



Abteilung VI
F-3614/2019

Urteil vom 30. April 2020

Besetzung

Richter Andreas Trommer (Vorsitz),
Richter Yannick Antoniazza-Hafner,
Richter Gregor Chatton,
Gerichtsschreiberin Giulia Santangelo.

Parteien

A._____,
Beschwerdeführer,
vertreten durch MLaw Roman Schuler, Rechtsanwalt,

gegen

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

Gegenstand

Einreiseverbot.

Sachverhalt:

A.

A._____ (geb. 1972; nachfolgend Beschwerdeführer) ist ein in Italien aufenthaltsberechtigter tunesischer Staatsangehöriger. Am 13. Juni 2019 wurde er von einer Patrouille der Kantonspolizei Zürich auf Stadtgebiet angehalten und kontrolliert. Weil der Verdacht auf Ausübung einer Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung bestand (gemäss Rapport der Kantonspolizei vom gleichen Tag soll er von der Patrouille bei einer Liegenschaft dabei beobachtet worden sein, wie er in Anwesenheit von Mitarbeitern einer Klein-Firma für Räumungs-, Transport- und Unterhaltsarbeiten Sträucher geschnitten und Grüngut in einen Lieferwagen geladen habe), wurde er festgenommen (Akten des Migrationsamtes des Kantons Zürich [ZH-act.] 3/8 ff.; Editionsakten der Staatsanwaltschaft B._____ [StA-act.] 1/2).

Noch am selben Tag wurden der Beschwerdeführer und der Inhaber der Firma von der Kantonspolizei Zürich einzeln zur Sache einvernommen. Dabei bestritten sie im Wesentlichen, dass eine bewilligungspflichtige Erwerbstätigkeit ausgeübt worden sei. Vielmehr habe es sich um eine Gefälligkeit unter Freunden gehandelt. Im Rahmen der Einvernahme wurde dem Beschwerdeführer u.a. das rechtliche Gehör zur allfälligen Wegweisung und Verhängung einer Fernhaltemassnahme gewährt (ZH-act. 1 und 2/1 ff.; StA-act. 4).

B.

Mit Strafbefehl vom 14. Juni 2019 erkannte die Staatsanwaltschaft B._____ (nachfolgend: Staatsanwaltschaft) den Beschwerdeführer der rechtswidrigen Einreise, des rechtswidrigen Aufenthalts sowie der Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung für schuldig. Sie verurteilte ihn zu einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu je Fr. 30.–, schob den Vollzug der Geldstrafe jedoch unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren auf (StA-act. 8). Gegen diesen Strafbefehl erhob der Beschwerdeführer Einsprache (StA-act. 10).

C.

Am 14. Juni 2019 verfügte das Migrationsamt des Kantons Zürich die Wegweisung des Beschwerdeführers aus der Schweiz gestützt auf Art. 64d Abs. 1 und 2 AIG (SR 142.20) und setzte ihm zur Ausreise eine Frist von 24 Stunden (ZH-act. 8/20 f.).

D.

Das Staatssekretariat für Migration (nachfolgend: Vorinstanz) erliess am 14. Juni 2019 gegenüber dem Beschwerdeführer ein zweijähriges Einreiseverbot. Zur Begründung führte es im Wesentlichen an, der Beschwerdeführer habe eine Tätigkeit ausgeübt, die als Erwerbstätigkeit im Sinne des AIG zu qualifizieren sei. Weil er nicht im Besitze der dazu notwendigen Bewilligung gewesen sei, habe er gegen ausländerrechtliche Bestimmungen und damit gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen, was gemäss Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG i.V.m. Art. 77a Abs. 1 Bst. a und Art. 77a Abs. 2 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201) den Erlass einer Fernhaltemassnahme rechtfertige. Eine solche sei unabhängig eines allfälligen Strafverfahrens angezeigt. Schliesslich entzog die Vorinstanz einer allfälligen Beschwerde vorsorglich die aufschiebende Wirkung (Akten der Vorinstanz [SEM-act.] 5/12 ff.).

E.

Mit Rechtsmitteleingabe vom 15. Juli 2019 beantragte der Beschwerdeführer durch seinen Rechtsvertreter die ersatzlose Aufhebung des Einreiseverbots, eventualiter dessen Reduktion auf maximal ein Jahr. In verfahrensrechtlicher Hinsicht wurde um Sistierung des Beschwerdeverfahrens bis zum erstinstanzlichen Abschluss des Strafverfahrens, um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung sowie um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung unter Beigabe von Rechtsanwalt Roman Schuler als amtlichen Vertreter ersucht (Akten im Beschwerdeverfahren [Rek-act.] 1).

Zur Begründung rügte der Beschwerdeführer – nebst einer Verletzung des rechtlichen Gehörs – eine willkürliche und ungenügende Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts. Bei der von ihm erbrachten Tätigkeit habe es sich um eine blosser Gefälligkeit gehandelt, die nach objektiven Kriterien normalerweise nicht gegen Entgelt geleistet werde und deshalb nicht unter den Begriff der Erwerbstätigkeit falle. Er habe seinem langjährigen Freund, dem Inhaber der Firma, einen Gefallen getan, indem er Gartenabfälle weggetragen habe. Dafür sei unbestrittenermassen keine Geldleistung vereinbart worden. Zudem habe er zivile Kleider getragen, als er kontrolliert worden sei. Er gehe an seinem Wohnort in Italien einer regelmässigen Erwerbstätigkeit nach.

F.

In einer Beweismitteileingabe vom 9. Oktober 2019 liess der Beschwerdeführer unter Beilage des entsprechenden Dokuments darauf aufmerksam machen, dass das gegen ihn geführte Strafverfahren mit Beschluss der Staatsanwaltschaft Zürich – Sihl vom 18. September 2019 eingestellt wurde (Rek-act. 7 mit Beilage). Dabei sei zu beachten, dass die Einstellung nicht etwa in Anwendung des Opportunitätsprinzips erfolgt sei, vielmehr sei die Staatsanwaltschaft «nach eingehender Prüfung des Sachverhalts und Zeugenbefragungen» zum Schluss gekommen, dass kein Verstoss gegen ausländerrechtliche Bestimmungen vorliege. Die Einstellungsverfügung habe deshalb Bindungswirkungen auch für die Vorinstanz, ansonsten ein widersprüchlicher Entscheid erginge.

G.

Am 28. Oktober 2019 liess sich die Vorinstanz im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht vernehmen. Dabei hielt sie an ihrer Auffassung fest, wonach die vom Beschwerdeführer ausgeübte Tätigkeit bewilligungspflichtig gewesen wäre. Er habe gemäss den Aussagen des Firmeninhabers nicht nur beim Schneiden von Sträuchern und Verladen von Schnittgut, sondern zuvor auch bei der Überführung eines Firmenfahrzeuges mitgeholfen. Diese Tätigkeiten seien nicht im privaten, sondern im geschäftlichen Umfeld des Firmeninhabers erfolgt und im Rahmen des von der Firma ausgeführten Auftrages vom Auftraggeber mit Bestimmtheit finanziell abgegolten worden. Der solchermassen erstellte Sachverhalt biete genügend konkrete Anhaltspunkte, um einen verwaltungsrechtlichen Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung anzunehmen; dies selbst dann, wenn «die Strafverfolgungsbehörde mangels genügender strafrechtlich relevanter Beweise nach dem Grundsatz in dubio pro reo von einer Verurteilung des Beschwerdeführers abgesehen» habe (Rek-act. 9).

H.

Mit Replik vom 18. Dezember 2019 hielt der Beschwerdeführer an seinen Rechtsbegehren und deren Begründung fest. Dabei liess er ausführen, das Strafverfahren sei entgegen der Meinung der Vorinstanz nicht mangels Beweisen nach dem Grundsatz in dubio pro reo eingestellt worden. Vielmehr hätten die Strafbehörden nach eingehender Abklärung des Sachverhalts und Einvernahme von Zeugen verbindlich festgestellt, dass der Beschwerdeführer nicht im Auftrag seines Bekannten, des Firmeninhabers, gehandelt habe, sondern aus Gefälligkeit tätig geworden sei. Dieser Einschätzung durch die Strafbehörde, die viel näher am Geschehen gewesen sei und umfassende Ermittlungen getätigt habe, sei zu folgen. Mit Verweis auf

die Rechtsprechung des Bundesgerichts in BGE 139 II 95 E. 3.2 und 124 II 103 E. 2.c sei festzustellen, dass von den Verwaltungsbehörden keine Tatsachen festgestellt worden seien, welche der Strafverfolgungsbehörde nicht bekannt gewesen wären. Auch hätten die Verwaltungsbehörden keine zusätzlichen Beweise erhoben, deren Würdigung zu einem anderen Entscheid führen würde. Die Aufrechterhaltung eines Einreiseverbotes trotz der unzweideutigen Feststellung der Strafbehörde, dass keine rechtswidrige Erwerbstätigkeit vorgelegen habe, würde zu einem nicht hinnehmbaren Widerspruch führen und wäre im Ergebnis willkürlich. Es könne kein Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung vorliegen, wenn der Betroffene nachweislich keine Straftat begangen habe. Doch selbst wenn man von einem Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung ausgehen würde, erweise sich ein Einreiseverbot von zwei Jahren als unverhältnismässig. Denn er habe sich bei seinen Besuchen in der Schweiz während all den Jahren noch nie etwas zu Schulden kommen lassen. Das Einreiseverbot würde seine Reisefreiheit und die Möglichkeit zum Besuch von Freunden in der Schweiz übermässig einschränken, insbesondere da er die Schweiz auch nicht für Reisen nach Deutschland durchqueren dürfe (Rek-act. 14).

I.

Mit Zwischenverfügung vom 20. November 2019 wurde der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen und mit solcher vom 27. November 2019 wurde dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege samt Rechtsverteidigung durch Rechtsanwalt Roman Schuler gewährt (Rek-act. 10 bzw. 12).

J.

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

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen der Vorinstanz, die gestützt auf Art. 67 AIG ein Einreiseverbot zum Gegenstand haben (Art. 31 ff. VGG i.V.m. Art. 5 VwVG und Art. 112 Abs. 1 AIG).

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 als Verfügungsadressat zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (Art. 50 und 52 VwVG).

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 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 Entscheides (vgl. BVGE 2014/1 E. 2; 2011/43 E. 6.1).

3.

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

3.1 Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung der Begründungspflicht (Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 35 Abs. 1 VwVG). Er macht geltend, die Vorinstanz gehe in der angefochtenen Verfügung nicht auf den Einzelfall ein; ihre Begründung erschöpfe sich in Textbausteinen.

3.2 Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst eine Anzahl verschiedener verfassungsrechtlicher Garantien (vgl. etwa MICHELE ALBERTINI, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, 2000, S. 202 ff., MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., 2008, 846 ff.). Eine davon ist die Begründungspflicht (Art. 35 VwVG), welche der rationalen und transparenten Entscheidungsfindung der Behörden dient und die Betroffenen in die Lage versetzen soll, den Entscheid sachgerecht anzufechten. Die Behörde hat daher kurz die wesentlichen Überlegungen zu nennen, von denen sie sich leiten liess und auf die sie ihren Entscheid stützt. Dabei ist sie nicht gehalten, zu jedem Argument der Partei explizit Stellung zu nehmen. Es genügt, wenn

aus der Gesamtheit der Begründung implizit hervorgeht, weshalb das Vorgebrachte als unrichtig oder unwesentlich übergangen wird (vgl. BGE 137 II 266 E. 3.2 m.H.; BVGE 2012/24 E. 3.2).

3.3 Praxisgemäss werden bei Einreiseverboten in der Regel keine allzu hohen Anforderungen an die Begründungsdichte gestellt (vgl. Urteile des BVGer F-458/2019 vom 28. November 2019 E. 4.2.3; F-1503/2019 und F-1515/2019 vom 21. November 2019 E. 4.3; F-953/2017 vom 20. Dezember 2018 E. 3.4; F-4156/2016 vom 8. Dezember 2017 E. 3.4).

3.4 Der Beschwerdeführer unterlässt es darzutun, in welchem Zusammenhang genau in der Verfügungsbegründung speziell auf seine persönlichen Verhältnisse einzugehen gewesen wäre. Er war schon in der Einvernahme durch die Kantonspolizei Zürich vom 13. Juni 2019 zeitnah auf die Einschätzung aufmerksam gemacht worden, wonach die von ihm anlässlich seiner Kontrolle unbestrittenermassen geleistete Arbeit als illegale Erwerbstätigkeit qualifiziert werden und u.a. zu einem Einreiseverbot führen könne. Unter diesen Umständen durfte die Vorinstanz in der Begründung den Sachverhalt unerwähnt lassen und direkt mit dessen rechtlicher Qualifikation beginnen, welche im Übrigen auch im gleichentags erlassenen Strafbefehl verwendet wurde. Solchermassen ging aus der Verfügungsbegründung in genügender Weise hervor, aus welchen Gründen die Vorinstanz ein Einreiseverbot erliess. Die zur Anwendung kommende Rechtsgrundlage (Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG) wurde in der Verfügung ebenfalls aufgeführt. Sodann wurde darauf hingewiesen, dass die Massnahme unabhängig von einem allfälligen strafrechtlichen Verfahren greife. Der Massnahme allenfalls entgegenstehende private Interessen wurden anlässlich der Gewährung des rechtlichen Gehörs am 13. Juni 2019 vom Beschwerdeführer nicht geltend gemacht, weshalb der Vorinstanz auch in diesem Zusammenhang nicht vorgeworfen werden kann, sie habe spezifische persönliche Umstände unerwähnt gelassen. Der Beschwerdeführer war schliesslich gestützt auf die Begründung durchaus in der Lage, die Verfügung sachgerecht anzufechten. Im Rahmen der Beschwerde und des darauffolgenden Schriftenwechsels konnte er seinen Standpunkt ausführlich erläutern.

3.5 Die Vorinstanz ist damit ihrer Begründungspflicht in rechtsgenügender Weise nachgekommen. Eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör liegt demzufolge nicht vor.

4.

4.1 Das SEM kann gestützt auf Art. 67 Abs. 2 Bst. a–c AIG gegenüber ausländischen Personen Einreiseverbote verfügen, die gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen haben oder diese gefährden (Bst. a), Sozialhilfekosten verursacht haben (Bst. b), oder in Vorbereitungs-, Ausschaffungs- oder Durchsetzungshaft genommen worden sind (Bst. c). Das Einreiseverbot wird für eine Dauer von höchstens fünf Jahren verfügt. 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 AIG). Aus humanitären oder anderen wichtigen Gründen kann die zuständige Behörde ausnahmsweise von der Verhängung eines Einreiseverbots absehen oder ein Einreiseverbot endgültig oder vorübergehend aufheben (Art. 67 Abs. 5 AIG).

4.2 Das Einreiseverbot dient der Abwendung künftiger Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (BBI 2002 3709, 3813). Soweit Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG mit dem Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung unmittelbar an vergangenes Verhalten des Betroffenen anknüpft, steht die Gefahrenabwehr durch Generalprävention im Sinne der Einwirkung auf das Verhalten anderer Rechtsgenossen im Vordergrund (zur Generalprävention im Ausländerrecht vgl. etwa Urteil des Bundesgerichts 2C_282/2012 vom 31. Juli 2012 E. 2.5 mit Hinweisen). Die Spezialprävention im Sinne der Einwirkung auf das Verhalten des Betroffenen selbst kommt zum Tragen, soweit Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG als alternativen Fernhaltegrund die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung durch den Betroffenen selbst nennt. Ob eine solche Gefährdung vorliegt, ist gestützt auf die gesamten Umstände des Einzelfalles im Sinne einer Prognose zu beurteilen, die sich in erster Linie auf das vergangene Verhalten des Betroffenen abstützen muss (Urteil des BVGer F-3595/2017 vom 26. März 2020 E. 5.2).

4.3 Die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG bildet den Oberbegriff für die Gesamtheit der polizeilichen Schutzgüter. Sie umfasst unter anderem die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung und der Rechtsgüter Einzelner (vgl. BBI 2002 3709, 3813). Ein Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung liegt unter anderem vor, wenn gesetzliche Vorschriften oder behördliche Verfügungen missachtet werden (Art. 77a Abs. 1 Bst. a VZAE). Die Annahme einer Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung setzt konkrete Anhaltspunkte dafür voraus, dass der Aufenthalt des Betroffenen in der

Schweiz mit erheblicher Wahrscheinlichkeit zu einem Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung führen wird (Art. 77a Abs. 2 VZAE).

4.4 Die Anordnung eines Einreiseverbots kann gemäss ständiger Rechtsprechung auch dann ergehen, wenn ein rechtskräftiges Strafurteil fehlt, so weil ein Strafverfahren nicht eröffnet wurde, noch hängig ist oder eingestellt wurde (vgl. Urteile des BVGer F-5969/2016 vom 28. September 2017 E. 6.4 m.H.; C-7068/2013 vom 19. Mai 2015 E. 5.5 m.H.). Als präventivpolizeiliche Massnahme knüpft das Einreiseverbot direkt an die Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung an und nicht an die Ahndung derselben. Ob eine solche Störung besteht und wie diese zu gewichten ist, hat die Verwaltungsbehörde in eigener Kompetenz unter Zugrundelegung ausländerrechtlicher Kriterien zu beurteilen. Es genügt, dass Verdachtsmomente vorliegen, die von der Behörde als hinreichend konkret erachtet werden, wobei die strafrechtliche Unschuldsvermutung im Administrativverfahren grundsätzlich keine Geltung beanspruchen kann (vgl. Urteil des BVGer F-7146/2017 vom 30. Mai 2018 E. 4.3).

5.

5.1 Der Beschwerdeführer stellt sich im Wesentlichen auf den Standpunkt, dass es sich bei dem ihm vorgeworfenen Verhalten um eine reine Gefälligkeit ohne Erwerbscharakter gehandelt habe. Diese Auffassung sei von der Strafbehörde auf Einsprache hin nach einlässlicher Prüfung und ergänzender Sachverhaltsabklärung übernommen worden. Die Strafbehörde habe festgestellt, dass er mit seinem Verhalten nicht gegen ausländerrechtliche Bestimmung verstossen habe. Damit fehle es an einem Fernhaltegrund im Sinne von Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG, weshalb das Einreiseverbot aufzuheben sei.

5.2 Die Vorinstanz stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, die vom Beschwerdeführer geleistete Hilfestellung sei entgegen der Beurteilung durch die Strafbehörde im Einspracheverfahren als Erwerbstätigkeit im Sinne der ausländerrechtlichen Bestimmung zu qualifizieren. Der Beschwerdeführer habe seine Hilfestellung nicht im privaten, sondern im geschäftlichen Umfeld des mit ihm befreundeten Unternehmers und dazu noch im Rahmen eines diesem erteilten Auftrages erbracht. Vor diesem Hintergrund könne nicht auf eine blosse Gefälligkeit geschlossen werden.

6.

Strittig und zu prüfen ist demnach, ob die vom Beschwerdeführer am 13. Juni 2019 erbrachte Hilfestellung nach den Kriterien der ausländerrechtlichen Rechtsprechung als Erwerbstätigkeit zu qualifizieren ist, für die eine Bewilligungspflicht bestanden hätte und er – weil er keine Bewilligung hatte – einen Fernhaltegrund im Sinne von Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG setzte.

6.1 Gemäss Polizeirapport vom 13. Juni 2019 habe der Beschwerdeführer beobachtet werden können, wie er an der C. _____ in Zürich Sträucher geschnitten sowie Grüngut in ein Firmenfahrzeug geladen habe; dies in Anwesenheit von Mitarbeitenden einer Klein-Firma für Räumungs-, Transport- und Unterhaltsarbeiten.

6.2 Der Inhaber besagter Firma gab anlässlich seiner Einvernahme vom 13. Juni 2019 als Auskunftsperson im Wesentlichen zu Protokoll, einer der drei von der Polizei kontrollierten Männer sei bei ihm festangestellt. Ein Zweiter sei Schweizer und habe ausgeholfen. Beim Dritten, dem Beschwerdeführer, handle es sich um einen guten Bekannten, der aus Italien etwa einmal oder zweimal pro Monat zu ihm komme, um Gegenstände aus Hausräumungen zu kaufen und nach Italien auszuführen. Im Zeitpunkt der Anhaltung habe er sich seit zwei oder drei Tagen bei ihm aufgehalten und auch bei ihm gewohnt. Er (der Firmeninhaber) und sein Aushilfsmitarbeiter hätten am Tag der Polizeikontrolle schon am Morgen um 07.30 Uhr an der C. _____ in Zürich mit den Gartenarbeiten begonnen. Weil sie dann ihr Fahrzeug im Zusammenhang mit einem weiteren Auftrag beladen hätten, seien sein Festangestellter und der Beschwerdeführer mit einem weiteren Fahrzeug vom firmeneigenen Lager im Kanton Aargau an die C. _____ in Zürich gekommen, damit das Grüngut in dieses zweite Fahrzeug habe eingeladen werden können. Die beiden seien etwa um 15.30 Uhr an der C. _____ eingetroffen. Der Beschwerdeführer habe spontan mitgeholfen bei den Gartenarbeiten, weil sie die Arbeiten zügig hätten beenden wollen. An den beiden Vortagen habe der Beschwerdeführer nicht bei der Arbeit geholfen (StaA-act. 2).

6.3 Der Beschwerdeführer gab anlässlich seiner Einvernahme vom 13. Juni 2019 (StaA-act. 3) als Beschuldigter im Wesentlichen zu Protokoll, er sei eine Woche zuvor in die Schweiz gekommen und habe seither unentgeltlich bei seinem Freund, dem Firmenbesitzer, gewohnt. Zusammen mit ihm habe er sich am Tag seiner Anhaltung ungefähr um 15.00 Uhr an die C. _____ in Zürich begeben, um sich dort von den Arbeitern zu ver-

abschieden, da er am nächsten Tag nach Hause habe fahren wollen (Antworten zu Fragen 7, 8 und 9). An anderer Stelle (Antworten zu Fragen 23 und 24) gab er zu Protokoll, er sei vom Firmeninhaber zwischen 13.00 Uhr und 14.00 Uhr abgeholt worden, worauf sie direkt an die C._____ gefahren seien. Er habe nur während ungefähr 15 bis 20 Minuten dabei geholfen, Hecken zu schneiden und Grüngut zusammenzunehmen. Er habe dem befreundeten Firmeninhaber sonst nie geholfen. Normalerweise kaufe er Waren bei ihm. Auf die gegenüber den Aussagen des Firmeninhabers abweichenden Ausführungen in Bezug auf die Dauer des aktuellen Aufenthalts in der Schweiz und den Tagesablauf des 13. Juni 2019 angesprochen, hatte der Beschwerdeführer keine Erklärung (Antworten zu den Fragen 22 und 25).

6.4 Im Rahmen des Einspracheverfahrens wurde der Festangestellte des Firmeninhabers von der zuständigen Staatsanwältin am 11. September 2019 als Zeuge einvernommen. Zu den Ereignissen vom 13. Juni 2019 gefragt, gab er zu Protokoll, er habe sich an jenem Tag um etwa 11.00 Uhr im Lager seines Arbeitgebers befunden und Arbeiten verrichtet. Dann sei der Beschwerdeführer, den er seit 2010 kenne, hinzugekommen und er habe diesem geholfen, die Ware zu laden, die er mitnehmen wollte. Anschliessend habe er sich auf Geheiss seines Chefs auf den Weg an die C._____ in Zürich gemacht. Der Beschwerdeführer sei mitgegangen, weil er nicht alleine habe zurückbleiben wollen. Sie seien ungefähr zwischen 14.30 Uhr und 15.00 Uhr dort angekommen. Er habe dann angefangen, geschnittenes Grüngut in den Container zu laden. Der Beschwerdeführer habe dann gesagt, dass er auch helfen würde. Er habe nicht durchgehend geholfen und zwischendurch geraucht. Sein Chef habe anfänglich nicht gesehen, dass der Beschwerdeführer mitgeholfen habe, später dann aber schon. Ob er (der Chef) den Beschwerdeführer auf dessen Hilfe angesprochen habe, wisse er nicht. Um 16.00 Uhr sei dann die Polizei gekommen (StaA-act. 12).

6.5

6.5.1 Der ausländerrechtliche Begriff der Erwerbstätigkeit ist weit gefasst (vgl. statt vieler: Urteil des BVGer F-1827/2018 vom 30. September 2019 E. 6.3.4 und MARC 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 unselbstständige oder selbstständige Tätigkeit, selbst wenn sie unentgeltlich erfolgt (Art. 11 Abs. 2 AIG). Eine Tätigkeit gilt dann als üblicherweise gegen Ent-

gelt verrichtet, wenn sie ihrer Art und ihrem Umfang nach auf dem schweizerischen Arbeits- und Dienstleistungsmarkt angeboten wird (vgl. statt vieler: Urteil des BVGer F-3451/2018 vom 22. Januar 2020 E. 5.1 sowie EGLI/MEYER, in: Caroni et al. [Hrsg.], 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 Abs. 1 VZAE).

6.5.2 Der Beschwerdeführer und der Inhaber der Klein-Firma hatten sich in ihren Einvernahmen durch die Polizei widersprüchlich zu den Abläufen und deren zeitlichen Einordnung der Ereignisse vom 13. Juni 2019 geäußert. Geht man von den Aussagen des Zeugen aus, so ist klar, dass der Beschwerdeführer in einem Zeitraum von mehr als einer Stunde mithalf, Gartenarbeiten zu verrichten. Tatsache ist auch, dass diese Arbeiten durch eine Firma im Auftragsverhältnis ausgeführt und vom Auftraggeber entsprechend entschädigt wurden. Die angeblich geringe Dauer der Hilfeleistung, das freundschaftliche Verhältnis zum Firmeninhaber und die Spontaneität des Einsatzes ändern nichts an der Tatsache, dass es sich bei der Hilfestellung des Beschwerdeführers im ausländerrechtlichen Sinn um eine Tätigkeit handelt, die üblicherweise von entsprechendem Personal gegen Entgelt verrichtet wird. Selbst wenn die verrichtete Arbeit, wie vom Beschwerdeführer geltend gemacht, ohne Gegenleistung erfolgte, ist sie im Ausländerrecht als Erwerbstätigkeit zu qualifizieren (zum Wesen des ausländerrechtlichen Erwerbsbegriffs und dessen Abgrenzung vgl. statt vieler Urteil des BVGer F-6220/2016 vom 17. Mai 2018 E. 4.1 f.).

6.5.3 Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist zwar dort keine Erwerbstätigkeit im rechtstechnischen Sinne anzunehmen, wo Arbeitsleistungen ausserhalb der geschäftlichen Sphäre des Begünstigten durch nahe Angehörige vorgenommen werden, wobei massgeblich ist, dass diesen Tätigkeiten gerade wegen der verwandtschaftlichen und emotionalen Nähe des Leistungserbringers zum Begünstigten ein besonderer Charakter zukommt, der nicht durch beliebige Dritte ersetzt werden kann (sog. Sozialadäquanz; vgl. dazu statt vieler: Urteile des BVGer F-6220/2016 vom 17. Mai 2018 E. 4.2; C-5190/2014 vom 25. September 2015 E. 5.3.3; je m.H.). Es versteht sich von selbst und bedarf keiner weiteren Ausführungen, dass sich der Beschwerdeführer nicht auf diese Ausnahmeregelung berufen kann.

6.5.4 Nach dem Gesagten sieht es das Bundesverwaltungsgericht als erwiesen an, dass der Beschwerdeführer im beschriebenen Umfang einer Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 11 Abs. 2 AIG nachgegangen ist. Da im vorliegenden Fall die Ausnahmeregelung von Art. 14 VZAE nicht zur Anwendung gelangt, hätte der Beschwerdeführer für seine Erwerbstätigkeit am 13. Juni 2019 eine Bewilligung gebraucht, die er indessen nicht eingeholt hat. Demnach ist erstellt, dass der Beschwerdeführer einer illegalen Erwerbstätigkeit nachgegangen ist.

6.6 Es stellt sich die Frage, ob und allenfalls welche Auswirkungen die nachträgliche Einstellung des Strafverfahrens (Verfügung vom 18. September 2019) auf das Administrativverfahren hat.

6.6.1 Wie bereits erwähnt, stellte die Staatsanwaltschaft das Strafverfahren gegen den Beschwerdeführer wegen rechtswidriger Einreise, rechtswidrigen Aufenthalts sowie Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung gemäss Art. 115 Abs. 1 Bst. a, b und c AIG nach Anhörung eines Zeugen mit Verfügung vom 18. September 2019 ein. Sie stützte sich dabei auf Art. 319 Abs. 1 und 320 der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO, SR 312.0). Gemäss dieser Bestimmung verfügt die Staatsanwaltschaft die vollständige oder teilweise Einstellung des Verfahrens. In der Einstellungsverfügung führte sie aus, da der Beschwerdeführer die Arbeit nicht im Auftrag des Inhabers der Kleinfirma oder von jemand anderem getan und lediglich ein bisschen mitgeholfen habe, was in subjektiver Hinsicht eine Gefälligkeit darstelle und nicht als Erwerbstätigkeit im Sinne des Gesetzes qualifiziert werden könne, mithin auch eine Verletzung der Einreisevorschriften und des rechtswidrigen Aufenthalts entfalle, sei die Untersuchung gegen ihn ohne Weiterungen einzustellen (StA-act. 14).

6.6.2 Die Anordnung eines Einreiseverbots kann – wie bereits erläutert (E. 4.3 vorstehend) – grundsätzlich auch dann ergehen, wenn ein rechtskräftiges Strafurteil fehlt, so weil ein Strafverfahren nicht eröffnet wurde, noch hängig ist oder eingestellt wurde. Die Grundsätze der Einheit der Rechtsordnung sowie der Rechtssicherheit gebieten allerdings, dass widersprüchliche Entscheide zwischen Straf- und Administrativbehörden im Rahmen des Möglichen zu vermeiden sind (BGE 139 II 95 E. 3.2; 137 I 363 E. 2.3.2; 124 II 103 E. 1c/bb; Urteil des BGer 1C_98/2017 vom 2. Juni 2017 E. 2.4; Urteil des BVGer F-7521/2015 vom 20. Dezember 2016 E. 5.5). In diesem Sinne entfernt sich das Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich nicht von der rechtlichen Würdigung eines Falles in einem Straferkenntnis, wenn diese sehr stark von Tatsachen abhängt, die der Strafrichter besser

kennt, was etwa dann der Fall ist, wenn er den Beschuldigten persönlich einvernommen hat (BGE 104 Ib 358 E. 3).

6.6.3 Eine persönliche Einvernahme des Beschwerdeführers durch die Staatsanwältin hat nicht stattgefunden. Hingegen hat sie eine zusätzliche Abklärung in Form einer Einvernahme des Festangestellten des Firmeninhabers als Zeugen getroffen. Dabei wurde jedoch die Dauer der vom Beschwerdeführer geleisteten Arbeit falsch erfasst. Während der Festangestellte des Firmeninhabers als Zeuge zu Protokoll gab, dass er und der Beschwerdeführer ungefähr zwischen 14.30 und 15.00 Uhr an der C._____ in Zürich angekommen seien und die Polizei um 16.00 Uhr gekommen sei (vgl. E. 6.4 hiervor), ging die Staatsanwältin in ihrer Einstellungsverfügung von einer Ankunftszeit zwischen «15.30 und/oder 16.00 Uhr» aus. Folglich legte sie ihrem Entscheid eine deutlich kürzere Dauer der geleisteten Hilfe und damit auch einen geringeren Umfang der Mitarbeit zu Grunde, als dies tatsächlich der Fall war. Gestützt auf die Zeugenaussage ist demgegenüber von einem zeitlichen Umfang der Hilfeleistung von ein bis eineinhalb Stunden auszugehen. Aufgrund dieses zeitlichen Umfangs kann indessen nicht mehr davon ausgegangen werden, der Beschwerdeführer habe lediglich «ein bisschen mitgeholfen». Vielmehr ist angesichts der Dauer und des damit im Zusammenhang stehenden Umfangs der Mitarbeit daran festzuhalten, dass im vorliegenden Fall seitens des Beschwerdeführers eine eigentliche bewilligungspflichtige Arbeit geleistet wurde. Da das Bundesverwaltungsgericht damit einen anderen Sachverhalt als erwiesen erachtet als die Staatsanwältin, besteht keine Bindungswirkung beziehungsweise durfte die Vorinstanz an ihrer abweichenden rechtlichen Würdigung festhalten.

Gestützt auf vorstehende Erwägungen steht, entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers, die Einstellungsverfügung vom 18. September 2019 einem Einreiseverbot nicht entgegen.

6.7 Der Beschwerdeführer hat mit der Ausübung einer illegalen Erwerbstätigkeit in der Schweiz ausländerrechtliche Bestimmungen verletzt, was als Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu werten ist (Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG; Art. 77 Abs. 1 Bst. a VZAE). Ein Fernhaltegrund ist damit gegeben.

7.

7.1 Es bleibt zu prüfen, ob die Massnahme in richtiger Ausübung des Ermessens ergangen und angemessen ist. Zentrale Bedeutung kommt dabei

dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu, der eine wertende Abwägung zwischen den berührten privaten und öffentlichen Interessen verlangt. 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 AIG; ferner statt vieler: HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 555 ff.).

7.2 Der Beschwerdeführer hat durch die Ausübung einer nicht bewilligten Erwerbstätigkeit gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen und damit hinreichenden Anlass für die Verhängung eines Einreiseverbots gegeben (Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG, Art. 77a Abs. 1 Bst. a VZAE). Er lässt zwar einwenden, dass er sich während seiner jahrelanger Besuche in die Schweiz nichts zu Schulden habe kommen lassen und impliziert damit, dass keine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung von ihm ausgehe. Das Einreiseverbot dient jedoch in einer Situation wie der vorliegenden ganz allgemein der Gefahrenabwehr durch Generalprävention im Sinne der Einwirkung auf andere Rechtsgenossen (vgl. Urteil des BVGer C-5232/2014 vom 18. März 2015 E. 4.2 m.H.). Dabei gilt zu bedenken, dass den missachteten ausländerrechtlichen Normen im Interesse einer funktionierenden Rechtsordnung eine hohe Bedeutung zukommt, die es durch eine konsequente Massnahmepraxis zu schützen gilt. Tritt hinzu, dass aus dem Verhalten des Beschwerdeführers durchaus auf eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu schliessen ist, weshalb dem Einreiseverbot auch spezialpräventiver Charakter zukommt (vgl. anstelle vieler Urteil des BVGer F-1645/2016 vom 12. Januar 2017 E. 6.2 m.H.). Es besteht somit ein nicht unwesentliches Interesse an der Fernhaltung des Beschwerdeführers.

7.3 An privaten Interessen daran, nicht von Einreiserestriktionen betroffen zu werden, macht der Beschwerdeführer die Möglichkeit von Besuchen in der Schweiz sowie die Möglichkeit von Durchreisen nach Deutschland geltend. Von ihm nicht explizit geltend gemacht, aber auf der Hand liegen dürfte das Interesse daran sein, seinen Freund – den Firmeninhaber – auch in Zukunft regelmässig besuchen und mit ihm Verkaufsgeschäfte abwickeln zu können.

7.4 Eine Abwägung der gegenläufigen öffentlichen und privaten Interessen führt das Bundesverwaltungsgericht zum Ergebnis, dass das Einreiseverbot dem Grundsatz nach zu bestätigen ist. In Berücksichtigung aller Fak-

toren und gängiger Rechtsprechung gelangt das Gericht aber zur Auffassung, dass die ausgesprochene Dauer von zwei Jahren zu lang ist; dem öffentlichen Interesse an der Fernhaltung des Beschwerdeführers vielmehr mit einem Einreiseverbot von einem Jahr Dauer hinreichend Rechnung getragen werden kann.

7.5 Durch die Aussprechung einer längerfristigen Fernhaltemassnahme hat die Vorinstanz unangemessen entschieden (Art. 49 Bst. c VwVG). Entsprechend ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen und die Dauer des von der Vorinstanz ausgesprochenen Einreiseverbots bis zum 13. Juni 2020 zu befristen.

8.

8.1 Bei diesem Verfahrensausgang würde der Beschwerdeführer im Umfang seines Unterliegens kostenpflichtig (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG). Da ihm jedoch die unentgeltliche Prozessführung gewährt wurde, sind vorliegend keine Verfahrenskosten zu erheben.

8.2 Dem Beschwerdeführer ist aufgrund seines teilweisen Obsiegens gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) eine gekürzte Parteientschädigung zuzusprechen. Dabei ist zunächst auf die Kostennote abzustellen, mit der ein nachvollziehbarer Aufwand von Fr. 1'316.60 dargetan wurde (4.35 Stunden à Fr. 300.– zuzüglich Auslagen in der Höhe von Fr. 11.60.–). Ferner wird ein Mehrwertsteuerzuschlag von 7.7% (ausmachend Fr. 101.40) geltend gemacht. Weil der Wohnsitz des Beschwerdeführers als Empfänger der anwaltschaftlichen Dienstleistung im Ausland liegt, ist jedoch keine Mehrwertsteuer beziehungsweise kein Zuschlag für die Mehrwertsteuer auszurichten (Art. 1 Abs. 2 i.V.m. Art. 8 Abs. 1 und 18 Abs. 1 MWSTG [SR 641.20] sowie Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE; vgl. auch Urteil des BVGer F-3638/2016 vom 20. Dezember 2016 E. 8). Im Umfang seines hälftigen Obsiegens ist ihm folglich eine von der Vorinstanz auszurichtende Parteientschädigung in Höhe von Fr. 658.30 zuzusprechen.

8.3 Das Honorar für den als amtlichen Anwalt eingesetzten Rechtsvertreter im Umfang der verbleibenden Hälfte von Fr. 658.30 geht zulasten der Gerichtskasse des Bundesverwaltungsgerichts. Hinzu kommt hier die Mehrwertsteuer von 7.7 Prozent ausmachend Fr. 50.70. Dem unentgeltlichen Rechtsbeistand ist demnach aus der Gerichtskasse ein amtliches Honorar von Fr. 709.– (inkl. MWSt.) auszurichten. Der Beschwerdeführer hat das

amtliche Honorar dem Bundesverwaltungsgericht zurückzuerstatten, sollte er später zu hinreichenden Mitteln gelangen (Art. 65 Abs. 4 VwVG).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Das Einreiseverbot wird bis zum 13. Juni 2020 befristet.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.

Die Vorinstanz hat dem Beschwerdeführer eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 658.30 zu entrichten.

4.

Das Bundesverwaltungsgericht entrichtet dem als amtlichen Rechtsbeistand eingesetzten Rechtsvertreter zulasten der Gerichtskasse ein Honorar von Fr. 709.–.

5.

Dieses Urteil geht an:

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

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Andreas Trommer

Giulia Santangelo

Versand: