



Abteilung VI
F-2290/2022

Urteil vom 5. Juli 2023

Besetzung

Richterin Regula Schenker Senn (Vorsitz),
Richterin Claudia Cotting-Schalch,
Richter Sebastian Kempe,
Gerichtsschreiberin Susanne Stockmeyer.

Parteien

X. _____,
vertreten durch
lic. iur. Pierre André Rosselet, Rechtsanwalt,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Einreiseverbot,
Verfügung des SEM vom 6. April 2022.

Sachverhalt:**A.**

Der Beschwerdeführer (geb. [...]; kolumbianischer Staatsangehöriger) verfügt in Spanien über einen Aufenthaltstitel (Akten der Vorinstanz [SEM act.] 4/21). Am 31. März 2022 reiste er in die Schweiz ein, wo er am 5. April 2022 von der Kantonspolizei Zürich wegen Verdachts auf Ausübung einer Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung verhaftet wurde (Akten des Migrationsamts des Kantons Zürich [kant. pag.] 1 ff.).

B.

Am 6. April 2022 wurde er polizeilich einvernommen. Gleichzeitig gewährte ihm die Kantonspolizei Zürich das rechtliche Gehör zu allfälligen Entfernung- bzw. Fernhaltemassnahmen (SEM act. 1/12 ff.).

C.

Gleichen Tags verfügte das Migrationsamt des Kantons Zürich die Wegweisung des Beschwerdeführers aus der Schweiz und forderte ihn auf, innert 24 Stunden auszureisen (SEM act. 4/19 ff.).

D.

Ebenfalls am 6. April 2022 erliess die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat gegen ihn einen Strafbefehl wegen mehrfacher rechtswidriger Einreise, mehrfachen rechtswidrigen Aufenthalts sowie mehrfacher Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung und verurteilte ihn zu einer bedingten Geldstrafe von 90 Tagessätzen, bei einer Probezeit von 2 Jahren (SEM act. 1/9 ff.). Dagegen liess der Beschwerdeführer Einsprache erheben. Mit Verfügung vom 2. November 2022 sistierte die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat das Strafverfahren (kant. pag. 36 ff.).

E.

Am 6. April 2022 verfügte die Vorinstanz gegen ihn ein dreijähriges Einreiseverbot (vom 8. April 2022 bis 7. April 2025), welches für die Schweiz und das Fürstentum Liechtenstein gilt. Gleichzeitig entzog sie einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung (SEM act. 2/15 ff.).

F.

Am 19. Mai 2022 erhob der Beschwerdeführer Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragte die Aufhebung des Einreiseverbots. Eventualiter sei dieses auf maximal ein Jahr zu verkürzen. Zudem ersuchte er um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde (Akten des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer act.] 1).

G.

Mit Zwischenverfügung vom 1. Juni 2022 wies die Instruktionsrichterin das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde ab (BVGer act. 3).

H.

In ihrer Vernehmlassung vom 26. Juli 2022 beantragte die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde (BVGer act. 7).

I.

Der Beschwerdeführer hielt mit Replik vom 30. November 2022 an seinen Anträgen fest (BVGer act. 15). Gleichzeitig stellte er dem Gericht die Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 22. Juli 2022 in Sachen Z. _____ und einen anonymisierten Rekursentscheid der Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich vom 27. Juni 2022 zu.

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 Der Beschwerdeführer rügt in mehrfacher Hinsicht eine Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör sowie eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes durch die Vorinstanz. Darüber ist vorab zu befinden.

In der Rechtsmitteleingabe wird im Wesentlichen geltend gemacht, die Vorinstanz verweise in der angefochtenen Verfügung lediglich pauschal auf die «kantonalen Akten» und begründe nicht, weshalb sie ein dreijähriges Einreiseverbot für notwendig und eine Gefahr durch den Beschwerdeführer als gegeben erachte. Damit verletze sie ihre Begründungspflicht und das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers. Er verliere dadurch zudem einen Instanzenzug, da die Vorinstanz wohl erst vom Bundesverwaltungsgericht zur Konkretisierung resp. Begründung der angefochtenen Verfügung angehalten werde. Es könne jedoch nicht angehen, dass die Vorinstanz eine derart einschränkende Verfügung erlasse und zur Begründung pauschal auf alle kantonalen Akten verweise. Für den Beschwerdeführer als juristischen Laien, der der deutschen Sprache nicht mächtig sei, sei es schwierig, sich gegen eine solch unbegründete Verfügung zu wehren. Überdies seien innert der kurzen Beschwerdefrist zeitgleich ein Wegweisungs- und ein Strafverfahren gegen ihn gelaufen. Ein solches Vorgehen widerspreche dem Grundsatz eines fairen Verfahrens und verunmögliche ihm praktisch den Zugang zur Justiz. Weiter sei die Verfügung nicht im korrekten, dafür vorgesehenen Verfahren erlassen worden. Die Einreisesperre sei nicht von der im Briefkopf genannten Behörde verfügt worden, sondern wohl von der Kantonspolizei Zürich erstellt und dem Beschwerdeführer ausgehändigt worden. Ein anderes Vorgehen wäre zeitlich nicht möglich gewesen (Beschwerde II B Ziff. 1.3 ff.; vgl. auch Replik Ziff. 3).

Weiter wirft der Beschwerdeführer dem SEM vor, es gehe aus der angefochtenen Verfügung nicht hervor, dass es eine Interessenabwägung vorgenommen oder sich mit dem Risiko, das vom Beschwerdeführer ausgehe, auseinandergesetzt habe, was zwingend notwendig wäre. Damit verletze

das SEM das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers und es komme seiner Untersuchungspflicht nicht nach, wodurch ihm abermals ein faires und nachvollziehbares Verfahren verweigert werde (Beschwerde II B Ziff. 2.8).

3.2 Der Untersuchungsgrundsatz gehört zu den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsverfahrens (Art. 12 VwVG). Demnach hat die Behörde von Amtes wegen für die richtige und vollständige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts zu sorgen, die für das Verfahren notwendigen Unterlagen zu beschaffen, die rechtlich relevanten Umstände abzuklären und ordnungsgemäss darüber Beweis zu führen. Unrichtig ist die Sachverhaltsfeststellung, wenn der Verfügung ein falscher und aktenwidriger Sachverhalt zugrunde gelegt wird. Ferner ist dies der Fall, wenn die Vorinstanz nicht alle entscheidungswesentlichen Gesichtspunkte prüft, etwa weil sie die Rechtserheblichkeit einer Tatsache zu Unrecht verneint. Unvollständig ist die Sachverhaltsfeststellung demgegenüber, wenn nicht alle für den Entscheid rechtsrelevanten Sachverhaltsumstände berücksichtigt werden. Der Untersuchungsgrundsatz gilt indes nicht uneingeschränkt, sondern findet sein Korrelat in der Mitwirkungspflicht der Parteien gemäss Art. 13 VwVG 3 (vgl. BVGE 2015/4 E. 3.2 m.H.).

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 enthalten, von denen sich die Behörde leiten liess und auf welche sie ihren Entscheid stützt (BGE 142 II 324 E. 3.6). Ob eine Verfügung hinreichend begründet ist oder nicht, bestimmt sich dabei nicht aus der Sicht eines unbeteiligten Dritten. Die Verfügung muss mit anderen Worten nicht notwendigerweise aus sich selbst und für jedermann verständlich sein. Massgebend ist, dass für die Partei erkennbar ist, von welchen Gründen sich die Behörde bei ihrem Entscheid leiten liess (vgl. Urteil des BVGer F-6400/2019 vom 27. Mai 2021 E. 3.3).

3.4 Dem Beschwerdeführer wurde am 6. April 2022 zwar nicht durch das SEM selbst, aber durch die Kantonspolizei Zürich die Möglichkeit eingeräumt, zur Fernhaltungsmassnahme Stellung zu nehmen. Dieses Vorgehen ist nicht zu beanstanden (vgl. dazu WALDMANN / BICKEL in: Praxiskommentar

VwVG, 2. Aufl., 2016, Art. 30 N. 17). Im Rahmen seiner Mitwirkungspflicht hätte der Beschwerdeführer anlässlich des ihm gewährten rechtlichen Gehörs zu einem allfälligen Einreiseverbot die Möglichkeit und auch die Obliegenheit gehabt, seine privaten Interessen darzulegen. Dass er darauf verzichtete, stellt keine Versäumnis der Vorinstanz dar. Weiter kann auch nicht angenommen werden, ihm sei die Tragweite der Fernhaltungsmassnahme nicht bewusst gewesen (vgl. dagegen Replik Ziff. 10). Die Rüge, wonach die Vorinstanz den Untersuchungsgrundsatz verletzt habe, erweist sich demnach als unbegründet.

Das SEM führte in seiner Vernehmlassung zu Recht aus, dem Beschwerdeführer sei das rechtliche Gehör im Rahmen der Einvernahme durch die Kantonspolizei Zürich gewährt worden. Entgegen den replikweisen Ausführungen handelt es sich dabei nicht um eine aktenwidrige Behauptung (vgl. Protokoll «Einvernahme RG Wegweisung/Einreiseverbot und Administrativhaft» vom 6. April 2022 [kant. pag. 5 oder auch SEM act. 1/14 je Punkt 4 «Fernhaltungsmassnahme»]). Der Beschwerdeführer unterschrieb die entsprechende Seite des Protokolls und bestätigte unterschriftlich, das dreiseitige Protokoll übersetzt erhalten zu haben (SEM act. 1/12). Folglich erweist sich die Rüge betreffend Verletzung des Äusserungsrechts als unbegründet.

3.5 In der angefochtenen Verfügung verwies die Vorinstanz nicht nur auf die kantonalen Akten, sondern führte ebenfalls den Grund für die Verhängung des Einreiseverbots auf (Ausübung einer Erwerbstätigkeit ohne die dafür erforderliche Bewilligung). Die Ausführungen dazu sind zwar in der Tat knapp gehalten, dennoch war es für den Beschwerdeführer – auch als juristischen Laien – nachvollziehbar, aus welchem Grund ein dreijähriges Einreiseverbot gegen ihn verhängt wurde. Dies umso mehr, als sowohl der Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat als auch die Wegweisungsverfügung des Migrationsamts des Kantons Zürich gleichentags erlassen wurden. Dass die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung fälschlicherweise auf den Strafbefehl der «Staatsanwaltschaft St. Gallen» verwies (vgl. Replik Ziff. 3), ist zwar bedauerlich, es darf jedoch ohne Weiteres angenommen werden, dass dies für den im vorliegenden Verfahren rechtlich vertretenen Beschwerdeführer als Versehen erkennbar war. Weiter hielt das SEM in seiner Verfügung vom 6. April 2022 fest, dass die Ausübung der unbewilligten Erwerbstätigkeit des Beschwerdeführers einen *Verstoss* gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstelle und sich die Fernhaltungsmassnahme auch unter Berücksichtigung seiner Stellungnahme im Rahmen des rechtlichen Gehörs als verhältnismässig und gerechtfertigt

erweise (vgl. dazu auch E. 3.4). Eine sachgerechte Anfechtung des Einreiseverbots war damit ohne weiteres möglich. Soweit die Rügen des Beschwerdeführers Sachverhalts- und Subsumtionsfragen beinhalten, bilden sie überdies Gegenstand der materiell-rechtlichen Beurteilung. Es liegt keine Verletzung der Begründungspflicht vor. Überdies ist nicht ersichtlich, dass dem Beschwerdeführer, der im Beschwerdeverfahren rechtlich vertreten wird, der Zugang zur Justiz und einer Überprüfung der vorinstanzlichen Verfügung verunmöglicht worden wäre.

3.6 Ins Leere läuft auch das Vorbringen des Beschwerdeführers, es habe nicht die Vorinstanz das Einreiseverbot verfügt, sondern das entsprechende Formular sei von der Kantonspolizei Zürich erstellt und dem Beschwerdeführer ausgehändigt worden; aus der Verfügung gehe zudem nicht hervor, ob sich beim SEM eine real existierende Person mit dem Einreiseverbot befasst habe und wenn ja, um welche Person es sich dabei handle (Beschwerde II B Ziff. 1.5). In diesem Zusammenhang wird auf die ausführlichen Erwägungen im Urteil des BVGer C-2492/2008 vom 31. August 2009 E. 3.3.4 – 3.3.7 verwiesen.

3.7 Zusammenfassend erweisen sich die formellen Rügen als unbegründet.

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]), wozu auch die ausländerrechtliche Ordnung gehört. 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 angeordnet werden, wenn die betroffene Person eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellt (Art. 67 Abs. 3 zweiter Satz AIG). 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).

5.

5.1 Die Vorinstanz begründet das Einreiseverbot in ihrer angefochtenen Verfügung 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 er gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen habe. Die Verfügung einer Fernhaltemassnahme 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 verhältnismässig und gerechtfertigt.

5.2 Der Beschwerdeführer bringt in seiner Rechtsmitteleingabe im Wesentlichen vor, vorliegend sei keine hinreichend schwere und gegenwärtige Gefährdung ersichtlich. Sollte sich die angefochtene Verfügung auf die ihm im Strafverfahren vorgeworfene «Escort-Tätigkeit» beziehen, so sei darauf hinzuweisen, dass dieses Verfahren noch hängig und keine Verurteilung erfolgt sei. Rechtsprechungsgemäss sei folglich nebst der Interessenabwägung zwischen den öffentlichen Interessen an einer Fernhaltemassnahme und den privaten Interessen zu überprüfen, inwieweit überhaupt eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung von einer betroffenen Person ausgehe, wie hoch das Risiko einer solchen Gefährdung sei und welche Prognose für das zukünftige Verhalten zu stellen sei. Beim vorliegenden Vorwurf der Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung handle es sich jedoch gemäss Rechtsprechung der Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich sowie des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich um keine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. Sollte das BVGer trotz der Rechtsprechung im Kanton Zürich an einem Einreiseverbot festhalten, so sei die Fernhaltemassnahme auf maximal ein Jahr zu kürzen. Die dem Beschwerdeführer vorgeworfene «Escort-Tätigkeit» während weniger Tage rechtfertige überdies kein Einreiseverbot von mehr als der Hälfte der

zulässigen Maximaldauer. Wenn gegen eine straffällige Person, die rechtskräftig zu einer vierjährigen Freiheitsstrafe wegen Drogenhandels verurteilt worden sei, ein dreijähriges Einreiseverbot verhängt werde, stehe dies in keinem Verhältnis zu den bestrittenen Vorwürfen von wenigen Tagen Escort-Diensten. Bereits deshalb müsse das Einreiseverbot reduziert werden. Der Beschwerdeführer pflege zudem viele Freundschaften in der Schweiz, weshalb ihm nicht der Aufenthalt während drei Jahren verweigert werden dürfe. Angesichts der Tatsache, dass er überdies nicht rechtskräftig verurteilt worden sei, sei das Einreiseverbot auf maximal ein Jahr zu kürzen.

5.3 In der Vernehmlassung vom 26. Juli 2022 führt die Vorinstanz zusammenfassend aus, die Verfügung einer Fernhaltemassnahme zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sei unabhängig von einem allfälligen Strafverfahren angezeigt. Der Beschwerdeführer habe gemäss Strafbefehl in Genf und in Zürich als Escort insgesamt viermal einen Kunden bedient und dabei einen Verdienst von Fr. 800.- erzielt. Es seien keine sachlichen Gründe ersichtlich, um von der Einschätzung der Strafbehörde abzuweichen. Der Beschwerdeführer verkenne zudem, dass das Ausüben einer Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung und der damit einhergehende illegale Aufenthalt sehr wohl einen Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung bedeute. Das rechtliche Gehör betreffend Erlass eines Einreiseverbots sei ihm im Rahmen der Einvernahmen durch die Kantonspolizei Zürich am 6. April 2022 gewährt worden. Er habe auf die Frage, ob er sich zum Einreiseverbot äussern wolle mit «nein» geantwortet. Somit liege keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor. Auch in der Beschwerde würden keine privaten Interessen geltend gemacht, welche das vorliegende Einreiseverbot als unverhältnismässig erscheinen lassen würden.

5.4 In der Replik bringt der Beschwerdeführer im Wesentlichen vor, sofern sich das Einreiseverbot auf das noch hängige Strafverfahren beziehe, so sei festzuhalten, dass dieses noch nicht rechtskräftig sei und auch in diesem Verfahren gravierende Verletzungen verfassungs- und konventionsrechtlicher Verfahrensgarantien erfolgt seien, die zu einem Verwertungsverbot führen müssten. Wegen familiärer Probleme im Ausland habe er überdies noch nicht von der Staatsanwaltschaft einvernommen werden können, obschon die Vorinstanz bereit sei, das Einreiseverbot für eine solche Einvernahme zu suspendieren.

6.

6.1 Der Beschwerdeführer verfügt über eine spanische Aufenthaltsbewilligung, welche bis am 18. Juli 2026 gültig ist (SEM act. 4/21). Folglich war er grundsätzlich befugt, in die Schweiz einzureisen. Die Einreise eines Drittstaatsangehörigen zum Zweck der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit ist aber rechtswidrig, 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. Auf die entsprechenden replikweisen Ausführungen ist somit nicht weiter einzugehen (vgl. Ziff. 5 f. ebenda). Strittig und zu beurteilen ist einzig, ob der Beschwerdeführer eine Tätigkeit ausgeübt 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 entrichtet, 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-, tageweise oder vorübergehend ausgeübt wird (vgl. Art. 1a und 2 VZAE).

7.

7.1 Aus den kantonalen Akten ergibt sich folgendes Bild:

7.1.1 Laut Ermittlungsbericht der Kantonspolizei Zürich vom 6. April 2022 sei der kolumbianische Staatsangehörige Z. _____ im Rahmen einer verdeckten Fahndung wegen Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung verhaftet worden. Im Rahmen dieser Ermittlung sei festgestellt worden, dass auch der Beschwerdeführer im Escortgewerbe einer Erwerbstätigkeit nachgehe,

ohne über eine entsprechende Bewilligung zu verfügen. Aus diesem Grund wurde er in Haft versetzt (kant. pag. 10).

7.1.2 Anlässlich seiner polizeilichen Einvernahme (vgl. Protokoll «Einvernahme EV Sache» vom 6. April 2022 [kant. pag. 13 ff.]) gab der Beschwerdeführer an, er sei am 31. März 2022 mit dem Flugzeug in Zürich angekommen, um seinen Freund zu besuchen; dann sei ein Kollege von ihm aufgetaucht und er (Beschwerdeführer) habe sich überzeugen lassen, hier im Escortgewerbe tätig zu werden (Antwort auf Frage 7). Er habe in dieser Zeit zwei Kunden gehabt; nochmals zwei Kunden habe er in Genf gehabt, das sei aber früher gewesen (Antwort auf Frage 8), vor zirka einem Monat (Antwort auf Frage 9). Er wisse nicht mehr ganz genau, wann und wo er damals in die Schweiz eingereist sei; er sei in Genf gewesen und habe auch dort im Escortgewerbe gearbeitet (Antwort auf Frage 10). Er habe im Hinterkopf gehabt, in der Schweiz zu arbeiten, aber es sei nicht seine primäre Absicht gewesen (Antwort auf Frage 12). Er sei damals zirka fünf Tage in der Schweiz gewesen (Antwort auf Frage 13). Insgesamt habe er in Genf und Zürich Fr. 800.- verdient (Antwort auf Frage 16). Seine Dienste habe er auf «(...)» angeboten (Antwort auf Frage 17). Er habe dort kein spezielles Profil, lediglich ein Fake-Bild und irgendwelche Buchstaben; man erkenne ihn dort nicht (Antwort auf Frage 18). Ausser zu seinem Freund, der in der Schweiz lebe, habe er keine Beziehungen zum Land (Antwort auf Frage 19).

7.1.3 Gestützt auf die polizeilichen Ermittlungen erliess die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat einen Strafbefehl und verurteilte den Beschwerdeführer am 6. April 2022 wegen mehrfacher rechtswidriger Einreise, mehrfachen rechtswidrigen Aufenthalts und mehrfacher Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung zu einer bedingten Geldstrafe von 90 Tagessätzen unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren (kant. pag. 17 ff.). Gegen den Strafbefehl liess der Beschwerdeführer fristgerecht Einsprache erheben.

7.1.4 Am 2. November 2022 erliess die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat eine Sistierungsverfügung. Dieser ist zu entnehmen, dass der sich im Ausland aufhaltende Beschwerdeführer aufgrund seiner Einsprache noch durch die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat einzuvernehmen sei, weshalb er am 1. November 2022 im RIPOL zwecks Zustellung einer neuen Vorladung zur Aufenthaltsnachforschung ausgeschrieben worden sei (kant. pag. 36 ff.).

7.2 Der Beschwerdeführer bestreitet zwar im vorliegenden Verfahren, dass er in der Schweiz einer Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung nachgegangen sei. Dieses Vorbringen steht jedoch im klaren Widerspruch zu seinen Aussagen anlässlich der polizeilichen Einvernahme vom 6. April 2022, wo er einräumte, in der Schweiz einer Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung nachgegangen zu sein (Arbeit im Escortgewerbe; vgl. E. 7.1.2). Vorliegend besteht kein Grund, an der Glaubhaftigkeit der dortigen Aussagen zu zweifeln. Auf Nachfrage gab er damals an, er verstehe die Übersetzung, und bestätigte unterschriftlich, dass ihm das Protokoll übersetzt worden sei und dieses inhaltlich zutreffe. Dabei muss er sich behaften lassen.

7.3 Der Beschwerdeführer wendet demgegenüber in seiner Replik nunmehr ein, auch im noch hängigen Strafverfahren seien gravierende Verletzungen verfassungs- und konventionsrechtlicher Verfahrensgarantien erfolgt. Es würden keine verwertbaren Beweise bezüglich einer verbotenen Einreise und Erwerbstätigkeit vorliegen. So sei wegen der Verhaftung seines Landsmannes Z. _____ der Verdacht aufgekommen, dass er ebenfalls einer Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung nachgehen würde. Das Antreffen von Z. _____ sei wiederum nur möglich gewesen, weil dieser mit einer rechtswidrigen, verdeckten Fahndung aufgesucht worden sei. Dies belege die zu den Akten gelegte Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 22. Juli 2022 in Sachen Z. _____. Dort werde zu Recht festgehalten, dass verdeckte Fahnder keinen Tatentschluss wecken dürften, sondern sich auf einen bereits vorhandenen Tatentschluss beschränken müssten. Ferner habe auch das Obergericht des Kantons Zürich in einem Grundsatzentscheid vom 5. Februar 2021 festgehalten, eine verdeckte Fahndung müsse schriftlich und vorgängig angeordnet werden. Mündliche Anordnungen sollten die absolute Ausnahme bilden, namentlich wenn Gefahr im Verzug sei. Eine solche Dringlichkeit sei vorliegend weder ersichtlich noch in der Anordnung der verdeckten Fahndung betreffend Z. _____ geltend gemacht. Die verdeckte Fahndung sei also nicht schriftlich angeordnet worden und allein schon aus diesem Grund und gemäss Rechtsprechung des Obergerichts des Kantons Zürich rechtswidrig und nicht verwertbar (Replik Ziff. 4 ff.).

7.4 Entgegen den Vorbringen des Beschwerdeführers lässt sich der Einstellungsverfügung vom 22. Juli 2022 in Sachen Z. _____ nicht entnehmen, dass die dort durchgeführte verdeckte Fahndung nicht korrekt angeordnet gewesen sei. In diesem Sinne läuft auch der Hinweis auf den Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich SB200011 vom 5. Februar 2021 ins Leere. Die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat stellte vielmehr fest,

dass der verdeckte Fahnder den Tatentschluss von Z._____ unrechtmässig erweckt habe (Art. 293 Abs. 2 StPO), so dass ihm nicht rechtsgenügend habe nachgewiesen werden können, dass er sexuelle Handlungen gegen Entgelt angeboten habe. Von der obgenannten Einstellungsverfügung kann der Beschwerdeführer, der im Übrigen von Anfang an geständig war (kant. pag. 13 ff.), nichts für sich ableiten. Kommt hinzu, dass im Administrativverfahren ohnehin andere Verfahrens- und Beweisregeln gelten als im Strafrecht. Das Bundesverwaltungsgericht sah es im Verfahren betreffend Einreiseverbot von Z._____ trotz der Einstellungsverfügung denn auch als erwiesen an, dass dieser in der Schweiz einer Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung nachgegangen ist (vgl. zum Ganzen Urteil des BVGer F-2128/2022 vom 28. November 2022 E. 6.5.2). Auf die im Strafverfahren des Beschwerdeführers erhobenen Beweismittel kann somit abgestellt werden.

7.5 Unter den gegebenen Umständen kann als erstellt betrachtet werden, dass der Beschwerdeführer in der Schweiz sexuelle Dienstleistungen gegen Entgelt erbracht hat. Diese Tätigkeit muss – entgegen den Aussagen des Beschwerdeführers (Replik Ziff. 6) – als Erwerbstätigkeit gemäss Art. 11 Abs. 2 AIG eingestuft werden. Indem er diese Tätigkeit ohne die erforderliche Bewilligung ausübte, hat er ausländerrechtliche Bestimmungen verletzt und gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen. Nicht erforderlich ist dabei, dass es sich um einen erheblichen oder wiederholten Verstoss im Sinne von Art. 62 Abs. 1 Bst. c AIG handelt. Diese Bestimmung bezieht sich auf Verfahren betreffend Widerruf von Bewilligungen und anderen Verfügungen und ist im vorliegenden Verfahren nicht anwendbar (vgl. Beschwerde II B 2.3 ff.). Nichts abzuleiten vermag der Beschwerdeführer auch aus dem 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; vgl. dazu Urteil des BVGer F-3664/2017 vom 17. Dezember 2018 E. 3 m.H.).

7.6 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 somit erfüllt, weshalb die Voraussetzungen für den Erlass eines Einreiseverbots gegeben sind. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass die Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich sowie das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich bei einer Erwerbstätigkeit als Prostituiertes in einem Zeitraum von lediglich fünf bis sieben Tagen nicht von einer Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung

auszugehen scheint (vgl. Beschwerde Ziff. II B Ziff. 2.9 ff.). Der Beschwerdeführer hat mit dem *Verstoss* gegen ausländerrechtliche Vorschriften einen Grund für die Verhängung eines Einreiseverbots gesetzt (Art. 67 Abs. 2 Bst. a 1. Teilsatz AIG). Das Bundesverwaltungsgericht ist überdies ohnehin nicht an die rechtliche Würdigung durch die kantonale Behörde gebunden. Ohne Belang bleibt unter den gegebenen Umständen, dass das Strafverfahren noch nicht rechtskräftig abgeschlossen wurde (vgl. statt vieler Urteil des BVGer F-1049/2018 vom 5. Februar 2020 E. 5.4.3 m.H.). Entgegen seiner Ansicht hat der Beschwerdeführer im vorliegenden Verfahren im Übrigen keinen Anspruch auf eine erneute Stellungnahme.

8.

Zu prüfen bleibt die Verhältnismässigkeit der Massnahme. 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.).

8.1 Der Beschwerdeführer bestreitet, dass von ihm eine Gefahr für künftige Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ausgehe (Replik Ziff. 4.9). Rechtsprechungsgemäss bildet jedoch bereits die Begehung einer Straftat ein gewichtiges Indiz dafür, dass die ausländische Person erneut gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen könnte (vgl. BVGE 2017 VII/2 E. 4.4). Zu seinen Ungunsten spricht auch der Umstand, dass er bereits zweimal in die Schweiz einreiste, um hier einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Demzufolge ist die Anordnung eines Einreiseverbots aus spezialpräventiven Gründen angezeigt. Der Beschwerdeführer soll bei künftigen Aufenthalten in der Schweiz von der erneuten Deliktsbegehung abgehalten werden. Sein Fehlverhalten wiegt überdies objektiv nicht leicht, hat er doch gegen eine zentrale ausländerrechtliche Bestimmung verstossen. Demnach ist auch das generalpräventiv motivierte Interesse daran,

die ausländerrechtliche Ordnung durch eine konsequente Massnahmepraaxis zu schützen, als gewichtig einzustufen.

8.2 Den öffentlichen Fernhalteinteressen sind die privaten Interessen des Beschwerdeführers entgegenzuhalten. Seine nicht weiter substantiierten Ausführungen zu seinen vielen Freundschaften in der Schweiz, die es zu pflegen gelte, und sein pauschaler, unbelegter Hinweis auf seinen in der Schweiz lebenden Freund (vgl. Beschwerde II B Ziff. 3.3; Replik Ziff. 12), sind jedoch nicht geeignet, gegen das öffentliche Interesse aufzukommen.

8.3 Nicht unbeachtet bleiben kann demgegenüber, dass der Beschwerdeführer – soweit aus den Akten ersichtlich – noch nicht strafrechtlich in Erscheinung getreten ist und gemäss der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung in ähnlichen Fällen jeweils ein Einreiseverbot von zwei Jahren verhängt wurde (vgl. Urteile des BVGer F-215/2019 vom 5. März 2020, F-5266/2019 vom 16. Juni 2020, F-4306/2019 vom 20. November 2020, F-6047/2019 vom 30. Juni 2021, F-4221/2021 vom 24. Juni 2022, F-1934/2022 vom 6. März 2023). Dass das SEM im Fall eines Landsmanns des Beschwerdeführers lediglich ein einjähriges Einreiseverbot verhängte (vgl. Verfahren F-2128/2022), vermag die zitierte Rechtsprechung hingegen nicht umzustossen.

8.4 Unter Berücksichtigung aller obgenannten Aspekte kommt das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass das Einreiseverbot dem Grundsatz nach zu bestätigen ist, dieses jedoch in Bezug auf seine Dauer von drei Jahren als unverhältnismässig lang erscheint. Es ist davon auszugehen, dass ein zweijähriges Einreiseverbot genügend Gewähr dafür bietet, dass der Beschwerdeführer künftig den in der Schweiz geltenden migrationsrechtlichen Vorschriften Beachtung schenkt. Auch wird dem öffentlichen Interesse an der Fernhaltung des Beschwerdeführers mit einem Einreiseverbot begrenzt auf zwei Jahre (neu bis zum 7. April 2024), hinreichend Rechnung getragen.

9.

Gestützt auf die obigen Erwägungen verletzt die Vorinstanz mit dem auf drei Jahre bemessenen Einreiseverbot Bundesrecht. Die Beschwerde ist deshalb teilweise gutzuheissen und das gegen den Beschwerdeführer verhängte Einreiseverbot bis zum 7. April 2024 zu befristen.

10.

10.1 Entsprechend dem Ausgang des vorliegenden Verfahrens sind dem Beschwerdeführer im Umfang des Unterliegens reduzierte Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Diese 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. 900.– festzusetzen.

10.2 Dem Beschwerdeführer ist ferner zu Lasten der Vorinstanz im Umfang des Obsiegens eine gekürzte Parteientschädigung für notwendige Kosten zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 und Abs. 2 VwVG, Art. 7 Abs. 2 VGKE). Eine Kostennote wurde dem Gericht nicht eingereicht (vgl. aber Beschwerde III in fine), weshalb die Entschädigung auf Grundlage der Akten festzulegen ist (vgl. Art. 14 Abs. 1 und 2 VGKE). In Berücksichtigung des notwendigen und anrechenbaren Aufwands ist diese pauschal auf Fr. 1'500.– festzusetzen. Diese ist nach Massgabe des teilweisen Obsiegens auf insgesamt Fr. 500.– zu kürzen.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Das Einreiseverbot wird bis zum 7. April 2024 befristet.

2.

Die Kosten des Verfahrens von Fr. 900.– werden dem Beschwerdeführer auferlegt und von dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'400.– in Abzug gebracht. Der Restbetrag von Fr. 500.– wird dem Beschwerdeführer zurückerstattet.

3.

Die Vorinstanz wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 500.– auszurichten.

4.

Dieses Urteil geht an den Beschwerdeführer und die Vorinstanz.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Regula Schenker Senn

Susanne Stockmeyer

Versand: