**Bundesverwaltungsgericht**

**Tribunal administratif fédéral**

**Tribunale amministrativo federale**

**Tribunal administrativ federal**

Abteilung III
C-3789/2008/
{T 0/2}

# Urteil vom 21. April 2009

Besetzung

Richterin Marianne Teuscher (Vorsitz),
Richterin Ruth Beutler, Richter Antonio Imoberdorf,
Gerichtsschreiber Adrian Brand.

Parteien

**A.**_____,
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Kurt Mäder,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand

Einreiseverbot.

## Sachverhalt:

**A.**
Am 6. Mai 2008 wurde die Beschwerdeführerin (geb. [...] 1977) von der Kantonspolizei Zürich im „Club Paradiso“ kontrolliert. Wegen des Verdachts der Widerhandlungen gegen das Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG, SR 142.20) wurde die Beschwerdeführerin verhaftet. Nach Abschluss des Strafverfahrens mit Strafbefehl vom 7. Mai 2008 wegen rechtswidrigen Aufenthalts sowie der Ausübung einer Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung wurde die Beschwerdeführerin dem Migrationsamt des Kantons Zürich übergeben. Am 8. Mai 2008 verfügte das Migrationsamt des Kantons Zürich die Entlassung der Beschwerdeführerin verbunden mit der Aufforderung, die Schweiz innert 48 Stunden selbständig zu verlassen.

**B.**
Das BFM verfügte am 8. Mai 2008 gegen die Beschwerdeführerin ein Einreiseverbot von zwei Jahren. Die Massnahme wurde damit begründet, die Beschwerdeführerin habe wegen Ausübung der Prostitution gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen respektive gefährde diese. Einer allfälligen Beschwerde gegen diese Verfügung wurde vorsorglich die aufschiebende Wirkung entzogen.

**C.**
Mit Rechtsmitteleingabe an das Bundesverwaltungsgericht vom 4. Juni 2008 beantragt die Beschwerdeführerin die Aufhebung des Einreiseverbots. In prozessualer Hinsicht beantragt sie die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde sowie die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Verbeiständung. Zur Begründung macht die Beschwerdeführerin im Wesentlichen geltend, das BFM sei von einem falschen Sachverhalt ausgegangen und habe diesen rechtlich unzutreffend gewürdigt. Sie habe nicht im „Club Paradiso“ gearbeitet, sie habe vielmehr die zufällige Gelegenheit zur Probe für eine einzige Nacht nutzen wollen, um abzuklären, ob der Abschluss eines späteren legalen Arbeitsvertrages in Frage komme. Da sie im Besitze eines bis zum 29. Juni 2012 gültigen spanischen Aufenthaltstitels gewesen sei, sei ihr Aufenthalt in der Schweiz trotz des abgelaufenen dominikanischen Reisepasses legal gewesen. Damit seien die Voraussetzungen für ein Einreiseverbot nicht gegeben.

**D.**
Das Bundesverwaltungsgericht lehnte mit Zwischenverfügung vom 17. Juni 2008 die Gesuche um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung sowie unentgeltliche Verbeiständung ab und forderte die Beschwerdeführerin unter Fristansetzung zur Einreichung des Formulars “Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege“ auf.

**E.**
Mit Zwischenverfügung vom 17. September 2008 lehnte das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ab und forderte die Beschwerdeführerin unter Fristansetzung zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 600.-- auf.

**F.**
In ihrer Vernehmlassung vom 3. November 2008 hält die Vorinstanz an der angefochtenen Verfügung fest und beantragt die Abweisung der Beschwerde. Der Sachverhalt, wonach die Beschwerdeführerin ohne entsprechende Bewilligung als „erotische Masseuse“ in der Schweiz erwerbstätig gewesen sei, stehe fest und werde als solcher denn auch nicht bestritten. Die Beschwerdeführerin könne sich als Staatsangehörige der Dominikanischen Republik entgegen den Ausführungen in der Rechtsmitteleingabe nicht auf das Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA, SR 0.142.112.681) berufen, dieses käme erst im Zusammenhang mit einem allfälligen Familiennachzugsbegehren zur Anwendung.

**G.**
Mit Replik vom 4. Dezember 2008 reichte die Beschwerdeführerin einen Strafbefehl vom 13. November 2008 zu den Akten, welcher jenen vom 7. Mai 2008 ersetzt, die Beschwerdeführerin der Ausübung einer Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung für schuldig befindet und das ursprüngliche Strafmass reduziert.

**H.**
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** Gemäss Art. 37 VGG richtet sich das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach dem VwVG, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt.

**1.3** Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin der Verfügung vom 8. Mai 2008 zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist daher einzutreten (Art. 50 ff. VwVG).

**1.4** Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet endgültig (Art. 83 Bst. c Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

**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 sowie – soweit 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 Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt seines Entscheides (vgl. E. 1.2 des in BGE 129 II 215 teilweise publizierten Urteils des Bundesgerichts 2A.451/2002 vom 28. März 2003 sowie Urteil des Bundesverwaltungs-

gerichts C-135/2006 vom 20. Dezember 2007 E. 2 mit weiteren Hinweisen).

**3.**
Wird gegen eine Person, welche nicht Angehörige eines Staates ist, der durch eines der Schengen-Assoziierungsabkommen (vgl. Anhang 1 Ziffer 1 AuG) gebunden ist, ein Einreiseverbot nach Art. 67 AuG verhängt, wird diese Person gestützt auf Art. 94 Abs. 1 und Art. 96 des Übereinkommens vom 19. Juni 1990 zur Durchführung des Übereinkommens betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen (Schengener Durchführungsübereinkommen [SDÜ], ABl. L 239 vom 22. September 2000, S. 19–62) und Art. 16 Abs. 2 und 4 des Bundesgesetzes vom 13. Juni 2008 über die polizeilichen Informationssysteme des Bundes (BPI, SR 361) grundsätzlich im Schengener Informationssystem ([SIS], vgl. dazu Art. 92 ff. SDÜ) zur Einreiseverweigerung ausgeschrieben. Eine solche Ausschreibung einer Person im SIS zur Einreiseverweigerung aufgrund einer vom BFM verhängten Fernhaltemassnahme bewirkt, dass ihr die Einreise in das Hoheitsgebiet der Schengen-Mitgliedstaaten verweigert wird (vgl. Art. 13 Abs. 1 der Verordnung [EG] Nr. 562/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2006 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen [Schengener Grenzkodex bzw. SGK, ABl. L 105 vom 13. April 2006, S. 1–32]).

**4.**
**4.1** Das in Art. 67 AuG geregelte Einreiseverbot entspricht der altrechtlichen Einreisesperre von Art. 13 d des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG, BS 1 121). Es kann vom Bundesamt gegenüber ausländischen Personen verfügt werden, die gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen haben oder diese gefährden (Art. 67 Abs. 1 Bst. a AuG). Das Einreiseverbot wird befristet oder in schwerwiegenden Fällen unbefristet verfügt (Art. 67 Abs. 3 AuG). Wenn wichtige Gründe es rechtfertigen, kann die verfügende Behörde das Einreiseverbot vorübergehend aufheben (Art. 67 Abs. 4 AuG).

**4.2** Die öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 67 Abs. 1 Bst. a AuG umfasst neben anderen polizeilichen Schutzgütern die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung (Botschaft zum

Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8. März 2002, BBl 2002 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. 13 mit Hinweisen). Somit kann eine Zuwiderhandlung gegen ausländerrechtliche Bestimmungen als Teil der objektiven Rechtsordnung ein Einreiseverbot nach sich ziehen, jedoch nicht als Sanktion, sondern als Massnahme zum Schutz vor künftigen Störungen (vgl. BBl 2002 3813).

**5.**

**5.1** Die Beschwerdeführerin wurde mit Strafbefehl vom 13. November 2008 rechtskräftig wegen Ausübung einer Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung im Sinne von Art. 115 Abs. 1 Bst. c AuG verurteilt, damit ist ihr Aufenthalt bereits deshalb rechtswidrig. Dazu kommt, dass ihr Reisepass nur bis zum 30. April 2008 gültig war. Weiter hat die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung vom 3. November 2008 zu Recht und mit zutreffender Begründung darauf hingewiesen, dass sich die Beschwerdeführerin als Staatsangehörige der Dominikanischen Republik im Zusammenhang mit ihrem Aufenthalt in der Schweiz nicht auf die Bestimmungen des FZA berufen kann, da sie nicht die Staatsangehörigkeit einer Vertragspartei besitzt und somit unter die gewöhnlichen ausländerrechtlichen Bestimmungen fällt (vgl. Art. 1 Abs. 1 FZA). Aufgrund der Widerhandlungen gegen die ausländerrechtlichen Bestimmungen steht fest, dass die Beschwerdeführerin gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz verstossen hat und somit die Voraussetzungen von Art. 67 Abs. 1 Bst. a AuG erfüllt.

**5.2** Neben der (bereits eingetretenen) Verletzung nennt Art. 67 Abs. 1 Bst. a AuG auch den Tatbestand der Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. Sowohl mit der Verurteilung wegen Ausübung einer Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung als auch dem illegalen Aufenthalt erfüllt die Beschwerdeführerin gleichzeitig diesen zweiten in Bst. a erwähnten Tatbestand. Ihr Verhalten lässt darauf schliessen, dass sie auch künftig keine Gewähr für ein Respektieren der schweizerischen Rechtsordnung bieten kann.

**6.**

**6.1** Zu prüfen ist weiter, ob die erfolgte Massnahme in richtiger Ausübung des Ermessens ergangen und angemessen ist. Der Grundsatz

der Verhältnismässigkeit steht dabei im Vordergrund. Unter diesem Gesichtspunkt ist eine wertende Abwägung vorzunehmen zwischen dem öffentlichen Interesse an der Massnahme einerseits und den von der Massnahme beeinträchtigten privaten Interessen des Betroffenen andererseits. Die Stellung der verletzten oder gefährdeten Rechtsgüter, die Besonderheiten des ordnungswidrigen Verhaltens und die persönlichen Verhältnisse des Verfügungsbelasteten bilden dabei den Ausgangspunkt der Überlegungen (vgl. statt vieler Ulrich Häfelin / Georg Müller / Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich / St. Gallen 2006, Rz. 613 ff.).

**6.2** Wie dargelegt hat die Beschwerdeführerin ausländerrechtliche Bestimmungen verletzt. Das generalpräventiv motivierte öffentliche Interesse, die ausländerrechtliche Ordnung durch eine konsequente Massnahmenpraxis gegenüber fehlbaren Ausländerinnen und Ausländern zu schützen, ist gewichtig.

**6.3** Persönliche Interessen macht die Beschwerdeführerin insofern geltend, als sie angibt, sie habe intensive persönliche Kontakte zur Schweiz, insbesondere zur ihrer Tante, mit welcher sie eine enge und langjährige Beziehung verbinde. Schon mit 16 Jahren habe sie diese Tante in der Schweiz besuchen dürfen, was eine prägende Beziehung zur Schweiz ausgelöst habe. Zudem kenne sie (die Beschwerdeführerin) zahlreiche Personen aus der Dominikanischen Republik in der Schweiz. Sie habe ausserdem einen Freund in der Schweiz gefunden, mit welchem sie eine intensive Freundschaft unterhalte. Diese von der Beschwerdeführerin geschilderten privaten Interessen sind jedoch geringer Natur und machen folglich ihre Anwesenheit in der Schweiz nicht zwingend notwendig. Es handelt sich vorliegend um keine familiären Beziehungen, die unter den Schutzbereich von Art. 8 Ziff. 1 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101.0) und Art. 13 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) fallen – Bestimmungen, welche beide dem Schutz eines von staatlichen Eingriffen ungestörten Privat- und Familienlebens dienen und im Ausländerrecht identische Ansprüche vermitteln (BGE 129 II 215 E. 4.2 S. 218 f.).

**6.4** Eine wertende Gewichtung der sich entgegenstehenden öffentlichen und privaten Interessen führt das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass das auf zwei Jahre befristete Einreiseverbot sowohl vom

Grundsatz her als auch in Bezug auf seine Dauer eine verhältnismässige und angemessene Massnahme zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung darstellt.

**7.**
Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung Bundesrecht nicht verletzt, den rechtserheblichen Sachverhalt richtig und vollständig feststellt und auch angemessen ist (Art. 49 VwVG). Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

**8.**
Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens sind der Beschwerdeführerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Verfahrenskosten sind auf Fr. 600.-- festzusetzen (Art. 1, Art. 2 und Art. 3 Bst. b des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [SR 173.320.2]).

(Dispositiv nächste Seite)

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**
Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**
Die Verfahrenskosten von Fr. 600.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden mit dem am 17. Oktober 2008 geleisteten Kostenvorschuss gleicher Höhe verrechnet.

**3.**
Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben)
- die Vorinstanz (Akten Ref-Nr. [...] zurück)
- das Migrationsamt des Kantons Zürich (Ref-Nr. [...])

| Die vorsitzende Richterin: | Der Gerichtsschreiber: |
|---|---|
| Marianne Teuscher | Adrian Brand |

Versand: