

# **BVGer F-1860/2022 vom 29. März 2023**

Bundesverwaltungsgericht, 2023-03-29, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_F-1860\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_F-1860_2022)

FR: TAF F-1860/2022 du 29 mars 2023

IT: TAF F-1860/2022 del 29 marzo 2023

## **Regeste**

Einreiseverbot

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

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

### **E. 1.2**

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

### **E. 1.3**

Die Beschwerdeführerin ist zur Erhebung des Rechtsmittels legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (Art. 50 Abs. 1 und 52 Abs. 1 VwVG).

### **E. 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 eine Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder abweisen. Massgebend ist grundsätzlich die Sachlage zum Zeitpunkt des Entscheids (BVGE 2014/1 E. 2).

### **E. 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.

### **E. 4**

Die Vorinstanz kann nach Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG (in der hier anwendbaren, bis am 21. November 2022 gültig gewesenen Fassung vom 18. Juni 2010 [AS 2010 5925]) Einreiseverbote gegenüber 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 bei einer Missachtung von gesetzlichen Vorschriften oder behördlichen Verfügungen (Art. 77a Abs. 1 Bst. a der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit vom 24. Oktober 2007 [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). Das Einreiseverbot wird (grundsätzlich) für eine Dauer von höchstens fünf Jahren verfügt (Art. 67 Abs. 3 erster Satz AIG). 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 zweiter Satz AIG). Die verfügende Behörde kann ausnahmsweise aus humanitären oder anderen wichtigen Gründen von der Verhängung eines Einreiseverbots absehen oder ein Einreiseverbot endgültig oder vorübergehend aufheben (Art. 67 Abs. 5 erster Satz AIG).

### **E. 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.

### **E. 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).

#### **E. 6.1**

Die Vorinstanz begründet das einjährige Einreiseverbot damit, dass die Beschwerdeführerin wegen Betrugs mit einer Deliktsumme von Fr. 1'000.- Anlass zu einem Strafverfahren gegeben habe. Betrug in dieser Form und in diesem Ausmass stelle eine hinreichend aktuelle Gefährdung der Grundinteressen der Gemeinschaft im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA dar. Aufgrund des bisherigen Verhaltens und der wiederholten Rechtsverstösse sowie der damit einhergehenden Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sei der Erlass einer Fernhaltmassnahme gestützt auf Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG angezeigt.

#### **E. 6.2**

Die Beschwerdeführerin führt in ihrer Rechtsmitteleingabe dagegen an, dass sich das gegen sie verhängte Einreiseverbot einzig auf den nicht rechtskräftigen Strafbefehl vom 7. April 2022 stütze, gegen welchen sie Einsprache erhoben habe. Bei einem Wegfall der strafrechtlichen Verurteilung bestehe sodann keinerlei Veranlassung für ein Einreiseverbot mehr. Weiter geniesse sie als österreichische Staatsangehörige gestützt auf Art. 4 und 6 FZA ein Aufenthaltsrecht in der Schweiz, wobei die Voraussetzungen zur Einschränkung dieses Rechts (Art. 5 Anhang I FZA) nicht gegeben seien.

#### **E. 6.3**

In Ihrer Vernehmlassung führt die Vorinstanz unter Verweis auf die aus den polizeilichen Akten hervorgehenden Aussagen der Beteiligten sowie das im Rucksack der Beschwerdeführerin gefundene Bargeld aus, die Beschwerdeführerin habe mit ihrem Verhalten die klare Absicht gezeigt, den älteren Mann unter Angabe falscher Tatsachen um Geld zu betrügen. Das auf ein Jahr befristete Einreiseverbot sei verhältnismässig und entspreche ständiger Praxis und Rechtsprechung in vergleichbaren Fällen. Da die Beschwerdeführerin keiner Erwerbstätigkeit nachgehe, müsse in ihrem Fall von einer Wiederholungsgefahr ausgegangen werden, weshalb die Fernhaltmassnahme auch unter Berücksichtigung des FZA gerechtfertigt sei.

#### **E. 6.4**

Dem widersprach die Beschwerdeführerin replikweise und wies zudem darauf hin, dass sie nicht vorbestraft sei. Es sei bei der gegen sie verhängten Geldstrafe mit einer Verbindungsbusse von einer geringfügigen Strafe auszugehen, weshalb eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nicht ersichtlich sei.

#### **E. 7.1**

Wie bereits erwähnt erging gegen die Beschwerdeführerin am 7. April 2022 ein Strafbefehl der Staatsanwaltschaft B.\_\_\_\_\_ wegen Betrugs im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB. Dieser ist mittlerweile in Rechtskraft erwachsen, nachdem die Beschwerdeführerin ihre

dagegen erhobene Einsprache am 13. Juni 2022 zurückgezogen hat. 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-5083/2021 vom 16. Januar 2023 E. 9.2; F-5791/2019 vom 24. August 2020 E. 5). Vorliegend ist damit zweifellos ein Fehlverhalten gegeben, das als Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung gemäss Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG grundsätzlich geeignet ist, die Verhängung eines Einreiseverbots nach sich zu ziehen.

## **E. 7.2**

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

### **E. 7.2.1**

Aus dem rechtskräftigen Strafbefehl vom 7. April 2022 geht hervor, dass die Beschwerdeführerin sich am 6. April 2022 in B.\_\_\_\_\_ neben einen 86-jährigen Mann auf eine Parkbank setzte und ihm wahrheitswidrig klagte, sie habe ein drei Monate altes Kind und müsse umgehend drei Monatsmieten bezahlen. Ansonsten werde sie «aus der Wohnung geworfen». Dann fragte sie ihn nach Geld, woraufhin ihr der Geschädigte, welcher ihre Geschichte glaubte, Fr. 1'000.- in bar übergab. Sie täuschte ihn arglistig, infolge dessen sich dieser selbst am Vermögen schädigte.

### **E. 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-4843/2021 vom 25. August 2022 E. 7.3.2; F-925/2020 vom 30. August 2021 E. 6.3).

### **E. 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 Strafrahmens 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, deutschen, französischen oder italienischen Strafregister Einträge vorhanden. Demnach ist nicht ohne weiteres von einer hinreichend konkreten Rückfallgefahr auszugehen.

#### **E. 7.2.4**

Dem mit Strafbefehl vom 7. April 2022 geahndeten Delikt liegt bei gegebenem Aktenstand ein bisweilen einmaliges Fehlverhalten zugrunde. Die Missachtung der genannten Strafnorm (Art. 146 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-4843/2021 vom 25. August 2022 E. 7; F-3673/2020 vom 25. November 2021 E. 7).

#### **E. 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 verwarnt (Art. 96 Abs. 2 AIG; vgl. BBl 2002 3823).

#### **E. 8**

Nach dem Gesagten ist die angefochtene Verfügung bundesrechtswidrig (Art. 49 Bst. a VwVG). Die Beschwerde ist daher gutzuheissen. Da das Bundesverwaltungsgericht mit Zwischenverfügung vom 28. April 2022 die aufschiebende Wirkung der Beschwerde wiederhergestellt hatte, ist der Beschwerdeführerin während des hängigen Beschwerdeverfahrens kein Rechtsnachteil erwachsen.

#### **E. 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-4843/2021 vom 25. August 2022 E. 9) ist die Parteientschädigung auf total Fr. 1'200.- festzusetzen. (Dispositiv nächste Seite)

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.