Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Abteilung III
C-5308/2007
{T 0/2}

Urteil vom 3. Dezember 2009

Besetzung

Richter Andreas Trommer (Vorsitz),
Richterin Ruth Beutler, Richter Antonio Imoberdorf,
Gerichtsschreiber Julius Longauer.

Parteien

A._____,
Beschwerdeführer,
vertreten durch Dr. iur. Thomas Castelberg,
Rechtsanwalt,

gegen

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

Gegenstand

Einreisesperre.

Sachverhalt:

A.
Der Beschwerdeführer (geb. 1957) ist slowenischer Staatsangehöriger. Seit dem Jahr 1987 hielt er sich wiederholt mit Kurzaufenthaltsbewilligungen in der Schweiz auf, wo er an wechselnden Orten als Discjockey tätig war. Im Jahr 1992 heiratete er eine im Kanton Zürich niedergelassene kroatische Staatsangehörige. Aus dieser Beziehung ging im Jahr 1993 ein gemeinsamer Sohn hervor. Die Ehe des Beschwerdeführers wurde am 12. April 2005 geschieden.

B.
Gestützt auf seine Ehe erhielt der Beschwerdeführer im Kanton Zürich eine Aufenthaltsbewilligung, die letztmals mit Wirkung bis 8. Juli 2005 verlängert wurde. Seine Bemühungen, im Anschluss daran im Kanton Graubünden zu einer Aufenthaltsregelung zu gelangen, scheiterten. Ein entsprechendes Gesuch lehnte die Migrationsbehörde des Kantons Graubünden wegen der Straffälligkeit des Beschwerdeführers am 4. August 2005 ab. Zu einem nicht bekannten Zeitpunkt Mitte 2007 verliess der Beschwerdeführer die Schweiz endgültig.

C.
Ab dem Jahr 1995 trat der Beschwerdeführer in der Schweiz wie folgt strafrechtlich in Erscheinung:

a) 27. Juni 1995: Verurteilung durch das Bezirksgericht Wil wegen mehrfachen Diebstahls, Hehlerei, Fälschung von Ausweisen, mehrfachen Missbrauchs von Kontrollschildern und mehrfachen Widerhandlungen gegen ausländerrechtliche Vorschriften zu 5 Monaten Gefängnis, bedingt bei einer Probezeit von zwei Jahren.

b) 8. April 1997: Verurteilung durch das Bezirksgericht Zürich wegen Diebstahls, Fahrens ohne Fahrzeugausweis oder Kontrollschilder und missbräuchlicher Verwendung von Ausweisen oder Kontrollschildern zu 10 Monaten Gefängnis, bedingt bei einer Probezeit von 3 Jahren, sowie zu einer Busse von Fr. 250.00. Am 8. Oktober 1997 wurde die Probezeit um eineinhalb Jahre verlängert.

c) 8. Oktober 1997: Verurteilung durch das Verhöramt Nidwalden wegen Hehlerei, Sachbeschädigung, Sachentziehung, versuchten Diebstahls, Übertretung der Verordnung über die Strassenverkehrs-

regeln sowie Führens eines nicht betriebssicheren Fahrzeugs zu 4 Wochen Gefängnis, bedingt bei einer Probezeit von 5 Jahren, und Fr. 400.00 Busse.

d) 8. Dezember 1998: Verurteilung durch die Bezirksanwaltschaft Dielsdorf wegen Nichtabgabe von Ausweisen oder Kontrollschildern zu 14 Tagen Gefängnis unbedingt.

e) 7. Juni 2000: Verurteilung durch das Bezirksgericht Zürich wegen Hehlerei zu 2 Monaten Gefängnis, bedingt bei einer Probezeit von 4 Jahren.

f) 4. Januar 2005: Verurteilung durch den Kreispräsidenten Maienfeld wegen grober Verletzung der Verkehrsregeln zu einer Busse von Fr. 1'500.00.

g) 2. Oktober 2008: Verurteilung durch das Bezirksgericht Prättigau/ Davos wegen Handels mit einer qualifizierten Menge Kokain, Konsums von Kokain, illegalem Aufenthalt und illegaler Erwerbstätigkeit sowie Nichtanzeigen eines Fundes zu einer Freiheitsstrafe von 18 Monaten und einer Busse von Fr. 200.00. Von den 18 Monaten Freiheitsstrafe, die der Beschwerdeführer erwirkte, wurden 12 Monate bedingt und die restlichen 6 Monate unbedingt ausgesprochen. Die Probezeit wurde auf 3 Jahre festgelegt.

D.
Die erwähnten Straftaten führten dazu, dass der Beschwerdeführer am 26. Juni 1997 von der Migrationsbehörde des Kantons Zürich ein erstes Mal unter Androhung schwerwiegenderer Massnahmen verwarnt wurde. Weitere Verwarnungen erfolgten am 11. Februar 1999 und am 21. September 2000.

E.
Während der Rechtshängigkeit des Strafverfahrens, das schliesslich zum Urteil des Bezirksgerichts Prättigau/Davos vom 2. Oktober 2008 führte, verfügte die Vorinstanz am 25. Juni 2007 gegen den Beschwerdeführer auf Antrag der Migrationsbehörde des Kantons Graubünden eine Einreisesperre für die Dauer von fünf Jahren. Zur Begründung führte sie an, der Beschwerdeführer habe wegen Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz zu "schwersten" Klagen Anlass gegeben. Die Anwesenheit erscheine daher "zumindest" aus sicherheits-

polizeilichen Gründen als "angezeigt". Einer allfälligen Beschwerde wurde die aufschiebende Wirkung entzogen.

F.
Mit Beschwerde vom 7. August 2007 an das Bundesverwaltungsgericht beantragt der Beschwerdeführer die Aufhebung der gegen ihn verhängten Einreisesperre.

Inhaltlich beanstandet der Beschwerdeführer, die Massnahme sei unverhältnismässig. Bis heute liege keine Verurteilung wegen der ihm vorgehaltenen Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz vor. Die Einreisesperre komme daher einer verpönten Vorverurteilung gleich und verletze die Unschuldsvermutung. Da ein Urteil fehle, sei auch nicht ersichtlich, worin die Gefahr für die öffentliche Ordnung und Sicherheit bestehe. Sein Interesse an einer Rückkehr in die Schweiz sei ungleich grösser (langer Voraufenthalt, soziales Netz, Lebenspartnerin und Sohn in der Schweiz). Im Übrigen sei die Dauer der verhängten Einreisesperre aber auch dann noch unverhältnismässig, wenn er tatsächlich verurteilt werden sollte, denn die im Strafverfahren zur Debatte stehende Menge an Betäubungsmitteln sei nur gering.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör in doppelter Hinsicht. Erstens sei er vor Erlass der Einreisesperre nicht angehört worden. Zweitens genüge die vorinstanzliche Begründung der Einreisesperre den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht, da nicht ersichtlich sei, auf welchen Sachverhalt sich die Vorinstanz bei Erlass der Einreisesperre gestützt habe. Deshalb sei ihm nicht möglich, sich in genügender Weise gegen die belastende Verfügung zu wehren.

G.
Die Vorinstanz schliesst mit Vernehmlassung vom 15. Oktober 2007 auf Abweisung der Beschwerde. Gestützt auf die untersuchungsrichterlichen Akten stehe zweifelsfrei fest, dass der Beschwerdeführer über einen längeren Zeitraum hinweg eine Menge von insgesamt mindestens 100 g Kokain an verschiedene Personen abgegeben habe. Im Übrigen setze die Anordnung einer Fernhaltemassnahme keine strafrechtliche Verurteilung voraus. Vielmehr sei ausschlaggebend, ob ein individuell vorwerfbares persönliches Verhalten vorliege, welches mit einer tatsächlichen und schweren Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung einhergehe, was bei Personen, die mit Drogen handeln, ohne Weiteres der Fall sei.

Bezüglich der geltend gemachten Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör weist die Vorinstanz darauf hin, dass der Beschwerdeführer unmittelbar nach seiner am 27. April 2007 erfolgten Entlassung aus der Untersuchungshaft die Schweiz verlassen habe. Eine Gewährung des rechtlichen Gehörs sei unter diesen Umständen schlicht nicht möglich gewesen. Ansonsten beruft sich die Vorinstanz darauf, dass der Anspruch auf rechtliches Gehör eingeschränkt werden könne, wenn – wie im vorliegenden Fall – Gefahr im Verzuge sei.

H.
In seiner Replik vom 19. November 2007 hält der Beschwerdeführer an den gestellten Rechtsbegehren und deren Begründung fest; eventualiter beantragt er die Einreisesperre auf eine Dauer von drei Jahren zu reduzieren.

Zur Begründung bestreitet der Beschwerdeführer, dass von einer Unerwünschtheit im Sinne der ausländerrechtlichen Gesetzgebung ausgegangen werden könne. Weder sei er durch eine richterliche Behörde wegen eines Vergehens oder eines Verbrechens verurteilt worden, noch könne wegen allenfalls zugestandenen Handelns mit Betäubungsmitteln in bescheidenem Rahmen darauf geschlossen werden, er sei nicht bereit, sich an die geltende Ordnung zu halten. Dafür gebe es nicht nur keine Hinweise, vielmehr sei damit zu rechnen, dass eine allfällige strafrechtliche Verurteilung dafür sorgen werde, dass er sich zukünftig daran halten werde.

Bezüglich seiner Rüge der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör hält der Beschwerdeführer fest, dass keineswegs eine dringliche Gefahr vorgelegen habe, welche die Vorinstanz von einer vorherigen Anhörung befreit hätte. Vielmehr sei von ihm keinerlei Gefahr ausgegangen, ansonsten er nicht aus der Untersuchungshaft entlassen worden wäre. Im Übrigen wäre die Wahrung des Anspruchs auch in seiner Abwesenheit möglich gewesen; die Vorinstanz hätte sich an seine ihr bekannte Adresse in Slowenien oder an seinen, den kantonalen Behörden bekannten Rechtsvertreter wenden können.

I.
Auf den weiteren Akteninhalt wird – soweit rechtserheblich – in den Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Verfügungen des BFM betreffend Einreisesperren unterliegen der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (Art. 31, Art. 32 sowie Art. 33 Bst. d des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]).

1.2 Gemäss Art. 37 VGG richtet sich das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz nichts anderes bestimmt (vgl. auch Art. 2 Abs. 4 VwVG).

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

2.

2.1 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 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).

2.2 Am 1. Januar 2008 trat das Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG, SR 142.20) in Kraft und löste das bis dahin geltende Bundesgesetz vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG, BS 1 121) ab. In Verfahren, die vor diesem Zeitpunkt eingeleitet wurden, bleibt das bisherige materielle Recht massgebend. Ob das Verfahren auf Gesuch hin oder von Amtes wegen eröffnet wurde, ist entgegen dem zu engen Wortlaut des Art. 126 Abs. 1 AuG ohne rechtliche Relevanz (BVGE 2008/1 E. 2 mit Hinweisen). In casu erging die angefoch-

tene Verfügung vor dem Inkrafttreten des AuG, sodass sich die materielle Beurteilung der Streitsache nach dem bisherigen Recht richtet.

2.3 Der Beschwerdeführer ist Staatsangehöriger Sloweniens und als sogenannter Vertragsausländer aus dem Abkommen 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) begünstigt. Die ordentliche Ausländergesetzgebung in Gestalt des ANAG und seiner Ausführungsverordnungen gelangt daher nur soweit zur Anwendung, als das Freizügigkeitsabkommen keine abweichende Regelung kennt oder die ordentliche Ausländergesetzgebung ihm eine vorteilhaftere Rechtsstellung vermittelt (Art. 1 Bst. a ANAG; nicht anders verhält es sich nach neuem Recht, vgl. auch Art. 2 Abs. 2 AuG).

3.

3.1 Der Beschwerdeführer rügt in formeller Hinsicht, sein Anspruch auf rechtliches Gehör sei verletzt worden, weil er vor dem Erlass der angefochtenen Verfügung nicht angehört worden sei und sich mangels genügender Begründung der belastenden Verfügung nicht adäquat dagegen habe zur Wehr setzen können.

3.2

3.2.1 Das Recht des Betroffenen, vor Erlass einer Verfügung angehört zu werden (vgl. Art. 30 Abs. 1 VwVG), stellt einen wesentlichen Teilgehalt des in Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) statuierten Anspruchs auf rechtliches Gehör dar (vgl. z. B. BGE 132 II 485 E. 3.2 S. 494, 129 V 73 E. 4.1 S. 74, je mit Hinweisen).

3.2.2 Unbestrittenermassen wurde der Beschwerdeführer vor Erlass der Einreisesperre nicht angehört. Es bestehen allerdings keine Anhaltspunkte dafür, dass der Vorinstanz die dem Beschwerdeführer zur Last gelegten Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz bekannt gewesen waren, bevor ihr die kantonale Migrationsbehörde am 4. Juni 2007 ihre Akten mit dem Antrag auf Prüfung einer Fernhaltemassnahme überwies. Auf die Frage der Vorinstanz an die kantonale Fremdenpolizei, ob diese gegenüber dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör bezüglich der beantragten Fernhaltemassnahme gewährt habe, antwortete diese, dass der Beschwerdeführer die Schweiz gleich nach seiner Entlassung aus der Untersuchungshaft verlassen

habe. Deshalb sei ihr dies nicht möglich gewesen. Dass die Vorinstanz unter den gegebenen Umständen nicht zunächst versuchte, den Beschwerdeführer im Ausland zu erreichen, sondern zwecks Verhinderung der Wiedereinreise und Vorbeugung der von ihm ausgehenden Gefahr für die öffentliche Ordnung und Sicherheit (siehe dazu weiter unten) sofort eine Einreisesperre erliess, wird durch die Bestimmung des Art. 30 Abs. 2 Bst. e VwVG gedeckt und ist nicht zu beanstanden. Im übrigen war die Vorinstanz entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers weder verpflichtet noch auch nur befugt, sich an seinen Rechtsvertreter im Strafverfahren zu halten. Die Rüge des Beschwerdeführers erweist sich deshalb als unbegründet.

3.3

3.3.1 Gemäss Art. 35 Abs. 1 VwVG sind die Behörden verpflichtet, schriftliche Verfügungen zu begründen. Die Begründungspflicht ist – ebenso wie die Pflicht zur vorgängigen Anhörung – Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör im Sinne von Art. 29 Abs. 2 BV. Sie gewährleistet dem Verfügungsadressaten die Möglichkeit, wirksam Beschwerde zu führen (vgl. BGE 129 I 232 E 3.2 S. 236; 126 I 97 E. 2b S. 102 f. mit Hinweisen), und verhindert, dass sich die Behörde von unsachgemässen Motiven leiten lässt (vgl. Urteil der Schweizerischen Asylrekurskommission [ARK] vom 31. Oktober 2005, teilweise publ. in: Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 70.49 E. 5.1 mit Hinweisen).

3.3.2 Es trifft zwar zu, dass die Begründung der angefochtenen Verfügung sehr knapp ausgefallen ist und sich im Ergebnis in einem Hinweis auf dem Beschwerdeführer vorgeworfene Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz erschöpft. Diesbezüglich ist jedoch festzustellen, dass der Beschwerdeführer in casu gestützt auf die angegebene Begründung ohne weiteres in der Lage war, die gegen ihn verfügte Einreisesperre sachgerecht anzufechten. Es ist nicht zu erkennen, inwiefern der geltend gemachte mangelnde Bezug zu einem konkreten Sachverhalt dem Beschwerdeführer die wirksame Wahrnehmung der Parteirechte im Beschwerdeverfahren verunmöglicht haben soll. So wird in der Beschwerde nicht nur auf den der Einreisesperre tatsächlich zugrunde liegenden Sachverhalt Bezug genommen, sondern auch die Einreisesperre als unverhältnismässig im Sinne einer ungenügenden Abwägung zwischen den der Massnahme tatsächlich zugrunde liegenden öffentlichen Interessen und den entgegenstehen-

den privaten Interessen des Beschwerdeführers gerügt. Sein Einwand ist deshalb als offensichtlich unmassgeblich zurückzuweisen.

4.

4.1 Gemäss Art. 13 Abs. 1 ANAG kann die eidgenössische Behörde über unerwünschte Ausländer die Einreisesperre verhängen. Dabei handelt es sich nicht um eine Strafe, sondern um eine Administrativmassnahme zur Abwehr drohender Störungen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit sowie anderer unter den Schutz der Fremdenpolizei fallenden Polizeigüter (zum Kreis der Polizeigüter im Fremdenpolizeirecht vgl. BGE 98 Ib 85 E. 2c S. 89, 98 Ib 465 E. 3a S. 467 f.). Die Frage, ob eine Polizeigefahr im dargelegten Sinne besteht, lässt sich naturgemäss nur in Form einer Prognose beurteilen, die sich auf das bisherige Verhalten des Ausländers abstützt. In diesem Sinne gelten Ausländer als "unerwünscht", deren Verhalten in der Vergangenheit darauf schliessen lässt, dass sie nicht willens oder nicht fähig sind, sich in die geltende Ordnung einzufügen, und deren Fernhaltung daher im öffentlichen Interesse liegt. Diese Voraussetzung ist im Falle von ausländischen Staatsangehörigen, die ein gemeinrechtliches Verbrechen oder Vergehen begangen haben, regelmässig erfüllt (vgl. statt vieler Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-507/2007 vom 29. September 2009 E. 4.2 mit Hinweisen; vgl. ferner den Ausweisungstatbestand in Art. 10 Abs. 1 Bst. a ANAG).

4.2 Das Freizügigkeitsabkommen vermittelt Vertragsausländern eine Reihe von Freizügigkeitsrechten, unter anderem das Recht auf Einreise (Art. 3 FZA i.V.m. Art. 1 Abs. 1 Anhang I FZA). Die Zulässigkeit nationaler Massnahmen, die – wie die Einreisesperre gemäss Art. 13 Abs. 1 ANAG – die Ausübung eines Freizügigkeitsrechts behindern, knüpft das Freizügigkeitsabkommen an die Voraussetzung, dass sie durch Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind (Ordre-Public-Vorbehalt, vgl. Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA). Im Interesse einer einheitlichen Anwendung und Auslegung dieses Ordre-Public-Vorbehaltes verweist das Freizügigkeitsabkommen auf die Richtlinien 64/221/EWG, 72/194/EWG und 75/35/EWG in ihrer Fassung zum Zeitpunkt der Unterzeichnung (Art. 5 Abs. 2 Anhang I FZA) und auf die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung (Art. 16 Abs. 2 FZA). In diesem Sinne schränkt das Freizügigkeitsabkommen die ausländerrechtlichen Befugnisse nationaler Be-

hörden bei der Handhabung landesrechtlicher Massnahmen wie der Einreisesperre ein.

5.
5.1 In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob das Landesrecht ein Einreiseverbot gegen einen Ausländer zulässt, der sich in gleicher Weise wie der Beschwerdeführer verhalten hat.

5.2 Das Verhalten des Beschwerdeführers, das zuletzt am 2. Oktober 2008 zur Verurteilung wegen qualifizierter Zuwiderhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz und anderen Delikten zu einer Freiheitsstrafe von 18 Monaten führte, lässt ihn ohne weiteres als unerwünscht im Sinne des Gesetzes erscheinen. Diese Feststellung gilt zum massgebenden heutigen Zeitpunkt (vgl. oben Ziff. 2.1), galt aber auch schon zum Zeitpunkt der angefochtenen Verfügung. Zwar war das Strafverfahren betr. Zuwiderhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz damals noch hängig. Des strafbare Verhalten war indessen im Wesentlichen eingestanden, sodass für die Vorinstanz kein Anlass bestand, das Strafurteil abzuwarten (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-1684/2008 vom 28. Oktober 2008 E. 5.1 mit Hinweisen). Da die Einreisesperre keinen Strafcharakter aufweist, kann der Vorinstanz entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers auch keine Verletzung der in Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 2 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) verankerten Unschuldsvermutung vorgeworfen werden (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-1003/2006 vom 8. August 2007 E. 5.1 mit Hinweisen).

5.3 Die tatbeständlichen Voraussetzungen für die Verhängung einer Einreisesperre nach Art. 13 Abs. 1 ANAG wegen Unerwünschtheit sind somit gegeben.

6.
6.1 In einem nächsten Schritt ist zu prüfen, ob die Einreisesperre vor dem Freizügigkeitsabkommen standhält resp. ob die Tatbestandsvoraussetzungen einer Einreisesperre auch nach Massgabe des Freizügigkeitsabkommens erfüllt sind.

6.2
6.3 Der EuGH hat in seiner Rechtsprechung regelmässig betont, dass Ausnahmen vom freien Personenverkehr restriktiv auszulegen sind. Die Berufung einer nationalen Behörde auf den Begriff der öffentlichen

Ordnung setzt, wenn er Beschränkungen der Freizügigkeitsrechte rechtfertigen soll, jedenfalls voraus, dass ausser der Störung der öffentlichen Ordnung, wie sie jede Gesetzesverletzung darstellt, eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt (zur Publikation bestimmtes Urteil 2C_196/2009 vom 29. September 2009 E. 4.2, BGE 131 II 352 E. 3.2 S. 357 f., 130 II 493 E. 3.2 S. 498 f., 130 II 176 E. 3.4.1 S. 182 ff., 129 II 215 E. 7.3 S. 222; Urteile des EuGH vom 19. Januar 1999 in der Rechtssache C-348/96, Calfa, Slg. 1999, I-11, Randnr. 23 und 25, und vom 27. Oktober 1977 in der Rechtssache 30-77, Bouchereau, Slg. 1977, 1999, Randnr. 33-35). Für Massnahmen, die mit der öffentlichen Ordnung und Sicherheit begründet werden, darf im Übrigen nur das persönliche Verhalten der in Betracht kommenden Einzelperson ausschlaggebend sein (Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 64/221/EWG). Ausgeschlossen sind deshalb generalpräventiv motivierte Massnahmen, das heisst solche, die der Abschreckung anderer ausländischer Personen dienen (BGE 131 II 352 E. 3.2 S. 357 f., 130 II 493 E. 3.2 S. 498 f., 130 II 176 E. 3.4.1 S. 182 ff., 129 II 215 E. 7.1 S. 221 f.; Urteil des EuGH vom 26. Februar 1975 in der Rechtssache 67-74, Bonsignore, Slg. 1975, 297, Randnrn. 6-7). Strafrechtliche Verurteilungen für sich allein vermögen sodann nicht ohne weiteres eine Massnahme zu rechtfertigen, welche die Ausübung von Freizügigkeitsrechten beschränkt (Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie 64/221/EWG). Solche Verurteilungen dürfen nur insoweit berücksichtigt werden, als die ihr zugrunde liegenden Umstände ein persönliches Verhalten erkennen lassen, das eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung darstellt. Es ist allerdings möglich, dass schon allein das vergangene Verhalten den Tatbestand einer solchen Gefährdung der öffentlichen Ordnung erfüllt (BGE 131 II 352 E. 3.2 S. 357 f., 130 II 493 E. 3.2 S. 498 f., 130 II 176 E. 3.4.1 S. 182 ff.; erwähnte Urteile des EuGH in Sachen Bouchereau, Randnr. 27-29, und Calfa, Randnr. 24).

6.3.1 Der EuGH hat sich bisher nicht näher zu den Kriterien geäussert, welche für die Einschätzung einer Gefährdung als gegenwärtig im Sinne der Richtlinie 64/221/EWG massgebend sind. Sicherlich setzt die Aktualität der Gefährdung nicht voraus, dass weitere Straftaten fast mit Sicherheit zu erwarten sind. Auf der anderen Seite ist der Gefährdung nicht erst dann die Aktualität abzusprechen, wenn die Möglichkeit einer Wiederholung mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann. Es ist vielmehr eine nach Art und Ausmass der möglichen Rechtsgüterverletzung zu differenzierende hinreichende Wahrschein-

lichkeit zu verlangen, dass der Ausländer künftig die öffentliche Sicherheit oder Ordnung stören wird. Mit Blick auf die Bedeutung des Grundsatzes der Freizügigkeit dürfen an die Wahrscheinlichkeit keine zu geringen Anforderungen gestellt werden. Allerdings hängen diese auch von der Schwere der möglichen Rechtsgüterverletzung ab; je schwerer diese ist, desto niedriger sind die Anforderungen an die in Kauf zu nehmende Rückfallgefahr (BGE 131 II 352 E. 3.3 S. 358, 130 II 493 E. 3.3 S. 499 f., 130 II 176 E. 4.3.1 S. 185 f.; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-2662/2007 vom 14. März 2008 E. 7.2).

6.3.2 Da ein gemeinschaftsrechtlicher Begriff der öffentlichen Ordnung nicht besteht, hat sich der EuGH auch nicht zur Frage geäussert, ob und welche Verhaltensweisen im Lichte des Gemeinschaftsrechts als Störung der Grundinteressen der Gesellschaft gelten können. Er verweist in diesem Zusammenhang regelmässig auf das innerstaatliche Recht und billigt den Mitgliedstaaten einen Beurteilungsspielraum zu, dem er unter hilfsweisem Rückgriff auf das gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbot gemäss Art. 6 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft Grenzen setzt (vgl. die analoge Bestimmung des Art. 2 FZA). Nach Rechtsprechung des EuGH kann ein Verhalten dann nicht als hinreichend schwerwiegend betrachtet werden, wenn gegenüber dem gleichen Verhalten eigener Staatsangehöriger keine Zwangsmassnahmen oder andere tatsächliche und effektive Massnahmen zur Bekämpfung dieses Verhaltens ergriffen werden (Urteile des EuGH vom 18. Mai 1989 in der Rechtssache 249/86, Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Bundesrepublik Deutschland, Slg. 1989 1263, Rz. 19, und vom 18. Mai 1982 in den Rechtssachen 115 und 116/81, Adoui und Cornuaille, Slg. 1982 1665, Rz. 8). Ist diese Voraussetzung erfüllt, liegt die Grenze recht tief. So hat der EuGH in einem neueren Urteil entschieden, dass Mitgliedstaaten den blossen Konsum von Betäubungsmitteln als eine Gefährdung der Gesellschaft ansehen können, die besondere Massnahmen zum Schutz der öffentlichen Ordnung gegen Angehörige anderer Mitgliedstaaten rechtfertigen kann (erwähntes Urteil des EuGH i.S. Calfa, Rz. 22).

6.4

6.4.1 Mit Urteil des Bezirksgerichts Prättigau/Davos vom 2. Oktober 2008 wurde der Beschwerdeführer der Zuwiderhandlung gegen Art. 19 Ziff 2. Bst. a des Betäubungsmittelgesetzes vom 3. Oktober 1951 (BetmG, SR 812.121), der mehrfachen Widerhandlung gegen Art. 19a

Ziff. 1 BetmG und anderer, nicht ins Gewicht fallender Delikte schuldig gesprochen und zu einer teilbedingten Freiheitsstrafe von 18 Monaten verurteilt.

Das Gericht sah es als erstellt an, dass der Beschwerdeführer im Zeitraum von Dezember 2003 bis März 2007 129 Gramm Kokain mit einem Anteil reinen Wirkstoffs von 53 Gramm kaufte und an andere Personen weitergab, womit er die Grenze zu einem schweren Fall – nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung liegt diese im Fall von Kokain bei 18 Gramm reinen Wirkstoffs – um das dreifache überschritt. Hinzu kommt, dass der Beschwerdeführer zwischen Ende 2003 und Frühjahr 2007 ungefähr 75 Gramm Kokain konsumierte.

Dass die Schweiz befugt ist, solche nicht nur von ihr, sondern international mit allen erdenklichen Mitteln bekämpften Verhaltensweisen als Störungen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit zu betrachten, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berühren, und die daher geeignet sind, die Beschränkung von Freizügigkeitsrechten zu rechtfertigen, bedarf nach dem bereits Gesagten keiner weiterer Erläuterung.

6.4.2 Der Beschwerdeführer hat mit dem abgeurteilten Verhalten ein beträchtliches Mass an krimineller Energie unter Beweis gestellt. Nebst der Tatsache, dass er während eines längeren Zeitraums bedeutende Mengen harter Drogen umsetzte, fällt ins Gewicht, dass seinem Tun erst mit der zweiter Festnahme vom 21. März 2007 ein Riegel geschoben werden konnte. Eine erste Polizeihaft in derselben Strafsache, die der Beschwerdeführer vom 15. bis 18. Mai 2006 auf sich nehmen musste, konnte ihn nicht beeindrucken. Er bestritt alle gegen ihn erhobenen Vorwürfe und fuhr, nachdem er mangels hinreichendem Tatverdacht auf freien Fuss gesetzt worden war, mit seinem deliktischen Verhalten fort. Dasselbe Verhaltensmuster legte der Beschwerdeführer schon früher an den Tag, denn seit dem Jahr 1995 sind weitere sechs Verurteilungen vornehmlich wegen Vermögens- und Strassenverkehrs-Delikten aktenkundig, ferner drei förmliche Verwarnungen durch die zuständige Migrationsbehörde. Der Beschwerdeführer liess sich weder durch die dabei erwirkten Freiheitsstrafen von insgesamt 18 ½ Monaten Gefängnis noch durch die Androhung fremdenpolizeilicher Massahmen noch die Verantwortung für seine Familie von weiteren Straftaten abhalten. Dass der Beschwerdeführer nach Erkenntnis des Bezirksgerichts nicht zum Zwecke der Verbesserung seines Lebensunterhaltes mit Betäubungsmitteln handelte, sondern um

den eigenen Drogenkonsum zu finanzieren, und dass er schliesslich mit den Ermittlungsbehörden kooperierte, vermag die von ihm ausgehende Gefahr für die öffentliche Ordnung und Sicherheit nicht zu relativieren.

Das Bundesverwaltungsgericht hegt keinen Zweifel daran, dass der rechtskundig vertretene Beschwerdeführer es nicht versäumt hätte, über nachträgliche für ihn günstige Entwicklungen des Sachverhalts zu informieren. Das hat er jedoch nicht getan. Obwohl er sich schwergewichtig auf die Unschuldsvermutung berief, hielt er es auch nicht für notwendig, das Bundesverwaltungsgericht vom Abschluss des Strafverfahrens in Kenntnis zu setzen. Das Wenige, was über seine persönlichen Verhältnisse nach der Entlassung aus der Untersuchungshaft und der nachfolgenden Ausreise aus der Schweiz Ende April 2007 bekannt ist, stammt aus den beigezogenen Strafakten. So hält das Bezirksgericht in seinem Urteil dem Beschwerdeführer zu Gute, dass er in seiner Heimat einen beruflichen Neuanfang gewagt habe und seit seiner Entlassung aus der Untersuchungshaft drogenfrei lebe. Damit jedoch nimmt es nur Bezug auf die Ausführungen des amtlichen Verteidigers vor den Schranken. Weder wurden diese Aussagen überprüft noch konnte sich das Bezirksgericht einen persönlichen Eindruck vom Beschwerdeführer verschaffen, denn dieser nahm an der Gerichtsverhandlung vom 2. Oktober 2008 nicht teil. Den Ausführungen des amtlichen Verteidigers kann somit kein besonderes Gewicht beigemessen werden. Anhaltpunkte dafür, dass der Beschwerdeführer einen grundlegenden und nachhaltigen Wandel zu einer verantwortlich handelnden Person erfahren hätte, sind mithin nicht erkennbar.

An einer positiven Entwicklung des Beschwerdeführers sind ganz im Gegenteil Zweifel angebracht, denn am 11. März 2008 wurde von der Staatsanwaltschaft Graubünden gegen ihn erneut ein Strafverfahren eingeleitet, diesmal wegen Vernachlässigung der Unterhaltspflichten. Dem Strafverfahren zu Grunde lag ein Strafantrag des Jugendsekretariats Dielsdorf ZH, aus dem hervorgeht, dass der Beschwerdeführer im Zeitraum von 1. Juni 2003 bis 1. Januar 2008 Unterhaltsbeiträge an seinen Sohn in der Höhe von Fr. 29'590.35 hätte leisten müssen. Tatsächlich bezahlt habe er nur Fr. 4'411.40, sodass Fr. 25'178.95 offen seien. Der Beschwerdeführer wurde in der Folge zu einer Einvernahme vorgeladen, der er allerdings nicht nachkam. Am 5. Januar 2009 musste deshalb das Strafverfahren vorerst eingestellt werden. Dass sich der Beschwerdeführer dennoch auf eine besonders enge

Beziehung zum Sohn beruft und dabei seine monatlichen Unterhaltszahlungen hervorhebt, wirft zusätzlich ein ausgesprochen ungünstiges Licht auf seine Person.

6.4.3 Drogenhandel gehört nebst Gewalt- und Sexualdelikten zu den Verhaltensweisen, die besonders hochrangige Rechtsgüter betreffen und die daher aus präventivpolizeilicher Sicht einen strengen Beurteilungsmassstab rechtfertigen (BGE 125 II 521 E. 4a/aa S. 526 f.; Urteil des Bundesgerichts 2A.308/2004 vom 4. Oktober 2004 E. 3.3; ALAIN WURZBURGER, La jurisprudence récente du Tribunal fédéral en matière de police des étrangers, in: RDAF 53/1997 I, S. 42). Das bedeutet unter anderem, dass zum Schutz der Rechtsgenossen nur ein geringes Risiko des Rückfalls einer einschlägig vorbestraften Person in Kauf genommen werden darf (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-73/2006 vom 27. März 2007 E. 7.1.1). In casu kann aufgrund der gesamten Umstände kein Zweifel daran bestehen, dass vom Beschwerdeführer eine aktuelle, tatsächliche und hinreichend schwere Gefahr für die öffentliche Ordnung und Sicherheit im Sinne des Gemeinschaftsrechts in seiner Auslegung durch den EuGH ausgeht. Die Eingriffsvoraussetzungen sind mithin auch im Lichte des Freizügigkeitsabkommens erfüllt.

7.

7.1 Eine Fernhaltemassnahme muss dem Grundsatz nach sowie von ihrer Dauer her in pflichtgemässer Ausübung des Ermessens ergangen und angemessen sein. Unter dem Gesichtspunkt des Freizügigkeitsabkommens ist dabei insbesondere der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten (BGE 131 II 352 E. 3.3 S. 358, 130 II 493 E. 3.3 S. 499 f., 130 II 176 E. 3.4.2 S. 184; Urteile des EuGH vom 30. November 1995 in der Rechtssache C-55/94, Gebhard, Slg. 1995, I-4165, Randnr. 37, und vom 18. Mai 1989 in der Rechtssache 249/86, Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Bundesrepublik Deutschland, Slg. 1989, 1263, Randnr. 20).

7.2 Dass vom Beschwerdeführer eine aktuelle, tatsächliche und erhebliche Gefahr in einem präventivpolizeilich besonders sensiblen Bereich der öffentlichen Ordnung und Sicherheit ausgeht, wurde unter dem Gesichtspunkt der Eingriffsvoraussetzung ausführlich begründet. Auf Wiederholungen kann an dieser Stelle verzichtet werden. Es bedarf keiner weiteren Erläuterung, dass die Einreisesperre eine geeignete und erforderliche Massnahme darstellt, um diese Gefahr abzu-

wehren. Unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit im engen Sinn, d.h. der Ausgewogenheit von Eingriffszweck und Eingriffswirkung, lässt sich zu Gunsten des Beschwerdeführers anführen, dass die Schwere seiner Straftaten im unteren Bereich einer Skala möglicher, im qualifizierten Widerspruch zum Betäubungsmittelgesetz stehender Verhaltensweisen anzusiedeln ist. Keinesfalls entspricht er dem Bild eines gewissenlosen Rechtsbrechers, der innerhalb einer kriminellen Organisation aus Gewinnsucht grosse Mengen Drogen umsetzt. Tatsache ist, dass der Beschwerdeführer nach Erkenntnis des Strafrichters nicht in Bereicherungsabsicht handelte, sondern um seine eigene Sucht zu finanzieren, und dass sich die Menge reinen Wirkstoffs, die er während ganzer vier Jahre in Umlauf brachte, mit 53 Gramm eher bescheiden ausnimmt. Diese Einschätzung findet ihre Entsprechung im Strafmass von 18 Monaten Freiheitsstrafe, das sich – bezogen auf den gesetzlichen Strafrahmen von mindestens 1 Jahr und maximal 20 Jahren – am untersten Ende knapp über dem gesetzlichen Minimum befindet. Zwar steht daher ausser Frage, dass ein erhebliches öffentliches Interesse an der Fernhaltung des Beschwerdeführers besteht. Dieses Interesse ist jedoch nicht derart beherrschend, dass sich ihm jedes entgegenstehende Interesse unterordnen müsste.

7.3 Der Beschwerdeführer macht geltend, dass er seit 1987 in der Schweiz lebe und sich hier mittlerweile ein soziales Netz aufgebaut habe. Zu seinem 1993 geborenen Sohn aus seiner geschiedenen Ehe pflege er ein sehr gutes Verhältnis. Dieser sei durch die Scheidung der Eltern belastet und auf einen regelmässigen Kontakt zu ihm, dem Vater, angewiesen. Es könne ihm nicht zugemutet werden, seinen Vater nur noch im Ausland besuchen zu können. Schliesslich weist der Beschwerdeführer darauf hin, dass er hier seit dem Jahr 2004 eine Lebenspartnerin habe.

Dem Beschwerdeführer kann insofern gefolgt werden, als von einem engen, während langen Jahren aufgebauten sozialen und familiären Beziehungsgeflecht in der Schweiz ausgegangen werden muss, das grundsätzlich geeignet ist, ein beträchtliches privates Interesse an Einreisen in die Schweiz zu begründen, und das zudem unter den Schutz des Anspruchs auf Achtung des Privat- und Familienlebens nach Art. 8 EMRK und Art. 13 Abs. 1 BV fällt. Unter dem Gesichtspunkt der Einreisesperre ist namentlich das Verhältnis des Beschwerdeführers zu seinem Sohn von Bedeutung, der zwischenzeitlich das schweizerische Bürgerrecht besitzt.

Auf der anderen Seite ist darauf hinzuweisen, dass der Beschwerdeführer wiederholt ausländerrechtlich verwarnt wurde. Bereits von daher war ihm bekannt, dass er seinen Aufenthalt in der Schweiz gefährdet und nachteilige Folgen auf sein Familien- und Privatleben zu gewärtigen hat, wenn er weiter Straftaten verübt. Dennoch fuhr er mit seiner Delinquenz fort. Offensichtlich nahmen die Vorteile, die er sich daraus erhoffte, einen höheren Stellenwert in seinem persönlichen Wertesystem ein, als ein ungestörtes Familien- und Privatleben, auf das er sich nun besinnt. Hinzu tritt, dass das Bild, das der Beschwerdeführer von sich als Vater zu zeichnen versucht, irreführend ist. Es ist namentlich unzutreffend, dass er seinem Sohn monatlich Unterhaltszahlungen leisten würde, wie er in seiner Beschwerdeschrift ausführt. Tatsächlich kam der Beschwerdeführer seinen finanziellen Verpflichtungen gegenüber dem Sohn von Anfang an nicht nach, obwohl er grösstenteils einer Erwerbstätigkeit nachging. Stattdessen gab er sein Geld für einen Hauskauf in Slowenien aus und leistete sich trotz beträchtlicher Schulden kostspielige Anschaffungen, wie seine Lebenspartnerin in ihrer Einvernahme vom 16. Mai 2006 gegenüber den Ermittlungsbehörden beanstandete. Während derselben Einvernahme gab die Lebenspartnerin im Übrigen zu Protokoll, dass sie und der Beschwerdeführer ihre Beziehung beendet hätten. Schliesslich und endlich scheint sich die Notwendigkeit von Besuchen seines Sohnes in der Schweiz bis heute nicht aktualisiert zu haben. Jedenfalls ist kein Gesuch des Beschwerdeführers um Suspension der Einreisesperre aktenkundig. Es kann angenommen werden, dass sich sein Interesse an Einreisen in die Schweiz wegen des ihn hier erwartenden Strafvollzugs in Grenzen hält.

7.4 Zusammenfassend ist festzustellen, dass auf der einen Seite ein erhebliches, jedoch nicht alles beherrschendes öffentliches Interesse an der Fernhaltung des Beschwerdeführers besteht. Auf der anderen Seite sind beachtliche private Interessen vorhanden, die indessen für sich allein nicht geeignet sind, gegen das öffentliche Interesse gänzlich durchzudringen und die Massnahme als solche in Frage zu stellen. Zusammen mit dem öffentlichen Interesse an der möglichst uneingeschränkten Verwirklichung der Freizügigkeitsrechte führen sie aber dazu, dass mit Bezug auf die fünfjährige Dauer der Massnahme der Eingriffszweck und die Eingriffswirkung nicht mehr in einem annehmbaren Verhältnis stehen, die Massnahme mit anderen Worten nicht als verhältnismässig im engeren Sinn erscheint. Unter Berücksichtigung

sämtlicher Umstände und mit Blick auf ähnliche Fälle erscheint es als angemessen, deren Dauer auf drei Jahre zu begrenzen.

8.
Nach dem Gesagten erweist sich, dass die auf fünf Jahre bemessene Einreisesperre Bundesrecht verletzt (vgl. Art. 49 VwVG). Die Beschwerde ist daher teilweise gutzuheissen und die gegen den Beschwerdeführer verhängte Einreisesperre ist auf auf den 25. Juni 2010 zu befristen.

9.
Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind dem Beschwerdeführer reduzierte Verfahrenskosten im Betrag von Fr. 300.- aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 1, Art. 2 und Art. 3 Bst. b des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Im Umfang seines Obsiegens ist dem Beschwerdeführer zu Lasten der Vorinstanz eine gekürzte Parteientschädigung zuzusprechen, wobei das Bundesverwaltungsgericht einen Betrag von Fr. 800.- (inkl. MWSt.) als angemessen erachtet (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 ff. VGKE).

Dispositiv S. 19

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und die Einreisesperre vom 25. Juni 2007 bis 25. Juni 2010 befristet.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 300.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt und vom geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 600.- in Abzug gebracht. Die Differenz von Fr. 300.- wird dem Beschwerdeführer zurückerstattet.

3.
Dem Beschwerdeführer wird zu Lasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von Fr. 800.- (inkl. MWSt.) zugesprochen.

4.
Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (...)
- die Vorinstanz zum Vollzug (...)
- das Amt für Polizeiwesen und Zivilrecht des Kantons Graubünden

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:	Der Gerichtsschreiber:
Andreas Trommer	Julius Longauer

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 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: