um den Beschwerdeführer zu ermahnen, bei einer allfälligen künftigen Wiedereinreise in die Schweiz die geltenden ausländerrechtlichen Vorschriften einzuhalten. Die von ihm pauschal angeführte Beschränkung seiner Bewegungs- und Wirtschaftsfreiheit vermag das gewichtige öffentliche Interesse an der Anordnung eines Einreiseverbots nicht aufzuwiegen.

6.3 Eine fahrlässige Tatbegehung würde vorliegend weder zum Absehen von einer Fernhaltmassnahme, noch zu einer erheblichen Reduktion der Massnahmedauer führen (vgl. Urteil des BVGer F-1395/2019 vom 24. Oktober 2019 E. 5.2). Zum einen weil der Beschwerdeführer grobfahrlässig gehandelt hätte. Zum andern weil dem generalpräventiven Element hohes Gewicht beizumessen ist (vgl. oben E. 6.2). Eine wertende Gewichtung der involvierten Interessen führt daher zum Ergebnis, dass das auf zwei Jahre

befristete Einreiseverbot sowohl im Grundsatz als auch in Bezug auf seine Dauer eine verhältnismässige und angemessene Massnahme zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung darstellt (zur Praxis in vergleichbaren Fällen vgl. statt vieler: Urteile des BVGer F-5468/2020 E. 5.5; F-4513/2019 vom 2. Dezember 2020 E. 5.4; F-5791/2019 vom 24. August 2020 E. 6.4).

7.

Verhältnismässig, zur Wahrung der Interessen der Gesamtheit aller Schengen-Staaten notwendig und nicht zu beanstanden ist schliesslich die Ausschreibung des Einreiseverbots im Schengener Informationssystem (vgl. Art. 21 i.V.m. Art. 24 Abs. 2 und Abs. 3 SIS-II-Verordnung), geht es doch im vorliegenden Fall um zentrale Bestimmungen der migrationsrechtlichen Ordnung, gegen die der Beschwerdeführer verstossen hat. Im Übrigen bleibt es den Schengen-Staaten unbenommen, ihm auf Gesuch hin die Einreise in ihr Hoheitsgebiet zu gestatten, beziehungsweise ein Visum mit räumlich beschränkter Gültigkeit auszustellen (vgl. Urteil des BVGer F-4639/2020 vom 29. November 2021 E. 5.2).

8.

Die angefochtene Verfügung verletzt Bundesrecht nicht (Art. 49 VwVG). Die Beschwerde ist abzuweisen.

9.

Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens sind die Verfahrenskosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Sie 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. 1'000.– festzusetzen. Eine Parteientschädigung steht dem Beschwerdeführer nicht zu (Art. 64 Abs. 1 VwVG).

10.

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

(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 (Einschreiben)
- die Vorinstanz (Akten Ref-Nr. [...] zurück)
- den Migrationsdienst des Kantons Bern (in Kopie)

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Regula Schenker Senn

Mathias Lanz

Versand: