



Fall-Nr.:	RDRM.2019.55
Stelle:	Generalsekretariat Sicherheits- und Justizdepartement
Instanz:	Sicherheits- und Justizdepartement
Publikationsdatum:	15.09.2021
Entscheiddatum:	30.06.2021

SJD RDRM.2019.55

Art. 64 Abs. 1 Bst. b AIG, Art. 3 FZA in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA. Wegweisung einer österreichischen Staatsangehörigen, die als Touristin in die Schweiz eingereist ist. Die Rekurrentin kann sich auf das FZA berufen. Die Voraussetzungen von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA sind nicht erfüllt. Gutheissung des Rekurses.

Den Entscheid SJD RDRM.2019.55 finden Sie im angehängten PDF-Dokument.



Entscheid vom 30. Juni 2021

Beschwerdeführerin **A.**_____

gegen

Vorinstanz **Migrationsamt St.Gallen**
Verfügung vom 4. April 2019

Betreff **Wegweisungsverfügung**

Geschäftsnummer RDRM.2019.55



Sachverhalt

A. A.____, geboren 16. September 2000, österreichische Staatsangehörige, hielt sich als Touristin im April 2019 in der Schweiz auf. Das Migrationsamt wies sie mit Verfügung vom 4. April 2019 gestützt auf Art. 64 des Ausländer- und Integrationsgesetzes (SR 142.20; abgekürzt AIG) weg, weil sie wegen Begehung mehrfachen Betrugs eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung sowie die internationalen Beziehungen der Schweiz darstellen würde.

B. Das Untersuchungsamt X.____ sprach A.____ mit Strafbefehl vom 5. April 2019 des mehrfachen Betrugs schuldig und verurteilte sie zu einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu je Fr. 30.–, bedingt aufgeschoben bei einer Probezeit von drei Jahren, und einer Busse von Fr. 500.–. Gegen diesen Strafbefehl erhob A.____ Einsprache. Mit Verfügung vom 7. Juni 2019 schrieb das Untersuchungsamt X.____ diese Einsprache als erledigt ab.

C. Bereits am 9. April 2019 hatte A.____, vertreten durch lic.iur. Daniel U. Walder, Rechtsanwalt, Zürich, beim Sicherheits- und Justizdepartement gegen die Wegweisungsverfügung vom 4. April 2019 Beschwerde erhoben. Es wurde beantragt, die angefochtene Verfügung sei vollumfänglich aufzuheben und A.____ nicht aus der Schweiz wegzuweisen. Eventualiter sei die Verfügung vollumfänglich aufzuheben und die Sache zur neuen Beurteilung an das Migrationsamt zurückzuweisen. Zur Begründung wurde im Wesentlichen geltend gemacht, die angefochtene Verfügung sei vollkommen unverhältnismässig. Der Strafbefehl vom 5. April 2019 sei A.____ am gleichen Tag eröffnet worden und sei noch nicht rechtskräftig. Der dem Strafbefehl zugrundeliegende Sachverhalt werde von A.____ bestritten. Die vollkommen unbegründete Konklusion des Migrationsamtes, A.____ stelle wegen eines angeblichen «mehrfachen Betrugs» eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung sowie die internationalen Beziehungen der Schweiz dar, gründe mithin auf einem noch nicht rechtskräftig beurteilten Sachverhalt. Es könne nicht angehen, sich unbesehen einzig auf einen nicht rechtskräftigen Entscheid abzustützen, ohne diesen bzw. den zugrundeliegenden Sachverhalt zu prüfen. Dies würde den Untersuchungsgrundsatz nach Art. 12 Abs. 1 des



Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (sGS 951.1; abgekürzt VRP) verletzen. Der Strafbefehl sei zudem erst einen Tag nach der angefochtenen Verfügung des Migrationsamtes erlassen worden. Es erstaune, dass das Migrationsamt am 4. April 2019 bereits Kenntnis vom Strafbefehl vom 5. April 2019 hatte, denn gemäss Versandliste würde der Strafbefehl erst «nach unbenützter Rechtsmittelfrist» verschickt werden.

Die angefochtene Verfügung erweise sich sodann als vollkommen unverhältnismässig und verletze Art. 96 AIG sowie Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung (SR 101). Als Österreicherin könne sich A.____ auf das Freizügigkeitsabkommen (SR 0.142.112.681; abgekürzt FZA) berufen und habe gemäss Art. 3 FZA sowie Art. 1 Abs. 1 Anhang I FZA einen Anspruch auf Einreise sowie Aufenthalt. Dieser Anspruch könne nur eingeschränkt werde, wenn von der ausländischen Person eine hinreichend schwere und gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit ausgehe (Art. 5 Anhang I FZA). Es werde vom Migrationsamt nicht dargetan, inwiefern die angeblichen Straftaten (mehrfacher Betrug) zu einer hinreichend schweren und gegenwärtigen Gefährdung der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit führen würden. Selbst wenn man der Wegweisung den Strafbefehl vom 5. April 2019 zugrunde legen wollte, genüge dies bei weitem nicht, um eine «hinreichend schwere und gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit» zu begründen. Die Strafe betrage einzig eine Geldstrafe von 90 Tagessätzen. Dies zeige, dass ein Betrug im eigentlichen Bagatellbereich vorliegen würde. Das private Interesse von A.____, sich ungehindert innerhalb der Grenzen Europas zu bewegen bzw. an der ungehinderten Einreise und Aufenthalt in einem dem FZA unterstehenden Mitgliedsstaat, überwiege das nicht grosse öffentliche Interesse an der Wegweisung.

Zudem habe das Migrationsamt in mehrfacher Hinsicht das rechtliche Gehör verletzt. Die angefochtene Verfügung sei vollkommen ungenügend begründet. Hinzu komme, dass das Migrationsamt vor der Anordnung der Entfernungsmassnahme bzw. Wegweisung A.____ das rechtliche Gehör hätte gewähren müssen. Dies sei versäumt worden. Auch aus diesem Grund sei die Verfügung aufzuheben.



D. Mit Schreiben vom 18. April 2019 zeigte der Rechtsvertreter von A.____ seine Mandatsniederlegung an.

E. Das Migrationsamt beantragte am 11. Juni 2019, der Rekurs (richtig: Beschwerde) sei abzuweisen und verzichtete auf eine Vernehmlassung. Es verwies auf seine Verfügung vom 4. April 2019 sowie die Akten.

F. Mit Schreiben vom 4. Februar 2021 ersuchte das Sicherheits- und Justizdepartement beim Untersuchungsamt X.____ um Einsicht in die Akten des Strafverfahrens betreffend A.____. Es ergab sich, dass die Jugendanwältin der Staatsanwaltschaft Y.____ A.____ mit Strafbefehl vom 7. Dezember 2017 des mehrfachen Betrugs, des Betrugsversuchs und der Urkundenfälschung schuldig gesprochen und zu einem Freiheitsentzug von zehn Tagen, mit Gewährung des bedingten Freiheitsentzugs unter Ansetzung einer Probezeit von einem Jahr, verurteilt hatte. Im Schweizerischen Strafregister war A.____ vor Erlass des Strafbefehls durch das Untersuchungsamt X.____ am 5. April 2019 nur mit dem erwähnten Strafbefehl der Jugendanwältin verzeichnet.

G. Mit Schreiben vom 8. März 2021 forderte das Sicherheits- und Justizdepartement A.____ unter Hinweis auf die Säumnisfolgen auf, bis 8. Juni 2021 eine Zustelladresse in der Schweiz oder einen Vertreter mit Wohn- oder Geschäftssitz in der Schweiz zu bezeichnen. Dieses Schreiben wurde ihr rechtshilfeweise zugestellt. A.____ kam der Aufforderung nicht nach.

Erwägungen

1. Die von Amtes wegen vorzunehmende Prüfung der Beschwerde Voraussetzungen ergibt, dass diese sowohl hinsichtlich der Zuständigkeit und der Beschwerdeberechtigung als auch in Bezug auf die Frist- und Formerfordernisse erfüllt sind (Art. 43^{bis}, 45 Abs. 1 und Art. 48 VRP sowie Art. 64 Abs. 3 des Ausländer- und Integrationsgesetzes [SR 142.20; abgekürzt AIG]). Auf die Beschwerde ist einzutreten.



2. Das Migrationsamt verfügte die Wegweisung gestützt auf Art. 64 AIG und begründet sie mit einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung sowie die internationalen Beziehungen.

a) Die Wegweisung ist eine reine Entfernungsmassnahme, die Ausländerinnen und Ausländer zur Ausreise aus der Schweiz verpflichtet. Die zuständigen Behörden erlassen eine ordentliche Wegweisungsverfügung, wenn eine Ausländerin oder ein Ausländer die Einreisevoraussetzungen (Art. 5 AIG) nicht oder nicht mehr erfüllt (Art. 64 Abs. 1 Bst. b AIG). Ausländerinnen und Ausländer, die in die Schweiz einreisen wollen, dürfen nach Art. 5 Abs. 1 Bst. c AIG keine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung sowie die internationalen Beziehungen der Schweiz darstellen. Zu beachten ist dabei aber, dass die Bestimmungen des AIG und deren Ausführungsverordnungen über das Visumverfahren und die Ein- und Ausreise nur gelten, sofern die Schengen-Assoziierungsabkommen keine abweichenden Bestimmungen enthalten (Art. 2 Abs. 4 AIG). Zudem darf Personen, die dem FZA unterstellt sind, das Recht auf Einreise nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit eingeschränkt werden (Art. 3 FZA in Verbindung mit Art. 5 Anhang I FZA). Für sie gelten Art. 5 AIG und Art. 6 der Verordnung (EU) 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rats vom 9. März 2016 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex; ABl. L 77 vom 23. März 2016 S. 1) nicht. EU/EFTA-Staatsangehörige, die sich während höchstens dreier Monate innerhalb eines Zeitraums von sechs Monaten in der Schweiz aufhalten, ohne eine Erwerbstätigkeit auszuüben (Touristen, Besucher und Besucherinnen, Dienstleistungsempfänger/innen usw.) sind weder bewilligungs- noch meldepflichtig (Art. 9 Abs. 1 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [SR 142.201]). Unter Vorbehalt des Ordre public können sie sich auf das FZA berufen, um in die Schweiz einzureisen und sich dort aufzuhalten; die alleinige Voraussetzung dafür ist, dass sie einen gültigen nationalen Reisepass oder eine gültige Identitätskarte besitzen. Es können ihnen keine weiteren Formalitäten auferlegt werden, beispielsweise, dass sie ausreichende finanzielle Mittel für ihren Aufenthalt nachweisen müssen. Sie haben keinen Rechts-



anspruch auf Sozialhilfe (Weisungen und Kreisschreiben des Staatssekretariates für Migration, II. Freizügigkeitsabkommen, Weisungen und Erläuterungen zur Verordnung über den freien Personenverkehr, Bern-Wabern Januar 2021, Ziff. 2.2.1.; Art. 5 Abs. 3 FZA und Art. 23 Anhang I FZA).

Nach der an die Praxis des EuGH angeglichenen Rechtsprechung des Bundesgerichtes setzen Entfernung- oder Fernhaltungsmassnahmen in Zusammenhang mit dem FZA eine hinreichend schwere und gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung durch den betreffenden Ausländer voraus (BGE 2C_237/2015 vom 2. November 2015 E. 2.2.1.). Bei Massnahmen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit darf ausschliesslich das persönliche Verhalten der betreffenden Person ausschlaggebend sein; strafrechtliche Verurteilungen allein können nicht ohne Weiteres diese Massnahmen begründen. Rechtsprechungsgemäss darf daher eine strafrechtliche Verurteilung nur insoweit als Anlass für eine Massnahme herangezogen werden, als die ihr zugrundeliegenden Umstände ein persönliches Verhalten erkennen lassen, das eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung darstellt. Art. 5 Anhang I FZA steht somit Massnahmen entgegen, die (allein) aus generalpräventiven Gründen verfügt werden. Verlangt wird eine nach Art und Ausmass der möglichen Rechtsgüterverletzung zu differenzierende, hinreichende Wahrscheinlichkeit, dass der Ausländer auch künftig die öffentliche Sicherheit und Ordnung stören wird. Die Bejahung einer Rückfallgefahr setzt nicht voraus, dass ein Straftäter mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit wieder delinquieren wird; ebenso wenig kann für die Verneinung einer Rückfallgefahr verlangt werden, dass überhaupt kein Restrisiko einer Straftat besteht. Je schwerer die befürchtete bzw. vernünftigerweise absehbare Rechtsgutverletzung wiegt, umso weniger ist die Wahrscheinlichkeit eines Rückfalls hinzunehmen. Als schwerwiegend gelten Beeinträchtigungen der physischen, psychischen und sexuellen Integrität, der Drogenhandel und die organisierte Kriminalität sowie Terrorismus und Menschenhandel. Die Feststellung einer gegenwärtigen Gefährdung bildet eine Grundvoraussetzung für einen zulässigen Eingriff in die Freizügigkeitsrechte; liegt deshalb keine solche Gefährdung vor, ist ein Eingriff bereits ohne Interessenabwägung nach Art. 5 Anhang I FZA unzulässig (BGE 2C_556/2020 vom 21. Januar 2021 E. 2.3. mit Hinweisen). Mass-



geblich für die Beurteilung der Rückfallsgefahr ist grundsätzlich der Zeitpunkt, in dem die aufenthaltsbeendende Massnahme verfügt wird, wobei die kantonale gerichtliche Instanz die Sachverhaltsentwicklung bis zum Zeitpunkt des Urteils berücksichtigen muss (BGE 2C_980/2018 vom 23. April 2019 E. 5.2.2. mit Hinweisen). Bei Kriminaltouristen, die einzig zwecks der Begehung von Straftaten in die Schweiz einreisen, kann die Berufung auf das FZA als rechtsmissbräuchlich angesehen werden.

b)aa) A.____ besitzt die österreichische Staatsangehörigkeit. Aufgrund der Aktenlagen, auch nach Beizug der Strafakten, kann ihr nicht rechtsgenügend nachgewiesen werden, dass sie einzig zwecks der Begehung von Straftaten in die Schweiz eingereist ist. Damit kann sie sich auf das FZA und damit auf Art. 5 Anhang I FZA berufen.

bb) In seiner Verfügung vom 4. April 2019 begründet das Migrationsamt die Wegweisung der Beschwerdeführerin mit «mehrfachen Betrug». Die Beschwerdeführerin stelle «eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung sowie die internationalen Beziehungen der Schweiz dar». Weiteres Ausführungen machte das Amt nicht.

cc) Das Untersuchungsamt X.____ sprach die Beschwerdeführerin mit Strafbefehl vom 5. April 2019 des mehrfachen Betrugs schuldig und verurteilte sie zu einer bedingt aufgeschobenen Geldstrafe (90 Tagessätze zu je Fr. 30.–) bei einer Probezeit von drei Jahren und einer Busse von Fr. 500.–. Dieser Strafbefehl wurde somit einen Tag nach der durch das Migrationsamt verfügten Wegweisung erlassen und war im Zeitpunkt der Wegweisungsverfügung (noch) nicht rechtskräftig.

Aus den im Rahmen des Beschwerdeverfahrens beigezogenen Strafakten ist zudem ersichtlich, dass die Jugendanwältin der Staatsanwaltschaft Y.____ die damals 17-jährige Beschwerdeführerin mit Strafbefehl vom 7. Dezember 2017 des mehrfachen Betrugs, des Betrugsversuchs und der Urkundenfälschung schuldig gesprochen und sie zu einem Freiheitsentzug von zehn Tagen verurteilt hat. Der Vollzug des Freiheitsentzugs wurde unter Ansetzung einer Probezeit von einem Jahr aufgeschoben.



Selbst wenn dem Migrationsamt im Zeitpunkt des Erlasses der Wegweisungsverfügung vom 4. April 2019 die Verurteilung der Beschwerdeführerin durch die Jugendanwältin bekannt gewesen und der Strafbefehl vom 5. April 2019 rechtskräftig gewesen wäre, wären die Voraussetzungen von Art. 5 Anhang I FZA nicht erfüllt. Die von der Beschwerdeführerin begangenen Delikte stellen entsprechend der bundesgerichtlichen Rechtsprechung keine Verletzung wichtiger Rechtsgüter dar. Die Delikte umfassen Vermögensdelikte, die zu einer bedingten Geldstrafe und einer Jugendstrafe von zehn Tagen Freiheitsentzug führten. Personen hat die Beschwerdeführerin keine Gewalt angetan. In Bezug auf die Rückfallgefahr ist zu beachten, dass die Beschwerdeführerin bereits im Jahr 2017 wegen einer in ähnlicher Form begangenen Straftat verurteilt worden war wie später im Jahr 2019. Doch dies führt nicht dazu, dass bereits davon ausgegangen werden kann, die Beschwerdeführerin zeige ein anhaltend unbelehrbares und renitentes Verhalten, weshalb unter dem Gesichtspunkt von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA von der hinreichenden Wahrscheinlichkeit eines Rückfalls auszugehen ist. Dies zumal seit 5. April 2019 – mithin seit über zwei Jahren – keine weitere Verurteilung der Beschwerdeführerin vorliegt.

c) Insgesamt ist deshalb angesichts der geringen Schwere der Verletzung der betroffenen Rechtsgüter und der geringen Wahrscheinlichkeit eines Rückfalls eine Wegweisung gestützt auf Art. 5 Anhang I FZA vorliegend unzulässig.

3. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen und die angefochtene Verfügung aufzuheben.

4.a) Nach Art. 95 Abs. 1 VRP hat in Verwaltungsstreitigkeiten jener Beteiligte die Verfahrenskosten zu tragen, dessen Begehren ganz oder teilweise abgewiesen werden. In Anwendung von Nr. 20.13.01 des Gebührentarifs für die Kantons- und Gemeindeverwaltung (sGS 821.5) wird die Entscheidgebühr auf Fr. 1'000.– festgesetzt. Die obsiegende Beschwerdeführerin hat keine Verfahrenskosten zu tragen. Von der unterliegenden



Vorinstanz werden keine Kosten erhoben (Art. 95 Abs. 3 VRP). Das Gesuch der Beschwerdeführerin um unentgeltliche Rechtspflege ist somit infolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben.

b)aa) Die Beschwerdeführerin beantragte die unentgeltliche Rechtsverbeiständung. Ihr Rechtsvertreter legte sein Mandat aber am 18. April 2019 nieder. Damit war die Beschwerdeführerin von der Einreichung der Beschwerdeschrift vom 9. April 2019 bis zur Abweisung des Gesuchs um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung vom 18. April 2019 berufsmässig vertreten. Sie kann daher eine Parteientschädigung beanspruchen (VerwGE B 2015/74 vom 28. März 2017 E. 7). Bei diesem Verfahrensausgang ist die Beschwerdeführerin aber nicht gestützt auf Art. 99 VRP (unentgeltliche Rechtsverbeiständung) zu entschädigen, sondern aufgrund des in Art. 98^{bis} VRP verankerten Erfolgsprinzips. Der öffentlich-rechtliche Entschädigungsanspruch auf der Grundlage der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung hat subsidiären Charakter und bleibt ohne Einfluss auf die Prozessentschädigung des unterliegenden Gegners. Er kommt dann zum Tragen, wenn keine Prozessentschädigung geschuldet oder diese uneinbringlich ist. Die Unterscheidung der Anspruchsgrundlagen ist auch dann von Belang, wenn an einem Verfahren ausschliesslich kantonale Behörden beteiligt sind (VerwGE B 2014/74 vom 8. Juli 2014 E. 3.1. mit Hinweisen).

bb) Eine Kostennote liegt nicht vor. Die Entschädigung ist somit nach Ermessen festzusetzen (Art. 6 der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten [sGS 963.75; abgekürzt HonO]). Im Rekursverfahren beträgt das Honorar pauschal Fr. 500.– bis Fr. 6'000.–. Innerhalb dieses Rahmens wird das Grundhonorar nach den besonderen Umständen, namentlich nach Art und Umfang der Bemühungen, der Schwierigkeit des Falles und den wirtschaftlichen Verhältnissen der Beteiligten bemessen (Art. 22 Abs. 1 Bst. a und Art. 19 HonO). Die Pauschale in ausländerrechtlichen Verfahren, in denen über das Anwesenheitsrecht zu befinden ist, bewegt sich in der Regel für das Rekursverfahren in der Grössenordnung von Fr. 1'000.– bis Fr. 2'500.–. Mit diesen Pauschalansätzen wird auch Art und Umfang der üblicherweise erforderlichen Bemühungen Rechnung getragen (VerwGE B 2019/2 vom 23. Mai 2019 E. 5). Den Bemühungen entsprechend ist vorliegend eine Entschädigung in der Höhe



von 1'000.– (einschliesslich Barauslagen, zuzüglich Mehrwertsteuer [MWST]) angemessen. Das Gesuch der Beschwerdeführerin um unentgeltliche Rechtsverbeiständung ist infolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben.

Demgemäss erlässt das Sicherheits- und Justizdepartement als

Entscheid

1. Die Beschwerde von A.____, Z.____, wird gutgeheissen und die Verfügung des Migrationsamtes vom 4. April 2019 aufgehoben.
2. Auf die Erhebung einer Entscheidgebühr von Fr. 1'000.– beim Migrationsamt wird verzichtet.
3. Der Kanton (Migrationsamt) entschädigt A.____ ausseramtlich mit Fr. 1'000.– zuzüglich MWST.
4. Das Gesuch von A.____ um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung wird abgeschrieben.

Der Vorsteher:

Fredy Fässler, lic.iur.
Regierungsrat