



Urteil vom 29. April 2022

Besetzung

Richterin Susanne Genner (Vorsitz),
Richter Gregor Chatton,
Richterin Jenny de Coulon Scuntaro,
Gerichtsschreiberin Eliane Kohlbrenner.

Parteien

A. _____,
vertreten durch lic. iur. Bettina Surber, Rechtsanwältin,
Anwälte 44,
Beschwerdeführer,

gegen

Staatssekretariat für Migration SEM,
Quellenweg 6, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Erteilung der vorläufigen Aufnahme.

Sachverhalt:**A.**

Der Beschwerdeführer (geb. [...], kubanischer Staatsangehöriger) heiratete am 7. September 2001 in Kuba eine Schweizer Staatsangehörige. Am 8. Dezember 2001 reiste er im Rahmen des Familiennachzugs in die Schweiz ein und erhielt eine Aufenthaltsbewilligung. Am 8. Dezember 2006 wurde ihm die Niederlassungsbewilligung erteilt. Die Ehe wurde am 23. August 2007 geschieden. Die gemeinsame Tochter (Jg. [...]) lebt bei der sorgeberechtigten Mutter. Aus einer späteren Beziehung ging eine zweite Tochter (Jg. [...]) hervor. Sie lebt ebenfalls bei der Kindesmutter. Beide Töchter verfügen über die Schweizer Staatsbürgerschaft.

B.

Mit Strafbefehl des Untersuchungsamtes B. _____ vom 24. Januar 2012 wurde der Beschwerdeführer wegen Tätlichkeiten gegen die ehemalige Lebenspartnerin zu einer Busse von Fr. 250.– verurteilt. Am 9. August 2012 verurteilte ihn das Kreisgericht B. _____ wegen versuchter eventualvorsätzlicher Tötung (begangen am 17. März 2012) zu einer Freiheitsstrafe von 54 Monaten.

C.

Am 22. Januar 2013 widerrief das Migrationsamt des Kantons B. _____ die Niederlassungsbewilligung des Beschwerdeführers und forderte ihn auf, die Schweiz am Tag der Entlassung aus dem Strafvollzug zu verlassen. Einen dagegen erhobenen Rekurs wies das Sicherheits- und Justizdepartement des Kantons B. _____ am 5. August 2013 ab. Der Entscheid ist in Rechtskraft erwachsen.

D.

Am 11. September 2015 trat das Migrationsamt des Kantons B. _____ auf ein Gesuch des Beschwerdeführers um Erteilung der vorläufigen Aufnahme nicht ein.

E.

Der Beschwerdeführer wurde am 24. September 2016 aus der Haft entlassen. Am 26. September 2016 stellte er auf der Botschaft der Republik Kuba in der Schweiz einen Antrag auf Rückkehr nach Kuba. Am 8. Februar 2017 legte der Beschwerdeführer beim Migrationsamt des Kantons B. _____ seinen neuen, bis 26. November 2022 gültigen kubanischen Reisepass vor. Der Antrag auf Rückkehr wurde von den kubanischen Behörden am

2. November 2018 wegen der finanziellen Situation des Beschwerdeführers und des Fehlens einer für ihn verantwortlichen Person in Kuba abgelehnt.

F.

Am 14. September 2020 trat das Migrationsamt des Kantons B. _____ auf ein erneutes Gesuch des Beschwerdeführers vom 5. Dezember 2019 um Erteilung der vorläufigen Aufnahme nicht ein. Im Zuge des Rekursverfahrens hob das Migrationsamt am 26. Dezember 2020 die Verfügung wiedererwägungsweise auf und nahm das Verfahren wieder an die Hand. Der Rekurs wurde infolge Gegenstandslosigkeit abgeschrieben. Am 7. Januar 2021 beantragte das Migrationsamt des Kantons B. _____ beim SEM (nachfolgend: Vorinstanz) die Anordnung der vorläufigen Aufnahme des Beschwerdeführers, da der Vollzug der Wegweisung unmöglich sei.

G.

Am 8. Februar 2021 gewährte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör zur allfälligen Verweigerung der vorläufigen Aufnahme. Mit Schreiben vom 12. März 2021 nahm der Beschwerdeführer Stellung.

H.

Mit Verfügung vom 31. März 2021 lehnte die Vorinstanz den Antrag auf Anordnung der vorläufigen Aufnahme des Beschwerdeführers ab.

I.

Am 3. Mai 2021 erhob der Beschwerdeführer beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde. Er beantragte, die Verfügung der Vorinstanz vom 31. März 2021 sei aufzuheben und er sei in der Schweiz vorläufig aufzunehmen. Eventualiter sei die Verfügung der Vorinstanz vom 31. März 2021 aufzuheben und es sei die Sache zur umfassenden Feststellung des Sachverhalts und zur rechtlichen Würdigung desselben an die Vorinstanz zurückzuweisen. Ihm sei die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverteidigung zu gewähren.

J.

Mit Zwischenverfügung vom 12. Mai 2021 hiess die Instruktionsrichterin die Gesuche um unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverteidigung gut.

K.

Am 2. Juni 2021 reichte die Vorinstanz eine Vernehmlassung ein.

L.

Mit Replik vom 5. Juli 2021 nahm der Beschwerdeführer zur Vernehmlassung Stellung.

M.

Der Schriftenwechsel wurde am 13. Juli 2021 geschlossen.

N.

Mit Zwischenverfügung vom 22. Februar 2022 wies die Instruktionsrichterin das Gesuch des Beschwerdeführers um Wechsel der unentgeltlichen Rechtsbeiständin ab.

O.

Am 9. März 2022 reichte der Beschwerdeführer einen Auszug aus dem Geburtsregister betreffend seinen Sohn C._____, geboren am (...), ein mit der Bitte, den Auszug zu den Akten zu nehmen und im Entscheid zu berücksichtigen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**1.**

1.1 Verfügungen des SEM betreffend vorläufige Aufnahme unterliegen der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (Art. 112 Abs. 1 AIG i.V.m. Art. 31 ff. VGG). Der Beschwerdeführer ist zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (Art. 50 und Art. 52 Abs. 1 VwVG).

1.2 Das Rechtsmittelverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

2.

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 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 eine Beschwerde auch aus anderen

als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder abweisen. Massgebend ist grundsätzlich die Sachlage zum Zeitpunkt seines Entscheids (vgl. BGE 139 II 534 E. 5.4.1; BVGE 2014/1 E. 2).

3.

3.1 Der Beschwerdeführer moniert, die Vorinstanz habe den rechtserheblichen Sachverhalt ungenügend festgestellt, indem sie ohne nähere Prüfung davon ausgegangen sei, seine Rückkehr nach Kuba sei möglich.

3.2 Die unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts kann nach Art. 49 Bst. b VwVG gerügt werden. Unvollständig ist die Sachverhaltsfeststellung, wenn die Behörde trotz des geltenden Untersuchungsgrundsatzes (Art. 12 VwVG) den Sachverhalt nicht von Amtes wegen abgeklärt, oder nicht alle für den Entscheid wesentlichen Sachumstände berücksichtigt hat (vgl. BENJAMIN SCHINDLER, in: Kommentar zum VwVG, 2. Aufl. 2019, Art. 49 N. 29).

3.3 Aus den Akten ergibt sich, dass die Vorinstanz Abklärungen zur Möglichkeit des Wegweisungsvollzugs nach Kuba gemacht hat. Eine weitergehende Prüfung war angesichts der Tatsache, dass aufgrund der Fallkonstellation die Möglichkeit des Wegweisungsvollzugs nicht geprüft werden muss (vgl. E. 4.2), nicht angezeigt. Der rechtserhebliche Sachverhalt wurde somit vollständig festgestellt. Es besteht keine Veranlassung, die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. Das entsprechende Rechtsbegehren ist abzuweisen.

4.

4.1 Das SEM verfügt die vorläufige Aufnahme eines Ausländers oder einer Ausländerin, wenn der Vollzug der Weg- oder Ausweisung nicht möglich, nicht zulässig oder nicht zumutbar ist (Art. 83 Abs. 1 AIG). Gemäss Art. 83 Abs. 7 AIG wird die vorläufige Aufnahme wegen Unzumutbarkeit oder Unmöglichkeit des Wegweisungsvollzugs (Art. 83 Abs. 4 und 2 AIG) nicht verfügt, wenn die weg- oder ausgewiesene Person zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe im In- oder Ausland verurteilt wurde oder wenn gegen sie eine strafrechtliche Massnahme im Sinne der Art. 59–61 oder 64 StGB angeordnet wurde (Bst. a), erheblich oder wiederholt gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen hat oder diese gefährdet oder die innere oder die äussere Sicherheit gefährdet (Bst. b), oder die Unmöglichkeit des Vollzugs der Weg- oder Ausweisung durch ihr eigenes Verhalten verursacht hat (Bst. c). In einem solchen Fall

ist lediglich zu prüfen, ob sich der Vollzug aufgrund völkerrechtlicher Verpflichtungen als unzulässig im Sinne von Art. 83 Abs. 3 AIG erweist.

Das Bundesgericht hat den Begriff der "längerfristigen Freiheitsstrafe" im Sinne von Art. 62 Bst. b AIG – und damit auch den gleichlautenden Begriff in Art. 83 Abs. 7 Bst. a AIG – dahingehend konkretisiert, dass darunter im Sinne eines festen Grenzwertes eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr zu verstehen ist, unabhängig davon, ob die Strafe bedingt, teilbedingt oder unbedingt zu vollziehen ist (BGE 135 II 377 E. 4.2). Kürzere Freiheitsstrafen dürfen nicht zusammengerechnet werden (BGE 137 II 297 E. 2.3.6).

4.2 Der Beschwerdeführer wurde mit Urteil des Kreisgerichts B. _____ vom 9. August 2012 wegen versuchter eventualvorsätzlicher Tötung zu einer Freiheitsstrafe von 54 Monaten verurteilt. Die Voraussetzung von Art. 83 Abs. 7 Bst. a AIG (Tatbestandsvariante «Verurteilung zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe») im Sinne der obgenannten bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist somit erfüllt. Nachfolgend ist im Rahmen der Erteilung der vorläufigen Aufnahme einzig die Zulässigkeit und Verhältnismässigkeit des Wegweisungsvollzugs zu prüfen (Urteil des BVGer F-6257/2019 vom 27. April 2021 E. 3.4 und 5). Da die Zumutbarkeit und Möglichkeit des Wegweisungsvollzugs in dieser Konstellation nicht zur Debatte stehen (vgl. E. 4.1 am Ende), ist auf die entsprechenden Ausführungen des Beschwerdeführers nicht einzugehen, zumal entgegen seiner Ansicht eine allfällige Unmöglichkeit des Wegweisungsvollzugs bei der Verhältnismässigkeitsprüfung nicht zu berücksichtigen ist. Anzuführen ist, dass das Migrationsamt des Kantons B. _____ die Anordnung der vorläufigen Aufnahme des Beschwerdeführers beim SEM mit der unzutreffenden und Art. 83 Abs. 7 Bst. a AIG entgegenstehenden Begründung beantragt hat, der Wegweisungsvollzug des Beschwerdeführers sei unmöglich.

5.

5.1 Die Vorinstanz begründet die Verweigerung der Zustimmung zur Erteilung der vorläufigen Aufnahme damit, der Straftatbestand der versuchten vorsätzlichen Tötung sowie das Verschulden des Beschwerdeführers wiegen sehr schwer. Zwar liege die Straftat bereits einige Zeit zurück und der Beschwerdeführer habe sich seither nichts mehr zu Schulden kommen lassen; dabei sei aber zu berücksichtigen, dass er erst am 24. September 2016 aus dem Strafvollzug entlassen worden sei. Zudem sei bei Straftaten gegen die körperliche Integrität auch nur ein kleines Restrisiko eines Rück-

falls nicht hinnehmbar. Es bestehe somit ein gewichtiges öffentliches Interesse am Vollzug der Wegweisung. Der Beschwerdeführer halte sich seit 20 Jahren in der Schweiz auf und spreche offenbar sehr gut Deutsch. Gemäss seinen Aussagen und Referenzschreiben pflege er eine sehr intensive Beziehung zu seinen beiden minderjährigen Töchtern. Des Weiteren habe er eine Zusage für eine Arbeitsstelle eingereicht. Er habe sich jedoch während seines legalen Aufenthalts in der Schweiz verschuldet (Verlustscheine von Fr. 40'933.10, offene Betreibungen von Fr. 21'476.55) und zweitweise Sozialhilfe bezogen (Fr. 22'397.10). Angesichts der langen Aufenthaltsdauer in der Schweiz könne «keinesfalls» von einer fortgeschrittenen Integration gesprochen werden. Die in familiärer Hinsicht entstehenden Nachteile seien in erster Linie auf den Verlust seines Aufenthaltsrechts zurückzuführen. Er könne den Kontakt zu seinen Töchtern mittels moderner Kommunikationsmittel pflegen. Der Beschwerdeführer sei erst im Alter von (...) Jahren in die Schweiz eingereist. Er habe somit seine Kindheit und die prägenden Jugendjahre in Kuba verbracht. Er sei mit der Sprache und den kulturellen Gepflogenheiten vertraut. In Kuba lebe seine Mutter. Zudem dürfte er dort über ein gewisses soziales Beziehungsnetz verfügen, das ihm die Wiedereingliederung erleichtere. Insgesamt überwiege das öffentliche Interesse am Wegweisungsvollzug das private Interesse des Beschwerdeführers am Verbleib in der Schweiz. Die Nichtanordnung der vorläufigen Aufnahme erweise sich daher als verhältnismässig. Der Wegweisungsvollzug sei zulässig.

5.2 Der Beschwerdeführer bringt vor, seine Straftat sei ein einmaliges Delikt gewesen, welches er zutiefst bereue. Seit seiner Haftentlassung vor viereinhalb Jahren habe er sich nichts zu Schulden kommen lassen. Es sei nicht davon auszugehen, dass von ihm in Zukunft eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ausgehe. An der Fernhaltung bestehe kein präventives Schutzinteresse. Er sei zwar seinen finanziellen Verpflichtungen nicht immer nachgekommen, habe nun aber eine Arbeitsstelle zugesichert bekommen, die es ihm erlauben werde, für seinen Unterhalt aufzukommen. Ohne eine vorläufige Aufnahme werde er wegen der Unmöglichkeit des Wegweisungsvollzugs in der Schweiz verbleiben und von staatlicher Unterstützung abhängig sein, da ihm die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit nicht gestattet sei. Er sei Vater zweier Töchter, die über die Schweizer Staatsbürgerschaft verfügten. Insbesondere zur älteren Tochter (Jg. [...]) habe er ein enges Verhältnis. Er sehe sie in der Regel täglich; es sei von einer gelebten Vater-Tochter-Beziehung und einer besonderen affektiven Bindung im Sinne von Art. 8 Ziff. 1 EMRK auszugehen. Zudem

lebe er wieder in einer Partnerschaft mit einer Schweizer Staatsangehörigen und er werde in den nächsten Wochen nochmals Vater. Der ständige Druck und die Ungewissheit, wie es weitergehe, belaste ihn und seine Töchter. Die Töchter seien darauf angewiesen, dass sein Aufenthaltsstatus legalisiert werde und sie mit ihm ohne Zukunftssorgen leben könnten. Zudem könne er ohne Erwerbstätigkeit keinen Beitrag an den Unterhalt der Kinder zahlen. Eine Kontaktpflege zu den Kindern und zur Lebenspartnerin nur mittels Telekommunikationsmitteln stelle einen schweren Eingriff in sein Recht auf Familienleben nach Art. 8 Ziff. 1 EMRK dar. Zudem sei auch das Recht auf Privatleben verletzt, da er sich in der Schweiz ein breites Beziehungsnetz aufgebaut habe, das ihm trotz der Haftstrafe geblieben sei. Die in Aussicht stehende Arbeitsstelle und seine sehr guten Deutschkenntnisse zeugten von einer sehr fortgeschrittenen Integration. Sein privates Interesse am Verbleib in der Schweiz überwiege das öffentliche Interesse an der Wegweisung deutlich. Eine Nichterteilung der vorläufigen Aufnahme sei unverhältnismässig.

5.3 Die Vorinstanz führt in der Vernehmlassung aus, die Freiheitsstrafe von 54 Monaten spreche deutlich für ein gewichtiges öffentliches Interesse. Dem Wohlverhalten nach der Haftentlassung komme unter dem Druck des ausländerrechtlichen Verfahrens nur eingeschränkte Bedeutung zu. Bei einer faktischen Unmöglichkeit des Wegweisungsvollzugs ins Heimatland verbleibe der Beschwerdeführer zwar illegal in der Schweiz. Aber die Ausschlussgründe der vorläufigen Aufnahme gemäss Art. 83 Abs. 7 AIG würden ausdrücklich auch bei Unzumutbarkeit und Unmöglichkeit des Vollzugs greifen. Das Ergebnis eines illegalen Aufenthaltes in der Schweiz ergebe sich daher direkt aus dem Gesetz. Der Anspruch auf Achtung des Familienlebens sei im Rahmen des Bewilligungsverfahrens zu prüfen und nicht erst im Rahmen der nachgeordneten Prüfung der Durchführbarkeit des Wegweisungsvollzugs. Zudem verschaffe Art. 8 Ziff. 1 EMRK keinen absoluten Anspruch auf Aufenthalt; eine verweigernde Massnahme sei gestützt auf Art. 8 Ziff. 2 EMRK gerechtfertigt.

5.4 Der Beschwerdeführer entgegnet in der Replik, seine Niederlassungsbewilligung sei bereits am 5. August 2013 durch den rechtskräftigen Entscheid des Sicherheits- und Justizdepartements widerrufen worden. Nach seiner Haftentlassung im Jahr 2016 habe er wieder einen intensiven Kontakt zu seinen Töchtern gepflegt. Aufgrund der seit der Prüfung durch das Departement verstrichenen Zeit könne seine familiäre Situation nicht unberücksichtigt bleiben.

5.5 Nach Abschluss des Schriftenwechsels teilt der Beschwerdeführer mit, er sei nochmals Vater geworden, sein Sohn C._____ (gemäss Geburtsregister am [...] geboren) verfüge über die Schweizer Staatsbürgerschaft und er – der Beschwerdeführer – lebe weiterhin in einer Partnerschaft mit der Schweizerin D._____.

6.

Der Vollzug ist nicht zulässig, wenn völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz einer Weiterreise der Ausländerin oder des Ausländers in den Heimat-, Herkunfts- oder einen Drittstaat entgegenstehen (Art. 83 Abs. 3 AIG).

6.1 Der Beschwerdeführer bringt vor, der Vollzug der Wegweisung sei wegen des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens gemäss Art. 8 EMRK unzulässig. Das Sicherheits- und Justizdepartement des Kantons B._____ bestätigte am 5. August 2013 den Widerruf der Niederlassungsbewilligung des Beschwerdeführers. Nach dem Konzept des schweizerischen Ausländerrechts ist der Anspruch auf Achtung des Privat- und Familienlebens nach Art. 8 EMRK, soweit auf dauernden Aufenthalt in der Schweiz gerichtet, im Rahmen des Bewilligungsverfahrens zu prüfen und nicht erst im Rahmen der nachgeordneten Prüfung der Durchführbarkeit des Wegweisungsvollzugs (Urteile des BVGer C-6889/2015 vom 29. Februar 2016 E. 6.4; C-6436/2010 vom 23. Dezember 2013 E. 5.5.2). Aufgrund des Haftaufenthalts des Beschwerdeführers bis zum 24. September 2016, der anschliessenden Abklärungen bezüglich Rückkehr in sein Heimatland und des am 5. Dezember 2019 eingeleiteten Verfahrens betreffend Erteilung einer vorläufigen Aufnahme sind seit der Prüfung von Art. 8 EMRK im Rahmen des Widerrufs der Niederlassungsbewilligung bereits knapp neun Jahre vergangen; eine erneute Prüfung besagter Konventionsbestimmung erscheint daher ausnahmsweise gerechtfertigt.

6.2

6.2.1 Art. 8 Ziff. 1 EMRK garantiert den Schutz des Familienlebens, welches in erster Linie die Kernfamilie, das heisst die Gemeinschaft der Ehegatten mit ihren minderjährigen Kindern, umfasst. Die Garantie kann verletzt sein, wenn einer ausländischen Person mit in der Schweiz aufenthaltsberechtigten Familienangehörigen das Zusammenleben verunmöglicht wird. Art. 8 EMRK ist berührt, wenn eine nahe, echte und tatsächlich gelebte familiäre Beziehung einer gefestigt anwesenheitsberechtigten Person beeinträchtigt wird, ohne dass es dieser möglich beziehungsweise zumutbar wäre, ihr Familienleben andernorts zu pflegen (BGE 144 II 1 E. 6.1; 143 I 21 E. 5.1).

Art. 8 Ziff. 1 EMRK verschafft praxisgemäss keinen Anspruch auf Einreise und Aufenthalt oder auf einen Aufenthaltstitel. Er hindert Konventionsstaaten nicht daran, die Anwesenheit auf ihrem Staatsgebiet zu regeln und den Aufenthalt ausländischer Personen unter Beachtung überwiegender Interessen des Familien- und Privatlebens gegebenenfalls auch wieder zu beenden. Der Anspruch auf Achtung des Privat- und Familienlebens gemäss Art. 8 Ziff. 1 EMRK kann rechtmässig eingeschränkt werden, wenn dies gesetzlich vorgesehen ist, einem legitimen Zweck entspricht und zu dessen Realisierung in einer demokratischen Gesellschaft notwendig erscheint (Art. 8 Ziff. 2 EMRK). Die Konvention verlangt, dass die individuellen Interessen an der Erteilung beziehungsweise am Erhalt des Anwesenheitsrechts und der öffentlichen Interessen an dessen Verweigerung sorgfältig gegeneinander abgewogen werden, wenn zumindest eine der beteiligten Personen in der Schweiz über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht verfügt (Art. 8 Ziff. 2 EMRK; Urteil des EGMR El Ghatet gegen Schweiz vom 8. November 2016 [Nr. 56971/10] § 53). Erforderlich ist dabei (1) eine in affektiver und (2) in wirtschaftlicher Hinsicht besonders enge Eltern-Kind-Beziehung; (3) der Umstand, dass diese wegen der Distanz zwischen der Schweiz und dem Staat, in welchen die ausländische Person oder Personen mutmasslicherweise auszureisen hätten, praktisch nicht aufrechterhalten werden könnte; und (4) dass sich die ausreisepflichtige Person hier weitgehend tadellos verhalten hat (BGE 143 I 21 E. 5.1 und 5.2; 142 II 35 E. 6.1 und 6.2).

Der nicht sorge- beziehungsweise hauptsächlich betreuungsberechtigte ausländische Elternteil kann die familiäre Beziehung mit seinem Kind in der Regel nur beschränkt im Rahmen des ihm eingeräumten Rechts auf angemessenen persönlichen Verkehr und den damit verbundenen Betreuungsanteilen (Besuchsrecht, vgl. Art. 273 Abs. 1 ZGB) leben. Hierfür ist nicht unbedingt erforderlich, dass er sich dauerhaft im selben Land aufhält wie das Kind und dort über ein Anwesenheitsrecht verfügt. Unter dem Gesichtswinkel des Schutzes des Familienlebens (Art. 13 Abs. 1 BV sowie Art. 8 Ziff. 1 EMRK) genügt je nach den Umständen, dass der Kontakt zum Kind im Rahmen von Kurzaufenthalten, Ferienbesuchen oder über die modernen Kommunikationsmittel vom Ausland her wahrgenommen werden kann; gegebenenfalls sind die zivilrechtlichen Modalitäten den ausländerrechtlichen Vorgaben entsprechend anzupassen (BGE 143 I 21 E. 5.3; Urteil des BGer 2C_934/2021 vom 15. Februar 2022 E. 4.6.3).

6.2.2 Der Beschwerdeführer ist Vater dreier minderjähriger Kinder, welche alle über die schweizerische Staatsbürgerschaft und damit über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht verfügen; der Schutzbereich von Art. 8 Ziff. 1 EMRK (Recht auf Achtung des Familienlebens) ist durch den drohenden Wegweisungsvollzug berührt. Es ist folglich eine Abwägung der öffentlichen Interessen am Wegweisungsvollzug und der privaten Interessen des Beschwerdeführers an der Erteilung einer vorläufigen Aufnahme vorzunehmen.

6.2.3 Das Kreisgericht B._____ verurteilte den Beschwerdeführer am 9. August 2012 wegen versuchter eventualvorsätzlicher Tötung zu einer Freiheitsstrafe von 54 Monaten. Am 17. März 2012 kam es in einem Lokal wegen angeblicher beleidigender Äusserungen zu einer verbalen und dann handgreiflichen Auseinandersetzung zwischen verschiedenen Personen. Dabei warf der Beschwerdeführer dem (späteren) Opfer seinen Pizzateller samt Pizza an den Kopf. Nachdem der Beschwerdeführer ein Pizzamesser in die Hand genommen hatte, rannte das Opfer aus dem Lokal. Der Beschwerdeführer folgte ihm und stach mit dem Pizzamesser drei Mal in den Rumpf des Opfers, wobei er zumindest einmal stehend auf das am Boden kniende unbewaffnete Opfer von oben nach unten in den Rückenbereich zustach. Danach entfernte sich der Beschwerdeführer vom Tatort. Das Kreisgericht hielt fest, der Beschwerdeführer habe mit dem Tod des Opfers rechnen müssen, da die Stiche im Bereich lebenswichtiger Organe erfolgt seien. Dass das Opfer nicht seinen Verletzungen erlegen sei, sei einzig dem schnellen medizinischen Eingriff zu verdanken (Urteil des Kreisgerichts B._____, S. 3).

Beim menschlichen Leben handelt es sich um das höchste Rechtsgut überhaupt. Mit der versuchten eventualvorsätzlichen Tötung hat der Beschwerdeführer auf gravierende Art und Weise die öffentliche Ordnung in einem ganz besonders schützenswerten Bereich verletzt (BGE 139 II 121 E. 6.3). Dem Wohlverhalten einer Person im Strafvollzug kommt keine signifikante Aussagekraft zu. Angesichts der in einer Strafvollzugsanstalt vorhandenen, engmaschigen Betreuung und intensiven Kontrolle wird ein tadelloses Verhalten eines Inhaftierten erwartet und lässt keine verlässlichen Rückschlüsse auf das künftige Verhalten einer Person in Freiheit zu (BGE 137 II 233 E. 5.2.2). Dass sich der Beschwerdeführer nach der Haftentlassung wohlverhalten hat, ist vermag das öffentliche Interesse an der Verweigerung der vorläufigen Aufnahme (welche die Beendigung des Aufenthalts zur Folge hat) nur geringfügig zu relativieren. Es besteht somit ein gewichtiges öffentliches Interesse am Vollzug der Wegweisung.

6.2.4 Der Beschwerdeführer hat aus der im Jahr 2007 geschiedenen Ehe eine Tochter (Jg. [...]). Die zweite Tochter (Jg. [...]) stammt aus einer weiteren Beziehung. Die beiden Töchter leben bei den sorgeberechtigten Müttern. Gemäss Schreiben der Ex-Frau vom 16. Januar 2013 und 21. August 2019 sowie zwei Schreiben von Bekannten aus dem Jahr 2019 habe der Beschwerdeführer einen sehr guten Kontakt zu seinen Töchtern. Die ältere Tochter habe ihn auch einmal im Gefängnis besucht. Aktuelle Schreiben von Bezugspersonen oder anderweitige Belege, welche Aufschluss über das derzeitige Verhältnis des Beschwerdeführers zu seinen Töchtern geben könnten, wurden nicht eingereicht. Dies weckt erhebliche Zweifel an seiner Aussage, er sehe die ältere Tochter fast täglich. Am (...) wurde der Beschwerdeführer nochmals Vater. Die Geburt seines Sohnes liess er in der Replik vom 5. Juli 2021 unerwähnt. Erst am 9. März 2022 reichte er einen Auszug aus dem Geburtsregister ein. Zudem gab er an, er lebe mit der Kindsmutter weiterhin in einer Partnerschaft. Es fehlen jedoch Belege, welche Auskunft über das Verhältnis zum Sohn, die Partnerschaft oder die Wohnsituation geben könnten. Aus den Akten ergibt sich zudem, dass er seiner Pflicht zur Unterhaltszahlung für die Kinder kaum nachgekommen ist; so musste der Unterhalt zeitweise vom Sozialamt bevorschusst werden. Eine in affektiver und in wirtschaftlicher Hinsicht besonders enge Vater-Kind-Beziehung liegt demnach nicht vor.

6.2.5 Wenngleich der Beschwerdeführer ein Interesse daran hat, bei seinen Kindern in der Schweiz zu verbleiben, ist dieses nicht derart stark, dass es das öffentliche Interesse an der Beendigung des Aufenthalts zu überwiegen vermöchte. Er lebte mit ihnen nur kurz (erstes Kind) oder aber gar nie zusammen (zweites und drittes Kind). Durch die Inhaftierung während viereinhalb Jahren war die Kontaktpflege zusätzlich eingeschränkt. Der Beschwerdeführer kann die Beziehung zu seinen Kindern vom Ausland her mittels moderner Kommunikationsmittel und im Rahmen von Kurzaufenthalten in der Schweiz pflegen. Der Eingriff in das Recht auf Achtung des Familienlebens ist bei dieser Sachlage gerechtfertigt.

6.3

6.3.1 Gemäss Art. 8 Ziff. 1 EMRK hat jede Person das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz. Der Begriff des Privatlebens wird umfassend verstanden. Geschützt ist ein Recht auf Selbstbestimmung beziehungsweise das Recht, ein Leben nach seiner Wahl zu leben sowie die Möglichkeit, Beziehungen zu anderen Menschen aufzunehmen. Eine ausländerrechtliche Fernhaltungsmassnahme kann

das Recht auf Privatleben verletzen, namentlich bei Ausländern der zweiten Generation. Der konkrete Anspruch auf Schutz des Privatlebens ist anhand einer Gesamtabwägung zu berücksichtigen. Dabei kommt der bisherigen Aufenthaltsdauer eine erhebliche Bedeutung zu. Je länger jemand in einem bestimmten Land lebt, desto enger werden im allgemeinen die Beziehungen sein, die er dort geknüpft hat, und desto gewichtiger wird dieses Element in der Interessenabwägung. Nach einer rechtmässigen Aufenthaltsdauer von rund zehn Jahren kann regelmässig davon ausgegangen werden, dass die sozialen Beziehungen in diesem Land so eng geworden sind, dass es für eine Aufenthaltsbeendigung besonderer Gründe bedarf; im Einzelfall kann es sich freilich anders verhalten und die Integration zu wünschen übrig lassen (BGE 144 I 266 E. 3.7–3.9).

6.3.2 Der Beschwerdeführer reiste im Alter von (...) Jahren in die Schweiz ein, wo er sich nunmehr seit 20 Jahren, davon 15 Jahre rechtmässig, aufhält. Gemäss eigenen Angaben spricht er sehr gut Deutsch. Es gelang ihm aber nie, sich wirtschaftlich zu integrieren. Er ging nur sporadisch einer Erwerbstätigkeit nach. Gemäss Betreibungsregisterauszug vom 25. Januar 2021 häufte er von September 2008 bis zu seiner Inhaftierung im Jahr 2012 Schulden in der Höhe von Fr. 73'670.20 an. Zudem bezog er zeitweise Sozialhilfe. Die eingereichte Zusicherung einer Arbeitsstelle stammt aus dem Jahr 2019. Es ist fraglich, ob diese Zusicherung nach wie vor Gültigkeit hat. Aufgrund seines bisherigen Verhaltens ist vielmehr davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer auch nach Erteilung einer vorläufigen Aufnahme nicht in der Lage oder willens sein dürfte, seinen Lebensunterhalt selbst zu bestreiten. Bezüglich seines angeblich grossen sozialen Beziehungsnetzes in der Schweiz liegen lediglich vier Schreiben von Bekannten aus dem Jahr 2019 vor. Eine fortgeschrittene Integration ist daher sowohl in wirtschaftlicher als auch in sozialer Hinsicht zu verneinen. Das private Interesse am Verbleib in der Schweiz wird auch dadurch relativiert, dass der Beschwerdeführer die prägenden Kinder- und Jugendjahre in Kuba verbracht hat. Er ist mit der Sprache sowie der dortigen Kultur vertraut; zudem lebt seine Mutter in Kuba. Es ist deshalb anzunehmen, dass er dort über ein gewisses soziales Beziehungsnetz verfügt oder ein solches ohne grössere Schwierigkeiten aufbauen kann. Der Eingriff in das Recht auf Achtung des Privatlebens ist gerechtfertigt.

6.4 Des Weiteren ergeben sich weder aus den Angaben des Beschwerdeführers noch aus den Akten Anhaltspunkte dafür, dass er für den Fall einer Ausschaffung nach Kuba dort mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit einer nach Art. 3 EMRK oder Art. 3 des Übereinkommens vom 10. Dezember

1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (FoK, SR 0.105) verbotenen Strafe oder Behandlung ausgesetzt wäre. Auch die allgemeine Menschenrechtssituation in dieser Region lässt den Wegweisungsvollzug zum heutigen Zeitpunkt nicht als unzulässig erscheinen.

6.5 Zusammenfassend stehen dem Vollzug der Wegweisung keine völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz entgegen. Der Wegweisungsvollzug erweist sich als zulässig

7.

Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung im Lichte von Art. 49 VwVG nicht zu beanstanden ist. Die Beschwerde ist abzuweisen.

8.

8.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens wären die Kosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG; Art. 1-3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Mit Zwischenverfügung vom 12. Mai 2021 wurden indes die Gesuche um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung sowie unentgeltliche Rechtsbeistandung gutgeheissen. Dem Beschwerdeführer sind deshalb keine Verfahrenskosten aufzuerlegen.

8.2 Die unentgeltliche Rechtsbeiständin des Beschwerdeführers hat keine Honorarnote eingereicht. Der Aufwand lässt sich allerdings aufgrund der Akten zuverlässig abschätzen (Art. 14 Abs. 2 VGKE). In Anwendung der massgeblichen Bemessungsfaktoren (vgl. Art. 8–11 VGKE) ist das Honorar für lic. iur. Bettina Surber, Rechtsanwältin, auf Fr. 2'200.– (inkl. Auslagen) festzusetzen.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.

Der unentgeltlichen Rechtsbeiständin wird zu Lasten der Gerichtskasse eine Entschädigung von Fr. 2'200.– entrichtet.

4.

Dieses Urteil geht an den Beschwerdeführer und die Vorinstanz.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Susanne Genner

Eliane Kohlbrenner

Versand: