



Urteil vom 24. Oktober 2024

Besetzung

Richterin Regula Schenker Senn (Vorsitz),
Richter Gregor Chatton,
Richterin Susanne Genner,
Gerichtsschreiberin Joana Maria Mösch.

Parteien

A. _____ ,
vertreten durch
Marc Spescha, Rechtsanwalt, (...)
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand

Einreiseverbot;
Verfügung des SEM vom 3. November 2023.

Sachverhalt:**A.**

Die Beschwerdeführerin (thailändische Staatsangehörige, geb. [...]) besitzt eine unbefristete Aufenthaltsbewilligung für Italien.

Am 31. Oktober 2023 reiste sie in die Schweiz ein und mietete in einem Massagecenter in (...) ein Zimmer. Tags darauf veröffentlichte sie eine Internetanzeige, in welcher sie für erotische Massagen warb. Anlässlich einer Polizeikontrolle vom 3. November 2023 im Massagecenter wurde sie wegen Verdachts der illegalen Erwerbstätigkeit kontrolliert und noch am selben Tag von der Kantonspolizei Aargau zur Sache einvernommen, in deren Rahmen ihr auch das rechtliche Gehör bezüglich einer Entfernungsg- und Fernhaltmassnahme gewährt wurde.

B.

Mit Verfügung vom 3. November 2023 (eröffnet am selben Tag) wies das Amt für Migration und Integration des Kantons Aargau die Beschwerdeführerin unter Androhung eines allfälligen zwangsweisen Vollzugs weg und forderte sie auf, die Schweiz innert eines Tages zu verlassen.

C.

Gleichentags verhängte die Vorinstanz über die Beschwerdeführerin ein Einreiseverbot für die Dauer von zwei Jahren (5. November 2023 bis 4. November 2025) für die Schweiz und Liechtenstein und entzog einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung.

D.

Am 4. November 2023 verliess die Beschwerdeführerin die Schweiz.

E.

Die Beschwerdeführerin focht die vorinstanzliche Verfügung mit Eingabe vom 4. Dezember 2023 beim Bundesverwaltungsgericht an. Dabei beantragte sie die Aufhebung des Einreiseverbots. In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragte sie, die aufschiebende Wirkung der Beschwerde wiederherzustellen und ihr eine Parteientschädigung zuzusprechen.

F.

Mit Zwischenverfügung vom 19. Dezember 2024 wies das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde ab und forderte die Beschwerdeführerin zur Leistung eines Kostenvorschusses auf.

G.

Die Vorinstanz liess sich mit Vernehmlassung vom 22. Januar 2024 vernehmen und beantragte die Abweisung der Beschwerde.

H.

Mit Strafbefehl vom 23. Januar 2024 wurde die Beschwerdeführerin wegen versuchter Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung zu einer bedingten Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 30.– sowie zu einer Busse von Fr. 150.– verurteilt.

I.

Die Beschwerdeführerin replizierte mit Eingabe vom 29. Februar 2023 und hielt an ihren Anträgen fest.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**1.**

1.1 Verfügungen des SEM, die ein Einreiseverbot nach Art. 67 AIG (SR 142.20) zum Gegenstand haben, unterliegen der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (Art. 112 Abs. 1 AIG i.V.m. Art. 31 ff. VGG). Das Rechtsmittelverfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

1.2 Die Beschwerdeführerin ist zur Erhebung der Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist daher einzutreten (Art. 50 Abs. 1 VwVG und Art. 52 Abs. 1 VwVG).

1.3 Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in der vorliegenden Angelegenheit 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 Bundesverwaltungsgericht 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 im Zeitpunkt seines Entscheides (vgl. BVGE 2014/1 E. 2 m.H.).

3.

3.1 Gemäss Art. 67 Abs. 1 Bst. c AIG verfügt das SEM unter Vorbehalt von Abs. 5 derselben Bestimmung ein Einreiseverbot gegenüber ausländischen Personen, 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 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).

3.2 Ein Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung liegt 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]). Widerhandlungen gegen Normen des Ausländerrechts, aber auch ganz allgemein gegen Normen des Strafrechts fallen ohne weiteres unter diese Begriffsbestimmung und können ein Einreiseverbot nach sich ziehen. Die Verhängung eines Einreiseverbots knüpft an das Risiko einer künftigen Gefährdung an. Gestützt auf sämtliche Umstände des Einzelfalles ist eine entsprechende Prognose zu stellen. Dabei ist naturgemäss primär das vergangene Verhalten der betroffenen Person zu berücksichtigen (vgl. anstelle vieler Urteil des BVGer F-4025/2017 vom 1. Oktober 2018 E. 3.2 m.H.). Es genügt dabei, wenn der ausländischen Person eine Sorgfaltpflichtverletzung zugerechnet werden kann. Unkenntnis oder Fehlinterpretation der Einreise- und Aufenthaltsvorschriften stellen in der Regel keinen hinreichenden Grund für ein Absehen von einer Fernhaltmassnahme dar (vgl. anstelle vieler Urteil des BVGer F- 1934/2022 vom 6. März 2023 E. 4.3 m.H.).

3.3 Ein Einreiseverbot ist gemäss Art. 67 Abs. 1 Bst. d AIG zu erlassen, sofern eine Person eine Straftat im Kontext des Aufenthaltsrechts begangen hat oder den Versuch einer solchen Tat unternommen hat. Die in Frage stehenden Straftaten umfassen die Folgenden: rechtswidrige Ein- oder Ausreise, rechtswidriger Aufenthalt oder Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung (Art. 115 AIG), Förderung der rechtswidrigen Beschäftigung von ausländischen Personen ohne Bewilligung (Art. 117 AIG) sowie Täuschung der Behörden (Art. 118 AIG).

3.4 Aus humanitären oder anderen wichtigen Gründen kann ausnahmsweise von der Verhängung eines Einreiseverbots abgesehen oder ein Einreiseverbot aufgehoben oder suspendiert werden. Dabei sind namentlich die Gründe, die zum Einreiseverbot geführt haben, sowie der Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung und die Wahrung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz gegenüber den privaten Interessen der betroffenen Person an einer Aufhebung abzuwägen (Art. 67 Abs. 5 AIG).

3.5 Die Beschwerdeführerin erhielt ihre unbefristete Aufenthaltsbewilligung für Italien gestützt auf einen Familiennachzug zufolge der Heirat ihrer Mutter mit einem italienischen Staatsangehörigen. Es liegt damit keine Konstellation vor, die unter das FZA-Abkommen (Freizügigkeitsabkommen, FZA, SR 0.142.112.681) fällt (vgl. etwa Urteil des BVGer F-1679/2022 vom 5. Februar 2024 E. 3.4.1 m.H.).

4.

4.1 Zur Begründung der angefochtenen Verfügung führt die Vorinstanz aus, die Beschwerdeführerin sei in der Schweiz erwerbstätig gewesen, ohne im Besitze der dazu erforderlichen ausländerrechtlichen Bewilligung gewesen zu sein. Sie sei bereits in Italien der Tätigkeit als Masseurin nachgegangen und habe anlässlich der Einvernahme durch die Polizei angegeben, in der Schweiz arbeiten zu wollen. Für Besuche ihres Freundes in der Schweiz stehe es ihr frei, ein Gesuch um Suspension des Einreiseverbots einzureichen.

4.2 Die Beschwerdeführerin wendet dagegen ein, sie habe in der Schweiz lediglich bewilligungsfreie Probearbeiten ausführen wollen. Aus diesem Grund habe sie eine Anzeige im Internet aufgegeben und dafür Fr. 400.– bezahlt. Sie habe nie die Absicht gehabt, einer illegalen Tätigkeit nachzugehen, sondern sei in erster Linie in die Schweiz gekommen, um ihren hier lebenden Lebenspartner zu besuchen und anschliessend mit ihm nach Palma in den gemeinsamen Urlaub zu fliegen. Ihr Lebenspartner habe arbeiten müssen, weshalb sie die Zeit habe nutzen wollen, um zu evaluieren, ob für sie in der Schweiz eine Arbeitsmöglichkeit bestehe. Ihre berufliche Integration in Italien spreche zudem gegen die Annahme einer Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung durch die Ausübung einer illegalen Erwerbstätigkeit in der Schweiz.

5.

5.1 Gemäss Art. 11 Abs. 1 erster Satz AIG benötigen Ausländerinnen und Ausländer, die in der Schweiz eine Erwerbstätigkeit ausüben wollen, unab-

hängig von der Aufenthaltsdauer eine Bewilligung. Der ausländerrechtliche Begriff der Erwerbstätigkeit ist weit gefasst (vgl. SPESCHA, in: Spescha et al. [Hrsg.], Kommentar Migrationsrecht, 5. Aufl. 2019, Art. 11 AIG N. 2). Als Erwerbstätigkeit im Sinne des Gesetzes gilt jede üblicherweise gegen Entgelt ausgeübte unselbständige oder selbständige Tätigkeit, selbst wenn sie unentgeltlich erfolgt (Art. 11 Abs. 2 AIG, Art. 1a und 2 VZAE). Eine Tätigkeit gilt dann als üblicherweise gegen Entgelt verrichtet, wenn sie ihrer Art und ihrem Umfang nach auf dem schweizerischen Arbeits- und Dienstleistungsmarkt angeboten wird (vgl. GRASDORF-MEYER, in: Caroni/Thurnherr [Hrsg.], Handkommentar zum Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG), 2. Aufl. 2024, Art. 11 N. 8). Ohne Belang für die Qualifikation als Erwerbstätigkeit ist dabei, ob die Beschäftigung nur stunden- oder tageweise oder vorübergehend ausgeübt wird (vgl. Art. 1a und 2 VZAE).

5.2 Gemäss Aktenlage schaltete die Beschwerdeführerin am 1. November 2024 eine Anzeige auf, worin sie ihr Angebot als erotische Masseurin bewarb, was von ihr nicht bestritten wird. Mit der Anbietung einer solchen konkreten Dienstleistung im gewerblichen Bereich hat sie eine Handlung vorgenommen, die üblicherweise auf die Erzielung eines Entgelts gerichtet ist. Damit hat sie klar beabsichtigt, eine Tätigkeit auszuüben, die unter den Begriff der Erwerbstätigkeit fällt. Nicht von Belang ist die von ihr angeführte fehlende Absicht, einer illegalen Tätigkeit nachzugehen (vgl. Urteil des BVGer F-295/2023 vom 23. Oktober 2023 E. 5.2). Auch der Umstand, dass sie in der Zeit zwischen der Veröffentlichung der Internetanzeige und der Festnahme durch die Polizei allenfalls aus zeitlichen Gründen nicht in der Lage war, eine Probearbeit zu absolvieren, spricht nicht zu ihren Gunsten. Vielmehr fällt ins Gewicht, dass die Art der von ihr angebotenen Dienstleistung (erotische Massagen) üblicherweise als selbständige Erwerbstätigkeit zu qualifizieren ist und sie diese Tätigkeit auch in Mailand anbietet. Gegen sie spricht ferner die zeitliche Abfolge der Ereignisse an ein und demselben Tag: Nicht nur bezog sie am 1. November 2023 ihr Zimmer im erwähnten Massagezentrum, sondern sie erhielt auch am gleichen Ort ein Angebot zur Probearbeit sowie die Möglichkeit, eine persönliche Internetanzeige zu verfassen und online zu stellen. Der in der Beschwerdeschrift zitierte BGE 137 IV 297 betreffend Probearbeit, wonach eine Bewilligung zur Erwerbstätigkeit erst nach Vertragsabschluss und im Zeitpunkt des Stellenantritts vorliegen muss und somit die Stellenbewerbung und die Teilnahme an einem Anstellungsverfahren noch keine entsprechende Bewilligung voraussetzen, ist vorliegend nicht einschlägig. Zum einen handelt es sich hierbei um eine nicht vergleichbare Konstellation, zum anderen ist nach der allgemeinen Verkehrsauffassung

davon auszugehen, dass mit der Schaltung einer Internetanzeige unmittelbar mit der Aufnahme der entsprechenden – und in casu selbständigen – Erwerbstätigkeit begonnen werden kann und somit – anders als im zitierten BGE – nicht von einer Probearbeit im Sinne eines Anstellungsverfahrens auszugehen ist.

5.3 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin im beschriebenen Umfang eine Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 11 Abs. 2 AIG in naher Zukunft ausgeübt hätte. Indem sie die konkrete Planung dieser Tätigkeit ohne die erforderliche Bewilligung durchgeführt hat, hat sie gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen. Damit hat sie den Fernhaltegrund nach Art. 67 Abs. 1 Bst. c AIG gesetzt.

Mit rechtskräftigem Strafbefehl vom 23. Januar 2024 wurde sie wegen versuchter Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung (Art. 115 Abs. 1 Bst. c AIG i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB) verurteilt. Der Tatbestand von Art. 67 Abs. 1 Bst. d AIG ist somit ebenfalls erfüllt, weshalb die Voraussetzungen für den Erlass eines Einreiseverbots gegeben sind.

6.

6.1 Der Bestand und die 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 (BVGE 2016/33 E. 9.2; 2014/20 E. 8.1). Ausgangspunkt der Überlegungen bilden die Stellung der verletzten oder gefährdeten Rechtsgüter, die Besonderheiten des ordnungswidrigen Verhaltens und die persönlichen Verhältnisse der betroffenen ausländischen Person (vgl. Art. 67 Abs. 5 sowie Art. 96 Abs. 1 AIG; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 555 ff.).

6.2 Das generalpräventiv motivierte Interesse daran, die ausländerrechtliche Ordnung durch eine konsequente Massnahmenpraxis zu schützen, ist als gewichtig einzustufen (zur Zulässigkeit der Berücksichtigung generalpräventiver Aspekte in Konstellationen, in denen wie hier kein sogenannter Vertragsausländer betroffen ist, vgl. Urteile des BGer 2C_516/2014 vom 24. März 2015 E. 4.3.2 oder 2C_282/2012 vom 31. Juli 2012 E. 2.5 je m.H.). Dazu kommt eine spezialpräventive Zielsetzung der Massnahme, die Betroffene zu ermahnen, ausländerrechtliche Bestimmungen zukünftig einzuhalten und so einer weiteren Störung der öffentlichen Sicherheit und

Ordnung entgegenzuwirken (vgl. Urteil des BVGer vom F-1827/2018 vom 30. September 2019 E. 7.1). Mit ihrem Verhalten hat die Beschwerdeführerin nach dem bisher Gesagten gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen beziehungsweise unter diesen Oberbegriff fallende Rechtsgüter gefährdet. Damit besteht ein gewichtiges öffentliches Interesse an ihrer befristeten Fernhaltung.

6.3 Den öffentlichen Fernhalteinteressen sind die privaten Interessen der Beschwerdeführerin gegenüber zu stellen. Diese bestehen im Besuch ihres Lebenspartners sowie ihrer Freunde in der Schweiz. Die Beziehung zu ihrem Partner, mit welchem sie gemäss eigenen Aussagen seit Juni 2023 zusammen ist, fällt zufolge der Dauer nicht in den Anwendungsbereich von Art. 8 EMRK; dies wird sodann auch nicht geltend gemacht. Die vorübergehende Einschränkung in der Pflege der genannten Kontakte hat die Beschwerdeführerin selbst zu verantworten und in Kauf zu nehmen. Diese Einschränkung ist insofern nicht erheblich, als Kontakte von begrenzter Dauer auch auf andere Weise als durch Einreisen in die Schweiz, zum Beispiel mit Kommunikationsmitteln gepflegt werden können.

6.4 Eine wertende Gewichtung der sich gegenüberstehenden Interessen führt das Bundesverwaltungsgericht zum Ergebnis, dass das auf zwei Jahre befristete Einreiseverbot dem Grundsatz nach und in Bezug auf seine Dauer eine verhältnismässige und angemessene Massnahme zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung darstellt.

Im Übrigen ist die Vorinstanz ihrer Begründungspflicht im Rahmen der Vernehmlassung nachgekommen. Die Beschwerdeführerin hat daraufhin in der Replik die ursprüngliche Rüge einer Verletzung des rechtlichen Gehörs, die im Fliesstext der Beschwerde vorgebracht wurde, auf Replikebene nicht mehr moniert. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs liegt nicht vor.

7.

Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung im Lichte von Art. 49 VwVG nicht zu beanstanden ist. Die Beschwerde ist abzuweisen.

8.

Angesichts des Verfahrensausgangs sind die Kosten der unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen und auf Fr. 1'000.– festzusetzen (vgl.

Art. 63 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]). Sie sind durch den geleisteten Kostenvorschuss gedeckt.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

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

3.

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin und die Vorinstanz.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Regula Schenker Senn

Joana Maria Mösch

Versand: