



IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Pfiel, den Hofrat Mag. Eder, die Hofrätinnen Mag. Rossmeisel und Dr.ⁱⁿ Oswald sowie den Hofrat Mag. M. Mayr als Richter, unter Mitwirkung des Schriftführers Mag. Herrmann-Preschnofsky, über die Revision des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl in 1030 Wien, Modecenterstraße 22, gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 23. Jänner 2023, L502 2153313-1/32E, betreffend Angelegenheiten nach dem AsylG 2005 und dem FPG (mitbeteiligte Partei: G A, vertreten durch Mag. Thomas Klein, Rechtsanwalt in 8020 Graz, Kärntner Straße 7B), zu Recht erkannt:

Das angefochtene Erkenntnis wird in den Spruchpunkten A) 2., A) 3. und A) 4. wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Entscheidungsgründe:

- 1 Der Mitbeteiligte, ein Staatsangehöriger des Irak, stellte am 11. Juli 2015 einen Antrag auf internationalen Schutz nach dem Asylgesetz 2005 (AsylG 2005).
- 2 Mit Bescheid vom 22. März 2017 wies das Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl den Antrag des Mitbeteiligten sowohl hinsichtlich des Begehrens auf Zuerkennung des Status des Asylberechtigten (Spruchpunkt I.) als auch des Status des subsidiär Schutzberechtigten ab (Spruchpunkt II.), erteilte ihm keinen Aufenthaltstitel aus berücksichtigungswürdigen Gründen (Spruchpunkt III. erster Spruchteil), erließ gegen ihn eine Rückkehrentscheidung gemäß dem Fremdenpolizeigesetz 2005 - FPG (Spruchpunkt III. zweiter Spruchteil) und stellte fest, dass die Abschiebung des Mitbeteiligten in den Irak zulässig sei (Spruchpunkt III. dritter Spruchteil). Die Behörde legte die Frist für die freiwillige Ausreise mit 14 Tagen ab Rechtskraft der Rückkehrentscheidung fest (Spruchpunkt IV.).
- 3 Die dagegen vom Mitbeteiligten erhobene Beschwerde wies das Bundesverwaltungsgericht nach Durchführung einer Verhandlung mit dem angefochtenen Erkenntnis hinsichtlich der Spruchpunkte I., II. und III. erster Spruchteil des Bescheides als unbegründet ab



[Spruchpunkt A) 1.]. Hinsichtlich Spruchpunkt III. zweiter Spruchteil des Bescheides wurde der Beschwerde hingegen stattgegeben, die Erlassung einer Rückkehrentscheidung für auf Dauer unzulässig erklärt [Spruchpunkt A) 2.] und dem Mitbeteiligten der Aufenthaltstitel „Aufenthaltsberechtigung plus“ erteilt [Spruchpunkt A) 3.]. Weiters behob das Bundesverwaltungsgericht die Spruchpunkte III. dritter Spruchteil und IV. des Bescheides ersatzlos [Spruchpunkt A) 4.]. Die Revision erklärte es für gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig [Spruchpunkt B.].

- 4 Das Bundesverwaltungsgericht stellte - soweit für das Revisionsverfahren von Interesse - fest, der Mitbeteiligte sei mit rechtskräftigem Urteil des Landesgerichtes Salzburg vom 10. Oktober 2019 wegen des Verbrechens der schweren Körperverletzung nach § 84 Abs. 4 StGB zu einer teilweise bedingt nachgesehenen Geldstrafe verurteilt worden. Dem Urteil sei zugrunde gelegen, dass der Mitbeteiligte eine andere Person durch Versetzen von Faustschlägen und Treten vorsätzlich am Körper verletzt und dem Opfer dabei einen Knochenbruch, eine Gehirnerschütterung, Abschürfungen, Prellungen und eine Zerrung zugefügt habe. Mildernd habe das Strafgericht die bisherige Unbescholtenheit des Mitbeteiligten und die Provokation durch das Opfer berücksichtigt.
- 5 Der Mitbeteiligte habe bis Ende Juni 2019 Leistungen aus der Grundversorgung bezogen. Ab Juni 2019 habe er als Gesellschafter einer offenen Gesellschaft einen Friseursalon in Salzburg betrieben. Er sei bis Ende April 2022 selbstständig erwerbstätig gewesen. Die von ihm daraufhin angestrebte Ausübung des Gewerbes der Hausbetreuung sei ihm im Hinblick auf seine strafgerichtliche Verurteilung mit Bescheid der Gewerbebehörde vom 11. März 2022 versagt worden. Mit Bescheid der zuständigen regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice vom 3. Jänner 2023 sei dem nunmehrigen Arbeitgeber des Mitbeteiligten - bei dem er als Friseurhilfskraft arbeite - eine Beschäftigungsbewilligung für den Mitbeteiligten erteilt worden.
- 6 Das Bundesverwaltungsgericht attestierte dem Mitbeteiligten gute Deutschkenntnisse und stellte fest, dass er sich ehrenamtlich betätigt habe, eine Beziehung zu einer österreichischen Staatsbürgerin führe, mit der er aber nicht



im gemeinsamen Haushalt lebe, und Freundschaften geschlossen habe.
Überdies lebten ein Onkel und zwei Cousins des Mitbeteiligten in Österreich.

- 7 In der rechtlichen Beurteilung kam das Bundesverwaltungsgericht bei der gemäß § 9 BFA-Verfahrensgesetz (BFA-VG) durchgeführten Interessenabwägung zu dem Ergebnis, dass die Erlassung einer Rückkehrentscheidung auf Dauer unzulässig sei.
- 8 Dabei berücksichtigte das Bundesverwaltungsgericht die etwa siebeneinhalbjährige Aufenthaltsdauer des Mitbeteiligten im Bundesgebiet. Es hielt fest, dass er als Asylwerber nur vorübergehend zum Aufenthalt berechtigt gewesen sei. Das Bundesverwaltungsgericht nahm darauf Bedacht, dass das Verfahren auf Gewährung von internationalem Schutz erheblich lang, also siebeneinhalb Jahre, gedauert habe, was nicht auf eine schuldhafte Verzögerung durch den Mitbeteiligten zurückzuführen gewesen sei. In Anbetracht der Berufstätigkeit des Mitbeteiligten sei ihm eine „gelungene berufliche Integration“ zu attestieren. Zu Gunsten des Mitbeteiligten bezog das Bundesverwaltungsgericht auch die guten Deutschkenntnisse, ehrenamtliche Tätigkeiten, die Beziehung zu einer österreichischen Staatsbürgerin und seine freundschaftlichen Kontakte in die Interessenabwägung ein.
- 9 Bei den öffentlichen Interessen berücksichtigte das Bundesverwaltungsgericht die gerichtliche Verurteilung des Mitbeteiligten, relativierte deren Gewicht aber mit der Begründung, dass es sich um die „einzige strafgerichtliche Verfehlung“ des Mitbeteiligten gehandelt und sich das dieser Verurteilung zugrunde liegende Verhalten bereits im November 2018 ereignet habe, der Mitbeteiligte seither nicht mehr straffällig geworden sei und er sich um einen positiven Lebenswandel bemüht habe. Eine „aktuelle Gefahr“ gehe vom Mitbeteiligten daher nicht mehr aus.
- 10 Gegen die Spruchpunkte A) 2. bis A) 4. dieses Erkenntnisses richtet sich die vorliegende Revision des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl, über die der Verwaltungsgerichtshof nach Vorlage derselben sowie der Verfahrensakten das Vorverfahren eingeleitet hat. Der Mitbeteiligte erstattete eine Revisionsbeantwortung.



- 11 Der Verwaltungsgerichtshof hat über die Revision erwogen:
- 12 Zur Zulässigkeit der Revision bringt das Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl vor, das Bundesverwaltungsgericht sei von näher angeführter Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abgewichen, wonach auch ein Fehlverhalten, das (noch) nicht zu einer Verurteilung geführt habe, bei der Interessenabwägung nach § 9 BFA-VG zu berücksichtigen sei. Das Bundesverwaltungsgericht habe aber keine Feststellungen zu einem „strafgerichtlich anhängigen Verfahren zum Mord- und Terrorismusverdacht“ gegen den Mitbeteiligten getroffen. Dem öffentlichen Interesse sei im gegenständlichen Fall ein großes Gewicht beizumessen, weil dem Mitbeteiligten zur Last gelegt werde, an der Exekution von Personen mitgewirkt zu haben.
- 13 Die Revision erweist sich aufgrund dieses Vorbringens als zulässig. Sie ist auch begründet.
- 14 § 9 Abs. 1 bis 3 BFA-VG lautet:
- „Schutz des Privat- und Familienlebens
- § 9. (1) Wird durch eine Rückkehrentscheidung gemäß § 52 FPG, eine Anordnung zur Außerlandesbringung gemäß § 61 FPG, eine Ausweisung gemäß § 66 FPG oder ein Aufenthaltsverbot gemäß § 67 FPG in das Privat- oder Familienleben des Fremden eingegriffen, so ist die Erlassung der Entscheidung zulässig, wenn dies zur Erreichung der im Art. 8 Abs. 2 EMRK genannten Ziele dringend geboten ist.
- (2) Bei der Beurteilung des Privat- und Familienlebens im Sinne des Art. 8 EMRK sind insbesondere zu berücksichtigen:
1. die Art und Dauer des bisherigen Aufenthaltes und die Frage, ob der bisherige Aufenthalt des Fremden rechtswidrig war,
 2. das tatsächliche Bestehen eines Familienlebens,
 3. die Schutzwürdigkeit des Privatlebens,
 4. der Grad der Integration,
 5. die Bindungen zum Heimatstaat des Fremden,
 6. die strafgerichtliche Unbescholtenheit,



7. Verstöße gegen die öffentliche Ordnung, insbesondere im Bereich des Asyl-, Fremdenpolizei- und Einwanderungsrechts,
8. die Frage, ob das Privat- und Familienleben des Fremden in einem Zeitpunkt entstand, in dem sich die Beteiligten ihres unsicheren Aufenthaltsstatus bewusst waren,
9. die Frage, ob die Dauer des bisherigen Aufenthaltes des Fremden in den Behörden zurechenbaren überlangen Verzögerungen begründet ist.

(3) Über die Zulässigkeit der Rückkehrentscheidung gemäß § 52 FPG ist jedenfalls begründet, insbesondere im Hinblick darauf, ob diese gemäß Abs. 1 auf Dauer unzulässig ist, abzusprechen. Die Unzulässigkeit einer Rückkehrentscheidung gemäß § 52 FPG ist nur dann auf Dauer, wenn die ansonsten drohende Verletzung des Privat- und Familienlebens auf Umständen beruht, die ihrem Wesen nach nicht bloß vorübergehend sind. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Rückkehrentscheidung gemäß § 52 FPG schon allein auf Grund des Privat- und Familienlebens im Hinblick auf österreichische Staatsbürger oder Personen, die über ein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht oder ein unbefristetes Niederlassungsrecht (§ 45 oder §§ 51 ff Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG), BGBl. I Nr. 100/2005) verfügen, unzulässig wäre.

...“

- 15 Die Beurteilung, ob die Erlassung einer Rückkehrentscheidung einen unverhältnismäßigen Eingriff in die nach Art. 8 EMRK geschützten Rechte eines Fremden darstellt, hat nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes unter Bedachtnahme auf alle Umstände des Einzelfalles stattzufinden. Dabei muss eine gewichtende Abwägung des öffentlichen Interesses an einer Aufenthaltsbeendigung mit den gegenläufigen privaten und familiären Interessen des Fremden, insbesondere unter Berücksichtigung der in § 9 Abs. 2 BFA-VG genannten Kriterien und unter Einbeziehung der sich aus § 9 Abs. 3 BFA-VG ergebenden Wertungen, in Form einer Gesamtbetrachtung vorgenommen werden (siehe z.B. VwGH 18.11.2020, Ra 2020/14/0113, mwN).
- 16 Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kann bei der für die Verhängung eines Aufenthalts- oder Einreiseverbotes nach dem FPG durchzuführenden Gefährdungsprognose auch ein Verhalten des Fremden herangezogen werden, das (noch) nicht zu einer gerichtlichen oder verwaltungsbehördlichen Bestrafung geführt hat. Ein solches Vorgehen



verstößt nicht gegen die Unschuldsvermutung, erfordert jedoch entsprechende, in einem ordnungsgemäßen Ermittlungsverfahren getroffene Feststellungen zum Fehlverhalten selbst und nicht bloß zu einer allenfalls bestehenden, nicht weiter verifizierten Verdachtslage (vgl. etwa VwGH 22.1.2014, 2012/22/0246; 25.1.2018, Ra 2017/21/0237; 18.11.2020, Ra 2020/14/0113, jeweils mwN). Dies hat entsprechend auch für die Interessenabwägung nach § 9 BFA-VG zu gelten (vgl. wiederum VwGH 18.11.2020, Ra 2020/14/0113, mit Verweis auf VwGH 12.12.2012, 2012/18/0173).

- 17 Die revisionswerbende Behörde hatte das Bundesverwaltungsgericht während des anhängigen Beschwerdeverfahrens von gegen den Mitbeteiligten laufenden Ermittlungen wegen des Verdachts des Mordes und der Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung in Kenntnis gesetzt. Überdies übermittelte es dem Bundesverwaltungsgericht eine Sachverhaltsdarstellung der Landespolizeidirektion Salzburg (Landesamt für Verfassungsschutz und Terrorismusbekämpfung Salzburg) vom August 2020 sowie einen Bericht dieser Behörde vom Juni 2021. Diesen Mitteilungen zufolge sei im Rahmen einer erkennungsdienstlichen Behandlung des Mitbeteiligten hervorgekommen, dass dessen Fingerabdrücke bei amerikanischen Behörden gespeichert seien. Weitere Nachforschungen beim FBI hätten ergeben, der Mitbeteiligte stehe unter anderem im Verdacht, für einen Funktionär des IS im Irak aktiv gewesen und im Juni 2014 an einem Massaker sowie zu einem unbekannten Zeitpunkt an einer Enthauptung beteiligt gewesen zu sein. Auf Nachfrage des Bundesverwaltungsgerichtes teilte die Staatsanwaltschaft Salzburg mit, dass gegen den Mitbeteiligten wegen §§ 278a, 278b Abs. 2, 278c Abs. 2 iVm Abs. 1 Z 1 (§ 75 StGB), 12 dritter Fall StGB ein Ermittlungsverfahren anhängig, der Zeitpunkt einer verfahrensbeendenden Entscheidung aber aufgrund langwieriger Rechtshilfeersuchen nicht absehbar sei. Der Mitbeteiligte selbst legte dem Bundesverwaltungsgericht schließlich eine Niederschrift seiner Vernehmung als Beschuldigter vom 4. September 2020 in dieser Angelegenheit vor und gab dazu an, willkürlich in eine „Terrorliste“ aufgenommen worden zu sein.





- 18 Das Bundesverwaltungsgericht nahm die ihm bekannte Verdachtslage betreffend die mutmaßliche Beteiligung des Mitbeteiligten an einer terroristischen Vereinigung und an terroristischen Straftaten zwar zum Anlass, weitere Ermittlungen durchzuführen, indem es - wie erwähnt - Anfragen an die Staatsanwaltschaft Salzburg richtete und den Mitbeteiligten in der Verhandlung vom 14. September 2022 zu seinem Verhältnis zum IS und zum Hintergrund seiner Beschuldigtenvernehmung befragte. In Verkennung der dargestellten Rechtslage traf es im angefochtenen Erkenntnis allerdings weder Feststellungen zum Vorbringen des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl betreffend ein etwaiges (weiteres) Fehlverhalten des Mitbeteiligten noch unterzog es dessen Angaben in der Verhandlung, wonach er kein Naheverhältnis zum IS habe und ihm „die Amerikaner“ (nur) aus Anlass seiner Verhaftung durch eine näher genannte Miliz im Jahr 2007 Fingerabdrücke abgenommen hätten, einer Beweiswürdigung. Solchen Feststellungen, auf die sich das Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl bezieht - nämlich die Teilnahme des Mitbeteiligten an Massakern sowie an Enthauptungen - kann aber nun die Eignung nicht abgesprochen werden, dass im Rahmen der Würdigung aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalles das öffentliche Interesse an der Beendigung des Aufenthalts des Mitbeteiligten als deutlich erhöht anzusehen wäre (vgl. zur Notwendigkeit, sich auch mit noch nicht abgeurteiltem Fehlverhalten befassen zu müssen, in Bezug auf die insoweit der Sache nach vergleichbare Konstellation, in der eine das Gesamtverhalten berücksichtigende Gefährdungsprognose nach § 9 Abs. 2 Z 2 AsylG 2005 vorzunehmen ist, VwGH 22.2.2023, Ra 2022/14/0313, mwN).
- 19 Im Übrigen vermag sich der Verwaltungsgerichtshof der vom Bundesverwaltungsgericht auf dem Boden seiner Feststellungen durchgeführten Interessenabwägung aber auch insofern nicht anzuschließen, als die Integration des Mitbeteiligten in Österreich angesichts seiner festgestellten Straffälligkeit, die durch massive Ausübung von Gewalt gegen das Opfer gekennzeichnet war, fallbezogen nicht zu einem derartigen Überwiegen seiner individuellen Interessen führt, dass eine Rückkehrentscheidung als auf Dauer unzulässig anzusehen wäre (vgl. idZ etwa VwGH 9.6.2022, Ra 2022/19/0105).





- 20 Somit war das angefochtene Erkenntnis im Umfang seiner
Anfechtung - aufgrund der Aufhebung des Spruchpunktes A) 2. verlieren die
Spruchpunkte A) 3. und A) 4. ihre rechtliche Grundlage - gemäß § 42
Abs. 2 Z 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben.
- 21 Bei diesem Ergebnis war dem Mitbeteiligten gemäß § 47 Abs. 3 VwGG kein
Aufwandersatz für die Erstattung der Revisionsbeantwortung zuzusprechen.

W i e n , am 25. Juli 2023

