



**Fall-Nr.:** B 2005/63  
**Stelle:** Verwaltungsgericht  
**Rubrik:** Verwaltungsgericht  
**Publikationsdatum:** 16.08.2005  
**Entscheiddatum:** 16.08.2005

### **Entscheid Verwaltungsgericht, 16. August 2005**

**Ausländerrecht, Art. 5 Anhang I FZA (SR 0.142.112.681) i.V.m. Art. 3 RL 64/221/EWG. Die Nichterteilung einer Aufenthaltsbewilligung an einen während seiner Drogensucht in der Schweiz und im Ausland mehrfach und in schwerer Weise straffälligen und verurteilten Italiener, der mit einer niedergelassenen Landsfrau verheiratet ist und mit ihr zwei in der Schweiz geborene Kinder hat, ist unrechtmässig, wenn er seit einer stationären Massnahme vor sieben Jahren kein persönliches Verhalten mehr erkennen liess, das eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung darstellt (Verwaltungsgericht, B 2005/63).**

B 2005/63

VERWALTUNGSGERICHT DES KANTONS ST.GALLEN

16. August 2005

**Ausländerrecht, Art. 5 Anhang I FZA (SR 0.142.112.681) i.V.m. Art. 3 RL 64/221/EWG. Die Nichterteilung einer Aufenthaltsbewilligung an einen während seiner Drogensucht in der Schweiz und im Ausland mehrfach und in schwerer Weise straffälligen und verurteilten Italiener, der mit einer niedergelassenen Landsfrau verheiratet ist und mit ihr zwei in der Schweiz geborene Kinder hat, ist unrechtmässig, wenn er seit einer stationären Massnahme vor sieben Jahren kein persönliches Verhalten mehr erkennen liess, das eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung darstellt (Verwaltungsgericht, B 2005/63).**

Urteil vom 16. August 2005



Anwesend: Präsident Prof. Dr. U. Cavelti; Verwaltungsrichter Dr. E. Oesch-Frischkopf,  
lic. iur. A. Linder, Dr. B. Heer, lic. iur.

A. Rufener; Gerichtsschreiberin Dr. R. Hirt

---

In Sachen

D.S.,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. W. B.

gegen

Justiz- und Polizeidepartement des Kantons St. Gallen,

Oberer Graben 32, 9001 St. Gallen,

Vorinstanz,

betreffend

Nichterteilung der Aufenthaltsbewilligung

hat das Verwaltungsgericht festgestellt:

A./ D.S., italienischer Staatsangehöriger, wurde im Jahr 1967 in E. geboren und besass bis 1989 die Niederlassungsbewilligung. In der Vergangenheit wurde er wiederholt straffällig:

Im März 1988 wurde er mit Urteil des Bezirksgerichts Z. der wiederholten und fortgesetzten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz (SR 812.121, abgekürzt BetmG) gemäss Art. 19 Ziff. 1 und 2 lit. a BetmG sowie der Gehilfenschaft



## St.Galler Gerichte

dazu, der wiederholten und fortgesetzten Übertretung gemäss Art. 19a Ziff. 1 BetmG, der Sachbeschädigung und des wiederholten Fahrens ohne Führerausweis schuldig befunden und zu einer Gefängnisstrafe von 16 Monaten bedingt und einer Busse von Fr. 1'000.-- verurteilt; im Juni 1989 verurteilte ihn der Einzelrichter des Bezirksgerichts Z. wegen wiederholter und fortgesetzter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz gemäss Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG und fortgesetzter Übertretung gemäss Art. 19a Ziff. 1 BetmG zu zwei Monaten Gefängnis bedingt und einer Busse von

Fr. 200.--, teilweise als Zusatzstrafe zum Urteil vom März 1988; im Jahr 1993 wurde er in Italien wegen Betäubungsmitteldelikten und Verletzung der Vorschriften über die Waffenkontrolle zu einer einjährigen Gefängnisstrafe bedingt und einer Busse von ITL 3.2 Millionen verurteilt; im Oktober 1994 wurde er in Italien wegen falscher Anschuldigung zu einem Jahr Gefängnis und wegen Verletzung von Strassenverkehrsvorschriften zu sechs Monaten Arrest und einer Busse von ITL 1 Million verurteilt. Der bedingte Vollzug der Gefängnisstrafe vom Oktober 1993 wurde widerrufen; im Dezember 1994 wurde er in Italien wegen Hehlerei zu einer Gefängnisstrafe von vier Monaten und einer Busse von ITL 1 Million verurteilt; im März 1995 wurde er in Italien wegen Hausfriedensbruchs zu zwei Monaten Arrest verurteilt; im Januar 1997 wurde er vom Bezirksgericht B. wegen mehrfacher, teilweise qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz gemäss Art. 19 Ziff. 2 lit. a und c BetmG sowie gemäss Art. 19a Ziff. 1 BetmG, ferner wegen Sachbeschädigung - teilweise als Zusatzstrafe zu den Urteilen vom März 1988, Juni 1989 und Oktober 1993 - zu fünf Jahren Zuchthaus verurteilt. Die Strafe wurde zugunsten einer stationären Massnahme zur Behandlung seiner Drogensucht aufgeschoben; im März 1997 wurde er von der Bezirksanwaltschaft M. wegen mehrfacher grober Verkehrsregelverletzung, wegen Fahrens trotz Entzugs des Führerausweises und wegen mehrfacher Übertretung gemäss Art. 19a Ziff. 1 BetmG schuldig gesprochen. Von der Ausfällung einer Zusatzstrafe zum Urteil des Bezirksgerichts B. vom Januar 1997 wurde abgesehen; im Oktober 2000 sprach ihn die Bezirksanwaltschaft H. der Widerhandlung gegen das Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (SR 142.20, abgekürzt ANAG) schuldig und verurteilte ihn zu 30 Tagen Gefängnis unbedingt; im Dezember 2000 wurde er mit



## St.Galler Gerichte

Strafbefehl des Bezirksamtes B. wegen Widerhandlung gegen das ANAG zu einer 30-tägigen Gefängnisstrafe, unbedingt, verurteilt.

B./ Im Jahr 1990 setzte sich D.S. während eines hängigen Strafverfahrens nach Italien ab, wo er sich bis Ende 1993 aufhielt. Zuzufolge dieses Auslandsaufenthaltes erlosch seine schweizerische Niederlassungsbewilligung gemäss Art. 9 Abs. 3 lit. c ANAG. Aufgrund einer internationalen Fahndung wurde er im Januar 1994 in Monaco verhaftet und im April 1994 an die Schweiz ausgeliefert. Mit Verfügung vom Januar 1995 lehnte die Fremdenpolizei des Kantons A. sein Gesuch, seinen Aufenthalt bis zur gerichtlichen Verhandlung zu regeln, ab. Die dagegen erhobene Beschwerde wies der Regierungsrat des Kantons A. im August 1995 ab. Zwischenzeitlich reiste D.S. im Februar 1995 nach Italien aus. Im Sommer 1995 reiste er zwecks Behandlung schwerer Verbrennungen, die er sich bei einer Gasexplosion im Mai 1995 zugezogen hatte, wieder in die Schweiz ein und Ende 1995 wieder nach Italien aus.

C./ Im November 1996 wurde D.S. von der Stadtpolizei Z. verhaftet und zur Sicherstellung der Gerichtsverhandlung nach B. überstellt. Im Januar 1997 trat er in den vorzeitigen stationären Massnahmevollzug, aus welchem er im August 1998 bedingt, unter Ansetzung einer dreijährigen Probezeit, entlassen wurde. Im Oktober 1998 reiste er wiederum nach Italien aus.

D./ Im November 1998 erliess das Bundesamt für Ausländerfragen (abgekürzt BFA; heute: Bundesamt für Migration) eine bis zum 9. November 2003 befristete Einreisesperre. Diese wurde im Hinblick auf die bevorstehende Geburt des gemeinsamen Kindes mit der niedergelassenen A.P., geboren 1966, italienische Staatsangehörige, sowie zwecks Anerkennung des Kindes und Vorbereitung der Heirat suspendiert und die Suspension bis zum 31. Januar 2000 vom BFA verlängert. Im Januar 2000 anerkannte D.S. sein am 14. August 1999 geborenes Kind

D. K. G. und heiratete A.P.

E./ Im Februar 2000 ersuchte D.S. das BFA um Aufhebung der Einreisesperre sowie um deren sofortige Suspendierung. Das BFA suspendierte die Einreisesperre bis Ende



## St.Galler Gerichte

April 2000. Das Verfahren betreffend Aufhebung der Einreisesperre wurde bis zur Regelung des Aufenthaltes durch die Fremdenpolizei sistiert.

F./ Im Oktober 2000 stellte A. S.-P. ein Familiennachzugsgesuch für ihren Ehemann und den gemeinsamen Sohn. Die Fremdenpolizei des Kantons A. lehnte dieses Gesuch im Januar 2001 in Bezug auf D.S. ab und trat in Bezug auf das Kind, welches über eine Niederlassungsbewilligung verfügt, nicht ein. Die dagegen erhobene Einsprache wies die Fremdenpolizei des Kantons A. im März 2001 ab und auch die Beschwerde beim Rekursgericht im Ausländerrecht des Kantons A. im Mai 2001 blieb erfolglos.

G./ Im März 2002 wurde D.S. von der Schweiz nach Italien ausgeliefert, wo er in der Folge eine einjährige Gefängnisstrafe verbüsste.

H./ Im Jahr 2002 verlegte A.S.-P. ihren Wohnsitz in den Kanton St. Gallen. Im September 2002 kam das zweite gemeinsame Kind von A.S.-P. und D.S., S. N., in Wattwil zur Welt. Im Oktober 2002 erhielten A.S.-P. und die beiden Kinder die Niederlassungsbewilligung des Kantons St. Gallen.

I./ Im Dezember 2003 reiste D.S. in die Schweiz ein und stellte (wie auch im August 2004) ein Gesuch um Erteilung der Aufenthaltsbewilligung EG/EFTA. Dieses wurde mit Verfügung vom 17. Dezember 2004 durch das Ausländeramt des Kantons St. Gallen abgewiesen, und es wurde ihm eine Frist bis zum 28. Februar 2005 zur Ausreise angesetzt. Im wesentlichen wurde dabei festgestellt, dass das Verschulden von D.S. aus fremdenpolizeilicher Sicht schwer wiege und deshalb ein öffentliches Interesse daran bestehe, ihn von der Schweiz fernzuhalten. Es könne nicht von einer günstigen Prognose für die Zukunft ausgegangen werden.

J./ Am 3. Januar 2005 erhob D.S. durch seinen Rechtsvertreter Rekurs beim Justiz- und Polizeidepartement des Kantons St. Gallen und beantragte die Aufhebung der Verfügung vom 17. Dezember 2004 sowie die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung EG/EFTA. Dabei wurde geltend gemacht, D.S. habe gemäss Art. 4 und 6 des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten über die Freizügigkeit (SR 0.142.112.681, abgekürzt FZA) einen Rechtsanspruch auf Erteilung oder Verlängerung seiner



## St.Galler Gerichte

Aufenthaltsbewilligung. Zudem habe D.S. gestützt auf Art. 8 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101, abgekürzt EMRK) einen Anspruch, um bei seiner Ehefrau und seinen Kindern bleiben zu können.

Mit Entscheid vom 11. April 2005 wies das Justiz- und Polizeidepartement den Rekurs ab. Es führte im wesentlichen aus, dass aufgrund des persönlichen Verhaltens von D.S. nach wie vor eine gegenwärtige, tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung gegeben sei, welche die Grundinteressen der Gesellschaft berühre. Ausserdem sei die Nichterteilung einer Aufenthaltsbewilligung auch unter dem Gesichtspunkt von Art. 8 EMRK rechts- und verhältnismässig.

K./ Mit Eingaben vom 26. April und 12. Mai 2005 erhob D.S. beim Verwaltungsgericht Beschwerde gegen den Entscheid des Justiz- und Polizeidepartements vom 11. April 2005 und stellte folgende Rechtsbegehren:

"1. Der Entscheid der Beschwerdegegnerin vom 11. April 2005 bzw. die Verfügung der Vorinstanz vom 17. Dezember 2004 seien aufzuheben.

2. Dem Beschwerdeführer sei eine Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz zu erteilen.

3. Es sei festzustellen, dass der vorliegenden Beschwerde aufschiebende Wirkung zukommt.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge."

Im wesentlichen wird vorgebracht, dass D.S., gestützt auf das FZA einerseits einen Rechtsanspruch auf Erteilung einer originären Aufenthaltsbewilligung sowie andererseits einen von der Niederlassungsbewilligung seiner Ehefrau und seinen Söhnen abgeleiteten Anspruch auf Verbleib bei seiner Familie habe. Begründet wird dies damit, dass D.S. sein Verhalten seit dem stationären Massnahmevollzug geändert habe und von ihm keine konkrete Gefahr mehr für die öffentliche Ordnung und Sicherheit ausgehe, weshalb eine Nichterteilung einer Aufenthaltsbewilligung unrechtmässig und unverhältnismässig sei. Die gegenteilige Auffassung des Justiz- und Polizeidepartements sei willkürlich und stelle eine Überschreitung seines Ermessens dar.



Mit Vernehmlassung vom 24. Mai 2005 verzichtet das Justiz- und Polizeidepartement auf ergänzende Ausführungen; es verweist stattdessen auf seinen Entscheid vom 11. April 2005 und beantragt Abweisung der Beschwerde.

Darüber wird in Erwägung gezogen:

1./ Die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ist gegeben (Art. 59bis Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1, abgekürzt VRP). Der Beschwerdeführer ist zur Ergreifung des Rechtsmittels legitimiert (Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 VRP). Die Eingaben vom 26. April und 12. Mai 2005 entsprechen zeitlich, formal und inhaltlich den gesetzlichen Anforderungen (Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 47 Abs. 1 und Art. 48 Abs. 1 und 2 VRP). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2./ Strittig ist die Frage, ob die Nichterteilung der Aufenthaltsbewilligung EG/EFTA als Massnahme aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit im Sinne von Art. 5 FZA recht- und verhältnismässig ist.

a) aa) Das ANAG gilt für Staatsangehörige eines Mitgliedstaates der Europäischen Gemeinschaft und ihre Familienangehörigen nur so weit, als das Freizügigkeitsabkommen keine abweichende Bestimmung enthält oder dieses Gesetz eine vorteilhaftere Rechtsstellung vorsieht (Art. 1 lit. a ANAG). Das Übergangsrecht von Art. 10 FZA vorbehalten räumt das Freizügigkeitsabkommen den Staatsangehörigen der Vertragsstaaten sowie ihren Familienangehörigen ein Aufenthaltsrecht nach Massgabe seines Anhangs I ein (Art. 4 ff. und 7 lit. d FZA). Gemäss Art. 16 FZA soll die in Art. 1 FZA näher umschriebene Freizügigkeit wie in den Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaft vorgesehen umgesetzt werden; hierfür ist auch die bis zur Unterzeichnung des Freizügigkeitsabkommens am 21. Juni 1999 ergangene Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (abgekürzt EuGH) zu berücksichtigen. Spätere Urteile des EuGH sind nicht verbindlich, können aber bei der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens mitberücksichtigt werden

(BGE 130 II 9 ff.).



bb) Es ist unbestritten, dass dem Beschwerdeführer als Italiener und Ehegatte einer in der Schweiz niederlassungsberechtigten italienischen Staatsangehörigen grundsätzlich ein Anspruch auf Erteilung einer originären Aufenthaltsbewilligung aus Art. 2 Anhang I FZA sowie ein Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltsrechts im Rahmen des Familiennachzugs gemäss Art. 3 Anhang I FZA zukommt.

cc) Gemäss Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA dürfen die vom Freizügigkeitsabkommen - unter anderem nach den erwähnten Art. 2 und 3 Anhang I FZA - gewährten Rechtsansprüche nur durch Massnahmen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind, eingeschränkt werden. Weitere Präzisierungen sind v.a. in der Richtlinie 64/221/EWG des Rates der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 25. Februar 1964 zur Koordinierung der Sondervorschriften für die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern, soweit sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind (abgekürzt RL 64/221/EWG; publiziert in: ABL. 1964, Nr. 56, S. 850), enthalten, auf welche Art. 5 Abs. 2 Anhang I FZA verweist. Die Regelung von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA beruht auf dem unter anderem in Art. 39 Abs. 3 des Vertrages vom 25. März 1957 zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft aufgenommenen Ordre-public-Vorbehalt, durch den der Grundsatz der Freizügigkeit beschränkt werden kann. Durch diesen Vorbehalt soll den Vertragsstaaten erlaubt werden, zum Schutz anerkannter Rechtsgüter Massnahmen gegenüber Staatsangehörigen anderer Vertragsstaaten zu ergreifen, die sie bei ihren eigenen Staatsangehörigen nicht anwenden können, da sie nicht befugt sind, diese aus dem nationalen Hoheitsgebiet zu entfernen oder ihnen die Einreise dorthin zu untersagen (BGE 130 II 180 mit weiteren Hinweisen). Aufgrund des in Art. 2 FZA normierten Diskriminierungsverbots sowie der in Art. 1 ANAG enthaltenen Meistbegünstigungsklausel kann Art. 5 Anhang I FZA nicht zu Massnahmen gegen in der Schweiz befindliche Personen ermächtigen, die über diejenigen hinausgehen, welche im schweizerischen Recht (insbes. dem ANAG) vorgesehen sind. Daher muss zunächst untersucht werden, ob es ausserhalb des Freizügigkeitsabkommens eine Rechtsgrundlage gibt, auf welche die Verweigerung eines weiteren Verbleibs des Beschwerdeführers in der Schweiz gestützt werden kann. Erst bei Bejahung dieser Frage ist in einem nächsten Schritt zu prüfen, inwiefern das Freizügigkeitsabkommen den Behörden zusätzliche Schranken auferlegt (BGE 130 II 181).



dd) Soweit der Beschwerdeführer als italienischer Arbeitnehmer ein originäres Anwesenheitsrecht aus Art. 2 Anhang I FZA geltend machen kann, kommt bei ihm die Verweigerung der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung wegen Vorliegens von in Art. 10 Abs. 1 ANAG genannten Ausweisungsgründen in Betracht. Ein Verhalten, das die Ausweisung zur Folge haben kann, rechtfertigt auch die mildere Massnahme der Nichterteilung einer Bewilligung (BGE 130 II 181).

ee) Soweit es um das allfällige Aufenthaltsrecht als Ehegatte gemäss Art. 3 Anhang I FZA geht, ist Folgendes zu bemerken: Laut Art. 17 Abs. 2 in fine ANAG erlöschen die Ansprüche der Ehegatten und Kinder eines Ausländers, wenn sie gegen die öffentliche Ordnung verstossen haben. Die Voraussetzungen für ein Erlöschen des Anspruchs sind weniger streng als im Fall des ausländischen Ehegatten eines Schweizer Bürgers, bei dem gemäss Art. 7 Abs. 1 in fine ANAG ein Ausweisungsgrund (Art. 10 ANAG) vorliegen muss und im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung teils anders gewichtet wird. Mit Blick auf den erwähnten Art. 2 FZA darf für Ehegatten von Staatsangehörigen von Vertragsparteien allerdings keine strengere Regelung zur Anwendung kommen, als sie für ausländische Ehegatten von Schweizer Bürgern gilt. Für Ehegatten von Staatsangehörigen der Vertragsstaaten haben daher mindestens die bei Art. 7 Abs. 1 in fine ANAG anzulegenden Massstäbe zu gelten (BGE 130 II 181 f. mit weiteren Hinweisen).

b) aa) Es ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer zwischen 1988 bis 1997 wiederholt und in schwerer Weise straffällig und hierfür verurteilt wurde. Durch die zweimalige Missachtung der ihm gegenüber verhängten Einreisesperre Ende 2000 versties er zudem gegen die Bestimmungen des ANAG, wofür er zu je 30-tägigen Haftstrafen verurteilt wurde. Angesichts dieser Umstände erscheint ein Ausweisungsgrund resp. ein Grund zur Nichterteilung einer Aufenthaltsbewilligung gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. a ANAG naheliegend. Das Vorliegen eines solchen Grundes rechtfertigt aber für sich allein die Nichterteilung einer Aufenthaltsbewilligung noch nicht; vielmehr soll eine Aufenthaltsbewilligung nur verweigert werden, wenn dies nach den gesamten Umständen des Einzelfalls angemessen erscheint (Art. 11 Abs. 3 ANAG). Zu berücksichtigen sind insbesondere die Schwere des Verschuldens, die Dauer der Anwesenheit in der Schweiz und die dem Ausländer und seiner Familie drohenden Nachteile (Art. 16 Abs. 3 der Eidgenössischen Vollziehungsverordnung zum ANAG, SR



142.201, abgekürzt ANAV). Hinzukommen muss im vorliegenden Fall eine Interessenabwägung im Lichte der Eingriffsgründe von Art. 8 Ziff. 2 EMRK, da die Nichterteilung einer Aufenthaltsbewilligung einen Eingriff in den Anspruch auf Achtung des Familienlebens gemäss Art. 8 EMRK darstellen würde. Endlich sind nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung in diese Interessenabwägung auch die Rückfallgefahr und der Resozialisierungsgedanke des Strafrechts miteinzubeziehen (BGE 129 II 217).

bb) Art. 10 Abs. 1 ANAG ist eine typische "Kann-Bestimmung". Das Gesetz schreibt beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen nicht zwingend die Anordnung einer Ausweisung vor. Es räumt der Verwaltung diesbezüglich einen Ermessensspielraum ein. Das Verwaltungsgericht ist zur Überprüfung der Angemessenheit einer Verfügung oder eines Entscheides nicht befugt. Es darf daher, auch bei der Prüfung der Angemessenheit gemäss Art. 11 Abs. 3 Satz 1 ANAG, nicht sein eigenes Ermessen - im Sinne einer Prüfung der Opportunität bzw. Zweckmässigkeit der Massnahme - anstelle des Ermessens der Verwaltung ausüben (VerwGE vom 17. August 1999 i.S. J. und S.R. und vom 5. März 1998 i.S. Y.K. mit Hinweis auf BGE 122 II 435; BGE 125 II 523). Es kann nur überprüfen, ob ein Entscheid oder eine Verfügung auf einer Überschreitung bzw. auf einem Missbrauch des Ermessens beruht (vgl. GVP 1996 Nr. 9 mit Hinweisen).

cc) Der Beschwerdeführer ist als sog. "Ausländer der zweiten Generation" in der Schweiz geboren und hier aufgewachsen. Angesichts dieser Tatsache ist von einer Ausweisung resp. einer Nichterteilung einer Aufenthaltsbewilligung nur zurückhaltend Gebrauch zu machen (BGE 2A.468/2000 vom 16. März 2001). Mit knapp zwanzig Jahren wurde er erstmals und in der Folge mehrfach wegen Verstössen gegen das BetmG und damit zusammenhängender Beschaffungskriminalität in der Schweiz und in Italien straffällig. Auch wenn ein Grossteil dieser Delikte mit seiner Drogensucht in Zusammenhang steht, wiegt sein fremdenpolizeiliches Verschulden schwer.

Mit knapp 23 Jahren verliess er erstmals die Schweiz. Bis ins Jahr 1997 befand er sich mehrheitlich im Ausland. Im Januar 1997 wurde er vom Bezirksgericht B. wegen mehrfacher, teilweise qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz, ferner wegen Sachbeschädigung - teilweise als Zusatzstrafe zu den Urteilen vom März 1988, Juni 1989 und Oktober 1993 - zu fünf Jahren Zuchthaus verurteilt. Die Strafe



wurde zugunsten einer stationären Massnahme zur Behandlung seiner Drogensucht aufgeschoben. Seitdem er im August 1998, d.h. vor knapp sieben Jahren, vorzeitig und unter Ansetzung einer dreijährigen Probezeit aus dem stationären Massnahmevollzug entlassen wurde, liess er sich, mit Ausnahme des zweimaligen Verstosses gegen die Einreisesperre, nichts mehr zuschulden kommen. Auch wenn ein Rückfall zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann, deutet doch einiges darauf hin, dass der Beschwerdeführer seine Drogensucht überwinden konnte. Zudem ist er seit Anfang 2000 mit einer in der Schweiz niederlassungsberechtigten italienischen Staatsbürgerin verheiratet, mit welcher er zwei Söhne hat. Seine Frau wie auch seine Söhne sind in der Schweiz geboren und halten sich seither hier auf. Die Nichterteilung einer Aufenthaltsbewilligung würde dazu führen, dass der Beschwerdeführer seine Familie lediglich im Rahmen (und innerhalb der entsprechenden Fristen) eines touristischen Aufenthalts sehen könnte.

dd) Unter diesen Umständen ist fraglich, ob die Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung angesichts der Tatsache, dass der Beschwerdeführer über einen Rechtsanspruch auf Verbleib in der Schweiz verfügt, und der verhältnismässig langen Dauer, die seit seiner schweren Delinquenz vergangen ist, den Anforderungen von Art. 11 Abs. 3 ANAG bzw. Art. 16 Abs. 3 ANAV und Art. 8 Ziff. 1 EMRK genügen würde (vgl. VerwGE vom 24. Oktober 2002 i.S. Z.T; zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung vgl. den unveröffentlichten Entscheid vom 28. Oktober 1998 (2A. 122/1999) mit ähnlichem Sachverhalt, zitiert in: Uebersax/Münch/Geiser/Arnold [Hrsg.], Handbücher für die Anwaltspraxis, Bd. VIII, Ausländerrecht, Basel 2002, FN 89 zu Rz. 6.32). Die Frage kann indes mit Blick auf die nachfolgenden Erwägungen offenbleiben.

c) aa) Gemäss Art. 5 Anhang I FZA dürfen die durch das Abkommen eingeräumten Rechte nur durch Massnahmen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind, eingeschränkt werden. Dabei ist aber zu beachten, dass Einschränkungen der Freizügigkeit eng auszulegen sind (BGE 130 II 182 mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung des EuGH vor Unterzeichnung des Freizügigkeitsabkommens). Gemäss Art. 3 Abs. 1 RL 64/221/EWG, auf welche Art. 5 Abs. 2 Anhang I FZA verweist, darf hinsichtlich der Massnahmen nach Art. 5



## St.Galler Gerichte

Abs. 1 Anhang I FZA nur das persönliche Verhalten der Einzelperson ausschlaggebend sein. Zudem können strafrechtliche Verurteilungen nicht ohne weiteres solche Massnahmen begründen (Art. 3 Abs. 2 RL 64/221/EWG). Nach der ständigen Praxis des EuGH darf eine frühere strafrechtliche Verurteilung nur insoweit berücksichtigt werden, als die ihr zugrunde liegenden Umstände ein persönliches Verhalten erkennen liessen, 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 130 II 184,

BBI 1992 V 348 f.).

Bei einem in der Schweiz geborenen Italiener, der im Jahr 1988 zu 14 Monaten Gefängnis bedingt und im Jahr 2000 wegen Raub, Brandstiftung, Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz, mehrfacher Urkundenfälschung, mehrfachen Betrugs, mehrfacher Hehlerei, Hausfriedensbruch, etc. zu vier Jahren Zuchthaus verurteilt und dem die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung im Jahr 2001 verweigert wurde, bejahte das Bundesgericht eine hinreichende gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung. Das persönliche Verhalten des Italieners, welcher in hohem Masse kriminelle Energie entwickelt habe, dabei vor Gewaltanwendung nicht zurückgeschreckt sei und v.a. aus persönlicher Geltungssucht und finanziellen Motiven gehandelt habe, rechtfertige die Nichtverlängerung selbst dann, wenn man in Betracht ziehe, dass er ein "Ausländer der 2. Generation" sei, sich hauptsächlich in der Schweiz aufgehalten habe und eine intakte Familienbeziehung zu seiner Ehefrau und Tochter, welche beide im Jahr 2001 in der Schweiz eingebürgert wurden, pflege (BGE 130 II 176). Bei einem anderen, ähnlich gelagerten Fall (vgl. BGE 2A.749/2004 vom 28. April 2005) sprach das Bundesgericht von einem Grenzfall, bei welchem der Ausweisungsentscheid des Regierungsrates besser der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entsprochen hätte als die gegenteilige Auffassung des Verwaltungsgerichts. Es räumte jedoch ein, dass sich die dem angefochtenen Entscheid des Verwaltungsgerichts zugrunde liegende Würdigung des Risikos erneuter schwerer Delinquenz noch im Rahmen des der kantonalen Gerichtsinstanz in derartigen Fällen zustehenden Beurteilungsspielraumes halte.



bb) Es ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer wiederholt straffällig geworden ist. Hingegen ist die Feststellung der Vorinstanz, wonach er zwischen 1988 und 2000 teilweise schwere Delikte verübt habe, insofern zu präzisieren, als der Beschwerdeführer letztmals im Jahre 1997 wegen Verübung schwerwiegender Delikte verurteilt wurde. Die kriminelle Vergangenheit hat mit Behandlung seiner Drogensucht weitgehend ein Ende gefunden. Zwar stellen die beiden Verstösse gegen die Einreisesperre einen Verstoss gegen die öffentliche Ordnung dar. Das persönliche Verhalten des Beschwerdeführers seit 1998 sowie die Schwere der Regelverletzung der ANAG-Verstösse vermögen jedoch keine konkrete Gefahr zu begründen, welche ein Grundinteresse der Gesellschaft zum gegenwärtigen Zeitpunkt berühren könnten. Des weiteren bringt die Vorinstanz vor, dass der Beschwerdeführer sich auch durch die mehrfachen Verurteilungen zu Freiheitsstrafen von insgesamt neun Jahren und acht Monaten und auch in der Verantwortung als Familienvater nicht von weiteren Straftaten abhalten gelassen habe. Auch hier ist einerseits präzisierend festzustellen, dass die vom Bezirksgericht B. ausgesprochene Zuchthausstrafe von fünf Jahren zugunsten einer stationären Massnahme aufgeschoben wurde, aus welcher der Beschwerdeführer nach knapp einem Jahr entlassen werden konnte. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass der erste Sohn des Beschwerdeführers im August 1999 geboren wurde, mithin zu einem Zeitpunkt als der Beschwerdeführer, wie dargelegt, nicht mehr einschlägig delinquent hat. Die beiden ANAG-Verstösse im Jahre 2000 vermögen seine Verantwortung als Familienvater insofern nicht zu untergraben, als sie im Zusammenhang mit der Zusammenführung der Familie stehen.

Die Vorinstanz hält richtigerweise fest, dass gemäss europäischer Rechtsprechung des EuGH allein ein vergangenes Verhalten den Tatbestand einer gegenwärtigen Gefährdung der öffentlichen Ordnung darstellen kann. Sie vermag jedoch nicht darzutun, warum das frühere Verhalten des Beschwerdeführers im vorliegenden Fall effektiv eine gegenwärtige Gefährdung darstellen soll. Seit der Überwindung seiner Drogensucht (welche hauptsächliche Ursache für die früheren Vergehen und Verbrechen war) vor sieben Jahren hat der Beschwerdeführer kein Verhalten mehr an den Tag gelegt, welches die öffentliche Ordnung in hinreichend schwerer Weise gefährdet hätte.



cc) Im Lichte der angeführten Rechtsprechung und der gesamten Umstände des vorliegenden Falles kann im Aufenthalt des Beschwerdeführers in der Schweiz entgegen der Auffassung der Vorinstanz keine gegenwärtige und hinreichende Gefährdung der öffentlichen Ordnung erblickt werden. Die Nichterteilung der Aufenthaltsbewilligung erweist sich als unverhältnismässig, und die Beschwerde ist gutzuheissen. Die Angelegenheit ist an das Ausländeramt zur Erteilung der Aufenthaltsbewilligung im Sinne der Erwägungen zurückzuweisen.

3./ In seiner Beschwerdeeingabe stellt der Beschwerdeführer das Rechtsbegehren, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Da die Beschwerde gutzuheissen ist, erübrigen sich diesbezüglich weitere Ausführungen. Es sei deshalb lediglich der guten Ordnung halber festgehalten, dass der Beschwerde an das Verwaltungsgericht von Gesetzes wegen die aufschiebende Wirkung zukommt (Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 51 Abs. 1 VRP). Bei negativen Verfügungen bzw. Entscheiden, wie etwa der Verweigerung einer Bewilligung, hat die aufschiebende Wirkung nicht zur Folge, dass der Rechtsmittelkläger für die Dauer des Verfahrens so gestellt wird, wie wenn seinem abgelehnten Begehren entsprochen worden wäre (vgl. an Stelle vieler BGE 123 V 39). Dies gilt nach der ständigen Praxis des Verwaltungsgerichts auch für das Verfahren betreffend Aufenthaltsbewilligung.

4./ Dem Verfahrensausgang entsprechend gehen die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens zulasten des Staates (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidgebühr von Fr. 2'000.-- ist angemessen (Ziff. 382 Gerichtskostentarif, sGS 941.12). Auf ihre Erhebung ist zu verzichten (Art. 95 Abs. 3 VRP). Der Kostenvorschuss von Fr. 2'000.-- ist dem Beschwerdeführer zurückzuerstatten.

Der Beschwerdeführer hat Anspruch auf eine ausseramtliche Entschädigung für das Rekurs- und Beschwerdeverfahren (Art. 98bis VRP in Verbindung mit Art. 98 Abs. 1 und 2 VRP). Sein Rechtsvertreter hat keine Kostennote eingereicht, weshalb die Entschädigung ermessensweise festzusetzen ist (Art. 6 der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten, sGS 963.75, abgekürzt HonO). Für das Rekurs- und das Beschwerdeverfahren ist eine Entschädigung von Fr. 4'000.-- zuzügl. MWSt angemessen (Art. 22 Abs. 1 lit. a und c in Verbindung mit Art. 19 HonO).

Demnach hat das Verwaltungsgericht zu Recht erkannt:



## St.Galler Gerichte

1./ Die Beschwerde wird gutgeheissen und der Entscheid des Justiz- und Polizeidepartements vom 11. April 2005 aufgehoben.

2./ Die Angelegenheit wird zur Erteilung der Aufenthaltsbewilligung im Sinne der Erwägungen an das Ausländeramt zurückgewiesen.

3./ Die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 2'000.-- werden dem Staat auferlegt; auf ihre Erhebung wird verzichtet. Dem Beschwerdeführer wird der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 2'000.-- zurückerstattet.

4./ Der Staat hat den Beschwerdeführer für das Rekurs- und Beschwerdeverfahren mit Fr. 4'000.-- zuzügl. MWSt ausseramtlich zu entschädigen.

V. R. W.

Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin:

Zustellung dieses Entscheides an:

- den Beschwerdeführer (durch Rechtsanwalt)

lic. iur. W.B.

- die Vorinstanz

am:



### Rechtsmittelbelehrung

Soweit eine Verletzung von Bundesrecht bzw. eines Rechtsanspruchs auf Erteilung einer Bewilligung geltend gemacht wird (Art. 100 lit. b Ziff. 3 und Art. 104 lit. a und b OG), kann gegen diesen Entscheid innert dreissig Tagen seit der Eröffnung Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, eingereicht werden.