Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Abteilung III
C-1618/2007
{T 0/2}

Urteil vom 27. Februar 2009

Besetzung

Richter Andreas Trommer (Vorsitz),
Richter Antonio Imoberdorf,
Richter Bernard Vaudan,
Gerichtsschreiberin Denise Kaufmann.

Parteien

K._____,
Beschwerdeführer,
vertreten durch Rechtsanwalt Dieter Ahnert,

gegen

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

Gegenstand

Einreisesperre.

Sachverhalt:

A.
Der Beschwerdeführer, ein 1970 geborener libanesischer Staatsangehöriger, gelangte im September 1990 in die Schweiz und ersuchte hier um Asyl. Die zuständige Behörde trat am 20. Dezember 1991 auf das Asylgesuch nicht ein und verfügte die Wegweisung aus der Schweiz. Letzterer Verpflichtung kam der Beschwerdeführer offenbar nicht nach, vielmehr hielt er sich in der Folge ohne Bewilligung hier auf.

B.
Während seiner Anwesenheit in der Schweiz kam der Beschwerdeführer wiederholt mit dem Gesetz in Konflikt. Die Bezirksanwaltschaft Uster verurteilte ihn am 29. September 1992 wegen Fälschung von Ausweisen zu einer Busse von Fr. 200.-. Am 27. Oktober 1992 wurde er von der gleichen Instanz wegen Widerhandlung gegen ausländerrechtliche Normen zu einer bedingten Gefängnisstrafe von 28 Tagen verurteilt. Mit Urteil vom 24. November 1994 schliesslich wurde der Beschwerdeführer vom Amtsgericht Bucheggberg-Wasseramt in Solothurn wegen Fälschung von Ausweisen, mehrfacher Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz, mehrfacher Widerhandlung gegen ausländerrechtliche Vorschriften sowie wegen falscher Namensangabe zu einer Zuchthausstrafe von 4 Jahren verurteilt. Als Nebenstrafe sprach das Gericht eine unbedingte Landesverweisung von 15 Jahren aus. Auf Appellation hin reduzierte das Obergericht des Kantons Solothurn die Zuchthausstrafe auf 3 ½ Jahre; die Nebenstrafe kam in diesem Verfahren offenbar nicht zur Überprüfung und auf eine gegen das zweitinstanzliche Urteil angestrengte Nichtigkeitsbeschwerde trat das Bundesgericht nicht ein.

C.
Nach seiner bedingten Entlassung aus dem Strafvollzug wurde der Beschwerdeführer Ende März 1996 nach Beirut ausgeschafft. Noch während des Strafvollzugs, im Oktober 1995, hatte er eine Schweizer Bürgerin geheiratet. Dieser Umstand und das am 2. Juli 1997 aus der Verbindung hervorgegangene Kind wurden in der Folge wiederholt zum Anlass für Begnadigungsgesuche gemacht, denen aber kein Erfolg beschieden war. Am 7. Mai 2003 wurde die Ehe des Beschwerdeführers mit der Schweizer Ehefrau geschieden.

D.
Offenbar im Zusammenhang mit einer Anhaltung am 1. Januar 2006 in Basel erhielt die Vorinstanz davon Kenntnis, dass der Beschwerdeführer – dessen Landesverweisung vom Amt für Straf- und Massnahmevollzug des Kantons Solothurn für Besuche seiner Tochter wiederholt für kurze Zeit ausser Kraft gesetzt worden war – sich inzwischen in Deutschland aufhielt.

E.
Im Hinblick auf die Inkraftsetzung der Revision des allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0) auf den 1. Januar 2007 und das dadurch wegfallende Institut der Landesverweisung als Nebenstrafe (vgl. alt-Art. 55 Abs. 1 StGB, AS 1951 1) gelangte das Amt für Ausländerfragen des Kantons Solothurn Ende 2006 an die Vorinstanz und ersuchte diese um Prüfung einer fremdenpolizeilichen Fernhaltemassnahme.

F.
Mit Verfügung vom 23. Januar 2007 verhängte die Vorinstanz über den Beschwerdeführer eine Einreisesperre unbestimmter Dauer. Sein Verhalten habe in verschiedener Hinsicht zu Klagen und gerichtlichen Verurteilungen Anlass gegeben. Eine Anwesenheit in der Schweiz sei deshalb unerwünscht. Die Verfügung wurde an die Aufenthaltsadresse des Beschwerdeführers in B._____ gerichtet und via Schweizerische Botschaft dorthin verschickt.

G.
Mit Rechtsmitteleingabe vom 2. März 2007 lässt der Beschwerdeführer beim Bundesverwaltungsgericht beantragen, die Einreisesperre sei aufzuheben. Begründend rügt er im Wesentlichen, die Fernhaltemassnahme sei nicht verhältnismässig. Er habe im November 2006 eine Aufenthaltserlaubnis für die Bundesrepublik Deutschland erhalten. Dort sei er mit einer deutschen Staatsangehörigen verheiratet, mit der er ein gemeinsames Kind habe. Zuvor (gemeint ist offensichtlich die Zeit vor der Heirat bzw. vor Erhalt der Aufenthaltserlaubnis) habe er sich als „Flüchtling“ im Land aufgehalten. Er wolle – wie bis anhin – auch in Zukunft den Kontakt zu seinem Kind aus früherer Ehe in der Schweiz pflegen. Im Übrigen sei er seit seiner Verurteilung in der Schweiz, welche offenbar Anlass für die Einreisesperre darstelle, weder in Deutschland noch in der Schweiz strafrechtlich in Erscheinung getreten.

H.
Die Vorinstanz beantragt in ihrer Vernehmlassung vom 9. Juli 2007, die Wirksamkeit der Einreisesperre auf die Dauer der inzwischen weggefallenen Landesverweisung, d.h. bis zum 27. März 2011 zu beschränken. Aufgrund der Schwere der Delikte, die dem Urteil des Obergerichts des Kantons Solothurn zugrunde gelegen hätten, habe die Anordnung einer unbefristeten Fernhaltemassnahme im Anschluss an die weggefallene Landesverweisung der Praxis entsprochen. Da der Beschwerdeführer aber offenbar weiterhin Kontakte zu seiner Tochter und deren Mutter in der Schweiz pflege, erscheine eine Befristung der Fernhaltemassnahe als angemessen.

I.
In einer Replik vom 9. August 2007 lässt der Beschwerdeführer an seinem Rechtsbegehren und an dessen Begründung festhalten. Eventuell sei die Einreisesperre auf den 31. Dezember 2007 zu befristen. Zur Begründung macht er geltend, die Landesverweisung bzw. Einreisesperre sei auf entsprechende Gesuche hin in der Vergangenheit zwar schon wiederholt für befristete Zeit ausgesetzt worden und er habe so die Möglichkeit erhalten, in die Schweiz einzureisen und sein Kind zu besuchen. Dies müsse aber jeweils von langer Hand geplant werden und erweise sich zur Wahrung seines Besuchsrechts als zu unflexibel.

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), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Als Vorinstanzen gelten die in Art. 33 VGG genannten Behörden. Dazu gehört auch das BFM, das mit der Anordnung der Einreisesperre eine Verfügung im erwähnten Sinne und daher ein zulässiges Anfechtungsobjekt erlassen hat. Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet vorliegend endgültig (Art. 83 Bst. c Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

1.2 Der Beschwerdeführer ist als Adressat der Verfügung zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist daher einzutreten (Art. 50 – 52 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 – wenn 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 2A.451/2002 vom 28. März 2003; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-135/2006 vom 20. Dezember 2007 mit weiteren Hinweisen).

3.
Der Beschwerdeführer wurde von der Vorinstanz ganz offensichtlich nicht darüber informiert, dass gegen ihn die Verhängung einer ausländerrechtlichen Fernhaltemassnahme geprüft werde und er hatte entsprechend keine Möglichkeit, sich vor Erlass dazu zu äussern.

3.1 Der Anspruch auf rechtliches Gehör, wie ihn Lehre und Rechtsprechung aus Artikel 29 Abs. 2 der Schweizerischen Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 102) 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. 45 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 Anhörung und Äusserung (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).

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).

3.2 Die Vorinstanz äusserte sich in ihrer Vernehmlassung vom 9. Juli 2007 nicht zur Frage einer allfälligen Gehörsverletzung im Zusammenhang mit der angefochtenen Verfügung. Auf eine zeitliche Dringlichkeit, die es ihr allenfalls erlaubt hätte, gestützt auf Art. 30 Abs. 2 Bst. e VwVG von der vorgängigen Anhörung des Beschwerdeführers Abstand zu nehmen, kann sie sich nicht berufen. Die anstehende Gesetzesänderung, mit der das Instrument der Landesverweisung aufgehoben wurde, war seit längerer Zeit bekannt und es ist nicht einsehbar, was die kantonale Migrationsbehörde bzw. die Vorinstanz daran hätte hindern können, die ersatzweise Verhängung einer Fernhaltemassnahme so rechtzeitig zu prüfen, dass der Betroffene noch dazu hätte angehört werden können. Die Vorinstanz kann somit nicht für sich in Anspruch nehmen, es sei (im Sinne der erwähnten Norm) Gefahr im Verzuge gewesen. Kommt hinzu, dass der Aufenthaltsort des Beschwerdeführers in Deutschland schon seit längerer Zeit bekannt war.

3.3 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, Pro-

zessieren 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).

3.4 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 von einer schwerwiegenden Verletzung der Parteirechte auszugehen. Mit der Nichtanhörung vor der Anordnung der Einreisesperre hat die Vorinstanz dem Beschwerdeführer einen wesentlichen Bestandteil der aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör fliessenden Mitwirkungsrechte vorenthalten. Daran vermag der Umstand nichts zu ändern, dass mit der Fernhaltemassnahme quasi eine aus gesetzlichen Gründen vorzeitig wegfallende Landesverweisung kompensiert werden sollte. Eine Heilung rechtfertigt sich auch nicht vor dem Hintergrund des Verfahrensantrages der Vorinstanz (Reduktion auf die Dauer der vormaligen Landesverweisung).

Denn die Vorinstanz musste damit rechnen, dass sich die Umstände seit dem Strafurteil vom 24. November 1994 bzw. seit der Entlassung des Beschwerdeführers aus dem Strafvollzug im März 1996 wesentlich verändert haben könnten. Gegen die Zulässigkeit der Heilung dieses Verfahrensmangels spricht auch der Umstand, dass der Entscheid betreffend Anordnung und Dauer der Einreisesperre eine grosse Ermessenskomponente aufweist (vgl. BGE 104 Ib 129 E. 7 S. 137).

3.5 Schliesslich stellt die Gehörsverletzung im vorliegenden Kontext offensichtlich keinen Einzelfall dar (vgl. etwa Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-3985/2007 vom 2. Februar 2009; auch in diesem Verfahren wurde in Hinblick auf den gesetzlich bedingten Wegfall der bestehenden Landesverweisung eine Einreisesperre verfügt, ohne dem Betroffenen vorgängig das rechtliche Gehör zu gewähren). Die Vorinstanz hat ganz offensichtlich gestützt auf ihr zur Verfügung gestellter Listen systematisch Fernhaltemassnahmen erlassen in Fällen, in denen Ausländer von einer Landesverweisung betroffen waren.

4.
Aus vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die Vorinstanz Bundesrecht verletzte, indem sie den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör verweigert hat (Art. 49 Bst. b VwVG). Ein Heilung dieser Verfahrensverletzung fällt in casu ausser Betracht. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen, die Verfügung vom 23. Januar 2007 aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zur Neubeurteilung zurückzuweisen.

5.
Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind dem Beschwerdeführer keine Kosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG), und der geleistete Kostenvorschuss ist zurückzuerstatten.

6.
Dem Beschwerdeführer ist für die im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten zulasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von Fr. 600.- zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 und Art. 10 Abs. 1 sowie Art. 14 Abs. 2 in fine des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird gutgeheissen und die angefochtene Verfügung vom 23. Januar 2007 wird aufgehoben.

2.
Die Sache wird zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

3.
Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der am 23. Mai 2007 geleistete Kostenvorschuss von Fr. 700.- wird zurückerstattet.

4. Die Vorinstanz wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 600.- zu bezahlen.

5.
Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben; Beilage: Formular Zahlungsadresse)
- die Vorinstanz (Akten Ref-Nr. [...] retour)
- das Amt für Ausländerfragen des Kantons Solothurn mit den Akten SO [...].

Der vorsitzende Richter: Die Gerichtsschreiberin:

Andreas Trommer Denise Kaufmann

Versand: