



Abteilung VI
F-1421/2022

Urteil vom 13. September 2023

Besetzung

Richter Sebastian Kempe (Vorsitz),
Richterin Regula Schenker Senn,
Richter Gregor Chatton,
Gerichtsschreiber Daniel Grimm.

Parteien

A. _____,
vertreten durch MLaw Matthias Wackerle,
Advokatur Walche, Turnerstrasse 26,
Postfach 426, 8042 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand

Einreiseverbot; Verfügung des SEM vom 25. Februar 2022.

Sachverhalt:**A.**

Die Beschwerdeführerin (geb. [...]) ist Staatsangehörige Grossbritanniens und Russlands. Am 23. Dezember 2016 heiratete sie in Zürich einen Schweizer Staatsangehörigen, worauf sie vom Kanton Zürich eine bis zum 3. März 2022 gültige Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA erhielt (Akten des Migrationsamtes des Kantons Zürich [ZH-act. 14-23]). Aus der Ehe ging der Sohn B._____ (geb. [...]) hervor. Mitte Mai 2018 zog die Familie nach Luxemburg, worauf die Beschwerdeführerin einen Aufenthaltstitel für dieses Land erwarb. Die bisherige, vom Kanton Zürich ausgestellte ausländerrechtl. Bewilligung erlosch (ZH-act. 24-28). Im April 2021 kehrte ihr Ehemann in die Schweiz zurück.

B.

Am 21. Februar 2022 reiste die Beschwerdeführerin, von Frankreich kommend, in die Schweiz ein. Zwei Tage später wurde sie in Zürich im Warenhaus «Y._____ AG» nach dem Passieren des Kassensbereiches wegen des Verdachts auf Ladendiebstahl angehalten und verhaftet. Dabei wurde ihr vorgeworfen, in den Lokalitäten von «X._____» (in der «Y._____ AG» eingemietetes Geschäft) und der «Y._____ AG» mehrere Kleidungsstücke (Damenhosen, Damenjacke, Dessous) im Gesamtwert von Fr. 1'414.70 behändig zu haben, ohne sie zu bezahlen (ZH-act. 35-45).

C.

Am darauffolgenden Tag wurde die Beschwerdeführerin von der Stadtpolizei Zürich zur Sache einvernommen. In diesem Rahmen machte sie unzutreffende Angaben zu ihren Personalien und erklärte, weder verheiratet zu sein, noch Kinder zu haben (ZH-act. 58-63). Im Anschluss an die Einvernahme erhielt die nicht geständige Beschuldigte die Möglichkeit, sich zur Wegweisung und allfälligen Verhängung einer Fernhaltemassnahme zu äussern (ZH-act. 50/51).

D.

Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis vom 25. Februar 2022 wurde die Beschwerdeführerin wegen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB und rechtswidriger Einreise zu einer bedingten Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu je Fr. 30.–, unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren, verurteilt (ZH-act. 29-32). Dagegen erhob sie fristgerecht Einsprache.

E.

Nach der am 25. Februar 2022 erfolgten Haftentlassung verfügte das Migrationsamt des Kantons Zürich am gleichen Tag die Wegweisung der Beschwerdeführerin und forderte sie auf, die Schweiz sowie den Schengen-Raum und die Europäische Union (EU) bis zum 1. März 2022 zu verlassen (ZH-act. 71-73).

F.

Ebenfalls am 25. Februar 2022 (gleichentags eröffnet) erliess die Vorinstanz gegenüber der Beschwerdeführerin ein ab dem 2. März 2022 gültiges Einreiseverbot für die Dauer von zwei Jahren. Zudem ordnete sie die Ausschreibung dieser Massnahme im Schengener Informationssystem (SIS II) an und entzog einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung (Akten der Vorinstanz [SEM-act.] 2 und 3).

G.

Mit Eingabe vom 25. März 2022 gelangte die Beschwerdeführerin an das Bundesverwaltungsgericht und erhob Beschwerde gegen die vorgenannte Verfügung. In der Sache beantragte sie die Aufhebung der angefochtenen Verfügung, in verfahrensrechtlicher Hinsicht ersuchte sie um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde.

Das Rechtsmittel war mit einer Reihe von Unterlagen (luxemburgischer Aufenthaltstitel der Beschwerdeführerin, Familienausweis, sonstige Ausweiskopien, Mietverträge, Fotos von Ehemann und Kind, Nachweis der finanziellen Unterstützung seitens des Gatten, Antwort der Schule Z. _____ betr. Aufnahme des Sohnes in den Kindergarten) ergänzt (Akten des BVGer [Rek-act.] 1).

H.

Mit Eingabe vom 20. Mai 2022 ersuchte die Beschwerdeführerin, unter Hervorhebung der mit dem Einreiseverbot verbundenen Eingriffe in das Familienleben, um unverzügliche Behandlung des Antrags auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde (Rek-act. 5).

I.

Mit Zwischenverfügung vom 31. Mai 2022 wies das Bundesverwaltungsgericht das Begehren um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde ab (Rek-act. 7).

J.

Gestützt auf den vorgelegten luxemburgischen Aufenthaltstitel veranlasste

das SEM im Rahmen seiner Vernehmlassung vom 5. Juli 2022 die sofortige Löschung der SIS-Ausschreibung. Bezogen auf die Gültigkeit des zweijährigen Einreiseverbots für das Gebiet der Schweiz und des Fürstentums Liechtenstein schloss es auf Abweisung der Beschwerde (Rek-act. 10).

K.

Replikweise hielt die Beschwerdeführerin am 16. August 2022 am eingereichten Rechtsmittel fest (Rek-act. 12).

L.

Mit Eingabe vom 3. Oktober 2022 erkundigte sich die Beschwerdeführerin nach dem Verfahrensstand und ergänzte, dass sich die Einschulung ihres Sohnes in der Schweiz wegen der verhängten Massnahme verzögere (Rek-act. 13).

M.

Per 1. März 2023 hat der vorsitzende Richter das vorliegende Verfahren aus organisatorischen Gründen vom vormaligen Instruktionsrichter übernommen.

N.

Mit verfahrensleitender Anordnung vom 13. April 2023 wurde der Beschwerdeführerin die Möglichkeit eingeräumt, den Sachverhalt zu aktualisieren und abschliessende Bemerkungen anzubringen. Davon machte sie am 10. Mai 2023 Gebrauch (Rek-act. 15 und 16).

O.

Auf den weiteren Akteninhalt – einschliesslich der beigezogenen Akten des Migrationsamtes des Kantons Zürich – 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 im Sinne von Art. 5 VwVG, sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Als Vorinstanzen gelten die in Art. 33 VGG genannten Behörden. Dazu gehört auch das SEM, 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 VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

1.3 Die Beschwerdeführerin ist als Verfügungsadressatin zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (Art. 50 Abs. 1 und 52 Abs. 1 VwVG), soweit sie durch die während des Verfahrens erfolgte Löschung der SIS-Ausschreibung nicht gegenstandslos geworden ist (vgl. Art. 58 Abs. 3 VwVG).

1.4 Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in der vorliegenden Sache endgültig (vgl. Art. 83 Bst. c Ziff. 1 BGG).

2.

Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann vorliegend die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts sowie die Unangemessenheit gerügt werden (vgl. Art. 49 VwVG). Das BVGer wendet 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. Massgeblich ist grundsätzlich die Sachlage zum Zeitpunkt seines Entscheides (vgl. BVGE 2014/1 E. 2 m.H.).

3.

3.1 Die Beschwerdeführerin ist Staatsangehörige von Grossbritannien und Russland. Als Folge des Brexit kommt das Freizügigkeitsabkommen (FZA, SR 0.142.112.681) zwischen der Schweiz und der EU für das Vereinigte Königreich (UK) seit dem 1. Januar 2021 nicht mehr zur Anwendung. UK-Staatsangehörige gelten ab diesem Zeitpunkt nicht mehr als EU/EFTA-Staatsangehörige, sondern als Drittstaatsangehörige. Ausgenommen von dieser Regelung sind jene UK-Staatsangehörige, welche im Rahmen des FZA Rechte erworben haben und diese weiterhin ausüben (zum Ganzen vgl. Art. 10 Ziff. 1 Bst. b des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Vereinigten Königreich von Grossbritannien und Nordirland über die Rechte der Bürgerinnen und Bürger infolge des

Austritts des Vereinigten Königreichs aus der Europäischen Union und des Wegfalls des Freizügigkeitsabkommens [SR 0.142.113.672]). Wie sich dem Sachverhalt entnehmen lässt, ist die der Beschwerdeführerin im Februar 2017 ausgestellte EU/EFTA-Bewilligung mit der am 15. Mai 2018 erfolgten Abmeldung nach Luxemburg erloschen (ZH-act. 24-28), weshalb sie sich, entgegen der in der Beschwerdeschrift geäusserten Auffassung, nicht mehr auf das FZA berufen kann. Die Streitsache beurteilt sich daher, unter Vorbehalt anderen Völkerrechts, nach der schweizerischen Ausländergesetzgebung (vgl. Art. 2 Abs. 2 des Ausländer- und Integrationsgesetzes [AIG, SR 142.20]).

3.2 Weil die Beschwerdeführerin über einen Aufenthaltstitel in Luxemburg verfügt, hat das SEM die Ausschreibung der Fernhaltemassnahme im SIS während des Rechtsmittelverfahrens hingegen wiedererwägungsweise gelöscht (siehe Sachverhalt Bst. J hiavor).

4.

4.1 Das SEM kann nach Art. 67 Abs. 2 AIG (in der hier anwendbaren, bis am 21. November 2022 gültig gewesenen Fassung vom 18. Juni 2010 [AS 2010 5925, nachfolgend: aAbs.]) Einreiseverbote gegen ausländische Personen erlassen, die gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen haben oder diese gefährden. Das Einreiseverbot wird für eine Dauer von höchstens fünf Jahren verhängt (Art. 67 Abs. 3 erster Satz AIG). Es kann für eine längere Dauer verfügt werden, wenn die betroffene Person eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellt (Art. 67 Abs. 3 zweiter Satz AIG). Aus humanitären oder anderen wichtigen Gründen kann die zuständige Behörde von der Verhängung eines Einreiseverbots absehen oder ein solches vollständig oder vorübergehend aufheben (Art. 67 Abs. 5 erster Satz AIG).

4.2 Das Einreiseverbot stellt keine Sanktion für vergangenes Fehlverhalten dar, sondern dient der Abwendung einer künftigen Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (siehe Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8. März 2002 [nachfolgend: Botschaft] BBl 2002 3813). Bestand ein solches Verhalten in der Vergangenheit, so wird die Gefahr entsprechender künftiger Störungen von Gesetzes wegen vermutet (vgl. etwa BVGE 2017 VII/2 E. 4.4 m.H.).

4.3 Die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 67 aAbs. 2 Bst. a AIG bildet den Oberbegriff der polizeilichen Schutzgüter. Sie umfasst

unter anderem die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung und der Rechtsgüter Einzelner (vgl. Botschaft, a.a.O. S. 3809). In diesem Sinne liegt ein Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung unter anderem dann vor, wenn gesetzliche Vorschriften oder behördliche Verfügungen missachtet werden (vgl. Art. 77a Abs. 1 Bst. a der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE, SR 142.201]). Eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung liegt vor, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Aufenthalt der betroffenen Person in der Schweiz mit erheblicher Wahrscheinlichkeit zu einem Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung führen wird (Art. 77a Abs. 2 VZAE).

5.

5.1 Die Vorinstanz begründete die angefochtene Verfügung damit, dass die Beschwerdeführerin u.a. wegen Diebstahls habe verzeigt werden müssen. Dieses Delikt stelle einen schweren Verstoss gegen die Gesetzgebung dar, womit eine schwerwiegende Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 67 aAbs. 2 Bst. a AIG einhergehe. Der Erlass einer Fernhaltemassnahme von zwei Jahren zur Vermeidung künftiger Delikte erscheine auch unter Berücksichtigung der privaten Interessen als gerechtfertigt und verhältnismässig. In der Vernehmlassung wies das SEM ergänzend darauf hin, dass die Beschwerdeführerin erst im Rechtsmittelverfahren geltend gemacht habe, mit einem Schweizer Bürger verheiratet zu sein. Auch das gemeinsame Kind habe sie erst in diesem Rahmen erstmals erwähnt.

5.2 Die Beschwerdeführerin hielt in der Rechtsmitteleingabe vom 25. März 2022 im Wesentlichen dagegen, gegen den Strafbefehl fristgerecht Einsprache erhoben zu haben, weshalb für sie die Unschuldsvermutung gelte. Sodann wäre selbst im Falle einer späteren Verurteilung wegen des angezeigten Diebstahls weder von einem erheblichen Verstoss noch von wiederholten Widerhandlungen gegen die gesetzliche Ordnung auszugehen. Ins Gewicht falle weiter, dass sie nicht vorbestraft sei, weshalb die individuelle Legalprognose günstig ausfalle. Gänzlich unberücksichtigt geblieben seien schliesslich ihre privaten und familiären Verhältnisse. Sie sei Ehegattin eines Schweizer Bürgers und Mutter eines Schweizer Kindes. Die betreffenden Beziehungen seien aktuell und würden tatsächlich gelebt. Für den Sommer 2022 sei geplant gewesen, dass sie mit ihrem Kind in die Schweiz zum Ehegatten zurückkehren, damit das Kind hierzulande eingeschult werden könne. Durch das Einreiseverbot werde das Privat- und Familienleben der Betroffenen massiv tangiert. Es sei nicht zuletzt mit Blick

auf Art. 8 EMRK und Art. 3 des Übereinkommens vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (KRK, SR 0.107) als unverhältnismässig zu qualifizieren. Erstmals in der Replik brachte die Beschwerdeführerin überdies vor, die verhängte Massnahme verstosse gegen das Dualismusverbot. Infolge des strafprozessualen Verzichts auf eine Landesverweisung erweise sich das Einreiseverbot mithin als unzulässig.

6.

6.1 Vorweg gilt zu prüfen, ob das zweijährige Einreiseverbot, welches sich auf ein hängiges Strafverfahren wegen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB stützt, das Dualismusverbot verletzt.

6.2 Am 1. Oktober 2016 sind im Zuge der Umsetzung des mit der Annahme der Ausschaffungsinitiative geschaffenen Art. 121 Abs. 3 bis 6 BV die Bestimmungen über die obligatorische und fakultative Landesverweisung (Art. 66a ff. StGB) in Kraft getreten. Gleichzeitig wurden Art. 62 Abs. 2 AIG und Art. 63 Abs. 3 AIG eingeführt, die den Widerruf von Bewilligungen (und anderer Verfügungen nach dem AIG) für unzulässig erklären, der nur damit begründet wird, dass ein Delikt begangen wurde, für das ein Strafgericht bereits eine Strafe oder Massnahme verhängt, jedoch von einer Landesverweisung abgesehen hat. Damit sollte vermieden werden, dass der unter dem früheren Recht bestehende Dualismus von strafrechtlicher Landesverweisung und ausländerrechtlichem Bewilligungswiderruf wieder eingeführt wird. Der ausländerrechtliche Widerruf ist daher unzulässig, wenn er allein gestützt auf ein Delikt erfolgt, für das ein Strafgericht bereits eine Strafe oder Massnahme verhängt und keine Landesverweisung ausgesprochen hat (vgl. hierzu Urteil des BVGer F-3533/2021 vom 8. März 2023 E. 5.1 m.H.).

6.3 Eine vergleichbare Regelung der Zulässigkeit eines Einreiseverbots kennt das AIG nicht. Verfügt jedoch eine straffällige ausländische Person über einen Aufenthaltstitel in der Schweiz, der aufgrund Art. 62 Abs. 2 AIG bzw. Art. 63 Abs. 3 AIG nicht widerrufen werden kann, dann ist im Sinne einer Reflexwirkung auch ein Einreiseverbot nach Art. 67 AIG unzulässig. Denn eine ausländische Person mit einem gültigen Aufenthaltstitel kann ohnehin nicht mit einem Einreiseverbot belegt werden. Auf die Frage, wie zu verfahren ist, wenn die betroffene Person – wie in casu – keinen Aufenthaltstitel besitzt, lässt sich dem AIG weder unmittelbar noch mittelbar eine Antwort entnehmen. In seinem zur Publikation bestimmten Grundsatzurteil F-1776/2019 vom 16. November 2022 nahm sich das Bundesverwaltungsgericht dieser Frage im Kontext der fakultativen Landesverweisung nach

Art. 66a^{bis} StGB an. Es erkannte eine echte Gesetzeslücke, die es modo legislatoris unter Berücksichtigung der vom Gesetzgeber verfolgten Ziele – der Vermeidung des Dualismus und der Verschärfung der bestehenden Praxis gegenüber straffälligen Ausländerinnen und Ausländern – durch eine differenzierte Regelung schloss (ebenda E. 5 und 6.1-6.2 m.H.).

6.4 Die Beschwerdeführerin wurde mit Strafbefehl vom 25. Februar 2022 wegen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB und rechtswidriger Einreise zu einer bedingten Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu je Fr. 30.– verurteilt. Dagegen erhob sie Einsprache. Das entsprechende Strafverfahren ist bei der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis hängig. Beim Diebstahl im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB handelt es sich um ein Vermögensdelikt, welches gemäss Art. 66a^{bis} StGB einer fakultativen Landesverweisung zugänglich ist.

6.5 Der implizite Verzicht auf eine fakultative Landesverweisung in dem Sinne, dass die Staatsanwaltschaft den Fall mit einem Strafbefehl erledigt, bindet das SEM nicht (Urteil F-1776/2019 E. 6.4 m.w.H.). Erfolgt die strafrechtliche Würdigung, wie vorliegend, im Rahmen eines Strafbefehlsverfahrens, wird das SEM auch durch einen expliziten Verzicht nicht gebunden, da der Staatsanwaltschaft nach geltendem Recht (Art. 352 Abs. 2 der Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 [StPO, SR 312.0]) die Zuständigkeit fehlt, eine Landesverweisung anzuordnen (Urteil F-1776/2019 E. 6.5; vgl. auch Urteil des BGer 2C_728/2021 vom 2. März 2022 E. 5; vgl. im Übrigen den Wortlaut von Art. 62 Abs. 2 sowie Art. 63 Abs. 3 AIG, wo jeweils vom Verzicht *eines Strafgerichts* auf eine Landesverweisung die Rede ist).

6.6 Als Zwischenergebnis ist festzustellen, dass die Vorinstanz vorliegend nicht an die strafrechtliche Beurteilung gebunden war und somit das Dualismusverbot nicht verletzt hat.

Mit dem zur Anzeige gebrachten Verhalten der Beschwerdeführerin liegt eine Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 67 aAbs. 2 Bst. a AIG vor, die grundsätzlich ein Einreiseverbot rechtfertigen kann.

7.

7.1 Die Beschwerdeführerin wendet sodann ein, dass sie gegen den Strafbefehl vom 25. Februar 2022 fristgerecht Einsprache erhoben habe, weshalb dieser noch nicht in Rechtskraft erwachsen sei. In der Aktualisierung

vom 10. Mai 2023 ergänzte sie, weil es ihr nicht erlaubt sei, in die Schweiz einzureisen, und die Klärung des Sachverhalts eine staatsanwaltschaftliche Einvernahme gemäss Art. 355 StPO voraussetze, habe das Strafverfahren gegen sie sistiert werden müssen (Rek-act. 16).

7.2 Der Beschwerdeführerin wird u.a. vorgeworfen, am 23. Februar 2022 in zwei Zürcher Verkaufsgeschäften («X. _____» und «Y. _____ AG») Kleidungsstücke im Gesamtwert von Fr. 1'414.70 entwendet zu haben, ohne für diese zu bezahlen. Die Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis befand sie am 25. Februar 2022 deshalb des Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB schuldig. Das erstinstanzliche Urteil ist, wie eben erwähnt, noch nicht rechtskräftig. Im Administrativverfahren gelten jedoch andere Verfahrens- und Beweisregeln als im Strafrecht. Das Strafrecht und das Ausländerrecht verfolgen unterschiedliche Ziele, schützen andere Interessen und sind voneinander unabhängig. So ist die Nichtbeachtung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Sinne des Ausländerrechts nicht notwendigerweise mit der Verletzung von Strafbestimmungen deckungsgleich. Die Migrationsbehörde lässt sich zudem von anderen Überlegungen leiten als die Strafbehörde. Während die Entscheidung des Strafgerichts in erster Linie von der strafrechtlichen Zurechnung sowie von Überlegungen im Zusammenhang mit den Aussichten auf eine soziale Wiedereingliederung des Verurteilten bestimmt wird, ist bei den Migrationsbehörden die Sorge um die öffentliche Sicherheit und Ordnung ausschlaggebend. Die ausländerrechtliche Beurteilung kann daher strenger oder anders ausfallen als diejenige der Strafbehörde (vgl. BGE 140 I 145 E. 4.3; 130 II 493 E. 4.2; Urteile des BVGer F-2128/2022 vom 28. November 2022 E. 6.5.2; F-1367/2019 vom 20. Juli 2021 E. 9.3.2).

7.3 Im Ausländerrecht hat die Behörde folglich in eigener Kompetenz unter Zugrundelegung spezifischer ausländerrechtlicher Kriterien zu beurteilen, ob eine Polizeigefahr besteht. Entsprechend kann ein Einreiseverbot auch dann ergehen, wenn ein rechtskräftiges Strafurteil fehlt, sei es, weil ein Strafverfahren nicht eröffnet oder eingestellt wurde oder, wie in casu, noch hängig ist (vgl. Urteile des BVGer F-5081/2021 vom 31. Oktober 2022 E. 8.2; F-4221/2021 vom 24. Juni 2022 E. 5.1). Unter Berücksichtigung des strafrechtlichen Prinzips der Unschuldsvermutung darf die Behörde jedoch Verfehlungen, die nicht (oder noch nicht) zu einer Verurteilung geführt haben, nur berücksichtigen, soweit sie unbestritten sind oder wenn aufgrund der Akten keine ernsthaften Zweifel bestehen, dass sie der betreffenden Person zur Last zu legen sind (vgl. Urteil des BGer 2C_39/2016 vom 31. August 2016 E. 2.5; Urteil F-1367/2019 E. 9.3.4).

7.4 Vorliegend bestehen aufgrund der Akten keine ernsthaften Zweifel, dass die Beschwerdeführerin die ihr vorgeworfenen Ladendiebstähle begangen hat. Laut der Begründung des vom 25. Februar 2022 datierenden Strafbefehls behändigte die beschuldigte Person am 23. Februar 2022 in dem in der «Y._____ AG» eingemieteten Verkaufsgeschäft «X._____» einen Büstenhalter im Wert von Fr. 440.– und einen Slip im Wert von Fr. 215.–. Danach begab sie sich mit diversen Kleidungsstücken der «Y._____ AG» in die Umkleidekabinen. Dort verstaute sie eine Hose im Wert von Fr. 159.90, eine Damenjacke im Wert von Fr. 399.90 und eine Damenhose im Wert von Fr. 199.90 sowie die erwähnten Dessous von «X._____» in ihrem Rucksack, legte den anderen Teil der Kleider der «Y._____ AG» anschliessend in die Regale zurück und verliess das Warenhaus, ohne die Kleidungsstücke zu bezahlen. Nachdem die Beschwerdeführerin vor Ort gegenüber dem Sicherheitsdienst und dem sie verhaftenden Polizisten zugegeben hatte, die Waren gestohlen zu haben (vgl. Verhaftsrapport [ZH-act. 35/36] und Ermittlungsbericht [ZH act. 54-57]), erklärte sie in der Einvernahme zur Sache tags darauf zunächst noch, dass es das erste Mal gewesen sei, dass ihr dies passiert sei und es blöd gewesen sei, dies zu tun. Im weiteren Verlauf der Einvernahme bestritt sie dann die Tat (im Einzelnen siehe Befragungsprotokoll [ZH-act. 58-63]). Im vorliegenden Rechtsmittelverfahren verwies sie diesbezüglich lediglich darauf, dass sie den Strafbefehl angefochten habe, ohne näher zu erläutern, inwiefern sich der Sachverhalt anders als beschrieben zugetragen haben soll. Ergänzend kann den Akten entnommen werden, dass die Beschwerdeführerin nach dem Passieren des Kassenbereichs angehalten und bei ihr nebst den genannten Kleidungsstücken auch ein Magnet zum Entfernen von Diebstahlsicherungen sichergestellt wurde. Aufgrund der detaillierten und schlüssigen Feststellungen in den Ermittlungsberichten und dem Verhaftsrapport, der Sicherstellungsliste sowie des Aussageverhaltens der beschuldigten Person erachtet es das Bundesverwaltungsgericht deshalb als äusserst unwahrscheinlich, dass die Beschwerdeführerin nichts gestohlen hat.

7.5 Nach dem Gesagten lässt die aktenkundige Beweislage den rechtsgenügend klaren Schluss zu, dass im dargelegten Rahmen fehlbare Handlungen stattgefunden haben, womit die Beschwerdeführerin hinreichenden Anlass zur Verhängung eines Einreiseverbots im Sinne von Art. 67 aAbs. 2 Bst. a AIG gegeben hat. Der im Strafbefehl ebenfalls figurierende Vorwurf der rechtswidrigen Einreise dürfte sich angesichts der britischen Staatsangehörigkeit der Betroffenen derweil als ungerechtfertigt erweisen. Weil das

SEM die angefochtene Verfügung ausschliesslich mit dem Diebstahl begründete, erübrigen sich hierzu indes nähere Ausführungen.

7.6 Gegen die Anordnung einer Fernhaltemassnahme bringt die Beschwerdeführerin ferner vor, dass der ihr vorgeworfene Ladendiebstahl die erforderliche Schwere kaum erreiche, sie nicht vorbestraft sei und nur schon aufgrund der bloss bedingt ausgesprochenen Geldstrafe von einer günstigen Legalprognose auszugehen sei. Hierzu gilt es vorweg anzumerken, dass sich der Deliktsbetrag von Fr. 1'414.70 weit ausserhalb der Geringfügigkeit von Vermögensdelikten bewegt. Wie an anderer Stelle dargelegt (siehe E. 3.1 weiter vorne), ist die Beschwerdeführerin überdies nicht mehr freizügigkeitsberechtigt. Bei Drittstaatsangehörigen kommt der Rückfallgefahr im Vergleich mit Staatsangehörigen einer Vertragspartei des FZA denn eine geringere Tragweite zu (BGE 139 II 121 E. 6.1; 136 II 5 E. 4.2; BVGE 2017 VII/2 E. 4.4). Soweit sie auf Beschwerdeebene darüber hinaus jegliches Rückfallrisiko verneint, ist sie darauf hinzuweisen, dass bei der Prognosestellung unmittelbar an ihr bisheriges Verhalten angeknüpft wird. Solcherart lässt nicht rechtskonformes Verhalten in der Vergangenheit die Gefahr entsprechender künftiger Störungen vermuten (vgl. BVGE 2017 VII/2 E. 4.4, ferner Urteile BVGer F-356/2017 vom 20. Juni 2019 E. 3.2; F-7649/2016 vom 13. März 2018 E. 3.2; Botschaft, a.a.O., S. 3760). Aus ihrer Einschätzung der positiven Legalprognose vermag sie daher nichts zu ihren Gunsten abzuleiten.

7.7 Die Voraussetzungen von Art. 67 aAbs. 2 Bst. a AIG sind somit erfüllt.

8.

8.1 Bestand und Dauer des Einreiseverbots sind unter dem Blickwinkel des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit zu überprüfen. 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. Ausgangspunkt der Überlegungen bilden die Stellung der verletzten oder gefährdeten Rechtsgüter, die Besonderheiten des ordnungswidrigen Verhaltens, die persönlichen Verhältnisse der betroffenen ausländischen Person und das von ihr ausgehende, zukünftige Gefährdungspotenzial (vgl. Art. 5 Abs. 2 BV; Art. 67 Abs. 5 sowie Art. 96 AIG; BGE 139 II 121 E. 6.5.1; BVGE 2017 VII/2 E. 4.5; 2016/33 E. 9; 2014/20 E. 8.1).

8.2 Die von der Beschwerdeführerin zu verantwortende Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung begründet ein relevantes öffentliches

Interesse an der Fernhaltung der betreffenden Person. Das Hauptaugenmerk der Fernhaltungsmassnahme liegt in ihrer spezialpräventiven Zielsetzung. Das Einreiseverbot soll weiteren fehlbaren Handlungen der Beschwerdeführerin in der Schweiz und dem Fürstentum Liechtenstein entgegenwirken und sie überdies anhalten, sich bei einer künftigen Wiedereinreise nach Ablauf der Dauer des Einreiseverbots rechtskonform zu verhalten. Als gewichtig zu erachten ist ebenfalls das bei Drittstaatsangehörigen miteinzubeziehende, generalpräventiv motivierte Interesse, die öffentliche Sicherheit und Ordnung durch eine konsequente Massnahmenpraxis zu schützen (vgl. BVGE 2014/20 E. 8.2 m.H.).

8.3 Den vorstehenden Interessen stellt die Beschwerdeführerin ihre privaten Interessen gegenüber. Sie sei Ehefrau eines Schweizer Bürgers. Der gemeinsame Sohn sei ebenfalls im Besitze der Schweizer Staatsbürgerschaft. Sowohl die eheliche Beziehung als auch die Beziehungen der Eltern zum Kind seien aktuell und würden tatsächlich gelebt. Durch den Erlass eines Einreiseverbots habe die Vorinstanz Art. 8 EMRK und Art. 3 KRK sowie den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verletzt.

8.3.1 Es steht ausser Frage, dass das Einreiseverbot das Recht der Beteiligten auf ein von staatlichen Eingriffen ungestörtes Familienleben berührt. Bei der Beurteilung der Eingriffsschwere gilt es allerdings vorweg klarzustellen, dass Einschränkungen des Privat- und Familienlebens aufgrund sachlicher und funktioneller Unzuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts nicht Verfahrensgegenstand sein können, soweit sie auf das Fehlen eines dauerhaften Anwesenheitsrechts hierzulande zurückzuführen sind. Die Beschwerdeführerin hat ihren Wohnsitz in der Schweiz im Mai 2018 aufgegeben und sich mit ihrem Sohn nach Luxemburg abgemeldet, wodurch ihre Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA erlosch. Mit ihr zog auch ihr Schweizer Ehegatte nach Luxemburg. Letzterer kehrte indes, den Angaben der Beschwerdeführerin zufolge aus beruflichen Gründen, im April 2021 in die Schweiz zurück. Eine erneute Wohnsitznahme in der Schweiz wie auch die Pflege regelmässiger Kontakte zum inzwischen wieder hier ansässigen Ehemann scheitern folglich bereits am fehlenden Aufenthaltsrecht (vgl. BVGE 2014/20 E. 8.3.4), dessen allfällige neuerliche Erteilung im Rahmen des Familiennachzugs in die Zuständigkeit des Wohnsitzkantons des Ehemannes der Beschwerdeführerin fällt.

8.3.2 Wie eben dargetan, hat das über die Beschwerdeführerin verhängte Einreiseverbot über das erloschene Aufenthaltsrecht hinaus zur Folge, dass die Betroffene und ihr sechsjähriger Sohn den hier lebenden

Ehemann bzw. Vater nicht beliebig besuchen dürfen. Die Verhältnismässigkeit der Massnahme an sich wird dadurch grundsätzlich nicht entscheidend in Frage gestellt, wäre das Instrument des Einreiseverbots doch ansonsten gegenüber allen Personen mit Familienangehörigen in der Schweiz per se unzulässig (vgl. hierzu Urteil des BVGer F-733/2018 vom 3. April 2019 E. 7.3 oder Urteil des BGer 2C_270/2015 vom 6. August 2015 E. 8.2). Besondere Umstände, die im Rahmen der vorzunehmenden Einzelfallbeurteilung zu einem anderen Ergebnis führen würden, sind vorliegend nicht ersichtlich.

8.3.3 Der durch Art. 8 EMRK und Art. 13 BV geschützten Garantie des Familienlebens kommt bei der vorliegenden Beurteilung nur so weit Bedeutung zu, als das Einreiseverbot das durch das fehlende Aufenthaltsrecht ohnehin auf kurzzeitige Besuche beschränkte Familienleben zusätzlich erschwert. Eine solche Suspension der Fernhaltungsmassnahme kann vom SEM auf vorgängiges Gesuch hin für eine kurze und klar begrenzte Zeit gewährt werden und sie darf das Einreiseverbot nicht aushöhlen (Art. 67 Abs. 5 AIG; BVGE 2013/4 E. 7.4.3). Selbst wenn die Vorinstanz dem Wunsch nach Kontaktpflege relativ grosszügig nachkäme, könnte ein Familienleben aber lediglich in erheblich eingeschränktem Rahmen sowie unter beträchtlichem administrativem Aufwand stattfinden. Dank des Wegfalls der SIS-Ausschreibung sind allerdings auch Besuche im grenznahen Ausland weiterhin möglich.

8.3.4 Das SEM hat in der Vernehmlassung sodann zu Recht darauf hingewiesen, dass die Beschwerdeführerin erstmals im Rechtsmittelverfahren vorbrachte, mit einem Schweizer Bürger verheiratet zu sein und mit ihm ein gemeinsames Kind zu haben. Anlässlich der Einvernahme zur Sache vom 24. Februar 2022 hatte sie beides ausdrücklich verneint (siehe ZH-act. 58-63, Ziff. 13 und 44). Auch bei der Ausübung des rechtlichen Gehörs zur Fernhaltungsmassnahme hatte sie die familiären Bindungen zur Schweiz mit keinem Wort erwähnt (ZH-act. 50/51). Zudem lebte das Ehepaar seit April 2021 zumindest unter der Woche getrennt. Eigener Darstellung zufolge hat der von Berufes wegen damals in die Schweiz zurückgekehrte Ehemann seine Familie jeweils am Wochenende in Luxemburg besucht. Das Familienleben wurde seither – auf freiwilliger Basis – also nurmehr eingeschränkt gepflegt. Nicht unbeachtet bleiben kann demgegenüber die aktuelle Entwicklung in den familiären Verhältnissen. Sowohl die geplante Einschulung des Kindes in der Schweiz als auch der aufgrund des Mietvertrags (4,5-Zimmerwohnung im Kanton Zürich, lautend auf beide Ehegatten) ohne weiteres umsetzbare Wunsch nach einer Rückkehr der

Beschwerdeführerin in die Schweiz sind denn aktenmässig belegt (vgl. Rek-act. 1, Beilagen 14 und 15).

8.3.5 Soweit auf Beschwerdeebene schliesslich mit dem Kindeswohl argumentiert wird, ist dem Bundesverwaltungsgericht bewusst, dass ein regelmässiger physischer Kontakt des Sohnes mit beiden Elternteilen für dessen Entwicklung, auch in der Phase der Einschulung, wesentlich ist. Unter den gegebenen Umständen erhöht sich das private Interesse an einer Aufhebung des Einreiseverbots gegen die Beschwerdeführerin mit Blick auf das gemäss Art. 3 KRK zu berücksichtigende Kindeswohl. Indes ist durch die unter E. 8.3.3 aufgezeigten Möglichkeiten für die Betroffenen – nicht zuletzt im Kontext des von ihnen ab dem Frühjahr 2021 praktizierten, selbst gewählten Modells getrennter Wohnsitze in zwei verschiedenen Ländern – ein gewisses Mass an Familienleben gewährleistet, bei dem das Kindeswohl nicht ausser Acht gelassen wird. Abgesehen davon dürfte der Sohn aufgrund seines Alters, aber auch der konkreten Begebenheiten noch stark von der Mutter abhängig sein. Entsprechend relativiert sich die festgestellte Erhöhung des privaten Interesses weitgehend.

8.4 Unter Berücksichtigung aller obgenannten Aspekte sowie mit Blick auf die Rechtsprechung (vgl. bspw. Urteile des BVGer F-3183/2020 vom 21. Dezember 2020, F-2369/2018 vom 31. Januar 2020 oder F-5721/2017 vom 9. März 2018) kommt das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass das Einreiseverbot dem Grundsatz nach zu bestätigen ist, dieses jedoch in Bezug auf seine Dauer als unverhältnismässig lang erscheint, weshalb es auf den Urteilszeitpunkt zu reduzieren ist. Damit wird den auf dem Spiel stehenden öffentlichen und den aktuellen privaten Interessen sowie den Anforderungen an eine rechtsgleiche Verwaltungspraxis Rechnung getragen.

9.

Gestützt auf die obigen Erwägungen verletzt die Vorinstanz mit dem auf zwei Jahre bemessenen Einreiseverbot – in Anbetracht des heutigen Aktenstands – Bundesrecht (Art. 49). Die Beschwerde ist deshalb, soweit durch die Löschung der SIS-Ausschreibung nicht gegenstandslos geworden, teilweise gutzuheissen und das gegen die Beschwerdeführerin verhängte Einreiseverbot auf den Urteilszeitpunkt zu begrenzen.

10.

Die Verfahrenskosten sind in der Regel der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Unterliegt diese teilweise, so werden die Verfahrenskosten

ermässigt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Weil das SEM die angefochtene Verfügung (einschliesslich der SIS-Ausschreibung) unter den damaligen Umständen (die entscheidenden familiären Bindungen wurden erst im Rechtsmittelverfahren offengelegt und vorher sogar explizit verneint; nachträglich vorgelegter luxemburgischer Aufenthaltstitel) zu Recht erlassen hat, sind die bisher aufgelaufenen Kosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 3 VwVG) und es ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird, soweit sie nicht gegenstandslos geworden ist, teilweise gutgeheissen und das Einreiseverbot auf den Zeitpunkt des Urteils befristet.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 1'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie sind durch den am 21. Juni 2022 in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss gedeckt.

3.

Eine Parteientschädigung wird nicht zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin und die Vorinstanz.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Sebastian Kempe

Daniel Grimm

Versand:

Zustellung erfolgt an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. ZEMIS [...])