

# **BVGer F-1764/2021 vom 15. November 2021**

Bundesverwaltungsgericht, 2021-11-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_F-1764\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_F-1764_2021)

FR: TAF F-1764/2021 du 15 novembre 2021

IT: TAF F-1764/2021 del 15 novembre 2021

## **Regeste**

Einreiseverbot

## **Erwägungen**

### **E. 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).

### **E. 1.2**

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

### **E. 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).

### **E. 1.4**

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

## **E. 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).

### **E. 3.1**

Nach Art. 67 Abs. 2 AIG kann das SEM ein Einreiseverbot gegenüber Ausländerinnen und Ausländern 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). Ein Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung liegt insbesondere vor bei einer Missachtung von gesetzlichen Vorschriften oder behördlichen

Verfügungen (Art. 77a Abs. 1 Bst. a der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE, SR 142.201]). Eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung liegt vor, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Aufenthalt der betroffenen Person in der Schweiz mit erheblicher Wahrscheinlichkeit zu einer Nichtbeachtung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung führt (Art. 77a Abs. 2 VZAE). Das Einreiseverbot wird grundsätzlich für eine Dauer von höchstens fünf Jahren verfügt (Art. 67 Abs. 3 erster Satz AIG). 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 zweiter Satz AIG). Aus humanitären oder anderen wichtigen Gründen kann die zuständige Behörde von der Verhängung eines Einreiseverbots absehen oder ein solches vollständig oder vorübergehend aufheben (Art. 67 Abs. 5 AIG).

### **E. 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 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]).

### **E. 4.1**

Die Vorinstanz begründet das gegenüber dem Beschwerdeführer verhängte Einreiseverbot mit dessen Erwerbstätigkeit ohne entsprechende ausländerrechtliche Bewilligung sowie seinem illegalen Aufenthalt in der Schweiz. Damit habe er gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen. Die kurze Hilfeleistung, der Charakter der Freundschaftlichkeit und die spontane Gelegenheit würden nichts an der Tatsache ändern, dass es sich bei der Gefälligkeitshandlung des Beschwerdeführers um eine Tätigkeit handle, die üblicherweise von entsprechendem Personal gegen Entgelt erbracht werde. Selbst wenn die verrichtete Arbeit ohne Gegenleistung erfolgt sei, sei sie im Ausländerrecht als Erwerbstätigkeit zu qualifizieren. Daran ändere auch die behauptete Fahrlässigkeit nichts, zumal von Einreisenden erwartet werden könne, dass sie sich vorab Kenntnis über die Einreise- und Aufenthaltsvorschriften des Gastlandes verschaffen. Das Einreiseverbot habe spezialpräventiven Charakter, um weiteren störenden Handlungen des Beschwerdeführers entgegenzuwirken. Es bestehe ein gewichtiges öffentliches Interesse an seiner Fernhaltung. Zudem dürften vorliegend auch generalpräventive Gesichtspunkte berücksichtigt werden, da sich der Beschwerdeführer nicht auf das Freizügigkeitsabkommen berufen könne. Die Fernhaltungsmassnahme zur Verhinderung einer künftigen Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sowie die Ausschreibung im SIS II seien verhältnismässig und gerechtfertigt. Die Stellungnahme im Rahmen des rechtlichen Gehörs enthalte keine Gründe, die es rechtfertigen würden, vom Einreiseverbot abzusehen.

### **E. 4.2**

Der Beschwerdeführer bringt vor, er arbeite als Flight Attendant beim maltesischen Unternehmen F.\_\_\_\_\_ und sei oft mit dem Piloten D.\_\_\_\_\_ unterwegs, den er bereits früher kennengelernt habe. Letzterer sei alleiniger Verwaltungsrat der G.\_\_\_\_\_ in

H.\_\_\_\_\_, welche seit 2017 Zimmer und Apartments in H.\_\_\_\_\_ vermiete. Aufgrund des Ausbruchs der Corona-Pandemie sei der Flugbetrieb im Jahr 2020 stark eingebrochen, weshalb ihn sein Freund und Arbeitskollege D.\_\_\_\_\_ nach H.\_\_\_\_\_ eingeladen und ihm dort eine vorübergehende Unterkunft angeboten habe. Er - der Beschwerdeführer - sei damals davon ausgegangen, dass es sich um eine Ausnahmesituation handle, die bald wieder vorbei sein werde. Es sei zu betonen, dass er anlässlich der Kontrolle vom 18. Februar 2021 nicht an einem Arbeitsplatz angetroffen worden sei. Vielmehr habe er für D.\_\_\_\_\_ eine reine Gefälligkeit geleistet, indem er den Anruf der kontrollierenden Behörde entgegengenommen und sich für einen Check-in zu den vermeintlichen Gästen begeben habe. Er habe sich korrekt ausgewiesen und habe gegenüber den Behörden zu Protokoll gegeben, dass er seinem Freund D.\_\_\_\_\_ aushelfe. Dieser habe dies wiederum bestätigt und angegeben, dass er - der Beschwerdeführer - lediglich während der Abwesenheit des Geschäftsführers die Rezeption hüte. Diese Gefälligkeiten seien sporadisch und vereinzelt erfolgt und als Freundschaftsakt geleistet worden. Die Handreichungen würden nicht den Charakter einer Arbeitstätigkeit aufweisen, da sie weder vorher noch nachher je von einer angestellten Arbeitskraft erledigt worden seien. Zudem fehle es an der Entgeltlichkeit. Mit weniger als einem Dutzend Handreichungen sei die Schwelle von der unentgeltlichen Gefälligkeit unter Freunden zu einer Tätigkeit mit Arbeitscharakter nie überschritten worden. D.\_\_\_\_\_ und er hätten niemals in Kauf genommen, irgendwelche rechtlichen Bestimmungen zu verletzen und sie hätten auf jegliche Hilfeleistungen verzichtet, wenn sie dies gewusst hätten. Selbst wenn von einer Erwerbstätigkeit ausgegangen werde, habe er sich diesbezüglich in einem direkten Verbotsirrtum befunden, welcher im Sinne von Art. 333 Abs. 1 i.V.m. Art. 21 Abs. 2 StGB strafmildernd zu berücksichtigen sei. Das Einreiseverbot treffe ihn völlig unverhältnismässig, weil es für ihn als Flight Attendant einem faktischen Berufsverbot gleichkomme. Mit dem Verbot der Einreise in die Schengen-Staaten erwarte ihn die sichere Kündigung. Dies hätte zur Folge, dass seine wirtschaftliche Existenz als dreifacher Familienvater zerstört würde. Eine andere Anstellung sei angesichts seines Alters und seiner äusserst spezifischen Berufserfahrung und in der aktuellen COVID-19-Situation illusorisch. Er habe sich von Beginn an gänzlich kooperativ verhalten und die Polizei über alle Umstände informiert. Er verfüge sowohl in seinem Herkunftsland wie auch in der Schweiz über einen einwandfreien Leumund. Angesichts der geringen Intensität und Dauer der freundschaftlichen Hilfeleistungen und des guten Leumunds sei die Annahme einer (künftigen) Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung geradezu absurd und realitätsfremd. Vielmehr lasse sich die vorliegende Angelegenheit unter Art. 67 Abs. 5 AIG subsumieren.

#### **E. 4.3**

In der Vernehmlassung führt die Vorinstanz aus, vor dem Hintergrund der getätigten Aussagen und der anlässlich der arbeitsmarktlichen Kontrolle vor Ort angetroffenen Umstände sei der Schluss zu ziehen, dass der Beschwerdeführer sehr wohl einer Erwerbstätigkeit im Sinne des Gesetzes nachgegangen sei, ohne im Besitz der hierfür erforderlichen Bewilligung zu sein. Das einjährige Einreiseverbot sei angezeigt und verhältnismässig. Praxisgemäss würden in vergleichbaren Fällen regelmässig Einreiseverbote von zwei bis drei Jahren verhängt. Vorliegend seien aber die besonderen beruflichen Interessen des Beschwerdeführers berücksichtigt worden. Die Fernhaltmassnahme stelle kein absolutes Einreiseverbot dar. Vielmehr würden künftige Einreisen einem besonderen Bewilligungsverfahren unterstellt. Der Beschwerdeführer

könne nötigenfalls aus wichtigen Gründen mittels Gesuch die zeitweilige Suspension der Fernhaltmassnahme beantragen. Im Weiteren stehe es sämtlichen Schengen-Staaten offen, auf Gesuch hin ein Visum mit räumlich beschränkter Gültigkeit auszustellen. Die mit dem Einreiseverbot verbundenen Einschränkungen seien also in mehrfacher Hinsicht zu relativieren.

### **E. 5.1**

Gemäss Art. 11 Abs. 1 erster Satz AIG benötigen Ausländerinnen und Ausländer, die in der Schweiz eine Erwerbstätigkeit ausüben wollen, unabhängig von der Aufenthaltsdauer eine Bewilligung. Der ausländerrechtliche Begriff der Erwerbstätigkeit ist weit gefasst. Dies unter anderem, um die Möglichkeiten der Umgehung der Zulassungsvoraussetzungen gemäss Art. 18-26 AIG zu verringern (vgl. Marc Spescha, in: Spescha et al. [Hrsg.], Kommentar Migrationsrecht, 5. Aufl. 2019, N. 2 zu Art. 11 AIG). Als Erwerbstätigkeit gilt somit jede üblicherweise gegen Entgelt ausgeübte unselbständige oder selbständige Tätigkeit (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. Ohne Belang für die Qualifikation als (unselbständige) Erwerbstätigkeit ist, ob die Beschäftigung nur stunden- oder tageweise oder vorübergehend ausgeübt wird (Art. 1a Abs. 1 VZAE) (vgl. statt vieler: Urteil des BVGer F-5382/2020 vom 2. Juli 2021 E. 6.1). Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist lediglich dort keine Erwerbstätigkeit im rechtstechnischen Sinne anzunehmen, wo Arbeitsleistungen ausserhalb des geschäftlichen Bereichs eines Begünstigten durch nahe Angehörige vorgenommen werden, wobei massgeblich ist, dass dieser Tätigkeit gerade wegen der verwandtschaftlichen und emotionalen Nähe des Leistungserbringers zum Begünstigten ein besonderer Charakter zukommt, der nicht durch beliebige Dritte ersetzt werden kann (sog. Sozialadäquanz; Urteile des BVGer F-6394/2020 vom 1. Juli 2021 E. 5.1; F-6220/2016 vom 17. Mai 2018 E. 4.2). Arbeitsleistungen im gewerblichen Bereich dagegen sind grundsätzlich als Erwerbstätigkeit zu qualifizieren, es sei denn, es komme ihnen eine völlig untergeordnete Bedeutung zu.

### **E. 5.2**

Die kontrollierenden Behörden haben den Beschwerdeführer am 18. Februar 2021 an der Rezeption eines Hotels angetroffen. Es ist zwar korrekt, dass beim Eintreffen der Behörden zunächst niemand am Hotelempfang zugegen war. Es war aber eine Mobiltelefonnummer angegeben, unter welcher der Beschwerdeführer erreicht werden konnte. Dieser ist denn auch wenige Minuten nach dem Anruf auf die besagte Nummer an der Hotelrezeption erschienen und wollte sogleich das Check-in für die vermeintlichen Gäste durchführen. Zudem hat er in der anschliessenden Befragung selbst angegeben, er helfe in unregelmässigen Abständen im Hotel aus, je nachdem wann die Hotelgäste ein- und auschecken würden.

### **E. 5.3**

Rezeptionsarbeiten in einem Hotel werden - wie sämtliche Dienstleistungen im Tourismussektor - auf dem Arbeitsmarkt angeboten. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Verwaltungsrat und Geschäftsleiter des Hotelbetriebs, D.\_\_\_\_\_, diese Arbeiten normalerweise selbst erledigt. Dieser hätte nämlich einen Dritten damit beauftragen müssen, wenn der Beschwerdeführer nicht für ihn eingesprungen wäre. Die fragliche Tätigkeit fällt offensichtlich unter den in E. 5.1 beschriebenen Begriff der Erwerbstätigkeit.

Bei der vom Beschwerdeführer ausgeführten Tätigkeit handelt es sich auch nicht um eine Hilfeleistung, die wegen der besonderen verwandtschaftlichen oder emotionalen Nähe nicht von Dritten ausgeführt werden könnte. Folglich liegt auch keine Ausnahmesituation im oben erwähnten Sinne vor.

#### **E. 5.4**

Der Beschwerdeführer war somit in der Schweiz erwerbstätig, ohne über die erforderliche ausländerrechtliche Bewilligung zu verfügen (Art. 11 Abs. 1 AIG). Damit hat er gemäss Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen und folglich einen hinreichenden Grund für die Verhängung eines Einreiseverbots gesetzt. Die gesetzlichen Voraussetzungen für den Erlass eines Einreiseverbots sind erfüllt.

#### **E. 6.1**

Es bleibt zu prüfen, ob die Verhängung des Einreiseverbots im Grundsatz sowie hinsichtlich seiner Dauer verhältnismässig ist. Unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit ist eine wertende Abwägung vorzunehmen 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, die persönlichen Verhältnisse der betroffenen Person und das von ihr ausgehende, zukünftige Gefährdungspotenzial (Art 5 Abs. 2 BV, Art. 96 Abs. 1 AIG; BGE 139 II 121 E. 6.5.1; BVGE 2017 VII/2 E. 4.5).

#### **E. 6.2**

Der Beschwerdeführer bestreitet, dass von ihm eine Gefahr für künftige Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ausgehe. Diesbezüglich ist er darauf hinzuweisen, dass die Anordnung des Einreiseverbots bereits aus spezialpräventiven Gründen angezeigt ist, um ihn bei künftigen Aufenthalten in der Schweiz von der erneuten Deliktsbegehung abzuhalten. Darüber hinaus kommt bei Drittstaatsangehörigen der Rückfallgefahr im Vergleich mit Staatsangehörigen einer Vertragspartei des Freizügigkeitsabkommens (FZA, SR 0.142.112.681) eine geringere Tragweite zu (BGE 139 II 121 E. 6.1; 136 II 5 E. 4.2; BVGE 2017 VII/2 E. 4.4). Zu berücksichtigen ist zudem das generalpräventiv motivierte Interesse, die öffentliche Ordnung durch eine konsequente Massnahmenpraxis zu schützen (vgl. Urteil des BGer 2C\_282/2012 vom 31. Juli 2012 E 2.5 m.H.). So soll ein Einreiseverbot angesichts der negativen Folgen andere ausländische Personen dazu anhalten, sich an die ausländerrechtliche Ordnung des Gastlandes zu halten. Es besteht demnach ein general- und spezialpräventiv motiviertes Interesse an der Fernhaltung des Beschwerdeführers.

#### **E. 6.3**

Den öffentlichen Fernhalteinteressen sind die privaten Interessen des Beschwerdeführers entgegenzuhalten. Der Beschwerdeführer beruft sich auf seine Arbeitsstelle als Flugbegleiter und führt aus, das Einreiseverbot stelle ein faktisches Berufsverbot dar und führe wohl zu seiner Kündigung. Diesbezüglich ist zunächst auszuführen, dass die einzelnen Schengen-Staaten trotz SIS-Ausschreibung auf entsprechendes Gesuch hin die Einreise in ihr Hoheitsgebiet gestatten können. Zudem kann der Beschwerdeführer seinen Beruf in Bezug auf alle Staaten ausserhalb des Schengen-Raums nach wie vor ausüben. Allein der Umstand der schwierigeren Bedingungen bei der Berufsausübung ist nicht

gewichtig genug, um das erwähnte öffentliche Interesse aufzuwiegen, zumal die Vorinstanz die Massnahme mit Blick auf diese Umstände auf ein Jahr begrenzt hat. Im Übrigen ist die Annahme, dass das Arbeitsverhältnis des Beschwerdeführers aufgrund des einjährigen Einreiseverbots gekündigt werde, eine reine Mutmassung.

#### **E. 6.4**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das vorliegende Einreiseverbot sowohl im Grundsatz als auch hinsichtlich seiner Dauer eine verhältnismässige und angemessene Massnahme zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung darstellt. Das verhängte Einreiseverbot entspricht denn auch der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts in vergleichbaren Fällen (vgl. bspw. Urteil des BVGer F-3614/2019 vom 30. April 2020), wobei darauf hinzuweisen ist, dass das Bundesverwaltungsgericht sogar dreijährige Einreiseverbote des SEM im Zusammenhang mit illegaler Erwerbstätigkeit von geringfügiger Art bestätigt hat (vgl. Urteil F-5785/2019 vom 30. April 2020 E. 7.4 m.H.).

#### **E. 7**

In Anbetracht der vorangegangenen Ausführungen ist ein überwiegendes öffentliches Interesse nicht nur der Schweiz, sondern sämtlicher Schengen-Staaten an der Fernhaltung des Beschwerdeführers gegeben. Die Ausschreibung des Beschwerdeführers im Schengener Informationssystem (SIS) ist gestützt auf Art. 21 und 24 SIS-II-VO und Art. 21 der N-SIS-VO zu bestätigen.

#### **E. 8**

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

#### **E. 9**

Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten in der Höhe von Fr. 1'000.- dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (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]). Sie sind durch den in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. (Dispositiv nachfolgende Seite)

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.