Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2A.315/2005 /leb

Urteil vom 18. Oktober 2005
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Merkli, Präsident,
Bundesrichter Betschart, Hungerbühler, Wurzburger, Müller,
Gerichtsschreiber Häberli.

Parteien
A._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch
Rechtsanwalt Diego Quinter,

gegen

Justiz-, Polizei- und Sanitätsdepartement Graubünden, Hofgraben 5, 7001 Chur,
Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden, 3. Kammer, Obere Plessurstrasse 1, 7001 Chur.

Gegenstand
Aufenthaltsbewilligung EG/EFTA,

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen das Urteil
des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden, 3. Kammer, vom 18. Januar 2005.

Sachverhalt:
A.
Der portugiesische Staatsangehörige A._____ (geb. 1963) ist Automechaniker und befindet sich seit Dezember 2001 zu Erwerbszwecken in der Schweiz (Kanton Graubünden). Er erhielt mehrere Kurzaufenthaltsbewilligungen EG/EFTA, die letzte mit Gültigkeit bis zum 27. Mai 2003. Gestützt auf eine eigene Kurzaufenthaltsbewilligung EG/EFTA weilt seit dem 18. Februar 2003 auch seine Ehefrau B._____ (geb. 1965) hier; am 5. April 2004 sind die beiden Töchter ihren Eltern in die Schweiz gefolgt.
Ab März 2003 war A._____ arbeitslos, bis er im September 2003 eine (unbefristete) Anstellung bei der "Autoverwertung und Carrosserie X._____" in Y._____ fand. Am 23. September 2003 ersuchte er um eine Aufenthaltsbewilligung EG/EFTA.
B.
Mit Strafmandat vom 27. Mai 2004 verurteilte der Kreispräsident von Y._____ A._____ zu einer bedingt vollziehbaren Gefängnisstrafe von 90 Tagen, unter anderem wegen Verstössen gegen das Betäubungsmittelgesetz, Fahrens trotz Führerausweisentzugs und grober Verkehrsregelverletzung; gleichzeitig wies er den Verurteilten an, sich der begonnenen Methadontherapie weiterhin zu unterziehen.
C.
In der Folge verweigerte die Fremdenpolizei des Kantons Graubünden A._____ die beantragte Aufenthaltsbewilligung EG/EFTA. Sie begründete ihren Entscheid primär mit der Straffälligkeit des Betroffenen, der - wie sich aus dem eingereichten portugiesischen Strafregisterauszug ergab - bereits in seiner Heimat mehrmals wegen Betäubungsmitteldelikten verurteilt worden war. Bei ihm sei als Wiederholungstäter davon auszugehen, dass er die hiesige öffentliche Ordnung auch in Zukunft gefährde (Verfügung vom 15. Juni 2004). Die hiergegen erhobene Beschwerde wies das Justiz-, Polizei- und Sanitätsdepartement Graubünden am 26. Oktober 2004 ab, was das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden in der Folge schützte (Urteil vom 18. Januar

2005).

D.
Am 13. Mai 2005 hat A._____ beim Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht mit dem Antrag, den angefochtenen Entscheid sowie die "Verfügungen der fremdenpolizeilichen Behörden" aufzuheben und ihm eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen. Eventuell sei die Sache an die Fremdenpolizei des Kantons Graubünden "zur erneuten Behandlung und Erteilung der genannten Bewilligung zurückzuweisen".
Das Justiz-, Polizei- und Sanitätsdepartement sowie das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden schliessen je auf Abweisung der Beschwerde, soweit auf diese eingetreten werden könne. Das Bundesamt für Migration beantragt, die Beschwerde abzuweisen.
E.
Mit Verfügung vom 2. Juni 2005 hat der Präsident der II. öffentlichrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts der Beschwerde antragsgemäss die aufschiebende Wirkung erteilt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
1.1 Nach Art. 100 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 OG ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde auf dem Gebiet der Fremdenpolizei ausgeschlossen gegen die Erteilung oder Verweigerung von Bewilligungen, auf die das Bundesrecht keinen Anspruch einräumt. Gemäss Art. 4 des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG; SR 142.20) entscheidet die zuständige Behörde, im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften und der Verträge mit dem Ausland, nach freiem Ermessen über die Bewilligung von Aufenthalt und Niederlassung. Damit besteht kein Anspruch auf Erteilung einer Bewilligung, es sei denn, der Ausländer oder seine in der Schweiz lebenden Angehörigen könnten sich hierfür auf eine Sondernorm des Bundesrechts oder eines Staatsvertrags berufen (BGE 128 II 145 E. 1.1.1 S. 148, mit Hinweisen). Dies ist vorliegend der Fall, kommt doch dem Beschwerdeführer als erwerbstätigem EU-Bürger gestützt auf das Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA; SR 0.142.112.681) grundsätzlich ein Anwesenheitsrecht zu (vgl. E. 2.1). Auf die frist- und formgerechte Eingabe des Beschwerdeführers ist
daher einzutreten, soweit sie sich nicht auch gegen unterinstanzliche Entscheide richtet: Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann nur der letztinstanzliche kantonale Entscheid angefochten werden (vgl. Art. 98 lit. g OG). Ob dem Beschwerdeführer die Bewilligung in Anbetracht der konkreten Umstände zu erteilen oder aber entsprechend den Erwägungen der Vorinstanzen aus Gründen der öffentlichen Ordnung zu verweigern ist, bildet Gegenstand der materiellen Beurteilung (vgl. BGE 126 II 265 E. 1b S. 266).
1.2 Mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (Art. 104 lit. a und b OG), nicht jedoch die Unangemessenheit des angefochtenen Entscheids (vgl. Art. 104 lit. c OG) gerügt werden. Hat - wie hier - eine richterliche Behörde als Vorinstanz entschieden, ist das Bundesgericht an deren Sachverhaltsfeststellung gebunden, sofern diese nicht offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen erfolgt ist (Art. 105 Abs. 2 OG). Damit wird die Möglichkeit, vor Bundesgericht Noven vorzubringen, weitgehend eingeschränkt: Es sind nur solche neuen Tatsachen und Beweismittel zulässig, welche die Vorinstanz von Amtes wegen hätte berücksichtigen müssen und deren Nichtbeachtung eine Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften darstellt (BGE 121 II 97 E. 1c S. 99 f.). Das Bundesgericht wendet im Verfahren der Verwaltungsgerichtsbeschwerde das Bundesrecht von Amtes wegen an. Es ist demgemäss an die Begründung der Begehren nicht gebunden (Art. 114 Abs. 1 OG in fine) und kann die Beschwerde gegebenenfalls auch aus anderen als
den geltend gemachten Gründen gutheissen oder abweisen (BGE 128 II 145 E. 1.2.2 S. 150 f.).
2.
2.1 Die Anwesenheit des Beschwerdeführers in der Schweiz ist mit einer Erwerbstätigkeit im Inland verbunden, weshalb dieser als portugiesischer Staatsbürger ein originäres Anwesenheitsrecht gemäss Art. 2 Anhang I FZA geltend machen kann. Der Beschwerdeführer verfügt zudem auch über ein abgeleitetes Anwesenheitsrecht, nachdem seine Ehefrau eine selbständige Aufenthaltsbewilligung EG/EFTA besitzt (vgl. Art. 3 Anhang I FZA). Die entsprechenden Rechte dürfen gemäss Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA "nur durch Massnahmen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind, eingeschränkt werden".

Als derartige Massnahmen gelten alle Handlungen, die das Recht auf freie Einreise und Aufenthalt berühren, so dass auch das Nichtverlängern einer Aufenthaltsbewilligung erfasst wird (vgl. BGE 130 II 176 E. 3.1 S. 179 f., mit Hinweisen). Weil Art. 1 lit. a ANAG für Staatsangehörige der Europäischen Gemeinschaft die Meistbegünstigung vorsieht, kann dem Beschwerdeführer der Aufenthalt zudem nur dann gestützt auf Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA untersagt werden, wenn Entsprechendes auch aufgrund der nationalen Rechtsordnung möglich wäre (BGE 130 II 176 E. 3.2 S.181). Aufgrund des in Art. 2 FZA verankerten
Diskriminierungsverbots darf er zudem nicht schlechter behandelt werden als der ausländische Ehegatte einer Schweizer Bürgerin (vgl. Art. 7 ANAG; BGE 130 II 113 E. 4 S.116ff.,vgl. unten E. 3.2.4).
2.2 Nach schweizerischem Recht kann dem Beschwerdeführer - dem Art. 2 Anhang I FZA einen Rechtsanspruch auf Bewilligung des Aufenthalts zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit verleiht - der Aufenthalt in der Schweiz insbesondere dann untersagt werden, wenn ein Ausweisungsgrund vorliegt (vgl. Art. 9 Abs. 1 lit. d ANAG). Vorliegend kommt insbesondere Art. 10 Abs. 1 lit. a ANAG in Frage, gemäss dem ein Ausländer aus der Schweiz ausgewiesen werden kann, wenn er wegen eines Verbrechens oder Vergehens gerichtlich bestraft wurde. Eine Ausweisung darf jedoch nur ausgesprochen werden, wenn sie nach den gesamten wesentlichen Umständen angemessen erscheint (Art. 11 Abs. 3 ANAG; vgl. BGE 125 II 521 E. 2b S.524). Dabei sind namentlich die Schwere des Verschuldens, die Dauer der Anwesenheit sowie die dem Betroffenen und seiner Familie drohenden Nachteile zu berücksichtigen (vgl. Art. 16 Abs. 3 der Vollziehungsverordnung vom 1.März 1949 zum ANAG [ANAV; SR 142.201]; Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 2.August 2001 i.S.Boultif gegen die Schweiz, Rz. 48, in: VPB 65/2001 Nr.138; BGE 125 II 105). Das Bundesgericht prüft die Verhältnismässigkeit der Ausweisung als Rechtsfrage frei (vgl. Art. 104 lit.a OG); es ist ihm jedoch verwehrt, sein eigenes Ermessen - im Sinne einer Überprüfung der Opportunität - an die Stelle desjenigen der zuständigen kantonalen Behörde zu setzen (BGE 114 Ib 1 E. 1b S. 2; 125 II 521 E.2a S.523).
3.
3.1 Während seines Aufenthalts in der Schweiz hat der Beschwerdeführer mehrere Strassenverkehrs- und Betäubungsmitteldelikte begangen, weshalb der Ausweisungsgrund von Art. 10 Abs. 1 lit. a ANAG erfüllt ist. Er wurde am 27. Mai 2004 - gestützt auf das folgende strafbare Verhalten - zu einer bedingten Gefängnisstrafe von 90 Tagen verurteilt (vgl. Lit. B): Von Februar bis September 2003 hatte der Beschwerdeführer mindestens 23,7 Gramm Heroin verkauft sowie von Februar bis August 2003 mindestens 50,1 Gramm Heroin gekauft und mindestens 30 Gramm Heroin konsumiert. Zudem hatte er ein Gramm Kokain für den Eigenkonsum gekauft und während seines Aufenthalts in der Schweiz - wie zuvor in seiner Heimat bereits seit seinem 13. Lebensjahr - täglich mindestens einen Joint Marihuana geraucht. Ferner hatte er sich des mehrfachen Fahrens ohne Führerausweis sowie des Fahrens unter Einfluss von Betäubungsmitteln schuldig gemacht. Am 26. August 2003 war der Beschwerdeführer bereits vom Kreispräsidenten von Z._____ wegen grober Verletzung der Verkehrsregeln (Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit um - nach Abzug der Sicherheitsmarge - 54 km/h) zu einer Gefängnisstrafe von 5 Tagen und einer Busse von 800 Franken verurteilt worden.
3.2 Steht fest, dass ein Ausweisungsgrund vorliegt, ist zu prüfen, ob die verfügte Ausweisung - bzw. hier die Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung - verhältnismässig ist. Hierfür ist eine Interessenabwägung vorzunehmen, deren Ausgangspunkt die Schwere des Verschuldens des straffälligen Ausländers bildet; dieses beurteilt sich vorab nach den vom Strafrichter verhängten Strafen (BGE 129 II 215 E.3.1 S. 216).
3.2.1 Obschon der Beschwerdeführer in der Schweiz nicht zu längeren Gefängnisstrafen verurteilt wurde, ist von einem nicht unerheblichen Verschulden auszugehen: Der Beschwerdeführer hat mehrere Betäubungsmitteldelikte begangen und sich insbesondere auch - zumindest in kleinerem Rahmen - als Drogenhändler betätigt. Das Bundesgericht verfolgt im Zusammenhang mit solchen Straftaten im Hinblick auf den Kampf gegen den Drogenhandel sowie auf die mit diesen Delikten zusammenhängende Gefährdung der Gesundheit einer Vielzahl von Menschen eine strenge Praxis (BGE 125 II 521 E. 4a S. 527). Es besteht bereits darum ein erhebliches Interesse der Schweiz an der Fernhaltung des Beschwerdeführers. Entscheidend fällt weiter ins Gewicht, dass dieser bereits in seiner Heimat mehrmals wegen Drogenhandels bestraft worden ist: In den Jahren 1996 bis 2001 wurde er insgesamt fünfmal wegen leichten Fällen von Handel und Konsum von Betäubungsmitteln zu bedingten Gefängnisstrafen zwischen vier und 25 Monaten verurteilt; am 20. Dezember 2001 wurde er zusätzlich des falschen Zeugnisses und der üblen Nachrede (unter strafschärfenden Umständen) schuldig gesprochen. Die in der Schweiz begangenen Betäubungsmitteldelikte erscheinen damit als unmittelbare
Fortsetzung des strafbaren Verhaltens in der Heimat. Insgesamt gesehen ist die deliktische Tätigkeit des Beschwerdeführers, der sich zur Finanzierung seiner Heroinsucht immer wieder auch als Drogenhändler betätigt

hat, damit von einigem Gewicht, auch wenn die Verurteilungen in der Heimat jeweils "leichte Fälle" betrafen und offenbar keine der bedingt verhängten Gefängnisstrafen vollstreckt worden ist.
3.2.2 Weiter durfte das Verwaltungsgericht zulässigerweise davon ausgehen, dass beim Beschwerdeführer eine Rückfallgefahr besteht: Dieser ist seit Jahren drogenabhängig, auch wenn er sich zur Zeit einer Methadonbehandlung unterzieht. Daran vermag das vor Bundesgericht eingereichte Arztzeugnis vom 2. Mai 2005 bereits deshalb nichts zu ändern, weil es sich dabei um ein neues Beweismittel handelt, für welches gemäss Art. 105 Abs. 2 OG kein Raum besteht (vgl. E. 1.2). Im Übrigen wäre es ohnehin nicht aussagekräftig, zumal der behandelnde Arzt zwar eine günstige Prognose abgibt, das Ende der laufenden Methadonbehandlung aber erst in Aussicht stellt. Jedenfalls vermöchte dieses Zeugnis die Tatsache, dass der Beschwerdeführer in den letzten zehn Jahren immer wieder rückfällig geworden ist und sich auch durch die verhängten Gefängnisstrafen nicht von der Betätigung als Drogenhändler hat abhalten lassen, zum Vornherein nicht aufzuwiegen. Hinsichtlich der Rückfallgefahr ist sodann zu beachten, dass das Verhalten des Beschwerdeführers durch die Übersiedlung in die Schweiz, wo er in neuer Umgebung eine "zweite Chance" erhalten hat, nicht positiv beeinflusst wurde. Wieso sich dieser gerade jetzt gebessert haben sollte, ist nicht ersichtlich.
3.2.3 Der Beschwerdeführer hält sich erst seit relativ kurzer Zeit in der Schweiz auf, so dass ihm die Rückkehr in sein Heimatland, in dem er bis zur Einreise in die Schweiz gelebt hat, ohne weiteres zumutbar ist. Zwar hat er hier seit September 2003 eine feste Anstellung als Mechaniker; es kann aber noch nicht von einer beruflichen Verwurzelung in der Schweiz gesprochen werden. Ernsthaft gegen eine Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung spricht allein, dass inzwischen auch die Ehefrau und die beiden Töchter des Beschwerdeführers hier leben. Sie sind aber gerade erst in die Schweiz gekommen, weshalb sie durch eine Rückkehr nach Portugal vor keine besonderen Probleme gestellt würden; weil die Gattin des Beschwerdeführers über ein eigenes Aufenthaltsrecht verfügt, ist es ihr allerdings frei gestellt, ob sie ihrem Ehemann mit den Töchtern in die Heimat folgen will. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch, dass vorliegend keine Ausweisung verfügt, sondern bloss die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung verweigert worden ist, was Kurzaufenthalte in der Schweiz zu Besuchszwecken nicht ausschliesst. Im Übrigen hat der Beschwerdeführer nach seiner Einreise in die Schweiz bereits während einer gewissen Zeit freiwillig von seiner
Familie getrennt gelebt.
3.2.4 Schliesslich vermag der Beschwerdeführer im vorliegenden Zusammenhang nichts zu seinen Gunsten daraus abzuleiten, dass seine Ehegattin über ein eigenes Anwesenheitsrecht verfügt. Zwar gilt für EU-Bürger gestützt auf Art. 2 FZA ein Diskriminierungsverbot, aber dem Beschwerdeführer müsste auch dann keine Aufenthaltsbewilligung erteilt werden, wenn seine Gattin Schweizerin und damit das streitige Aufenthaltsrecht nach Art. 7 ANAG zu beurteilen wäre: Nach ständiger Rechtsprechung liegt die Grenze, ab der einem mit einer Schweizer Bürgerin verheirateten Ausländer (der erstmals um eine Bewilligung ersucht oder nach bloss kurzer, ordnungsgemässer Aufenthaltsdauer die Erneuerung beantragt) in der Regel selbst dann keine Bewilligung mehr erteilt wird, wenn der Schweizer Ehegattin die Ausreise nur schwer zumutbar erscheint, bei einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren Dauer. Es bedarf in solchen Fällen aussergewöhnlicher Umstände, um die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung dennoch zu rechtfertigen (BGE 130 II 176 E. 4.1 S. 185, mit Hinweisen). Zwar liegt die im Kanton Graubünden zuletzt ausgesprochene Strafe von 90 Tagen weit unter dem genannten Grenzwert. Unter Berücksichtigung der in Portugal verhängten Strafen überschreitet der
Beschwerdeführer die Grenze von zwei Jahren jedoch deutlich. Hinzu kommen die weiteren in E. 3.2.1 und 3.2.2 erwähnten Umstände. Bemerkt sei an dieser Stelle ferner, dass überhaupt zweifelhaft erscheint, ob ihm 2001 der erstmalige Aufenthalt in der Schweiz gestattet worden wäre, wenn er damals nicht wahrheitswidrig erklärt hätte, noch nie gerichtlich verurteilt worden zu sein (vgl. das Anmeldeformular für Ausländer, welches der Beschwerdeführer am 17. Dezember 2001 bei der Fremdenpolizei Graubünden ausgefüllt hat).
3.3 Aufgrund der wiederholten Straffälligkeit, der Betätigung als Drogenhändler und des Bestehens eines nicht zu vernachlässigenden Rückfallrisikos überwiegt das öffentliche Interesse an der Entfernung des Beschwerdeführers aus der Schweiz dessen privates Interesse an einem weiteren Verbleib. Ins Gewicht fällt dabei vor allem, dass der allfällige erneute Konsum von Heroin oder Kokain mit dem nahe liegenden Risiko verbunden ist, dass sich der Beschwerdeführer weiterhin auch als Drogenhändler betätigt, wie er dies früher in Portugal (trotz wiederholter Verurteilungen) und anschliessend auch hier in der Schweiz praktiziert hat. Nach dem Gesagten erweist sich die Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung als verhältnismässig, weshalb der angefochtene Entscheid vor dem Landesrecht Stand hält.
4.

Zu prüfen bleibt, ob die Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung Art. 5 Anhang I FZA verletzt.
4.1 Die betreffende Bestimmung lässt nur dann Entfernungs- bzw. Fernhaltemassnahmen zu, wenn eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung besteht, welche zudem ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt, weshalb nicht jede beliebige Verletzung des nationalen Rechts diese Voraussetzungen erfüllt. Zudem kommt insoweit ausschliesslich das persönliche Verhalten der betroffenen Einzelperson in Betracht; generalpräventive Überlegungen sind unzulässig. Auf die (zurückliegenden) strafrechtlichen Verurteilungen kann dabei abgestellt werden, wenn die ihnen zugrunde liegenden Umständen ein persönliches Verhalten erkennen lassen, das eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung darstellt (vgl. BGE 130 II 176 E. 3.4.1 S. 182 ff., mit Hinweisen).
4.2 Die erwähnten Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt: Die Drogendelikte des Beschwerdeführers beruhen auf dessen persönlichem Verhalten und wiegen - zumal er auch mit Heroin gehandelt hat - hinreichend schwer, um Beschränkungen des Aufenthalts eines Angehörigen eines Mitgliedsstaates der EU zu rechtfertigen. Vom Beschwerdeführer geht damit eine tatsächliche und schwere Gefährdung der öffentlichen Ordnung im Sinne der dargestellten Rechtsprechung aus. Diese Gefährdung ist angesichts der nicht zu unterschätzenden Rückfallgefahr (vgl. E. 3.2.2) auch gegenwärtig.
5.
Nach dem Gesagten erweist sich die Verwaltungsgerichtsbeschwerde als unbegründet. Bei diesem Verfahrensausgang hat der Beschwerdeführer die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens zu tragen (Art. 156 in Verbindung mit Art. 153 und 153a OG). Parteientschädigung ist keine geschuldet (Art. 159 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 1'500.– wird dem Beschwerdeführer auferlegt.
3.
Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, dem Justiz-, Polizei- und Sanitätsdepartement Graubünden und dem Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden, 3. Kammer, sowie dem Bundesamt für Migration schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 18. Oktober 2005
Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: