

BVGer F-5598/2016 vom 14. August 2018

Bundesverwaltungsgericht, 2018-08-14, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_F-5598_2016

FR: TAF F-5598/2016 du 14 août 2018

IT: TAF F-5598/2016 del 14 agosto 2018

Regeste

Einreiseverbot

Erwägungen

E. 1.1

Vom SEM erlassene Einreiseverbote sind mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar (vgl. Art. 31 ff. VGG i.V.m. Art. 5 VwVG). Das Rechtsmittelverfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (vgl. Art. 37 VGG).

E. 1.2

Der Beschwerdeführer ist als Verfügungsadressat zur Beschwerde legitimiert (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen sind erfüllt (vgl. Art. 50 und 52 VwVG).

E. 1.3

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in vorliegender Sache endgültig (vgl. Art. 83 Bst. c Ziff. 1 BGG).

E. 2

Mit der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes sowie 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. BVGE 2014/1 E. 2).

E. 3.1

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vorinstanz habe den rechtserheblichen Sachverhalt unrichtig festgestellt, indem die Heirat vom 20. März 2015 mit einer Schweizer Bürgerin beim Erlass der angefochtenen Verfügung nicht berücksichtigt wurde. Entsprechend sei die Verhältnismässigkeitsprüfung gestützt auf den Einzelfall nicht korrekt vorgenommen worden (vgl. BVGer act. 1/Beschwerdeschrift S. 4).

E. 3.2

Gemäss Art. 12 VwVG stellt die Behörde den Sachverhalt von Amtes wegen fest. Die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes kann nach Art. 49 Bst. b VwVG gerügt werden. "Unrichtig" ist die Sachverhaltsfeststellung beispielsweise dann, wenn der Verfügung ein aktenwidriger oder nicht weiter belegbarer

Sachverhalt zugrunde gelegt wurde. "Unvollständig" ist die Sachverhaltsfeststellung, wenn die Behörde trotz der geltenden Untersuchungsmaxime den Sachverhalt nicht von Amtes wegen abgeklärt hat oder nicht alle für den Entscheid wesentlichen Sachumstände berücksichtigt wurden (vgl. dazu statt vieler Benjamin Schindler, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], VwVG, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2008, Art. 49 N 28). Ihre Grenze findet die Untersuchungspflicht allerdings in der Mitwirkungspflicht der Gesuchstellenden (vgl. Art. 13 VwVG).

E. 3.3

In der angefochtenen Verfügung wird die Eheschliessung des Beschwerdeführers nicht erwähnt. Allerdings wurde vom Beschwerdeführer anlässlich der Gewährung des rechtlichen Gehörs vom 22. Juni 2016 diesbezüglich nichts geltend gemacht (vgl. SEM act. 6/138). Im Rahmen seiner Mitwirkungspflicht wäre vom Beschwerdeführer zu erwarten gewesen, dass er einen derartigen wesentlichen Umstand der Vorinstanz mitgeteilt hätte. Dass er dies erst im Rahmen der Beschwerdeerhebung vorgenommen hat, kann der Vorinstanz nicht angelastet werden. Letztere hat sich in ihrer Vernehmlassung vom 2. Dezember 2016 zur Eheschliessung des Beschwerdeführers geäussert. Selbst wenn eine Gehörsverletzung vorgelegen hätte, wäre der Mangel zum jetzigen Zeitpunkt geheilt (vgl. zur Heilung von Gehörsverletzungen BGE 137 I 195 E. 2.3.2; BVGE 2012/24 E. 3.4).

E. 3.4

Ob die Vorinstanz ihre Verfügung gestützt auf den Sachverhalt richtig gewichtete, ist hingegen eine Frage des materiellen Rechts. Nachfolgend ist die angefochtene Verfügung in materiell-rechtlicher Hinsicht zu prüfen.

E. 4.1

Gestützt auf Art. 67 Abs. 2 Bst. a Ausländergesetz (AuG, SR 142.20) kann gegenüber Ausländerinnen und Ausländern, die gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen haben oder diese gefährden, ein Einreiseverbot verfügt werden. Dieses wird grundsätzlich für eine Dauer von höchstens fünf Jahren erlassen (Art. 67 Abs. 3 erster Satz AuG). Sofern von der betroffenen Person eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ausgeht, ist die Anordnung eines länger als fünf Jahre dauernden Einreiseverbots zulässig (Art. 67 Abs. 3 zweiter Satz AuG). Ein Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung liegt unter anderem vor, wenn gesetzliche Vorschriften oder behördliche Verfügungen missachtet werden (vgl. Art. 80 Abs. 1 Bst. a der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE, SR 142.201]).

E. 4.2

Am 28. November 2012 wurde der Beschwerdeführer vom basel-städtischen Appellationsgericht in zweiter Instanz unter anderem wegen versuchter vorsätzlicher Tötung in nicht entschuldbarem Notwehrexzess zu einer Freiheitsstrafe von viereinhalb Jahren verurteilt. Mit diesem Verhalten hat der Beschwerdeführer zweifellos gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG verstossen. Eine Voraussetzung für den Erlass eines Einreiseverbots liegt somit vor. Zu prüfen ist daher nachfolgend, ob eine schwere Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nach Art. 67 Abs. 3 zweiter Satz AuG vom Beschwerdeführer ausgeht, die das Verhängen eines über fünf Jahre dauernden Einreiseverbots zulässt.

E. 5.1

Die Vorinstanz begründet das gegen den Beschwerdeführer verhängte Einreiseverbot im Wesentlichen mit der genannten Verurteilung des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt. Das Verschulden des Beschwerdeführers wiege sehr schwer, und es liege eine schwerwiegende Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vor. Aufgrund des bisherigen Verhaltens und des Verstosses gegen hochwertige Rechtsgüter sei gestützt auf Art. 67 Abs. 3 AuG eine Fernhaltmassnahme von acht Jahren zur Vermeidung künftiger Delikte angemessen. Unter der Berücksichtigung des Alters des Beschwerdeführers im Tatzeitpunkt, der Tatumstände und der Stellungnahme im Rahmen des rechtlichen Gehörs, erweise sich die Fernhaltmassnahme als verhältnismässig und gerechtfertigt. Zum Zeitpunkt der Eheschliessung mit einer Schweizerin habe das Ehepaar damit rechnen müssen, dass ein Zusammenleben in der Schweiz aufgrund des Widerrufs der Niederlassungsbewilligung und der Wegweisung nicht möglich sein werde.

E. 5.2

Der Beschwerdeführer macht geltend, er habe aufgrund seines jugendlichen Alters von 19 Jahren im Tatzeitpunkt die Folgen seiner Handlung nicht nachvollziehen können. Zudem seien die schwierigen familiären Umstände, welche zur Tat führten, zu berücksichtigen. Seit seiner Verurteilung habe er sich wohlverhalten. Trotz der schweren Tat könne nicht von einer gravierenden Gefahr für die öffentliche Ordnung und Sicherheit ausgegangen werden und die Überschreitung einer fünfjährigen Dauer des Einreiseverbots sei somit nicht gerechtfertigt. Zudem seien die persönlichen Interessen des Beschwerdeführers, allem voran die seit 2006 gelebte Beziehung und Eheschliessung im Jahr 2015 mit einer Schweizerin bei der Dauer des Einreiseverbots zu berücksichtigen. Das Einreiseverbot erschwere den Kontakt der Eheleute, wodurch das in Art. 8 EMRK geschützte Recht auf Familie berührt sei.

E. 5.3

Eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 67 Abs. 3 zweiter Satz AuG setzt eine qualifizierte Gefährdungslage voraus. Sie darf nicht leichthin angenommen werden und kann sich aus der Hochwertigkeit der deliktisch bedrohten Rechtsgüter (insbesondere Leib und Leben, körperliche und sexuelle Integrität und Gesundheit, aus der Zugehörigkeit der Tat zur Schwere der Delikte mit grenzüberschreitendem Charakter z.B. Terrorismus, Menschenhandel, Drogenhandel oder organisierte Kriminalität), aus der mehrfachen Begehung - unter Berücksichtigung einer allfälligen Zunahme der Schwere der Delikte - oder auch aus der Tatsache, dass keine günstige Prognose gestellt werden kann, ergeben. Die zu befürchtenden Delikte müssen einzeln oder in ihrer Summe das Potenzial haben, um eine aktuelle und schwerwiegende Gefahr zu begründen (BGE 139 II 121 E. 6.3; BVGE 2014/20 E. 5.2). Die Verneinung des Vorliegens einer schwerwiegenden Gefährdung ist erst nach einer längerfristigen Bewährung der straffällig gewordenen Person möglich. Dabei ist für die Berechnung der Dauer des klaglosen Verhaltens nicht auf den Begehungs- oder Urteilszeitpunkt abzustellen. Entscheidrelevant erscheint vielmehr, wie lange sich die betroffene Person nach ihrer Entlassung aus der Haft in der Freiheit bewährt hat (vgl. BVGE 2014/20 E. 5.4 m.H.).

E. 5.4

Das Strafmass von viereinhalb Jahren impliziert bereits ein erhebliches Verschulden und wird sodann explizit im genannten Urteil des Appellationsgerichts erwähnt (vgl. SEM act.

6/122-137 E. 5.2). Mit der vorsätzlichen versuchten Tötung hat der Beschwerdeführer das höchste Rechtsgut von Leib und Leben verletzt. Nach gutachterlicher Einschätzung wäre das Opfer mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit an den Folgen seiner Verletzung verstorben, wenn es bei seiner Einlieferung ins Krankenhaus oder der Behandlungsabläufe auch nur zu einer geringfügigen Verzögerung gekommen wäre (vgl. kant. act. BL/Urteil des Strafgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 1. Dezember 2010 S. 15). Der Umstand, dass der Beschwerdeführer eine Waffe mit sich trug und diese so einsetzte, dass er mit einer lebensbedrohlichen Situation rechnen musste und damit den Tod des Opfers zumindest in Kauf genommen hat, wiegt sehr schwer. Zudem machte sich der Beschwerdeführer etwa zwei Jahre nach der versuchten vorsätzlichen Tötung der mehrfachen einfachen Verletzung der Verkehrsregeln und der mehrfachen groben Verletzung der Verkehrsregeln schuldig. Das Bundesgericht hielt fest, dass der Beschwerdeführer mit der erneuten Delinquenz seine Mühe zeige, sich an die Rechtsordnung zu halten. Es könne nicht behauptet werden, dass kein Rückfallrisiko bestehe (Urteil 2C_940/2014 E. 5.3). Das Verschulden des Beschwerdeführers wiegt damit insgesamt schwer. Der Zeitraum seit der Haftentlassung vom 16. Juli 2016 bis heute erweist sich angesichts der schweren Straftat noch als zu kurz, als dass bereits davon ausgegangen werden könnte, vom Beschwerdeführer gehe keine Gefahr mehr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung aus (vgl. BVGE 2013/4 E. 7.2.4). Es muss mitberücksichtigt werden, dass dem Wohlverhalten einer Person im Strafvollzug für die Beurteilung der schwerwiegenden Gefährdung keine signifikante Aussagekraft zukommt (vgl. zum Wohlverhalten des Beschwerdeführers im Strafvollzug: kant. act. BL/Entscheid der Strafvollzugsbehörde vom 17. Mai 2016). Angesichts der in einer Strafvollzugsanstalt vorhandenen, engmaschigen Betreuung und intensiven Kontrolle wird ein tadelloses Verhalten eines Insassen erwartet und lässt gemeinhin keine verlässliche Rückschlüsse auf das künftige Verhalten einer Person in Freiheit zu. Bei der günstigen Prognose, welche dem Beschwerdeführer im Rahmen seiner bedingten Haftentlastung attestiert wird, gilt zu beachten, dass Strafrecht und Ausländerrecht unterschiedliche Ziele verfolgen und im Ausländerrecht ein strengerer Beurteilungsmassstab gilt. So kann der Umstand, dass ein Straftäter bedingt aus dem Strafvollzug entlassen wurde, nicht bereits geschossen werden, es gehe (im ausländerrechtlichen Sinn) keine Gefahr mehr von ihm aus (vgl. BGE 137 II 233 E. 5.2.2; Urteil des BGer 2C_270/2015 vom 6. August 2015 E. 7.3).

E. 5.5

Das Gesagte führt zum Schluss, dass zum jetzigen Zeitpunkt keine positive Prognose gestellt werden kann und vom Beschwerdeführer nach wie vor eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 67 Abs. 3 zweiter Satz AuG ausgeht. Demnach kann ein Einreiseverbot für die Dauer von über fünf Jahren verfügt werden.

E. 6

Es bleibt zu prüfen, ob das auf acht Jahre befristete Einreiseverbot in rechtskonformer Anwendung des Ermessens ergangen und angemessen ist. Dabei steht der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Vordergrund. Unter diesem Gesichtspunkt ist eine wertende Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Massnahme einerseits und den von der Massnahme beeinträchtigten privaten Interessen des Betroffenen andererseits vorzunehmen. Die Stellung der verletzten oder gefährdeten Rechtsgüter, die Besonderheiten des ordnungswidrigen Verhaltens und die persönlichen Verhältnisse des

Verfügungsbelasteten bilden dabei den Ausgangspunkt der Überlegungen (vgl. statt vieler BVGE 2014/20 E. 8.1 m.H.).

E. 6.1

Vom Beschwerdeführer geht, wie bereits ausgeführt wurde, eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung aus. Das öffentliche Interesse an der langfristigen Fernhaltung des Beschwerdeführers ist demgemäss als gross zu erachten.

E. 6.2

Die vom Beschwerdeführer geltend gemachten Nachteile betreffend seine Ehe mit einer Schweizer Bürgerin (vgl. oben E. 5.2) sind in erster Linie auf den Widerruf der Niederlassungsbewilligung und die Wegweisung zurückzuführen (Urteil 2C_940/2014). Die dadurch bewirkte Einschränkung des Privat- und Familienlebens kann nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sein (vgl. BVGE 2013/4 E. 7.4.1). Das Befinden über eine allfällig neue Aufenthaltsbewilligung liegt in der Zuständigkeit der Kantone (vgl. Art. 42 ff. AuG). Demnach können die in der Replik gemachten Ausführungen vom Beschwerdeführer zum Anspruch beziehungsweise zur Verweigerung einer Aufenthaltsbewilligung im Zusammenhang mit Art. 8 EMRK vorliegend nur im Rahmen der Interessenabwägung berücksichtigt werden.

E. 6.3

Es stellt sich die Frage, ob die durch das Einreiseverbot zusätzlich bewirkte Erschwernis vor Art. 8 Ziff. 1 EMRK standhält. Diese Erschwernis besteht für den Beschwerdeführer in der Notwendigkeit, für die Besuche bei seiner Ehefrau in der Schweiz jeweils vorab ein Gesuch um Suspension des Einreiseverbots zu stellen. Suspensionen können für eine kurze, klar begrenzte Zeit gewährt werden (Art. 67 Abs. 5 AuG). Allein der Umstand, dass ein Einreiseverbot dazu führt, dass der Betroffene seine Angehörigen in der Schweiz nicht besuchen kann, stellt in der Regel keine Unverhältnismässigkeit dar, wäre sonst das Instrument des Einreiseverbots gegenüber allen Personen mit Familienangehörigen in der Schweiz unzulässig (Urteil 2C_270/2015 E. 8.2).

E. 6.4

Es ist dem jungen, kinderlosen Ehepaar durchaus zuzumuten sich ausserhalb des Schengen-Raums, namentlich im Kosovo, wo sich der Beschwerdeführer befindet, zu treffen und das Familienleben aufrechtzuerhalten. Zudem können die Eheleute den Kontakt mittels Telefon oder moderner Kommunikationsmittel wie SMS, E-Mail, WhatsApp, Skype, Facebook usw. sicherstellen. Dem Beschwerdeführer steht es im Weiteren offen, die zeitweilige Suspension der angeordneten Fernhaltmassnahme zu beantragen (vgl. Art. 67 Abs. 5 AuG). Im Rahmen der Güterabwägung ist ebenfalls zu berücksichtigen, dass der Widerruf der Niederlassungsbewilligung und die Wegweisung zum Zeitpunkt der Eheschliessung am 20. März 2015 bereits zweitinstanzlich bestätigt worden waren. Beide Ehegatten mussten somit damit rechnen, dass ihrem Zusammenleben in der Schweiz Hindernisse entgegenstehen könnten (vgl. BVGE 2013/4 E. 7.4.4; Urteil des BVGer F-5290/2015 vom 3. Juli 2017 E. 7.6). Trotz der genannten zumutbaren Möglichkeiten das Familienleben zu pflegen, ist nicht zu verkennen, dass das Einreiseverbot den Beschwerdeführer und seine in der Schweiz lebende Ehefrau in ihrem Familienleben trifft beziehungsweise die Ehe als ein erhebliches persönliches Interesse zu gewichten ist.

E. 6.5

Ebenfalls ist im Rahmen der persönlichen Interessen zu beachten, dass der Beschwerdeführer mit der erwähnten Tat im Jahr 2008 erstmals strafrechtlich in Erscheinung getreten ist und zum Tatzeitpunkt erst 19 Jahre alt war. Die Straftat der versuchten vorsätzlichen Tötung wurde demnach vor 10 Jahren verübt und der Beschwerdeführer hat, auch unter Berücksichtigung der zweiten Verurteilung vom 18. Oktober 2011, keine eigentliche strafrechtliche Karriere hinter sich. Diesen Umständen trug bereits das Bundesgericht im Verfahren betreffend Widerruf der Niederlassungsbewilligung Rechnung (Urteil 2C_940/2014 E. 5.3) und ist auch vorliegend im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung zu berücksichtigen (vgl. zur Berücksichtigung des Alters bei der Tatbegehung Urteil des BVGer F-2721/2016 vom 17. Mai 2017 E. 8.4). Der Beschwerdeführer kam zudem bereits im Alter von 10 Jahren in die Schweiz und hat sich hier (durchschnittlich) integriert (zu seiner Integration: Urteil 2C_940/2014 E. 5.4). Zu Gunsten des Beschwerdeführers spricht ebenfalls der Fortschritt in seiner Persönlichkeitsentwicklung (kant. act. BL/Entscheid der Strafvollzugsbehörde vom 17. Mai 2016 S. 3).

E. 6.6

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass ein gewichtiges Interesse an der Fernhaltung des Beschwerdeführers besteht. Dem stehen der Zeitablauf seit der Tat, der Umstand, dass der Beschwerdeführer keine kriminelle Laufbahn im eigentlichen Sinn hinter sich hat sowie seine (neuen) familiären Bindungen in der Schweiz gegenüber. Eine wertende Abwägung führt insgesamt zum Schluss, dass sich ein achtjähriges Einreiseverbot angesichts der erwähnten spezifischen Umstände im vorliegenden Fall als unverhältnismässig erweist. Als verhältnismässig ist ein Einreiseverbot von sieben Jahren zu erachten. Mit dieser Befristung wird den Besonderheiten des Falles ausreichend Rechnung getragen und gleichwohl eine angemessene und angebrachte Massnahme zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung gewährleistet (vgl. in diesem Zusammenhang Urteil des BVGer F-6623/2016 vom 22. März 2018). Die damit einhergehende Erschwerung des Familienlebens wird durch das öffentliche Fernhalteinteresse gedeckt und ist daher nach Massgabe von Art. 8 Ziff. 2 EMRK und Art. 36 BV gerechtfertigt.

E. 7

Die Ausschreibung des Beschwerdeführers im SIS II ist angesichts des Dargelegten nicht zu beanstanden. Eine solche Ausschreibung erfolgt insbesondere angesichts von abgeurteilten oder zu befürchtenden Straftaten gewisser Schwere (vgl. Art. 24 Ziff. 2 Bst. a oder Bst. b Verordnung [EG] Nr. 1987/2006 des europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Dezember 2006 über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems der zweiten Generation [SIS II] ABl. L 381/4 vom 28.12.2006), eine Voraussetzungen, die im vorliegenden Fall ohne Weiteres erfüllt ist.

E. 8

Aus diesen Erwägungen folgt, dass das Einreiseverbot dem Grundsatz nach zu bestätigen ist, die festgelegte Dauer des Einreiseverbots jedoch Bundesrecht verletzt, soweit sie über sieben Jahre hinausgeht (vgl. Art. 49 VwVG). Mit der Reduzierung der Dauer des Einreiseverbots auf sieben Jahre wird dem Antrag des Beschwerdeführers teilweise entsprochen, so dass die Beschwerde teilweise gutzuheissen ist.

E. 9.1

Bei diesem Verfahrensausgang sind dem Beschwerdeführer reduzierte Verfahrenskosten aufzuerlegen und diese mit dem geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG sowie Art. 1-3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

E. 9.2

Im Umfang des Obsiegens ist dem Beschwerdeführer zudem eine reduzierte Parteientschädigung zu Lasten der Vorinstanz zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 und Abs. 2 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 VGKE). Da dem Gericht keine Kostennote des Rechtsvertreters vorliegt, ist die Parteientschädigung aufgrund der Akten festzulegen (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Unter der Berücksichtigung der rechtlichen Komplexität und des für das Verfahren relevanten Aufwandes des Rechtsvertreters (vgl. Art. 8 VGKE) ist die reduzierte Parteientschädigung auf Fr. 600.- festzulegen.

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