Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Abteilung III
C-4285/2009
{T 0/2}

Urteil vom 25. Januar 2010

Besetzung

Richter Antonio Imoberdorf (Vorsitz),
Richter Blaise Vuille, Richterin Marianne Teuscher,
Gerichtsschreiber Daniel Grimm.

Parteien

K._____,
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Beat Rüedi,
Hauptstrasse 39, 8280 Kreuzlingen,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Einreiseverbot.

Sachverhalt:

A.
Der aus dem Kosovo stammende K._____ (geb. [...], nachfolgend: Beschwerdeführer) gelangte im Januar 1999 mit seinen um Asyl nachsuchenden Eltern erstmals in die Schweiz. Nachdem das Asylgesuch am 17. Mai 2000 abgewiesen worden war, reiste die ganze Familie am 18. Juli 2000 kontrolliert wieder aus.

Mitte Oktober 2007 verheiratete sich der Beschwerdeführer in Prizren mit einer hierzulande niederlassungsberechtigten Landsfrau. Am 10. Januar 2008 bewilligte der Kanton Solothurn ein Familiennachzugsgesuch zum Verbleib bei seiner Ehefrau, worauf er am 18. Januar 2008 wieder in die Schweiz einreiste.

B.
Am 21. Oktober 2008 gingen bei der Migrationsbehörde des Kantons Solothurn Unterlagen ein, denen zufolge die Ehe der Parteien vom Landesgericht Prizren bereits am 1. Oktober 2008 geschieden worden sein soll. Gegenüber der Vorinstanz bestätigte die Gattin des Beschwerdeführers diesen Sachverhalt mittels Schreiben vom 18. November 2008. Darin gab sie ebenfalls an, von ihrem inzwischen getrennt lebenden Partner und dessen familiärem Umfeld bedroht zu werden.

C.
Aufgrund eines Haftbefehles des Bezirksamtes Kreuzlingen wurde der Beschwerdeführer am 9. Januar 2009 verhaftet und in Untersuchungshaft genommen. Das Strafverfahren gegen ihn und andere Mitbeteiligte erfolgte wegen des Verdachts auf Drohung, Nötigung, Gehilfenschaft zur Brandstiftung, Betrug, Urkundenfälschung und eventuell Begünstigung. Die Untersuchungshaft wurde in der Folge mehrmals verlängert.

D.
Am 20. April 2009 teilte die zuständige kantonale Migrationsbehörde dem Beschwerdeführer mit, dass erwogen werde, die am 31. Januar 2009 abgelaufene Aufenthaltsbewilligung nicht zu verlängern und ihn aus der Schweiz wegzuweisen, und sie räumte ihm Gelegenheit zur Stellungnahme ein. Davon machte der Betroffene keinen Gebrauch.

Anlässlich einer von der Kantonspolizei Thurgau mit Blick auf die bevorstehende Wegweisung durchgeführten Einvernahme erklärte der Beschwerdeführer am 18. Juni 2009 im Beisein seines Parteivertreters, er werde das Land freiwillig verlassen. Bei dieser Gelegenheit bestritt er, schon geschieden zu sein.

Mit Verfügung vom 23. Juni 2009 lehnte es die Migrationsbehörde des Kantons Solothurn ab, die Aufenthaltsbewilligung des Beschwerdeführers zu verlängern und ordnete seine Wegweisung aus der Schweiz an.

E.
Gleichentags verhängte das BFM auf Antrag des Kantons Solothurn gegenüber dem Beschwerdeführer ein sechsjähriges, ab dem 25. Juni 2009 gültiges Einreiseverbot und entzog einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung. Zur Begründung wurde ausgeführt:

„Verstoss und Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung wegen Drohung, Begünstigung, Betrug, Urkundenfälschung, Diebstahl, Widerhandlungen gegen das Strassenverkehrsgesetz. Im Kosovo vorbestraft wegen illegalem Besitz von Waffen, Einbruchdiebstahl, Raub (Art. 67 Abs. 1 Bst. a AuG).“

Am 24. Juni 2009 wurde dem Betroffenen nachträglich das rechtliche Gehör zum Einreiseverbot gewährt und ihm besagte Fernhaltemassnahme im Anschluss daran eröffnet. Tags darauf wurde er in den Kosovo ausgeschafft.

F.
Mit Beschwerde vom 29. Juni 2009 an das Bundesverwaltungsgericht beantragt der Beschwerdeführer, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und die Angelegenheit zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen, eventualiter sei auf den Erlass eines Einreiseverbots zu verzichten, subeventualiter sei dieses in seiner Dauer auf ein Jahr zu befristen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht ersucht er um Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung. Hierzu macht er vorweg eine Verletzung des Gehörsanspruchs geltend, weil er sich vor Erlass des Einreiseverbots nicht dazu habe äussern können. Abgesehen davon wäre ihm eine substanzielle Stellungnahme mangels ausreichender Deutschkenntnisse gar nicht möglich gewesen. Auch dem Pflichtverteidiger im Strafverfahren habe man keine Gelegenheit ein-

geräumt, zur beabsichtigten Fernhaltemassnahme Stellung zu nehmen. Der Anspruch auf Gewährung des rechtlichen Gehörs sei formeller Natur und die Sache zur Durchführung eines korrekten Verfahrens daher an das Bundesamt zurückzuweisen. Im Übrigen befänden sich die dem Beschwerdeführer vorgeworfenen Straftatbestände erst im Stadium der Strafuntersuchung. Er sei nicht geständig und der Ausgang des Strafverfahrens völlig ungewiss. Wolle die Vorinstanz ihr Einreiseverbot auf diese Strafuntersuchung abstützen, habe sie zunächst den Abschluss des diesbezüglichen Strafverfahrens abzuwarten. Eine Verurteilung wegen Diebstahls wiederum existiere nicht und bei der Widerhandlung gegen das Strassenverkehrsgesetz in Form einer Busse von Fr. 300.- wegen mangelnder Aufmerksamkeit im Strassenverkehr handle es sich um eine Bagatelle, welche keine solche Massnahme zu rechtfertigen vermöge. Eine allfällige Vorstrafe im Kosovo schliesslich sei aktenmässig nicht belegt und werde vom Beschwerdeführer bestritten. Eine derartige, vor der Einreise in die Schweiz begangene Straftat würde zudem nicht ausreichen, um ein Einreiseverbot zu begründen. Die Fernhaltemassnahme wäre im Falle einer materiellen Überprüfung aufzuheben oder zeitlich auf ein Jahr zu reduzieren.

G.

Mit Zwischenverfügung vom 11. September 2009 hiess das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gut und setzte den bisherigen Rechtsvertreter als unentgeltlichen Rechtsbeistand ein.

H.

Die Vorinstanz schliesst in ihrer Vernehmlassung vom 13. Oktober 2009 auf Abweisung der Beschwerde. Ergänzend fügt sie an, den Untersuchungsbehörden zufolge stelle der Beschwerdeführer für seine ehemalige Ehefrau, nicht zuletzt wegen dem Vorwurf der Tötungsandrohung, eine erhebliche Gefahr dar. Gemäss dem Interpol-Verbindungsbüro von UNMIK sei der Betroffene im Kosovo wegen illegalen Waffenbesitzes, acht Fällen von Einbrüchen (August/September 2006) sowie Raubes (Mai 2006) vorbestraft. In der Schweiz habe er sich verschuldet und die Migrationsbehörde des Kantons Solothurn habe seine Aufenthaltsbewilligung – insbesondere weil die Ehe nach sehr kurzer Zeit wieder aufgelöst worden sei – nicht mehr verlängert und ihn aus der Schweiz weggewiesen. Das fehlende Geständnis und das sich noch im Gange befindliche Strafverfahren änderten daran nichts. Das

Einreiseverbot knüpfe nicht an die Erfüllung einer Strafnorm, sondern an das Vorliegen einer Polizeigefahr an. Mit seinem Verhalten habe der Beschwerdeführer massiv gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen und diese gefährdet.

I.
Replikweise hält der Parteivertreter am 6. November 2009 am eingereichten Rechtsmittel sowie den Begehren fest.

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).

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

2.
Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes sowie – soweit nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat – die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht wendet das Bundesrecht von Amtes wegen an. Es ist gemäss Art. 62 Abs. 4 VwVG an die Begründung der Begehren nicht gebunden und kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder abweisen. Massgebend ist grundsätzlich die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt seines Entscheides (vgl. E. 1.2 des in BGE 129 II 215 teilweise publizierten Urteils des Bundesgerichts 2A.451/2002 vom 28. März 2003).

3.
Mit dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG, SR 142.20) 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 – zum Teil 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. sowie BVGE 2009/3 E. 3.2).

4.
Vor einer allfälligen materiellrechtlichen Beurteilung ist in formeller Hinsicht zu prüfen, ob die Vorinstanz mit dem Erlass der angefochtenen Verfügung nicht das rechtliche Gehör verletzt hat, da dem Beschwerdeführer keine Möglichkeit eingeräumt wurde, sich vorgängig zum Einreiseverbot zu äussern.

4.1 Der Anspruch auf rechtliches Gehör, wie ihn Lehre und Rechtsprechung aus Artikel 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV, SR 101) 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.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1672 ff.; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 129 ff. und 292 ff.; JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, Bern 2008, S. 846 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 Wie aus dem Sachverhalt hervorgeht (siehe Bst. E hiervor), erhielt der Beschwerdeführer keine Gelegenheit, zu der von der Vorinstanz ins Auge gefassten Fernhaltemassnahme vorgängig Stellung zu nehmen. Der Antrag der Migrationsbehörde des Kantons Solothurn um Erlass eines Einreiseverbots wurde am 23. Juni 2009 um 16.47 Uhr per E-Mail an das BFM übermittelt. Dieses verhängte die beantragte Massnahme – wie erwähnt – noch am gleichen Tag. Besagtes Vorgehen befremdet sehr, wies der Kanton Solothurn in fraglicher Übermittlung doch ausdrücklich darauf hin, er werde das rechtliche Gehör zum Einreiseverbot erst am 24. Juni 2009 gewähren und das entsprechende Protokoll danach dem Bundesamt zukommen lassen. Die Migrationsbehörde des Kantons Solothurn hat den Beschwerdeführer an jenem Vormittag im Hinblick auf die Eröffnung fremdenpolizeilicher Massnahmen und die Anordnung der Ausschaffungshaft in der Folge angehört. Die diesbezüglichen Unterlagen (Einvernahmeprotokoll vom 24. Juni 2009, Empfangsbestätigung gleichen Datums des Einreiseverbots) gingen am 29. Juni 2009 bei der Vorinstanz ein. Diese wäre aber gehalten gewesen, entweder selbst den Beschwerdeführer über das laufende Verfahren zu orientieren und ihm Gelegenheit zu geben, sich dazu zu äussern, oder aber zumindest durch entsprechende Nachforschungen bei den kantonalen Behörden sicherzustellen, dass ihm das Anhörungsrecht rechtzeitig gewährt wird (siehe hierzu Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-31/2007 vom 14. Oktober 2009 E. 5.1), was beides nicht geschah. Andernfalls hätte das Bundesamt mit der Verhängung des Einreiseverbotes zuwarten müssen. Der Betroffene hatte folglich zu keinem Zeitpunkt die Möglichkeit, sich vorgängig zum Verfügungserlass zu äussern und damit Einfluss auf die Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhalts zu nehmen. Vielmehr wurde er von dem gegen ihn laufenden Verfahren betreffend Einreiseverbot, wie eben dargetan, erst am 24. Juni 2009 in Kenntnis gesetzt. Zu diesem Zeitpunkt war die fragliche Verfügung jedoch bereits erlassen.

5.2 Obwohl aufgrund einer Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 11. September 2009 betreffend Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege Anlass dazu bestanden hätte, äusserte

sich die Vorinstanz selbst in ihrer Vernehmlassung nicht zur Frage einer allfälligen Gehörsverletzung. Darauf, dass die vorgängige Gewährung des Anhörungsrechts nicht erforderlich oder aufgrund zeitlicher Dringlichkeit nicht möglich gewesen wäre (vgl. Art. 30 Abs. 2 Bst. a – e VwVG), könnte sie sich unter den vorliegenden Begebenheiten allerdings kaum berufen. Der Beschwerdeführer befand sich nämlich vom 9. Januar 2009 bis zum 23. Juni 2009 in Untersuchungs- und anschliessend noch zwei Tage in Ausschaffungshaft, worüber die betroffenen Migrationsämter der Kantone Solothurn und Thurgau informiert waren. Hätte das BFM die kantonalen Akten herangezogen, hätte es zudem feststellen können, dass der Beschwerdeführer auch im Kosovo eine Adresse hat und ihm in der hängigen Strafuntersuchung ein amtlicher Verteidiger bestellt worden war. Sein Aufenthaltsort war mithin stets bekannt bzw. seine Erreichbarkeit gewährleistet (siehe dazu ebenfalls die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts C-8304/2007 vom 2. September 2009 E. 4.3 und C-1618/2007 vom 27. Februar 2009 E. 3.2). Jedenfalls ist vor diesem Hintergrund nicht einzusehen, warum es der Vorinstanz nicht hätte möglich sein sollen, das Verfahren auf Erlass einer allfälligen Fernhaltemassnahme so zu terminieren, dass der Beschwerdeführer rechtzeitig dazu hätte angehört werden können; beispielsweise am 18. Juni 2009, als ihm die Kantonspolizei Thurgau zu den von der Migrationsbehörde des Kantons Solothurn beabsichtigten Massnahmen eine Äusserungsmöglichkeit einräumte.

Wohl soll der Betroffene seine Ex-Ehefrau gemäss ersten Erkenntnissen der Strafverfolgungsbehörden massiv bedroht haben, die diesbezüglichen Ermittlungen befinden sich aber erst im Untersuchungsstadium und werden vom Angeschuldigten bestritten (siehe E. 5.5 hiernach). Abgesehen davon wurde in der fraglichen Zeitspanne die Aufenthaltsbewilligung des Beschwerdeführers nicht mehr verlängert und dieser aus der Schweiz weggewiesen. Als kosovarischer Staatsangehöriger untersteht er überdies der Visumspflicht (vgl. Art. 4 Abs. 1 der Verordnung vom 22. Oktober 2008 über die Einreise und die Visumerteilung [VEV, SR 142.204] sowie Anhang I i.V.m. Anhang II zur Verordnung [EG] Nr. 539/2001 des Rates vom 15. März 2001 [Abl. L 81 vom 21.03.2001, S. 1 – 7]). Er könnte somit ohnehin nicht bewilligungsfrei in die Schweiz einreisen. Zum Zeitpunkt des Erlasses der vorinstanzlichen Verfügung bestand daher keine zeitliche Dringlichkeit bzw. war keine Gefahr im Verzuge, welche es dem BFM erlaubt hätte, auf eine vorgängige Anhörung des Beschwerdeführers zu verzichten, weshalb eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vorliegt (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 132 V 387 E. 5 S. 390; 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 rechtlichen 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 hätten unterbreitet werden können. Von der Rückweisung der Sache an die Verwaltung zur Gewährung des rechtlichen Gehörs 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 (BGE 133 I 201 E. 2.2 S. 204 f.; BGE 132 V 387 E. 5.1 S. 390 und ebenso bereits BGE 116 V 182 E. 1b S. 185 f. mit Hinweisen sowie E. 3d S. 187). Nach in der Lehre vertretener Auffassung fällt eine Heilung dabei nur in Fällen nicht besonders schwerwiegender Verletzungen von Parteirechten in Betracht (vgl. WALDMANN/BICKEL, a.a.O., N 115 f. zu Art. 29; SUTTER, a.a.O., Rz. 21 ff. zu Art. 29; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.112). Demgegenüber hat das Bundesgericht in jüngeren Entscheiden die eben dargelegten Grundsätze auch im Zusammenhang mit schwerwiegenden Verletzungen des rechtlichen Gehörs anwendbar erklärt und damit grundsätzlich die Auffassung vertreten, auch solche Verletzungen seien einer Heilung zugänglich (vgl. BGE 133 I 201 E. 2.2 S. 204 f.; BGE 132 V 387 E. 5.1 S. 390). Diesen Entscheiden ist seitens der Lehre teilweise heftige Kri-

tik erwachsen (vgl. insb. SUTTER, a.a.O., Rz. 21 zu Art. 29; vgl. auch WALDMANN/BICKEL, a.a.O., N 116 sowie N 125 ff. zu Art. 29). Den verfahrensökonomischen Überlegungen ist aber jedenfalls 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. SUTTER, a.a.O., Rz. 18 zu Art. 29 VwVG; vgl. ebenso MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.113 mit weiteren Hinweisen; WALDMANN/BICKEL, a.a.O., N 126 zu Art. 29; BGE 126 II 111 E. 6b/aa S. 123 f. mit weiteren Hinweisen sowie Urteile des Bundesverwaltungsgerichts C-31/2007 vom 14. Oktober 2009 E. 5.3.1, C-8027/2008 vom 2. September 2009 E. 5.3, 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 für die (ausnahmsweise) Heilung der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör wäre somit gegeben. Andererseits ist hier von einer schwerwiegenden Verletzung der Parteirechte auszugehen. Mit ihrem Vorgehen (Gehörsgewährung im Nachhinein und nurmehr pro forma) hat die Vorinstanz dem Beschwerdeführer einen wesentlichen Bestandteil des Gehörsrechts vorenthalten. Dass sich das BFM auf Vernehmlassungsstufe doch noch punktuell mit einzelnen relevanten Fragen (nicht aber mit dem rechtlichen Gehör) befasste, vermag an der Schwere der Verletzung nichts zu ändern. 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 keinen Einzelfall dar (siehe etwa die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts C-31/2007 vom 14. Oktober 2009, C-8027/2008 vom 2. September 2009, C-8304/2007 vom 2. September 2009, 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 auch 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).

Über den Beschwerdeführer wurde ein Einreiseverbot für die Dauer von sechs Jahren verhängt. Zum Zeitpunkt des Verfügungserlasses lagen der Vorinstanz nur spärliche Akten vor. Die Hauptvorwürfe (Drohung, Begünstigung, Betrug, Urkundenfälschung) beruhen – entgegen der missverständlichen Begründung in der angefochtenen Verfügung – nicht auf abgeurteilten Straftaten, sondern auf einer hängigen Strafuntersuchung des Bezirksamtes Kreuzlingen. Erstinstanzliche Urteile ergingen in besagter Angelegenheit noch keine. Zwar bedarf es zur Anordnung einer Fernhaltemassnahme nicht unbedingt rechtskräftiger Strafurteile (zum Ganzen vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts C-4338/2008 vom 30. Dezember 2009 E. 5.2 und C-131/2006 vom 21. Februar 2007 E. 7), vorliegend werden die Anschuldigungen allerdings vollumfänglich bestritten. Hintergrund der umfangreichen Ermittlungen mit einer Vielzahl involvierter Personen bildet anscheinend eine Fehde unter mehreren Familien. Nur schon von daher erscheint es heikel, ohne zusätzliche Abklärungen einzig und allein auf den Haftverlängerungsantrag des Bezirksamtes Kreuzlingen vom 23. Juni 2009 abzustellen; dies umso mehr, als der Tatbeitrag des Beschwerdeführers bei den betreffenden Vorkommnissen noch nicht in hinreichendem Masse erstellt scheint. Auch wegen Diebstahls wurde der Betroffene in der Schweiz bislang nicht verurteilt. Der diesbezügliche Vorwurf stützt sich offenbar auf eine entsprechende Anzeige vom 1. Februar 2002 (siehe die Verfügung der kantonalen Migrationsbehörde vom 23. Juni 2009 betreffend Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung). Aufgrund welcher Überlegungen das BFM den dieser Anzeige zu Grunde liegenden, in die Zeitspanne von 1998 bis 2001 fallenden Tatbestand trotzdem in die Begründung der Fernhaltemassnahme aufnahm, wird in keiner Weise ersichtlich. Unklarheiten bestehen ebenfalls hinsichtlich der Vorstrafen im Kosovo, ist die in diesem Zusammenhang herangezogene Mitteilung des Interpol-Verbindungsbüros der UNMIK doch unvollständig (Urteilsdaten und Angaben zu deren Rechtskraft fehlen, das jeweilige Strafmass der Delikte geht daraus nicht hervor). Bei der Widerhandlung gegen das Strassenverkehrsgesetz (nicht Widerhandlungen, wie in der angefochtenen Verfügung fälschlicherweise aufgeführt) schliesslich handelt es sich um eine Bagatelle (am 29. September 2008 verhängte Busse von Fr. 300.- wegen mangelnder Aufmerksamkeit im Strassenverkehr). Die Gefahr, die vom Beschwerdeführer auszugehen droht, wird keineswegs verkannt. Für die Anordnung der

fraglichen Fernhaltemassnahme sowie namentlich ihrer Dauer hätte es aber (nebst der rechtzeitigen Gewährung des rechtlichen Gehörs) ergänzender Vorkehren im dargelegten Sinne bedurft.

Damit ist das BFM auch seiner Pflicht zur Abklärung der massgebenden Sachverhaltselemente nicht hinreichend nachgekommen (Art. 49 Bst. b VwVG).

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 23. Juni 2009 aufzuheben und die Sache im Sinne der Erwägungen an das BFM zur Neubeurteilung zurückzuweisen, womit die Eventualanträge hinfällig werden.

7.
Entsprechend dem Verfahrensausgang sind dem Beschwerdeführer keine Kosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Für die im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten ist ihm zudem eine Parteientschädigung von Fr. 1'400.- zuzusprechen (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]). Mit der Ausrichtung einer Parteientschädigung sind die Auslagen des Beschwerdeführers gedeckt, womit sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege hinfällig wird (vgl. Marcel Maillard in Praxiskommentar VwVG, a.a.O., N 46 zu Art. 65).

Dispositiv Seite 14

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird gutgeheissen und die angefochtene Verfügung vom 23. Juni 2009 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. 1'400.- (inkl. MWST) zu bezahlen.

5.
Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben)
- die Vorinstanz (Akten Ref-Nr. ZEMIS [...] retour)
- das Amt für Ausländerfragen des Kantons Solothurn (Akten Ref-Nr. SO [...] retour)

Der vorsitzende Richter:	Der Gerichtsschreiber:
Antonio Imoberdorf	Daniel Grimm

Versand: