



Urteil vom 13. Juni 2024

Besetzung

Richter Basil Cupa (Vorsitz),
Richterin Regula Schenker Senn,
Richter Daniele Cattaneo,
Gerichtsschreiber Lukas Schmid.

Parteien

A._____,
Beschwerdeführerin,
vertreten durch Dr. iur. Patrick Götze,
Rechtskraft - Advokatur & Business Coaching,
gegen

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

Gegenstand

Einreiseverbot; Verfügung des SEM vom 24. Mai 2023.

Sachverhalt:**A.**

Die österreichische Staatsangehörige A. _____ (geb. 1997, nachfolgend: Beschwerdeführerin) wurde am 23. Mai 2023 wegen Verdachts auf Trickbetrug von der Kantonspolizei (...) festgenommen. Gemäss Anzeigerapport soll sie unmittelbar zuvor einen ihr unbekannten, älteren Mann angesprochen, ihm von ihrer Geldnot erzählt und ihn anschliessend dazu bewogen haben, bei der Bank Fr. 4'700.– abzuheben, um ihr den Geldbetrag zu übergeben. Die Bankangestellte informierte die Polizei und zahlte dem älteren Mann den Betrag nicht aus. Anlässlich der gleichentags durch die Kantonspolizei (...) durchgeführten Einvernahme wurde der Beschwerdeführerin das rechtliche Gehör zu einer Wegweisung und einer allfälligen Verhängung eines Einreiseverbots gewährt.

B.

Mit Verfügung vom 24. Mai 2023 wies die Fremdenpolizei (...) die Beschwerdeführerin per sofort aus der Schweiz weg.

C.

Die Staatsanwaltschaft (...) sprach die Beschwerdeführerin mit Strafbefehl vom 24. Mai 2023 des versuchten Betrugs schuldig und verurteilte sie zu einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 30.–, bedingt erlassen bei einer Probezeit von 2 Jahren und einer Busse von Fr. 150.–. Die Beschwerdeführerin erhob dagegen Einsprache.

D.

Ebenfalls am 24. Mai 2023 (gleichentags eröffnet) erliess die Vorinstanz gegenüber der Beschwerdeführerin ein zweijähriges Einreiseverbot für die Schweiz und das Gebiet des Fürstentums Liechtenstein, gültig ab sofort bis am 23. Mai 2025. Gleichzeitig entzog sie einer allfälligen Beschwerde vorsorglich die aufschiebende Wirkung.

E.

Gegen diesen Entscheid liess die Beschwerdeführerin am 23. Juni 2023 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht einreichen und beantragte, die Verfügung der Vorinstanz vom 24. Oktober 2019 (recte: 24. Mai 2023) sei aufzuheben. Eventualiter sei das Beschwerdeverfahren bis zum rechtskräftigen Abschluss des Strafverfahrens zu sistieren, subeventualiter das Einreiseverbot auf die Dauer von einem Jahr zu begrenzen. Im Weiteren beantragte sie die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde.

F.

Mit Zwischenverfügung vom 5. Juli 2023 wies das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch um Sistierung des Beschwerdeverfahrens und um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde ab.

G.

Die Vorinstanz hielt in der Vernehmlassung vom 20. September 2023 vollumfänglich an ihrer Verfügung fest und beantragte die Abweisung der Beschwerde.

H.

Mit Replik vom 10. November 2023 hielt die Beschwerdeführerin an ihren eingangs gestellten Rechtsbegehren fest.

I.

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

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Verfügungen des SEM, die ein Einreiseverbot im Sinne von Art. 67 AIG (SR 142.20) zum Gegenstand haben, unterliegen der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (Art. 112 Abs. 1 AIG i.V.m. Art. 31 ff. VGG).

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

1.3 Die Beschwerdeführerin ist zur Erhebung des Rechtsmittels legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (Art. 50 Abs. 1 und 52 Abs. 1 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 Sachverhalts und, im Falle von Bundesbehörden, die Unangemessenheit gerügt werden (vgl. Art. 49 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht wendet im Beschwerdeverfahren das Bundesrecht von Amtes wegen an

und ist nicht an die Begründung der Begehren gebunden (Art. 62 Abs. 4 VwVG). Massgeblich ist grundsätzlich die Sachlage im Entscheidzeitpunkt (vgl. BVGE 2020 VII/4 E. 2.2 m.H.).

3.

Die Beschwerdeführerin ist Staatsangehörige Österreichs und damit einer Vertragspartei des Abkommens über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits (Freizügigkeitsabkommen, FZA, SR 0.142.112.681). Gemäss Art. 2 Abs. 2 AIG ist daher das ordentliche Ausländerrecht – bestehend aus dem AIG und seinen Ausführungsverordnungen – nur soweit anwendbar, als das FZA keine abweichenden Bestimmungen enthält oder die Bestimmungen des ordentlichen Ausländerrechts günstiger sind.

4.

Die Vorinstanz kann nach Art. 67 Abs. 1 Bst. c AIG Einreiseverbote gegenüber weggewiesenen Ausländerinnen und Ausländern verfügen, die gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen haben oder diese gefährden. Ein Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung liegt insbesondere vor, wenn gesetzliche Vorschriften oder behördliche Verfügungen missachtet werden (Art. 77a Abs. 1 Bst. a der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE, SR 142.201]). Von einer Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ist auszugehen, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Aufenthalt der betroffenen Person in der Schweiz mit erheblicher Wahrscheinlichkeit zu einer Nichtbeachtung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung führt (Art. 77a Abs. 2 VZAE).

5.

5.1 Im Anwendungsbereich des Freizügigkeitsabkommens stellt ein Einreiseverbot nach Art. 67 AIG eine Massnahme dar, welche die Ausübung vertraglich zugesicherter Rechte auf Freizügigkeit – hier des Rechts auf Einreise (Art. 3 FZA i.V.m. Art. 1 Abs. 1 Anhang I FZA) – einschränkt. Solche Massnahmen sind gemäss Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA nur zulässig, wenn sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind (Ordre-Public-Vorbehalt). Die Konkretisierung des Ordre-Public-Vorbehalts erfolgt durch die drei Richtlinien 64/221/EWG (ABl. Nr. L 56/850 vom 4. April 1964), 72/194/EWG (ABl. Nr. L 121/32 vom 26. Mai 1972) und 75/35/EWG (ABl. Nr. L 14/14 vom 20. Januar 1975) in ihrer Fassung zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des

Freizügigkeitsabkommens (Art. 16 Abs. 1 FZA i.V.m. Art. 5 Abs. 2 Anhang I FZA) und die vor diesem Zeitpunkt bestandene, einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft (EuGH; Art. 16 Abs. 2 FZA). In diesem Sinne schränkt das Freizügigkeitsabkommen die ausländerrechtlichen Befugnisse nationaler Behörden bei der Handhabung ausländerrechtlicher Massnahmen wie solchen eines Einreiseverbots ein.

5.2 Abweichungen vom Grundsatz des freien Personenverkehrs sind nach der Rechtsprechung eng auszulegen. Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA setzt ausser der Störung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit, wie sie jede Gesetzesverletzung darstellt, eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung voraus, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt. Ob das der Fall ist, beurteilt sich nach dem persönlichen Verhalten der betreffenden Person. Eine strafrechtliche Verurteilung für sich allein genügt nicht ohne weiteres (Art. 3 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 64/221/EWG). Sie kann nur insoweit herangezogen werden, als die ihr zugrundeliegenden Umstände ein persönliches Verhalten erkennen lassen, das eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit darstellt. Art. 5 Anhang I FZA steht mit anderen Worten Massnahmen entgegen, die im Sinne eines Automatismus an vergangenes Fehlverhalten anknüpfen, und solchen, die aus Gründen der Generalprävention angeordnet werden. Insoweit kommt es im Unterschied zum Landesrecht auf das Rückfallrisiko an, wobei die in Kauf zu nehmende Rückfallgefahr umso geringer ist, je schwerer die möglichen Rechtsgüterverletzungen wiegen (vgl. BGE 139 II 121 E. 5.3). Nicht vorausgesetzt wird dabei, dass die betroffene Person mit Sicherheit wieder delinquieren wird. Umgekehrt ist für das Verneinen der Rückfallgefahr auch nicht erforderlich, dass kein Restrisiko mehr besteht (Urteil des BGer 2C_1071/2016 vom 30. März 2017 E. 4.5.2).

6.

6.1 Die Vorinstanz begründet das zweijährige Einreiseverbot damit, dass die Beschwerdeführerin wegen versuchten Betrugs mit einer Deliktsumme von Fr. 4'700.– Anlass zu einem Strafverfahren gegeben hat. In Anbetracht der gesamten Umstände müsse davon ausgegangen werden, dass sich die Beschwerdeführerin mit Betrügereien ihr Leben finanziere und einzig aus dem Grund, sich in betrügerischer Art und Weise finanzielle Mittel beschaffen zu wollen, in die Schweiz eingereist sei. Es sei deshalb von einer Rückfallgefahr und damit auch von einer gegenwärtigen und hinreichend schweren Gefährdung der Grundinteressen der Gemeinschaft im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA auszugehen. Aufgrund des bisherigen

Verhaltens der Beschwerdeführerin, der von ihr an den Tag gelegten kriminellen Energie und der damit einhergehenden Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sei der Erlass einer Fernhaltemassnahme gestützt auf Art. 67 Abs. 1 Bst. c AIG angezeigt.

6.2 Die Beschwerdeführerin führt in ihrer Rechtsmitteleingabe dagegen an, dass sich das gegen sie verhängte Einreiseverbot einzig auf den nicht rechtskräftigen Strafbefehl vom 24. Mai 2023 stütze, gegen welchen sie Einsprache erhoben habe. Die Grundlagen des Einreiseverbots seien noch nicht abschliessend geklärt. Weiter seien die Voraussetzungen für die Anordnung eines Einreiseverbots gegenüber freizügigkeitsberechtigten Personen gem. Art. 5 Anhang I FZA nicht gegeben. Beim ihr vorgeworfenen versuchten Betrug handle es sich nicht um ein Kapitalverbrechen und entgegen den Behauptungen der Vorinstanz sei sie auch keine Wiederholungstäterin.

6.3 In Ihrer Vernehmlassung führt die Vorinstanz aus, dass auch das Begehen von Eigentumsdelikten ein Einreiseverbot nach sich ziehen könne. Ein strafrechtliches Urteil sei für den Erlass eines Einreiseverbots aber nicht notwendig. Weiter führt die Vorinstanz unter Verweis auf die aus den polizeilichen Akten hervorgehenden Aussagen der Beteiligten aus, die Beschwerdeführerin habe mit ihrem Verhalten die klare Absicht gezeigt, einen betagten Mann unter Angabe falscher Tatsachen in verwerflicher Weise um Geld zu betrügen. Dieses rücksichtslose Verhalten dürfe nicht als Bagatelle abgetan werden. Das auf zwei Jahre befristete Einreiseverbot sei zur Verhinderung von gezielt auf betagte Personen gerichtete Delinquenz gerechtfertigt und verhältnismässig.

7.

7.1 Gegen die Beschwerdeführerin erging am 24. Mai 2023 ein Strafbefehl wegen versuchten Betrugs im Sinne von Art. 146 Abs. 1 i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB, wogegen die Beschwerdeführerin zunächst Einsprache erhob. Am 22. Januar 2024 erliess die Staatsanwaltschaft (...) in Absprache mit der Beschwerdeführerin einen neuen, inhaltlich identischen Strafbefehl, der den angefochtenen Strafbefehl ersetzt. Der Strafbefehl vom 22. Januar 2024 ist unangefochten in Rechtskraft erwachsen. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass ein Einreiseverbot unabhängig vom Strafverfahren erlassen werden und grundsätzlich auch dann verhängt werden kann, wenn ein rechtskräftiges Strafurteil fehlt (vgl. dazu anstelle vieler: Urteile des BVGer F-4263/2023 vom 12. Februar 2024 E. 8.1; F-1860/2022 vom 29. März 2023 E. 7.1). Vorliegend ist damit zweifellos ein Fehlver-

halten gegeben, das als Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung gemäss Art. 67 Abs. 1 Bst. c AIG grundsätzlich geeignet ist, die Verhängung eines Einreiseverbots nach sich zu ziehen.

7.2 Weiter ist im Folgenden zu prüfen, ob von der Beschwerdeführerin eine nach dem FZA vorausgesetzte Rückfallgefahr (vgl. E. 5.2 hiavor) ausgeht.

7.2.1 Aus dem rechtskräftigen Strafbefehl vom 22. Januar 2024 geht hervor, dass die Beschwerdeführerin sich am 23. Mai 2023 in (...) gezielt an einen 87-jährigen Mann wandte und ihm wahrheitswidrig vortäuschte, sich in einer Notlage zu befinden. Sie habe dem Mann erzählt, sie sei Mutter von drei kleinen Kindern und mit ihrer Miete im Rückstand. Wenn sie drei ausstehende Monatsmieten von je Fr. 1'500.– nicht bezahle, verliere sie ihre Wohnung. Den Betrag von Fr. 4'500.– könne sie im Juni zurückzahlen. Gemäss dem Strafbefehl gelang es ihr, den Geschädigten zu veranlassen, mit ihr nach (...) zu seiner Bank zu gehen, wobei die Bankmitarbeiterin Verdacht schöpfte und die Auszahlung des Geldbetrags verweigerte. Der Vollständigkeit halber ist zu erwähnen, dass der Geschädigte eigenen Aussagen zufolge bei der Bank Fr. 4'700.– abheben wollte, um der Beschwerdeführerin zusätzlich Fr. 200.– Essensgeld zu geben. Aus diesem Grund geht die Vorinstanz von einer Deliktsumme von Fr. 4'700.– aus, während die Staatsanwaltschaft die Deliktsumme auf Fr. 4'500.– beziffert.

7.2.2 Vor dem Hintergrund dieses Sachverhalts gilt es vorab zu bedenken, dass die Beschwerdeführerin keine schwerwiegende Rechtsgutverletzung – darunter fallen rechtsprechungsgemäss die Beeinträchtigung der physischen, psychischen und sexuellen Integrität, Drogenhandel, organisierte Kriminalität sowie Terrorismus und Menschenhandel (BGE 139 II 121 E. 6.3) – begangen hat. Zwar können auch Vermögensdelikte Anlass für freizügigkeitsrechtsbeschränkende Massnahmen bilden. Dies bedingt jedoch, dass sich die Rückfallgefahr im konkret zu beurteilenden Einzelfall hinreichend manifestiert (vgl. etwa Urteil des BGer 2C_360/2020 vom 26. August 2020 E. 4.3.2; Urteile des BVGer F-1860/2022 vom 29. März 2023 E. 7.2.2; F-4843/2021 vom 25. August 2022 E. 7.3.2).

7.2.3 Auch wenn das Verhalten der Beschwerdeführerin – insbesondere mit Blick auf die Arglist ihrer Vorgehensweise – keinesfalls zu bagatellisieren ist, so ist im Hinblick auf die erwirkte Strafe ein schweres Verschulden im Sinne der einschlägigen Rechtsprechung zu verneinen. Das vergleichsweise geringe strafrechtliche Verschulden der Beschwerdeführerin findet seinen Ausdruck in einer Strafe, die mit einer Geldstrafe von 30

Tagessätzen zu je Fr. 30.– am unteren Ende des bis fünf Jahre Freiheitsstrafe reichenden gesetzlichen Strafraumens angesiedelt ist (siehe zur Bejahung einer Rückfallgefahr bei FZA-Angehörigen in Bezug auf Vermögensdelikte: Urteile des BGer 2C_16/2018 vom 31. Januar 2019 E. 4.2; 2C_724/2017 vom 18. Juli 2018 E. 4.3.1 f.; Urteile des BVGer F-925/2020 vom 30. August 2021 E. 6.4.3; F-3516/2017 vom 16. August 2018 E. 6.4; F-2023/2016 vom 31. Januar 2017 E. 6.1). Zudem ist die Beschwerdeführerin weder im schweizerischen Strafregister verzeichnet noch sind im österreichischen Strafregister Einträge vorhanden. Demnach ist nicht ohne weiteres von einer hinreichend konkreten Rückfallgefahr auszugehen.

7.2.4 Dem mit Strafbefehl vom 22. Januar 2024 geahndeten Delikt liegt bei gegebenem Aktenstand ein bisweilen einmaliges Fehlverhalten zugrunde. Die Missachtung der genannten Strafnorm (Art. 146 Abs. 1 i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB) wiegt zwar durchaus schwer, sie hat vorliegend jedoch nicht das Mass erreicht, um eine freizügigkeitsbeschränkende Massnahme – nicht zuletzt unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit – zu rechtfertigen (vgl. ähnlich etwa Urteile des BVGer F-1860/2022 vom 29. März 2023 E. 7.2.4; F-4843/2021 vom 25. August 2022 E. 7).

7.3 Das Bundesverwaltungsgericht gelangt im Rahmen der Gesamtschau aller Sachverhaltselemente zum Schluss, dass das nachweislich fehlbare Verhalten der Beschwerdeführerin in Anbetracht der konkreten Umstände (noch) keine hinreichend konkrete Gefährdung der öffentlichen Ordnung begründet, welche die Grundinteressen der Gesellschaft berührt, und zugleich unter dem Aspekt der Spezialprävention gerechtfertigt wäre. Folglich wurde das gegen sie verhängte Einreiseverbot zu Unrecht ausgesprochen.

Die Beschwerdeführerin wird jedoch darauf hingewiesen, dass in Zukunft die Verhängung eines Einreiseverbots gegen sie in Betracht käme, sollte sie erneut straffällig werden oder die öffentliche Sicherheit und Ordnung anderweitig gefährden. Sie wird in diesem Sinne ausdrücklich ausländerrechtlich verwarnet (Art. 96 Abs. 2 AIG; vgl. Urteil des BVGer F-1860/2022 vom 29. März 2023 E. 7.3 m.H.).

8.

Nach dem Gesagten ist die angefochtene Verfügung bundesrechtswidrig (Art. 49 Bst. a VwVG). Die Beschwerde ist daher gutzuheissen.

9.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten aufzuerlegen.

(vgl. Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG). Der vertretenen Beschwerdeführerin ist angesichts ihres Obsiegens gestützt auf Art. 64 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) zu Lasten der Vorinstanz eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen. Der Parteivertreter hat keine Kostennote eingereicht, so dass die Entschädigung aufgrund der Akten festzulegen ist (Art. 14 Abs. 2 VGKE). In Berücksichtigung der Notwendigkeit der Eingaben, der Schwierigkeit der Streitsache in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht sowie der Bandbreite der ausgerichteten Entschädigungen in vergleichbaren Fällen (vgl. etwa Urteil des BVGer F-1860/2022 vom 29. März 2023 E. 9) ist die Parteientschädigung auf total Fr. 1'200.– festzusetzen.

(Dispositiv nächste Seite).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen, die Verfügung vom 24. Mai 2023 aufgehoben und die Beschwerdeführerin im Sinne der Erwägungen ausländerrechtlich verwarnt.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der entrichtete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 1'000.– wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet.

3.

Die Vorinstanz hat die Beschwerdeführerin für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht mit Fr. 1'200.– zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz und die Einwohnerdienste (...).

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Basil Cupa

Lukas Schmid

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: