



## **Urteil vom 6. Mai 2021**

---

Besetzung

Richter Andreas Trommer (Vorsitz),  
Richter Gregor Chatton,  
Richter Fulvio Haefeli,  
Gerichtsschreiber Julius Longauer.

---

Parteien

**E.**\_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführer,  
vertreten durch Bernhard Zollinger, Rechtsanwalt,

gegen

**Staatssekretariat für Migration SEM,**  
Quellenweg 6, 3003 Bern,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Einreiseverbot.

**Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest,**

dass der Beschwerdeführer, ein 1983 geborener, bosnisch-herzegowinischer Staatsangehöriger, am 26. Februar 2020 von der Arbeitsmarktkontrolle Bern (AMKBE) auf einer Baustelle angetroffen wurde,

dass die wegen des Verdachts der Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung aufgebote Polizei den Beschwerdeführer noch am gleichen Tag einvernahm (Akten der kantonalen Migrationsbehörde [BE-act.] 12/26),

dass der Beschwerdeführer anlässlich der polizeilichen Einvernahme bestritt, auf der Baustelle einer Erwerbstätigkeit nachgegangen zu sein (Akten der Vorinstanz [SEM-act.] 1/16),

dass die Migrationsbehörde des Kantons Bern am 27. Februar 2020 die Wegweisung des Beschwerdeführers verfügte (BE-act. 7/14) und er die Schweiz am 29. Februar 2020 fristgerecht verliess (BE-act 11/25),

dass die Staatsanwaltschaft des Kantons Bern, Region Emmental-Oberaargau (nachfolgend: Staatsanwaltschaft), am 24. März 2020 gestützt auf Art. 310 Abs. 1 Bst. a StPO (SR 312.0) eine Nichtanhandnahmeverfügung erliess (Beilage 3 zur Beschwerde, Akten des BVGer [Rek-act.] 1),

dass die Vorinstanz bereits am 27. Februar 2020 gegen den Beschwerdeführer ein 2-jähriges Einreiseverbot erliess, seine Ausschreibung zur Einreiseverweigerung im Schengener Informationssystem SIS II anordnete und einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzog (SEM-act. 2/19),

dass der Beschwerdeführer gegen die vorgenannte Verfügung am 30. März 2020 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erhob und deren Aufhebung beantragte (Rek-act. 1),

dass er ferner um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung sowie um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege mit Kostenbefreiung und unentgeltlicher Verbeiständung ersuchte,

dass das Bundesverwaltungsgericht mit Instruktionsverfügung vom 14. April 2020 umgehend den Schriftenwechsel einleitete und die Behandlung der Verfahrensanträge auf einen späteren Zeitpunkt verlegte (Rek-act. 3),

dass die Vorinstanz mit Vernehmlassung vom 13. Mai 2020 gestützt auf eine nachträglich eingeholte Stellungnahme eines der beiden an der Kontrolle beteiligten Mitarbeiters der AMKBE auf Abweisung der Beschwerde schloss (Rek-act. 5),

dass der Beschwerdeführer mit Replik vom 24. Juni 2020 an seinem Rechtsmittel festhielt (Rek-act. 7),

dass das Bundesverwaltungsgericht zuhanden seines Verfahrens die Akten EO 20 2983 der Staatsanwaltschaft beizog,

dass auf den weiteren Akteninhalt, soweit erheblich, in den Erwägungen eingegangen wird,

**und zieht in Erwägung,**

dass Einreiseverbote des SEM der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht unterliegen (Art. 31, 32 und 33 Bst. d VGG),

dass sich das Verfahren nach dem VwVG richtet, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG),

dass der Beschwerdeführer zur Beschwerde legitimiert und auf sein frist- und formgerecht eingereichtes Rechtsmittel einzutreten ist (Art. 49 ff. VwVG),

dass mit Beschwerde die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes und die Unangemessenheit gerügt werden kann (Art. 49 VwVG),

dass das Bundesverwaltungsgericht gemäss Art. 62 Abs. 4 VwVG an die Begründung der Begehren nicht gebunden ist und die Beschwerde aus anderen als von den Parteien bzw. der Vorinstanz genannten Gründen gutheissen oder abweisen kann (vgl. BVGE 2009/61 E. 6.1 m.H.),

dass eine ausländische Person, die gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen hat oder diese gefährdet, mit einem Einreiseverbot belegt werden kann (Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG),

dass ein Einreiseverbot für eine Dauer von höchstens fünf Jahren verhängt wird, es sei denn, von der betroffenen ausländischen Person gehe eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung aus (Art. 67 Abs. 3 AIG),

dass gemäss Art. 77a Abs. 1 Bst. a der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201) ein Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung insbesondere bei einer Missachtung gesetzlicher Vorschriften gegeben ist,

dass daher Widerhandlungen gegen ausländerrechtliche Bestimmungen praxismässig Anlass für ein Einreiseverbot geben können,

dass ausländische Personen, die in der Schweiz eine Erwerbstätigkeit ausüben wollen, unabhängig von der Aufenthaltsdauer eine Bewilligung benötigen (Art. 11 Abs. 1 AIG),

dass als Erwerbstätigkeit im Sinne des Gesetzes jede üblicherweise gegen Entgelt ausgeübte unselbständige oder selbständige Tätigkeit zu verstehen ist, selbst wenn sie unentgeltlich erfolgt (Art. 11 Abs. 2 AIG),

dass für die Qualifizierung einer Aktivität als Erwerbstätigkeit im Sinne des Gesetzes unerheblich ist, ob sie nur stunden- oder tageweise oder vorübergehend ausgeübt wird (Art. 1a Abs. 1 VZAE),

dass sich der Beschwerdeführer besuchshalber in der Schweiz aufhielt und über keine Bewilligung verfügte, die es ihm gestattet hätte, hier einer Erwerbstätigkeit nachzugehen,

dass der Beschwerdeführer nun aber bestreitet, einer Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung nachgegangen zu sein, und sich in diesem Zusammenhang auf die Nichtanhandnahmeverfügung der Staatsanwaltschaft beruft,

dass die Administrativbehörde von den Erkenntnissen des Strafrichters grundsätzlich unabhängig ist, jedoch im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtseinheit von seinen tatsächlichen Feststellungen nicht ohne Not abweicht (BVGE 2018 VII/2 E. 6.4 m.H.),

dass ein Abweichen etwa gerechtfertigt sein mag, wenn klare Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit der strafrichterlichen Tatsachenfeststellung be-

stehen, oder die Administrativbehörde sich auf dem Strafrichter unbekannte Tatsachen oder zusätzlich erhobene Beweise stützen kann (Urteil des BGer 2C\_21/2019 vom 14. November 2019 E. 4.2 m.H.),

dass die Bindungswirkung des strafrechtlichen Verdikts relativiert wird, wenn kein Strafurteil in der Sache ergangen ist, sondern das Verfahren eingestellt oder – wie vorliegend – die Untersuchung gar nicht erst anhand genommen wird (Urteil 2C\_21/2019 E. 4.2.3.2),

dass der Beschwerdeführer gemäss Rapport der AMKBE anlässlich der am 26. Februar 2020 durchgeführte Kontrolle bei «der Installation von sanitären Armaturen» in der Küche der Wohnung «Rechts» im ersten Obergeschoss angetroffen wurde und dabei normale Alltagskleidung trug (Beilage zur Vernehmlassung vom 13. Mai 2020 [Rek-act. 5]),

dass die Inspektoren der AMKBE die angetroffene Arbeitssituation fotografisch festgehalten haben (mit Plastikbahnen abgedeckte Küchenkombination, offene Tür unterhalb des Lavabos und auf dem Boden liegende Armaturenzange mit Materialteilen; Beilage zur Vernehmlassung vom 13. Mai 2020 [Rek-act. 5]),

dass der Beschwerdeführer in der polizeilichen Einvernahme behauptete, er sei auf der Baustelle keiner Erwerbstätigkeit nachgegangen, sondern habe nur einem Handwerker bei der Arbeit zugeschaut, der zum Zeitpunkt der Kontrolle gerade etwas holen müssen,

dass er nur zufällig auf der Baustelle gewesen sei, weil er sich zurzeit in der Schweiz aufhalte, sich an diesem Tag gelangweilt habe und ihm daher der ihm persönlich bekannte F.\_\_\_\_\_, Mitinhaber einer auf der Baustelle tätigen Firma für Haustechnik, angeboten habe, ihn zu begleiten,

dass diese Angaben im Wesentlichen durch F.\_\_\_\_\_, dem mutmasslichen Arbeitgeber, bestätigt wurden,

dass die Staatsanwaltschaft ihre Nichtanhandnahmeverfügung auf Art. 310 Abs. 1 Bst a StPO stützte, der ein solches Vorgehen vorsieht, wenn aufgrund der Strafanzeige oder des Polizeirapports feststeht, dass der Straftatbestand oder die Prozessvoraussetzungen eindeutig nicht erfüllt sind,

dass sie zur Begründung ausführte, dem Beschwerdeführer könne die unbewilligte Erwerbstätigkeit mangels konkreter Angaben im Rapport der

AMKBE nicht rechtsgenügend nachgewiesen werden, zumal er Alltagskleidung getragen habe und seine Erklärung, wonach er die Baustelle nur besucht habe, nicht per se unglaubhaft sei,

dass die Vorgehensweise mit Blick auf den die Nichtanhandnahme einer Untersuchung und die Einstellung des Verfahrens beherrschenden Grundsatz «in dubio pro durore» zweifelhaft ist (vgl. BGE 143 IV 241 E.2.3.2; Urteil des BGer 6B\_274/2019 vom 28. Februar 2020 E. 2.3; je m.H.),

dass nämlich die Staatsanwaltschaft den von ihr beanstandeten Mangel an konkreten Angaben im Bericht der AMKBE durch die Einholung von zusätzlichen Auskünften bei den für die Kontrolle verantwortlichen Inspektoren der AMKBE hätte beheben können, sie jedoch in diese Richtung, soweit ersichtlich, nichts unternommen hat,

dass einer der beiden an der Kontrolle beteiligten Inspektoren der AMKBE am 16. April 2020 auf Ersuchen der Vorinstanz zuhanden der Vernehmlassung eine ergänzende Stellungnahme abgab (Beilage zur Vernehmlassung vom 13. Mai 2020, Rek-act. 5),

dass es sich – wie der Stellungnahme entnommen werden kann – beim kontrollierten Objekt um ein älteres Mehrfamilienhaus handelte, das innen komplett renoviert wurde, und dort ziemlich viel Betrieb herrschte (neben der rapportierten Firma noch andere Handwerker vor Ort waren),

dass sich der Beschwerdeführer zum Zeitpunkt der Kontrolle alleine in der Wohnung «Rechts» aufgehalten und mit der auf dem Foto ersichtlichen Zange einen Gegenstand (Ventil bzw. Dichtung) unter dem Lavabo der neu installierten Küche montiert habe,

dass er zwar keine Arbeitskleidung getragen, jedoch auch F.\_\_\_\_\_ (Miteinhaber der mutmasslichen Arbeitgeberfirma) mit Alltagskleidung auf der Baustelle gearbeitet habe,

dass der vom Beschwerdeführer genannte Handwerker, dem er bei der Arbeit nur zugeschaut haben will und der sich kurz vom Arbeitsort entfernt habe, zum Zeitpunkt der Kontrolle mit Arbeiten an sanitären Armaturen im Erdgeschoss beschäftigt gewesen sei,

dass der Beschwerdeführer im Rahmen der Replik auf eine inhaltliche Auseinandersetzung mit der Stellungnahme verzichtete und sich auf den

Standpunkt stellte, die Beweismittel seien der Staatsanwaltschaft allesamt bekannt gewesen, was klarerweise nicht zutrifft,

dass auch der Einwand offensichtlich unhaltbar ist, die Vorinstanz hätte die Stellungnahme des Inspektors der AMKBE in das Strafverfahren einführen beziehungsweise die Wiederaufnahme des Verfahrens vor der Staatsanwaltschaft erwirken müssen,

dass es sich unter den gegebenen Umständen rechtfertigt, von der Nichtanhandnahmeverfügung der Staatsanwaltschaft abzuweichen und davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer auf der kontrollierten Baustelle einer Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung nachging,

dass der Beschwerdeführer mit seinem Verhalten den Fernhaltegrund eines Verstosses gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 67 Abs. 2 Bst. a erster Halbsatz AIG gesetzt hat,

dass damit dem Grundsatz nach schon aus generalpräventiven Erwägungen ein erhebliches öffentliches Interesse an der Fernhaltung des Beschwerdeführers besteht,

dass der Beschwerdeführer dem öffentlichen Interesse kein privates Interesse an ungehinderten Einreisen in die Schweiz gegenüberstellt,

dass daher das auf zwei Jahre befristete Einreiseverbot eine verhältnismässige und angemessene Massnahme zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung darstellt,

dass die Wirkungen des Einreiseverbots mit der Ausschreibung des Beschwerdeführers zur Einreiseverweigerung im SIS II auf den gesamten Schengen-Raum ausgedehnt wurden (vgl. Art. 6 Abs. 1 Bst. d und Art. 14 Abs. 1 der Verordnung [EG] Nr. 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen [Kodifizierter Text] [Schengener Grenzkodex, SGK, Abl. L 77/1 vom 23.03.2016]),

dass die Ausschreibung in Übereinstimmung steht mit Art. 24 Ziff. 3 der Verordnung [EG] Nr. 1987/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Dezember 2006 über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems der zweiten Generation

(SIS-II-Verordnung, Abl. L 381/4 vom 28.12.2006), und weder Gründe vorgebracht werden, noch solche ersichtlich sind, welche sie als eine unverhältnismässige Massnahme erscheinen liessen,

dass daher die angefochtene Verfügung im Lichte von Art. 49 VwVG nicht zu beanstanden und die Beschwerde demzufolge abzuweisen ist, soweit darauf eingetreten werden kann,

dass der Beschwerdeführer es trotz entsprechendem Hinweis unterlassen hat, seine prozessuale Bedürftigkeit zu belegen, weshalb sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege mit Kostenbefreiung und unentgeltlicher Verbeiständung nach Art. 65 Abs. 1 und 2 VwVG abzuweisen ist,

dass daher die Verfahrenskosten gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG dem Beschwerdeführer aufzuerlegen und diese in Anwendung von Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]) auf Fr. 1'000.– festzusetzen sind,

dass dieses Urteil endgültig ist (Art. 83 Bst. c Ziff. 1 BGG).

(Dispositiv nächste Seite)

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.

**3.**

Die Verfahrenskosten von Fr. 1'000.- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

Dieser Betrag ist innert 30 Tagen nach Versand des vorliegenden Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (...)
- die Vorinstanz (...)
- den Migrationsdienst des Kantons Bern

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Andreas Trommer

Julius Longauer

Versand: