



## Urteil vom 18. März 2024

---

Besetzung

Richterin Susanne Genner (Vorsitz),  
Richter Daniele Cattaneo,  
Richter Basil Cupa,  
Gerichtsschreiberin Selina Schmid.

---

Parteien

A. \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Dr. iur. Martin A. Kessler, Rechtsanwalt,  
imkp Rechtsanwälte,  
Beschwerdeführerin,

gegen

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

---

Gegenstand

Einreiseverbot (Wiedererwägung); Verfügung des SEM vom  
10. Januar 2023.

**Sachverhalt:****A.**

Die Beschwerdeführerin (geb. [...]) stammt aus Nigeria und lebt in Italien.

**B.**

Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft B. \_\_\_\_\_ vom 6. Juni 2022 (fortan: die Staatsanwaltschaft) wurde sie wegen Diebstahls zu einer Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu je Fr. 40.–, aufgeschoben bei einer Probezeit von 2 Jahren, sowie zu einer Busse von Fr. 300.– verurteilt. Gegen diesen Strafbefehl erhob die Beschwerdeführerin fristgerecht Einsprache.

**C.**

Am 7. Juni 2022 wies das Migrationsamt des Kantons C. \_\_\_\_\_ (fortan: Migrationsamt) die Beschwerdeführerin aus der Schweiz weg. Zur Begründung wurde angeführt, die Beschwerdeführerin habe in der Schweiz gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen, indem sie sich des Diebstahls schuldig gemacht habe. Dementsprechend erfülle sie die Einreisevoraussetzung gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. c AIG nicht mehr.

**D.**

Gestützt auf die sofort zu vollstreckende Wegweisung verhängte die Vorinstanz am 7. Juni 2022 gegen die Beschwerdeführerin ein zweijähriges Einreiseverbot (gültig vom 9. Juni 2022 bis 8. Juni 2024), welches für die Schweiz und das Fürstentum Liechtenstein gilt. Diese Verfügung ist unangetroffen in Rechtskraft erwachsen.

**E.**

Mit Verfügung vom 21. November 2022 stellte die Staatsanwaltschaft das Strafverfahren gegen die Beschwerdeführerin ein.

**F.**

Am 21. Dezember 2022 ersuchte die Beschwerdeführerin bei der Vorinstanz – gestützt auf die Einstellung des Strafverfahrens – um Aufhebung des Einreiseverbots mittels Wiedererwägung.

**G.**

Die Vorinstanz nahm die Eingabe vom 21. Dezember 2022 als Gesuch um vorzeitige Aufhebung des Einreiseverbots entgegen und wies dieses mit Verfügung vom 10. Januar 2023 ab.

**H.**

Mit Rechtsmitteleingabe vom 10. Februar 2023 gelangte die Beschwerdeführerin an das Bundesverwaltungsgericht und beantragte, die Verfügung der Vorinstanz vom 10. Januar 2023 sei vollumfänglich aufzuheben und das Einreiseverbot vom 7. Juni 2022 sei aufzuheben; eventualiter sei die Verfügung der Vorinstanz vollumfänglich aufzuheben und das Einreiseverbot vom 7. Juni 2022 auf maximal ein Jahr zu reduzieren; subeventualiter sei die Vorinstanz in Aufhebung der Verfügung vom 10. Januar 2023 zu verpflichten, auf das Wiedererwägungsgesuch vom 21. Dezember 2022 einzutreten und das Gesuch materiell zu prüfen. Es sei ihr die unentgeltliche Prozessführung sowie Verbeiständung zu gewähren und auf die Erhebung eines Kostenvorschusses zu verzichten.

**I.**

Mit Verfügung vom 22. Februar 2023 forderte die Instruktionsrichterin die Beschwerdeführerin auf, das Formular «Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege» auszufüllen und die nötigen Beweismittel einzureichen. Die Beschwerdeführerin kam der Aufforderung am 13. April 2023 nach.

**J.**

Mit Zwischenverfügung vom 27. April 2023 hiess das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gut, unter Beiordnung von Rechtsanwalt Dr. Martin A. Kessler als unentgeltlichen Rechtsbeistand.

**K.**

In ihrer Vernehmlassung vom 11. Mai 2023 schloss die Vorinstanz auf Abweisung der Beschwerde.

**L.**

Die Vernehmlassung wurde der Beschwerdeführerin am 16. Mai 2023 zur Stellungnahme zugestellt. Diese verzichtete mit Schreiben vom 27. Juni 2023 auf eine Replik.

**M.**

Am 4. Juli 2023 teilte das Bundesverwaltungsgericht den Parteien den Abschluss des Schriftenwechsels mit.

**N.**

Mit Verfügung vom 15. Februar 2024 bat das Bundesverwaltungsgericht die Staatsanwaltschaft um Zustellung der Strafakten. Diese gingen am 20. Februar 2024 beim Bundesverwaltungsgericht ein.

## **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

### **1.**

**1.1** Verfügungen des SEM, die ein Gesuch um Wiedererwägung eines Einreiseverbots im Sinne von Art. 67 AIG (SR 142.20) zum Gegenstand haben, unterliegen der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (Art. 112 Abs. 1 AIG i.V.m. Art. 31 ff. VGG).

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

**1.3** Die Beschwerdeführerin ist als Verfügungsadressatin zur Erhebung der Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (Art. 50 Abs. 1 VwVG; Art. 52 Abs. 1 VwVG).

**1.4** Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in der vorliegenden Sache endgültig (Art. 83 Bst. c Ziff. 1 BGG).

### **2.**

Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und – sofern 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 nicht an die Begründung der Begehren gebunden und kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder abweisen. Massgeblich ist grundsätzlich die Sachlage zum Zeitpunkt seines Entscheids (BVGE 2020 VII/4 E. 2.2).

### **3.**

Die Vorinstanz ist auf das Wiedererwägungsgesuch der Beschwerdeführerin vom 21. Dezember 2022, in dem diese sich auf eine nachträglich veränderte Sachlage berufen hatte, implizit eingetreten. Daran ändert nichts, dass die Vorinstanz die Eingabe vom 21. Dezember 2022 als Gesuch um vorzeitige Aufhebung des Einreiseverbots gemäss Art. 67 Abs. 5 AIG – und nicht als Wiedererwägungsgesuch – entgegengenommen hat. Sie hat das Gesuch materiell geprüft und einen neuen Sachentscheid gefällt mit der Folge, dass das Einreiseverbot entgegen dem Antrag der Beschwerde-

führerin aufrecht erhalten wurde. Diesen Entscheid hat das Bundesverwaltungsgericht zu überprüfen. Die Frage, ob die ursprüngliche, inzwischen in Rechtskraft erwachsene Verfügung zu Recht erlassen wurde, kann demgegenüber grundsätzlich nicht mehr Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bilden (BVGE 2008/24 E. 2.2; Urteil des BVGer F-3006/2022 vom 3. April 2023 E. 3).

#### **4.**

**4.1** Das Wiedererwägungsgesuch ist ein formloser Rechtsbehelf, mit welchem eine betroffene Person die erstinstanzliche Verwaltungsbehörde darum ersucht, auf eine formell rechtskräftige Verfügung zurückzukommen und diese abzuändern oder aufzuheben (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Auflage 2020, Rz. 1272 ff.; vgl. auch MARTIN TANNER, Wiedererwägung, Revision von ursprünglich fehlerhaften und Anpassung von nachträglich fehlerhaft gewordenen Verwaltungsverfügungen, Diss. Zürich 2021, S. 4-9, 32). Im Verwaltungsverfahren des Bundes ist die Wiedererwägung formell rechtskräftiger Verfügungen nicht ausdrücklich geregelt. Sie tritt in zwei Erscheinungsformen auf: Als Korrektur ursprünglich fehlerhafter Verfügungen (prozessuale Revision) und als Korrektur nachträglich fehlerhafter Verfügungen (Wiedererwägung aufgrund geänderter Verhältnisse oder – nur bei Dauersachverhalten – aufgrund geänderter Rechtslage). Vorliegend interessiert nicht die prozessuale Revision, sondern die Wiedererwägung infolge nachträglicher Änderung der Verhältnisse oder der Rechtslage. Die Rechtsprechung leitet dieses Institut direkt aus Art. 29 Abs. 1 BV ab (vgl. BGE 138 I 61 E. 4.3; Urteil des BGer 2C\_487/2012 vom 2. April 2013 E. 3.3). Die Verwaltungsbehörde ist verpflichtet, auf ein entsprechendes Gesuch einzutreten, wenn sich die Verhältnisse oder bei Dauersachverhalten die Rechtslage seit dem ersten Entscheid in einer Weise geändert haben, dass ein anderes Ergebnis ernstlich in Betracht fällt (vgl. zum Ganzen BVGE 2021 VII/2 E. 3.1).

**4.2** Aus humanitären oder anderen wichtigen Gründen kann ausnahmsweise von der Verhängung eines Einreiseverbots abgesehen oder ein Einreiseverbot aufgehoben oder suspendiert werden. Dabei sind namentlich die Gründe, die zum Einreiseverbot geführt haben, sowie der Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung und die Wahrung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz gegenüber den privaten Interessen der betroffenen Person an einer Aufhebung abzuwägen (Art. 67 Abs. 5 AIG). Die Voraussetzungen sind nicht deckungsgleich wie jene der Wiedererwägung nachträglich unrichtig gewordener Verfügungen: Die Aufhebung erfolgt «ausnahmsweise» und nur aus «humanitären oder anderen wichtigen

Gründen» (vgl. BVGE 2021 VII/2 E. 3.2). Der Anwendungsbereich dieser Bestimmung (in der Variante «Aufhebung») ist somit enger gefasst als jener der Wiedererwägung, indem die Voraussetzungen für das Einreiseverbot nicht dahingefallen sind, sondern durch das Hinzutreten «humanitärer oder anderer wichtiger Gründe» in einem anderen Licht erscheinen. Dies zeigt sich insbesondere im zweiten Satz von Art. 67 Abs. 5 AIG, welcher das Verhältnismässigkeitsprinzip konkretisiert. Im Unterschied dazu kommt die Wiedererwägung zur Anwendung, wenn eine massgebliche Änderung der relevanten Umstände die Verfügung nachträglich fehlerhaft erscheinen lässt, weil die Voraussetzungen für die Massnahme nicht mehr erfüllt sind (vgl. auch Urteil des BVGer F-4027/2023 vom 23. August 2023 E. 4.3).

## 5.

Nach Art. 67 Abs. 1 Bst. a AIG (in der hier anwendbaren, bis am 21. November 2022 gültig gewesenen Fassung vom 18. Juni 2010 [AS 2010 5925]) verfügt das SEM unter Vorbehalt von Absatz 5 Einreiseverbote gegenüber weggewiesenen Ausländerinnen und Ausländern, wenn die Wegweisung nach Artikel 64d Absatz 2 Buchstaben a–c sofort vollstreckt wird. Gemäss Art. 64d Abs. 2 AIG ist die Wegweisung sofort vollstreckbar oder es kann eine Ausreisefrist von weniger als sieben Tagen angesetzt werden, wenn die betroffene Person eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung oder die innere oder die äussere Sicherheit darstellt (Bst. a), konkrete Anzeichen befürchten lassen, dass sich die betroffene Person der Ausschaffung entziehen will (Bst. b), ein Gesuch um Erteilung einer Bewilligung als offensichtlich unbegründet oder missbräuchlich abgelehnt worden ist (Bst. c). Das Einreiseverbot wird im Normalfall für eine Dauer von höchstens fünf Jahren verfügt (Art. 67 Abs. 3 AIG).

## 6.

**6.1** Die Vorinstanz stellt sich in der angefochtenen Verfügung auf den Standpunkt, es müsse aufgrund des zum Entscheidzeitpunkt laufenden Strafverfahrens auch im Nachhinein von der Rechtmässigkeit des Wegweisungsentscheids ausgegangen werden. Die nunmehr erfolgte Einstellung des Strafverfahrens ändere nichts an der rechtmässig ergangenen, sofortigen Wegweisung, womit auch das auf die Wegweisung abstützende Einreiseverbot nicht strittig sein könne. Sie erachte die Voraussetzungen für die vorzeitige Aufhebung der Fernhaltungsmassnahme als nicht erfüllt. Es bestehe weiterhin ein grosses öffentliches Interesse an der Fernhaltung der Beschwerdeführerin, welches deren persönliche Interessen deutlich übersteigen dürfte.

**6.2** Die Beschwerdeführerin entgegnet, aus der Begründung der Vorinstanz ergebe sich unmissverständlich, dass sich das Einreiseverbot auf die im Strafbefehl festgehaltenen Tatsachen und die basierend darauf ergangene Verurteilung wegen Diebstahls beziehe. Die Staatsanwaltschaft habe eine Einstellungsverfügung erlassen, in welcher diese festgehalten habe, dass sich ein Verdacht gegen sie nicht erstellen lasse, weshalb das Untersuchungsverfahren wegen Diebstahls einzustellen sei. Die Vorinstanz verkenne, dass sie – die Beschwerdeführerin – mit der nachträglich ergangenen Einstellungsverfügung ein Beweismittel ins Recht lege, welches ihr im früheren Verfahren nicht bekannt gewesen sei und welches sie damals nicht habe geltend machen können. Die Einstellungsverfügung bringe unmissverständlich zum Ausdruck, dass ihr nicht vorgeworfen werden könne, den Diebstahl begangen zu haben, auf welchen sich letztendlich die Wegweisungsverfügung und das Einreiseverbot gestützt hätten. Da sie nicht wegen Diebstahls belangt worden sei, bestehe auch keine Grundlage für eine Wegweisungsverfügung und insofern entfalle auch der Grund für das Einreiseverbot.

Das Einreiseverbot sei zudem auch unverhältnismässig, da offensichtlich keine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vorliege. Es sei – entgegen der Darstellung der Vorinstanz – nicht ersichtlich, weshalb nach wie vor «ein grosses öffentliches Interesse an der generellen Fernhaltung» bestehen solle. Dass nicht von entscheidender Bedeutung sei, ob ein Strafbefehl vorliege oder nicht, gelte dann nicht mehr, wenn wie hier in der Begründung des Einreiseverbots das Vorliegen einer Polizeigefahr bei der Verfügung des Einreiseverbots mit einer spezifischen strafrechtlichen Verurteilung gemäss Strafbefehl gleichgesetzt worden sei.

Im Untersuchungsverfahren beziehungsweise Vorverfahren gelte der Grundsatz «in dubio pro duriore», womit die Staatsanwaltschaft im Zweifel Anklage zu erheben habe und von einer Einstellung des Strafverfahrens Abstand nehmen müsse. Sie folge dabei gerade dem Gegenteil der Unschuldsvermutung. Die Staatsanwaltschaft habe somit das Strafverfahren eingestellt, weil sie keine Zweifel an ihrer Unschuld gehabt habe. Es ergebe sich aus der Begründung des Einreiseverbots, dass sich der angebliche Diebstahl auf den im Strafverfahren dargestellten Sachverhalt stütze. Da dieser nicht habe erstellt werden können und sie keinen Diebstahl begangen habe, liege kein Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung vor, welcher die Aufrechterhaltung des Einreiseverbots rechtfertigen würde. Sodann sei gemäss Rechtsprechung des Bundesverwaltungs-

gerichts nicht ohne Not von den Feststellungen des Sachverhalts des Strafrichters abzuweichen.

**6.3** Die Vorinstanz bringt in der Vernehmlassung vor, die Beschwerdeführerin enthalte keine neuen Tatsachen oder Beweismittel. Die Beschwerdeführerin verkenne, dass sie – die Vorinstanz – das Einreiseverbot nicht infolge des Strafbefehls erlassen habe, sondern insbesondere wegen der darauf erfolgten Wegweisung aus der Schweiz mit sofortiger Vollstreckung. Die in Art. 67 Abs. 5 AIG geregelten Ausnahmen würden nicht zur Anwendung kommen. Die Beschwerdeführerin mache keine humanitären oder anderen wichtigen Gründe geltend, welche die vorzeitige Aufhebung der Massnahme rechtfertigen würden. Überdies setze die Anordnung eines Einreiseverbots ohnehin kein (rechtskräftiges) Strafurteil voraus. Das Einreiseverbot knüpfe vielmehr an das Vorliegen einer Polizeigefahr an.

## **7.**

**7.1** Die Beschwerdeführerin macht zu Recht nicht geltend, es lägen humanitäre oder andere wichtige Gründe im Sinne von Art. 67 Abs. 5 AIG vor. Anstatt diese Voraussetzungen zu verneinen, hätte die Vorinstanz prüfen müssen, ob das Einreiseverbot aufgrund wesentlich veränderter Umstände wiedererwägungsweise aufzuheben ist. Denn es geht hier nicht darum, entsprechend dem Zweck von Art. 67 Abs. 5 AIG zu prüfen, ob die Aufrechterhaltung des Einreiseverbots aus heutiger Sicht verhältnismässig erscheint. Vielmehr geht es um die Frage, ob mit der Einstellung des Strafverfahrens überhaupt noch ein Grund für die Aufrechterhaltung des Einreiseverbots besteht (vgl. E. 4.2).

**7.2** Mit Strafbefehl vom 6. Juni 2022 wurde die Beschwerdeführerin wegen Diebstahls verurteilt und am 21. November 2022 wurde das Strafverfahren gegen sie eingestellt. Da das Einreiseverbot vom 7. Juni 2022 einzig gestützt auf die sofort vollstreckbare kantonale Wegweisung erlassen wurde, welche wiederum einzig aufgrund des Strafbefehls vom 6. Juni 2022 ergangen ist (vgl. nachfolgend E. 8.2), liegt mit der Einstellung des Strafverfahrens – nach Rechtskraft des Einreiseverbots – eine wesentliche Änderung der Verhältnisse und damit ein potenzieller Wiedererwägungsgrund vor. Die Vorinstanz ist somit zu Recht – zumindest sinngemäss – auf das Wiedererwägungsgesuch eingetreten. In der Folge gilt es zu prüfen, ob sich das Einreiseverbot zum heutigen Zeitpunkt – unter Berücksichtigung der Einstellung des Strafverfahrens – als bundesrechtskonform erweist. Dabei ist – anders als von der Vorinstanz angenommen – keine Interessen-

abwägung gemäss Art. 67 Abs. 5 zweiter Satz AIG vorzunehmen (vgl. E. 7.1).

## **8.**

**8.1** Mit Strafbefehl vom 6. Juni 2022 wurde die Beschwerdeführerin in Mit-täterschaft mit D.\_\_\_\_\_ (fortan: Mitbeschuldigte 1; paralleles Verfahren F-824/2023 vor Bundesverwaltungsgericht) wegen Diebstahls verurteilt. Das Tatvorgehen wird im Strafbefehl wie folgt geschildert: «Während der Beschuldigte die sexuellen Dienstleistungen von E.\_\_\_\_\_ in Anspruch nahm, begab sich die Beschuldigte A.\_\_\_\_\_ zusammen mit D.\_\_\_\_\_ in deren Zimmer und behändigten Bargeld, welches sich in der über einen Stuhl gelegten Hose des Geschädigten befand, und verliessen hernach das Zimmer unter Mitnahme des Deliktsguts.»

**8.2** Die Vorinstanz erliess das Einreiseverbot gestützt auf eine sofort zu vollstreckende Wegweisung (vgl. Art. 67 Abs. 1 aBst. a AIG). Das Migrati-onsamt führte im Rahmen der Wegweisungsverfügung vom 7. Juni 2022 aus, die Beschwerdeführerin habe in der Schweiz gegen die öffentliche Si-cherheit und Ordnung verstossen, indem sie sich des Diebstahls schuldig gemacht habe. Aus dem Begriff «indem» wird ersichtlich, dass das Migrati-onsamt die Wegweisung der Beschwerdeführerin ausschliesslich auf den am 6. Juni 2022 ergangenen Strafbefehl abstützte. Mit der gleichen Be-gründung erklärte es die Wegweisung gestützt auf Art. 64d Abs. 2 Bst. a AIG für sofort vollstreckbar. Dementsprechend begründete die Vorinstanz das Einreiseverbot einzig mit der sofort vollstreckbaren Wegweisung ge-mäss Art. 64d Abs. 2 Bst. a AIG, welche auf dem Strafbefehl vom 6. Juni 2022 beruhte. Anderweitige Verstösse gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung legten weder das Migrationsamt noch die Vorinstanz dar. Das Einreiseverbot gründete somit ausschliesslich auf der Annahme, dass von der Beschwerdeführerin infolge der Verurteilung wegen Diebstahls eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ausgehe.

## **8.3**

**8.3.1** Die Vorinstanz hat zutreffend ausgeführt, dass ein Einreiseverbot un-abhängig vom Strafverfahren erlassen werden und grundsätzlich auch dann verhängt werden kann, wenn ein rechtskräftiges Strafurteil fehlt (vgl. dazu anstelle vieler: Urteile des BVGer F-3903/2020 vom 14. Mai 2021 E. 5.2.1; F-6906/2018 vom 10. Dezember 2019 E. 4.3; F-5969/2016 vom 28. September 2017 E. 6.4). Eine strafrechtliche Verurteilung ist keine not-wendige Voraussetzung für eine Fernhaltungsmassnahme. Dies ergibt sich daraus, dass eine Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung an eine

Polizeigefahr anknüpft, unabhängig davon, ob die entsprechende Handlung strafrechtlich verfolgt wird beziehungsweise verfolgt werden kann. Die Einstellung des Strafverfahrens hat somit keinen unmittelbaren Einfluss auf das verwaltungsrechtliche Verfahren. Die Grundsätze der Einheit der Rechtsordnung und der Rechtssicherheit gebieten allerdings, dass widersprüchliche Entscheide zwischen Straf- und Administrativbehörden im Rahmen des Möglichen zu vermeiden sind, soweit sie auf den gleichen Tatsachen beruhen (BGE 139 II 95 E. 3.2; 137 I 363 E. 2.3.2; Urteil des BGer 1C\_98/2017 vom 2. Juni 2017 E. 2.4; Urteil des BVGer F-3903/2020 vom 14. Mai 2021 E. 5.2.1). In diesem Sinne entfernt sich das Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich nicht ohne Not von den tatbeständlichen Feststellungen (gemeint: Feststellungen des Sachverhalts) des Strafgerichts. Soweit eine Bindungswirkung des strafrechtlichen Urteils beziehungsweise der Einstellung des Strafverfahrens zum Tragen kommt, bezieht sich diese im vorliegenden Zusammenhang ausschliesslich auf die Tatsachenfeststellungen des Strafgerichts.

**8.3.2** Falls keine klaren Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit der Tatsachenfeststellungen bestehen, darf die Verwaltungsbehörde nach ständiger Rechtsprechung von den tatsächlichen Feststellungen im Strafurteil nur dann abweichen, wenn sie Tatsachen feststellt und ihrem Entscheid zugrunde legt, die dem Strafgericht unbekannt gewesen sind, wenn sie zusätzliche Beweise erhebt oder wenn das Strafgericht bei der Rechtsanwendung nicht sämtliche Rechtsfragen abgeklärt hat. Dazu kann sie sich etwa veranlasst sehen, wenn der Freispruch im Strafverfahren ausdrücklich aufgrund der Unschuldsvermutung zustande gekommen ist oder wenn die beschuldigte Person in jenem Verfahren ausdrücklich von ihrem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch macht (vgl. etwa Urteile 2C\_197/2021 vom 6. Mai 2021 E. 3.3.1 und E. 3.3.2; 2C\_1044/2018 vom 22. November 2019 E. 4.2 und 4.3; 2C\_21/2019 vom 14. November 2019 E. 4.2.1 und 4.2.2).

## **8.4**

**8.4.1** Im vorliegenden Fall ist die Einstellung des Strafverfahrens explizit nicht aufgrund der Unschuldsvermutung zustande gekommen. Dies ist auf den Grundsatz «in dubio pro duriore» zurückzuführen. Danach darf eine Einstellung durch die Staatsanwaltschaft grundsätzlich nur bei klarer Straflosigkeit oder offensichtlich fehlenden Prozessvoraussetzungen angeordnet werden (BGE 146 IV 68 E. 2.1). Bei zweifelhafter Beweis- oder Rechtslage hat nicht die Staatsanwaltschaft über die Stichhaltigkeit des strafrechtlichen Vorwurfs zu entscheiden, sondern das zur materiellen Beurteilung zuständige Gericht (BGE 143 IV 241 E. 2.2.1). Damit unterscheidet sich

der bei der Einstellung von Strafverfahren geltende Grundsatz grundlegend von dem das Strafgericht bindenden Grundsatz «in dubio pro reo», wonach sich das Strafgericht nicht von einem für den Angeklagten ungünstigen Sachverhalt überzeugt erklären darf, wenn bei objektiver Betrachtung erhebliche und nicht zu unterdrückende Zweifel bestehen, ob sich der Sachverhalt so verwirklicht hat (vgl. dazu anstelle vieler: Urteil des BGer 6B\_517/2022 vom 7. Dezember 2022 E. 2.1.2; 6B\_689/2021 vom 8. Dezember 2021 E. 1.1).

**8.4.2** Die Beschwerdeführerin weist zu Recht auf den – bei Einstellung des Strafverfahrens geltenden – Grundsatz «in dubio pro duriore» hin und darauf, dass bei der Entscheidung der Staatsanwaltschaft, ob das Strafverfahren einzustellen ist, der Grundsatz «in dubio pro reo» nicht zur Anwendung gelangt. Die Staatsanwaltschaft begründete in ihrer Verfügung vom 21. November 2022 die Einstellung des Strafverfahrens gegen die Beschwerdeführerin insbesondere damit, dass F.\_\_\_\_\_ (fortan: der Geschädigte) keine konkreten Angaben zu den Täterinnen habe machen können bzw. diese lediglich rudimentär habe beschreiben können. Aufgrund der Aktenlage und der ausdrücklichen Desinteresse-Erklärung des Geschädigten sei die Untersuchung einzustellen, da sich gegen seinen Willen ein anklagegenügender Sachverhalt kaum erstellen lasse.

**8.4.3** Gemäss Staatsanwaltschaft lässt sich kein anklagegenügender Sachverhalt erstellen. Da bei zweifelhafter Beweis- oder Rechtslage Anklage zu erheben ist, darf vorliegend davon ausgegangen werden, dass die Staatsanwaltschaft in der Tat davon überzeugt gewesen ist, dass sich kein anklagegenügender Sachverhalt erstellen lasse, andernfalls sie nach dem anwendbaren Grundsatz «in dubio pro duriore» hätte Anklage erheben müssen.

## **9.**

In der Folge ist anhand der vorliegenden Strafakten zu prüfen, ob dennoch klare Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit der Tatsachenfeststellungen der Staatsanwaltschaft bestehen.

**9.1** Ein möglicher Grund für die Abweichung vom Strafurteil kann darin liegen, dass die beschuldigte Person im Strafverfahren ausdrücklich von ihrem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch macht (vgl. E. 8.3.2). Dies ist vorliegend nicht der Fall.

## 9.2

**9.2.1** Die Staatsanwaltschaft begründete die Einstellung des Strafverfahrens gegen die Beschwerdeführerin wie folgt: Der Geschädigte habe keine konkreten Angaben zu den Täterinnen machen können bzw. diese lediglich rudimentär beschreiben können. Der Tatverdacht habe sich lediglich aus dem Umstand ergeben, dass er den mutmasslichen Täterinnen zu einem Zimmer in derselben Liegenschaft gefolgt sei, wo diese letztlich festgenommen worden seien. Aufgrund der Aktenlage und der ausdrücklichen Desinteresse-Erklärung des Geschädigten sei die Untersuchung einzustellen, da sich gegen den Willen des Geschädigten ein anklagegenügender Sachverhalt kaum erstellen lasse, zumal dieser nicht in der Lage sein werde, besagte Täterinnen wiederzuerkennen.

**9.2.2** Der Geschädigte führte im Rahmen der Einvernahme der Stadtpolizei C. \_\_\_\_\_ vom 5. Juni 2022 zusammengefasst aus, er sei mit einer Prostituierten auf ihr Zimmer gegangen. Sie habe wohl gesehen, dass er viel Bargeld dabeigehabt habe. Während des Geschlechtsverkehrs habe sie gesagt, sie müsse zur Toilette und sei für etwa eine Minute aus dem Zimmer gegangen. Danach habe sie sich beim Akt auf sein Gesicht gesetzt und habe stark gestöhnt, wahrscheinlich damit er nichts mehr sehen und hören könne. Er habe Bewegungen im Zimmer wahrgenommen und sie zur Seite geschoben. Er habe dann beobachten können, wie zwei Frauen aus der Ecke, in welcher seine Hose gewesen sei, Richtung Zimmertür gegangen seien. Er sei den Frauen nachgeeilt und habe erfolglos versucht, in deren Zimmer zu gelangen. Er habe sich im vorherigen Zimmer angezogen und sei erneut zu ihrem Zimmer gegangen (Frage 3). Identifiziert habe er die Frauen, da sie ins Zimmer nebenan gerannt seien (Frage 17). Beide Frauen könne er folgendermassen beschreiben: weiblich, (...). Eine von ihnen sei mit einem Frottiertuch/Duschtuch bedeckt gewesen (Frage 20). Ihm seien mindestens Fr. 3'500.– gestohlen worden (Frage 23).

**9.2.3** Die Beschwerdeführerin bestritt den Diebstahl. Sie führte zusammengefasst im Rahmen der Einvernahme der Stadtpolizei C. \_\_\_\_\_ vom 5. Juni 2022 aus, sie wohne mit der Mitbeschuldigten 1 im gleichen Zimmer (Fragen 8 und 24). Sie sei ungefähr um 05.30 Uhr von der G. \_\_\_\_\_ Bar zurückgekommen und habe eine Dusche genommen (Frage 62). Die Dusche befinde sich im Anschluss an die Küche, ausserhalb ihres Zimmers (Fragen 69 f.). Sie sei aus der Dusche gekommen und ein Mann habe zu ihr gesagt, sie habe sein Geld gestohlen (Frage 63). Die Mitbeschuldigte 1 sei in dieser Zeit in ihrem Zimmer gewesen und habe sich gerade angezogen (Frage 73). In der Einvernahme der Staatsanwaltschaft vom 25. Juli

2022 wiederholte die Beschwerdeführerin ihre bisherigen Aussagen und führte des Weiteren aus, an diesem Morgen sei viel los gewesen, es seien viele Frauen auf dem Stockwerk herumgegangen (Frage 65).

Die Mitbeschuldigte 1 bestritt den Diebstahl ebenfalls. Sie führte zusammengefasst im Rahmen der Einvernahme der Stadtpolizei C. \_\_\_\_\_ vom 5. Juni 2022 aus, sie habe im Zimmer gewartet, weil die Beschwerdeführerin am Duschen gewesen sei. Sie habe dann bemerkt, wie jemand an die Tür gepoltert habe. Ein Mann vom Zimmer nebenan sei gekommen und habe «mein Geld, Geld» geschrien (Frage 10). In der Einvernahme der Staatsanwaltschaft vom 2. August 2022 wiederholte die Mitbeschuldigte 1 ihre bisherigen Aussagen und führte aus, zu diesem Zeitpunkt habe sie sich umziehen wollen und die Beschwerdeführerin sei gleichzeitig duschen gegangen (Frage 56). Im Korridor seien viele Leute gewesen (Frage 57); es seien viele Frauen im Haus gewesen (Frage 58).

E. \_\_\_\_\_ (fortan: Mitbeschuldigte 2) bestritt den Diebstahl ebenfalls. Sie führte diesbezüglich zusammengefasst im Rahmen der Einvernahme der Stadtpolizei C. \_\_\_\_\_ vom 5. Juni 2022 aus, ein Mann habe sie auf der Strasse darum gebeten, sich bei ihr im Zimmer zu entspannen, da er sehr müde sei und Kopfschmerzen habe. Sie hätten sich beide im Bett ausgeruht, als er plötzlich rumgeschrien habe, jemand habe sein Geld gestohlen. Er sei aus ihrem Zimmer gegangen, habe zwei Gäste getroffen und diese beschuldigt, Geld gestohlen zu haben (Frage 13).

### **9.3**

**9.3.1** Die drei Beschuldigten bestreiten den Diebstahl allesamt. Ihre Aussagen sind weitestgehend deckungsgleich. Sie stimmen insbesondere diesbezüglich überein, dass sich die Beschwerdeführerin zum Tatzeitpunkt – mit einem Handtuch bekleidet – von der Dusche zurück zu ihrem Zimmer bewegt haben soll, während die Mitbeschuldigte 1 sich im Zimmer aufgehalten habe. Auf dem Weg von der Dusche zum Zimmer habe der Geschädigte die Beschwerdeführerin angeschrien, sie habe sein Geld gestohlen, und sei ihr zum Zimmer gefolgt. Es liegen keine Widersprüche in den Aussagen der Beschuldigten vor, welche Zweifel an der Einstellung des Strafverfahrens aufwerfen. Es liegt in Bezug auf den Vorwurf des Diebstahls eine Aussage gegen Aussage-Situation zwischen dem Geschädigten und den Beschuldigten vor.

**9.3.2** Anderweitige, stichhaltige Beweise für den Diebstahl liegen sodann nicht vor. So wurde im Zimmer der Beschwerdeführerin und der

Mitbeschuldigten 1 zwar Bargeld gefunden; dieses wurde jedoch in kleineren Beträgen an verschiedensten Orten sichergestellt (in Schminktaste [Fr. 110.–], in Bibel in Schuhkarton auf Schrank [Fr. 1'370.– und EUR 5.–], in Bibel in Tasche auf Koffer [Fr. 1'500.–] und auf Ablage unter dem Spiegelschrank [Fr. 100.–]). Es kann nicht nachvollzogen werden, ob es sich dabei um das angeblich gestohlene Geld im Betrag von mindestens Fr. 3'500.– handelt. So erwähnen die Strafakten insbesondere nichts von auf dem Bargeld sichergestellten Fingerabdrücken des Geschädigten.

**9.3.3** Der Tatverdacht gegen die Beschwerdeführerin sowie die Mitbeschuldigte 1 ergab sich – wie in der Einstellungsverfügung ausgeführt – lediglich aus dem Umstand, dass der Geschädigte gemäss eigenen Aussagen den mutmasslichen Täterinnen zu einem Zimmer in derselben Liegenschaft gefolgt sei, wo diese letztlich hätten festgenommen werden können. Diesbezüglich ist relativierend auszuführen, dass die Staatsanwaltschaft in der Einstellungsverfügung richtigerweise feststellte, der Geschädigte habe die Beschuldigten nur rudimentär zu beschreiben vermocht. Seine Beschreibung (vgl. E. 9.2.2) ist sehr allgemein gehalten und dürfte auf eine Vielzahl von (...) Frauen zutreffen. Dies ist bereits daraus ersichtlich, dass er beide Frauen exakt gleich beschrieb und keine individuellen Merkmale nennen konnte. Des Weiteren begründete der Geschädigte den Rückzug seines Strafantrags insbesondere damit, dass er sich nicht in der Lage sehe, die Beschuldigten anlässlich einer Fotowahlkonfrontation wiederzuerkennen.

**9.3.4** Sodann schilderten sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Mitbeschuldigte 1, zum Tatzeitpunkt seien viele Menschen respektive Frauen auf dem Stockwerk gewesen. Diese Aussage wird durch die Videoaufzeichnung des Durchgangs zwischen den Liegenschaften H.\_\_\_\_\_, welcher zum Hauseingang I.\_\_\_\_\_ führt, bestätigt (vgl. Rapport der Stadtpolizei C.\_\_\_\_\_ vom 6. Juni 2022, S. 5). Auf dieser wird ersichtlich, dass zum Zeitpunkt, als der Geschädigte – gemäss eigenen Angaben – in etwa die Liegenschaft betrat, ein reges Kommen und Gehen herrschte und die Liegenschaft vornehmlich von (...) Frauen, meist in männlicher Begleitung, betreten wurde. Die Identifizierung der mutmasslichen Täterinnen durch den Geschädigten dürfte dadurch weiter erschwert worden sein.

**9.3.5** Mit Blick auf das Gesagte ist an der Tatsachenfeststellung der Staatsanwaltschaft festzuhalten, wonach sich ein anklagegenügender Sachverhalt kaum erstellen lässt. Diese bringt in der Einstellungsverfügung sodann richtigerweise vor, dass die Einstellung nicht einzig aufgrund der

Desinteresse-Erklärung des Geschädigten, sondern auch aufgrund der Aktenlage erfolgte. Es bestehen keine Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit der Tatsachenfeststellung durch die Staatsanwaltschaft. Da sich kein anklagegenügender Sachverhalt erstellen lässt, kann der Vorwurf des Diebstahls den Beschuldigten nicht zu Last gelegt werden.

**9.4** Das Bundesverwaltungsgericht erachtet die Tatsachenfeststellungen der Staatsanwaltschaft als bindend (vgl. E. 8.3.2). Entsprechend ist aufgrund der fehlenden Vorwerfbarkeit des Diebstahls eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu verneinen. Anders als etwa bei der Einstellung des Strafverfahrens aufgrund Ausübung einer Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung, wo die verpönte Handlung (Arbeitstätigkeit) trotz fehlender Strafbarkeit der betreffenden Person regelmässig zugerechnet werden kann mit der Folge, dass eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung bejaht wird (vgl. beispielhaft Urteil des BVGer F-2128/2022 vom 28. November 2022 E. 6.5.2), ist im vorliegenden Fall nicht erstellt, dass die Beschwerdeführerin überhaupt eine Handlung vollzogen hat, welche eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellt. Ebenso wenig geht von der Beschwerdeführerin – soweit ersichtlich – eine anderweitige Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung aus. Damit ist auch dem der Verfügung vom 7. Juni 2022 zugrunde liegenden Fernhaltegrund von Art. 67 Abs. 1 aBst. a AIG die Grundlage entzogen.

**9.5** Zusammenfassend hat die Einstellung des Strafverfahrens die Tatsache zu Tage gefördert, dass zu keinem Zeitpunkt eine Polizeigefahr vorgelegen hat. Aufgrund dessen hätte die Vorinstanz das Wiedererwägungsgesuch gutheissen und das Einreiseverbot aufheben müssen.

## **10.**

Die angefochtene Verfügung verletzt demnach Bundesrecht (Art. 49 Bst. a VwVG). Die Beschwerde ist gutzuheissen, die angefochtene Verfügung vom 10. Januar 2023 aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, das Einreiseverbot vom 7. Juni 2022 mit sofortiger Wirkung aufzuheben.

**11.**

**11.1** Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind weder der Beschwerdeführerin noch der Vorinstanz Kosten aufzuerlegen (vgl. Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG).

**11.2** Der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin ist für die ihr erwachsenen notwendigen Kosten eine angemessene Parteientschädigung zu Lasten der Vorinstanz zuzusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Der Rechtsvertreter hat keine Kostennote eingereicht, so dass die Parteientschädigung aufgrund der Akten festzulegen ist (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Aufgrund des parallel hängigen Verfahrens F-824/2023 und der grösstenteils identischen Beschwerdeschrift sowie des grösstenteils identischen Verfahrens vor Bundesverwaltungsgericht ist der Aufwand entsprechend tiefer zu veranschlagen. Dementsprechend ist die Parteientschädigung mit Blick auf den aktenkundigen Aufwand und in Anwendung von Art. 7 ff. VGKE auf Fr. 1'800.– (inkl. Auslagen) festzusetzen.

**11.3** Mit dieser Kostenregelung ist die der Beschwerdeführerin im Verfahren gewährte unentgeltliche Rechtspflege aufgrund Subsidiarität gegenstandslos geworden (vgl. Urteil des BVGer F-5260/2019 vom 3. März 2021 E. 9).

(Dispositiv nächste Seite)

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen.

**2.**

Die angefochtene Verfügung vom 10. Januar 2023 wird aufgehoben. Die Vorinstanz wird angewiesen, das Einreiseverbot vom 7. Juni 2022 mit sofortiger Wirkung aufzuheben.

**3.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

**4.**

Die Vorinstanz wird angewiesen, der Beschwerdeführerin für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 1'800.– auszurichten.

**5.**

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz und die kantonale Migrationsbehörde.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Susanne Genner

Selina Schmid

Versand: