

BVGer C-5331/2009 vom 3. August 2012

Bundesverwaltungsgericht, 2012-08-03, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-5331_2009

FR: TAF C-5331/2009 du 3 août 2012

IT: TAF C-5331/2009 del 3 agosto 2012

Regeste

Einreiseverbot Fedpol

Erwägungen

E. 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 Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021). Als Vorinstanzen gelten die in Art. 33 VGG genannten Behörden. Dazu gehört auch das Bundesamt für Polizei fedpol bzw. die im Jahre 1988 zuständige Bundesanwaltschaft, die mit der Anordnung einer Einreisesperre eine Verfügung im erwähnten Sinne und daher ein zulässiges Anfechtungsobjekt erlassen hat.

E. 1.2

Gegen Verfügungen auf dem Gebiet der inneren und äusseren Sicherheit des Landes ist die Beschwerde nach Art. 32 Abs. 1 Bst. a VGG an sich unzulässig. Als deutscher Staatsangehöriger kann sich der Beschwerdeführer aber auf Art. 11 Abs. 1 und 3 des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen, FZA, SR 0.142.112.681) berufen, der dafür ein zweistufiges Beschwerdeverfahren vorschreibt, wobei mindestens die zweite Instanz ein Gericht sein muss (vgl. BGE 131 II 352 E. 1.4 S. 356 und Urteil des Bundesgerichts 2C_375/2007 vom 8. November 2007 E. 2.2).

E. 1.3

Gemäss Art. 37 VGG richtet sich das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach dem VwVG, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt.

E. 1.4

Der Beschwerdeführer ist als Adressat der Verfügung vom 9. August 1988 zur Beschwerde legitimiert (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist daher einzutreten (Art. 50 und 52 VwVG).

E. 2

Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechterheblichen Sachverhaltes sowie - wenn nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat - die Unangemessenheit gerügt werden (vgl. Art. 49 VwVG). Es ist gemäss Art. 62 Abs. 4 VwVG an die Begründung der

Begehren nicht gebunden und kann die Beschwerde auch aus anderen Gründen gutheissen oder abweisen. Massgebend sind grundsätzlich die tatsächlichen Verhältnisse im Zeitpunkt des Entscheides (vgl. BGE 135 II 369 E. 3.3 S. 374; BVGE 2011/1 E. 2 S. 4 mit Hinweis).

E. 3

Das vorliegende Verfahren betrifft eine Verfügung der Schweizerischen Bundesanwaltschaft vom 9. August 1988. Gestützt auf Art. 13 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG, BS 1 121) konnte die Bundesanwaltschaft als damals zuständige Behörde über unerwünschte Ausländer Einreisesperren verhängen. Nach Art. 11 Abs. 1 Satz 1 der Organisationsverordnung vom 17. November 1999 für das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (OV-EJPD, SR 172.213.1) ist heute fedpol zuständig für die Verhängung von Einreiseverboten gegen die innere und äussere Sicherheit der Schweiz gefährdende Ausländerinnen und Ausländer und sich nach der Aufhebung des ANAG auf Art. 67 Abs. 4 des Ausländergesetzes (AuG, SR 142.20) stützen. Somit war fedpol auch für die am 23. Juli 2009 erfolgte Eröffnung der von der Bundesanwaltschaft verfügten Einreisesperre zuständig.

E. 4

Vorab ist in formeller Hinsicht zu prüfen, ob die Vorinstanz bzw. die damals zuständige Bundesanwaltschaft mit dem Erlass der angefochtenen Verfügung das rechtliche Gehör verletzt hat, da der Beschwerdeführer keine Möglichkeit gehabt hat, sich vorgängig zur Einreisesperre zu äussern.

E. 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, 6. vollständig überarbeitete Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, 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 2010/35 E. 4.1.2 mit Hinweisen).

E. 4.2

Aus den Akten geht hervor, dass dem Beschwerdeführer keine Gelegenheit gegeben wurde, zur angeordneten Einreisesperre vorgängig Stellung zu nehmen. Das Gesetz lässt den Erlass

einer Verfügung ohne vorgängige Anhörung der betroffenen Partei nur zu bei Zwischenverfügungen, die nicht selbständig anfechtbar sind (Art. 30 Abs. 2 Bst. a VwVG), bei Verfügungen, die durch Einsprache anfechtbar sind (Art. 30 Abs. 2 Bst. b VwVG), bei begünstigenden Verfügungen (Art. 30 Abs. 2 Bst. c VwVG), bei Vollstreckungsverfügungen (Art. 30 Abs. 2 Bst. d VwVG) und bei anderen Verfügungen in einem erstinstanzlichen Verfahren, wenn Gefahr im Verzuge ist, den Parteien die Beschwerde gegen die Verfügung zusteht und ihnen keine andere Bestimmung des Bundesrechts einen Anspruch auf vorgängige Anhörung gewährleistet (Art. 30 Abs. 2 Bst. e VwVG). Die Voraussetzungen für den Verzicht auf eine vorgängige Anhörung nach Art. 30 Abs. 2 Bst. a bis d VwVG sind vorliegend klar nicht gegeben. Bei der Ausnahmeregelung von Art. 30 Abs. 2 Bst. e VwVG müssen die entsprechenden Voraussetzungen (Gefahr im Verzuge, volle Überprüfungsbefugnis der Beschwerdeinstanz und Vorbehalt der spezialgesetzlichen Bestimmung) kumulativ vorliegen. Mit "Gefahr im Verzuge" sind Fälle angesprochen, in denen die Betroffenen aufgrund wichtiger Anliegen und zeitlicher Dringlichkeit nicht vorgängig angehört werden können. Die Behörde hat dabei das Interesse an der sofortigen Verfügung (ohne vorgängige Anhörung) gegen das Interesse des Betroffenen an der Gewährung des rechtlichen Gehörs abzuwägen. Im Übrigen sind die Voraussetzungen von Art. 30 Abs. 2 Bst. e VwVG restriktiv zu handhaben, da eine nachträgliche Anhörung oft nur ein unvollkommener Ersatz für eine unterlassene vorgängige Anhörung ist (vgl. Bernhard Waldmann/Jürg Bickel in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Zürich 2009, Art. 30 N 67 ff. mit Hinweisen). Der Beschwerdeführer befand sich zum Zeitpunkt der Anordnung der Einreisesperre im Strafvollzug. Inwiefern zeitliche Dringlichkeit vorlag oder sonst eine Gefahr im Verzuge war, ist nicht ersichtlich und wird von der Vorinstanz auch nicht geltend gemacht. Zwar konnte der Beschwerdeführer aufgrund seiner damaligen Inhaftierung kein grosses Interesse an einer Einreise in die Schweiz geltend machen bzw. an der Möglichkeit, sich vor Erlass einer Fernhaltmassnahme zu äussern. Andererseits bestand gerade wegen dieser speziellen Situation kein überwiegendes öffentliches Interesse der Behörde an einer sofortigen Verfügung ohne vorgängige Anhörung.

E. 4.3

Die Vorinstanz rechtfertigt die unterlassene Anhörung einerseits mit der Schwierigkeit bzw. dem aufwändigen Verfahren im Zusammenhang mit der Zustellung amtlicher Verfügungen an einen Adressaten im Ausland. Zum anderen wird geltend gemacht, dass der Beschwerdeführer, der sich damals am Anfang eines langjährigen Strafvollzuges befand, durch die Fernhaltmassnahme faktisch nicht beschwert gewesen sei ("Die Einreisesperre war zum damaligen Zeitpunkt lediglich hypothetischer Natur.").

E. 4.3.1

Zwar trifft es zu, dass die Zustellung einer amtlichen Verfügung an eine Person im Ausland - darunter fällt auch die Gewährung des rechtlichen Gehörs unter Ansetzung einer Frist - mit einem gegenüber einer Zustellung um Inland grösseren administrativen Aufwand verbunden ist (diplomatische Zustellung). Dieser Aufwand rechtfertigt aber noch lange nicht, auf die von Gesetzes wegen vorgeschriebene vorgängige Anhörung zu verzichten, zumal - wie bereits gesagt - keine zeitliche Dringlichkeit für eine sofortige Verfügung bestand und auch sonst kein gesetzlicher Ausnahmegrund gegeben war.

E. 4.3.2

Die Argumentation der Vorinstanz in Bezug auf das mutmasslich mangelnde Interesse des Beschwerdeführers an der damaligen Anfechtung der Einreisesperre bzw. an einer damit verbundenen vorgängigen Anhörung ist widersprüchlich und stellt - wie vom Beschwerdeführer in seiner Replik zutreffend festgestellt - das öffentliche Interesse am Erlass einer Fernhaltemassnahme grundsätzlich in Frage. Denn wenn damit gerechnet wurde, dass der Beschwerdeführer während Jahren oder Jahrzehnten inhaftiert sein werde, dann konnte er damals auch keine Gefahr für die innere und äussere Sicherheit der Schweiz (unabdingbare Voraussetzung zum Erlass einer entsprechenden Fernhaltemassnahme) darstellen. Da die Vorinstanz jedoch - wie in der angefochtenen Verfügung ausgeführt - von einem Sicherheitsrisiko ausging, war sie auch verpflichtet, den Beschwerdeführer vorgängig anzuhören.

E. 4.4

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur. Seine Verletzung führt grundsätzlich ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides (vgl. BGE 135 I 279 E. 2.6.1 S. 285 mit Hinweisen). 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; BGE 127 V 431 E. 3d.aa S. 437; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-3985/2007 vom 2. Februar 2009 E. 4.3 mit Hinweisen). 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 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 grosses 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. mit Hinweisen).

E. 4.5

Was die von der Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung vorgebrachten Hinweise über die Mitwirkungs- und Beschwerdemöglichkeiten betrifft, die das Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG, SR 235.1) und das Bundesgesetz vom 13. Juni 2008 über die polizeilichen Informationssysteme des Bundes (BPI, SR 361) einer von einem Einreiseverbot betroffenen Person garantiert, so gilt es klar festzuhalten, dass diese

Auskunftsrechte nicht mit dem rechtlichen Gehör gemäss Art. 29 f. VwVG gleichgesetzt werden können. Denn bei diesen Rechten geht es lediglich um den Anspruch auf Erhalt von Auskünften des fedpol über Daten, die das Bundesamt über die betreffende Person bearbeitet hat (vgl. Art. 7 f. BPI bzw. Art. 8 f. DSGVO). Zwar kann auf diesem Weg in Erfahrung gebracht werden, ob ein Einreiseverbot besteht oder nicht. Das Recht, vorgängig (vor dem Erlass einer belastenden Verfügung) angehört zu werden, kann durch die erwähnten Auskunftsrechte aber nicht ersetzt werden.

E. 4.6

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 ist somit gegeben. Andererseits kann nicht gerade von einer leichten Verletzung der Parteirechte gesprochen werden, hat doch die Vorinstanz dem Beschwerdeführer mit der Nichtanhörung vor der Anordnung der Einreisesperre einen wesentlichen Bestandteil der aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör fliessenden Mitwirkungsrechte vorenthalten. Vor allem aber beruht die Nichtanhörung des Beschwerdeführers nicht auf einem Versehen der Vorinstanz. Die Vorinstanz wusste genau, wo sich der Beschwerdeführer befand und verzichtete bewusst sowohl auf eine vorgängige Anhörung als auch auf die Zustellung der angefochtenen Verfügung zum damaligen Zeitpunkt. Offenbar entsprach dieses Vorgehen einer gängigen Praxis bei vergleichbaren Fällen. Der Argumentation in der Vernehmlassung ist ferner zu entnehmen, dass die Vorinstanz auch in Zukunft nicht vorhat, von dieser Praxis abzuweichen. Eine solche Verfahrensführung ist in aller Regel nicht mit einer Heilung zu belohnen sondern mit einer Kassation (Aufhebung der angefochtenen Verfügung und Rückweisung der Streitsache) zu sanktionieren (vgl. dazu Patrick Sutter, a.a.O., Rz. 22 zu Art. 29 VwVG; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-2558/2009 vom 10. Januar 2012 E. 4.3 und 4.4 mit zahlreichen Hinweisen).

E. 4.7

Aufgrund der massiv veränderten Sach- und Rechtslage seit Erlass der angefochtenen Verfügung (mehr als 30 Jahre seit der letzten verübten Straftat; Entlassung aus dem Strafvollzug Ende 2008, weil keine Gefahr mehr bestehe, dass sich der Beschwerdeführer gewaltbereiten politischen Gruppierungen anschliessen und mit diesen schwere kriminelle Handlungen begehen könnte; Beschwerdeführer kann sich als EU-Staatsangehöriger auf das Freizügigkeitsabkommen berufen) würde eine Rückweisung der Angelegenheit auch nicht zu einem formalistischen Leerlauf führen. Eine umfassende Neubeurteilung der Sache unter Wahrung sämtlicher Parteirechte des Betroffenen drängt sich geradezu auf. Dabei gilt es insbesondere das Recht auf Einreise gemäss Art. 3 FZA i.V.m. Art. 1 Anhang I FZA (inkl. die entsprechende Rechtsprechung des EuGH) zu beachten, das die ausländerrechtlichen Befugnisse der nationalen Behörde bei der Handhabung landesrechtlicher Massnahmen wie des Einreiseverbots nach Art. 67 Abs. 4 AuG einschränkt. Danach darf für Massnahmen, die mit der öffentlichen Ordnung und Sicherheit begründet werden, nur das persönliche Verhalten der in Betracht kommenden Einzelperson ausschlaggebend sein. Ausgeschlossen sind deshalb generalpräventiv motivierte Massnahmen, das heisst solche, die der Abschreckung anderer ausländischer Personen dienen (BGE 136 II 5 E. 4.2 S. 20 mit Hinweisen). Strafrechtliche Verurteilungen dürfen sodann nur insoweit berücksichtigt werden, als die ihr zugrunde liegenden Umstände ein persönliches Verhalten erkennen

lassen, das eine hinreichend schwere und gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung darstellt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_1045/2011 vom 18. April 2012 E. 2.1).

E. 5

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt (Art. 49 VwVG). Die Beschwerde ist daher gutzuheissen, die Verfügung vom 9. August 1988 aufzuheben und die Sache an fedpol zur Neubeurteilung zurückzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens erübrigt sich die Prüfung, ob die Vorinstanz mit der nachträglichen Eröffnung der Einreisesperre am 23. Juli 2009, ohne auf die neue Sach- und Rechtslage einzugehen, die Begründungspflicht verletzt und somit eine weitere Gehörsverletzung begangen hat.

E. 6

Sowohl aufgrund der dem Beschwerdeführer gewährten unentgeltlichen Rechtspflege als auch gestützt auf den Ausgang des Verfahrens sind ihm keine Kosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 und Art. 65 Abs. 1 VwVG). Als obsiegende Partei hat der anwaltlich vertretene Beschwerdeführer Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihm erwachsenen und notwendigen Kosten (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Rechtsvertreterin stellt in der am 28. April 2010 eingereichten Honorarnote eine Entschädigung von Fr. 2'948.55 zuzüglich MwSt. von Fr. 224.10, total Fr. 3'172.65 in Rechnung. In Berücksichtigung des Umfangs und der Notwendigkeit der Eingaben, der Schwierigkeit der Streitsache in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht sowie der aktenkundigen Bemühungen - das Bundesverwaltungsgericht erachtet den ausgewiesenen Zeitaufwand für die Ausfertigung der Rechtsschriften als zu hoch - ist die Parteientschädigung nach Massgabe der einschlägigen Bestimmungen auf Fr. 2'500.- (inkl. Auslagen und MwSt.) festzusetzen (Art. 8, 9, 10 und 14 VGKE). Da mit der Ausrichtung der Parteientschädigung die Auslagen des Beschwerdeführers gedeckt sind, ist kein zusätzliches Honorar für die amtlich eingesetzte Anwältin zu entrichten (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-135/2006 vom 20. Dezember 2007 E. 6.3 mit Hinweisen).
Dispositiv Seite 13

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.