



## Urteil vom 21. Oktober 2019

---

Besetzung

Richterin Contessina Theis,  
Richterin Gabriela Freihofer,  
Richter Gérard Scherrer  
Gerichtsschreiberin Martina Von Wattenwyl.

---

Parteien

A. \_\_\_\_\_, geboren am (...),  
Somalia,  
vertreten durch lic. iur. Nicolas von Wartburg, Rechtsanwalt,  
Advokatur Kanonengasse,  
Beschwerdeführer,

gegen

**Staatssekretariat für Migration (SEM),**  
Quellenweg 6, 3003 Bern,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Aufhebung der vorläufigen Aufnahme (Asyl)  
Verfügung des SEM vom 26. Februar 2019/ N (...).

**Sachverhalt:****A.**

Der Beschwerdeführer stellte am (...). Juli 2009 im (...) ein Einreise- und Asylgesuch. Anlässlich der Befragung zur Person (BzP) vom (...). Juli 2009 und der Bundesanhörung vom (...). Juli 2009 machte er im Wesentlichen folgende Gründe geltend:

Er sei somalischer Staatsangehöriger, gehöre dem Clan der (...) an und sei in B. \_\_\_\_\_ (C. \_\_\_\_\_) aufgewachsen, wo auch seine Ehefrau und seine Kinder leben würden. Er sei hauptsächlich wegen des Bürgerkrieges, der fehlenden Ausbildungs- und Arbeitsmöglichkeiten sowie wegen der Terrorherrschaft der Al-Shabaab ausgereist. Seine Mutter habe Angst gehabt, dass ihn die Milizen der Al-Shabaab rekrutieren könnten und habe ihm geraten, auszureisen. Zudem sei er 1997 als Unbeteiligter in einen Schusswechsel zwischen zwei Bandengruppen geraten und habe eine Schussverletzung am Bein erlitten.

**B.**

Mit Verfügung vom 26. Juli 2011 stellte die Vorinstanz fest, der Beschwerdeführer erfülle die Flüchtlingseigenschaft nicht, und lehnte sein Asylgesuch ab. Der Vollzug der Wegweisung wurde wegen Unzumutbarkeit zugunsten einer vorläufigen Aufnahme aufgeschoben. Diese Verfügung blieb unangefochten, weshalb sie in Rechtskraft erwuchs.

**C.**

Mit Schreiben vom 24. Juni 2013 teilte seine damalige Rechtsvertreterin der Vorinstanz mit, der Beschwerdeführer habe sich Anfang des Jahres 2013 von seiner Ehefrau, welche in Somalia lebe, scheiden lassen.

**D.**

Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich – Limmat vom 10. Mai 2016 wurde der Beschwerdeführer wegen (...) zu einer aufgeschobenen Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu je Fr. 50.– sowie zu einer Probezeit von zwei Jahren verurteilt.

**E.**

Mit Urteil vom 23. August 2016 entschied das Obergericht des Kantons Zürich, den Beschwerdeführer wegen Vergewaltigung zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 24 Monaten mit einer zweijährigen Probezeit zu verurteilen.

**F.**

Am 21. Dezember 2017 ersuchte das Migrationsamt des Kantons Zürich aufgrund der Straffälligkeit des Beschwerdeführers um Prüfung der Aufhebung der vorläufigen Aufnahme beim SEM.

**G.**

Mit Schreiben vom 18. Januar 2018 informierte die Vorinstanz den Beschwerdeführer über die beabsichtigte Aufhebung der vorläufigen Aufnahme, es liege ein Aufhebungsgrund gemäss Art. 83 Abs. 7 Bst. a – c Ausländergesetz vom 16. Dezember 2005 (AuG, SR 142.20) i.V.m. Art. 84 Abs. 2 AuG respektive dem heutigen Art. 84 Abs. 3 i.V.m. Art. 83 Abs. 7 Bst. a – c Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG) vor. Dem Beschwerdeführer wurde das rechtliche Gehör gewährt und ihm Gelegenheit zu einer Stellungnahme gegeben.

**H.**

Mit Eingabe vom 4. Januar 2019 an die Vorinstanz machte der Beschwerdeführer geltend, die Gewalt- und Gefahrensituation in Südsomalia sowie eine massive Verschlechterung der aktuellen Lage lasse einen Wegweisungsvollzug aufgrund von Unzulässigkeit nicht zu. Zur Untermauerung legte er der Stellungnahme diverse Artikel der NZZ bei. Zudem würden die Al-Shahaab junge und gesunde Männer zwangsrekrutieren, weshalb ihm bei einer Rückkehr eine permanente Lebensgefahr drohen würde. Ferner wies er darauf hin, dass er bereits seit zehn Jahren in der Schweiz lebe und in privater sowie in wirtschaftlicher Hinsicht bestens integriert sei. So habe er stets gearbeitet, spreche sehr gut Deutsch und habe noch nie Sozialhilfe bezogen. Weiter pflege er nur noch sporadischen Kontakt zu seiner Mutter und einigen Geschwistern, weshalb er nicht mehr über ein soziales oder familiäres Netz im Heimatland verfüge. Ferner könne er bei einer Wegweisung seine Beziehung zu seiner heutigen Partnerin in der Schweiz nicht mehr aufrechterhalten, weshalb Art. 8 EMRK verletzt sei. Obwohl er mit der verübten Vergewaltigung ein hohes Rechtsgut verletzt habe, sei sein Verschulden im Hinblick auf das tiefe Strafmass eher als leicht zu bezeichnen.

**I.**

Mit Verfügung vom 26. Februar 2019 ordnete die Vorinstanz die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme des Beschwerdeführers sowie den Vollzug der Wegweisung an.

**J.**

Mit Schreiben vom 12. März 2019 legte der damalige Rechtsvertreter des Beschwerdeführers sein Mandat nieder. Mit Fax vom 12. März 2019 sowie beiliegender Vollmacht wurde die Vorinstanz über den neuen Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, Rechtsanwalt Nicolas von Wartburg, informiert.

**K.**

Mit Beschwerde vom 29. März 2019 beantragte der Beschwerdeführer, die Verfügung der Vorinstanz vom 26. Februar 2019 sei vollumfänglich aufzuheben und es sei von der Aufhebung der vorläufigen Aufnahme abzusehen. Als Eventualantrag stellte er das Begehren um Rückweisung zur Neuurteilung an die Vorinstanz. In prozessualer Hinsicht ersuchte er um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung, um Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses sowie um unentgeltliche Rechtsverteidigung.

Der Beschwerde legte er mehrere Arbeits- sowie Zwischenzeugnisse, ein Referenzschreiben seines Mitbewohners, eine Stellungnahme seiner jetzigen Lebensgefährtin, diverse Fotos sowie verschiedene Berichte betreffend die aktuelle Lage in Somalia bei.

**L.**

Mit Zwischenverfügung vom 8. Mai 2019 hiess die Instruktionsrichterin das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung gut und erhob keinen Kostenvorschuss. Die mandatierte Rechtsvertretung wurde antragsgemäss als amtlicher Rechtsbeistand beigeordnet. Gleichzeitig wurde die Vorinstanz eingeladen, eine Vernehmlassung einzureichen.

**M.**

In ihrer Vernehmlassung vom 11. Juni 2019 äusserte sich die Vorinstanz zu einzelnen Punkten der Beschwerde und hielt ansonsten an ihren Erwägungen fest.

**N.**

Der Beschwerdeführer nahm in der Replik vom 2. Juli 2019 Stellung und legte eine Kostennote bei.

## **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

### **1.**

Am 1. Januar 2019 wurde das Ausländergesetz vom 16. Dezember 2005 (AuG, SR 142.20) teilrevidiert (AS 2018 3171) und in Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG) umbenannt. Die vorliegend anzuwendenden Gesetzesartikel (Art. 83 bzw. Art. 84) sind unverändert vom AuG ins AIG übernommen worden, weshalb das Gericht nachfolgend die neue Gesetzesbezeichnung verwenden wird.

### **2.**

**2.1** Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Das SEM 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), ausser bei Vorliegen eines Auslieferungsersuchens des Staates, vor welchem die beschwerdeführende Person Schutz sucht (Art. 105 AsylG [SR 142.31]; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG). Eine solche Ausnahme im Sinne von Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG liegt nicht vor, weshalb das Bundesverwaltungsgericht endgültig entscheidet.

**2.2** Das Verfahren richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen der Bundesrechtspflege (Art. 37 VGG und Art. 112 AIG).

**2.3** Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht worden. Der Beschwerdeführer 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 AIG i.V.m. Art. 37 VVG, Art. 48 Abs. 1, Art. 50 Abs. 1 sowie Art. 52 Abs. 1 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

### **3.**

Mit Beschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 112 AIG i.V.m. Art. 49 VwVG).

#### **4.**

**4.1** Nach Art. 84 Abs. 3 AIG i.V.m. Art. 83 Abs. 7 AIG kann das SEM die vorläufige Aufnahme wegen Unzumutbarkeit oder Unmöglichkeit des Vollzugs aufheben, wenn die weggewiesene Person zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe im In- oder Ausland verurteilt wurde (Bst. a erster Teilsatz), wenn gegen sie eine strafrechtliche Massnahme i.S. von Art. 64 oder 61 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB; SR 311.0) angeordnet wurde (Bst. a zweiter Teilsatz) oder 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). Die für die Anordnung einer ausländerrechtlichen Massnahme zuständigen Behörden berücksichtigen bei der Ermessensausübung die öffentlichen Interessen und die persönlichen Verhältnisse sowie den Grad der Integration der Ausländerinnen und Ausländer (Art. 96 AIG).

**4.1.1** Der Ausschlussgrund (Ausschluss von der vorläufigen Aufnahme) von Art. 83 Abs. 7 Bst. a AIG setzt voraus, dass eine Person zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe im In- oder Ausland verurteilt wurde. Das Bundesgericht hat den Begriff der "längerfristigen Freiheitsstrafe" i.S. von Art. 62 Bst. b AIG (und damit auch den gleichlautenden Begriff von 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). Dieser Praxis folgt das Bundesverwaltungsgericht im Bereich seiner endgültigen Entscheidkompetenz (vgl. unter anderem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-750/2013 vom 11. März 2014 E. 5.1 m.w.H.). Unter einer längerfristigen Freiheitsstrafe nach Art. 62 Bst. b AIG (und damit nach Art. 83 Abs. 7 Bst. a AIG) dürfen zudem kürzere Freiheitsstrafen nicht zusammengerechnet werden, sondern das Kriterium ist nur erfüllt, wenn eine sich aus einem einzigen Urteil ergebende Strafe die Dauer von einem Jahr überschreitet (vgl. BGE 137 II 297 E. 2.3).

**4.1.2** Der Ausschluss von der vorläufigen Aufnahme respektive deren Aufhebung muss verhältnismässig sein (Art. 5 Abs. 2 BV; Art. 96 Abs. 1 AuG). Dabei haben die für die Anordnung einer ausländerrechtlichen Massnahme zuständigen Behörden bei ihrer Ermessensausübung insbesondere das Interesse der Schweiz, den Beschwerdeführer zur Verhinderung von zukünftigen kriminellen Handlungen aus der Schweiz fernzuhalten, dessen privaten Interessen an einem Verbleib in der Schweiz gegenüberzustellen. Zu

berücksichtigen sind dabei namentlich die Schwere des Delikts und des Verschuldens, die seit der Tat vergangene Zeit und das Verhalten des Betroffenen in dieser Periode, der Grad seiner Integration, die Dauer seiner Anwesenheit in der Schweiz sowie die ihm und seiner Familie drohenden Nachteile. Es ist nicht von einer schematischen Betrachtungsweise auszugehen, sondern auf die gesamten Umstände des Einzelfalls abzustellen (vgl. BGE 135 II 377 E. 4.3, BGE 134 II 1 E. 2.2 m.w.H.; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-750/2013 vom 11. März 2014 E. 5.2 und für ein entsprechendes Prüfprogramm etwa Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-1972/2009 vom 11. August 2011 E. 5).

**4.2** Die vorläufige Aufnahme kann nur aufgehoben werden, wenn der Wegweisungsvollzug zulässig ist. Dies ergibt sich daraus, dass die Ausnahme von der Anordnung der vorläufigen Aufnahme nach Art. 83 Abs. 7 AIG nur die vorläufige Aufnahme wegen Unzumutbarkeit und Unmöglichkeit betrifft und die Unzulässigkeit des Wegweisungsvollzugs völkerrechtliche Pflichten der Schweiz betrifft, die in jedem Fall zu beachten sind. Will das SEM eine zu einem früheren Zeitpunkt verfügte vorläufige Aufnahme wegen Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit aufheben, setzt dies voraus, dass sich der Wegweisungsvollzug als zulässig erweist. Erweist sich dieser als unzulässig, ist die vorläufige Aufnahme (neu aufgrund Unzulässigkeit) zu belassen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-5939/2010 vom 16. November 2012 E. 4.3; 6.4.3).

**4.2.1** Beim Geltendmachen von Wegweisungsvollzugshindernissen gilt gemäss Praxis des Bundesverwaltungsgerichts der gleiche Beweisstandard wie bei der Prüfung der Flüchtlingseigenschaft; das heisst, sie sind zu beweisen, wenn der strikte Beweis möglich ist, und andernfalls wenigstens glaubhaft zu machen (vgl. BVGE 2011/24 E. 10.2 m.w.H.).

**4.2.2** Der Vollzug ist unzulässig, wenn völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz einer Weiterreise der Ausländerin oder des Ausländers in den Heimat-, Herkunfts- oder in einen Drittstaat entgegenstehen. So darf grundsätzlich keine Person in irgendeiner Form zur Ausreise in ein Land gezwungen werden, in dem ihr Leib, ihr Leben oder ihre Freiheit aus einem Grund nach Art. 3 Abs. 1 AsylG gefährdet ist oder in dem sie Gefahr läuft, zur Ausreise in ein solches Land gezwungen zu werden (vgl. Art. 25 Abs. 2 BV; Art. 5 Abs. 1 AsylG; Art. 33 Abs. 1 des Abkommens vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge [FK, SR 0.142.30]). Dieses flüchtlingsrechtliche Rückschiebungsverbot schützt nur Personen, welche die Flüchtlingseigenschaft gemäss Art. 3 AsylG respektive Art. 1A FK erfüllen.

**4.2.3** Sodann darf niemand gemäss Art. 25 Abs. 3 BV, Art. 3 FoK und der Praxis zu Art. 3 EMRK der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung unterworfen werden.

## **5.**

**5.1** Die Vorinstanz begründete die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme im Wesentlichen damit, der Beschwerdeführer sei zu einer zweijährigen – und somit gemäss Rechtsprechung zu einer längerfristigen – Freiheitsstrafe verurteilt worden, womit ein Ausschlussgrund gemäss Art. 83 Abs. 7 Bst. a AIG erfüllt sei.

Bei der Verurteilung zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe müsse gemäss dem AIG die Zumutbarkeit eines Wegweisungsvollzugs nicht geprüft werden, sondern lediglich dessen Zulässigkeit, weshalb die in der Stellungnahme vom 4. Januar 2019 geltend gemachten Zumutbarkeitskriterien bezüglich einer angeblich noch bestehenden allgemeinen Bedrohungslage in Somalia, einer schwierigen Reintegration und Perspektivlosigkeit sowie einer herrschenden Dürre und Hungersnot ohne Belang seien. Auch der Wegweisungsvollzug sei möglich, da er sich bei der zuständigen Vertretung seines Heimatstaates für die notwendigen Reisedokumente für eine Rückkehr bemühen könne. Nach einer Prüfung der Zulässigkeit des Wegweisungsvollzugs unter den Gesichtspunkten der nationalen und völkerrechtlichen Verpflichtungen sei auch ein Vollzug nach Somalia gemäss aktueller Praxis des SEM sowie aufgrund des Referenzurteils BVGE 2013/27 vom 17. September 2013 zulässig. Er sei – entgegen der Argumentation in der Stellungnahme – keiner realen Gefahr («real risk») durch die Terrormiliz der Al Shabaab ausgesetzt, da seine Heimatstadt D. [REDACTED] durch die AMISOM-Truppen der Afrikanischen Union und durch die somalische Regierung kontrolliert werde. Dennoch seien die Al Shabaab Milizen immer wieder präsent, jedoch nicht in permanenter Weise. Zudem sei es aufgrund der Aktenlage und den ins Recht gelegten Beweismitteln nicht erwiesen, dass einer seiner Brüder bei einem Anschlag der Al Shabaab getötet und ein anderer bei einem Schusswechsel verletzt worden sei. Zudem sei nicht ersichtlich, inwiefern er mehr als die übrige Bevölkerung von der aktuellen Lage betroffen sein solle, da er anlässlich seiner Asylvorbringen als Fluchtgründe lediglich fehlende Zukunftsperspektiven und Hungersnot angegeben habe. Schliesslich gehe weder aus seinen Ausführungen noch aus den eingereichten Zeitungsartikeln hervor, dass ihm bei einer Rückkehr ein «real risk» drohe.

Weiter seien keine Hinweise ersichtlich, dass die somalischen Behörden ein Verfolgungsinteresse an ihm hätten, zumal diese angesichts der schwierigen Sicherheitslage kaum über personelle Ressourcen verfügen würden, um ihn für eine in der Schweiz verübte Straftat zu verfolgen, so dass ihm keine Strafe nach Art. 3 EMRK drohen würde.

Das öffentliche Interesse am Vollzug seiner Wegweisung aus der Schweiz sei als hoch zu qualifizieren und ergebe sich bereits allein aufgrund seiner zweijährigen Verurteilung. So habe er im Rahmen des Strafverfahrens die Vergewaltigung bestritten und habe keine Reue gezeigt. Sein objektives Verschulden sei gemäss Urteil als «nicht mehr als leicht» zu qualifizieren. Hinsichtlich des subjektiven Verschuldens werde von einem Direktvorsatz ausgegangen und ihm rein egoistische Beweggründe zur Tat attestiert. Zudem habe er das Vertrauen des Opfers hemmungslos ausgenutzt und sich über kulturelle Gepflogenheiten hinweggesetzt, dies trotz des Wissens, dass dem Opfer nach einem vorehelichen Sexualkontakt familiäre Ächtung und soziale Ausgrenzung drohe. Zudem sei er bereits strafrechtlich in Erscheinung getreten, wobei ihn der Vollzug der diesbezüglichen Geldstrafe sowie die daraus resultierende zweijährige Probezeit nicht davon abgehalten hätten, sich erneut strafbar zu machen. Auch wenn beide Strafen bedingt ausgesprochen, ihm grundsätzlich gute Zukunftsprognosen attestiert worden seien und die Verurteilung bereits vier Jahre zurückliege, könne er daraus nichts zu seinen Gunsten ableiten. Das Interesse der Schweiz an einer Aufhebung der vorläufigen Aufnahme und am Vollzug seiner Wegweisung würde überwiegen.

Er sei im Alter von (...) Jahren in die Schweiz eingereist und halte sich seit knapp zehn Jahren in der Schweiz auf. Seine prägenden Jahre habe er im Heimatland verbracht und habe dort die Koranschule seines mittlerweile verstorbenen Vaters besucht sowie im Geschäft seiner Mutter ausgeholfen. Zudem ergebe sich aus den Akten, dass er verschiedene Verwandte in Somalia habe. Insgesamt sei eine Reintegration durchaus als realistisch einzustufen. Aus der unbewiesenen Behauptung, dass er sehr gut Deutsch spreche, könne er nichts zu seinem Vorteil ableiten. Auch angesichts seiner erwähnten Beziehung zu seiner Lebenspartnerin Frau E. [REDACTED], welche keine Stellungnahme eingereicht habe, könne er nichts zu seinen Gunsten ableiten und somit keine Verletzung von Art. 8 EMRK geltend machen. Angesichts der relativ kurzen Dauer der Beziehung und dem fehlenden gemeinsamen Haushalt könne nicht von einer gefestigten Beziehung respektive einem gefestigten Konkubinat ausgegangen werden. Auch wenn ihm eine gewisse Integration in der Schweiz zugesprochen werden

könne, würden die öffentlichen Interessen an seiner Wegweisung seinen privaten Interessen am Verbleib in der Schweiz überwiegen.

**5.2** Der Beschwerdeführer hielt dem in seiner Beschwerde entgegen, die Vorinstanz habe ihm die strafzumessenden Faktoren des Strafurteils erneut im migrationsrechtlichen Verfahren vorgehalten, was nicht statthaft sei. Auch sei ihm durch das Strafgericht eine positive Legalprognose gestellt worden, welche bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen sei. Zudem würden seine beiden Verurteilungen bereits drei respektive vier Jahre zurückliegen, wobei er sich seither nichts mehr habe zuschulden kommen lassen. Ausserdem sei er seit 2015 finanziell unabhängig und arbeite stets zur vollsten Zufriedenheit seiner Arbeitgeber, wie dies die eingereichten Zwischenzeugnisse belegen würden. Weiter habe er von fünf Freunden in der Schweiz Referenzschreiben beigelegt, welche illustrieren würden, dass er über ein enges soziales Netz in der Schweiz verfüge. Schliesslich lebe er seit über eineinhalb Jahren in einer gefestigten Beziehung. Auch wenn er und seine Lebensgefährtin aktuell noch nicht in einem gemeinsamen Haushalt leben würden, sei eine gemeinsame Zukunft geplant. Bei einem Wegweisungsvollzug könne seiner Lebensgefährtin nicht zugemutet werden, ihm nach Somalia zu folgen. Somit sei Art. 8 EMRK verletzt, zumal seine Wegweisung mit erheblichen negativen Folgen verbunden wäre, welche zu einer Trennung der Beziehung führen würden. Zudem stelle ihm seine Lebenspartnerin in ihrer Stellungnahme ein gutes Zeugnis bezüglich seiner Integration und seinem vorbildlichen Verhalten aus. Insgesamt sei sein Recht auf Privatleben im Sinne von Art. 8 EMRK höher als das öffentliche Interesse der Schweiz an seiner Wegweisung zu gewichten.

Schliesslich könne er bei einer Rückkehr ins Heimatland nicht auf ein familiäres oder soziales Netz zurückgreifen, da seine Mutter sowie seine Geschwister Somalia zwischenzeitlich verlassen hätten und in Äthiopien in einem Flüchtlingslager leben würden. Bei der von der Vorinstanz erwähnten reintegrierenden Unterstützung auf dem Arbeitsmarkt könne deshalb keine Rede mehr sein, vielmehr wäre er bei einer Rückkehr auf sich alleine gestellt.

Verschiedenen Berichten zufolge sei eine Wegweisung nach Somalia unzulässig, insbesondere da gemäss einem Bericht der Schweizerischen Flüchtlingshilfe SFH vom 21. Februar 2018 hervorgehe, die Region C. \_\_\_\_\_ (F. \_\_\_\_\_), aus welcher der Beschwerdeführer stamme, als Brutstätte der Al Shabaab gelte und es regelmässig zu Angriffen käme, bei

welchen auch zivile Personen betroffen seien. Aufgrund dessen beinhalte diese Region für jede Person eine ernsthafte Gefahr im Sinne von Art. 3 EMRK, weshalb es keine Rolle spiele, ob der Beschwerdeführer mehr als die restliche Bevölkerung betroffen sei oder nicht.

**5.3** In ihrer Vernehmlassung hielt die Vorinstanz fest, dass der Tatbestand von Art. 83 Abs. 7 Bst. a AIG vom Beschwerdeführer nicht bestritten werde. Dem Vorhalt, im Entscheid seien die strafrechtlichen Aspekte erneut ausführlich behandelt worden, könne nicht gefolgt werden, da die Ausführungen des Strafurteils der Prüfung der Verhältnismässigkeit dienen würden. Aus ihrer Verfügung, basierend auf dem Strafurteil, gehe eindeutig hervor, dass angesichts der Vergewaltigung ein schweres Verschulden vorliege, weshalb insgesamt ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Aufhebung der vorläufigen Aufnahme begründet sei. Insoweit sei der Rechtsvertretung zuzustimmen, als dass nicht nur auf die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft abgestellt werden dürfe. Vorliegend werde jedoch das rechtskräftige Urteil zitiert, um sich unter Berücksichtigung der privaten Interessen des Beschwerdeführers ein Gesamtbild machen und so die öffentlichen den privaten Interessen gegenüberstellen zu können. Im Weiteren sei in Bezug auf die Zulässigkeit auf die bereits ausführlich dargelegten Ausführungen in der angefochtenen Verfügung zu verweisen. Ferner sei bei einem ähnlich gelagerten Sachverhalt die Zulässigkeit des Wegweisungsvollzugs nach Somalia kürzlich vom Bundesverwaltungsgericht bejaht worden. Schliesslich werde in der Beschwerde geltend gemacht, dass nach der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichts ein zehnjähriger Aufenthalt in der Schweiz den Anwendungsbereich von Art. 8 EMRK öffne. Obwohl dies grundsätzlich vorstellbar sei, seien Einschränkungen nach Art. 8 Abs. 2 EMRK weiterhin möglich. Mit der Verurteilung zu einer zehnjährigen Strafe könne er jedoch aufgrund seiner zehnjährigen Aufenthalts nichts zu seinen Gunsten ableiten. Schliesslich könne auch angesichts der kurzen Beziehungsdauer sowie der Tatsache, dass der Beschwerdeführer noch in der strafrechtlichen Hauptverhandlung angegeben habe, seine Ehefrau und Kinder nachziehen zu wollen, nicht auf eine gefestigte Beziehung im Sinne von Art. 8 EMRK mit seiner aktuellen Partnerin geschlossen werden. Auch bei einem Vorhandensein einer schützenswerten Beziehung im Sinne der EMRK sei auf ein bundesverwaltungsrechtliches Urteil zu verweisen, aus welchem hervorgehe, dass sich nicht zwingend ein Anspruch auf den Aufenthalt eines Partners ergeben müsse, auch wenn der Lebenspartnerin eine Rückkehr nach Somalia nicht zugemutet werden könne.

**5.4** In seiner Replik erläuterte der Beschwerdeführer, dass er nicht auf das von der Vorinstanz zitierte Urteil mit einem zulässigen Wegweisungsvollzug nach Somalia eingehen könne, da aus der ihm zugänglichen, anonymisierten Version nicht ersichtlich sei, um welche Region von Somalia es sich dabei handle. Es sei jedoch nochmals darauf hinzuweisen, dass es gemäss verschiedenen aktuellen Berichten in der Region F. \_\_\_\_\_, aus welcher er stamme, regelmässig zu gewalttätigen Konflikten zwischen Al Shabaab Anhängern und anderen Kampfgruppen komme.

Ferner sei zu erwarten, dass seine strafrechtliche Verurteilung in Somalia bereits bekannt sei, da vor der hiesigen Diaspora eine solche Tat kaum vertuscht werden könne, so dass diese Nachricht bereits von der Schweiz nach Somalia gelangt sein müsse. Da in Somalia Clanstrukturen vorherrschen würden, müsse er bei einer Rückkehr damit rechnen, durch den Clan des Opfers eine Bestrafung zu erleiden, welche Art. 3 EMRK verletzen würde. Zudem sei auch davon auszugehen, dass er mit einer unmenschlichen Bestrafung durch Mitglieder der Al Shabaab zu rechnen habe, da diese Vergewaltigungen in der Regel mit Körperstrafen ahnden würden.

Schliesslich verkenne die Vorinstanz den Umstand, dass er sich bereits seit zehn Jahren in der Schweiz aufhalte und gemäss bundesrechtlicher Rechtsprechung regelmässig davon auszugehen sei, dass enge soziale Bindungen zu Schweiz vorhanden seien, wobei auch bei besonderen Gründen nicht automatisch davon auszugehen sei, dass der Aufenthalt beendet werden müsse. Ein derartiger Eingriff müsse notwendig sein, um das Ziel zu erreichen, und verhältnismässig sein. Dies habe die Vorinstanz nicht aufgezeigt. Da von einer guten Legalprognose auszugehen sei und er sich seit über drei Jahren wohlverhalten habe, erscheine seine Wegweisung in Hinblick auf die nationale Sicherheit und öffentliche Ordnung als nicht angemessen.

Sodann sei festzuhalten, dass die Beziehung zu seiner jetzigen Lebenspartnerin bereits seit zwei Jahren bestehe und deshalb unter dem Gesichtspunkt von Art. 8 EMRK ebenso zu berücksichtigen sei wie seine weit fortgeschrittene Integration. Schliesslich sei zu bemerken, dass er keinen Kontakt mehr zu seiner Familie habe und das Botschaftsgesuch für seine Ehefrau und Kinder bereits im Jahr 2011 abgewiesen worden sei. Dementsprechend würde ein soziales Netz im Heimatland fehlen.

## **6.**

**6.1** Der Beschwerdeführer wurde unter Anderem zu einer bedingten zweijährigen Freiheitsstrafe verurteilt. Die Voraussetzungen einer längerfristigen Strafe sind demnach vorliegend gegeben. In der Beschwerde wurde das Erfüllen des Tatbestandes nach Art. 83 Abs. 7 Bst. a AIG auch nicht bestritten. Gemäss ständiger Rechtsprechung sind somit die Voraussetzungen für eine Aufhebung der vorläufigen Aufnahme ohne eine Prüfung der Zumutbarkeit grundsätzlich erfüllt.

**6.2** Vorliegend ist zuerst die Verhältnismässigkeit der Massnahme zu prüfen und die privaten Interessen des Beschwerdeführers an einem Verbleib in der Schweiz sowie das Interesse des Staates an der Aufhebung der vorläufigen Aufnahme sowie des Wegweisungsvollzugs gegeneinander abzuwägen (vgl. dazu BVGE 2007/32; Urteil des BVGer D-497/2017 vom 24. Mai 2017, E.4.4), wobei keine schematische Betrachtungsweise vorzunehmen, sondern auf die gesamten Umstände des Einzelfalles abzustellen ist. Zu berücksichtigen sind Faktoren wie die Dauer der Anwesenheit in der Schweiz, der Grad der Integration, die mit dem Vollzug der Wegweisung allenfalls drohenden persönlichen und familiären Nachteile, bei Straffälligkeit die Schwere begangener Delikte beziehungsweise die Art der verletzten Rechtsgüter, das Verschulden des Betroffenen und das Verhalten des Ausländers in dieser Periode.

**6.2.1** Der Umstand, dass der Beschwerdeführer zweimal rechtskräftig verurteilt wurde, lässt das öffentliche Interesse am Wegweisungsvollzug und somit an der Aufhebung der vorläufigen Aufnahme per se erheblich erscheinen. Obwohl seine erste Verurteilung lediglich mit einer Geldstrafe einherging, wurde er bereits während der zweijährigen Probezeit erneut straffällig. Das betroffene Rechtsgut der zweiten, zweijährigen Verurteilung wegen Vergewaltigung ist als besonders schützenswert und die Tat als erheblich einzustufen. Der Eingriff in die physische und psychische Integrität des Opfers sowie das objektive Verschulden sind gemäss Strafurteil als nicht mehr leicht anzunehmen. Erschwerend ist auch sein subjektives Verschulden zu gewichten. So habe er – wie den Akten zu entnehmen ist – die Tat direktvorsätzlich begangen und aus rein egoistischen Motiven gehandelt, wobei er sich der kulturellen und religiösen Tragweite der Tat für das Opfer bewusst gewesen sei. Schliesslich ist dem Umstand, dass das Obergericht des Kantons Zürich in seinen Erwägungen zum Strafmass ausführte, dass eine Freiheitsstrafe von drei Jahren eher als angemessen erschiene, angesichts des Verschlechterungsverbot es diese jedoch auf zwei

Jahren belassen habe, Rechnung zu tragen. Sein seither unauffälliges Verhalten sowie seine ereignislose Probezeit vermögen nichts an der Schwere des Delikts zu ändern.

**6.2.2** Das Argument, im Verfahren betreffend Aufhebung der vorläufigen Aufnahme dürfe die Schwere der begangenen Delikte und das Verschulden keine Berücksichtigung finden, da dies eine erneute Bestrafung bedeuten würde, ist unrichtig, zumal eine Abwägung sämtlicher Umstände, worunter auch der konkrete strafrechtliche Vorwurf fällt, gerade der Kern der Verhältnismässigkeitsprüfung ist, und das mit einer Aufhebung der vorläufigen Aufnahme verfolgte öffentliche Interesse auch darin liegt, eine zukünftige Gefährdung der öffentlichen Ordnung durch die betroffene Person zu vermeiden respektive die Allgemeinheit vor einer Gefährdung zu schützen (vgl. BVGE 2007/32 E. 3.7.3), weshalb sich eine Berücksichtigung des Verschuldens wie auch der Prognose hinsichtlich einer erneuten Straffälligkeit aufdrängt.

**6.2.3** Die Tatsache, dass der Beschwerdeführer nach einem rund zehnjährigen Aufenthalt in der Schweiz seit 2015 wirtschaftlich integriert ist, spricht zu seinen Gunsten. Dennoch kann vorliegend nicht von einer besonders überdurchschnittlichen Integration ausgegangen werden, kann doch von einer ausländischen Person nach einer zehnjährigen Aufenthaltsdauer in der Schweiz erwartet werden, dass sie sich zumindest in sprachlicher und wirtschaftlich Hinsicht integriert hat. Auch ist aus den Akten nicht ersichtlich, inwiefern er über ein erhöhtes soziales enges Netz in der Schweiz verfügen soll. Vielmehr bewegt sich auch dieses in einem üblichen Mass und kann somit nicht als überdurchschnittlich qualifiziert werden.

**6.3** Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer angesichts seines deliktischen Verhaltens gegen das Rechtsgut der sexuellen Integrität und somit erheblich gegen die Schweizerische Rechtsordnung verstossen hat. Daran vermögen auch seine durchschnittlich zu nennende Integration sowie sein seither unauffälliges Verhalten nichts zu ändern, zumal gemäss Strafurteil keine Unrechtserkenntnis seiner verübten Tat festgestellt werden konnte. Der zehnjährige Aufenthalt des Beschwerdeführers in der Schweiz vermag insgesamt das öffentliche Interesse am Vollzug der Wegweisung aufgrund des Verstosses gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung nicht aufzuwiegen.

**6.4** Schliesslich bleibt zu prüfen, ob eine Wegweisung unter dem Gesichtspunkt der Zulässigkeit vorliegend vollziehbar ist. Dem Argument

des Beschwerdeführers, dass Art. 3 und Art. 8 EMRK einem Wegweisungsvollzug entgegenstehen würden, kann nicht gefolgt werden.

**6.5** Wie bereits die Vorinstanz zu Recht feststellte, liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass der Beschwerdeführer in seinem Heimatland Somalia mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit einer nach Art. 3 EMRK verbotenen Strafe oder Behandlung ausgesetzt wäre. Gemäss Praxis des EGMR sowie jener des UN-Anti-Folterausschusses müsste der Beschwerdeführer eine konkrete Gefahr («real risk») nachweisen oder glaubhaft machen, dass ihm im Fall einer Rückschiebung Folter oder unmenschliche Behandlung drohen würde (vgl. EGMR, [Grosse Kammer], Saadi gegen Italien, Urteil vom 28. Februar 2008, 37201/06, §§ 124-127, mit weiteren Hinweisen). Das Argument, er sei in Somalia einer Verfolgung sowie einer Bestrafung im Sinne von Art. 3 EMRK durch Clans und Anhänger der Al Shabaab wegen seiner verübten Vergewaltigung ausgesetzt, geht fehl, da nicht davon auszugehen ist, dass die somalische Diaspora in der Schweiz Kenntnis von seiner Straftat erhalten und diese Information sodann an die Angehörigen der Clans im Heimatland weitergeleitet haben soll, zumal eine Geheimhaltung seitens des Opfers der Tat angesichts ihres sozialen Status als wesentlich wahrscheinlicher erscheint als die Tatsache, dass der Beschwerdeführer den Grund seiner Verurteilung in der Diaspora herumerzählt haben sollte. Noch weniger wahrscheinlich ist die Annahme, dass Milizen der Al Shabaab von seiner Verurteilung gehört haben sollen. Zudem ist anzufügen, dass Vergewaltigung in Somalia bis heute im Regelfall und bedauerlicherweise lediglich als Kavaliersdelikt angesehen wird, ohne dass dem Täter eine Strafe drohen würde, so dass der Beschwerdeführer auch in dieser Hinsicht nichts zu befürchten hätte (vgl. Schnellrecherche der SFH-Länderanalyse vom 28. August 2017 zu Somalia: Situation von vergewaltigten Frauen; <https://www.nzz.ch/international/der-tod-von-aisha-ruettelt-somalia-auf-ld.1481502>; [https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?page=sarch&docid=5762591f4&skip=0&query=unpunished sexual violence &coi=SOM](https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?page=sarch&docid=5762591f4&skip=0&query=unpunished+sexual+violence+&coi=SOM), S. 25; [https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?page=search&docid=52fe1c4a4&skip=0&query=unpunished sexual violence &coi=SOM](https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?page=search&docid=52fe1c4a4&skip=0&query=unpunished+sexual+violence+&coi=SOM), S. 1 und 37; alle abgerufen am 09.10.2019).

**6.6** Art. 8 EMRK garantiert jeder Person ein Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens. Das Recht gilt nicht absolut, Einschränkungen sind nach Abs. 2 jedoch nur zulässig, soweit sie gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der

Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig sind.

**6.6.1** Die vom Beschwerdeführer geltend gemachte Beziehung respektive das geltend gemachte Konkubinat kann vorliegend nicht als gefestigt betrachtet werden, da insbesondere neben dem Kriterium des Zusammenwohnens, die gegenseitige (finanzielle) Unterstützung sowie eine gewisse Zeitdauer der gelebten Beziehung erforderlich sind (vgl. GRABENWARTER/PABEL, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl., 2016, S. 204; MARK E. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., 1999, S. 365; Urteil des BVGer E-7613/2016 vom 11. Januar 2017 E. 4.4). Da vorliegend diese beiden wesentlichen Kriterien nicht gegeben sind und nicht von einer gefestigten Beziehungen gesprochen werden kann, fällt sie nicht unter den Schutzbereich von Art. 8 EMRK. Auch aus dem Umstand allein, dass einem Partnerteil eine Wegweisung nicht zugemutet werden kann, lässt sich noch kein Anspruch auf einen Verbleib in der Schweiz ableiten (vgl. sinnesgemäss BGE110 Ib 201 E. 3a, S. 206; Urteil des BVGer E-367/2010 vom 28. September 2010, E. 5.5).

**6.7** Gemäss der aktuellen Rechtsprechung ist ein Wegweisungsvollzug nach Somalia – mit einigen Ausnahmen – zwar unzumutbar, die allgemeine Menschenrechtssituation in Somalia wird zum heutigen Zeitpunkt als nicht grundsätzlich unzulässig betrachtet (vgl. Urteil des BVGer E-6141/2018 vom 3. November 2018, E.8.3.1, m.w.H.). Daran vermag auch die eingereichte Schnellrecherche der Schweizerischen Flüchtlingshilfe SFH vom 21. Februar 2018 nichts zu ändern, gemäss welcher zwar die Heimatregion des Beschwerdeführers von AMISOM-Truppen und den Al Shabaab umkämpft worden sei, sich die Lage in der Region F.\_\_\_\_\_ seit März 2017 aber weitgehend beruhigt hat und unter der Kontrolle der AMISOM-Truppen steht, wobei zusätzlich anzumerken ist, dass sich die Kämpfe und verschiedenen Anschläge vorwiegend auf Einrichtungen der AMISOM-Truppen beschränkt haben (vgl. Schnell-recherche der SFH-Länderanalyse vom 21. Februar 2018 zu Somalia: Präsenz der Al Shabaab und AMISOM in G.\_\_\_\_\_, C.\_\_\_\_\_ [F.\_\_\_\_\_]).

**6.7.1** Es wird nicht in Abrede gestellt, dass der Wegweisungsvollzug in den Heimatstaat für den Beschwerdeführer mit erheblichen Härten verbunden ist. Seine in der Schweiz erworbenen wertvollen Arbeitserfahrungen und sein relativ junges Alter können es ihm jedoch ermöglichen, einen Platz in

der somalischen Gemeinschaft zu finden. Entgegen den (unbelegten) Erläuterungen des Beschwerdeführers, seine Familienangehörigen würden sich nicht mehr in Somalia aufhalten, weshalb er in seinem Heimatland auf sich alleine gestellt sei, da er niemanden mehr im Heimatland habe, ist zu widersprechen. Aus der Stellungnahme vom 4. Januar 2019 geht hervor, dass er monatliche Unterstützungsbeiträge an Familienmitglieder in Somalia leistet. Folglich muss davon ausgegangen werden, dass sich weitere seiner Familienangehörigen in Somalia befinden, welche ihn bei einer Reintegration im Heimatland unterstützen können. Zudem können ihm seine drei Onkel, welche als Landwirte und Händler tätig sind, ihm bei einer beruflichen Wiedereingliederung behilflich sein (vgl. act. A11/10, F70-73). Ausserdem hat er seine prägenden Jahre im Heimatland verbracht und verfügt dementsprechend über ein soziales Netz, welches ihn bei einem Wiedereinleben in Somalia unterstützen kann.

**6.8** Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass das SEM zu Recht die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme verfügte.

**6.9** Folglich ist festzuhalten, dass die angefochtene Verfügung Bundesrecht nicht verletzt, den rechtserheblichen Sachverhalt richtig und vollständig feststellt und angemessen ist (Art. 112 Abs. 1 AuG i.V.m. Art. 49 VwVG). Die Beschwerde ist abzuweisen.

## **7.**

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]). Nachdem jedoch das mit der Beschwerde eingegangene Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege mit Verfügung vom 8. Mai 2019 gutgeheissen wurde, werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

Mit Eingabe vom 2. Juli 2019 reichte der Rechtsbeistand eine Kostennote in der Höhe von Fr. 5'307.65 ein. Dabei ging er von einem Stundenansatz von Fr. 300.– aus. Mit Zwischenverfügung vom 8. Mai 2019 war darauf aufmerksam gemacht worden, dass bei einer anwaltlichen Vertretung bei einer amtlichen Rechtsvertretung in der Regel von einem Stundenansatz von Fr. 200.– bis Fr. 220.– ausgegangen werde (vgl. Art. 12 i.V.m. Art. 10 Abs. 2 VGKE). Das Honorar ist entsprechend zu kürzen, der Stundenansatz auf Fr. 200.– herabzusetzen und dem amtlichen Rechtsbeistand ein

Honorar von Fr. 3'303.– (inklusive Auslagen und Mehrwertsteuer) auszurichten.

(Dispositiv nächste Seite)

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

**3.**

Dem amtlichen Rechtsbeistand wird vom Bundesverwaltungsgericht ein Honorar in der Höhe von Fr. 3'303.– zugesprochen.

**4.**

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

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Contessina Theis

Martina Von Wattenwyl

Versand: