



---

Abteilung III  
C-31/2007  
{T 0/2}

## **Urteil vom 14. Oktober 2009**

---

Besetzung

Richterin Ruth Beutler (Vorsitz), Richter Bernard Vaudan,  
Richter Blaise Vuille,  
Gerichtsschreiberin Viviane Eggenberger.

---

Parteien

**G.**\_\_\_\_\_,  
vertreten durch Fürsprecher Thomas Bürki,  
Beschwerdeführer,

gegen

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

---

Gegenstand

Einreisesperre.

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

Der 1970 geborene deutsche Staatsangehörige G.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdeführer) ging – unter der Identität eines angeblich guatemaltekischen Staatsangehörigen – im Jahre 2000 eine Ehe mit einer Schweizer Bürgerin ein und erhielt in der Folge eine Aufenthaltsbewilligung zum Verbleib bei seiner Ehefrau. Bereits im Jahre 1999 war aus dieser Beziehung ein Kind hervorgegangen.

Während seiner Anwesenheit hierzulande geriet der Beschwerdeführer wiederholt in Konflikt mit dem Gesetz. Am 13. November 2000 wurde er wegen Betrugs zu einer Gefängnisstrafe von 5 Tagen, bedingt, bei einer Probezeit von zwei Jahren, verurteilt. Am 26. Juni 2002 erfolgte eine Verurteilung zu einer Gefängnisstrafe von 30 Tagen wegen Urkundenfälschung, ebenfalls unter Gewährung des bedingten Strafvollzugs, bei einer Probezeit von zwei Jahren. In den Jahren 2004 und 2005 wurde er jeweils wegen Widerhandlungen gegen das Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958 (SVG, SR 741.01) zu Bussen verurteilt. Im Zusammenhang mit verschiedenen Delikten wurde am 28. Januar 2005 eine Voruntersuchung gegen ihn eingeleitet und am 18. Februar 2005 erfolgte seine Festnahme. Am 28. Juli 2005 trat er vorzeitig den Strafvollzug an. Das Untersuchungsrichteramt III Bern-Mittelland widerrief mit Urteil vom 19. Dezember 2005 den mit Urteil vom 13. November 2000 gewährten bedingten Strafvollzug. Am 30. März 2006 schliesslich verurteilte ihn das Kreisgericht VIII Bern-Laupen wegen gewerbsmässigen Betrugs, teilweise versuchten Betrugs, mehrfacher Veruntreuung, betrügerischen Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage, Verfügung über mit Beschlagnahme belegte Vermögenswerte, Fälschung von Ausweisen und mehrfacher Widerhandlungen gegen das SVG zu 30 Monaten Zuchthaus (unter Anrechnung von 141 Tagen Untersuchungshaft sowie der seit dem 28. Juli 2005 im vorzeitigen Strafvollzug verbüsst Zeit), teilweise als Zusatzurteil zu demjenigen vom 26. Juni 2002. Gleichzeitig ordnete das Gericht eine während des Strafvollzugs sowie danach durchzuführende Psychotherapie als ambulante Massnahme nach aArt. 43 Ziff. 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937 (StGB, AS 1971 777) an. Schliesslich widerrief es auch den mit Urteil des Untersuchungsrichteramts III Bern-Mittelland vom 26. Juni 2002 gewährten bedingten Strafvollzug.

**B.**

Die Ehe des Beschwerdeführers und seiner Ehefrau wurde mit Urteil des zuständigen Zivilgerichts vom 21. August 2006 geschieden und die elterliche Sorge über den gemeinsamen Sohn dessen Mutter zugeteilt.

**C.**

Die Abteilung Straf- und Massnahmenvollzug der Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern bewilligte mit Verfügung vom 19. Oktober 2006 die vorzeitige bedingte Entlassung des Beschwerdeführers aus dem Strafvollzug nach Verbüßung von zwei Dritteln der Strafe auf den 2. Dezember 2006, unter Auferlegung einer Probezeit von zwei Jahren. Gleichzeitig hob sie auf diesen Zeitpunkt hin die mit Urteil vom 30. März 2006 angeordnete ambulante Massnahme auf.

**D.**

In einer an die Kantonspolizei Bern gerichteten Mitteilung vom 15. November 2006 ordnete der Migrationsdienst des Kantons Bern die Ausschaffung des Beschwerdeführers sowie die Ausschaffungshaft an.

**E.**

Gleichentags verhängte das Bundesamt für Migration (BFM) auf Antrag der Kantonspolizei Bern und unter Entzug der aufschiebenden Wirkung einer allfälligen Beschwerde gegenüber dem Beschwerdeführer eine fünfjährige Einreisesperre, gültig ab 4. Dezember 2006. Zur Begründung wurde ausgeführt:

„Das Verhalten hat zu Klagen Anlass gegeben (gewerbsmässiger Betrug, teilweise Versuch dazu, mehrfache Veruntreuung, betrügerischer Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage, Fälschung von Ausweisen, mehrfache Widerhandlungen gegen das SVG). Unerwünschter Ausländer.“

Diese Verfügung wurde dem Beschwerdeführer am 1. Dezember 2006 eröffnet.

**F.**

Mit Schreiben vom 24. November 2006 führte der Migrationsdienst des Kantons Bern gegenüber dem Beschwerdeführer aus, er halte an der formlosen Wegweisung fest.

**G.**

Am 4. Dezember 2006 wurde der Beschwerdeführer nach Deutschland ausgeschafft.

**H.**

Mit Rechtsmitteleingabe seines Vertreters vom 28. Dezember 2006 erhob der Beschwerdeführer beim damals zuständigen Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) Beschwerde. Er beantragt darin die Aufhebung der angefochtenen Verfügung, eventualiter die Reduktion der Dauer der Einreisesperre auf maximal zwei Jahre. Während dieser Zeit sei dem Beschwerdeführer die Einreise in die Schweiz zwecks Ausübung des Besuchsrechts in Bezug auf seinen Sohn zu erlauben. Zur Begründung führt er im Wesentlichen das ihm gemäss Scheidungsurteil zustehende Besuchsrecht an, welches auch eine Pflicht seinem Sohn gegenüber begründe. Zu dessen Ausübung müsse er in die Schweiz einreisen können. Eine Einreisesperre sei im konkreten Fall nicht angebracht und in der verfügten Form müsse sie aufgehoben werden. Eine Einreisesperre von fünf Jahren würde die Kontaktaufnahme mit dem Sohn auch dann verunmöglichen, wenn der Beschwerdeführer für bestimmte Kontakte in die Schweiz einreisen dürfte. Die Dauer der Einreisesperre sei daher auf jeden Fall zu reduzieren.

**I.**

Mit Vernehmlassung vom 5. April 2007 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde und führt diesbezüglich insbesondere aus, aufgrund der strafrechtlichen Verurteilung und der Schwere des Falles bestehe ein erhebliches öffentliches Interesse an der Fernhaltung des Ausländers. Der Beschwerdeführer habe mehrfach strafbare Handlungen begangen und sich dabei durch die vorherigen Strafverfahren nicht beeindrucken lassen. Er gelte als leicht beeinflussbar und der Verfügung vom 19. Oktober 2006, mit welcher ihm die vorzeitige bedingte Entlassung gewährt worden sei, sei zu entnehmen, dass er nicht bereit sei, sein Verhalten nachhaltig zu ändern. Er stelle daher weiterhin eine aktuelle und hinreichende Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit dar, so dass er sich nicht auf die Rechte des Freizügigkeitsabkommens vom 21. Juni 1999 (FZA; SR 0.142.112.681) berufen könne. Zudem habe er sich von seiner Schweizer Ehefrau scheiden lassen, so dass er auch gestützt auf das Landesrecht keinen Aufenthaltsanspruch mehr besitze. Das Besuchsrecht gegenüber seinem Sohn könne er auch bei bestehender Einreisesperre ausüben. Zudem sei auf begründetes Gesuch hin eine befristete Suspension der Einreisesperre möglich. Das öffentliche Interesse daran, dass der Beschwerdeführer nicht ungehindert in die Schweiz einreisen könne, sei

aufgrund seines strafbaren Verhaltens gross. Jedoch sei das BFM bereit, einzeln gestellte Suspensionsgesuche wohlwollend zu prüfen.

#### **J.**

Mit Replik vom 15. Mai 2007 führt der Beschwerdeführer erneut aus, zur Wahrnehmung des ihm zustehenden Besuchsrechts sei er auf die Möglichkeit der Einreise in die Schweiz angewiesen. Es wäre nicht angemessen, wenn er dazu auf das Wohlwollen der Vorinstanz angewiesen wäre. Er lebe und arbeite nun fest in London. Er habe seine Strafe verbüsst und es bestehe keine Rückfallgefahr und folglich kein öffentliches Interesse an seiner Fernhaltung.

#### **K.**

Mit Instruktionsverfügung vom 4. Juni 2009 wurde der Beschwerdeführer aufgefordert, aktuelle Unterlagen zu seinen Verhältnissen, seiner beruflichen Situation sowie zu seinem Verhalten seit seiner bedingten Entlassung aus dem Strafvollzug einzureichen. Die ihm dazu gesetzte Frist blieb unbenutzt.

#### **L.**

Auf den weiteren Akteninhalt und die übrigen Vorbringen 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), 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 einer 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 endgültig (Art. 83 Bst. c Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

**1.2** Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das Gesetz keine abweichenden Bestimmungen vorsieht (Art. 37 VGG).

**1.3** Zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Verwaltungsgerichtsgesetzes am 1. Januar 2007 beim EJPD bereits hängige Rechtsmittelverfahren vorliegenden Inhalts wurden vom Bundesverwaltungsgericht übernommen. Die Beurteilung erfolgt nach neuem Verfahrensrecht (Art. 53 Abs. 2 VGG).

**1.4** Der Beschwerdeführer ist als Verfügungsadressat zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist 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 rechts-erheblichen Sachverhaltes sowie, wenn 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 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 Sachlage zum Zeitpunkt seines Entscheides (vgl. E. 1.2 des in BGE 129 II 215 teilweise publizierten Urteils 2A.451/2002 vom 28. März 2003).

## **3.**

Mit dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG, SR 142.20) am 1. Januar 2008 wurde das ehemalige Bundesgesetz vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG, BS 1 121) abgelöst (vgl. Art. 125 AuG i.V.m. Ziff. I des Anhangs zum AuG). Auf Verfahren, die vor diesem Zeitpunkt eingeleitet wurden, bleibt das bisherige Recht anwendbar (vgl. Art. 126 Abs. 1 AuG sowie BVGE 2008/1 E. 2). Die angefochtene Verfügung erging vor dem Inkrafttreten des AuG; das Verfahren war folglich vor diesem Zeitpunkt eingeleitet worden. Für eine materielle Beurteilung der vorliegenden Beschwerde wäre daher auf die altrechtliche Regelung (insbesondere auf Art. 13 Abs. 1 ANAG) abzustellen.

#### 4.

Vor einer allfälligen materiellrechtlichen Beurteilung ist jedoch in formeller Hinsicht zu prüfen, ob die Vorinstanz mit dem Erlass der angefochtenen Verfügung nicht den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör verletzt hat, insoweit es ihm nicht die Möglichkeit gewährt hat, sich vorgängig zur beabsichtigten Verhängung einer Einreisesperre zu äussern, sowie aufgrund der äusserst rudimentären Begründung der Verfügung.

**4.1** Der Anspruch auf rechtliches Gehör, wie ihn Lehre und Rechtsprechung aus Art. 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, 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 Orientierung, 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** Die Begründungspflicht der Behörden – ebenfalls Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör (vgl. BVGE 2007/21 E. 10.2 mit Hinweisen) – soll verhindern, dass diese sich von unsachlichen Motiven leiten lassen, und es der betroffenen Person ermöglichen, die Verfügung gegebenenfalls sachgerecht anzufechten. Eine sachgerechte Anfechtung ist nur möglich, wenn sich sowohl die Partei wie auch die Rechtsmittelinstanz über die Tragweite des Entscheides ein Bild ma-

chen können. In diesem Sinn müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf welche sich ihre Verfügung stützt. Dies bedeutet indessen nicht, dass sie sich ausdrücklich mit jeder tatbeständlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen muss. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken. Die Anforderungen an die Begründung sind umso höher, je weiter der Entscheidungsspielraum der entscheidenden Behörde, je komplexer die Sach- und Rechtslage (vgl. BVG 2007/27 E. 5.5.2 mit Hinweisen) und namentlich auch je intensiver der Eingriff in die Stellung des Betroffenen ist (vgl. zum Ganzen BERNHARD WALDMANN/JÜRGEN BICKEL SOWIE FELIX UHLMANN/ALEXANDRA SCHWANK, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, Zürich 2009, N 52 f. zu Art. 29 und N 20 f. zu Art. 35; ebenso LORENZ KNEUBÜHLER, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich/St. Gallen 2008, Rz. 4 ff. und insb. 9 ff. zu Art. 35 VwVG).

**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. ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, a.a.O., Rz. 130).

## **5.**

**5.1** Den Akten ist zu entnehmen, dass dem Beschwerdeführer von der Vorinstanz keine Gelegenheit gewährt wurde, vorgängig zur zu verhängenden Fernhaltungsmassnahme Stellung zu nehmen. Der Antrag der Kantonspolizei Bern um Erlass einer Einreisesperre erfolgte per Telefax an das BFM am 15. November 2006 um 14.56 Uhr. Dieses verhängte die beantragte Massnahme – wie erwähnt – noch gleichentags. In den der Vorinstanz zum Zeitpunkt des Verfügungserlasses vorliegenden Unterlagen (vgl. die Erwähnung der Beilagen im Antrag) deutete nichts darauf hin, dass dem Beschwerdeführer bereits durch kantonale Behörden (beispielsweise die Kantonspolizei) das rechtliche Gehör zu einer allenfalls zu verhängenden Fernhaltungsmassnahme gewährt worden wäre. Das BFM wäre daher 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 bereits ge-

währt worden war. Dass der Antrag und der Erlass der Verfügung in zeitlicher Hinsicht praktisch zusammenfielen, lässt darauf schliessen, dass es weder das eine noch das andere getan hat.

Der Beschwerdeführer hatte folglich zu keinem Zeitpunkt die Möglichkeit, sich vorgängig zum Verfügungserlass zu äussern und damit insbesondere Einfluss auf die Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhalts zu nehmen; er war vielmehr nicht einmal vom entsprechenden gegen ihn laufenden Verfahren in Kenntnis gesetzt worden. Zwar wies ihn der Migrationsdienst des Kantons Bern in einem Schreiben vom 24. November 2006 nebenbei darauf hin, dass das BFM ihm in einem separaten Verfahren das rechtliche Gehör zur Verhängung einer Einreisesperre gewähren werde. Zu diesem Zeitpunkt war die fragliche Verfügung jedoch bereits erlassen (wenngleich dem Beschwerdeführer noch nicht ausgehändigt) worden, ohne dass ihm diese Gelegenheit gegeben worden war.

Aus den Akten geht nicht hervor und die Vorinstanz macht auch nicht geltend, 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). Der Beschwerdeführer befand sich seit Juli 2005 im vorzeitigen Strafvollzug (vgl. dazu für das neue – seit 1. Januar 2007 geltende – Recht Art. 75 Abs. 2 StGB [SR 311.0]). Das letzte gegen ihn ergangene Strafurteil (auf welches in der Begründung der angefochtenen Verfügung ausschliesslich abgestellt wird) war am 30. März 2006 gefällt worden. Ab diesem Zeitpunkt war daher klar, dass er (frühestens) am 2. Dezember 2006 (Erstehung von zwei Dritteln der Strafe) bedingt vorzeitig aus dem Strafvollzug würde entlassen werden können. Bereits am 14. September 2006 stellte er denn auch gegenüber der Abteilung Straf- und Massnahmenvollzug der kantonalen Polizei- und Militärdirektion einen entsprechenden Antrag, welchem diese mit Verfügung vom 19. Oktober 2006 stattgab. Dem BFM wurde zudem von Seiten der kantonalen Polizeibehörde am 15. November 2006 im Rahmen des Antrags auf Verhängung der Einreisesperre mitgeteilt, dass der Betroffene am 4. Dezember 2006 nach Deutschland ausgeschafft werde. Angesichts des Umstands, dass der Zeitpunkt einer (allfälligen) Entlassung aus dem Strafvollzug somit schon seit geraumer Zeit bekannt war, ist nicht einzusehen, warum es der Vorinstanz nicht hätte möglich sein sollen, das Verfahren auf Erlass einer allfälligen Fernhaltungsmassnahme so zu terminieren, dass der Beschwerdeführer rechtzeitig dazu hätte angehört werden können. Je-

denfalls bestand keine zeitliche Dringlichkeit bzw. war keine Gefahr im Verzuge (vgl. Art. 30 Abs. 2 Bst. e VwVG), welche es dem BFM erlaubt hätte, von einer vorgängigen Anhörung des Beschwerdeführers abzu-sehen.

**5.2** Die Begründung der angefochtenen Verfügung erschöpft sich – abgesehen von einer Auflistung der Tatbestände, derentwegen der Beschwerdeführer am 30. März 2006 verurteilt wurde, und die dreieinhalb der viereinhalb Zeilen ausmacht, aus denen die Begründung besteht – in der lapidaren Ausführung, "das Verhalten" habe "zu Klagen Anlass gegeben", sowie im Hinweis "unerwünschter Ausländer". Die zur Anwendung gelangende Gesetzesnorm (Art. 13 Abs. 1 ANAG) bzw. der von der Behörde als erfüllt erachtete Tatbestand geht daraus nicht hervor, was gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung doch zumindest als wünschbar erscheint (vgl. BGE 131 II 200 E. 4.3 S. 205). Insbesondere aber fehlt eine erkenn- und nachvollziehbare Prüfung der Frage des Vorliegens der Voraussetzungen für die Verhängung einer Einreisesperre und in diesem Zusammenhang namentlich der Vereinbarkeit mit dem Freizügigkeitsabkommen, auf welches sich der Beschwerdeführer als deutscher Staatsangehöriger berufen kann (vgl. dazu eingehender unter E. 6). Zudem ist auch in keiner Weise ersichtlich, gestützt auf welche Überlegungen die Vorinstanz die Anordnung der fraglichen Fernhaltmassnahme sowie namentlich ihre Dauer als angemessen bzw. verhältnismässig beurteilte. Eine Abwägung der einander gegenüberstehenden öffentlichen und privaten Interessen wurde jedenfalls nicht in erkennbarer Weise vorgenommen. Damit ist die Vorinstanz auch ihrer Begründungspflicht nicht in hinreichender Weise nachgekommen.

In diesem Zusammenhang stellt sich erneut die bereits früher aufgeworfene Frage (vgl. das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-7180/2007 vom 8. April 2008 E. 3.3 am Ende), ob die Verwendung eines Formulars mit Kurzbegründung der Natur und Tragweite einer in ihren Auswirkungen doch meist sehr einschneidenden Massnahme wie einer Einreisesperre bzw. einem Einreiseverbot gerecht wird (namentlich nach der von LORENZ KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 10 zu Art. 35 VwVG, vertretenen Meinung, welcher angesichts der Schwere des Eingriffs bei ausländerrechtlichen Fernhaltmassnahmen für eine eingehendere Begründung plädiert, dürfte dies zu verneinen sein). In der Literatur wird die Meinung vertreten, Kurzbegründungen dürften allenfalls dort zulässig sein, wo Adressatinnen und Adressaten erfahrungsgemäss

über die notwendigen Spezialkenntnisse verfügen, um die Verfügung auf dieser Grundlage sachgerecht anzufechten (FELIX UHLMANN/ALEXANDRA SCHWANK, a.a.O., N 16 zu Art. 35). Davon ist im Fall einer Einreisesperre bzw. eines Einreiseverbotes – insbesondere in Konstellationen, in welchen eine Person betroffen ist, welche Ansprüche aus dem Freizügigkeitsabkommen ableiten kann – nicht auszugehen. Das Ausfertigen einer Verfügung auf einem elektronisch verwalteten Formular ist allerdings nicht zu beanstanden, wenn dieses Raum lässt für eine dem Fall angemessene, einlässliche Begründung und dieser von der verfügenden Behörde auch tatsächlich genutzt wird (vgl. in diesem Zusammenhang auch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-2492/2008 vom 31. August 2009 E. 3.3.6).

### 5.3

**5.3.1** 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 Gehörgewährung 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.], a.a.O., Rz. 16 zu Art. 29 VwVG; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Lausanne/Zürich/Bern 2008, Rz. 3.110; BGE 132 V 387 E. 5 S. 390; BGE 127 V 431 E. 3d/aa S. 437 f.; 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 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 (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. BERNHARD WALDMANN/JÜRG BICKEL, a.a.O., N 115 f. zu Art. 29; PATRICK SUTTER, a.a.O., Rz. 21 ff. zu Art. 29; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ 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 Kritik erwachsen (vgl. insb. PATRICK SUTTER, a.a.O., Rz. 21 zu Art. 29; vgl. auch BERNHARD WALDMANN/JÖRG 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. PATRICK SUTTER, a.a.O., Rz. 18 zu Art. 29 VwVG; vgl. ebenso ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.113 mit weiteren Hinweisen; BERNHARD WALDMANN/JÜRG 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-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).

**5.3.2** 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 vorliegend von einer schwerwiegenden Verletzung der Parteirechte auszugehen. Aufgrund des Vorgehens der Vorinstanz hatte der Beschwerdeführer nicht einmal Kenntnis vom gegen ihn laufenden Verfahren auf Erlass einer Einreisesperre. Entsprechend konnte er

auch die ihm im Verfahren zustehenden Mitwirkungsrechte nicht wahrnehmen. Dass sich die Vorinstanz auf Vernehmlassungsstufe schliesslich doch mit gewissen relevanten Fragen (namentlich derjenigen der aktuellen Gefährdung sowie der familiären Verhältnisse) ansatzweise auseinandergesetzt hat, ändert an der Schwere der Verletzung nichts, weshalb der Verfahrensmangel auf Rechtsmittelebene nicht geheilt werden kann. Gegen die Zulässigkeit der Heilung 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). Schliesslich stellt die Gehörsverletzung gerade im Zusammenhang mit der Anordnung von Einreisesperren bzw. -verboten auch keinen Einzelfall dar; vielmehr ist diesbezüglich eine gewisse Regelmässigkeit auszumachen (siehe etwa die bereits erwähnten Urteile des Bundesverwaltungsgerichts C-8027/2008 vom 2. September 2009, C-1618/2007 vom 27. Februar 2009 und C-3985/2007 vom 2. Februar 2009 sowie C-7180/2007 vom 8. April 2008), welche nach dem Gesagten eine Kassation zur Folge hat.

## 6.

Zur festgestellten Verletzung des rechtlichen Gehörs kommen Mängel bei der Sachverhaltsermittlung (vgl. Art. 49 Bst. b VwVG) hinzu.

Offenkundig lagen der Vorinstanz zum Zeitpunkt des Verfügungserlasses äusserst spärliche Akten vor (die kantonalen Akten wurden nicht beigezogen). Hinsichtlich der gegenüber dem Beschwerdeführer bestehenden Verurteilungen war ihnen lediglich ein Minimum an Angaben zu entnehmen: Aus dem Vollzugsauftrag vom 12. Oktober 2006 und der Verfügung der Abteilung Straf- und Massnahmenvollzug der Polizei- und Militärdirektion betreffend bedingte Entlassung vom 19. Oktober 2006, welche dem Antrag auf Erlass einer Einreisesperre beilagen, gehen im Wesentlichen lediglich die Urteilsdaten, die den Verurteilungen zugrundeliegenden Delikte sowie das jeweilige Strafmass hervor. Mit der Verfügung vom 19. Oktober 2006 war dem Beschwerdeführer jedoch die vorzeitige bedingte Entlassung aus dem Strafvollzug auf Anfang Dezember bewilligt worden; in der Begründung dieser Verfügung wird auf den Therapiebericht des Forensisch-Psychiatrischen Dienstes der Universität Bern vom 26. September 2006 verwiesen, welcher ihm einen "sehr guten Therapieverlauf" attestiere (Verfügung S. 3). Gleichzeitig war mit dieser Verfügung auch die rund ein halbes Jahr zuvor mit dem erwähnten Strafurteil angeordnete ambulante Massnahme (Psychotherapie) – dem mit dem Bericht ge-

stellten Antrag entsprechend – unter Verweis auf aArt. 43 Ziff. 4 StGB (wonach die zuständige Behörde die Aufhebung der Massnahme beschliesst, wenn ihr Grund weggefallen ist) auf denselben Zeitpunkt hin aufgehoben worden. Weiter wird in der fraglichen Verfügung ausgeführt, einem (sich nicht bei den Akten befindlichen) Führungsbericht vom 12. Oktober 2006 könne entnommen werden, der Beschwerdeführer werde als „leicht beeinflussbar“ erlebt und ein Bedürfnis, sein Verhalten nachhaltig ändern zu wollen, sei nicht spürbar. Alleine gestützt auf diese in der erwähnten Verfügung lediglich wiedergegebenen Einschätzungen zieht die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung den Schluss, der Beschwerdeführer sei "offenkundig nicht bereit, sein Verhalten nachhaltig zu ändern"; damit will sie die für die Verhängung einer Einreisesperre bzw. eines Einreiseverbots gegenüber einer Person, welche sich – wie der Beschwerdeführer – auf das Freizügigkeitsabkommen berufen kann, erforderliche aktuelle, schwerwiegende Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Sinne der Richtlinie 64/221/EWG begründen (vgl. diesbezüglich beispielsweise das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-3985/2007 vom 2. Februar 2009 E. 5.1 und 5.2 mit Hinweisen). Die Abteilung Straf- und Massnahmenvollzug war jedoch nach Würdigung der – ihr vorliegenden – Berichte offenkundig zum gegenteiligen Schluss gelangt, ansonsten sie den Anträgen auf bedingte Entlassung und Aufhebung der ambulanten Massnahme nicht stattgegeben hätte.

Angesichts dieser Umstände, die nicht offenkundig für eine aktuelle Gefährdung durch den Beschwerdeführer sprechen, wäre das BFM gehalten gewesen, diese Frage eingehend(er) zu prüfen. In diesem Zusammenhang wäre es insbesondere naheliegend gewesen, sich zunächst und in erster Linie zumindest die Strafurteile samt Begründung sowie die beiden erwähnten Berichte (den Therapiebericht vom 26. September und den Führungsbericht vom 12. Oktober 2006) in vollständiger Ausfertigung zu beschaffen.

Das BFM war zudem – wie aus den in der angefochtenen Verfügung enthaltenen Angaben ersichtlich ist – zum Zeitpunkt des Verfügungserlasses davon ausgegangen, dass der Beschwerdeführer verheiratet war (in Tat und Wahrheit war das Scheidungsurteil am 21. August 2006 – also noch vor Anordnung der Einreisesperre – ergangen). Besonders unter diesen Umständen wäre das BFM verpflichtet gewesen, den Fragen nach einem allenfalls bestehenden Kindesverhältnis sowie den Auswirkungen der zu verhängenden Einreisesperre auf das Familien-

bzw. Eheleben nachzugehen. Den Akten und der Begründung der angefochtenen Verfügung kann jedenfalls nicht entnommen werden, dass entsprechende Abklärungen stattgefunden hätten sowie eine Abwägung der öffentlichen und diesen gegenüberstehenden privaten Interessen durchgeführt worden wäre.

Damit ist das BFM auch seiner Pflicht zur Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts – selbst desjenigen, der ihr ohne vorgängige Anhörung des Beschwerdeführers bekannt war – nicht hinreichend nachgekommen (vgl. Art. 49 Bst. b VwVG).

#### **7.**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt (vgl. Art. 49 Bst. a und b VwVG). Die Beschwerde ist daher gutzuheissen, die Verfügung vom 15. November 2006 aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

#### **8.**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind dem Beschwerdeführer keine Kosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Der bereits geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 800.– ist ihm von der Gerichtskasse zurückzuerstatten.

Ihm ist schliesslich für die im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten zulasten der Vorinstanz eine auf Fr. 500.– festzusetzende Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 und 14 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Dispositiv S. 16

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen und die angefochtene Verfügung vom 15. November 2006 aufgehoben.

**2.**

Die Sache wird zur Neuurteilung an das BFM zurückgewiesen.

**3.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

**4.**

Der geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 800.– wird dem Beschwerdeführer von der Gerichtskasse zurückerstattet.

**5.**

Die Vorinstanz wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 500.– (inkl. MWST) zu bezahlen.

**6.**

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Akten Ref-Nr. [...] retour)
- den Migrationsdienst des Kantons Bern (ad Ref-Nr. [...])

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Ruth Beutler

Viviane Eggenberger

**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: