Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung IV
D-2037/2014/pjn

Urteil vom 3. November 2014

Besetzung

Richterin Nina Spälti Giannakitsas (Vorsitz),
Richterin Muriel Beck Kadima,
Richter Yanick Felley,
Gerichtsschreiberin Sara Steiner.

Parteien

A._____**,** geboren (…),
Afghanistan,
vertreten durch lic. iur. Urs Ebnöther,
Beschwerdeführer,

gegen

Bundesamt für Migration (BFM),
Quellenweg 6, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Aufhebung vorläufige Aufnahme (Asyl);
Verfügung des BFM vom 6. März 2014 / N (…).

Sachverhalt:

A.
Mit in Rechtskraft erwachsener Verfügung vom 6. Juli 2010 wies das BFM das Asylgesuch des Beschwerdeführers vom 14. Dezember 2009 ab und nahm den aus Herat stammenden Beschwerdeführer wegen Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs in der Schweiz vorläufig auf.

B.
Mit in Rechtskraft erwachsenem Urteil des Bezirksgerichts B._____ vom (…) wurde der Beschwerdeführer wegen Vergewaltigung für schuldig erklärt. Er wurde zu einer Freiheitsstrafe von 36 Monaten verurteilt. Der Vollzug wurde im Umfang von 26 Monaten unter Ansetzung einer zweijährigen Probezeit aufgeschoben.

C.
Mit Schreiben vom 5. Februar 2014 beantragte das Migrationsamt des Kantons B._____ beim BFM die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme des Beschwerdeführers.

D.
Mit Schreiben vom 13. Februar 2014 teilte das BFM dem Beschwerdeführer mit, es erwäge, gestützt auf Art. 83 Abs. 7 Bst. a AuG die vorläufige Aufnahme aufzuheben und die Wegweisung zu vollziehen. Es gewährte ihm dazu das rechtliche Gehör. Dieses Schreiben wurde dem BFM von der Post mit dem Vermerk "nicht abgeholt" retourniert.

E.
Mit Verfügung vom 6. März 2014 – eröffnet am 13. März 2014 – hob das BFM die vorläufige Aufnahme des Beschwerdeführers auf und ordnete die Wegweisung sowie den Vollzug an.

F.
Mit Beschwerde vom 14. April 2014 erhob der Beschwerdeführer gegen diesen Entscheid beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde und beantragte, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und es sei von der Aufhebung der vorläufigen Aufnahme abzusehen. In formeller Hinsicht ersuchte er um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) i.V.m. Art. 110a des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG, SR 142.31) und um Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses.

G.
Mit Verfügung vom 2. Mai 2014 verschob die Instruktionsrichterin das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege auf einen späteren Zeitpunkt und forderte den Beschwerdeführer auf, mittels beigelegtem Formular über seine Prozessarmut Auskunft zu geben. Gleichzeitig verzichtete sie auf die Erhebung eines Kostenvorschusses.

H.
Mit Schreiben vom 16. Mai 2014 erklärte der Beschwerdeführer, er werde von der C._____ unterstützt, reichte einen Arbeitsvertrag vom (…) 2014 mit der Firma D._____, welcher noch in der Probezeit wieder aufgelöst worden sei, zu den Akten und beantragte eine Fristerstreckung zur Belegung seiner finanziellen Verhältnisse.

I.
In seiner Vernehmlassung vom 19. Mai 2014 hielt das BFM an seinen Erwägungen fest und beantragte die Abweisung der Beschwerde.

J.
In seiner Replik vom 5. Juni 2014 nahm der Beschwerdeführer zur Vernehmlassung des BFM Stellung und reichte eine Lohnabrechnung für den Monat Mai der E._____ vom 25. Mai 2014 sowie eine Fürsorgebestätigung der C._____ vom 20. Mai 2014 zu den Akten.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
1.1 Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Das BFM gehört zu den Behörden nach Art. 33 VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine das Sachgebiet betreffende Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde und entscheidet auf dem Gebiet des Ausländerrechts betreffend die vorläufige Aufnahme endgültig (Art. 83 Bst. c Ziff. 3 BGG).

1.2 Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

1.3 Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht. Der Beschwerdeführer hat am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen, ist durch die

angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung. Er ist daher zur Einreichung der Beschwerde legitimiert (Art. 112 Abs. 1 Ausländergesetz [AuG, SR 142.20] i.V.m. Art. 37 VGG; Art. 48, 50 und 52 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2.
Mit Beschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht (einschliesslich Missbrauch und Überschreiten des Ermessens), die unrichtige und unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts sowie die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 112 Abs. 1 AuG i.V.m. Art. 49 VwVG).

3.
3.1 Gemäss Art. 84 Abs. 2 AuG hebt das BFM die vorläufige Aufnahme auf und ordnet den Vollzug der Weg- oder Ausweisung an, wenn die Voraussetzungen nicht mehr gegeben sind. Die Voraussetzungen für die vorläufige Aufnahme sind nicht mehr gegeben, wenn der Vollzug der rechtskräftig angeordneten Wegweisung zulässig (Art. 83 Abs. 3 AuG) und es der ausländischen Person möglich (Art. 83 Abs. 2 AuG) und zumutbar (Art. 83 Abs. 4 AuG) ist, sich rechtmässig in ihren Heimat-, in den Herkunftsstaat oder in einen Drittstaat zu begeben. Auf Antrag der kantonalen Behörde oder des Bundesamtes für Polizei kann das Bundesamt die vorläufige Aufnahme wegen Unzumutbarkeit oder Unmöglichkeit des Vollzugs (Art. 83 Abs. 2 und 4) ausserdem aufheben und den Vollzug der Wegweisung anordnen, wenn Gründe nach Art. 83 Abs. 7 AuG gegeben sind (vgl. Art. 84 Abs. 3 AuG).

3.2 Art. 83 Abs. 7 AuG enthält in seinen Bst. a-c eine abschliessende Aufzählung der Voraussetzungen, bei deren Vorliegen eine vorläufige Aufnahme nach Art. 83 Abs. 2 und 4 AuG (das heisst wegen Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit des Vollzugs) nicht verfügt respektive – gestützt auf Art. 84 Abs. 3 AuG – eine bereits rechtskräftig angeordnete vorläufige Aufnahme aufgehoben wird. Demnach wird die vorläufige Aufnahme nicht angeordnet respektive aufgehoben, 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 von Art. 64 oder Art. 61 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0) angeordnet wurde (Bst. a), wenn sie erheblich oder wiederholt gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen hat oder diese gefährdet

oder die innere oder äussere Sicherheit gefährdet (Bst. b), oder wenn sie die Unmöglichkeit des Vollzugs der Weg- oder Ausweisung durch ihr eigenes Verhalten verschuldet hat (Bst. c).

3.3 Im Folgenden ist zu beurteilen, ob der Beschwerdeführer durch die von ihm begangenen Straftaten einen Grund nach Art. 83 Abs. 7 AuG gesetzt hat.

4.

4.1 Das BFM stützte seinen Aufhebungsentscheid auf das rechtskräftig gewordene Strafurteil des Bezirksgerichts B._____ vom (…) und hielt dabei fest, der Beschwerdeführer sei wegen mehrfacher Vergewaltigung und sexueller Nötigung zu einer Freiheitsstrafe von 36 Monaten verurteilt worden, wobei 26 Monate aufgeschoben worden seien. Damit seien die Anforderungen von Art. 83 Abs. 7 Bst. a AuG erfüllt. Es bleibe somit zu prüfen, ob die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme verhältnismässig sei. Bei einer Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von 36 Monaten wegen mehrfacher Vergewaltigung und sexueller Nötigung bestehe bereits ein grosses öffentliches Interesse. Der Beschwerdeführer sei als minderjähriger am 14. Dezember 2009 in die Schweiz gekommen, wo bereits seine Eltern und Geschwister ein Asylgesuch gestellt hätten. In der Zwischenzeit sei der Beschwerdeführer (…) Jahre alt und damit volljährig. Er habe gemäss seinen Angaben seinen Heimatstaat mit zirka (…) Jahren verlassen und sei im Alter von zirka (…) Jahren in die Schweiz gekommen. Auch wenn er in der Schweiz über Familienangehörige verfüge, so schienen die bestehenden Beziehungen nicht so eng zu sein, hätten doch die hier lebenden Angehörigen ihm in den vergangenen Jahren keinen genügenden Rückhalt zu geben vermocht, der ihn von der Begehung von Straftaten abgehalten hätte. Wie aus dem Urteil des Bezirksgerichts zu entnehmen sei, sei ein Beteiligter sein Bruder gewesen, welcher ihn sogar zu decken versucht habe. Auch sonst seien keine sozialen Bande aktenkundig, deren Auflösung einem Wegweisungsvollzug entgegenstehen könnten. Zudem liege zwischen der Tatbegehung im (…), der Verurteilung im (…) und daran anschliessenden Strafvollzug einerseits und der vorliegenden Verfügung andererseits nur eine kurze Zeitspanne, die noch nicht auf eine wesentliche Veränderung des Verhaltens des Beschwerdeführers schliessen lasse. Dem Urteil des Bezirksgerichts sei zu entnehmen, dass das Vorgehen des Beschwerdeführers zu zweit, als verschuldenserhöhend zu veranschlagen sei. Auch seien die Beweggründe rein egoistischer Natur gewesen. Das Verschulden, so habe das Gericht festgestellt, sei somit nicht mehr leicht. Auch habe sich der Beschwerdeführer weder

geständig noch reuig gezeigt. Aufgrund der Ausführungen des Gerichts, des relativ hohen Strafmasses von 36 Monaten und der Volljährigkeit des Beschwerdeführers bei der Begehung der Straftat, könne ihm keine positive Legalprognose gestellt werden. Auch könne ihm betreffend der beruflichen Integration kein positives Zeugnis ausgestellt werden. Zwar habe er von (…) 2010 bis (…) 2012 während zwei Jahren die F._____ absolviert. Ab (…) 2012 habe er ausserdem eine Vorlehre bei einem (…) starten können. Diese habe er jedoch wegen dem Gefängnisaufenthalt abbrechen müssen. Am 20. November 2013 habe er dem Migrationsamt angegeben, dass er sich auf Stellensuche befinde. Dies lasse den Schluss zu, dass er die Ausbildung nicht mehr weiterführen wolle oder könne. Es könne jedoch angenommen werden, dass die Möglichkeit in der Schweiz eine Schule besucht zu haben, eine Vorlehre begonnen zu haben und die deutsche Sprache zu sprechen und zu schreiben, dem Beschwerdeführer bei der Stellensuche nach der Rückkehr in sein Heimatland nützlich sein würden. Auch könne davon ausgegangen werden, dass er aufgrund dessen, dass er bis zu seinem (…) Lebensjahr in seinem Heimatland gelebt habe, die dortige Sprache spreche. Zudem habe er an der Befragung zur Person und der Anhörung angegeben, dass er über viele Verwandte in seinem Heimatstaat verfüge. Darunter befänden sich die Grosseltern und viele Onkel und Tanten. Zudem lebten diese Personen alle in Herat, wo der Beschwerdeführer geboren und aufgewachsen sei. Diese könnten ihm bei einer Rückkehr beiseite stehen. Auch seien den Akten keine Hinweise zu entnehmen, dass er unter gesundheitlichen Problemen leiden würde. Aus den vorstehenden Erwägungen folge, dass das öffentliche Interesse an einer Aufhebung der vorläufigen Aufnahme und dem anschliessenden Wegweisungsvollzug die entgegenstehenden privaten Interessen des Beschwerdeführers an einem weiteren Verbleib in der Schweiz überwiegten.

4.2 Dem hielt der Beschwerdeführer entgegen, hinsichtlich seines Verschuldens sei einzuwenden, dass es sich um eine Ersttat und einen einmaligen bösen Ausrutscher gehandelt habe. Er sei im Zeitpunkt der Tat noch nicht einmal (…) Jahre alt gewesen, also knapp volljährig. Hätte er die Tat ein paar Monate früher begangen, wäre er noch unter das Jugendstrafrecht gefallen und die Sanktion wäre erheblich leichter ausgefallen, es hätte ein Freiheitsentzug von maximal einem Jahr gedroht. Ferner sei zu beachten, dass es sich bei der mehrfachen Vergewaltigung um Taten innerhalb einer kurzen Zeitspanne (rund eineinhalb Stunden) am gleichen Opfer gehandelt habe. Er habe somit nicht verschiedene Opfer belästigt. So spreche auch das Bezirksgericht bezüglich der Vergewaltigung

nicht von einem schweren Verschulden, sondern von einer Zwischenstufe im Sinne eines nicht mehr leichten Verschuldens. Betreffend die sexuelle Nötigung gehe es von einem leichten Verschulden aus. In Bezug auf die Legalprognose habe das BFM ausser Acht gelassen, dass die Strafe für 24 Monate (recte: 26 Monate) bedingt ausgesprochen worden sei. Eine bedingte Strafe sei gemäss Art. 42 StGB möglich, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheine, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten. Somit stelle ihm das Bezirksgericht insgesamt eine günstige Prognose für sein weiteres Verhalten aus. Es habe sich dabei auf seinen einwandfreien Leumund gestützt. Er sei nicht vorbestraft und habe sich sowohl vor als auch nach dieser Tat tadellos verhalten. Das Bezirksgericht habe ausserdem betont, dass er aus nicht besonders privilegierten Verhältnissen stamme und trotz seiner schwierigen Ausgangslage eine Lehrstelle vorzuweisen gehabt habe. Durch das Zusammenleben mit seinen Eltern sei eine gewisse soziale Stabilität, Sicherheit und Kontrolle gewährleistet. Zudem dürften der erstmalige Kontakt mit den Strafverfolgungsbehörden und die Zeit in Haft sowie der Strafvollzug einen nachhaltigen Eindruck bei ihm hinterlassen haben. Er sei sich bewusst, dass er sich nichts mehr erlauben könne und möchte lediglich eine zweite Chance erhalten, um sich in der Schweiz zu beweisen. Es sei folglich davon auszugehen, dass er seine Lektion gelernt habe und nicht wieder straffällig werde. Da die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme nicht die Sanktion vergangener Taten bezwecke, sondern die Öffentlichkeit vor künftigen Delikten bewahren solle, müsse die positive Legalprognose stärker berücksichtigt werden, als das nicht mehr leichte Verschulden. Die Argumentation der Vorinstanz bezüglich der familiären Beziehungen laufe darauf hinaus, den Familien von Straftätern die Mitschuld an deren Vergehen zu geben und leugne die individuelle Verantwortung der Täter. Die Begehung der Straftat lasse zudem keine Schlussfolgerung bezüglich der Beziehung zu seiner Familie zu. In casu liege sogar eine sehr enge Beziehung vor – wie dies im Übrigen auch im Rahmen des Strafverfahrens festgestellt worden sei –, da die Familie durch die Flucht aus Afghanistan und den Neuanfang in der Schweiz besonders zusammengeschweisst worden sei. Er sei zudem erst (…) Jahre alt und lebe mit seinen Eltern und Geschwistern zusammen. Er sei noch in besonderem Masse auf die Unterstützung seiner Familie angewiesen und gerade jetzt, da es um seine Bewährung gehe, würde die Trennung von seiner Familie eine besondere Härte darstellen. Zudem habe er seit (…) Jahren eine Freundin, mit der er seit (…) Monaten verlobt sei. Dies habe er auch bereits in seinem Strafverfahren erwähnt. Hinsichtlich seiner Integration sei zu erwähnen, dass er sich bereits seit über vier Jahren

in der Schweiz aufhalte und während zwei Jahren die Schule in der Schweiz besucht habe. Er spreche fliessend Schweizerdeutsch und auch schriftlich sei sein Deutsch auf einem sehr guten Niveau. Zudem verfüge er über höfliche, angenehme Umgangsformen und habe ein gewinnendes Auftreten. Auch beruflich habe er sich gut integriert. Er habe konstant auf seine Eingliederung in den Arbeitsmarkt hin gearbeitet, indem er zuerst im (…) 2010 bis (…) 2012 während zwei Jahren die F._____ besucht habe und dann ab (…) 2012 eine Vorlehre bei einem (…) begonnen habe. Seine berufliche Integration sei zwar durch seine Haft unterbrochen worden, jedoch habe er bereits wieder eine Arbeit als Aushilfe bei einem (…) gefunden. Entgegen der Behauptung der Vorinstanz verfüge er in Herat nicht mehr über ein tragfähiges Beziehungsnetz. Fast alle seiner in Herat verbliebenen Verwandten seien nach Mashhad, Iran umgezogen. Bei der Befragung zur Person habe er angegeben, er habe sechs Tanten und zwei Onkel väterlicherseits sowie einen Onkel mütterlicherseits in Herat. Dabei sei es zu einem Missverständnis gekommen, er habe keinen Onkel mütterlicherseits. Der eine Onkel väterlicherseits sei vor vier Jahren verstorben und der andere nach Mashhad ausgereist, wie auch seine Grosseltern und vier Tanten. Dies werde von der afghanischen Botschaft in Mashhad bestätigt. Es sei auch aktenkundig, dass sich die Familie früher schon in Mashhad aufgehalten hätte. Als einzige Familienmitglieder wohnten noch zwei Tanten in Herat. Sie lebten jedoch in prekären Verhältnissen und seien aufgrund der örtlichen Sitten auch nicht zu seinem Unterhalt verpflichtet, da solche Beistandspflichten nur männlichen Verwandten zukämen. Er wäre somit auf sich alleine gestellt. Er habe in Afghanistan nie die Schule besucht und seine Deutschkenntnisse und die Vorlehre dürften ihm in Herat nicht weiterhelfen. Er würde somit innert kürzester Zeit in eine finanzielle Notlage kommen und sehr wahrscheinlich auf der Strasse landen. Im Weiteren folgen Ausführungen zur allgemeinen Situation in Afghanistan.

Zur Stützung seiner Vorbringen reichte der Beschwerdeführer unter anderem einen Arbeitsvertrag der E._____ vom (…) 2014, wonach er ab dem (…) 2014 als (…) eingestellt werde, und ein Dokument des afghanischen Generalkonsulates in Mashad zu den Akten, welches bestätige, dass sich sein Onkel und seine Grosseltern dort aufhielten.

4.3 In seiner Vernehmlassung hielt das BFM zur Schwere der Tat und der Legalprognose fest, die Beweggründe der Tat seien rein egoistischer Natur gewesen. Der Beschwerdeführer habe sich weder geständig noch reuig gezeigt. Er habe während der Vergewaltigung einen Samenerguss ge-

habt, welcher das Verschulden insofern erhöhe, als das Opfer habe fürchten müssen, schwanger zu werden. Es sei kein Präservativ verwendet worden, wodurch das Risiko sexuell übertragbarerer Krankheiten hinzu getreten sei. Bereits mit der Übermacht hätten die Täter den Widerstandswillen des Opfers zu brechen vermocht. Der Beschwerdeführer sei der Initiator der Tat. Sie hätten zudem vorsätzlich gehandelt und das Vorgehen zu zweit sei verschuldenserhöhend zu veranschlagen. Das Bezirksgericht sei deshalb nicht von einem leichten Verschulden ausgegangen. Die körperliche Unversehrtheit und die sexuelle Integrität sei zudem ein besonders schützenswertes Rechtsgut, welches mit dem Argument, es handle sich um eine Ersttat und um einen einmaligen bösen Ausrutscher, bagatellisiert werde. Die Argumentation zur Legalprognose gehe fehl. Zwar sei bei einer Ausweisung der konkreten Prognose über das Wohlverhalten und dem Resozialisierungsgedanken bei der Interessenabwägung Rechnung zu tragen, die allgemeinen Interessen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit stünden aber im Vordergrund. Die angeblich enge Beziehung zu seiner Familie werde vom Beschwerdeführer nicht näher konkretisiert. Somit seien keine familiären Bande ersichtlich, welche einem Wegweisungsvollzug entgegen stünden. Was die Ausführungen zu Integration betreffe, werde auf die angefochtene Verfügung verwiesen.

4.4 In seiner Replik wies der Beschwerdeführer den Vorwurf der Bagatellisierung zurück. Die Bezeichnungen Ersttat und einmaliger böser Ausrutscher gäben keinen Hinweis darauf, die Schwere der Tat würde nicht anerkannt. Durch die Art und Weise wie die Vorinstanz jedoch bewusst gewisse Aspekte im Strafurteil ausblende und nur auf die belastenden Umstände hinweise, verzerre die Vorinstanz das Gesamtbild. Diese Verzerrung gelte es in der Beschwerde zu korrigieren. Bei der Verhältnismässigkeitsprüfung sei nicht von einer schematischen Betrachtungsweise auszugehen, sondern auf die gesamten Umstände des Einzelfalles abzustellen. Die Legalprognose sei ein Aspekt, welchem zweifelsohne bei dieser Prüfung Beachtung geschenkt werden müsse. Wie letztlich die einzelnen Kriterien zu gewichten seien, bleibe dem Gericht überlassen. Nach Auffassung in der Beschwerde berücksichtige die Vorinstanz die Legalprognose zu wenig. Bezüglich der Beziehung zur Familie werden in der Replik abschliessend noch einmal die Vorbringen aus der Beschwerde wiederholt.

5.

5.1 Der Aufhebungsgrund von Art. 84 Abs. 2 i.V.m. Art. 83 Abs. 7 Bst. a AuG setzt namentlich voraus, dass eine Person zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe im In- oder Ausland "verurteilt wurde", womit diese Bestimmung bei Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils zur Anwendung gelangen kann. Der Begriff der "längerfristigen Freiheitsstrafe" wird demgegenüber vom Gesetzgeber nicht näher definiert. Nachdem in der Lehre die Auffassung vertreten wurde, die betreffende Freiheitsstrafe müsse "deutlich über einem Jahr" liegen, hat das Bundesgericht den Begriff der "längerfristigen Freiheitsstrafe" im Sinne von Art. 62 Bst. b AuG (und damit auch den gleichlautenden Begriff von Art. 83 Abs. 7 Bst. a AuG) dahingehend konkretisiert, dass darunter – im Sinne eines festen Grenzwertes – eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr zu verstehen ist, dies unabhängig davon, ob die Strafe bedingt, teilbedingt oder unbedingt zu vollziehen ist (vgl. BGE 135 II 377 E. 4.2, BGE 139 I 31 E. 2.1). Dieser Praxis folgt das Bundesverwaltungsgericht (vgl. BVGE 2013/4 E. 5.2 S. 36).

Nach dieser Praxis hat der Beschwerdeführer mit seiner Verurteilung zu einer 36-monatigen Freiheitsstrafe das Beendigungskriterium der längerfristigen Freiheitsstrafe erfüllt, auch wenn diese zu 26 Monaten aufgeschoben wurde.

5.2 Es verbleibt demnach zu prüfen, ob die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip im Einklang steht. Dieses Prinzip, welches einen allgemeinen Grundsatz staatlichen Handelns bildet (vgl. Art. 5 Abs. 2 BV), wird für den vorliegend relevanten Rechtsbereich durch Art. 96 Abs. 1 AuG spezifisch festgeschrieben, wonach die zuständigen Behörden bei der Ermessensausübung die öffentlichen Interessen und die persönlichen Verhältnisse sowie den Grad der Integration der Ausländerinnen und Ausländer zu berücksichtigen haben. In diesem Sinne sind bereits die früheren Bestimmungen von Art. 10 Bst. a und Art. 14a Abs. 6 ANAG durch die massgebliche Rechtsprechung ausgelegt worden. So hat die Schweizerische Asylrekurskommission in ihrer Praxis die Ausschlussklausel von Art. 14a Abs. 6 ANAG mit Zurückhaltung und insbesondere unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips angewandt und festgehalten, deren Anwendung setzte eine Abwägung zwischen den Interessen des Ausländers auf Verbleib in der Schweiz und denjenigen der Schweiz an seiner Wegweisung voraus und schränke dabei die Interessen des Staates am Schutz vor Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung oder deren schwerwiegender Verletzung ein. Stand nicht der Ausschluss von der vorläufigen Aufnahme, sondern

die Aufhebung derselben zur Diskussion, war auf Seiten des Ausländers im Rahmen der Interessenabwägung namentlich der Dauer der Anwesenheit in der Schweiz sowie den mit dem Vollzug der Wegweisung allenfalls verbundenen persönlichen und familiären Nachteilen ein vergleichsweise hoher Stellenwert beizumessen (vgl. zum Ganzen BVGE 2007/32 E. 3 S. 386 ff., Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2006 Nr. 30 E. 6.3.2 S. 326 f., EMARK 2006 Nr. 23 E. 8.3.3 S. 249, EMARK 2004 Nr. 39 E. 5.3 S. 271 mit weiteren Verweisen). Auch nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 62 f. AuG – in Fortführung der Praxis zur Ausweisung nach Art. 10 Bst. b ANAG – wird für die Anwendung dieser Bestimmung eine Interessenabwägung vorausgesetzt, das heisst, die Massnahme muss nach den gesamten Umständen angemessen, also verhältnismässig sein. Dabei sind namentlich die Schwere des Delikts und des Verschuldens des Betroffenen, der seit der Tat vergangene Zeitraum und das Verhalten des Ausländers in dieser Periode, der Grad seiner Integration beziehungsweise die Dauer seiner Anwesenheit in der Schweiz sowie die ihm und seiner Familie drohenden Nachteile zu berücksichtigen (Urteil des BGer 2C_1000/2013 vom 20. Juli 2014 E. 2.2, BGE 139 I 31 E. 2.3.1 S. 33, BGE 135 II 377 E. 4.3 S. 381, BGE 134 II 1 E. 2.2 S. 3 mit weiteren Hinweisen). Dabei fliesst in die Interessenabwägung mit ein, dass namentlich Drogenhandel und Gewaltdelikte wie Raub sowie schwere Sexualdelikte nach dem Willen des Verfassungsgebers zum Verlust des Aufenthaltsrechts führen sollen (Art. 121 BV; BGE 139 I 31 E. 2.3.2 S. 34; Urteil des BGer 2C_1000/2013 vom 20. Juli 2014 E. 2.2). Aus dem Gesagten ergibt sich, dass bei der Beurteilung der Verhältnismässigkeit nicht von einer schematischen Betrachtungsweise auszugehen, sondern auf die gesamten Umstände des Einzelfalles abzustellen ist.

5.3 Der Beschwerdeführer wurde wegen der Begehung eines Sexualdeliktes zu einer Freiheitsstrafe von 36 Monaten verurteilt. Er hat das Opfer in ihrer sexuellen Integrität erheblich beeinträchtigt. Mit der körperlichen Unversehrtheit und der sexuellen Integrität wurden somit vorliegend besonders schützenswerte Rechtsgüter erheblich verletzt. Zudem handelt es sich um ein schweres Sexualdelikte, dessen Begehung nach dem Willen des Verfassungsgebers zum Verlust des Aufenthaltsrechts führen sollen.

5.3.1 Das Verschulden wurde im vorliegenden Fall vom Strafgericht nicht als schwer beurteilt aber auch nicht mehr als leicht. Dabei wurde insbesondere das Vorgehen zu zweit als verschuldenserhöhend veranschlagt,

aber auch die zu befürchtende Schwangerschaft und das Risiko sexuell übertragbarer Krankheiten. Wegen der kurzen Dauer und der geringfügig angewandten Gewalt, falle die vorliegende Tat im Vergleich zu möglichen schwereren Vergewaltigungen jedoch deutlich ab, weshalb die Tat hinsichtlich des Verschuldens noch im unteren Drittel anzusiedeln sei. Die Beweggründe waren zwar, wie es das BFM ausführt, rein egoistischer Natur, das sind sie gemäss dem Strafurteil bei Sexualdelikten aber immer, weshalb dies nicht straferhöhend veranschlagt wurde. Wenn der Beschwerdeführer, wie in der Beschwerde richtig angegeben bei der Tatbegehung erst knapp volljährig war, so war er aber eben doch volljährig und hat seine Taten als solches zu verantworten. Schwerwiegend fällt weiter ins Gewicht, dass sich der Beschwerdeführer weder geständig noch reuig gezeigt hat. In diesem Zusammenhang sind denn auch die Ausführungen in der Beschwerde, es handle sich um eine Ersttat und einen einmaligen bösen Ausrutscher, problematisch. Der Vorwurf der Bagatellisierung dürfte vom BFM in diesem Zusammenhang nicht zu Unrecht geäussert worden sein. Falsch ist aber die Erwägung des BFM, dem Beschwerdeführer könne keine positive Legalprognose gestellt werden. Vielmehr hielt das Strafgericht diesbezüglich fest, der Beschwerdeführer habe einen einwandfreien Leumund, sei nicht vorbetraft, stamme aus nicht besonders privilegierten Verhältnissen, habe aber immerhin eine Lehrstelle vorzuweisen. Er lebe noch bei seinen Eltern und habe eine Freundin, womit eine gewisse soziale Stabilität, Sicherheit und Kontrolle gewährleistet sei. Das nicht mehr leichte Verschulden und das fehlende Geständnis sowie die fehlende Reue vermöchten die Vermutung einer guten Prognose nicht umzustossen. Aufgrund der Schockwirkung der Haft und des Strafverfahrens sei davon auszugehen, dass er seine Lektion gelernt habe. Und aufgrund des aufgeschobenen Teils der Strafe sei zu erwarten, dass er sich wohlverhalten werde. Die Strafe wurde nach diesen Erwägungen im Umfang von 26 Monaten aufgeschoben.

5.3.2 Nach dem Gesagten kann festgehalten werden, dass das BFM zwar das Strafurteil relativ tendenziös zu Ungunsten des Beschwerdeführers ausgelegt hat und nur auf die Elemente eingegangen ist, welche gegen den Beschwerdeführer sprechen, während es die anderen ausblendete, wie dies bei einer Interessenabwägung eben nicht geschehen sollte. Dennoch bleibt vorliegend festzuhalten, dass es sich um ein schweres Delikt handelte und das Verschulden wenn auch nicht als schwer so doch auch nicht mehr als leicht zu beurteilen war, sodass das Strafgericht eine Gesamtstrafe von 3 Jahren ausgefällt hat. Die positive Legalprognose, welche von der Vorinstanz falsch eingeschätzt wurde, stellt zwar in der In-

teressenabwägung ein wichtiges jedoch nicht das einzig ausschlaggebende Argument dar. Seit der Tatbegehung am (…) sind zudem erst (…) vergangen. Zwar hat sich der Beschwerdeführer seither wohlverhalten. Bis im (…) befand er sich aber auch noch im Strafvollzug und seither dauert die Probezeit von zwei Jahren zum aufgeschobenen Teil der Strafe von 26 Monaten, was ihm einen gewissen Druck auferlegen dürfte, sich wohl zu verhalten, genauso wie das vorliegende Verfahren zur Aufhebung seiner vorläufigen Aufnahme.

5.3.3 Nach dem Gesagten besteht ein gewichtiges öffentliches Interesse am Vollzug der Wegweisung

5.4 Demgegenüber stehen die privaten Interessen des Beschwerdeführers an einem Verbleib in der Schweiz. Der Beschwerdeführer verliess seinen Heimatstaat mit zirka (…) Jahren und kam in relativ jungem Alter in die Schweiz, so war er erst (…) Jahre und somit noch minderjährig als er im Dezember 2009 sein Asylgesuch stellte. Seither sind allerdings erst knapp fünf Jahre vergangen. Somit ist nicht von einem extrem langen Aufenthalt in der Schweiz auszugehen. Der Beschwerdeführer ist inzwischen (…) Jahre alt und somit volljährig. Zwar pflegt er zu seiner Familie, welche ebenfalls in der Schweiz ist, gemäss seinen Aussagen eine enge Beziehung. Dass das BFM dies mit der Begründung, die Familie hätte ihn ansonsten von der Begehung der Straftat abgehalten, negiert, ist nach Meinung des Gerichtes unhaltbar und blendet, wie in der Beschwerde richtig ausgeführt, die individuelle Verantwortlichkeit eines Straftäters aus. Der Beschwerdeführer ist aber volljährig und entgegen den Aussagen in der Beschwerde nicht in besonderem Masse auf die Unterstützung seiner Familie angewiesen. Auch die Tatsache, dass er seit (…) Jahren eine Freundin hat, mit der er verlobt sei, macht eine Ausschaffung nach Afghanistan nicht zur unzumutbaren Härte, zumal die beiden keine Kinder haben. Zur Integration des Beschwerdeführers in der Schweiz kann festgehalten werden, dass er zwar im Jahre 2010 und somit kurze Zeit nach seiner Einreise, während zwei Jahren die F._____ besuchte und danach eine Anlehre bei einem (…) absolvierte. Im Anschluss konnte er eine Lehre bei einem (…) beginnen, welche er aber wegen des Strafvollzugs unterbrechen musste und nach seiner Haftentlassung auch nicht fortsetzen konnte. Seit dem (…) 2014 arbeitet er zu 20 Prozent als (…) bei der E._____ und gemäss dem Zentralen Migrationssystem (ZEMIS) seit dem (…) 2014 zudem als (…) bei der Firma G._____. Aufgrund seines Lehrabbruchs und der Straffälligkeit sind seine beruflichen Perspektiven zwar nicht als ideal zu bezeichnen. So scheint es für den Be-

schwerdeführer denn auch nicht einfach zu sein, sich in den Arbeitsmarkt zu integrieren, wurde er doch von einem Unternehmen im (…) 2014 noch in der Probezeit entlassen und verfügt er gegenwärtig lediglich über eine (…) zu 20 Prozent und arbeitet zusätzlich bei einem anderen Unternehmen als (…). So negativ wie das BFM die Lage beurteilt, ist sie aber dennoch nicht, gibt sich doch der Beschwerdeführer immerhin Mühe, sich in den Arbeitsmarkt zu integrieren und nicht von der Sozialhilfe abhängig zu sein, was seine jetzigen Anstellungen dennoch zu beweisen vermöge. Wenn auch der Beschwerdeführer somit in der Schweiz relativ gut integriert ist und seine beruflichen Perspektiven nicht als aussichtlos zu bezeichnen sind, so ist nach dem Gesagten die Verwurzelung in der Schweiz doch nicht so weit vorgeschritten, dass eine Ausschaffung eine unzumutbare Härte darstellen würde. Auch die Reintegration im Heimatland dürfte nicht unzumutbar sein, nachdem der Beschwerdeführer doch immerhin viele Jahre seines Lebens dort verbracht hat und die Sprache beherrschen dürfte. Auch verfügt er über ein tragfähiges Beziehungsnetz. Zwar gibt er an, zahlreiche seiner Verwandten seien inzwischen in den Iran ausgewandert, und reicht auch entsprechende Beweismittel ein, welche jedoch nur belegen, dass sich ein Onkel und die Grosseltern dort befinden. An der Befragung zur Person gab er aber an, dass sechs Tanten und drei Onkel in Herat wohnten. Dass der Onkel mütterlicherseits nie exisitiert haben und der eine Onkel väterlicherseits verstorben sein soll ist eine unbewiesene Parteibehauptung, genauso wie die Angabe, vier weitere Tanten seien nach Mashhad gegangen. Davon abgesehen, hat der Beschwerdeführer aber zumindest noch zwei Tanten in Herat, wo er selber geboren und aufgewachsen ist. Wenn er angibt, diese lebten in ärmlichen Verhältnissen und seien nach den örtlichen Gepflogenheiten nicht verpflichtet, ihn bei sich aufzunehmen, da solche Beistandspflichten nur männlichen Verwandten zukämen, so ist dem entgegenzuhalten, dass er als erwachsener junger Mann nicht mehr auf einen männlichen Beistand angewiesen ist. Der Wegweisungsvollzug nach Herat ist gemäss BVGE 2011/38 nicht generell unzumutbar. Zudem kann der Beschwerdeführer auf die Unterstützung seiner Familie in der Schweiz zählen. Durch den Schulbesuch in der Schweiz, das Erlernen der deutschen Sprache, die Anlehre bei einem (…) und die weitere Berufserfahrung dürfte der Beschwerdeführer bei der Arbeitssuche in Afghanistan doch gewisse Vorteile haben. Wieso dies nicht der Fall sein soll, wird in der Beschwerde nicht weiter begründet. Nach dem Gesagten ist davon auszugehen, dass sich der junge und gesunde Beschwerdeführer in Herat wird integrieren können und es unwahrscheinlich ist, dass er, wie in der Beschwerde gemut-

masst, in eine finanzielle Notlage geraten und auf der Strasse landen würde.

5.5 In Würdigung der genannten, für die vorzunehmende Interessenabwägung relevanten Aspekte gelangt das Bundesverwaltungsgericht daher zum Schluss, dass das öffentliche Interesse am Vollzug der Wegweisung im vorliegenden Fall das private Interesse des Beschwerdeführers an einem weiteren Verbleib in der Schweiz überwiegt und die Aufhebung der wegen Unzumutbarkeit verfügten vorläufigen Aufnahme verhältnismässig ist.

6.

6.1 Nach der Konzeption von Art. 84 Abs. 3 i.V.m. Art. 83 Abs. 7 AuG bleibt auch im Falle der auf Art. 83 Abs. 7 AuG gestützten Aufhebung der ursprünglich wegen Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzuges angeordneten vorläufigen Aufnahme zu prüfen, ob sich der Vollzug der Wegweisung unter Berücksichtigung der nationalen und völkerrechtlichen Verpflichtungen als zulässig erweist. Gemäss Art. 83 Abs. 3 AuG ist der Vollzug der Wegweisung unzulässig, wenn völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz einer Weiterreise der Ausländerin oder des Ausländers in den Heimat-, Herkunfts- oder einen Drittstaat entgegenstehen.

6.2 Dem Beschwerdeführer ist es – wie rechtskräftig in der Verfügung vom 6. Juli 2010 festgestellt wurde – nicht gelungen, eine asylrechtlich erhebliche Gefährdung nachzuweisen oder glaubhaft zu machen. Daher findet das in Art. 33 Abs. 1 des Abkommens vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (FK, SR 0.142.30) und Art. 5 AsylG verankerte Prinzip des flüchtlingsrechtlichen Refoulement-Verbots im vorliegenden Verfahren keine Anwendung. Sodann ergeben sich aus den Ausführungen des Beschwerdeführers und den übrigen Akten keine glaubhaften Hinweise auf eine menschenrechtswidrige Behandlung, die ihm in Afghanistan drohen könnte, so dass auch das menschenrechtliche Refoulement-Verbot nicht tangiert ist (Art. 3 EMRK).

6.3 Art. 8 EMRK garantiert jeder Person ein Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens. Der Beschwerdeführer ist volljährig und entgegen den Aussagen in der Beschwerde nicht in besonderem Masse auf die Unterstützung seiner Familie angewiesen. Wenn auch verlobt so ist er doch nicht verheiratet und hat auch keine eigenen Kinder, welche von seiner Ausschaffung nach Afghanistan mit einer unzumutbaren Härte betroffen wären. Der Schutzbereich des Rechts auf Achtung des Familienle-

bens nach Art. 8 EMRK ist demnach durch die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme und den Vollzug der Wegweisung nicht berührt.

6.4 Der Vollzug der Wegweisung ist damit zulässig.

7.
Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung Bundesrecht nicht verletzt und den rechtserheblichen Sachverhalt richtig sowie vollständig feststellt. Die Beschwerde ist abzuweisen.

8.
8.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens wären die Kosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Mit der Beschwerde wurde ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG gestellt. Gemäss dieser Bestimmung wird von der Erhebung von Verfahrenskosten abgesehen, wenn die Partei nicht über die erforderlichen Mittel verfügt. Mit Verfügung vom 2. Mai 2014 wurde der Beschwerdeführer aufgefordert, mittels beigelegtem Formular über die geltend gemachte Prozessarmut Auskunft zu geben. Am 5. Juni 2014 reichte er eine Fürsorgebestätigung vom 20. Mai 2014 zu den Akten, wonach er seit dem 1. April 2014 vollumfänglich unterstützt werde. Nebst der Kostenübernahme für die Krankenkasse und die Miete werde ihm monatlich ein Betrag von Fr. 399.– für die Lebenshaltungskosten ausbezahlt. Gemäss einem Schreiben der C._____ vom 13. Februar 2014 beläuft sich die monatliche Unterstützung auf Fr. 1294.– (vgl. B4 S. 2). Ebenfalls am 5. Juni 2014 reichte der Beschwerdeführer einen Lohnausweis vom 25. Mai 2014 zu den Akten, worin für den Mai 2014 ein Nettolohn von Fr. 1279.– ausgewiesen wird. Gemäss ZEMIS geht er dieser Arbeit immer noch nach und hat zudem eine weitere Anstellung als (…). Angesichts des niedrigen ausgewiesenen Lohnes dürfte trotz der Zweitanstellung nach dem Abzug des Grundbedarfs von Fr. 1200.– kein Überschuss übrig bleiben, sodass von der Mittellosigkeit des Beschwerdeführers auszugehen ist. Sein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung ist demnach gutzuheissen.

8.2 Das Bundesverwaltungsgericht bestellt auf Antrag der beschwerdeführenden Person, die von der Bezahlung der Verfahrenskosten befreit wurde, bei Beschwerden gegen die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme bei Personen aus dem Asylbereich eine amtliche Rechtsbeiständin oder einen amtlichen Rechtsbeistand (Art. 65 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 110a

Abs. 1 Bst. c AsylG). Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Verbeiständung ist nach dem Gesagten gutzuheissen. Antragsgemäss wird Herr Urs Ebnöther, Rechtsanwalt, (…) als amtlicher Rechtsbeistand beigeordnet. Dieser hat im Verfahren keine Kostennote eingereicht. Auf entsprechende Nachforderung kann jedoch verzichtet werden, da der notwendige Vertretungsaufwand aufgrund der Akten zuverlässig abgeschätzt werden kann. Unter Berücksichtigung der massgebenden Berechnungsfaktoren (Art. 8–11 VGKE) ist das Honorar auf Fr. 1'660.– (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) festzusetzen. Herrn Urs Ebnöther wird demnach vom Bundesverwaltungsgericht ein Honorar in dieser Höhe zugesprochen.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
In Gutheissung des Gesuches um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

3.
Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Verbeiständung wird gutgeheissen. Herr Urs Ebnöther, Rechtsanwalt, (…) wird als amtlicher Rechtsbeistand beigeordnet und es wird ihm vom Bundesverwaltungsgericht ein Honorar in der Höhe von Fr. 1'660.– zugesprochen.

4.
Dieses Urteil geht an den Beschwerdeführer, das BFM und die kantonale Migrationsbehörde.

Die vorsitzende Richterin:	Die Gerichtsschreiberin:
Nina Spälti Giannakitsas	Sara Steiner

Versand: