



Abteilung III
C-4921/2010

Urteil vom 11. August 2011

Besetzung

Richter Antonio Imoberdorf (Vorsitz),
Richterin Marianne Teuscher, Richter Jean-Daniel Dubey,
Gerichtsschreiberin Mirjam Angehrn.

Parteien

A. _____,
vertreten durch lic. iur. Dominik Zillig, Rechtsanwalt,
Möhrlistrasse 97, Postfach 2676, 8033 Zürich,
Beschwerdeführer,

gegen

Bundesamt für Migration (BFM), Quellenweg 6, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Einreiseverbot.

Sachverhalt:**A.**

Der Beschwerdeführer, geboren 1984, ist kosovarischer Staatsangehöriger. Er weilte bereits mehrmals im Rahmen eines bewilligungsfreien Aufenthaltes in der Schweiz. Am 5. Juni 2010 reiste er mit einem ab 19. Mai 2010 bis zum 18. August 2010 gültigen Besuchervisum wiederum in die Schweiz ein.

B.

Anlässlich einer Polizeikontrolle aller Mitarbeiter der Firma L._____ (deren Gesellschafter und Geschäftsführer der Bruder des Beschwerdeführers und dessen Ehefrau sind), wurde der Beschwerdeführer am 8. Juni 2010 um 7:45 Uhr mit Malerklebeband in der Hand auf einer Leiter angetroffen. Anschliessend wurde er von der Kantonspolizei Zürich befragt.

C.

Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 8. Juni 2010 wurde der Beschwerdeführer in Sachen Widerhandlung gegen das Ausländergesetz wegen Ausübens einer nicht bewilligten Tätigkeit gemäss Art. 115 Abs. 1 Bst. c des Ausländergesetzes vom 16. Dezember 2005 (AuG, SR 142.20) schuldig erklärt und zu einer Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu Fr. 30.-- und einer Busse von Fr. 300.-- verurteilt. Der Vollzug der Geldstrafe wurde aufgeschoben unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren. Der Beschwerdeführer erhob gegen den Strafbefehl Einsprache.

D.

Am 9. Juni 2010 verfügte das Migrationsamt des Kantons Zürich die Wegweisung des Beschwerdeführers aus der Schweiz. Gleichzeitig wurde die Ausschaffungshaft angeordnet.

E.

Gestützt auf diesen Sachverhalt verfügte die Vorinstanz am 9. Juni 2010 gegenüber dem Beschwerdeführer ein dreijähriges Einreiseverbot und entzog einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung. Zur Begründung der Massnahme führte sie unter Bezugnahme auf Art. 67 Abs. 1 Bst. a AuG (zur damaligen Fassung vgl. Amtliche Sammlung vom 27. November 2007 [AS 2007 5457]) aus, der Beschwerdeführer habe wegen Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung und Verursachung von

Sozialhilfekosten gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen und diese gefährdet.

F.

Am 12. Juni 2010 wurde der Beschwerdeführer in sein Heimatland ausgeschafft.

G.

Mit Beschwerde vom 7. Juli 2010 an das Bundesverwaltungsgericht beantragt der Beschwerdeführer die Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Gleichzeitig ersucht er um Befreiung der Verfahrenskosten sowie um unentgeltlichen Rechtsbeistand. In prozessualer Hinsicht beantragt er die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde. Zur Begründung führt er aus, die Vorinstanz habe das Einreiseverbot nicht rechtsgenügend begründet und nicht in einer ihm verständlichen Sprache eröffnet. Er besuche seinen Bruder nie, um in dessen Geschäft zu arbeiten. Dafür sei er nicht genügend ausgebildet. Vielmehr verbringe er in der Schweiz seinen Urlaub. Er sei selbst in der Lage, seinen Lebensunterhalt zu bestreiten. Zusammen mit seinem Vater, der ein Geschäft betreibe, führe er Schlosserarbeiten aus. Nebenbei helfe er in einem Fitnesscenter aus, um sein Einkommen aufzustocken. Am 8. Juni 2010 habe er die Firma L. _____ zum ersten Mal besucht. Er sei auf seinen Bruder gestossen, der dabei gewesen sei, Abdeckungsarbeiten für die anstehenden Malerarbeiten auszuführen. Als er gesehen habe, dass sein Bruder Mühe gehabt habe, einen Streifen Abdeckungsband präzise anzubringen, habe er ihm geholfen, diesen einen Abschnitt Klebeband gerade anzukleben. In diesem Augenblick seien Polizisten in den Raum gestürmt. Er habe das Klebeband aus reiner Gefälligkeit angebracht und habe weder arbeiten noch Geld verdienen wollen. Gegen den Strafbefehl sei fristgerecht Einsprache erhoben worden; daher habe die Vorinstanz mit der Anordnung des Einreiseverbots gegen die Unschuldsvermutung verstossen. Selbst wenn er schuldig gesprochen werden sollte, wäre nicht erwiesen, dass er die öffentliche Sicherheit gefährdet habe. Auch habe die Vorinstanz in diesem Fall das Ermessen nicht pflichtgemäss und sachgerecht ausgeübt.

Der Beschwerdeführer beantragt zudem als Beweisofferte die Befragung von drei Zeugen.

H.

Das Bundesverwaltungsgericht lehnte mit Zwischenverfügung vom 22. Juli 2010 den Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ab.

I.

Am 18. August 2010 sistierte die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland das Strafverfahren gegen den Beschwerdeführer.

J.

Die Vorinstanz schliesst in ihrer Vernehmlassung vom 16. September 2010 auf Abweisung der Beschwerde.

K.

Replikweise hält der Beschwerdeführer am 27. Oktober 2010 an seinem Rechtsmittel fest und verweist auf die beigelegte Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 6. Oktober 2010 im Strafverfahren seiner Schwägerin wegen Beschäftigens eines Ausländers ohne Bewilligung. Weiter bringt er vor, er hätte nicht in Haft genommen werden müssen, denn er wäre viel lieber auf eigene Kosten aus der Schweiz ausgereist.

L.

Auf den weiteren Akteninhalt wird – soweit rechtserheblich – in den Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen im Sinne von Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Als Vorinstanzen gelten die in Art. 33 VGG genannten Behörden. Dazu gehört auch das BFM, das mit der Anordnung eines Einreiseverbotes eine Verfügung im erwähnten Sinne und daher ein zulässiges Anfechtungsobjekt erlassen hat. Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG liegt nicht vor.

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

1.3 Der Beschwerdeführer ist als Verfügungsbetroffener legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist somit einzutreten (Art. 49 ff. VwVG).

1.4 Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet endgültig (vgl. Art. 83 Bst. c Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

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 – sofern nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat – 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 an die Begründung der Begehren nicht gebunden und kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder abweisen. Massgebend ist grundsätzlich die Rechts- und Sachlage zum Zeitpunkt seines Entscheides (vgl. E. 1.2 des Urteils des Bundesgerichts 2A.451/2002 vom 28. März 2003 teilweise publiziert in BGE 129 II 215).

3.

3.1 Hinsichtlich der vom Beschwerdeführer als Beweismassnahme beantragten gerichtlichen Befragung von drei Zeugen ist Folgendes festzuhalten: Der Behörde kommt grundsätzlich die Pflicht zu, den rechtserheblichen Sachverhalt von Amtes wegen zu ermitteln (Art. 12 VwVG). Die Behörden sind verpflichtet, die von den Parteien angebotenen Beweise abzunehmen, sofern diese geeignet sind, den rechtserheblichen Sachverhalt zu erhellen. Kommt die Behörde bei pflichtgemässer Beweiswürdigung zur Überzeugung, die Akten erlaubten die richtige und vollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts oder die behauptete Tatsache sei für die Entscheidung der Streitsache nicht von Bedeutung, kann sie auf die Erhebung weiterer Beweise verzichten, ohne durch diese antizipierte Beweiswürdigung den Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 der

Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) zu verletzen (vgl. zum Ganzen BGE 136 I 229 E. 5.3 S. 236 mit Hinweis). Überdies handelt es sich bei der Zeugeneinvernahme gemäss Art. 14 VwVG um ein subsidiäres Beweismittel; eine solche darf – der besonderen Voraussetzungen und Folgen wegen – nur ausnahmsweise angeordnet werden (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 1C-427/2008 vom 2. Februar 2009 E. 2.2). Bei nicht anfechtbaren Entscheiden kann der Entscheid über die Beweisanträge im Endurteil erfolgen (BERNHARD WALDMANN/JÜRG BICKEL, in: Praxiskommentar VwVG, Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Zürich 2009, Art. 33 N 36).

3.2 Der entscheidenderhebliche Sachverhalt erschliesst sich, wie nachfolgend zu zeigen sein wird, in hinreichender Weise aus den Akten. Von der beantragten Zeugeneinvernahme kann daher in antizipierter Beweiswürdigung ohne Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör abgesehen werden. Das Verwaltungsrechtspflegeverfahren ist sodann vom Grundsatz der Schriftlichkeit geprägt (siehe ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Lausanne/Zürich/Bern 2008, Rz. 3.85/3.86 S. 143 ff.) und ein Anspruch auf mündliche Anhörung besteht nicht (BGE 134 I 140 E. 5.3 S. 148). Zudem hat sich der Beschwerdeführer zu den relevanten strittigen Fragen wiederholt schriftlich äussern können. Dem Antrag auf Zeugeneinvernahmen ist deshalb nicht stattzugeben.

4.

4.1 In formeller Hinsicht rügt der Beschwerdeführer vorab, die angefochtene Verfügung sei nicht begründet worden. Sie enthalte lediglich den Hinweis, es liege ein Verstoß und eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung wegen Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung vor und es seien Sozialkosten verursacht worden (Art. 67 Abs. 1 Bst. a AuG in der damaligen Fassung). Inwiefern eine Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung erfolgt sein soll und er die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährdet haben soll, und aus welchen Gründen Sozialhilfekosten verursacht sein sollen, ergebe sich nicht aus der Verfügung.

4.2 Der in Art. 29 Abs. 2 BV garantierte und in Art. 29 ff. VwVG für das Bundesverwaltungsverfahren konkretisierte Grundsatz des rechtlichen Gehörs umfasst unter anderem die Pflicht der Behörde, ihre Verfügung zu begründen (vgl. Art. 35 Abs. 1 VwVG sowie BVGE 2010 E. 4.1.2, S.494). Die Begründungspflicht der Behörden soll verhindern, dass diese sich von

unsachlichen Motiven leiten lassen. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass der Betroffene die Verfügung sachgerecht anfechten kann. Dies ist nur möglich, wenn sowohl er wie auch die Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheides ein Bild machen können. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde leiten liess und auf welche sie ihren Entscheid stützt. Das bedeutet indessen nicht, dass sie sich ausdrücklich mit jeder tatbeständlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen müsste. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (BGE 136 I 184 E. 2.2.1 S. 188 mit weiteren Hinweisen; vgl. auch BVGE 2010/35 E. 4.1.2 mit Hinweisen, sowie LORENZ KNEUBÜHLER, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich/St. Gallen 2008, Rz. 4 ff. und insb. 9 ff. zu Art. 35 VwVG).

4.3 Hinsichtlich der Verletzung der Begründungspflicht steht fest, dass die angefochtene Verfügung bloss die Wiedergabe des stichwortartig ergänzten Gesetzestextes beinhaltet, welchen die Vorinstanz zur Anwendung bringen wollte. Im Kontext der Ereignisse lässt sich daraus knapp ableiten, aus welchen Gründen die Vorinstanz ein dreijähriges Einreiseverbot für angezeigt erachtete. Der angefochtenen Verfügung ist hingegen kein konkreter Bezug zum Sachverhalt zu entnehmen. Aufgrund des Ablaufs der Geschehnisse konnte der Beschwerdeführer die vorinstanzliche Anordnung zwar dennoch sachgerecht anfechten.

5.

5.1 Weiter rügt der Beschwerdeführer in formeller Hinsicht, das Einreiseverbot sei in krasser Verletzung der verfassungsrechtlich geschützten Unschuldsvermutung gemäss Art. 32 Abs. 1 BV erlassen worden.

5.2 Der Beschwerdeführer verkennet, dass die in Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 2 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) statuierte Unschuldsvermutung grundsätzlich nur im Strafverfahren anwendbar ist (vgl. Mark E. Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., Zürich 1999, Rz. 493; ferner BGE 130 II 176 E. 4.3.3 S. 189 mit Hinweisen zum Tatbestand der fremdenpolizeilichen Ausweisung) und es sich bei dem vom BFM verfügten Einreiseverbot um eine rein präventivpolizeiliche Massnahme handelt (vgl. zu Letzterem BGE 129 IV 246 E. 3.1 S. 251 f. sowie Urteil

des Bundesverwaltungsgerichts C-2196/2008 vom 17. März 2011 E. 6 mit Hinweis).

5.3 Das Einreiseverbot hat ordnungsrechtlichen Charakter und soll einer künftigen Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vorbeugen, nicht aber ein bestimmtes Verhalten im strafrechtlichen Sinne ahnden. Strafrechtliche und fremdenpolizeiliche Massnahmen sind nicht nur voneinander unabhängig, sondern bedingen sich gegenseitig auch nicht. Sie beruhen vielmehr auf unterschiedlicher gesetzlicher Grundlage und verfolgen verschiedene Zielsetzungen, so dass ein Verhalten in massnahmerechtlicher Hinsicht grösseres Gewicht als in strafrechtlicher Hinsicht haben kann (vgl. BGE 130 II 493 E.4.2 mit Hinweisen). Ein Einreiseverbot kann auch dann ergehen, wenn ein rechtskräftiges Strafurteil fehlt, sei es weil ein Strafverfahren nicht eröffnet wurde oder noch hängig ist. Gleiches gilt für den Fall, dass eine strafrechtliche Untersuchung eingestellt wird. Die Einstellungsverfügung bringt zum Ausdruck, dass eine Strafverfolgung - sowohl im öffentlichen wie auch im privaten Interesse - nicht fortgesetzt werden soll, weil beispielsweise eine Verurteilung des Beschuldigten nicht zu erwarten ist (vgl. Robert Hauser / Erhard Schweri, Schweizerisches Strafprozessrecht, 4. Aufl., Basel 1999, § 77 Rz. 2 und § 78 Rz. 3 ff.). Sie stellt nicht einen Freispruch bzw. ein rechtskräftiges Strafurteil dar, von welchem die Administrativbehörde in tatbeständlicher Hinsicht nicht ohne Not abweichen sollte (vgl. BGE 124 II 103 E. 1c und d S. 106 f. und BGE 119 Ib 158 E. 3 S. 163 ff. zum Warnentzug im Strassenverkehrsrecht).

5.4. Überdies rügt der Beschwerdeführer, die angefochtene Verfügung sei ihm nicht in einer ihm verständlichen Sprache eröffnet worden. Den Akten ist zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer das Einreiseverbot am 9. Juni 2010 in Empfang genommen hat. Auf der Empfangsbestätigung steht Folgendes geschrieben: "mit Übersetzungsblatt". Der Beschwerdeführer hat die Empfangsbestätigung unterschrieben. Daher muss er vom Einreiseverbot in einer ihm verständlichen Sprache Kenntnis erhalten haben. Dies genügt zur Wahrung seiner rechtlichen Interessen. Einen Anspruch auf eine Verfügung in seiner Muttersprache hat er hingegen nicht.

6.

Wird gegen eine Person, welche nicht Angehörige eines Staates ist, der durch eines der Schengen-Assoziierungsabkommen gebunden ist (vgl. Anhang 1 Ziffer 1 AuG), ein Einreiseverbot nach Art. 67 AuG verhängt,

wird diese Person gestützt auf Art. 94 Abs. 1 und Art. 96 des Übereinkommens vom 19. Juni 1990 zur Durchführung des Übereinkommens betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen (Schengener Durchführungsübereinkommen [SDÜ], Abl. L 239 vom 22. September 2000, S. 19-62) und Art. 16 Abs. 2 und 4 des Bundesgesetzes vom 13. Juni 2008 über die polizeilichen Informationssysteme des Bundes (BPI, SR 361) grundsätzlich im Schengener Informationssystem ([SIS], vgl. dazu Art. 92 ff. SDÜ) zur Einreiseverweigerung ausgeschrieben. Eine solche Ausschreibung einer Person im SIS zur Einreiseverweigerung aufgrund einer vom BFM verhängten Fernhaltmassnahme bewirkt, dass ihr die Einreise in das Hoheitsgebiet der Schengen-Mitgliedstaaten verweigert wird (vgl. Art. 13 Abs. 1 der Verordnung [EG] Nr. 562/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2006 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen [Schengener Grenzkodex bzw. SGK, Abl. L 105 vom 13. April 2006, S. 1-32]).

7.

7.1 Auf den 1. Januar 2011 trat als Folge der Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes eine neue Fassung von Art. 67 AuG in Kraft (zum Ganzen vgl. BBl 2009 8881 und AS 2010 5925). Nach Art. 67 Abs. 1 AuG wird ein Einreiseverbot vom BFM unter Vorbehalt von Abs. 5 nun gegenüber weggewiesenen Ausländerinnen und Ausländern verfügt, wenn die Wegweisung nach Art. 64d Abs. 2 Bst. a – c AuG sofort vollstreckt wird (Art. 67 Abs. 1 Bst. a AuG) oder die betroffene Person der Ausreiseverpflichtung nicht nachgekommen ist (Art. 67 Abs. 1 Bst. b AuG). Es kann nach Art. 67 Abs. 2 AuG sodann gegen ausländische Personen erlassen werden, die gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen haben oder diese gefährden (Art. 67 Abs. 2 Bst. a), Sozialhilfekosten verursacht haben (Art. 67 Abs. 2 Bst. b) oder in Vorbereitungs-, Ausschaffungs- oder Durchsetzungshaft genommen worden sind (Art. 67 Abs. 2 Bst. c). Das Einreiseverbot wird für eine Dauer von höchstens fünf Jahren verhängt. 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 AuG). Schliesslich kann die verfügende Behörde aus humanitären oder anderen wichtigen Gründen von der Verhängung eines Einreiseverbots absehen oder ein Einreiseverbot vollständig oder vorübergehend aufheben (Art. 67 Abs. 5 AuG).

Die bisher bestehende Praxis der Vorinstanz bei der Ansetzung von Fernhaltemassnahmen ist mit den obgenannten Grundsätzen vereinbar (vgl. BBl 2009 8896 ad Art. 67 Abs. 3 in fine). Für den Beschwerdeführer ändert sich dadurch im Ergebnis nichts.

7.2 Wie bereits die altrechtliche Einreisesperre (vgl. Art. 13 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer [ANAG, BS 1 121]) ist das Einreiseverbot keine Sanktion für vergangenes Fehlverhalten, sondern eine Massnahme zur Abwendung künftiger Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (siehe Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8. März 2002 [nachfolgend: Botschaft], BBl 2002 3709, 3813). Die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG (welcher der alten Fassung von Art. 67 Abs. 1 Bst. a AuG entspricht) bildet den Oberbegriff für die Gesamtheit der polizeilichen Schutzgüter. Sie umfasst unter anderem die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung; deren Verletzung ist namentlich gegeben bei erheblichen oder wiederholten Verstössen gegen gesetzliche Vorschriften oder behördliche Verfügungen sowie bei Nichterfüllung öffentlichrechtlicher oder privatrechtlicher Verpflichtungen (Botschaft, a.a.O., 3809; vgl. auch Art. 80 Abs. 1 Bst. a und b der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE, SR 142.201] sowie RAINER J. SCHWEIZER/PATRICK SUTTER/NINA WIDMER, in: Rainer J. Schweizer [Hrsg.], Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, SBVR Bd. III/1, Basel 2008, Teil B, Rz. 13 mit Hinweisen).

7.3 In Bezug auf die Verfehlungen, derentwegen der Beschwerdeführer noch nicht rechtskräftig belangt worden ist, gilt zudem allgemein, dass für die Verhängung eines Einreiseverbots kein vorsätzlicher Verstoss gegen ausländerrechtliche Bestimmungen erforderlich ist. Es genügt, wenn der ausländischen Person eine Sorgfaltspflichtverletzung zugerechnet werden kann. Unkenntnis oder Fehlinterpretation der Einreise- oder Aufenthaltsvorschriften stellen normalerweise keinen hinreichenden Grund für ein Absehen von einer Fernhaltemassnahme dar. Jeder Ausländerin und jedem Ausländer obliegt, sich über bestehende Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit ausländerrechtlichen Vorschriften ins Bild zu setzen und sich im Falle von Unklarheiten bei den zuständigen Stellen zu informieren (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-4639/2010 vom 15. Februar 2011 E. 5.3 mit Hinweis).

8.

8.1 Sofern sie keiner Erwerbstätigkeit nachgehen, benötigen Ausländerinnen und Ausländer für einen Aufenthalt in der Schweiz von bis zu drei Monaten keine Bewilligung (Art. 10 Abs. 1 AuG). Demgegenüber benötigen Ausländerinnen und Ausländer, die in der Schweiz eine Erwerbstätigkeit ausüben wollen, unabhängig von der Aufenthaltsdauer eine Bewilligung (Art. 11 Abs. 1 Satz 1 AuG). Art. 9 Abs. 1 VZAE hält präzisierend fest, dass Ausländerinnen und Ausländer ohne Erwerbstätigkeit in der Schweiz für einen Aufenthalt von bis zu drei Monaten innerhalb eines Zeitraums von sechs Monaten nach Einreise keine Bewilligung benötigen und sich nicht anmelden müssen (bewilligungsfreier Aufenthalt). Die Einreisevoraussetzungen nach Art. 5 AuG müssen während des gesamten bewilligungsfreien Aufenthalts erfüllt sein (Art. 9 Abs. 2 VZAE).

8.2 Anlässlich der polizeilichen Einvernahme vom 8. Juni 2010 sagte der Beschwerdeführer aus, er habe den Boden und auch draussen ein bisschen gereinigt (Antwort auf Frage 8). Weiter bejahte er die Frage (18), ob er den Raum bis Mittag für die Malerarbeiten hätte vorbereiten sollen. Er fügte hinzu, er habe keine feste Arbeit und werde von seinem Bruder unterstützt (Antwort auf Frage 21). Die Frage (22), dass es dem Bruder billiger komme, wenn er hier sei anstatt im Heimatland auf sein Geld zu warten und ob er sich schuldig erkläre, gegen hiesige Gesetzesbestimmungen verstossen zu haben, indem er eine Arbeitstätigkeit ausgeführt habe, welche normalerweise entlohnt werde, beantwortete er dahingehend, dass er sich schuldig erkläre. In der Beschwerde bringt er demgegenüber vor, er habe das Klebeband aus reiner Gefälligkeit angebracht und habe weder arbeiten noch Geld verdienen wollen.

8.3 Zunächst gilt es festzuhalten, dass in casu nicht entscheidend ist, ob dem Beschwerdeführer von seinem Bruder und dessen Ehefrau für seine Arbeitsleistungen (neben Kost und Logis) allenfalls ein Entgelt ausgerichtet wurde oder nicht. Denn als Erwerbstätigkeit gilt im vorliegenden Zusammenhang jede üblicherweise gegen Entgelt ausgeübte unselbstständige oder selbstständige Tätigkeit, selbst wenn sie unentgeltlich erfolgt (Art. 11 Abs. 2 AuG). Ohne Belang für die Qualifikation als (unselbstständige) Erwerbstätigkeit ist unter anderem weiter, ob die Beschäftigung nur stunden- oder tageweise oder vorübergehend ausgeübt wird (Art. 1a Abs. 1 VZAE).

8.4 Die vom Beschwerdeführer vorgenommenen Arbeitsleistungen sind damit als Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 11 Abs. 2 AuG zu qualifizieren, für welche er vorgängig eine Bewilligung hätte einholen müssen. Mit der Ausübung einer nicht bewilligten Erwerbstätigkeit hat er ausländerrechtlichen Bestimmungen (Art. 115 Abs. 1 Bst. c AuG) zuwidergehandelt.

9.

9.1 Die Vorinstanz begründet das verhängte Einreiseverbot weiter damit, der Beschwerdeführer habe durch die Ausschaffung Sozialkosten verursacht. Die Botschaft führt hierzu aus, ein Einreiseverbot solle insbesondere dann angeordnet werden, wenn die Gefahr bestehe, dass bei einer Wiedereinreise erneut Sozialhilfe- und Rückreisekosten entstünden (vgl. Botschaft, a.a.O., 3813). Dies spricht dafür, die bisherige, unter Geltung des ANAG entwickelte Praxis zum Fernhaltegrund der sogenannten "vorsorglich armenrechtlichen Gründe" im Rahmen des – in der erwähnten Bestimmung nunmehr kodifizierten – Fernhaltegrundes der Verursachung von Sozialhilfekosten weiterzuführen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-1335/2009 vom 3. Juni 2010 E. 5.2 mit Hinweis). Eine Fernhaltemassnahme kann danach gegen mittellose ausländische Personen verhängt werden, welche bereits Sozialhilfekosten verursacht haben, da in diesen Fällen die Gefahr besteht, dass sie erneut auf sozialhilferechtliche Unterstützung angewiesen sein könnten. Ob eine solche Gefahr besteht, lässt sich naturgemäss nur anhand einer Prognose beurteilen, die sich auf das bisherige Verhalten der ausländischen Person abstützt.

9.2 Dass der Beschwerdeführer in der Schweiz Sozialhilfe bezogen hätte, ergibt sich nicht aus den Akten. Vielmehr wurde er von seinem Bruder unterstützt. Unbestritten ist hingegen, dass die Ausschaffungshaft und seine Rückschaffung Kosten verursacht haben. Die Aussage des Beschwerdeführers, er wäre gerne auf eigene Kosten ausgereist, ist unbehelflich. Es bestand daher die ernstzunehmende Gefahr, dass der Beschwerdeführer im Falle einer Wiedereinreise erneut entsprechende Kosten verursachen würde. Damit ist auch diese Voraussetzung für die Verhängung eines Einreiseverbots als erfüllt zu betrachten.

10.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz verstossen und damit den Fernhaltegrund von Art. 67 Abs. 2 Bst. a und b AuG gesetzt

hat. Die Verhängung der Fernhaltungsmassnahme erweist sich damit in grundsätzlicher Hinsicht als gerechtfertigt.

11.

11.1 Es bleibt zu prüfen, ob die Massnahme in richtiger Ausübung des Ermessens ergangen und angemessen ist. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit steht dabei im Vordergrund. Unter diesem Gesichtspunkt ist eine wertende Abwägung vorzunehmen zwischen dem öffentlichen Interesse an der Massnahme einerseits und den von der Massnahme beeinträchtigten privaten Interessen des Betroffenen andererseits. Die Stellung der verletzten oder gefährdeten Rechtsgüter, die Besonderheiten des ordnungswidrigen Verhaltens und die persönlichen Verhältnisse des Verfügungsbelasteten bilden dabei den Ausgangspunkt der Überlegungen (vgl. statt vieler Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf/St. Gallen 2006, Rz. 613 ff.).

11.2 Das Fehlverhalten des Beschwerdeführers wiegt objektiv nicht leicht. Es beinhaltet die Missachtung ausländerrechtlicher Normen, denen im Interesse einer funktionierenden Rechtsordnung eine zentrale Bedeutung zukommt.

11.3 Auf der anderen Seite ist die Gefahr weiterer gleichgelagerter Zuwiderhandlungen nicht in der Masse anzunehmen, wie zum Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung von der Vorinstanz angenommen wurde. Der Beschwerdeführer war im Besitze eines gültigen nationalen Reisepasses und eines Schengenvisums. Zugute gehalten werden kann dem Beschwerdeführer zudem, dass er insgesamt lediglich ca. einen Tag für seinen Bruder gearbeitet hat. Schliesslich dürfte ihm die angeordnete Massnahme Anlass genug gewesen sein, sich fernerhin an die geltenden Vorschriften zu halten.

11.4 Eine Abwägung der gegenläufigen öffentlichen und privaten Interessen führt zum Ergebnis, dass das Einreiseverbot dem Grundsatz nach zu bestätigen ist, in der ausgesprochenen Dauer von drei Jahren jedoch als unangemessen lang erscheint. Angesichts der konkreten Umstände ist davon auszugehen, dass dem öffentlichen Interesse an der Fernhaltung des Beschwerdeführers mit einem Einreiseverbot von der bisherigen Dauer hinreichend Rechnung getragen wird.

12.

Aus diesen Erwägungen folgt, dass das auf drei Jahre bemessene Einreiseverbot Bundesrecht verletzt (vgl. Art. 49 VwVG). Die Beschwerde ist daher teilweise gutzuheissen und das gegen den Beschwerdeführer verhängte Einreiseverbot auf das Datum des Urteils zu befristen.

13.

Soweit der Beschwerdeführer obsiegt, sind ihm keine Verfahrenskosten aufzuerlegen; im Übrigen sind sie ihm zu erlassen (Art. 63 Abs. 1 VwVG sowie Art. 6 Bst. b des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Ausserdem ist ihm eine Parteientschädigung zuzusprechen, deren Höhe in Anwendung von Art. 64 VwVG sowie Art. 7 f. VGKE auf Fr. 800.- festzusetzen ist, wodurch das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege hinfällig wird.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und das Einreiseverbot auf das Datum des Urteils befristet.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

3.

Die Vorinstanz hat dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung von Fr. 800.- (MwSt. und Auslagen inkl.) auszurichten.

4.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben)
- die Vorinstanz (Akten Ref-Nr. [...] retour)
- das Migrationsamt des Kantons Zürich mit den Akten ZH [...] (in Kopie)

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Antonio Imoberdorf

Mirjam Angehrn

Versand: