Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Abteilung III
C-7549/2008
C-7550/2008
{T 0/2}

Urteil vom 23. August 2010

Besetzung

Richter Andreas Trommer (Vorsitz),
Richterin Elena Avenati-Carpani,
Richterin Ruth Beutler,
Gerichtsschreiber Lorenz Noli.

Parteien

1. N._____,
2. A._____,
Beschwerdeführerinnen,
beide vertreten durch Hanspeter Kümin, Rechtsanwalt,

gegen

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

Gegenstand

Einreiseverbot.

Sachverhalt:

A.
Die Kantonspolizei Schwyz nahm am 21. Oktober 2008 im Sauna-Club X._____ in Y._____ eine Milieukontrolle mit Hausdurchsuchung vor. Dabei wurden nebst einer ganzen Anzahl anderer Ausländerinnen die bulgarische Staatsangehörige N._____ (geb. 1977, Beschwerdeführerin 1) und die rumänische Staatsangehörige A._____ (geb. 1979, Beschwerdeführerin 2) angehalten. In der wegen des Verdachts auf Zuwiderhandlungen gegen das Ausländerrecht tags darauf durchgeführten Befragung stritten die Beschwerdeführerinnen ab, in Gestalt der Prostitution einer Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung nachgegangen zu sein.

B.
Mit Strafverfügungen des Bezirksamts Y._____ vom 23. Oktober 2008 wurden die Beschwerdeführerinnen wegen rechtswidriger Einreise, rechtswidrigem Aufenthalt und rechtswidriger Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 115 Abs. 1 Bst. a, b und c des Bundesgsetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG, SR 142.20), fahrlässig begangen im Zeitraum vom 28. September bis 21. Oktober 2008 bzw. vom 13. bis 21. Oktober 2008, schuldig gesprochen und mit Bussen von je Fr. 500.- belegt. Dagegen erhoben die Betroffenen Einsprache.

C.
Mit Verfügungen ebenfalls vom 23. Oktober 2008 verhängte die Vorinstanz je ein zweijähriges Einreiseverbot über die Beschwerdeführerinnen. Diese Massnahmen wurden damit begründet, die Beschwerdeführerinnen hätten durch ihren Aufenthalt und durch ihre Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen. Einer allfälligen Beschwerde wurde vorsorglich die aufschiebende Wirkung entzogen.

D.
Gegen die erwähnten Verfügungen gelangten die Betroffenen mit zwei separaten Rechtsmitteleingaben vom 24. November 2008 an das Bundesverwaltungsgericht und beantragten, die Fernhaltemassnahmen seien aufzuheben, eventualiter seien diese auf die Dauer von je einem Jahr zu beschränken. Die entsprechenden Begehren wurden im We-

sentlichen damit begründet, dass der Vorwurf der illegalen Erwerbstätigkeit unbegründet und durch Nichts erstellt sei.

E.
In ihrer Vernehmlassung vom 20. Januar 2009 schloss die Vorinstanz auf Abweisung der Beschwerden. Dabei vertrat sie die Auffassung, dass die besonderen Umstände, unter denen die Beschwerdeführerinnen in dem einschlägig als Milieu-Lokal bekannten Sauna-Club X._____ angetroffen worden seien, vernünftigerweise keinen anderen Schluss zuliessen, als dass sie dort der Prostitution nachgegangen seien.

F.
Mit einer Replik vom 16. Februar 2009 hielten die Beschwerdeführerinnen an ihren Begehren und deren Begründung fest. Dabei bestritten sie erneut, in besagtem Lokal in Y._____ der Prostitution nachgegangen zu sein. Das Gegenteil könne allein aus dem Umstand, dass am fraglichen Ort anscheinend Prostitution ausgeübt werde, nicht als erstellt betrachtet werden.

G.
Mit schriftlichen Erklärungen vom 27. Oktober 2009 zogen die Beschwerdeführerinnen ihre Einsprache gegen die Strafverfügungen zurück, worauf diese in Rechtskraft erwuchsen.

H.
Gestützt auf den per 1. Juni 2009 erfolgten Einbezug Bulgariens und Rumäniens in das Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen, FZA, SR 0.142.112.681) ordnete das Bundesverwaltungsgericht am 26. Oktober 2009 einen zusätzlichen Schriftenwechsel an, der nebst der Vereinbarkeit der angefochtenen Verfügungen mit dem neuen Recht die Frage einer Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung zum Gegenstand hatte.

I.
Mit Antwortschreiben vom 16. November 2009 vertrat die Vorinstanz die Auffassung, dass die angefochtenen Verfügungen mit dem Freizügigkeitsabkommen vereinbar seien, und stellte den Antrag, von einer Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der dagegen er-

hobenen Beschwerden sei abzusehen. Begründend wies sie darauf hin, dass die Schweiz solange berechtigt sei, wegen illegaler Prostitution Einreiseverbote gegen Staatsangehörige Bulgariens und Rumäniens auszusprechen, als für Angehörige dieser beiden Staaten das Übergangsregime von Art. 10 FZA zur Anwendung gelange.

J.
Mit separaten Zwischenverfügungen vom 7. Dezember 2009 stellte das Bundesverwaltungsgericht die aufschiebende Wirkung beider Beschwerden wieder her. In der Hauptsache wurde dieser Schritt damit begründet, dass auf der Grundlage des FZA das Recht auf Einreise nur bei ausserordentlich schweren Verletzungen der ausländerrechtlichen Bestimmungen eingeschränkt werden dürfe und eine solche schwere Verletzung aufgrund einer provisorischen Einschätzung der vorliegenden Fälle nicht ersichtlich sei.

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

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Angesichts des engen persönlichen und sachlichen Zusammenhangs rechtfertigt es sich, die Beschwerdeverfahren C-7549/2008 und C-7550/2008 zu vereinigen.

2.
2.1 Einreiseverbote des BFM unterliegen der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (Art. 31, Art. 32 sowie Art. 33 Bst. d des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]).

2.2 Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

2.3 Die Beschwerdeführerinnen sind als materielle Verfügungsadressatinnen zur Ergreifung des Rechtsmittels legitimiert (Art. 48 Abs. 1

VwVG). Auf ihre frist- und formgerecht eingereichten Beschwerden ist einzutreten (Art. 49 ff. VwVG).

3.

3.1 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, wenn nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat, 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 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 2A.451/2002 vom 28. März 2003).

3.2 Zum für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache massgebenden Recht gehört seit dem 1. Juni 2009 das Freizügigkeitsabkommen. Denn an diesem Datum trat das Protokoll vom 27. Mai 2008 in Kraft (SR 0.142.112.681.1), mit dem Bulgarien und Rumänien als Vertragsparteien des Freizügigkeitsabkommens aufgenommen wurden. Die Beschwerdeführerinnen, die die Staatsangehörigkeit der neuen Vertragsstaaten besitzen, gelten seit diesem Zeitpunkt als Vertragsausländerinnen. Als solche unterstehen sie nur soweit dem ordentlichen Ausländerrecht, als das Freizügigkeitsabkommen keine abweichende Regelung enthält oder das ordentliche Ausländerrecht günstigere Bestimmungen vorsieht (vgl. Art. 2 Abs. 2 AuG). Für die Zeit vor dem 1. Juni 2009 bleibt dagegen das ordentliche Ausländerrecht allein massgebend.

4.

4.1 Das Einreiseverbot kann nach Art. 67 Abs. 1 Bst. a AuG gegenüber ausländischen Personen verfügt werden, die gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen haben oder diese gefährden. Das Einreiseverbot wird befristet oder in schwerwiegenden Fällen unbefristet verfügt (Art. 67 Abs. 3 AuG). Während der Gültigkeit des Einreiseverbots ist der ausländischen Person die Einreise in die Schweiz untersagt. Wenn

wichtige Gründe es rechtfertigen, kann das Einreiseverbot vorübergehend aufgehoben werden (Art. 67 Abs. 4 AuG).

Das Einreiseverbot stellt keine Sanktion für vergangenes Fehlverhalten dar, sondern eine Massnahme zur Abwendung einer künftigen Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (BBl 2002 3813). Die Feststellung einer solchen Gefahr ist ein Wahrscheinlichkeitsurteil, das sich naturgemäss auf vergangenes Verhalten einer ausländischen Person abstützen muss. Stellt bereits dieses vergangene Verhalten eine Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung dar, wird die Gefahr künftiger Störungen von Gesetzes wegen vermutet (BBl 2002 3760). Das Gesetz lässt deshalb einen Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung als Anlass für ein Einreiseverbot genügen, ohne dass die Gefahr einer Störung nachgewiesen werden müsste. Ist die Vermutungsbasis dagegen nicht erfüllt, verlangt Art. 80 Abs. 2 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201) konkrete Anhaltspunkte, dass der Aufenthalt der betreffenden Person in der Schweiz mit erheblicher Wahrscheinlichkeit zu einem Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung führt.

Die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 67 Abs. 1 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 (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). In diesem Sinne liegt nach Art. 80 Abs. 1 Bst. a VZAE ein Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung unter anderem vor, wenn gesetzliche Vorschriften oder behördliche Verfügungen missachtet werden. Widerhandlungen gegen Normen des Ausländerrechts fallen ohne weiteres unter diese Begriffsbestimmung und können als solche ein Einreiseverbot nach sich ziehen (vgl. BBl 2002 3813).

4.2 Das Freizügigkeitsabkommen vermittelt Vertragsausländern eine Reihe von Freizügigkeitsrechten. Dazu gehört unter anderem das Recht auf Einreise (Art. 3 FZA i.V.m. Art. 1 Abs. 1 Anhang I FZA). Die Zulässigkeit nationaler Massnahmen, die wie das Einreiseverbot gemäss Art. 67 Abs. 1 AuG die Ausübung von Freizügigkeitsrechten behindern, macht das Freizügigkeitsabkommen davon abhängig, dass

sie durch Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind (Ordre-Public-Vorbehalt, vgl. Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA). Im Interesse einer einheitlichen Anwendung und Auslegung dieses Ordre-Public-Vorbehaltes verweist das Freizügigkeitsabkommen 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 als Gerichtshof oder EuGH zitiert) vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung (Art. 16 Abs. 2 FZA), die der Berufung der Mitgliedstaaten der EU auf den Ordre-Public-Vorbehalt enge Grenzen setzen (dazu weiter unten). In diesem Sinne schränkt das Freizügigkeitsabkommen die Befugnisse der Vertragsstaaten bei der Handhabung landesrechtlicher Massnahmen wie der des Einreiseverbots ein.

5.
Nachfolgend ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob die angefochtenen Einreiseverbote im Einklang mit dem ordentlichen Ausländerrecht stehen, das bis 1. Juni 2009 die Rechtsstellung der Beschwerdeführerinnen allein bestimmte. Ist dies der Fall, so ist in einem zweiten Schritt zu untersuchen, ob sich die Fortdauer der Massnahmen über den 1. Juni 2009 hinaus mit dem Freizügigkeitsabkommen vereinbaren lässt, dessen Geltungsbereich auf diesen Zeitpunkt hin auf Bulgarien und Rumänien erweitert wurde.

6.
Zur Vereinbarkeit der angefochtenen Massnahme mit dem ordentlichen Ausländerrecht ist Folgendes festzustellen:

6.1 Den Akten lässt sich entnehmen, dass die Beschwerdeführerinnen zusammen mit anderen ausländischen Frauen anlässlich einer durch die Kantonspolizei Schwyz am 21. Oktober 2008 im Sauna-Club X._____ in Y._____ durchgeführten Milieukontrolle aufgegriffen wurden. Beim Sauna-Club X._____ handelt es sich zweifelsfrei um ein Etablissement, in welchem bezahlte Liebesdienste angeboten werden. Dies geht bereits aus der einschlägigen Homepage des Clubs deutlich hervor. Die beiden Beschwerdeführerinnen waren im Zeitpunkt der Kontrolle lediglich mit Unterwäsche bekleidet. Ferner verfügten beide Frauen je über ein persönliches Garderobenfach, in dem sie unter anderem Reizwäsche aufbewahrten. Bei der Beschwerdeführerin 1 konnte überdies ein Bargeldbetrag von Fr. 10'750.- (in

Stückelung zu 50, 100 und 200 Fr.) sicher gestellt werden, deren Herkunft von ihr nicht schlüssig erklärt werden konnte. So gab sie auf entsprechenden Vorhalt an, anlässlich ihrer Einreise bereits 5'000 Euro auf sich getragen und den Rest von einem Schweizer (den sie jedoch nicht näher zu bezeichnen vermochte) geschenkt bekommen zu haben.

6.2 Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen war die Vorinstanz nicht gehalten, den rechtskräftigen Abschluss des parallel geführten Strafverfahrens abwarten (vgl. etwa Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-8544/2007 vom 15. Oktober 2009 E. 5.2). Sie durfte aufgrund der geschilderten Umstände willkürfrei davon ausgehen, dass sich die Beschwerdeführerinnen im Sauna-Club X._____ prostituiert hatten. Davon ging auch das Bezirksamt Y._____ in seinen zwischenzeitlich rechtskräftig gewordenen Strafverfügungen vom 23. Oktober 2008 aus. Da die Prostitution als Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 11 Abs. 2 AuG gilt (vgl. etwa Urteile des Bundesverwaltungsgerichts C-3789/2008 vom 21. April 2009 Bst. A und E. 5.1 sowie C-51/2006 vom 17. April 2007 E. 4.1), die Beschwerdeführerinnen hierfür jedoch die nach Art. 11 Abs. 1 AuG notwendige Aufenthaltsbewilligung nicht besassen, ging die Vorinstanz zu Recht von rechtswidrigem Aufenthalt und rechtwidriger Erwerbstätigkeit aus. Hinzu tritt, dass jedenfalls bis zum 1. Juni 2009 Staatsangehörige Rumäniens und Bulgariens für die Einreise in die Schweiz zum Zwecke der Erwerbstätigkeit ein Visum einholen mussten (vgl. jeweils Art. 2 der Übereinkommen vom 30. Oktober 2003 mit Bulgarien [SR 0.142.112.142] und vom 15. Dezember 2003 mit Rumänien [SR 0.142.116.632.1]). Dieser Verpflichtung sind die Beschwerdeführerinnen nicht nachgekommen. So betrachtet, erweist sich bereits ihre Einreise in die Schweiz als rechtswidrig (Art. 5 Abs. 1 Bst. a AuG). Zum gleichen Ergebnis gelangte auch das Bezirksamt Y._____ in seinen Strafverfügungen.

6.3 Anzufügen ist, dass das Bundesverwaltungsgericht in seiner Rechtsprechung zum Bundesgesetz vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG, BS 1 121), das auf den 1. Januar 2008 vom AuG abgelöst wurde, die unbewilligte Prostitution nicht nur als mögliche Verletzung der ausländerrechtlichen Ordnung betrachtete. Obschon die Prostitution als solche nicht verboten war und ist, erkannte es in der unbewilligten Ausübung dieses Gewerbes eine gesellschaftsschädigende Verhaltensweise, die schon aus diesem

Grund die Verhängung einer Einreisesperre nach Art. 13 ANAG rechtfertigt. Es begründete seine Auffassung vorrangig mit dem kriminogenen Charakter des Milieus, das von Menschenhandel und organisierter Kriminalität geprägt sei, und eine ernsthafte Gefahr für die Rechtsgüter anderer Personen, nicht zuletzt die Rechtsgüter der sich prostituierenden ausländischen Personen selbst darstelle, die Opfer von Menschenhandel und sexueller Ausbeutung geworden seien (vgl. dazu etwa Urteile des Bundesverwaltungsgerichts C-3791/2008 vom 22. September 2009 E. 5.2 und C-62/2006 vom 3. April 2007 E. 4.3). An dieser Rechtsprechung kann unter der Geltung des neuen Rechts nicht länger festgehalten werden. Denn die Anerkennung einer Polizeigefahr setzt nach Art. 80 Abs. 2 VZAE konkrete Anhaltspunkte voraus, dass der Aufenthalt der betroffenen Person in der Schweiz mit erheblicher Wahrscheinlichkeit zu einem Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung führt. Dieser Anforderung genügt die altrechtliche Rechtsprechung, die ungeachtet des persönlichen Verhaltens des Betroffenen auf die Gefahren abstellt, welche vom Gewerbe in seiner Gesamtheit ausgehen, offenkundig nicht.

6.4 Die vorstehenden Erwägungen zur altrechtlichen Rechtsprechung vermögen jedoch nichts daran ändern, dass die Beschwerdeführerinnen wegen der Zuwiderhandlung gegen ausländerrechtliche Bestimmungen unter dem Gesichtspunkt von Art. 67 Abs. 1 Bst. a AuG hinreichenden Anlass für die Verhängung eines Einreiseverbots gegeben haben. In Anbetracht der Tatsache, dass sie keine spezifischen privaten Interessen vorbringen, die durch die Massnahme beeinträchtigt wären, erweist sich das auf zwei Jahre bemessene Einreiseverbot gegenüber beiden Beschwerdeführerinnen als verhältnismässig und angemessen. Die ausgesprochenen Massnahmen sind auf der Grundlage des ordentlichen Ausländerrechts nicht zu beanstanden.

7.
Die sich seit dem 1. Juni 2009 stellende Frage nach der Vereinbarkeit der angefochtenen Massnahmen mit dem Freizügigkeitsabkommen ist wie folgt zu beantworten:

7.1 Der Gerichtshof 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 (vgl. auch zum folgenden BGE 131 II 352 E. 3.2 S. 357 f. mit Hinweisen). 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. Sodann vermag eine strafrechtliche Verurteilung für sich allein nicht ohne weiteres eine Massnahme zu rechtfertigen, welche die Ausübung von Freizügigkeitsrechten beschränkt (Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie 64/221/EWG). Eine solche Verurteilung darf 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.

7.2 Nicht näher geäussert hat sich der Gerichtshof bisher zu den Kriterien, die 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 die ausländische Person 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 131 II 352 E. 3.3 S. 358 mit Hinweisen).

7.3 Schliesslich hat sich der Gerichtshof auch nicht zur Frage geäussert, welche Verhaltensweisen im Lichte des Gemeinschaftsrechts als Störung der Grundinteressen der Gesellschaft gelten können. Er verweist in diesem Zusammenhang regelmässig auf das innerstaat-

liche Recht und billigt den Mitgliedstaaten innerhalb der durch den Vertrag und die Durchführungsvorschriften gezogenen Grenzen einen Beurteilungsspielraum zu.

Eine solche gemeinschaftsrechtliche Schranke erblickt der Gerichtshof im Diskriminierungsverbot von Art. 6 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (vgl. die analoge Bestimmung des Art. 2 FZA). Danach kann ein Verhalten dann nicht als hinreichend schwerwiegend betrachtet werden, wenn gegenüber dem gleichen Verhalten eigener Staatsangehöriger keine Zwangs- oder andere tatsächliche und effektive Massnahmen zur Bekämpfung dieses Verhaltens ergriffen werden (Urteile des EuGH vom 18. Mai 1989 in der Rechtssache 249/86, Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Bundesrepublik Deutschland, Slg. 1989, 1263, Randnr. 19, und vom 18. Mai 1982 in den verbundenen Rechtssache 115/81 und 116/81, Adoui und Cornuaille, Slg. 1982, 1665, Randnr. 8). Weiter hat der Gerichtshof erkannt, dass innerhalb der EU die Verletzung nationaler Vorschriften über Einreise, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit für sich alleine keine Massnahmen zu rechtfertigen vermag, welche die Freizügigkeitsrechte beschränken (vgl. MARCEL DIETRICH, Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer in der Europäischen Union, Zürich 1995, S. 480, mit Hinweisen). Der Gerichtshof liess sich hierbei von der Überlegung leiten, dass ein EU-Bürger mit diesen Verhaltensweisen ein Recht ausübt, das ihm unmittelbar kraft Vertrages zukommt. Nationale ausländerpolizeiliche Bestimmungen in diesem Bereich stellen blosse Formalien dar, deren Missachtung nicht als Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit angesehen werden kann (Urteil des EuGH vom 8. April 1976 in der Rechtssache 48/75, Royer, Slg. 1976 497, Randnr. 41 bis 44). Auf der anderen Seite hat der Gerichtshof in einem neueren Urteil entschieden, dass Mitgliedstaaten den blossen Konsum von Betäubungsmitteln als eine Gefährdung der Gesellschaft ansehen können, die besondere Massnahmen zum Schutz der öffentlichen Ordnung gegen Angehörige anderer Mitgliedstaaten rechtfertigen kann (Urteil des EuGH vom 19. Januar 1999 in der Rechtssache C-348/96, Calfa, Slg. 1999, I-11, Randnr. 22).

7.4 Wie bereits aufgezeigt wurde, haben die Beschwerdeführerinnen gegen einschlägige ausländerrechtliche Bestimmungen verstossen, indem sie in Gestalt der Prostitution eine Erwerbstätigkeit aufgenommen haben, ohne im Besitz einer Bewilligung zu sein. Dass im Sinne des Gemeinschaftsrechts eine gegenwärtige und tatsächliche Gefahr

weiterer gleichgelagerter Zuwiderhandlung besteht, kann vernünftigerweise nicht bestritten werden. Es stellt sich jedoch die Frage, ob die drohende Störung der öffentlichen Ordnung derart schwer wiegt, dass sie als im Widerspruch zu den Grundinteressen der Gesellschaft stehend bewertet werden kann.

Nach Art. 2 Abs. 1 Anhang I FZA erwächst Vertragsausländern unmittelbar aus dem Freizügigkeitsabkommen ein Anspruch auf Aufenthalt und Erwerbstätigkeit. Die Aufenthaltserlaubnis dient nur dem Nachweis dieses vorbestehenden Rechts. Die Tatsache, dass ein Vertragsausländer die Aufenthaltserlaubnis nicht einholt, stellt dann nur die Verletzung einer Formvorschrift dar, die entsprechend der weiter oben zitierten Rechtsprechung des Gerichtshofs für sich alleine eine freizügigkeitsrechtsbeschränkende Massnahme nicht rechtfertigen kann (vgl. auch Weisungen des BFM vom 1. Juni 2009 über die schrittweise Einführung des freien Personenverkehrs, Ziff. 12.1.2, online zu finden unter: www.bfm.admin.ch > Dokumentation > Rechtliche Grundlagen > Weisungen und Kreisschreiben > II. Freizügigkeitsabkommen, nachfolgend zitiert als Weisungen BFM). Etwas anderes gilt für die Dauer der Übergangszeit nach Art. 10 FZA. Werden die dort festgelegten Beschränkungen angewandt, braucht der Vertragsausländer für die Ausübung einer Erwerbstätigkeit eine Aufenthaltserlaubnis und/oder Arbeitserlaubnis (Art. 26 Abs. 2 Anhang I FZA). Holt er sie nicht ein, verletzt er nicht bloss eine Formvorschrift. Seine Erwerbstätigkeit ist vielmehr illegal, weil das Recht auf Erwerbstätigkeit erst durch die Erteilung einer Bewilligung begründet wird.

Da Bulgarien und Rumänien den in Art. 10 FZA vorgesehenen Beschränkungen bis auf weiteres unterstehen (vgl. Art. 10 Abs. 1b, 2b, 3b, und 4c FZA i.V.m. Art. 38 Abs. 4 der Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs vom 22. Mai 2002 [VEP, SR 142.203]), kann die Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung nicht grundsätzlich vom Kreis derjenigen Verhaltensweisen ausgeschlossen werden, die eine freizügigkeitsrechtsbeschränkende Massnahme rechtfertigen (vgl. dazu auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-2662/2007 vom 14. März 2008 E. 8.2.2). In Anbetracht der Tatsache, dass die Verwirklichung der Personenfreizügigkeit auf der Grundlage des Gemeinschaftsrechts das Grundanliegen des Freizügigkeitsabkommens bildet (vgl. Präambel des Freizügigkeitsabkommens), auferlegt sich die Schweiz grosse Zurückhaltung, wenn Verstösse gegen ausländerrechtliche Bestimmungen zur Diskussion stehen, welche der

Personenfreizügigkeit vorläufig Schranken setzen. Massnahmen sind nur bei schwersten Zuwiderhandlungen in Erwägung zu ziehen.

Eine solche Konstellation lag einem nicht publizierten Entscheid des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (EJPD) vom 14. März 2004 zu Grunde (Ref-Nr. A1-0320090). Das EJPD bestätigte darin die Einreisesperre gegen einen EU-Bürger, der sich knapp 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. Ob die fortgesetzte Missachtung einer rechtswirksamen Einreisesperre eine Fernhaltemassnahme rechtfertigen kann, erschien dem Bundesverwaltungsgericht im bereits erwähnten Urteil C-2662/2007 vom 14. März 2008 als fraglich. Es konnte die Frage jedoch offen lassen, weil sich die Massnahme im Lichte des Freizügigkeitsabkommens als unverhältnismässig erwies. In dieselbe Richtung gehen die FZA-Weisungen des BFM. Dort wird festgehalten, dass gegen Vertragsausländer, die aufgrund der Übergangsregelungen noch nicht in den vollen Genuss der Freizügigkeitsrechte kommen, Fernhaltemassnahmen bei ausserordentlich schweren Fällen von Schwarzarbeit möglich seien. Denkbar wäre dies beispielsweise bei einer ausländischen Bauequipe, die ohne die erforderliche Bewilligung und in Verletzung von gesamtarbeitsvertraglich festgelegten Mindestlöhnen in grossem Umfang in der Schweiz Baudienstleistungen erbringt (Ziff. 12.1.2).

Die Beschwerdeführerinnen gingen in der Schweiz während maximal vier Wochen einer Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung nach. Es liegt auf der Hand, dass der ausländerrechtliche Unrechtsgehalt dieser Zuwiderhandlung weder in quantitativer noch in qualitativer Hinsicht die notwendige Schwere erreicht. Das Vorliegen eines schweren Falles kann auch nicht damit begründet werden, dass die Prostitution ein unerwünschtes Verhalten darstellt, wie die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung zu argumentieren scheint. Zunächst gilt es zu bedenken, dass die sozialschädlichen Begleiterscheinungen der Prostitution als solcher, auf die bereits weiter oben hingewiesen wurde, nicht dem persönlichen Verhalten der Beschwerdeführerinnen zugerechnet werden können. Die Anknüpfung der Massnahme an diese Gefahren ist daher im Lichte von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 64/221/EWG unzulässig. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass die Prostitution als solche, sofern sie von Schweizer Bürgern ausgeübt wird, weder straf-

rechtlich noch anderweitig verfolgt oder bekämpft wird. Die Schweiz ist daher nach der insoweit verbindlichen Rechtsprechung des Gerichtshofes nicht berechtigt, die Prostitution wegen ihrer sozialschädlichen Auswirkungen als Störung der öffentlichen Ordnung zu betrachten, die eine Beschränkung der Freizügigkeitsrechte grundsätzlich rechtfertigen kann (vgl. E. 7.3). Aus denselben Gründen ist es der Schweiz aber auch verwehrt, einer Zuwiderhandlung gegen ausländerrechtliche Bestimmungen nur deshalb den notwendigen Schweregrad zuzuerkennen, weil der Vertragsausländer ohne die notwendige Aufenthaltserlaubnis der Prostitution und nicht einer anderen Erwerbstätigkeit nachgeht.

7.5 Das Bundesverwaltungsgericht gelangt daher zum Schluss, dass das Verhalten der Beschwerdeführerinnen keine hinreichende Gefährdung der öffentlichen Ordnung begründet, welche die Grundinteressen der Gesellschaft berührt. Die gegen die Beschwerdeführerinnen verhängten Einreiseverbote halten somit vor dem Freizügigkeitsabkommen nicht stand.

8.
Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die ursprünglich zu Recht erlassenen Einreiseverbote mit der am 1. Juni 2009 erfolgten Aufnahme Bulgariens und Rumäniens als Vertragsstaaten des Freizügigkeitsabkommens bundesrechtswidrig wurden (Art. 49 Bst. a VwVG). Sie sind auf diesen Zeitpunkt hin aufzuheben. In diesem Sinne sind die Beschwerden teilweise gutzuheissen.

9.
Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind den Beschwerdeführerinnen ermässigte Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Den Beschwerdeführerinnen ist 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 gekürzte Parteientschädigung auszurichten. Diese ist gesamthaft – d.h. für beide Verfahren zusammen – auf Fr. 1'000.- (MWSt inkl.) festzusetzen.

Dispositiv S. 15

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerdeverfahren C-7549/2008 und C-7550/2008 werden vereinigt.

2.
Die Beschwerden werden teilweise gutgeheissen und die am 23. Oktober 2008 verhängten Einreiseverbote auf den 1. Juni 2009 aufgehoben.

3.
Den Beschwerdeführerinnen werden Verfahrenskosten im Betrag von Fr. 600.- auferlegt und mit den geleisteten Kostenvorschüssen von insgesamt Fr. 1'200.- verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 600.- wird zurückerstattet.

4.
Den Beschwerdeführerinnen wird zu Lasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 1'000.- (inkl. MWSt.) zugesprochen.

5.
Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (gegen Empfangsbestätigung) zum Vollzug;
  Beilage: Akten ZEMIS [...] und ZEMIS [...]

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:	Der Gerichtsschreiber:
Andreas Trommer	Lorenz Noli

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 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 (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: