



Urteil vom 28. November 2022

Besetzung

Richterin Susanne Genner (Vorsitz),
Richter Andreas Trommer,
Richter Gregor Chatton,
Gerichtsschreiberin Fabienne Thoma-Hasler.

Parteien

A. _____,
vertreten durch lic. iur. Pierre André Rosselet, Rechtsanwalt,
ammann + rosselet rechtsanwälte,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Einreiseverbot.

Sachverhalt:**A.**

Der Beschwerdeführer (geb. [...], kolumbianischer Staatsangehöriger) reiste am 1. April 2022 in die Schweiz ein. Am 5. April 2022 wurde er von der Kantonspolizei B. _____ wegen des Verdachts auf illegale Einreise und Ausübung einer Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung festgenommen.

B.

Die Kantonspolizei B. _____ gewährte dem Beschwerdeführer am 6. April 2022 das rechtliche Gehör zu allfälligen Entfernungsbzw. Fernhaltmassnahmen.

C.

C.a Am 7. April 2022 verfügte das Migrationsamt des Kantons C. _____ die Wegweisung des Beschwerdeführers aus der Schweiz und setzte ihm eine Ausreisefrist bis zum 14. April 2022.

C.b Die dagegen erhobenen Rechtsmittel wiesen die Sicherheitsdirektion sowie das Verwaltungsgericht des Kantons C. _____ ab, soweit sie darauf eintraten (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts C. _____ VB.2022.00427 vom 25. August 2022).

D.

D.a Am 7. April 2022 erliess die Staatsanwaltschaft D. _____ gegen den Beschwerdeführer einen Strafbefehl wegen rechtswidriger Einreise und rechtswidrigem Aufenthalt und verurteilte ihn zu einer Freiheitsstrafe von 30 Tagen, aufgeschoben bei einer Probezeit von 2 Jahren.

D.b Gegen den Strafbefehl erhob der Beschwerdeführer Einsprache. Mit Verfügung vom 22. Juli 2022 stellte die Staatsanwaltschaft D. _____ das Strafverfahren gegen den Beschwerdeführer ein.

E.

Ebenfalls am 7. April 2022 verfügte die Vorinstanz gegen den Beschwerdeführer ein einjähriges Einreiseverbot (vom 15. April 2022 bis zum 14. April 2023), welches für die Schweiz und das Fürstentum Liechtenstein gilt. Gleichzeitig entzog sie einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung.

F.

Am 9. Mai 2022 erhob der Beschwerdeführer Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragte die Aufhebung des Einreiseverbots. Zudem ersuchte er um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seiner Beschwerde.

G.

Mit Zwischenverfügung vom 19. Mai 2022 wies die Instruktionsrichterin das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde ab.

H.

In ihrer Vernehmlassung vom 29. Juni 2022 beantragte die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde.

I.

In der Replik vom 16. August 2022 hielt der Beschwerdeführer – unter Beilage der Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft D. _____ vom 22. Juli 2022 – an seinen Anträgen fest.

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 Zu prüfen ist vorab, ob die Vorinstanz – wie vom Beschwerdeführer geltend gemacht – seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt hat.

3.2 Der Beschwerdeführer macht geltend, ihm sei zu keinem Zeitpunkt das rechtliche Gehör bezüglich des Einreiseverbots gewährt worden. Darüber hinaus gehe aus der angefochtenen Verfügung keine nachvollziehbare Begründung hervor, wann und mit welchen Handlungen er sich der Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung hätte schuldig machen können. Zudem werde nicht ausgeführt, wie eine solche Erwerbstätigkeit festgestellt worden sei und ob diese – unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung der Sicherheitsdirektion und des Verwaltungsgerichts des Kantons C._____ – eine ausserordentliche Gefährdung darstelle. Es werde ihm verunmöglicht, zum Einreiseverbot ausreichend Stellung zu nehmen. Auch in ihrer Vernehmlassung liefere die Vorinstanz keine Begründung für das Einreiseverbot.

3.3 Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 VwVG) umfasst das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines in seine Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zur Sache äussern zu können (Art. 30 Abs. 1 VwVG). Er verlangt von der Behörde, dass sie die Vorbringen des Betroffenen tatsächlich hört, ernsthaft prüft und in ihrer Entscheidungsfindung angemessen berücksichtigt (Art. 32 Abs. 1 VwVG). Die Begründung einer Verfügung (Art. 35 Abs. 1 VwVG) muss so abgefasst sein, dass die betroffene Person diese gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann. Sie muss wenigstens kurz die Überlegungen darstellen, von denen sich die Behörde leiten liess und auf welche sie ihren Entscheid stützt. Die Anforderungen an die Begründung sind umso höher, je grösser der Entscheidungsspielraum der Behörde ist (BGE 142 II 324 E. 3.6).

3.4 Anlässlich der Einvernahme durch die Kantonspolizei B._____ am 6. April 2022 wurde dem Beschwerdeführer in Gegenwart seines Rechtsvertreters die Möglichkeit eingeräumt, sich sowohl zur ihm vorgeworfenen Widerhandlung gegen das Ausländergesetz als auch zur allfälligen Anordnung einer Fernhaltmassnahme zu äussern. Entgegen seiner Behauptung wurde ihm somit das rechtliche Gehör betreffend Einreiseverbot gewährt. Folglich erweist sich die Rüge betreffend Verletzung des Äusserungsrechts als unbegründet.

3.5 Die Vorinstanz hat in ihrer Verfügung den Grund für die Verhängung des Einreiseverbots, nämlich die Ausübung einer Erwerbstätigkeit ohne dafür erforderliche Bewilligung, angegeben. Die entsprechenden Ausführungen sind äusserst knapp ausgefallen und es fehlen insbesondere konkrete Ausführungen in Bezug auf den Beschwerdeführer. Nichtsdestotrotz ist nachvollziehbar, auf welcher Grundlage und weshalb das Einreiseverbot ausgesprochen wurde. Dies umso mehr, als dass sowohl der Strafbefehl der Staatsanwaltschaft D._____ als auch die Wegweisungsverfügung des Migrationsamts des Kantons C._____ gleichentags erlassen wurden. In allen drei Verfahren war der Beschwerdeführer vom selben Rechtsbeistand vertreten. Eine sachgerechte Anfechtung des Einreiseverbots war damit ohne weiteres möglich. Dies bestätigt sich denn auch in der Beschwerdeeingabe vom 9. Mai 2022. Darüber hinaus konnte der Beschwerdeführer seine Einwände vor dem Bundesverwaltungsgericht, das über eine volle Kognition verfügt, erneut geltend machen. Im Verfahren betreffend Einreiseverbot ist die kantonale verwaltungsrechtliche Rechtsprechung nicht von Relevanz, weshalb die Vorinstanz entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers nicht gehalten war, das Einreiseverbot mit entsprechenden Ausführungen zu begründen. Es liegt folglich keine Verletzung der Begründungspflicht vor.

3.6 Zusammenfassend hat die Vorinstanz das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers nicht verletzt.

4.

4.1 Nach Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG (in der hier anwendbaren, bis am 21. November 2022 gültig gewesenen Fassung vom 18. Juni 2010 [AS 2010 5925]) 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. 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).

4.2 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).

4.3 Die verfügende Behörde kann ausnahmsweise aus humanitären oder anderen wichtigen Gründen von der Verhängung eines Einreiseverbots absehen oder ein Einreiseverbot endgültig oder vorübergehend aufheben (Art. 67 Abs. 5 erster Satz AIG).

4.4 Der Bestand und die Dauer des Einreiseverbots sind in jedem Fall unter dem Blickwinkel der Verhältnismässigkeit staatlichen Handelns (Art. 5 Abs. 2 BV, Art. 96 Abs. 1 AIG) zu überprüfen. Eine Prognose, für welchen Zeitraum die Sicherungsmassnahme notwendig sein wird, ist naturgemäss nicht möglich. 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; ferner statt vieler HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 555 ff.).

5.

5.1 Die Vorinstanz begründet das Einreiseverbot damit, dass der Beschwerdeführer in der Schweiz erwerbstätig gewesen sei, ohne über die erforderliche ausländerrechtliche Bewilligung zu verfügen. Dies stelle einen Verstoss gegen die Einreisevoraussetzungen des Ausländerrechts dar, womit auch gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen worden sei. Die Verfügung einer Fernhaltungsmassnahme zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sei unabhängig von einem allfälligen

Strafverfahren angezeigt. Auch unter Berücksichtigung der Stellungnahme des Beschwerdeführers im Rahmen des rechtlichen Gehörs erweise sich das Einreiseverbot als gerechtfertigt und verhältnismässig.

5.2 Der Beschwerdeführer bringt vor, er verfüge über eine gültige spanische Aufenthaltsbewilligung und sei im Rahmen des bewilligungsfreien Aufenthalts von E. _____ in die Schweiz eingereist. Er verfüge hier über ein für ihn wichtiges soziales Netz. Das pendente Strafverfahren wegen unerlaubter Erwerbstätigkeit gründe auf unbelegten Behauptungen der Staatsanwaltschaft, die er von Anfang an bestritten habe. Parallel dazu laufe ein Wegweisungsverfahren, das derzeit bei der Rekursinstanz, der Sicherheitsdirektion des Kantons C. _____, hängig sei. Diese habe unter Bezugnahme auf die zürcherische verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung jüngst festgehalten, dass eine Erwerbstätigkeit als Prostituiertes in einem Zeitraum von wenigen (konkret sieben) Tagen keine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung darstelle. Er selbst habe überhaupt keine Prostitution ausgeübt, weshalb er sich vor der Polizei und der Staatsanwaltschaft mit keinem Wort damit belastet habe. Selbst wenn ihm dennoch Prostitution vorgeworfen werden sollte, werde aus der angefochtenen Verfügung nicht ersichtlich, inwiefern dies entgegen der Rechtsprechung im Kanton Zürich eine Gefährdung darstelle. Darüber hinaus habe die Sicherheitsdirektion des Kantons C. _____ im Verfahren betreffend Wegweisung die aufschiebende Wirkung der Beschwerde wiederhergestellt und sehe dementsprechend offensichtlich keine von ihm ausgehende Gefahr. Bereits aus föderalistischen Gründen könne es nicht sein, dass die Vorinstanz diese kantonalen Behörden übersteuern könne. Ein Einreiseverbot mache keinen Sinn, wenn die kantonalen Behörden bereits eine Gefahr verneint hätten.

5.3 In der Vernehmlassung führt die Vorinstanz aus, die Beschwerdeschrift enthalte keine neuen erheblichen Tatsachen oder Beweismittel, die eine Änderung ihres Entscheids rechtfertigen könnten.

5.4 In der Replik bringt der Beschwerdeführer vor, für eine unerlaubte Erwerbstätigkeit würden jegliche Beweise fehlen. Die Staatsanwaltschaft habe das Strafverfahren betreffend Prostitution (gemeint: betreffend Widerhandlung AIG) inzwischen mangels strafbarem Verhalten eingestellt und ausgeführt, dass sexuelle Handlungen unter bislang unbekanntem Männern keine üblicherweise gegen Entgelt ausgeübte Tätigkeit im Sinne von Art. 11 Abs. 2 AIG darstellen würden. Weiter habe die Strafbehörde festgehalten, aus seinem Internetprofil gehe weder hervor, dass Begegnungen

nur gegen Entgelt erfolgen, noch seien irgendwelche Preise für bestimmte Dienstleistungen genannt. Darüber hinaus sei auch die Anklage wegen rechtswidriger Einreise und rechtswidrigem Aufenthalt eingestellt worden, da er – der Beschwerdeführer – über eine gültige spanische Aufenthaltserlaubnis verfüge und sich nicht länger als 90 Tage in der Schweiz aufgehalten habe. Es sei somit eindeutig belegt, dass er keiner Erwerbstätigkeit nachgegangen sei, womit der einzige von der Vorinstanz genannte Grund für das Einreiseverbot wegfallen und dieses aufzuheben sei. Die Verfahren gegen ihn seien allesamt mit Vorurteilen gegenüber schwulen Männern gespickt, die sich jedoch nicht bewahrheitet hätten. Sofern das Gericht daran festhalte, dass er in der Schweiz einer Erwerbstätigkeit nachgegangen sei, verweise er auf seine Einsprachebegründung im Strafverfahren. Das Festhalten am Einreiseverbot würde eine abweichende Beurteilung zum Strafverfahren darstellen, für die infolge Gefährdung der Rechtssicherheit eine entsprechende Begründung notwendig wäre. Folglich wäre ihm diesfalls eine Gelegenheit zur erneuten Stellungnahme zu geben.

6.

6.1 Der Beschwerdeführer verfügt über eine spanische Aufenthaltserlaubnis, welche bis am 1. Juni 2026 gültig ist. Folglich war er grundsätzlich befugt, in die Schweiz einzureisen. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass die Einreise eines Drittstaatsangehörigen zum Zweck der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit rechtswidrig ist, falls eine Bewilligung zur Ausübung der Erwerbstätigkeit nicht schon vorgängig eingeholt wurde. Das streitige Einreiseverbot gründet indessen nicht auf einer illegalen Einreise oder einem illegalen Aufenthalt, sondern auf der illegalen Erwerbstätigkeit in der Schweiz. Strittig und zu beurteilen ist demnach, ob der Beschwerdeführer eine Tätigkeit erbracht hat, die nach den Kriterien der ausländerrechtlichen Rechtsprechung als Erwerbstätigkeit zu qualifizieren ist, für die eine Bewilligungspflicht besteht.

6.2 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 (vgl. SPESCHA, in: Spescha et al. [Hrsg.], Kommentar Migrationsrecht, 5. Aufl. 2019, Art. 11 AIG N. 2). Als Erwerbstätigkeit im Sinne des Gesetzes 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 gerichtet, wenn sie ihrer Art und ihrem Umfang

nach auf dem schweizerischen Arbeits- und Dienstleistungsmarkt angeboten wird (vgl. EGLI/MEYER, Handkommentar zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, 2010, Art. 11 N. 6). Ohne Belang für die Qualifikation als Erwerbstätigkeit ist dabei, ob die Beschäftigung nur stunden- oder tageweise oder vorübergehend ausgeübt wird (vgl. Art. 1a und 2 VZAE).

6.3 Aus den Akten und aus dem Urteil des Verwaltungsgerichts C. _____ vom 25. August 2022 ergibt sich folgendes Bild der das Einreiseverbot auslösenden Umstände:

Ein verdeckter Fahnder der Kantonspolizei B. _____ antwortete auf der Internetplattform «Hunqz», auf der Escort-Dienstleistungen für Männer angeboten werden, auf ein Inserat eines gewissen «F. _____» und verabredete mit diesem ein Treffen für eine Massage. Das Profilbild der Person mit dem Pseudonym «F. _____» zeigte dabei ein Foto des Beschwerdeführers und der Kontakt erfolgte nach einer ersten Kontaktaufnahme über ein Handy mit einer spanischen Telefonnummer. Bei dem Treffen, das am 5. April 2022 am verabredeten Ort und zur vereinbarten Zeit stattfand, führte der Beschwerdeführer den verdeckten Fahnder schliesslich in ein Zimmer in einem Mehrfamilienhaus in G. _____. Auf die Frage des Fahnders nach dem Preis der Dienstleistung nannte der Beschwerdeführer einen Betrag von Fr. 200.-

6.4 Der Beschwerdeführer beruft sich auf die Erwägung in der Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft D. _____ vom 22. Juli 2022, wonach sexuelle Handlungen unter bislang unbekanntem Männern keine üblicherweise gegen Entgelt ausgeübte unselbständige oder selbständige Tätigkeit im Sinn von Art. 11 Ab. 2 AIG darstellen. Diese Erwägung trifft im Grundsatz zu. Indessen hat der Beschwerdeführer sich nicht spontan mit unbekanntem Männern getroffen, sondern er hat ein Profil auf einer einschlägigen Plattform eingerichtet und dort eine Escortedienstleistung angeboten. Dienstleistungen im Escort-Bereich werden üblicherweise gegen Entgelt erbracht. Entsprechendes gilt auch für Dienstleistungen, die auf der Plattform «Hunqz» angeboten werden, welche sich auf ihrer Homepage als das «weltweit grösste Netzwerk für schwule, Bi-Männer und Trans Begleitedienstleistungen» präsentiert. Auf der Homepage wird den Profilinhabern bzw. «Escorts» denn auch empfohlen, den Preis und die zu erbringenden Leistungen im Voraus abzusprechen. Der Beschwerdeführer hat durch die Veröffentlichung eines Profils auf dieser Plattform, die Terminvereinbarung für eine Massage und das anschliessende Treffen mit dem verdeckten

Fahnder Handlungen getätigt, die üblicherweise der Erzielung eines Entgelts dienen. Damit hat er grundsätzlich eine Tätigkeit ausgeübt, die unter den in E. 6.2 beschriebenen Begriff der Erwerbstätigkeit fällt.

6.5 Der Beschwerdeführer wendet ein, dass das gegen ihn geführte Strafverfahren betreffend Prostitution mangels strafbarem Verhalten eingestellt worden sei.

6.5.1 In Bezug auf die Einstellung des Strafverfahrens ist auf die Ausführungen der Staatsanwaltschaft D. _____ in der Einstellungsverfügung vom 22. Juli 2022 zu verweisen. Dort wurde festgehalten, der Tatentschluss des Beschwerdeführers sei erst durch die Frage des verdeckten Fahnders nach einem Preis für die angebotene sexuelle Handlung geweckt worden. Es könne dem Beschwerdeführer deshalb nicht rechtsgenügend nachgewiesen werden, dass er sexuelle Handlungen gegen Entgelt angeboten habe. Aus seinem Profil gehe weder hervor, dass die Begegnungen nur gegen Entgelt erfolgen, noch seien irgendwelche Preise für bestimmte Dienstleistungen genannt. Das Strafverfahren gegen den Beschwerdeführer wurde folglich eingestellt, weil die Staatsanwaltschaft zum Schluss gekommen ist, der verdeckte Fahnder habe unrechtmässig den Tatentschluss des Beschwerdeführers erweckt (Art. 293 Abs. 2 StPO).

6.5.2 Demzufolge haben allein *strafprozessuale* Gründe zur Einstellung des Strafverfahrens geführt. Im Administrativverfahren gelten jedoch andere Verfahrens- und Beweisregeln als im Strafrecht. Bei der Beurteilung, ob eine strafbare Handlung vorlag, war für die Strafbehörde entscheidend, ob bzw. wann sie in Bezug auf die inkriminierte Handlung von einem Vorsatz ausgehen durfte. Sie hat zudem nicht auf eine fahrlässige Begehung erkannt, was von den Administrativbehörden hinzunehmen ist. Dass sowohl Vorsatz als auch Fahrlässigkeit verneint wurden, bedeutet nicht, dass keine fehlbaren Handlungen stattgefunden haben, sondern, dass diese strafrechtlich nicht geahndet werden können. Das Strafrecht und das Ausländerrecht verfolgen unterschiedliche Ziele. So ist die Einhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Ausländerrecht nicht notwendigerweise mit der Verletzung von Strafbestimmungen deckungsgleich. Die Migrationsbehörde lässt sich zudem von anderen Überlegungen leiten als die Strafbehörde. Während die Entscheidung des Strafgerichts in erster Linie von der strafrechtlichen Zurechnung sowie von Überlegungen im Zusammenhang mit den Aussichten auf eine soziale Wiedereingliederung des Verurteilten bestimmt wird, ist bei der Fremdenpolizei die Sorge um die öf-

fentliche Sicherheit und Ordnung ausschlaggebend. Die fremdenpolizeiliche Beurteilung kann daher strenger ausfallen als diejenige der Strafbehörde (vgl. BGE 140 I 145 E. 4.3; 130 II 493 E. 4.2; Urteil des BVGer F-1367/2019 vom 20. Juli 2021 E. 9.3.2). Im Ausländerrecht hat die Behörde folglich in eigener Kompetenz unter Zugrundelegung spezifischer ausländerrechtlicher Kriterien zu beurteilen, ob eine Polizeigefahr besteht. Entsprechend kann ein Einreiseverbot auch dann ergehen, wenn ein rechtskräftiges Strafurteil fehlt, sei es, weil ein Strafverfahren nicht eröffnet wurde, noch hängig ist oder, wie in casu, eingestellt wurde (vgl. Urteile des BVGer F-5081/2021 vom 31. Oktober 2022 E. 8.2; F-4221/2021 vom 24. Juni 2022 E. 5.1). Unter Berücksichtigung des strafrechtlichen Prinzips der Unschuldsvermutung darf die Behörde jedoch Verfehlungen, die nicht (oder noch nicht) zu einer Verurteilung geführt haben, nur berücksichtigen, soweit sie unbestritten sind oder wenn aufgrund der Akten keine Zweifel bestehen, dass sie dem Betreffenden zur Last zu legen sind (vgl. Urteil des BGer 2C_39/2016 vom 31. August 2016 E. 2.5; Urteil F-1367/2019 E. 9.3.4).

Vorliegend bestehen aufgrund der Akten keine Zweifel, dass sich der Sachverhalt wie in E. 6.3 beschrieben zugetragen hat. Dies wurde vom Beschwerdeführer denn auch nicht bestritten. In der polizeilichen Einvernahme vom 6. April 2022 hat er den strafrechtlich festgestellten Sachverhalt weder bestätigt noch bestritten. Im vorliegenden Verfahren bestreitet er, eine Erwerbstätigkeit ausgeübt zu haben; dabei geht es aber um die (Rechts)frage, ob die von ihm ausgeübte Tätigkeit als Erwerbstätigkeit i.S.v. Art. 11 Abs. 2 AIG gilt. Der Sachverhalt ist unbestritten und die Strafakten lassen eindeutig den Schluss zu, dass fehlbare Handlungen stattgefunden haben, die für das ausländerrechtliche Verfahren relevant sind (vgl. Urteil des BGer 2C_810/2016 vom 21. März 2017 E. 4.2.1). Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass das Strafverfahren mit der Begründung eingestellt wurde, es habe kein Nachweis für die Entgeltlichkeit der angebotenen Leistung erbracht werden können. Für die Qualifikation als Erwerbstätigkeit im ausländerrechtlichen Verfahren ist nicht ausschlaggebend, ob tatsächlich ein Entgelt ausgerichtet wurde (vgl. E. 6.2).

6.6 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer im beschriebenen Umfang einer Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 11 Abs. 2 AIG nachgegangen ist. Indem er diese Tätigkeit ohne die erforderliche Bewilligung ausübte, hat er gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen oder diese zumindest gefährdet. Der Tatbestand von Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG (in der hier anwendbaren, bis am 21. November 2022 gültig

gewesenen Fassung vom 18. Juni 2010 [AS 2010 5925]) ist erfüllt, weshalb die Voraussetzungen für den Erlass eines Einreiseverbots gegeben sind. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass die Sicherheitsdirektion des Kantons C. _____ – im Rahmen des kantonalen Wegweisungsverfahrens – bei einer Erwerbstätigkeit als Prostituierte in einem Zeitraum von lediglich sieben Tagen nicht von einer Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung auszugehen scheint. Das Bundesverwaltungsgericht ist nicht an die rechtliche Würdigung durch die kantonale Behörde gebunden. Entgegen seiner Ansicht hat der Beschwerdeführer im vorliegenden Verfahren im Übrigen keinen Anspruch auf eine erneute Stellungnahme.

7.

Zu prüfen bleibt die Verhältnismässigkeit der Massnahme (vgl. E. 4.4).

7.1 Der Beschwerdeführer bestreitet, dass von ihm eine Gefahr für künftige Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ausgehe. Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass die Anordnung des Einreiseverbots bereits aus spezialpräventiven Gründen angezeigt ist, um ihn bei künftigen Aufenthalten in der Schweiz von der erneuten Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung 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.

7.2 Den öffentlichen Fernhalteinteressen sind die privaten Interessen des Beschwerdeführers entgegenzuhalten. Der Beschwerdeführer bringt diesbezüglich lediglich vor, er habe Freunde in der Schweiz und verfüge hier über ein für ihn wichtiges soziales Netz.

7.3 Nach Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen und unter Berücksichtigung der Praxis in ähnlich gelagerten Fällen erweist sich das

vorliegende einjährige Einreiseverbot sowohl im Grundsatz als auch hinsichtlich seiner Dauer als verhältnismässig (vgl. Urteile des BVGer F-1764/2021 vom 15. November 2021; F-3614/2019 vom 30. April 2020).

8.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung im Lichte von Art. 49 VwVG nicht zu beanstanden ist. Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

9.

Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten, welche sich vorliegend auf Fr. 1'000.– belaufen, 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 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 die Vorinstanz.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Susanne Genner

Fabienne Thoma-Hasler

Versand: