



Urteil vom 5. März 2020

Besetzung

Richter Andreas Trommer (Vorsitz),
Richter Gregor Chatton,
Richterin Jenny de Coulon Scuntaro,
Gerichtsschreiber Julius Longauer.

Parteien

C._____,
Beschwerdeführer,
vertreten durch Pierre André Rosselet, Rechtsanwalt,

gegen

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

Gegenstand

Einreiseverbot.

Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest,

dass der Beschwerdeführer, ein 1990 geborener kubanischer Staatsangehöriger, als Ehegatte eines Spaniers mit einer Aufenthaltsbewilligung in Spanien lebt,

dass Beamte der Stadtpolizei Zürich am 21. Juli 2018 aufgrund eines vom Beschwerdeführer auf der Internetplattform aufgeschalteten Sexinserats Kontakt mit dem Beschwerdeführer aufnahmen und sich als interessierte Kunden ausgaben (Akten der Vorinstanz [SEM-act.] 9/92),

dass der Beschwerdeführer anlässlich des noch am gleichen Tag zustande gekommenen Treffens wegen Verdachts auf illegale Erwerbstätigkeit (Prostitution) festgenommen und am folgenden Tag polizeilich einvernommen wurde (SEM-act. 9/85),

dass der Beschwerdeführer anlässlich der polizeilichen Einvernahme zu Protokoll gab, er sei am Samstag, 14. Juli 2018 in die Schweiz gelangt und habe beabsichtigt, bis am 12. oder 13. August 2018 hier zu bleiben,

dass der Beschwerdeführer eingestand, während seines bisherigen Aufenthaltes sexuelle Dienstleistungen gegen Entgelt vorgenommen und insgesamt 3 bis 4 Kunden bedient zu haben,

dass er ferner eingestand, während seines Aufenthaltes Crystal Meth gekauft und konsumiert zu haben,

dass der Beschwerdeführer mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 23. Juli 2018 wegen Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung, rechtswidrigen Aufenthalts und Übertretung gegen das Betäubungsmittelgesetz zu einer bedingten Geldstrafe von 60 Tagessätzen und einer Busse von Fr. 300.- verurteilt wurde (SEM-act. 4/12),

dass der Beschwerdeführer dagegen Einsprache erhob, worauf am 28. Mai 2019 eine staatsanwaltschaftliche Einvernahme durchgeführt wurde,

dass der Beschwerdeführer im Rahmen dieser Einvernahme zu Protokoll gab, sein früheres Geständnis entspreche nicht den Tatsachen, es sei ihm «in den Mund gelegt worden» und er habe es unter Druck abgegeben (Akten der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl [StA-act.] unpaginiert),

dass die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl an ihrer ursprünglichen Beurteilung festhielt und deshalb Anklage beim Bezirksgericht Zürich erhob, das den Beschwerdeführer mit Urteil vom 24. Oktober 2019 vollumfänglich freisprach (Beilage zu Akten des BVGer [Rek-act.] 9),

dass die Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des Bezirksgerichts Zürich Berufung beim Obergericht des Kantons Zürich erklärte und das entsprechende Verfahren zur Zeit noch rechtshängig ist (StA-act. unpaginiert),

dass die Vorinstanz bereits am 23. Juli 2018 ein erstes Mal ein zweijähriges Einreiseverbot gegen den Beschwerdeführer verhängte, das sie fehlerhaft mit einer sofort vollstreckbaren Wegweisung begründete (SEM-act. 5/14),

dass die Vorinstanz das Einreiseverbot am 20. September 2018 zurücknahm und das Verfahren ins Instruktionsstadium zurückversetzte, nachdem der Beschwerdeführer dagegen Rechtsmittel beim Bundesverwaltungsgericht eingelegt hatte (SEM-act. 10/96),

dass die Vorinstanz mit Verfügung vom 22. November 2018 erneut ein zweijähriges Einreiseverbot gegen den Beschwerdeführer verhängte, das sie diesmal mit Zuwiderhandlungen gegen ausländerrechtliche Bestimmungen begründete (SEM-act. 15/120),

dass die Vorinstanz einer allfälligen Beschwerde vorsorglich die aufschiebende Wirkung entzog,

dass der Beschwerdeführer am 11. Januar 2019 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erhob und in der Sache die ersatzlose Aufhebung des Einreiseverbots, eventualiter dessen Befristung auf 6 Monate beantragte (Akten des Bundesverwaltungsgerichts [Rek-act.] 1),

dass der Beschwerdeführer in verfahrensrechtlicher Hinsicht um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ersuchte,

dass das Bundesverwaltungsgericht mit Zwischenverfügung vom 24. Januar 2019 das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung abwies (Rek-act. 2),

dass die Vorinstanz mit Vernehmlassung vom 15. März 2019 auf Abweisung der Beschwerde schloss (Rek-act. 5),

dass auf den weiteren Akteninhalt – soweit erheblich – in den Erwägungen eingegangen wird,

und zieht in Erwägung,

dass die Rechtsgrundlage der angefochtenen Verfügung auf den 1. Januar 2019 von Ausländergesetz (AuG), in Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG, SR 142.209) umbenannt wurde (AS 2017 6521, 2018 3171),

dass auf den Erlass nachfolgend unter seiner neuen Bezeichnung AIG Bezug genommen wird,

dass Einreiseverbote des SEM der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht unterliegen (Art. 31, 32 und 33 Bst. d VGG),

dass sich das Verfahren nach dem VwVG richtet, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG),

dass der Beschwerdeführer zur Beschwerde legitimiert und auf sein frist- und formgerecht eingereichtes Rechtsmittel einzutreten ist (Art. 49 ff. VwVG),

dass mit Beschwerde die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes und die Unangemessenheit gerügt werden kann (Art. 49 VwVG),

dass das Bundesverwaltungsgericht gemäss Art. 62 Abs. 4 VwVG an die Begründung der Begehren nicht gebunden ist und die Beschwerde aus anderen als von den Parteien bzw. der Vorinstanz genannten Gründen gutheissen oder abweisen kann (vgl. BVGE 2009/61 E. 6.1 m.H.),

dass sich der drittstaatsangehörige Beschwerdeführer nur dann 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) berufen könnte, wenn sein originär berechtigter Ehegatte, ein EU-Bürger, von seinem Freizügigkeitsrecht gegenüber der Schweiz Gebrauch machen würde, was nicht der Fall ist (Urteil des BVer F-3664/2017 vom 17. Dezember 2018 E. 3 m.H.),

dass sich daher die vorliegende Streitsache ausschliesslich nach dem schweizerischen Ausländerrecht beurteilt,

dass eine ausländische Person, die gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen hat oder diese gefährdet, mit einem Einreiseverbot belegt werden kann (Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG),

dass ein Einreiseverbot für eine Dauer von höchstens fünf Jahren verhängt wird, es sei denn, von der betroffenen ausländischen Person gehe eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung aus (Art. 67 Abs. 3 AIG),

dass gemäss Art. 77a Abs. 1 Bst. a der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit in der seit 1. Januar 2018 geltenden Fassung (VZAE, SR 142.201; entspricht inhaltlich aArt. 80 Abs. 1 VZAE in der bis 31.12.2018 geltenden Fassung [AS 2007 5497]) ein Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung insbesondere bei einer Missachtung gesetzlicher Vorschriften gegeben ist,

dass nach Art. 77a Abs. 2 VZAE in der seit 1. Januar 2019 geltenden Fassung (entspricht inhaltlich aArt. 80 Abs. 2 VZAE in der bis 31.12.2018 geltenden Fassung [AS 2007 5497]) eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vorliegt, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Aufenthalt der ausländischen Person in der Schweiz mit erheblicher Wahrscheinlichkeit zu einem Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung führen wird,

dass ausländische Personen, die in der Schweiz eine Erwerbstätigkeit ausüben wollen, unabhängig von der Aufenthaltsdauer eine Bewilligung benötigen (Art. 11 Abs. 1 AIG),

dass als Erwerbstätigkeit im Sinne des Gesetzes jede üblicherweise gegen Entgelt ausgeübte unselbständige oder selbständige Tätigkeit zu verstehen ist, selbst wenn sie unentgeltlich erfolgt (Art. 11 Abs. 2 AIG),

dass für die Qualifizierung einer Aktivität als Erwerbstätigkeit im Sinne des Gesetzes unerheblich ist, ob sie nur stunden- oder tageweise oder vorübergehend ausgeübt wird (Art. 1a Abs. 1 VZAE),

dass das Erbringen von sexuellen Dienstleistungen gegen Entgelt als Erwerbstätigkeit im Sinne des Gesetzes gilt und daher nur mit entsprechender Bewilligung ausgeübt werden darf,

dass das gegen den Beschwerdeführer wegen illegaler Erwerbstätigkeit, illegalen Aufenthalts und Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes eingeleitete Strafverfahren noch nicht rechtskräftig abgeschlossen ist,

dass jedoch die Rechtshängigkeit eines Strafverfahrens dem Erlass eines Einreiseverbots nicht entgegensteht, wenn die ausländische Person geständig oder die Beweislage klar ist (statt vieler Urteil des BVGer F-1049/2018 vom 5. Februar 2020 E. 5.4.3 m.H.),

dass zudem eine Bindung der Administrativbehörde an die Erkenntnis eines Strafrichters nur soweit besteht, als von den tatsächlichen Feststellungen nicht ohne Not abgewichen werden darf,

dass eine analoge Bindung an die rechtlichen Wertungen nur soweit gegeben ist, als sie stark von den tatsächlichen Gegebenheiten abhängt, die der Richter besser kennt als die Administrativbehörde (vgl. dazu etwa BVGE 2018 VII/2 E. 6.4 m.H.),

dass gemäss Verhaftsrapport vom 21. Juli 2018 ein Beamter der Stadtpolizei Zürich an diesem Datum auf der einschlägig bekannten Kontaktplattform www.rentmen.com auf ein Inserat aufmerksam wurde, in dem ein gewisser «H. _____» bzw. «I. _____», zurzeit in Zürich anwesend, sexuelle Dienstleistungen gegen Entgelt anbot,

dass der Beamte über WhatsApp Kontakt mit dem besagten «H. _____» bzw. «I. _____» aufnahm, sich ihm gegenüber zum Schein als interessierter Kunde ausgab und nach Einigung über den Preis von «H. _____» die Adresse eines Treffpunkts erhielt,

dass der Beschwerdeführer, der den (in Zivil auftretenden) Beamten am vereinbarten Treffpunkt in Empfang nahm, nach Bestätigung des vereinbarten Preises wegen Verdachts der Zuwiderhandlung gegen ausländerrechtliche Bestimmungen festgenommen wurde,

dass der Beschwerdeführer in seiner polizeilichen Einvernahme vom 22. Juli 2018 den Sachverhalt eingestand und im Übrigen aussagte, er habe nach seiner Einreise in die Schweiz am 14. Juli 2018 gegenüber 3 bis 4 Kunden sexuelle Dienstleistungen gegen Entgelt erbracht,

dass der Beschwerdeführer weiter aufführte, er lebe nicht von der Prostitution, damit verdiene er nur etwas Geld nebenbei,

dass er diese Tätigkeit in Spanien und Frankreich ausgeführt habe und in der Schweiz sei, weil hier seine Dienstleistungen gefragter seien und er auf schnelles Geld gehofft habe,

dass er von der Notwendigkeit einer Bewilligung Kenntnis gehabt, jedoch dringend Geld gebraucht habe, weil er seine Mutter und seine Schwester noch in diesem Jahr nach Europa habe einladen wollen, und er deshalb das Risiko eingegangen sei,

dass das erwähnte Inserat auf der Kontaktplattform [www. rentmen.com](http://www.rentmen.com) von ihm stamme und er auf diese und nur auf diese Weise mit Kunden in Kontakt trete,

dass der Beschwerdeführer später sein Geständnis widerrief und sowohl im Strafverfahren als auch im Rahmen des vorliegenden Verfahrens neu behauptete, die belastenden Aussagen seien ihm von der Polizei und der Dolmetscherin «in den Mund» gelegt worden, er sei so eingeschüchtert gewesen, dass er alles unterzeichnet habe,

dass die Darstellung des Beschwerdeführers jedoch als Schutzbehauptung gewertet werden muss und als solche zurückzuweisen ist,

dass einerseits das Protokoll der polizeilichen Einvernahme keinerlei Anhaltspunkte für irgendwelche Unregelmässigkeiten enthält, namentlich in sich schlüssig ist, und der Beschwerdeführer abschliessend unterschriftlich bestätigte, dass es ihm rückübersetzt worden sei und seine Aussagen korrekt wiedergebe,

dass andererseits der Beschwerdeführer weder anlässlich seiner staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 28. Mai 2019 noch im Rahmen des vorliegenden Rechtsmittelverfahrens in der Lage war, die angebliche Drucksituation nachvollziehbar zu schildern, und in der Sache selbst auffällig widersprüchlich und ausweichend blieb,

dass die Darstellung des Beschwerdeführers nicht schon deshalb glaubhafter wirkt, weil sein Rechtsvertreter in einem anderen Fall eine Einstellung des Strafverfahrens erwirken konnte, oder weil sich Strafverteidiger gemäss einem eingereichten Artikel des «Tages-Anzeiger» über das harte, immer wieder zu falschen Geständnissen führende Regime in Züricher Untersuchungsgefängnissen beklagten,

dass nämlich die Einstellungsverfügung einen nicht weiter dokumentierten und nicht verallgemeinerungsfähigen Einzelfall betrifft,

dass sodann zwischen der Festnahme des Beschwerdeführers am Samstag um 19:45 und seiner polizeilichen Einvernahme am Sonntag um 13:22 lediglich 18 Stunden vergangen waren, und sich der Beschwerdeführer im Ganzen rund 48 Stunden in Haft befand, er daher weder insgesamt und schon gar nicht zum Zeitpunkt der polizeilichen Einvernahme übermässig lange einem Haftregime ausgesetzt war,

dass der Beschwerdeführer zudem anlässlich der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 26. Mai 2019 Gelegenheit erhielt, seine angeblich so bedrückende Haftsituation zu schildern,

dass er sich jedoch konkret nur über das Essen zu beklagen wusste (kleine, ohne Salz und Zucker zubereitete, nicht schmackhafte Mahlzeiten morgens, mittags und abends, erste Mahlzeit nach der Festnahme erst um 06:00 morgens mit ein paar Scheiben Brot, Saft und einem Apfel, auf Verlangen habe er keinen Zucker erhalten),

dass sich sein Rechtsvertreter anlässlich der Verhandlung vor dem Bezirksgericht Zürich gar zur befremdlichen Behauptung verstieg, der Beschwerdeführer, ein junger Mann, sei «vor Hunger fast die Wände» hochgegangen, und das nur, weil er zwischen seiner letzten Mahlzeit am Samstag um 16.00 und dem Morgenessen in Haft am Sonntag um 06.00 nichts zu essen bekam,

dass bei dieser Sachlage offensichtlich keine Rede von einem unzumutbar harten Haftregime die Rede sein kann,

dass in der Beschwerdeschrift ferner bezeichnenderweise ausschliesslich von PlanetRomeo die Rede ist, einem Datingportal für homo-, bi- und transsexuelle Männer, der Beschwerdeführer jedoch ein Profil auf der Webseite www.rentmen.com eingerichtet hatte, einer für homo-, bi- und transsexuelle Männer bestimmten kommerziellen Plattform zur Herstellung von Kontakten zwischen Anbietern entgeltlicher sexueller Leistungen einerseits und ihren Kunden andererseits,

dass dieses Profil ohne jeden vernünftigen Zweifel die Zugehörigkeit des Beschwerdeführers zur Kategorie von Anbietern entgeltlicher sexueller Leistungen belegt,

dass sodann die übrigen Vorbringen des Beschwerdeführers von haltlosen, durch nichts belegten Verdächtigungen geprägt sind, auf die an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden muss (etwa Anspielung auf die sogenannten «Chilli-Affäre» oder die Behauptung, wonach der «Hintern» und die sexuellen Vorlieben des betroffenen Polizeibeamten unter den «Latinos» in Zürich wohlbekannt seien),

dass schliesslich das Bezirksgericht Zürich in seinem Urteil vom 24. Oktober 2019 den Beschwerdeführer nicht etwa freisprach, weil es von seiner Darstellung des Ablaufs der polizeilichen Einvernahme überzeugt war,

dass es vielmehr die Aktion der Stadtpolizei Zürich als verdeckte Fahndung im Sinne von Art. 298a-d der Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO, SR 312.0) wertete, die nach seiner Auslegung des Art. 298b Abs. 1 StPO von der Polizei schriftlich hätte verfügt werden müssen, was im vorliegenden Fall nicht geschehen sei,

dass das Bezirksgericht Zürich daher sämtliche aus der polizeilichen Aktion resultierende Beweismittel als rechtswidrig erhoben betrachtete und – mangels notwendiger Schwere der dem Beschwerdeführer vorgeworfenen Straftaten – gestützt auf Art. 141 Abs. 2 StPO für nicht verwertbar erklärte, sodass der Beschwerdeführer mangels Beweisen freizusprechen war,

dass das Urteil jedoch zum einen nicht rechtskräftig ist und zum anderen die Administrativbehörde schon deshalb nicht binden kann, weil das Verwaltungsverfahrenrecht andere, flexiblere Regeln zur Verwertbarkeit unrechtmässig erhobener Beweise kennt, die in casu das Abstellen auf die erhobenen Beweismittel durchaus zulassen (vgl. dazu BGE 193 II 95 E. 3.1 m.H.),

dass unter den gegebenen Umständen als erstellt betrachtet werden kann, dass der Beschwerdeführer in der Schweiz durch Erbringung sexueller Dienstleistungen gegen Entgelt einer Erwerbstätigkeit nachgegangen ist, ohne im Besitz der dazu notwendigen Bewilligung zu sein,

dass angesichts der klaren Beweislage in antizipierter Beweiswürdigung willkürfrei von weiteren Beweiserhebungen namentlich in Form der beantragten Befragung des Beschwerdeführers verzichtet werden kann,

dass der Beschwerdeführer somit den Fernhaltegrund einer Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nach Art. 67 Abs. 2 Bst. a erster Halbsatz AIG gesetzt hat,

dass damit dem Grundsatz nach schon aus generalpräventiven Erwägungen ein erhebliches öffentliches Interesse an der Fernhaltung des Beschwerdeführers besteht,

dass der nicht weiter substantiierte Hinweis des Beschwerdeführers auf Freunde und Bekannte in der Schweiz, die er besuchen möchte, nicht geeignet ist, gegen das öffentliche Interesse aufzukommen,

dass daher das auf zwei Jahre befristete Einreiseverbot eine verhältnismässige und angemessene Massnahme zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung darstellt,

dass die angefochtene Verfügung im Lichte von Art. 49 VwVG nicht zu beanstanden und die Beschwerde demzufolge abzuweisen ist,

dass bei diesem Ausgang des Verfahrens die Kosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1 VwVG),

dass die Höhe der Verfahrenskosten in Anwendung von Art. 1, Art. 2 und Art. 3 Bst. a des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) auf Fr. 1'000.- festzusetzen sind,

dass dieses Urteil endgültig ist (Art. 83 Bst. c Ziff. 1 BGG).

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten im Betrag von Fr. 1'000.- werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Sie sind durch den in gleicher Höhe bezahlten Kostenvorschuss gedeckt.

3.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (...)
- die Vorinstanz (...)
- die Migrationsbehörde des Kantons Zürich

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Andreas Trommer

Julius Longauer

Versand: