Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung III
C-8670/2010

Urteil vom 7. November 2012

Besetzung

Richter Antonio Imoberdorf (Vorsitz),
Richterin Marianne Teuscher, Richterin Ruth Beutler,
Gerichtsschreiberin Susanne Stockmeyer.

Parteien

X._____,
vertreten durch
Dr. iur. Stefan Suter, Advokat,
Beschwerdeführerin,

gegen

Bundesamt für Migration (BFM), Quellenweg 6, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Einreiseverbot.

Sachverhalt:

A.
Die aus Russland stammende Beschwerdeführerin (geb. 31. Juli 1977) ist mit einem spanischen Staatsangehörigen verheiratet und verfügt über einen spanischen Aufenthaltstitel.

B.
Am 29. November 2010 führte die Kantonspolizei Basel-Stadt unter Mithilfe diverser Amtsstellen in der Kontaktbar Z._____ in Basel eine gezielte Kontrolle durch. In der Folge wurde die Beschwerdeführerin dort angetroffen.

C.
Wegen des Verdachts der illegalen Ausübung der Prostitution wurde die Beschwerdeführerin am 3. Dezember 2010 durch eine Mitarbeiterin des Migrationsamts des Kantons Basel-Stadt befragt. Anlässlich dieser Befragung wurde ihr mitgeteilt, dass man sie gestützt auf Art. 64 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG, SR 142.20; zur damaligen Fassung vgl. AS 2007 5457) formlos aus der Schweiz wegweise. Gleichentags erliess die Vorinstanz gegen die Beschwerdeführerin ein dreijähriges Einreiseverbot, gültig ab 8. Dezember 2010 bis 7. Dezember 2013. Die Massnahme wurde damit begründet, dass sie durch ihren illegalen Aufenthalt und durch ihre Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen habe. Einer allfälligen Beschwerde wurde vorsorglich die aufschiebende Wirkung entzogen.

D.
Mit Rechtsmitteleingabe an das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Dezember 2010 beantragt die Beschwerdeführerin die Aufhebung der angefochtenen Verfügung. In prozessualer Hinsicht ersuchte sie um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde und um Durchführung einer Parteibefragung sowie eines Augenscheins im Hotel Z._____. Des Weiteren wurde sinngemäss ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gestellt. Zur Begründung machte sie geltend, es sei zwar zutreffend, dass sie im genannten Hotel ein Zimmer gemietet habe. Allerdings habe dies weder mit einer illegalen Erwerbstätigkeit noch mit Prostitution etwas zu tun. Anlässlich der Polizeikontrolle habe man sie gerade nicht in Ausübung einer beruflichen Tätigkeit angetroffen. Sie habe weder eine Person auf ihr Zimmer eingeladen noch mit einer Drittperson Getränke eingenommen. Die Unterstellung, sie gehe der

Prostitution nach, brauche sie sich nicht gefallen zu lassen. Auch sei nicht ersichtlich, wieso in ihrem Fall ein Einreiseverbot von solch langer Dauer angeordnet worden sei.

E.
Mit Zwischenverfügung vom 19. Januar 2011 lehnte das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung sowie den Antrag auf Parteibefragung und Augenschein im Hotel Z._____ ab.

F.
Mit verfahrensleitender Anordnung vom 28. Februar 2011 wurde dem Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege mangels nachgewiesener Bedürftigkeit nicht stattgegeben.

G.
In ihrer Vernehmlassung vom 6. Juni 2011 schliesst die Vorinstanz auf Abweisung der Beschwerde. Sie verwies dabei auf die von der Beschwerdeführerin getätigten Aussagen anlässlich ihrer Einvernahme vom 3. Dezember 2010 beim Migrationsamt des Kantons Basel-Stadt. Weiter führte sie aus, es sei allgemein bekannt, dass es sich beim Hotel Z._____ um eine Kontaktbar mit Zimmern handle, welche zum Rotlichtmilieu gehöre.

H.
Mit Replik vom 15. Juli 2011 hielt die Beschwerdeführerin an ihren Rechtsbegehren und deren Begründung fest.

I.
Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Basel-Stadt vom 27. Juli 2011 wurde die Beschwerdeführerin wegen mehrfachen rechtswidrigen Aufenthalts und mehrfacher Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung zu einer Geldstrafe von 80 Tagessätzen zu je Fr. 30.- und einer Busse von Fr. 480.- verurteilt. Der Vollzug der Geldstrafe wurde unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren aufgeschoben.

J.
Am 1. September 2011 wurde die Beschwerdeführerin – trotz auferlegtem Einreiseverbot – anlässlich einer Kontrolle durch die Kantonspolizei Basel-Stadt in der L._____ Bar in Basel angetroffen, woraufhin die Angelegenheit der Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt überwiesen wurde.

K.
Nachdem die Beschwerdeführerin mit Zwischenverfügung vom 28. März 2012 aufgefordert worden war, diesbezüglich Stellung zu nehmen und allfällige Erkenntnisse der Staatsanwaltschaft Basel-Stadt nachzureichen, erklärte sie mit Schreiben vom 30. März 2012, es sei zutreffend, dass sie einen Strafbefehl erhalten habe. Weiter führte sie aus, sie sei mit einem EU-Bürger verheiratet und verfüge über eine Niederlassungsbewilligung in Spanien.

Das Schreiben war mit einem Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Basel-Stadt vom 6. Februar 2012 ergänzt. Darin ist ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin wegen rechtswidriger Einreise zu einer Geldstrafe von 45 Tagessätzen zu je Fr. 30.- und einer Busse von Fr. 270.- verurteilt wurde. Der Vollzug der Geldstrafe wurde unter Ansetzung einer Probezeit von 3 Jahren aufgeschoben.

L.
Mit Zwischenverfügung vom 13. Juli 2012 wurde der Vorinstanz – unter Hinweis auf das Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (nachfolgend: FZA, SR 0.142.112.681) – Gelegenheit geboten, eine ergänzende Vernehmlassung einzureichen. In der Folge erklärte das BFM mit Stellungnahme vom 17. August 2012, die Beschwerdeführerin habe zwar aufgrund ihrer Heirat mit einem EU-Bürger eine spanische Niederlassungsbewilligung. Ihr Ehemann lebe aber nicht in der Schweiz, sondern in Spanien. In casu sei die Beschwerdeführerin ohne Bewilligung oder ohne Anspruch auf eine Bewilligung erwerbstätig gewesen. Damit habe sie klar gegen Art. 115 Abs. 1 Bst. c AuG verstossen. Das Einreiseverbot stehe auch nicht im Widerspruch zur möglichen Ausübung der Freizügigkeitsrechte durch die Beschwerdeführerin, da die Akten keinen Hinweis enthalten würden, dass ihr Ehemann beabsichtige, in nächster Zeit in der Schweiz Wohnsitz zu nehmen.

M.
Mit Schreiben vom 29. August 2012 machte die Beschwerdeführerin diesbezüglich geltend, sie sei mit einem Spanier verheiratet und besitze somit aufgrund des FZA das Recht, sich in Europa frei aufzuhalten. Die von der Vorinstanz vorgenommene Unterscheidung zwischen in der Schweiz niedergelassenen EU-Bürgern und anderen EU-Bürgern sei willkürlich. Sie sei zudem nie ohne Bewilligung in der Schweiz arbeitstätig

gewesen. Auch die Behauptung, ihr Ehemann wolle in nächster Zeit nicht in der Schweiz Wohnsitz nehmen, sei willkürlich. Es gehe darum, ob der Ehegatte in nächster Zeit in die Schweiz ziehen könne und nicht ob er dies wolle. Somit finde im angefochtenen Entscheid eine Diskriminierung statt, welche das FZA verletze. Überdies könne niemand davon ausgehen, dass sie ansatzweise ein Problem für die hiesige Ordnung und Sicherheit darstelle.

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

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen im Sinne von Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Als Vorinstanzen gelten die in Art. 33 VGG genannten Behörden. Dazu gehört auch das BFM, das mit der Anordnung eines Einreiseverbotes eine Verfügung im erwähnten Sinne und daher ein zulässiges Anfechtungsobjekt erlassen hat. Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG liegt nicht vor.

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

1.3 Die Beschwerdeführerin ist als Verfügungsbetroffene zur Erhebung des Rechtsmittels legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist somit einzutreten (Art. 49 ff. VwVG).

2.
Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann die Verletzung von Bundesrecht (und Staatsvertragsrecht) einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige

Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes sowie – falls nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat – die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht wendet das Bundesrecht von Amtes wegen an. Es ist gemäss Art. 62 Abs. 4 VwVG an die Begründung der Begehren nicht gebunden und kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder abweisen. Massgebend ist grundsätzlich die Sachlage zum Zeitpunkt seines Entscheides (vgl. BVGE 2011/1 E. 2 mit Hinweis).

3.

Die Beschwerdeführerin ist russische Staatsangehörige und mit einem spanischen Staatsangehörigen verheiratet. Sie ist folglich die Ehefrau bzw. eine Familienangehörige eines Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates der Europäischen Gemeinschaft (EG) (vgl. Art. 3 Abs. 1 f. Anhang I FZA). Nach Art. 2 Abs. 2 AuG gelangt dieses Gesetz für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten der EG und ihre Familienangehörigen nur soweit zur Anwendung, als das Freizügigkeitsabkommen keine abweichende Regelung kennt oder die ordentliche Ausländergesetzgebung ihnen eine vorteilhaftere Rechtsstellung vermittelt (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts C-6314/2009 vom 11. Oktober 2011 E. 5 mit Hinweisen und C-2482/2009 vom 28. Januar 2011 E. 5.1 mit Hinweis).

4.

4.1 Landesrechtliche Grundlage der angefochtenen Verfügung bildet Art. 67 AuG. Auf den 1. Januar 2011 trat als Folge der Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes eine neue Fassung in Kraft (zum Ganzen vgl. BBl 2009 8881 und AS 2010 5925 sowie Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-2196/2008 vom 17. März 2011 E. 2.2). Nach Art. 67 Abs. 2 AuG kann ein Einreiseverbot gegen ausländische Personen erlassen werden, die gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen haben oder diese gefährden (Bst. a), Sozialhilfekosten verursacht haben (Bst. b) oder in Vorbereitungs-, Ausschaffungs- oder Durchsetzungshaft genommen worden sind (Bst. c). Hinsichtlich der Dauer der Fernhaltemassnahme hält Art. 67 Abs. 3 AuG fest, dass das Einreiseverbot für eine Dauer von höchstens fünf Jahren verhängt wird, jedoch auch für eine längere Dauer verfügt werden kann, wenn die betroffene Person eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellt. Schliesslich kann die verfügende Behörde nach Art. 67 Abs. 5 AuG aus humanitären oder an-

deren wichtigen Gründen von der Verhängung eines Einreiseverbots absehen oder ein Einreiseverbot vollständig oder vorübergehend aufheben.

Die bisher bestehende Praxis der Vorinstanz bei der Ansetzung von Fernhaltemassnahmen ist mit den obgenannten Grundsätzen vereinbar (vgl. BBl 2009 8896 ad Art. 67 Abs. 3 in fine sowie erwähntes Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-2482/2009 E. 6.2 in fine).

4.2 Wie bereits die altrechtliche Einreisesperre stellt das Einreiseverbot keine *Sanktion* dar, sondern eine Massnahme, um *künftigen* Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vorzubeugen (siehe Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8. März 2002 [nachfolgend: Botschaft], BBl 2002 3813). Die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG bildet den Oberbegriff für die Gesamtheit der polizeilichen Schutzgüter; sie umfasst unter anderem die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung und der Rechtsgüter Einzelner (Botschaft, a.a.O., 3809; vgl. auch RAINER J. SCHWEIZER/PATRICK SUTTER/NINA WIDMER, in: Rainer J. Schweizer [Hrsg.], Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, SBVR Bd. III/1, Basel 2008, Teil B, Rz. 12 und 13 mit Hinweisen). Die Verhängung eines Einreiseverbots knüpft somit an das *Bestehen eines Risikos* einer *künftigen* Gefährdung an, weshalb gestützt auf die gesamten Umstände des Einzelfalls eine entsprechende *Prognose* zu fällen ist. Ein vergangenes deliktisches Verhalten ist sodann geeignet, einen *Hinweis* auf eine Gefährdung in der Zukunft zu liefern. Aus diesem Grund verknüpft Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG die Verhängung einer solchen Massnahme unter anderem mit einem (bereits erfolgten) Verstoss gegen die fraglichen Polizeigüter (vgl. zum Ganzen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-820/2009 vom 9. März 2011 E. 5.2 mit Hinweisen). Art. 80 Abs. 1 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE, SR 142.201] definiert dabei die Missachtung von gesetzlichen Vorschriften und behördlichen Verfügungen (Bst. a) als einen solchen Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG. Dies gilt auch für die mutwillige Nichterfüllung öffentlich- oder privatrechtlicher Verpflichtungen (Bst. b).

4.3 Das FZA vermittelt Staatsangehörigen der Vertragsparteien und ihren Familienangehörigen eine Reihe von Freizügigkeitsrechten. Vorliegend vertritt die Vorinstanz die Auffassung, das Einreiseverbot stehe nicht im Widerspruch zur möglichen Ausübung der Freizügigkeitsrechte der Beschwerdeführerin, da die Akten keinen Hinweis darauf enthielten, dass ihr

spanischer Ehemann in nächster Zeit in der Schweiz Wohnsitz nehmen werde (vgl. ergänzende Vernehmlassung vom 17. August 2012). Das BFM verkennt jedoch, dass sich in casu die Anwendbarkeit des FZA und die Beschränkung der Freizügigkeitsrechte nicht nur unter dem Blickwinkel des Rechts auf Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (Art. 4 FZA i.V.m. Art. 3 Abs. 1 Anhang I FZA), sondern vor allem unter demjenigen des Rechts auf freie Ein- und Ausreise stellt (Art. 3 FZA i.V.m. Art. 1 Abs. 1 Anhang I FZA). Dieses Recht gewährleistet den Staatsangehörigen einer Vertragspartei ein jederzeitiges Recht auf freie Einreise in das Hoheitsgebiet anderer Vertragsparteien. In der Folge muss auch Familienangehörigen, die den Staatsangehörigen einer Vertragspartei auf seiner Reise begleiten, die freie Einreise gestattet werden (vgl. dazu Urteile des Bundesverwaltungsgerichts C-6314/2009 vom 11. Oktober 2011 E. 6.4 und C-2482/2009 vom 28. Januar 2011 E. 5.3). Die Beschwerdeführerin hat damit grundsätzlich ein (abgeleitetes) Recht auf jederzeitige freie Einreise in das Hoheitsgebiet eines Vertragsstaates zwecks Begleitung ihres spanischen Ehemannes, weshalb das Einreiseverbot – entgegen der Meinung der Vorinstanz – sehr wohl im Widerspruch zu ihrer möglichen Ausübung eines Freizügigkeitsrechtes steht. Eine Einschränkung dieses Rechts rechtfertigt sich dabei lediglich durch Massnahmen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit erlassen werden (vgl. Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA sowie Urteil des Bundesgerichts 2C_1045/2011 vom 18. April 2012 E. 2.1 mit Hinweisen).

5.

Wie bereits ausgeführt, macht das FZA die Zulässigkeit nationaler Massnahmen, die – wie das Einreiseverbot nach Art. 67 AuG – die Ausübung eines Freizügigkeitsrechts behindern, von einer Rechtfertigung durch Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit abhängig (Ordre-Public-Vorbehalt, vgl. Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA). Im Interesse einer einheitlichen Anwendung und Auslegung des Ordre-Public-Vorbehaltes auf der Grundlage des Gemeinschaftsrechts verweist das FZA auf die Richtlinien 64/221/EWG, 72/194/EWG und 75/35/EWG in ihrer Fassung zum Zeitpunkt der Unterzeichnung (Art. 5 Abs. 2 Anhang I FZA), und auf die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (nachfolgend Gerichtshof oder EuGH) vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung (Art. 16 Abs. 2 FZA). In diesem Sinne schränkt das FZA die ausländerrechtlichen Befugnisse nationaler Behörden bei der Handhabung landesrechtlicher Massnahmen wie des Einreiseverbots ein.

6.
In einem ersten Schritt ist somit zu prüfen, ob die Anordnung des Einreiseverbots im Lichte des nationalen Rechts rechtmässig ist.

6.1 Mit rechtskräftigem Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Basel-Stadt vom 27. Juli 2011 wurde die Beschwerdeführerin wegen mehrfachen rechtswidrigen Aufenthalts und mehrfacher Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung zu einer Geldstrafe von 80 Tagessätzen zu Fr. 30.- und einer Busse von Fr. 480.- verurteilt. Der Vollzug der Geldstrafe wurde unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren aufgeschoben. Vor diesem Hintergrund kann nicht davon ausgegangen werden, es liege kein Verstoss gegen das AuG vor, wie es die Beschwerdeführerin anlässlich des vorliegenden Verfahrens mehrfach geltend macht.

6.2 Kommt hinzu, dass sich die Beschwerdeführerin nicht an die Fernhaltemassnahme gehalten hat und trotz Einreiseverbot wieder in die Schweiz einreiste, weswegen sie mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Basel-Stadt vom 6. Februar 2012 wegen rechtswidriger Einreise zu einer Geldstrafe von 45 Tagessätzen zu Fr. 30.- und einer Busse von Fr. 270.- verurteilt wurde. Der Vollzug der Geldstrafe wurde unter Ansetzung einer Probezeit von 3 Jahren aufgeschoben. Die Voraussetzungen von Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG sind somit zweifelsohne erfüllt. Die Anordnung eines Einreiseverbots ist daher im Lichte des nationalen Rechts grundsätzlich nicht zu beanstanden, insbesondere wurden ausser dem pauschalen Vorbringen – sie habe Bekannte in der Schweiz – keine spezifischen privaten Interessen dagegen vorgebracht.

7.
In einem nächsten Schritt ist zu prüfen, ob das Einreiseverbot vor dem Freizügigkeitsabkommen standhält resp. ob die Tatbestandsvoraussetzungen eines Einreiseverbots auch nach Massgabe des Freizügigkeitsabkommens erfüllt sind.

7.1 Der EuGH hat in seiner Rechtsprechung regelmässig betont, dass Ausnahmen vom freien Personenverkehr restriktiv auszulegen sind. Die Berufung einer nationalen Behörde auf den Begriff der öffentlichen Ordnung setzt, wenn er Beschränkungen der Freizügigkeitsrechte rechtfertigen soll, jedenfalls voraus, dass ausser der Störung der öffentlichen Ordnung, wie sie jede Gesetzesverletzung darstellt, eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt (BGE 136 II 5 E. 4.2 S. 20 mit Hinweisen, 131 II 352 E.

3.2 S. 357 f., 130 II 493 E. 3.2 S. 498 f.; Urteile des EuGH vom 19. Januar 1999 in der Rechtssache C-348/96, Calfa, Slg. 1999, I-11, Randnr. 23 und 25, und vom 27. Oktober 1977 in der Rechtssache 30-77, Bouchereau, Slg. 1977, 1999, Randnr. 33-35). Für Massnahmen, die mit der öffentlichen Ordnung und Sicherheit begründet werden, darf im Übrigen nur das persönliche Verhalten der in Betracht kommenden Einzelperson ausschlaggebend sein (Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 64/221/EWG). Ausgeschlossen sind deshalb generalpräventiv motivierte Massnahmen, das heisst solche, die der Abschreckung anderer ausländischer Personen dienen (vgl. BGE 136 II 5 E. 4.2 S. 20 mit Hinweisen). Strafrechtliche Verurteilungen für sich allein vermögen sodann nicht ohne weiteres eine Massnahme zu rechtfertigen, welche die Ausübung von Freizügigkeitsrechten beschränkt (Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie 64/221/EWG). Solche Verurteilungen dürfen nur insoweit berücksichtigt werden, als die ihr zugrunde liegenden Umstände ein persönliches Verhalten erkennen lassen, das eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung darstellt. Es ist allerdings möglich, dass schon allein das vergangene Verhalten den Tatbestand einer solchen Gefährdung der öffentlichen Ordnung erfüllt (BGE 131 II 352 E. 3.2 S. 357 f., 130 II 493 E. 3.2 S. 498 f., 130 II 176 E. 3.4.1 S. 182 ff.; erwähnte Urteile des EuGH in Sachen Bouchereau, Randnr. 27-29, und Calfa, Randnr. 24).

7.2 Der EuGH hat sich bisher nicht näher zu den Kriterien geäussert, welche für die Einschätzung einer Gefährdung als gegenwärtig im Sinne der Richtlinie 64/221/EWG massgebend sind. Sicherlich setzt die Aktualität der Gefährdung nicht voraus, dass weitere Straftaten fast mit Sicherheit zu erwarten sind. Auf der anderen Seite ist der Gefährdung nicht erst dann die Aktualität abzusprechen, wenn die Möglichkeit einer Wiederholung mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann. Es ist vielmehr eine nach Art und Ausmass der möglichen Rechtsgüterverletzung zu differenzierende hinreichende Wahrscheinlichkeit zu verlangen, dass der Ausländer künftig die öffentliche Sicherheit oder Ordnung stören wird. Mit Blick auf die Bedeutung des Grundsatzes der Freizügigkeit dürfen an die Wahrscheinlichkeit keine zu geringen Anforderungen gestellt werden. Allerdings hängen diese auch von der Schwere der möglichen Rechtsgüterverletzung ab; je schwerer diese ist, desto niedriger sind die Anforderungen an die in Kauf zu nehmende Rückfallgefahr (BGE 136 II 5 E. 4.2 S. 20, 131 II 352 E. 3.3 S. 358, 130 II 493 E. 3.3 S. 499 f., 130 II 176 E. 4.3.1 S. 185 f.; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-2662/2007 vom 14. März 2008 E. 7.2).

7.3 Da ein gemeinschaftsrechtlicher Begriff der öffentlichen Ordnung nicht besteht, hat sich der EuGH auch nicht zur Frage geäussert, ob und welche Verhaltensweisen im Lichte des Gemeinschaftsrechts als Störung der Grundinteressen der Gesellschaft gelten können. Er verweist in diesem Zusammenhang regelmässig auf das innerstaatliche Recht und billigt den Mitgliedstaaten einen Beurteilungsspielraum zu, dem er unter hilfsweisem Rückgriff auf das gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbot gemäss Art. 6 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft Grenzen setzt (vgl. die analoge Bestimmung des Art. 2 FZA).

7.4 Die Beschwerdeführerin reiste am 1. November 2010 in die Schweiz ein und hielt sich im Hotel Z._____ auf. Bereits im Winter 2009 und im Frühling 2010 hat sie sich gemäss eigenen Aussagen für eineinhalb Monate bzw. für einen Monat dort aufgehalten (vgl. Einvernahmeprotokoll des Migrationsamts des Kantons Basel-Stadt vom 3. Dezember 2010). Gemäss den Akten hat sie in diesem Lokal – ohne im Besitze einer Arbeitsbewilligung zu sein – die Gäste zur Konsumation von Getränken animiert und ihre Liebesdienste angeboten (vgl. rechtskräftiger Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Basel-Stadt vom 27. Juli 2011). Damit hat die Beschwerdeführerin mehrmals gegen allgemeine Einreisebestimmungen verstossen, indem sie eine Erwerbstätigkeit aufgenommen hat, ohne im Besitz einer Bewilligung zu sein. Sie hat sich zudem über das ihr auferlegte Einreiseverbot hinweggesetzt, indem sie spätestens am 1. September 2011 erneut in die Schweiz einreiste. Zwar erscheinen diese Zuwiderhandlung isoliert betrachtet durchaus geringfügig, in ihrer Häufung zeigen sie hingegen auf, dass die Beschwerdeführerin bisher nicht bereit oder gewillt war, sich an die geltende Rechtsordnung zu halten.

7.5 Vorliegend wurden somit zweifellos Bestimmungen missachtet, denen für das Funktionieren der ausländerrechtlichen Ordnung ganz zentrale Bedeutung zukommt. Dass im Sinne des Gemeinschaftsrechts eine gegenwärtige und tatsächliche Gefahr gleichgelagerter Zuwiderhandlung besteht, kann nicht bestritten werden. Es stellt sich jedoch die Frage, ob die drohende Störung der öffentlichen Ordnung derart schwer wiegt, dass sie im Widerspruch zu den Grundinteressen der Gesellschaft steht. Die Schweiz auferlegt sich insbesondere dann grosse Zurückhaltung, wenn Verstösse gegen ausländerrechtliche Bestimmungen zur Diskussion stehen, welche der Personenfreizügigkeit vorläufig Schranken setzen (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts C-2662/2007 vom 14. März 2008 E. 7.3 sowie C-7549/2008 und C-7550/2008 vom 23. August 2010 E. 7.4). In diesem Sinne sind Massnahmen nur bei schwersten Zuwiderhandlun-

gen in Erwägung zu ziehen. Vor diesem Hintergrund hat das Bundesverwaltungsgericht im Fall zweier Bulgarinnen, die während maximal vier Wochen in der Schweiz einer Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung nachgegangen sind entschieden, die ausländerrechtliche Zuwiderhandlung erreiche die notwendige Schwere nicht, weswegen das gegen die Ausländerinnen verhängte Einreiseverbot vor dem Freizügigkeitsabkommen nicht stand halte. In der Folge wurde die Fernhaltemassnahme auf den Zeitpunkt der erfolgten Aufnahme Bulgariens und Rumäniens als Vertragsstaaten des FZA aufgehoben (vgl. bereits ewähntes Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-7549/2008 und C-7550/2008 vom 23. August 2010 E. 7.4 und E. 8). Im Vergleich dazu wurde im nicht publizierten Beschwerdeentscheid des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements A1-0320090 vom 14. August 2003 die Einreisesperre gegen einen EU-Bürger bestätigt, der sich vier Jahre lang illegal in der Schweiz aufgehalten hatte und hier einer Erwerbstätigkeit nachgegangen war, obwohl ihm die zuständige kantonale Migrationsbehörde immer wieder Gelegenheit gegeben hatte, seinen Aufenthalt zu regeln. Der Ausländer hat sich dabei während Jahren mit kaum nachvollziehbarer Konsequenz über fremdenpolizeiliche Bestimmungen hinweggesetzt und mit seinem Verhalten deutlich gezeigt, dass von ihm eine erhebliche Gefährdung der fremdenpolizeilichen Ordnung ausgeht (vgl. E. 14). Im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-2662/2007 vom 14. März 2008 wurde hingegen die Frage offengelassen, ob die fortgesetzte Missachtung einer rechtswirksamen Einreisesperre durch einen Vertragsausländer eine Fernhaltemassnahme rechtfertigen könne, da sich die Massnahme im Lichte des FZA als unverhältnismässig erwies. Allerdings erschien es dem Gericht zweifelhaft, ob das Störungspotential des Beschwerdeführers überhaupt eine Fernhaltemassnahme rechtfertigen könne (vgl. E. 8.2.2 des genannten Urteils). Auch das BFM führt in seinen Weisungen aus, die Anordnung einer Einreisesperre im Falle einer Verletzung von ausländerrechtlichen Vorschriften sei grundsätzlich in ausserordentlich schweren Fällen von Schwarzarbeit möglich (vgl. Weisungen und Erläuterungen über die schrittweise Einführung des freien Personenverkehrs des BFM, Ziff. 12.1.2 [Version vom 1. Mai 2011], online zu finden unter: www.bfm.admin.ch, Themen > Rechtliche Grundlagen > Weisungen und Kreisschreiben > Freizügigkeitsabkommen > Weisungen über die schrittweise Einführung des freien Personenverkehrs).

7.6 Mit diesen Ausführungen ist nicht auszuschliessen, dass auch aufgrund der Häufung von – isoliert betrachtet – geringfügigen Delikten der nötige Schweregrad erreicht werden kann, um von einer drohenden Stö-

rung der öffentlichen Ordnung auszugehen (vgl. dazu bereits zitierter nicht publizierten Beschwerdeentscheid des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements A1-0320090 vom 14. August 2003). Diese Delikte müssen jedoch in ihrer Gesamtheit eine solche Intensität erreichen, um mit *schwersten* Zuwiderhandlungen gleichgesetzt werden zu können. Die Beschwerdeführerin – welche seit dem 13. März 2004 mit einem spanischen Staatsangehörigen verheiratet ist – ging jeweils für kurze Zeit einer Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung nach. Im Winter 2009 hielt sie sich eineinhalb Monate und im Frühling 2010 einen Monat in der Schweiz auf. Anschliessend reiste sie selbständig wieder aus. Nachdem sie sich ab dem 1. November 2010 erneut rechtswidrig in der Schweiz aufhielt, wurde sie am 29. November 2010 von der Kantonspolizei Basel-Stadt im Rahmen einer gezielten Kontrolle angetroffen. In der Folge erliess die Staatsanwaltschaft Basel-Stadt am 27. Juli 2011 einen Strafbefehl wegen mehrfachen rechtswidrigen Aufenthalts und mehrfacher Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung und verurteilte sie zu einer Geldstrafe von 80 Tagessätzen zu Fr. 30.- und einer Busse von Fr. 480.-. Der Vollzug der Geldstrafe wurde unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren aufgeschoben. Spätestens am 1. September 2011 reiste die Beschwerdeführerin trotz Einreiseverbots in die Schweiz ein und wurde alsdann mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Basel-Stadt vom 6. Februar 2012 wegen rechtswidriger Einreise zu einer Geldstrafe von 45 Tagessätzen zu Fr. 30.- und einer Busse von Fr. 270.- verurteilt, wobei der Vollzug der Geldstrafe unter Ansetzung einer Probezeit von 3 Jahren aufgeschoben wurde. Vor diesem Hintergrund kann (noch) nicht davon ausgegangen werden, die vorliegenden ausländerrechtlichen Zuwiderhandlungen verfügten in ihrer Gesamtheit über die nötige Intensität, um von einem Schweregrad ausgehen zu können, der eine Beschränkung der Freizügigkeitsrechte rechtfertigen würde.

8.

Das Bundesverwaltungsgericht gelangt daher zum Schluss, dass das Verhalten der Beschwerdeführerin keine hinreichende Gefährdung der öffentlichen Ordnung begründet, welche die Grundinteressen der Gesellschaft berührt. Das gegen die Beschwerdeführerin verhängte Einreiseverbot hält somit vor dem Freizügigkeitsabkommen nicht stand.

9.

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung bundesrechtswidrig ist (Art. 49 Bst. a VwVG). Die Beschwerde ist daher gutzuheissen.

10.

10.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind weder der Beschwerdeführerin noch der Vorinstanz Kosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG) und der geleistete Kostenvorschuss ist zurückzuerstatten.

10.2 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) ist der ganz oder teilweise obsiegenden Partei zu Lasten der Vorinstanz eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen ist, welche aufgrund der Akten sowie den ausschlaggebenden Beweiskriterien auf Fr. 1'500.- festzusetzen ist.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird gutgeheissen und die angefochtene Verfügung vom 3. Dezember 2010 wird aufgehoben.

2.
Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 800.- wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet.

3.
Die Vorinstanz wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.- (inkl. MWST) zu entrichten.

4.
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
– die Vorinstanz (Akten Ref-Nr. […] retour)
– das Migrationsamt des Kantons Basel-Stadt

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:	Die Gerichtsschreiberin:
Antonio Imoberdorf	Susanne Stockmeyer

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 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: