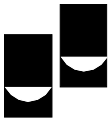
Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung III
C-8027/2008
{T 0/2}

Urteil vom 2. September 2009

Besetzung

Richter Antonio Imoberdorf (Vorsitz),
Richter Jean-Daniel Dubey, Richter Blaise Vuille,
Gerichtsschreiber Daniel Grimm.

Parteien

A._____,
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Hans Ludwig Müller,
Schifflände 6, Postfach 310, 8024 Zürich,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Einreiseverbot.

Sachverhalt:

A.
Der spanische Staatsangehörige A._____ (geb. [...], nachfolgend: Beschwerdeführer) reiste im Sommer 1989 mit seinen Eltern in die Schweiz ein, wo er sich seither mehrheitlich aufhielt. Während seiner Anwesenheit hierzulande geriet er mehrfach mit dem Gesetz in Konflikt. So wurde der Beschwerdeführer vom Bezirksgericht Winterthur am 20. Oktober 1999 des mehrfachen Raubes, der mehrfachen einfachen Körperverletzung, der Freiheitsberaubung, des Diebstahls und des versuchten Diebstahls, der Sachbeschädigung, der untauglich versuchten Hehlerei, des mehrfachen Hausfriedensbruchs, der Gewalt und Drohung gegen Beamte sowie Verstössen gegen die Strassenverkehrs- und Waffengesetzgebung für schuldig erklärt und mit einer Gefängnisstrafe von 18 Monaten (wovon 232 Tage durch Untersuchungs- und Sicherheitshaft erstanden) und zehn Jahren Landesverweisung, beides bedingt erlassen und unter Ansetzung einer Probezeit von vier Jahren, bestraft. Wegen Vergehens gegen das Waffengesetz verurteilte ihn die Bezirksanwaltschaft Winterthur mit Strafbefehl vom 24. September 2002 sodann zu einer Busse von Fr. 300.-. Mit Entscheid der Strafkammer des Bundesstrafgerichts vom 5. November 2008 wurde der Beschwerdeführer schliesslich wegen Gehilfenschaft zu mehrfacher qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz vom 3. Oktober 1951 (BetmG, SR 812.121), mehrfachem Konsum von Betäubungsmitteln, Fälschung von Ausweisen sowie Widerhandlung gegen das Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG, BS 121) zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt, unter Anrechnung von 902 Tagen Untersuchungshaft. Das Urteil des Bundesstrafgerichts ist noch nicht rechtskräftig.

B.
Mit Entscheid der Strafkammer des Bundesstrafgerichts vom 10. November 2008 wurde der inzwischen mit einer Schweizerin verheiratete Beschwerdeführer vorzeitig aus dem Strafvollzug entlassen.

C.
Im Hinblick auf die Prüfung von Entfernungs- und Fernhaltemassnahmen (Wegweisung von EU/EFTA-Bürgern bzw. Einreiseverbot) wurde dem Beschwerdeführer von der Kantonspolizei Zürich am 12. November 2008 das rechtliche Gehör gewährt. Mit am gleichen Tag ergange-

ner Verfügung wies ihn das Migrationsamt des Kantons Zürich daraufhin aus der Schweiz weg und ordnete die Ausschaffungshaft an.

D.
Ebenfalls noch am 12. November 2008 verfügte die Vorinstanz über den Beschwerdeführer ein Einreiseverbot für die Dauer von zehn Jahren und entzog einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung. Zur Begründung wurde ausgeführt:

„Verstoss und Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung wegen Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz, Fälschung von Ausweisen (Art. 67 Abs. 1 Bst. a AuG).“

Das Einreiseverbot wurde dem Betroffenen am 13. November 2008 eröffnet.

E.
Am 14. November 2008 wurde der Beschwerdeführer nach Spanien ausgeschafft.

F.
Mit Beschwerde vom 12. Dezember 2008 an das Bundesverwaltungsgericht beantragt der Beschwerdeführer die Aufhebung des Einreiseverbots; eventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht ersucht er um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde. Dazu lässt er im Wesentlichen vorbringen, das Urteil des Bundesstrafgerichts vom 5. November 2008 sei nicht rechtskräftig und der eingeklagte Sachverhalt werde grösstenteils bestritten. Das vorinstanzliche Vorgehen, aufgrund eines nicht in Rechtskraft erwachsenen Urteils gegen einen Ausländer, der jahrelang hierzulande gelebt habe und mit einer Schweizerin verheiratet sei, zu welcher er einen guten Kontakt unterhalte, mit sofortiger Wirkung ein Einreiseverbot auszusprechen, stelle eine Verletzung von Art. 4 und 6 des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen, SR 0.142.112.681), Art. 8 Abs. 1 (recte: Ziff. 1) der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) sowie Art. 13 Abs. 1 und Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101)

dar. Gestützt auf den Grundsatz des rechtlichen Gehörs besitze die Partei einen verfassungsrechtlichen Anspruch auf Teilnahme an der Abklärung des Sachverhalts. Der Anspruch auf rechtliches Gehör erschöpfe sich nicht in der Möglichkeit des Betroffenen sich zu äussern, sondern verlange, dass die Behörde die Vorbringen der Partei sorgfältig prüfe. Vorliegend habe sich die Vorinstanz nicht ernsthaft mit den gegen ein Einreiseverbot von zehn Jahren sprechenden Gründen auseinandergesetzt, was sich in der mangelhaften Begründung der angefochtenen Verfügung niederschlage, die eine unzureichende Begründungsdichte aufweise und nicht erkennen lasse, ob überhaupt eine Güterabwägung stattgefunden habe. Der Anspruch auf rechtliches Gehör sei formeller Natur und die Heilung einer solchen Grundrechtsverletzung nur mit grösster Zurückhaltung anzunehmen. Das beanstandete Einreiseverbot führe hier zu einem schweren Eingriff in das Leben des Beschwerdeführers und seiner schweizerischen Ehefrau. Die nachträgliche Gewährung des rechtlichen Gehörs im Rechtsmittelverfahren stelle gemäss neuerer bundesgerichtlicher Praxis zudem nur einen unvollkommenen Ersatz für eine unterlassene Anhörung dar. Eine Heilung der dargelegten Verfahrensmängel durch die Rechtsmittelinstanz rechtfertige sich unter den konkreten Begebenheiten somit nicht.

Der Beschwerdeeingabe war ein Exemplar des Entscheids der Strafkammer des Bundesstrafgerichts vom 10. November 2008 betreffend Entlassung aus dem vorzeitigen Strafvollzug beigelegt.

Parallel dazu erhob der Parteivertreter beim Regierungsrat des Kantons Zürich am 12. Dezember 2008 Rekurs gegen die Wegweisungsverfügung der kantonalen Migrationsbehörde vom 12. November 2008.

G.
Mit Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. Januar 2009 wurde die aufschiebende Wirkung der Beschwerde wiederhergestellt.

H.
Die Vorinstanz schliesst in ihrer Vernehmlassung vom 4. März 2009 auf Abweisung der Beschwerde. Ergänzend fügt sie an, zwar treffe zu, dass das Urteil des Bundesstrafgerichts vom 5. November 2008 noch nicht in Rechtskraft erwachsen sei, die Anordnung einer Fernhaltemassnahme setze dies indessen nicht voraus. Eine solche Massnahme sei vielmehr zulässig und angezeigt, wenn das dem Betroffenen

vorwerfbare persönliche Verhalten mit einer schweren Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit verbunden sei, was für den Beschwerdeführer trotz Entlassung aus dem vorzeitigen Strafvollzug zutreffe. Soweit die Ausführungen in der Beschwerdeschrift den weiteren Verbleib bei der in der Schweiz wohnhaften Ehefrau beträfen, bilde diese Frage nicht Verfahrensgegenstand. Die kantonale Migrationsbehörde könne hierüber in ausschliesslicher und alleiniger Zuständigkeit befinden.

I.
Replikweise hält der Rechtsvertreter am 8. Mai 2009 am eingereichten Rechtsmittel sowie den Begehren fest. Dazu reichte er einen Auszug aus einem Antragsformular für die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit seines Mandanten als Pizzakurier nach.

J.
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). Als Vorinstanzen gelten die in Art. 33 VGG genannten Behörden. Dazu gehört auch das BFM, das mit der Anordnung eines Einreiseverbotes eine Verfügung im erwähnten Sinne und daher ein zulässiges Anfechtungsobjekt erlassen hat. Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG liegt nicht vor.

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

1.3 Der Beschwerdeführer ist als Verfügungsbetroffener legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist somit einzutreten (Art. 49 ff. VwVG).

2.
Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann die Verletzung von Bundesrecht 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).

3.
Mit Inkrafttreten des AuG am 1. Januar 2008 wurde das Bundesgesetz vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG, BS 1 121) abgelöst (vgl. Art. 125 AuG i.V.m. Ziffer I des Anhangs 2 zum AuG). Das AuG beansprucht Geltung auf alle Verfahren, die nach seinem Inkrafttreten eingeleitet wurden, sei es nun auf Gesuch hin oder von Amtes wegen (vgl. Art. 126 Abs. 1 AuG e contrario; ferner BVGE 2008/1 E. 2 mit Hinweisen). Wenn bei der Anwendung des neuen Rechts auf Verhältnisse abgestellt wird, die wie vorliegend noch unter der Herrschaft des alten Rechts entstanden sind und beim Inkrafttreten des neuen Rechts andauern, liegt eine unechte Rückwirkung vor, die – vorbehältlich des Vertrauensschutzprinzips – grundsätzlich zulässig ist (vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf/St.Gallen 2006, Rz. 337 ff.).

4.
Vor einer allfälligen materiellrechtlichen Beurteilung ist in formeller Hinsicht zu prüfen, ob die Vorinstanz nicht das rechtliche Gehör verletzt hat, da die Gewährung einer Äusserungsmöglichkeit und der Erlass der angefochtenen Verfügung im Falle des Beschwerdeführers zeitlich praktisch zusammenfielen.

4.1 Der Anspruch auf rechtliches Gehör, wie ihn Lehre und Rechtsprechung aus Artikel 29 Abs. 2 BV ableiten und wie er sich für das Bundesverwaltungsverfahren aus den Art. 29 ff. VwVG ergibt, umfasst eine

Anzahl verschiedener verfassungsrechtlicher Verfahrensgarantien (vgl. aus der Literatur etwa MICHELE ALBERTINI, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Bern 2000, S. 202 ff.; ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse Vol. II. Les droits fondamentaux, 2. Aufl., Bern 2006, S. 606 ff.; BENOIT BOVAY, Procédure administrative, Bern 2000, S. 207 ff.; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf/St. Gallen 2006, S.360 ff.; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, S. 46, 107 ff.; MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, Bern 2005, S. 285 ff.). Zunächst – und für die Prozessparteien regelmässig im Vordergrund stehend – gehört dazu das Recht auf vorgängige Äusserung und Anhörung (vgl. Art. 30 Abs. 1 VwVG), welches den Betroffenen einen Einfluss auf die Ermittlung des wesentlichen Sachverhaltes sichert. Dabei kommt der von einem Verfahren betroffenen Person der Anspruch zu, sich vorgängig einer behördlichen Anordnung zu allen wesentlichen Punkten, welche die Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes betreffen, zu äussern und von der betreffenden Behörde alle dazu notwendigen Informationen zu erhalten (vgl. BVGE 2007/21 E. 10.2).

4.2 Einen weiteren wichtigen Teilgehalt des Anhörungsrechts bildet die Pflicht der Behörden, die Äusserungen der Betroffenen tatsächlich zur Kenntnis zu nehmen und sich damit in der Entscheidfindung und -begründung sachgerecht auseinanderzusetzen. Diese Prüfungs- oder Berücksichtigungspflicht liegt bereits Art. 30 VwVG zu Grunde, kommt aber besonders deutlich in Art. 32 Abs. 1 VwVG zum Ausdruck, der bestimmt, dass die Behörde alle erheblichen und rechtzeitigen Vorbringen der Parteien würdigt, bevor sie verfügt (BERNHARD WALDMANN/JÜRG BICKEL, in Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, Zürich 2009, Art. 29 N 80 ff. u. Art. 32 N 7 ff.; KÖLZ/HÄNER, a.a.O. S. 119). Daraus folgt schliesslich die grundsätzliche Pflicht der Behörden, ihren Entscheid entsprechend zu begründen (siehe BVGE 2007/21 E. 10.2 mit Hinweisen).

4.3 Auf den Gehörsanspruch als solchen kann nicht verzichtet werden. Ob das rechtliche Gehör gewährt wurde, ist im Beschwerdeverfahren von Amtes wegen zu überprüfen (vgl. KÖLZ/HÄNER. a.a.O., S. 46).

5.

5.1 Den Akten lässt sich entnehmen, dass der Beschwerdeführer von der Kantonspolizei Zürich (Flughafenpolizei) erst am 12. November 2008 – gewissermassen in letzter Minute – Gelegenheit erhielt, sich zu den bevorstehenden Massnahmen (Wegweisung und Einreiseverbot) zu äussern. Um 14.48 Uhr wurde die aufgrund seiner Angaben erstellte und von ihm mitunterzeichnete Stellungnahme per Telefax an das BFM weitergeleitet, welches das angefochtene Einreiseverbot noch am selben Tag verfügte und dem Adressaten tags darauf, am 13. November 2008, aushändigen liess. Der Vorinstanz verblieb für Erlass und Ausfertigung besagter Fernhaltemassnahme mithin nur sehr wenig Zeit. Auf eine zeitliche Dringlichkeit für das überstürzte Vorgehen kann sie sich nicht berufen. Dass der Beschwerdeführer sich im vorzeitigen Strafantritt befand, war seit längerem bekannt. Mit Entscheid der Strafkammer des Bundesstrafgerichts vom 10. November 2008 wurde er wegen guter Führung sogar vorzeitig aus dem Strafvollzug entlassen. Vor diesem Hintergrund ist nicht einsehbar, was die kantonale Migrationsbehörde bzw. die Vorinstanz daran hinderte, das Verfahren für eine allfällige Fernhaltemassnahme so zu terminieren, dass der Betroffene mit Blick auf eine echte Entscheidfindung rechtzeitig dazu hätte angehört werden können. Es war jedenfalls keine Gefahr im Verzuge, welche es dem BFM erlaubt hätte, die geforderte vorgängige Anhörung nurmehr pro forma durchführen zu lassen oder ganz davon abzusehen (vgl. Art. 30 Abs. 2 Bst. e VwVG). Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs bedeutet wie erwähnt, dass die Behörde die Vorbringen der Betroffenen sorgfältig und ernsthaft prüft und in der Entscheidfindung berücksichtigt (BVGE 2007/21 E. 10.2).

5.2 Dass die Vorinstanz ihrer Abklärungspflicht nicht genügend nachgekommen ist, ergibt sich nicht nur aus der zeitlichen Abfolge von Gehörsgewährung und Verfügungserlass sowie der zum Zeitpunkt des Verfügungserlasses äusserst rudimentären Akten (die kantonalen Akten wurden nicht beigezogen), sondern auch aus der Begründung der angefochtenen Verfügung selbst (vgl. hierzu BERNHARD WALDMANN/JÜRG BICKEL, a.a.O., Art. 32 N 3 u. 4). Die Begründung des langjährigen Einreiseverbots gegen den Beschwerdeführer, einem Ausländer, der sich auf die Begünstigungen des Freizügigkeitsabkommens berufen kann, umfasst ohne Gesetzeszitate nachgerade mal sechzehn Wörter, von denen die Hälfte dem Wortlaut der angewendeten Bestimmung entnommen wurden. Der Beschwerdeführer seinerseits wies am 12. November 2008 gegenüber der Kantonspolizei Zürich darauf hin, dass er

seit bald zwanzig Jahren in der Schweiz lebe. Er schilderte seinen schulischen und beruflichen Werdegang und erläuterte seine aktuellen Beziehungen zur Schweiz und zu Spanien, das er heute nicht mehr als sein Heimatland betrachte und dessen Sprache er eher schlecht spreche. Ferner machte er darauf aufmerksam, dass er eine in der Schweiz ansässige Ehefrau habe, die während der Untersuchungshaft und dem Strafvollzug zu ihm gestanden sei und mit welcher er inskünftig gerne in ehelicher Gemeinschaft hierzulande leben würde. Abschliessend bat er die Schweizerischen Behörden darum, ihm in dem Land, das zu seiner eigentlichen Heimat geworden sei, eine Chance zu geben.

Schon bei der Durchsicht des BFM-Dossiers wird offenkundig, dass die Vorinstanz die im Rahmen des rechtlichen Gehörs vorgetragenen Vorbringen weder abgeklärt noch sonst in einer Weise gewürdigt hat. Die äusserst summarische Begründung der angefochtenen Verfügung (zu deren Wortlaut siehe Bst. D hiervor) spricht für sich. Wohl muss sich die Behörde nicht mit jeder tatbeständlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen, sondern kann sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (vgl. KÖLZ/HÄNER, a.a.O., S. 119). Je intensiver der Eingriff in die Stellung des Betroffenen und je grösser der Entscheidungsspielraum der Behörde ist (was beides vorliegend zutrifft), desto strenger sind aber die Anforderungen an das rechtliche Gehör (BERNHARD WALDMANN/JÜRG BICKEL, a.a.O., Art. 29 N 52 u. 53 sowie Art. 35 N 20 u. 21). Über den Beschwerdeführer wurde immerhin ein Einreiseverbot für zehn Jahre verhängt, was nicht nur für ihn sondern ebenso für seine hierzulande wohnhafte Ehegattin mit entsprechenden Konsequenzen verbunden ist. Auch wenn das Aufenthaltsrecht als solches nicht Verfahrensgegenstand bildet, sind Aspekte wie der lange Voraufenthalt in der Schweiz, die Bindungen zu diesem Land und die Situation der Gattin unter den dargelegten Begebenheiten (der Beschwerdeführer ist Bürger eines EU-Staates; unter dem Gesichtspunkt des Freizügigkeitsabkommens ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit besonders zu beachten) keineswegs ohne Belang. Kommt hinzu, dass die Ehefrau des Massnahmebelasteten den Akten zufolge Schweizerin ist und es sich um eine intakte Beziehung handelt. Abgesehen davon ist das dem Hauptvorwurf zu Grunde liegende Strafurteil noch gar nicht in Rechtskraft erwachsen (siehe E. 5.5 hiernach). Das Bundesamt wäre deshalb gehalten gewesen, im angefochtenen Entscheid auf die vom Beschwerdeführer geltend gemachten Argumente näher einzugehen, sie

im Rahmen der vorzunehmenden Güterabwägung in erkennbarer Weise zu prüfen und in der Entscheidfindung angemessen zu berücksichtigen, was nicht geschah, weshalb eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vorliegt (vgl. Art. 49 Bst. a VwVG).

5.3 Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur. Seine Verletzung führt grundsätzlich ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Ob eine Gehörsgewährung im konkreten Fall für den Ausgang der Streitsache in materieller Hinsicht von Bedeutung ist, d.h. ob die Behörde dadurch zu einer Änderung veranlasst werden könnte, spielt also keine Rolle (vgl. PATRICK SUTTER in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich/St. Gallen 2008, Rz. 16 zu Art. 29 VwVG; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Lausanne/Zürich/Bern 2008, S. 153 Rz. 3.110; BGE 127 V 431 E. 3d.aa; BVGE 2007/27 E. 10.1; BVGE 2007/30 E. 5.5.1, Urteil der Schweizerischen Asylrekurskommission vom 8. Juni 2004, veröffentlicht in VPB 69.28 E. 7e). Dieser Grundsatz wird allerdings dadurch relativiert, dass die Verletzung des Gehörsanspruchs gegebenenfalls durch die Rechtsmittelinstanz geheilt werden kann. Eine Verletzung des rechtliche Gehörs ist nach ständiger Praxis des Bundesgerichts ausnahmsweise einer Heilung zugänglich, wenn die betroffene Partei die Möglichkeit hat, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die zur freien Prüfung aller Sachverhalts- und Rechtsfragen befugt ist, welche der unteren Instanz hätte unterbreitet werden können. Von der Rückweisung der Sache zur Gewährung des rechtlichen Gehörs an die Verwaltung kann in solchen Fällen nach dem Grundsatz der Verfahrensökonomie dann abgesehen werden, wenn die Rückweisung zu einem "formalistischen Leerlauf" und damit zu einer unnötigen Verlängerung des Verfahrens führen würde. Den verfahrensökonomischen Überlegungen ist allerdings dann kein entscheidendes Gewicht beizumessen, wenn ein Verfahren keinen Einzelfall belegt, sondern für eine Vielzahl anderer Fälle mit vergleichbaren Konstellationen von Bedeutung ist. Es gilt zu verhindern, dass die Vorinstanz darauf vertraut, von ihr missachtete Verfahrensrechte würden systematisch nachträglich geheilt. Ansonsten verlören die gerade für das erstinstanzliche Verfahren vorgesehenen prozessualen Garantien ihren Sinn (vgl. PATRICK SUTTER, a.a.O., Rz. 18 zu Art. 29 VwVG sowie MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., S. 154 f. Rz. 3.113 mit weiteren Hinweisen; ferner Urteile des Bundesverwaltungsgerichts

C-1618/2007 vom 27. Februar 2009 E. 3.3 und C-3985/2007 vom 2. Februar 2009 E. 4.3).

5.4 Das Bundesverwaltungsgericht verfügt im vorliegenden Verfahren über die gleiche Kognition wie die Vorinstanz und ist zur freien Prüfung aller Sachverhalts- und Rechtsfragen befugt. Eine Voraussetzung zur (ausnahmsweisen) Heilung der Verletzung des rechtlichen Gehörs wäre somit gegeben. Andererseits ist hier von einer schwerwiegenden Verletzung der Parteirechte auszugehen. Mit ihrem Vorgehen hat die Vorinstanz dem Beschwerdeführer einen wesentlichen Bestandteil des Gehörsrechts vorenthalten. Daran vermag der Umstand nichts zu ändern, dass das BFM in der Vernehmlassung vom 4. März 2009 im Nachhinein punktuell einzelne Einwände des Beschwerdeführers aufgriff, blieben die massgebenden Fragen (rechtliches Gehör, familiäre Situation, Freizügigkeitsabkommen) darin doch nach wie vor unbeantwortet. Gegen die Zulässigkeit der Heilung des Verfahrensmangels spricht ferner der Umstand, dass der Entscheid betreffend Anordnung und Dauer des Einreiseverbots eine grosse Ermessenskomponente beinhaltet (vgl. BGE 104 Ib 129 E. 7 S. 137). Die Gehörsverletzung stellt sodann auch keinen Einzelfall dar (siehe etwa Urteile des Bundesverwaltungsgerichts C-1618/2007 vom 27. Februar 2009, C-3985/2007 vom 2. Februar 2009 oder C-7180/2007 vom 8. April 2008). Schliesslich muss der vorinstanzliche Entscheid bereits aus einem anderen Grund (siehe E. 5.5) kassiert werden.

5.5 Zur festgestellten Verletzung des rechtlichen Gehörs kommen Mängel bei der Sachverhaltsermittlung hinzu (Art. 49 Bst. b VwVG). Wie angetönt, ist das Strafurteil des Bundesstrafgerichts vom 5. November 2008 nicht rechtskräftig. Da der Beschwerdeführer den eingeklagten Sachverhalt teilweise bestreitet und er praktisch zu gleicher Zeit wegen guter Führung vorzeitig aus dem Strafvollzug entlassen worden ist, hätte das BFM gestützt auf seine Pflicht zur Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts eine schriftliche Ausfertigung dieses Strafurteils einholen müssen und es nicht dabei bewenden lassen dürfen, lediglich das Dispositiv des entsprechenden Entscheides heranzuziehen. Eine solche Vorkehr hätte sich nur schon deshalb aufgedrängt, weil der Beschwerdeführer sich als EU-Bürger (wie mehrfach erwähnt) auf das Freizügigkeitsabkommen berufen kann, das ihm eine Reihe von Freizügigkeitsrechten vermittelt (zum Ganzen vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-3985/2007 vom 2. Februar 2009 E. 5.1 u. 5.2 [oder die im vorliegenden Verfahren ergangene Zwischenverfü-

gung vom 12. Januar 2009]). Aus dem gleichen Grund genügt es nicht, in der Vernehmlassung nachträglich auf frühere Verurteilungen (gemeint sind wohl das Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 20. Oktober 1999 und der Strafbefehl der Bezirksanwaltschaft Winterthur vom 24. September 2002) zu verweisen, wird doch in keiner Weise dargelegt, inwiefern sich daraus eine aktuelle, schwerwiegende Gefährdung im Sinne der Richtlinie 64/221/EWG ergibt. Überdies fehlt es in den Akten bislang an einem eindeutigen Nachweis, dass der Beschwerdeführer seiner Niederlassungsbewilligung verlustig gegangen ist (siehe dazu die Rekurseingabe des Parteivertreters vom 12. Dezember 2008 an den Regierungsrat des Kantons Zürich).

Aufgrund dieser Ausführungen wird ersichtlich, dass die Vorinstanz nicht nur die Äusserungen des Betroffenen nicht wirklich zur Kenntnis genommen, sondern auch die massgebenden Sachverhaltselemente in der Folge nicht hinreichend abgeklärt hat.

6.
Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt (Art. 49 Bst. a und b VwVG). Die Beschwerde ist daher gutzuheissen, die Verfügung vom 12. November 2008 aufzuheben und die Sache im Sinne der Erwägungen an das BFM zur Neubeurteilung zurückzuweisen.

7.
Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind dem Beschwerdeführer keine Kosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). In Anwendung von Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2] ist dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung zuzusprechen. Diese ist auf Fr. 1'500.- festzusetzen.

Dispositiv Seite 13

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird gutgeheissen und die angefochtene Verfügung vom 12. November 2008 wird aufgehoben.

2.
Die Sache wird zur Neubeurteilung an das BFM zurückgewiesen.

3.
Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

4.
Die Vorinstanz wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.- (inkl. MWST) zu bezahlen.

5.
Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (gegen Empfangsbestätigung, Akten ZEMIS [...] retour)
- das Migrationsamt des Kantons Zürich (Ref-Nr. [...])

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:	Der Gerichtsschreiber:
Antonio Imoberdorf	Daniel Grimm

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: