



Urteil vom 3. November 2022

Besetzung

Richter Andreas Trommer (Vorsitz),
Richter Yannick Antoniazza-Hafner,
Richter Gregor Chatton,
Gerichtsschreiberin Corina Fuhrer.

Parteien

A. _____,
Beschwerdeführerin,
vertreten durch Gertrud Flügel, Advokatur Flügel,

gegen

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

Gegenstand

Einreiseverbot.

Sachverhalt:**A.**

Die Beschwerdeführerin, eine (...) geborene brasilianische Staatsangehörige, reiste am 8. August 2019 in Portugal in den Schengen-Raum ein, von wo sie gemäss eigenen Angaben am 16. Februar 2020 für einen Besuchsaufenthalt bei ihrem Freund, einem portugiesischen Staatsangehörigen mit Wohnsitz in der Schweiz, hierher gelangte. Anlässlich einer Verkehrskontrolle am 28. Januar 2021 sowie der tags darauf erfolgten polizeilichen Einvernahme stellte die Kantonspolizei B. _____ einen weit über die zulässige Aufenthaltsdauer im Schengen-Raum hinausgehenden Aufenthalt der Beschwerdeführerin in der Schweiz fest. Gleichzeitig wurde ihr das rechtliche Gehör zu einer Wegweisung und der allfälligen Verhängung eines Einreiseverbots gewährt. Die Beschwerdeführerin gab an, aufgrund der Pandemie ihre Stelle in Portugal verloren zu haben und deswegen in der Schweiz geblieben zu sein (vgl. Akten der Migrationsbehörde des Kantons B. _____ [kant.-act.] 5 ff.).

B.

Mit Verfügung vom 29. Januar 2021 wurde die Beschwerdeführerin von der Migrationsbehörde des Kantons B. _____ aus der Schweiz sowie aus dem Schengen-Raum weggewiesen, wobei ihr eine Ausreisefrist bis zum 7. Februar 2021 angesetzt wurde. Gemäss Ausreisemeldung verliess sie die Schweiz am letzten Tag der gesetzten Frist (kant.-act. 24 ff.).

C.

Ebenfalls mit Verfügung vom 29. Januar 2021 (gleichentags eröffnet) erliess die Vorinstanz gegenüber der Beschwerdeführerin ein zweijähriges Einreiseverbot, gültig ab dem 8. Februar 2021 bis zum 7. Februar 2023, und ordnete dessen Ausschreibung im Schengener Informationssystem (SIS II) an. Gleichzeitig entzog sie einer allfälligen Beschwerde vorsorglich die aufschiebende Wirkung (Akten der Vorinstanz [SEM-act.] 3 und 4).

D.

Mit Rechtsmitteleingabe vom 1. März 2021 gelangte die Beschwerdeführerin dagegen an das Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragte die Änderung der angefochtenen Verfügung im Sinne einer Reduktion des Einreiseverbots auf ein Jahr (Akten des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer-act.] 1).

E.

Mit Strafbefehl vom 26. März 2021 sprach die Staatsanwaltschaft

C. _____ die Beschwerdeführerin des rechtswidrigen Aufenthalts in der Schweiz schuldig und verurteilte sie zu einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu je Fr. 30.– (bedingt erlassen bei einer Probezeit von zwei Jahren) sowie einer Busse von Fr. 500.– (kant.-act. 80 ff.).

F.

Die Vorinstanz beantragte in ihrer Vernehmlassung vom 19. April 2021 die Abweisung der Beschwerde (BVGer-act. 9).

G.

Mit Replik vom 27. Mai 2021 hielt die Beschwerdeführerin an ihrem Rechtsbegehren fest und zeigte dem Bundesverwaltungsgericht unter Beilage entsprechender Urkunden an, ihren in der Schweiz aufenthaltsberechtigten Lebenspartner am 13. April 2021 in Brasilien geheiratet zu haben (BVGer-act. 11).

H.

Mit Duplik vom 9. August 2021 hielt die Vorinstanz vollumfänglich an ihrer Verfügung fest, stellte jedoch in Aussicht, im Falle einer Bewilligung des Familiennachzugs zugunsten der Beschwerdeführerin durch die kantonale Migrationsbehörde das Einreiseverbot wiederwägungsweise aufzuheben (BVGer-act. 15). Die Duplik wurde der Beschwerdeführerin am 17. August 2021 zur Kenntnis gebracht (BVGer-act. 16).

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).

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

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

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 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 Entscheids (BGE 139 II 534 E. 5.4.1; BVGE 2014/1 E. 2).

3.

3.1 Gemäss Art. 67 Abs. 2 Bst. a i.V.m. Art. 67 Abs. 3 AIG kann die Vorinstanz für die Dauer von höchstens fünf Jahren ein Einreiseverbot gegen ausländische Personen verfügen, wenn sie 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 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 Sorgfaltspflichtverletzung zugerechnet werden kann. Unkenntnis oder Fehlinterpretation der Einreise- und Aufenthaltsvorschriften stellen in der Regel keinen hinreichenden Grund für ein Absehen von einer Fernhaltungsmassnahme dar (vgl. Urteil des BVGer F-1156/2018 vom 13. Dezember 2019 E. 4.2 m.H.).

3.2 Wird gegen eine Person, die nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats der Europäischen Union oder der Europäischen Freihandelsassoziation besitzt, ein Einreiseverbot verhängt, so wird sie nach Massgabe der Bedeutung des Falles im Schengener Informationssystem (SIS) zur Einreiseverweigerung ausgeschrieben (vgl. Art. 21 und 24 der Verordnung

[EU] 2018/1861 des europäischen Parlaments und des Rates vom 28. November 2018 über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems [SIS] im Bereich der Grenzkontrollen, zur Änderung des Übereinkommens zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen und zur Änderung und Aufhebung der Verordnung [EG] Nr. 1987/2006 [SIS-II] Abl. L 312/14 vom 7.12.2018, nachfolgend: SIS-II-VO) und Art. 21 der N-SIS-Verordnung vom 8. März 2013 (SR 362.0).

4.

4.1 Die Vorinstanz begründete das Einreiseverbot im Wesentlichen damit, die Beschwerdeführerin habe sich weit über den bewilligungsfreien Zeitraum hinaus im Schengen-Raum aufgehalten. Zudem sei sie in der Schweiz erwerbstätig gewesen, ohne im Besitz der hierfür erforderlichen Bewilligung zu sein. Dies stelle einen Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz im Sinne von Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG dar.

4.2 Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, sich seit ihrer Einreise in die Schweiz am 16. Februar 2020 bis zu ihrer Anhaltung am 28. Januar 2021 ununterbrochen hier aufgehalten zu haben und dabei nach Ablauf der bewilligungsfreien Zeit von 90 Tagen (mithin ab dem 17. Mai 2020) widerrechtlich in der Schweiz verblieben zu sein. Allerdings sei es unzutreffend, dass sie in der Schweiz erwerbstätig gewesen sei; solches habe sie bereits anlässlich der polizeilichen Einvernahme vom 29. Januar 2021 abgestritten und der entsprechende Verdacht habe auch nicht erhärtet werden können. Vor diesem Hintergrund sei das zweijährige Einreiseverbot unverhältnismässig und willkürlich beziehungsweise verletze ihre persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV).

4.3 Die Beschwerdeführerin darf als brasilianische Staatsangehörige visumsfrei in den Schengen-Raum einreisen und sich auf diesem Gebiet während 90 Tagen innerhalb eines Zeitraums von 180 Tagen grundsätzlich bewilligungsfrei bewegen (Art. 8 Abs. 3 der Verordnung vom 15. August 2018 über die Einreise und die Visumerteilung [VEV, SR 142.204] i.V.m. Art. 4 Abs. 1 und Anhang II der Verordnung [EU] Nr. 2018/1806 des europäischen Parlamentes und des Rates vom 14. November 2018 zur Aufstellung der Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige beim Überschreiten der Aussengrenzen im Besitz eines Visums sein müssen, sowie der Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige von dieser Visumpflicht befreit sind [ABl. L 303/39 vom 28.11.2018]). Am 8. August 2019 reiste die Beschwer-

deführerin in Portugal in den Schengen-Raum ein, wo sie sich eigenen Angaben zufolge bis zu ihrer Weiterreise in die Schweiz im Februar 2020 aufgehalten habe. Gemäss Feststellungen der Kantonspolizei B._____ verfügte sie weder über ein gültiges Schengen-Visum noch über einen gültigen Aufenthaltstitel für den Schengen-Raum (kant.-act. 36). Hinsichtlich ihres Aufenthalts in Portugal beruft sich die Beschwerdeführerin auf einen Staatsvertrag zwischen Portugal und Brasilien (sog. Dekret Nr. 40/2003 [Beschwerdebeilage 3 zu BVGer-act. 1]), wonach ihr Verbleib dort über den bewilligungsfreien Zeitraum hinaus zulässig gewesen sein soll. Wie es sich damit konkret verhält, kann vorliegend offenbleiben. Unbestritten ist, dass die Beschwerdeführerin am 16. Februar 2020 auf dem Landweg in die Schweiz gelangte und sich somit spätestens nach Ablauf von 90 Tagen, d.h. ab dem 17. Mai 2020 illegal im Schengen-Raum aufhielt. Am 28. Januar 2021 wurde sie in der Schweiz von der Polizei kontrolliert. Damit hat sie die bewilligungsfreie Aufenthaltsdauer im Schengen-Raum um (mindestens) 257 Tage überschritten (sog. Overstay). Dies sah auch die Staatsanwaltschaft C._____ in ihrem – soweit ersichtlich in Rechtskraft erwachsenen – Strafbefehl vom 26. März 2021 als erstellt an (vgl. Sachverhalt Bst. E).

4.4 Zum Vorwurf der illegalen Erwerbstätigkeit ist aktenkundig, dass die Polizei zunächst davon ausging, die Beschwerdeführerin arbeite in der Schweiz als Prostituierte, wobei sich dieser Verdacht nicht erhärten liess. Entsprechend wurde sie per Strafbefehl einzig wegen rechtswidrigen Aufenthalts verurteilt (vgl. kant.-act. 37 ff., 80). Die Vorinstanz geht allerdings davon aus, dass die von der Beschwerdeführerin im Haushalt ihres Lebenspartners verrichteten Arbeiten – wie im Rahmen der polizeilichen Einvernahme zu Protokoll gegeben (kant.-act. 12) – während des rechtswidrigen Aufenthalts ausländerrechtlich als Erwerbstätigkeit zu qualifizieren seien. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass der ausländerrechtliche Begriff der Erwerbstätigkeit weit gefasst ist und jede üblicherweise gegen Entgelt ausgeübte unselbständige oder selbständige Tätigkeit umfasst (Art. 11 Abs. 2 AIG; s. Urteil des BVGer F-2152/2021 vom 15. Dezember 2021 E. 5.1 m.w.H.). Ob die vorliegend in Frage stehende Haushaltstätigkeit in der damals gemeinsam genutzten Wohnung und angesichts der engen Beziehung zwischen der Beschwerdeführerin und ihrem Partner bzw. heutigen Ehemann als bewilligungspflichtige Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 11 Abs. 1 AIG zu gelten hat, ist für den Ausgang des vorliegenden Verfahrens jedoch nicht entscheidend (s. nachfolgend E. 5.4; vgl. Urteil des BVGer F-6906/2018 vom 10. Dezember 2019 E. 6. 3 m.w.H.). Die Beschwerdeführerin hat bereits mit ihrem widerrechtlichen Verbleib in der

Schweiz grundlegende ausländerrechtliche Bestimmungen verletzt und gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen (vgl. Art. 77a Abs. 1 Bst. a VZAE). Der Fernhaltegrund von Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG ist damit gesetzt.

5.

5.1 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 (Art. 96 Abs. 1 AIG; HÄFELIN/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 555 ff.).

5.2 Mit ihrem illegalen Aufenthalt in der Schweiz hat die Beschwerdeführerin – wie erwähnt – gegen zentrale Bestimmungen der ausländerrechtlichen Ordnung verstossen. Ein Overstay von 257 Tagen wiegt zudem objektiv nicht mehr leicht. Ihrem Vorbringen, die COVID-19-Pandemie hätte einen längeren Aufenthalt in der Schweiz nötig gemacht, kann nicht gefolgt werden. Die Beschwerdeführerin belegt weder, dass sie sich je um eine rechtzeitige Ausreise noch um eine Verlängerung der visumsbefreiten Aufenthaltsdauer bemüht hätte. Es muss vielmehr davon ausgegangen werden, dass sie – wäre sie nicht zufälligerweise in eine Verkehrskontrolle geraten – noch auf unbestimmte Zeit bei ihrem Lebenspartner bzw. heutigen Ehemann in der Schweiz verblieben wäre. Angesichts dessen ist von einem erheblichen öffentlichen Interesse an einer befristeten Fernhaltung auszugehen. Darüber hinaus ist auch ein gewichtiges generalpräventiv motiviertes Interesse anzunehmen daran, die ausländerrechtliche Ordnung durch eine konsequente Massnahmenpraxis vor solchen Zuwiderhandlungen zu schützen (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.).

5.3 Dem öffentlichen Fernhalteinteresse sind die privaten Interessen der Beschwerdeführerin gegenüber zu stellen. Solche sind in der von ihr geltend gemachten Beziehung zu einem in der Schweiz aufenthaltsberechtigten portugiesischen Staatsbürger zu erkennen, mit dem sie sich in der Zwischenzeit verheiratet hat. Damit sind allerdings die dargelegten öffentlichen

Interessen nicht zurückzudrängen. Zum einen scheidet ein dauerhaftes Zusammenleben der Beschwerdeführerin und ihres Ehemanns hierzulande vor allem am fehlenden Aufenthaltsrecht der Beschwerdeführerin in der Schweiz. Zum anderen hat die Beschwerdeführerin die nach Erlass der angefochtenen Verfügung eingegangene Ehe korrekterweise zum Anlass genommen, ein Aufenthaltsbewilligungsverfahren einzuleiten. Völlig zu Recht hat die Vorinstanz in ihrer Duplik darauf hingewiesen, dass in Bezug auf das streitige Einreiseverbot ein Wiedererwägungsgrund geschaffen würde, sollte die zuständige kantonale Migrationsbehörde gestützt auf diese Heirat die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung befürworten. Das ist allerdings bis dato nicht geschehen, was gemäss den vorliegenden Akten primär auf die fehlende Mitwirkung der Beschwerdeführerin zurückzuführen ist (kant.-act. 102 f.).

5.4 Demzufolge führt eine wertende Gewichtung der gegenläufigen öffentlichen und privaten Interessen das Bundesverwaltungsgericht zum Ergebnis, dass das angefochtene Einreiseverbot im Grundsatz eine verhältnismässige und angemessene Massnahme zum Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit darstellt. Die Dauer des vorinstanzlichen Einreiseverbots liegt im Rahmen zahlreicher – durch das Bundesverwaltungsgericht geschützter – Vergleichsfälle (widerrechtlichen Aufenthalts in der Schweiz) und ist ebenfalls nicht zu beanstanden (vgl. etwa Urteile des BVGer F-3733/2021 vom 30. September 2022 E. 7.4; F-2155/2021 vom 24. Mai 2022 E. 7.2)

6.

Im Weiteren verhältnismässig, zur Wahrung der Interessen der Gesamtheit aller Schengen-Staaten notwendig und nicht zu beanstanden ist schliesslich die Ausschreibung des Einreiseverbots im Schengener Informationssystem (vgl. Art. 21 i.V.m. Art. 24 Ziff. 3 SIS-II-Verordnung), geht es doch in Konstellationen wie der vorliegenden um zentrale Bestimmungen der migrationsrechtlichen Ordnung (Art. 115 Abs. 1 Bst. b i.V.m. Art. 10 Abs. 1 und 2 AIG).

7.

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

8.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG) und auf insgesamt Fr. 1'000.– festzusetzen (Art. 1–3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Verfahrenskosten sind durch den in gleicher Höhe 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, die Vorinstanz sowie die kantonale Migrationsbehörde.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Andreas Trommer

Corina Fuhrer

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG gegeben sind. 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 Rechtschrift 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: