



## Urteil vom 10. Juli 2018

---

Besetzung

Richterin Mia Fuchs (Vorsitz),  
Richterin Barbara Balmelli,  
Richter Daniele Cattaneo,  
Gerichtsschreiberin Jacqueline Augsburgger.

---

Parteien

**A.** \_\_\_\_\_, geboren am (...),  
Afghanistan,  
vertreten durch lic. iur. Urs Ebnöther, Rechtsanwalt,  
Advokatur Kanonengasse,  
Beschwerdeführer,

gegen

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

---

Gegenstand

Vollzug der Wegweisung;  
Verfügung des SEM vom 19. März 2018 / N (...).

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

Der Beschwerdeführer, gemäss eigenen Angaben ein afghanischer Staatsangehöriger und ethnischer (...) mit letztem Wohnsitz in Teheran, suchte am 28. November 2015 im Empfangs- und Verfahrenszentrum (EVZ) B.\_\_\_\_\_ um Asyl nach. Das SEM erhob am 3. Dezember 2015 die Personalien des Beschwerdeführers und befragte ihn zum Reiseweg sowie – summarisch – zu den Asylgründen (Befragung zur Person, BzP).

**B.**

Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft C.\_\_\_\_\_ des Kantons D.\_\_\_\_\_ vom (...) Dezember 2017 wurde der Beschwerdeführer der harten Pornografie (tatsächliche sexuelle Handlungen mit Minderjährigen, sexuelle Gewalt und Zoophilie) im Sinne von Art. 197 Abs. 4 und 5 StGB, begangen ab etwa Ende 2015 bis (...) August 2016, für schuldig befunden.

**C.**

Am 15. Dezember 2017 hörte das SEM den Beschwerdeführer einlässlich zu den Asylgründen an.

Zur Begründung des Asylgesuches gab dieser zu Protokoll, er sei im Dorf E.\_\_\_\_\_ (Distrikt F.\_\_\_\_\_) in der (...)afghanischen Provinz G.\_\_\_\_\_ geboren und im Alter von eineinhalb Jahren wegen des Krieges mit seiner Familie in den Iran ausgereist. Die Familie habe seither stets in Teheran gelebt. Nach dem Abschluss der achten Schulklasse zirka im Jahr (...) sei er bei verschiedenen Unternehmen in Teheran als (...), (...), (...) und (...) tätig gewesen. Er habe 18 Jahre lang im Iran gelebt und daher einen Anspruch auf einen iranischen Pass gehabt, doch habe er stattdessen nur eine Amayesh-Karte (iranische Aufenthaltsbewilligung für afghanische Flüchtlinge) erhalten. Mit dieser Karte sei das Leben im Iran sehr schwierig gewesen. Er habe als Afghane keinen Führerschein machen und weder eine SIM-Karte noch ein Auto kaufen können und sei Kontrollen, Schikanen und Beschimpfungen ausgesetzt gewesen. Die iranische Polizei habe die Afghanen sehr häufig kontrolliert und ihnen die Motorräder weggenommen. Bei einem ersten Versuch, im Oktober 2015 nach Europa zu gelangen, sei er an der iranisch-türkischen Grenze aufgegriffen und nach Herat ausgeschafft worden. Wenige Tage später habe er Afghanistan mithilfe eines Schleppers wieder verlassen und sei über Pakistan illegal in den Iran zurückgekehrt. Nach 20 Tagen sei er erneut aus dem Iran ausgereist und schliesslich in die Schweiz gelangt. Zur Finanzierung der Ausreise

habe er sich bei Freunden und Bekannten seines Vaters und Bruders im Iran massiv verschuldet.

Nach Afghanistan wolle er nicht gehen, weil dort Krieg herrsche, das Land ihm fremd sei und er dort niemanden kenne. Anlässlich der Ausschaffung nach Herat habe er viele Männer mit langen Bärten gesehen. Er habe überdies ständig Angst wegen der „Bacha Bazi“ („Knabenspiel“, sexuelle Praktiken mit sog. Tanzknaben) gehabt und davor, dass jemand ihn töten würde. Er habe auch gehört, dass die Taliban Hazara köpfen würden.

Der Beschwerdeführer reichte keine heimatlichen Identitätspapiere ein. Bezüglich seines Aufenthaltes in Iran gab er im erstinstanzlichen Verfahren eine Amayesh-Karte sowie eine Mappe mit diversen Schulunterlagen zu den Akten.

#### **D.**

Mit Verfügung vom 19. März 2018 stellte das SEM fest, der Beschwerdeführer erfülle die Flüchtlingseigenschaft nicht, und lehnte dessen Asylgesuch vom 28. November 2015 gestützt auf Art. 3 AsylG (SR 142.31) ab. Gleichzeitig verfügte es die Wegweisung des Beschwerdeführers aus der Schweiz und ordnete den Vollzug an.

Zur Begründung der Abweisung des Asylgesuchs führte das Staatssekretariat im Wesentlichen aus, im Rahmen von Krieg oder Situationen allgemeiner Gewalt erlittene Nachteile stellten keine Verfolgung im Sinne des Asylgesetzes dar, soweit sie nicht auf der Absicht beruhten, einen Menschen aus einem der in Art. 3 AsylG erwähnten Gründe zu treffen. Die Praxis verneine eine Kollektivverfolgung der Hazara in Afghanistan, der Beschwerdeführer habe das Land im Alter von eineinhalb Jahren verlassen, und es seien keine Anzeichen für eine gezielt gegen seine Person gerichtete zukünftige Verfolgung ersichtlich. Seine Vorbringen in Bezug auf den Iran stellten keine asylbeachtliche Verfolgung dar.

Das SEM beurteilte den Vollzug der Wegweisung des Beschwerdeführers als zulässig (Art. 83 Abs. 3 des Ausländergesetzes [AuG, SR 142.20]) sowie als technisch möglich und praktisch durchführbar (Art. 83 Abs. 2 AuG). Sodann hielt es fest, die Prüfung der Frage, ob der Wegweisungsvollzug im Sinne von Art. 83 Abs. 4 AuG unzumutbar sei, erübrige sich, wenn die weggewiesene Person – wie vorliegend der Beschwerdeführer – erheblich oder wiederholt gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz verstossen habe oder diese gefährde (Art. 83 Abs. 7 Bst. b AuG).

**E.**

Der Beschwerdeführer focht den am 21. März 2018 eröffneten Entscheid durch seinen Rechtsvertreter mit Beschwerde vom 20. April 2018 vorab per Telefax beim Bundesverwaltungsgericht an. Er beantragt, die Verfügung der Vorinstanz sei vollumfänglich aufzuheben und die Sache zur neuen Entscheidung an diese zurückzuweisen. Eventualiter sei die Verfügung in den Ziffern 4 und 5 des Dispositivs aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, die vorläufige Aufnahme anzuordnen. In prozessualer Hinsicht beantragt er unter Hinweis auf die bereits abgelaufene verkürzte Ausreisefrist, das Migrationsamt des Kantons Zürich sei im Sinne einer vorsorglichen Massnahme unverzüglich anzuweisen, von jeglichen Vollzugshandlungen Abstand zu nehmen. Sodann ersucht er um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung samt Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses sowie um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes in der Person des Unterzeichnenden.

Der Originalbeschwerde lagen ein vom 4. April 2018 datierendes Schreiben des Deutsch- und Mathematiklehrers des Beschwerdeführers sowie eine Unterstützungsbestätigung vom 5. April 2018 bei.

**F.**

Mit Verfügung vom 17. Mai 2018 hielt die Instruktionsrichterin fest, dass asylsuchende Personen gemäss Art. 42 AsylG den Abschluss des Verfahrens in der Schweiz abwarten dürfen, und wies deshalb sowie unter Hinweis auf Art. 97 AsylG den Antrag auf Anordnung vorsorglicher Massnahmen ab. Ferner stellte sie fest, dass aufgrund der Beschwerdebegründung davon auszugehen ist, dass sich die Beschwerde lediglich gegen den in den Dispositivziffern 4 und 5 des angefochtenen Entscheides angeordneten Vollzug der Wegweisung richtet und die Verfügung vom 19. März 2018 – soweit die Verneinung der Flüchtlingseigenschaft, die Ablehnung des Asylgesuchs und die Anordnung der Wegweisung betreffend – in Rechtskraft erwachsen ist. Sodann hiess die Instruktionsrichterin die Gesuche um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsverteidigung gut und ordnete dem Beschwerdeführer antragsgemäss seinen Rechtsvertreter lic. iur. Urs Ebnöther, Rechtsanwalt, als amtlichen Rechtsbeistand bei. Gleichzeitig lud sie die Vorinstanz zur Vernehmlassung ein.

**G.**

Das SEM hielt in der Vernehmlassung vom 24. Mai 2018 an seiner Verfügung fest und beantragte die Abweisung der Beschwerde.

**H.**

Die Instruktionsrichterin liess am 29. Mai 2018 die vorinstanzliche Vernehmlassung dem Beschwerdeführer zur Kenntnisnahme zukommen.

**I.**

Mit Eingabe vom 30. Mai 2018 reichte der Rechtsvertreter eine Kostennote ein.

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

**1.1** 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 somit zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde und entscheidet auf dem Gebiet des Asyls endgültig, ausser bei Vorliegen eines Auslieferungsersuchens des Staates, vor welchem die beschwerdeführende Person Schutz sucht (Art. 105 AsylG; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG). Eine solche Ausnahme im Sinne von Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG liegt nicht vor.

**1.2** Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht (Art. 108 Abs. 1 AsylG; Art. 105 AsylG i.V.m. Art. 37 VGG und Art. 52 Abs. 1 VwVG). 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. 105 AsylG i.V.m. Art. 37 VGG und Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

**2.**

**2.1** Die vorliegende Beschwerde richtet sich lediglich gegen den in den Dispositivziffern 4 und 5 des angefochtenen Entscheides angeordneten Vollzug der Wegweisung (vgl. Sachverhalt Bst. F).

**2.2** Bei der Prüfung des Vorliegens von Wegweisungsvollzugshindernissen kommen ausschliesslich Bestimmungen des Ausländergesetzes zur Anwendung, weshalb sich die Kognition der Beschwerdeinstanz vorliegend aus Art. 112 Abs. 1 AuG in Verbindung mit Art. 49 VwVG ergibt. Die zulässigen Rügen umfassen demzufolge die Verletzung von Bundesrecht, die

unrichtige und unvollständige Feststellung des Sachverhalts sowie die Unangemessenheit (vgl. BVGE 2014/26 E. 5).

### **3.**

**3.1** Ist der Vollzug der Wegweisung nicht zulässig, nicht zumutbar oder nicht möglich, regelt das Staatssekretariat das Anwesenheitsverhältnis nach den gesetzlichen Bestimmungen über die vorläufige Aufnahme (Art. 44 AsylG; Art. 83 Abs. 1 AuG).

**3.2** Bei der Geltendmachung von Wegweisungsvollzugshindernissen gilt gemäss Praxis des Bundesverwaltungsgerichts der gleiche Beweisstandard wie bei der Prüfung der Flüchtlingseigenschaft. Sie sind zu beweisen, wenn der strikte Beweis möglich ist, und andernfalls wenigstens glaubhaft zu machen (vgl. BVGE 2014/26 E. 7.7.4; 2011/24 E. 10.2).

### **4.**

**4.1** Das SEM hält in der angefochtenen Verfügung fest, der Beschwerdeführer sei mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft C. \_\_\_\_\_ vom (...) Dezember 2017 der harten Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 und 5 StGB für schuldig befunden worden. Anlässlich einer Hausdurchsuchung an seinem Wohnort am (...) August 2016 sei er im Besitz von 55 Bildern kinderpornografischen Inhaltes gewesen – beispielsweise expliziten Bildern von deutlich minderjährigen Kindern beziehungsweise teilweise Kleinkindern, vier Bildern und einem Film mit sexueller Gewalt sowie fünf Bildern mit Zoophilie (Pferde, Hunde und Katzen im Verkehr mit Frauen). Dieses Material, das er von diversen Personen erhalten habe, habe er bewusst auf seinem Telefonspeicher belassen, während er zuvor heruntergeladene hartpornografische Dateien gelöscht habe. Damit habe er billigend in Kauf genommen, hartpornografische Erzeugnisse zu besitzen. Derartiges kinderpornografisches Material habe er auch selbst weiterverbreitet.

Nicht nur die Herstellung, sondern auch der Besitz und die Weiterverbreitung expliziter Darstellungen sexueller Gewalt sowie Handlungen mit Tieren, insbesondere aber (Klein)Kindern – den verletzlichsten Mitgliedern der Gesellschaft – gehörten nach dem Verständnis weitester Teile nicht nur der Schweizer Bevölkerung zu den verwerflichsten und beunruhigendsten Taten überhaupt. Der bewusste Besitz sowie die aktive Weiterleitung solchen Materials bedeuteten nach allgemein-moralischem Verständnis zumindest eine Billigung und damit Unterstützung von Taten wie sexuellen Handlungen mit Kindern. Der Beschwerdeführer als erwachsener Mann mit guter Schulbildung und Arbeitserfahrung habe nachweislich gegen dieses

Grundverständnis moralischer Grenzen und somit erheblich gegen die öffentliche Ordnung verstossen. Für das öffentliche Interesse am Erhalt moralischer Ordnung und somit allgemeiner sozialer Ruhe erachte das SEM es als zwingend, Personen, die gegen diese Ordnung verstiesse und kein Interesse am Schutz der Verletzlichsten (wie Kleinkindern) zeigten, den erwünschten Schutz zu verweigern. Somit überwiege das öffentliche Interesse der Schweiz am Vollzug der Wegweisung gegenüber dem privaten Interesse des Beschwerdeführers, sich auf allfällige Wegweisungsvollzugshindernisse gemäss Art. 83 Abs. 4 AuG zu berufen.

**4.2** In der Beschwerde wird vorab die Kassation der angefochtenen Verfügung und Rückweisung an die Vorinstanz zur Neuentscheidung beantragt. Zur Begründung wird ausgeführt, die Vorinstanz habe den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV in zweifacher Hinsicht verletzt.

**4.2.1** Der Kassationsantrag wird zunächst damit begründet, das SEM habe dem Beschwerdeführer zu keinem Zeitpunkt die Gelegenheit gegeben, sich zur beabsichtigten Berufung auf Art. 83 Abs. 7 Bst. b AuG zu äussern, obwohl der Anwendung dieser Bestimmung aufenthaltsbeendender Charakter zukomme und eine betroffene Person das Recht habe, zu neuen, entscheidungsrelevanten Dokumenten Stellung zu nehmen. Überdies stelle sich die Frage, ob durch das Vorgehen des SEM die Angemessenheitskontrolle ausgehebelt werde, habe dieses gemäss BVGE 2014/26 doch lediglich bei der Gewährung einer vorläufigen Aufnahme generell kein Ermessen. Wie es sich bei den Ausschlussgründen nach Art. 83 Abs. 7 AuG verhalte, sei unklar.

Der Beschwerdeführer befindet sich in der Schweiz noch im Asyl- und Wegweisungsverfahren und darf sich deshalb gestützt auf Art. 42 AsylG bis zum Abschluss des Beschwerdeverfahrens in der Schweiz aufhalten. Über ein darüber hinausgehendes Aufenthaltsrecht verfügt er jedoch nicht. Beabsichtigt die Vorinstanz, eine bestehende vorläufige Aufnahme gestützt Art. 83 Abs. 7 Bst. a oder b AuG aufzuheben, hat sie der betroffenen Person vor Erlass der Verfügung das rechtliche Gehör zu gewähren. Entgegen der in der Beschwerde vertretenen Ansicht ist eine vorgängige Gewährung des rechtlichen Gehörs jedoch nicht erforderlich, wenn die Vorinstanz im Rahmen eines erstinstanzlichen Asyl- und Wegweisungsverfahrens gestützt auf Art. 83 Abs. 7 Bst. b AuG keine vorläufige Aufnahme anordnet. Überdies handelt es sich beim gegen den Beschwerdeführer ergangenen

Strafbefehl um ein diesem bekanntes Dokument. Die Rüge einer Gehörsverletzung erweist sich somit als unbegründet. Der entsprechende Kassationsantrag ist abzuweisen.

**4.2.2** Soweit der Kassationsantrag damit begründet wird, die Vorinstanz habe es unterlassen, eine Verhältnismässigkeitsprüfung vorzunehmen, ist darauf im Rahmen der rechtlichen Würdigung des Sachverhaltes einzugehen (vgl. E. 7.3).

## **5.**

**5.1** Der Vollzug der Wegweisung ist nach Art. 83 Abs. 3 AuG unzulässig, wenn völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz einer Weiterreise der Ausländerin oder des Ausländers in den Heimat-, Herkunfts- oder in einen Drittstaat entgegenstehen (Art. 83 Abs. 3 AuG). So darf 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 (Art. 5 Abs. 1 AsylG; vgl. ebenso Art. 33 Abs. 1 des Abkommens vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge [FK, SR 0.142.30]). Nachdem rechtskräftig festgestellt wurde, dass der Beschwerdeführer die Flüchtlingseigenschaft nicht erfüllt, kann der in Art. 5 AsylG verankerte Grundsatz der Nichtrückschiebung im vorliegenden Verfahren keine Anwendung finden.

**5.2** Die Zulässigkeit des Vollzuges beurteilt sich daher vorliegend nach den allgemeinen verfassungs- und völkerrechtlichen Bestimmungen (Art. 25 Abs. 3 BV; Art. 3 des Übereinkommens vom 10. Dezember 1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe [FoK, SR 0.105]; Art. 3 EMRK). Gemäss Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) müsste der Beschwerdeführer eine konkrete Gefahr („real risk“) nachweisen oder glaubhaft machen, dass ihm im Fall einer Rückschiebung Folter oder unmenschliche Behandlung drohen würde. Entsprechendes wird von ihm jedoch nicht substantiiert vorgebracht. Auch aus den Akten ergeben sich keine konkreten Anhaltspunkte dafür, dass der Beschwerdeführer für den Fall einer Rückführung in den Iran oder nach Afghanistan dort mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit einer nach Art. 3 EMRK oder Art. 1 FoK verbotenen Strafe oder Behandlung ausgesetzt wäre. Zwar ist die allgemeine Menschenrechtssituation in den beiden Staaten in verschiedener Hinsicht als problematisch zu bezeichnen. In Bezug auf die Person des Beschwerdeführers sind jedoch keine gewichtigen Indizien vorhanden, die darauf schliessen

liessen, dass er den iranischen oder afghanischen Behörden in spezifischer Weise als verdächtig erscheinen und für ihn im Falle der Rückkehr eine Gefährdung in einem flüchtlings- oder menschenrechtlich relevanten Ausmass bestehen könnte.

**5.3** Der Vollzug der Wegweisung des Beschwerdeführers ist demnach sowohl im Sinne der asyl- als auch der völkerrechtlichen Bestimmungen zulässig.

## **6.**

**6.1** Der Vollzug kann für Ausländerinnen oder Ausländer unzumutbar sein, wenn sie in Situationen wie Krieg, Bürgerkrieg, allgemeiner Gewalt und medizinischer Notlage im Heimat- oder Herkunftsstaat konkret gefährdet sind (Art. 83 Abs. 4 AuG). Wird eine konkrete Gefährdung festgestellt, ist – unter Vorbehalt von Art. 83 Abs. 7 AuG – die vorläufige Aufnahme zu gewähren (vgl. BVGE 2014/26 E. 7.10).

**6.2** Die vorläufige Aufnahme infolge Unzumutbarkeit oder Unmöglichkeit (Art. 83 Abs. 4 bzw. Abs. 2 AuG) des Wegweisungsvollzugs wird gemäss Art. 83 Abs. 7 AuG unter anderem dann nicht verfügt, wenn die weg- oder ausgewiesene Person zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe im In- oder Ausland verurteilt wurde (Bst. a erster 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 die äussere Sicherheit gefährdet (Bst. b).

**6.3** Das SEM wandte vorliegend den Ausschlussgrund von Art. 83 Abs. 7 Bst. b erster Teilsatz AuG (erheblicher Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung) an. Dieser setzt voraus, dass die weg- oder ausgewiesene Person wiederholt gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz verstossen hat oder diese gefährdet oder die innere oder die äussere Sicherheit gefährdet. Ein Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung liegt unter anderem bei der Missachtung von gesetzlichen Vorschriften vor (Art. 80 Abs. 1 Bst. a der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE, SR 142.201]), wobei sich aus dem Wortlaut von Art. 83 Abs. 7 Bst. b AuG ergibt, dass nicht jeder Verstoss gegen die gesetzliche Ordnung zur Verweigerung oder Aufhebung der vorläufigen Aufnahme führt; es bedarf einer gewissen Intensität. Die kriminellen Handlungen müssen eine schwerwiegende Gefährdung oder Verletzung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung darstellen. Die Verurteilung zu einer bedingten Freiheitsstrafe lässt

beispielsweise in der Regel nicht auf eine solche schliessen; das Strafmass oder der Umstand, dass durch das begangene Delikt besonders wertvolle Rechtsgüter betroffen sind, kann jedoch zum gegenteiligen Schluss führen (vgl. BVGE 2007/32 E. 3.2).

**6.4** Laut dem Strafbefehl der Staatsanwaltschaft C.\_\_\_\_\_ vom (...) Dezember 2017 war der Beschwerdeführer anlässlich einer Hausdurchsuchung an seinem Wohnort am (...) August 2016 im Besitz von 55 Bildern kinderpornografischen Inhaltes ([...]). Ferner war er im Besitz von vier Bildern und einem Film mit sexueller Gewalt ([...]) sowie von fünf Bildern mit Zoophilie ([...]). Diese hartpornografischen Dateien hatte er über „Telegram Messenger“ von diversen Personen erhalten. Er beliess sie bewusst auf seinem Telefonspeicher und nahm damit billigend in Kauf, hartpornografische Erzeugnisse zu besitzen. Zuvor hatte er heruntergeladene hartpornographische Dateien noch gelöscht. Neben dem Besitz und Konsum harter Pornografie leitete er über „Facebook Messenger“ „wissentlich und willentlich“ vier Bilder pornografischen Inhalts an einen Freund weiter, wobei mindestens eines dieser Bilder „deutlich kinderpornografisch“ war. Dieses Bild zeigt gemäss dem Strafbefehl ein deutlich minderjähriges nacktes Mädchen, das „(...)“ seine Geschlechtsteile darbietet.

Der Beschwerdeführer wurde der harten Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 und 5 StGB, begangen ab etwa Ende 2015 bis (...) August 2016, für schuldig befunden und mit einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu je Fr. 50.00, entsprechend Fr. 4500.00 bestraft. Der Vollzug der Geldstrafe wurde unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren aufgeschoben. Zudem wurde er mit einer Busse von Fr. 900.00 bestraft. Zwei Mobiltelefone und Speicherkarten wurden eingezogen und vernichtet.

**6.5** Den vorinstanzlichen Erwägungen wird in der Beschwerde entgegengehalten, das SEM ziehe lediglich das verletzte Rechtsgut der sexuellen Integrität heran und beleuchte und berücksichtige weder den Unrechtsgehalt der konkreten Tat beziehungsweise das Verschulden noch das ausgesprochene Strafmass – Faktoren, die bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit zu berücksichtigen seien. Zwar handle es sich beim Rechtsgut der sexuellen Integrität um ein hochwertiges Rechtsgut, doch zeige bereits das Strafmass von 90 Tagessätzen, dass man sich vorliegend im Bagatellbereich und damit weit entfernt vom Anwendungsbereich von Art. 83 Abs. 7 Bst. a AuG bewege. Mit der Gewährung des bedingten Strafvollzugs habe die Staatsanwaltschaft ferner zum Ausdruck gebracht, dass eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheine, um den Täter von der Begehung

weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten. Zweifellos seien bei der Beurteilung des Sachverhaltes das junge Alter, die Unerfahrenheit und die Naivität des Beschwerdeführers, welche ihn zur Tat veranlasst hätten, berücksichtigt worden. Die Auffassung der Vorinstanz, mit der erstmaligen, geringfügigen Delinquenz des Beschwerdeführers könne bereits von einem erheblichen Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung gemäss Art. 83 Abs. 7 Bst. b AuG gesprochen werden, gehe massiv zu weit. Alleine das betroffene Rechtsgut mache ein Verhalten nicht schon zu einem erheblichen Verstoss. Der Beschwerdeführer habe die Tat kurz nach Erreichen der Volljährigkeit begangen. Er sei noch sehr jung und könne aus seinem Verhalten die nötigen Lehren ziehen. Dass er lernfähig und -willig sei, gehe aus dem beiliegenden Schreiben des Deutsch- und Mathematiklehrers hervor.

**6.6** Das Bundesverwaltungsgericht teilt die in der Beschwerde vertretene Auffassung nicht, wonach es sich bei den erfüllten Tatbeständen um eine „geringfügige Delinquenz“ handle, und man sich angesichts des geringen Strafmasses „im Bagatellbereich“ befinde. Da die Gründe für das relativ tiefe Strafmass und für die Gewährung des bedingten Strafvollzugs aus dem Strafbefehl nicht ersichtlich sind, erübrigen sich Erörterungen zu den diesbezüglichen Spekulationen in der Beschwerde. Das Gericht ist überdies nicht an die Einschätzung der Strafbehörden gebunden. Massgebend ist vorliegend aus Sicht des Gerichtes der Umstand, dass der überwiegende Teil der vom Beschwerdeführer begangenen Delikte die sexuelle Integrität von Kindern (einschliesslich Kleinkindern) betrifft. Dass es sich bei der sexuellen Integrität um ein sehr hochwertiges Rechtsgut handelt, wird auch in der Beschwerde eingeräumt. Wie die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung zu Recht festgehalten hat, handelt es sich überdies bei Kindern und Kleinkindern um die verletzlichsten und schutzbedürftigsten Mitglieder der Gesellschaft. Wer – wie der Beschwerdeführer – während eines Zeitraums von zirka acht Monaten kinderpornographisches Material besessen und konsumiert hat und damit sexuelle Handlungen mit Kindern letztlich auch billigt und indirekt unterstützt, verstösst in der Tat erheblich gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung. Der besonderen Verletzlichkeit von (Klein)Kindern, dem hohen Wert des verletzten Rechtsgutes und der besonderen Schwere solcher Delikte wird seit 1. Oktober 2016 vom Gesetzgeber dadurch Rechnung getragen, dass die Strafgerichte bei dieser Tatbestandsvariante der harten Pornografie (tatsächliche sexuelle Handlungen mit Minderjährigen) unabhängig von der Höhe der Strafe die obligatorische Landesverweisung anzuordnen haben (Art. 66a Abs. 1 Bst. h i.V.m. 197 Abs. 4 zweiter Satz StGB).

**6.7** Die Tatbestandsvoraussetzungen des Ausschlussgrundes des erheblichen Verstosses gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung gemäss Art. 83 Abs. 7 Bst. b AuG sind vorliegend erfüllt.

## **6.8**

**6.8.1** In der Rechtsmitteleingabe wird argumentiert, die Vorinstanz nehme mit dem Verzicht auf die Prüfung der Zumutbarkeit des Vollzugs im Sinne von Art. 83 Abs. 4 AuG eine isolierte Betrachtung der Straftat vor, ohne die allfälligen Vollzugshindernisse gegenüberzustellen. Der Beschwerdeführer habe unbestrittenermassen fast sein ganzes Leben im Iran verbracht. Eine Rückkehr nach Afghanistan wäre lebensbedrohlich und unzumutbar, weil er dort kein Beziehungsnetz habe. Auch in den Iran könne er nicht zurückkehren, da sein früherer Aufenthaltstitel abgelaufen und die Neuerteilung ausgeschlossen sei.

**6.8.2** Hierzu ist daran zu erinnern, dass bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes gemäss Art. 83 Abs. 7 AuG keine Prüfung der Unzumutbarkeit des Vollzugs gemäss Art. 83 Abs. 4 AuG erfolgt. Erfüllt die ausländische Person durch ihr Verhalten einen der Tatbestände von Art. 83 Abs. 7 Bst. a und b AuG, ist die Anwendung von Art. 83 Abs. 4 AuG ausgeschlossen, und die Weg- oder Ausweisung ist selbst dann zu vollziehen, wenn die betroffene Person im Heimat- oder Herkunftsstaat konkret gefährdet wäre. Art. 83 Abs. 4 AuG bietet demnach keinen absoluten Schutz vor einer Weg- oder Ausweisung aus der Schweiz (vgl. BVGE 2014/26 E. 7.9.4 m.w.H). Somit erübrigt sich eine weiterführende Auseinandersetzung mit der Frage, ob sich der Vollzug der Wegweisung für den Beschwerdeführer als (un)zumutbar erweisen würde.

## **7.**

**7.1** Der Ausschluss von der vorläufigen Aufnahme respektive deren Aufhebung muss verhältnismässig sein (Art. 5 Abs. 2 BV und Art. 96 Abs. 1 AuG; vgl. BVGE 2007/32 E. 3.7). Bei der Verhältnismässigkeitsprüfung haben die für die Anordnung einer ausländerrechtlichen Massnahme zuständigen Behörden die privaten Interessen der ausländischen Person an einem Verbleib in der Schweiz und das Interesse des Staates an der Aufhebung oder Verweigerung der vorläufigen Aufnahme und des Vollzugs der Wegweisung gegeneinander abzuwägen. Es ist dabei keine schematische Betrachtungsweise vorzunehmen, sondern auf die gesamten Umstände des Einzelfalles abzustellen. 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 der ausländischen Person und deren Verhalten seit der Tat (vgl. BGE 135 II 377 E. 2.1 und 4.3 m.w.H. sowie Urteile des BVGer D-6767/2015 vom 2. November 2017 und E-2997/2015 E. 8.4.2 vom 28. Mai 2018).

## 7.2

**7.2.1** Diese Interessenabwägung fällt vorliegend klar zum Nachteil des Beschwerdeführers aus. Das öffentliche Interesse am Vollzug der Wegweisung ist angesichts der hochwertigen verletzten Rechtsgüter und der besonderen Schutzwürdigkeit von Kindern erheblich (vgl. E. 6.4 und 6.6). Ein schützenswertes persönliches Interesse des Beschwerdeführers an einem Verbleib in der Schweiz ist hingegen nicht ersichtlich. Der Beschwerdeführer hält sich lediglich gestützt auf das hängige Asyl- und Wegweisungsverfahren in der Schweiz auf (vgl. Art. 42 AsylG). Eine darüber hinausgehende Aufenthaltsberechtigung hat er nie besessen. Die Aufenthaltsdauer in der Schweiz ist mit zweieinhalb Jahren kurz. In der Schweiz leben keine Familienangehörigen des Beschwerdeführers und sein Integrationsgrad ist sehr gering. Er hat gemäss eigenen Angaben praktisch sein ganzes Leben in Teheran verbracht, wo auch seine Eltern und Geschwister wohnen. Er hat im Iran über einen Aufenthaltstitel (Amayesh-Karte) verfügt, welcher von seinem Vater jährlich erneuert werden konnte, und hatte gemäss eigenen Angaben nach einem 18-jährigen Aufenthalt im Iran auch Anspruch auf die iranische Staatsangehörigkeit (vgl. act. A14/14 F46 ff. und F63). Trotz einer achtjährigen Schulbildung im Iran weist er gemäss dem Schreiben des Deutsch- und Mathematiklehrers, bei dem er – keinen intensiven – Unterricht besucht, grössere Defizite auf. Diese versuche er mit Erfolg zu kompensieren, doch würden seine Integrationsbestrebungen durch seine „ausgeprägte Naivität“ und „zeitweilige Verträumtheit“ gebremst. Der Lehrer beschreibt den Beschwerdeführer als einen „wohlerzogenen, zuvorkommenden und angepassten Burschen“ und stellt ihm „hinsichtlich der weiteren Integration insgesamt eine durchaus positive Prognose“. Diese Einschätzung der Lehrperson vermag an der Tatsache nichts zu ändern, dass die vom Beschwerdeführer begangenen Delikte und sein Verschulden schwer wiegen, insbesondere was den Besitz, den Konsum und die Weiterleitung von Kinderpornografie betrifft, und sein persönliches Interesse am Verbleib in der Schweiz aufgrund der kurzen Anwesenheitsdauer, des Fehlens familiärer Bindungen und einer sozialen und wirtschaftlichen Integration als sehr gering zu bezeichnen ist. Sodann handelt es sich bei ihm nicht um eine besonders verletzte Person, sondern um einen jungen, gesunden

Mann mit vielfältiger Arbeitserfahrung. Die Anforderungen an eine Verweigerung der vorläufigen Aufnahme sind im Übrigen tiefer als die Anforderungen an die Aufhebung einer bestehenden vorläufigen Aufnahme.

**7.2.2** Entgegen der in der Beschwerde vertretenen Ansicht lässt sich aus dem Umstand, dass die Strafbehörde vorliegend keine obligatorische Landesverweisung ausgesprochen hat, keineswegs schliessen, dass sie von einem schweren persönlichen Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB ausging. Da der Beschwerdeführer zwischen Ende 2015 und dem (...) August 2016 delinquierte, die Bestimmungen zur obligatorischen Landesverweisung (Art. 66a StGB) jedoch erst am 1. Oktober 2016 in Kraft traten, war die Anordnung einer obligatorischen Landesverweisung bereits aufgrund des Rückwirkungsverbot es nicht möglich. Dies vermag an der Verwerflichkeit der Taten und dem Verschulden des Beschwerdeführers nichts zu ändern. Im heutigen Zeitpunkt müsste er mit einer obligatorischen Landesverweisung rechnen, zumal die Härtefallklausel von Art. 66a Abs. 2 StGB in seinem Fall mangels privater Interessen am Verbleib in der Schweiz nicht zur Anwendung gelangen würde.

### **7.3**

**7.3.1** In der Beschwerde wird gerügt, die Vorinstanz habe den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, weil sie auch nicht ansatzweise eine Verhältnismässigkeitsprüfung beziehungsweise eine Abwägung der verschiedenen Interessen vorgenommen, sondern sich darauf beschränkt habe, die Verwerflichkeit des begangenen Deliktes zu betonen. Damit erweise sich die Begründung nicht als ausreichend.

**7.3.2** Hierzu ist festzustellen, dass das SEM in der angefochtenen Verfügung festgehalten hat, dass das öffentliche Interesse der Schweiz am Vollzug der Wegweisung gegenüber dem privaten Interesse des Beschwerdeführers, sich auf allfällige Vollzugshindernisse gemäss Art. 83 Abs. 4 AuG zu berufen, überwiege. Es hat damit implizit eine Verhältnismässigkeitsprüfung vorgenommen, allerdings ohne das fehlende private Interesse des Beschwerdeführers am Verbleib in der Schweiz explizit zu begründen. Angesichts des Umstandes, dass in der vom Gericht vorgenommenen Interessenabwägung keine Elemente ersichtlich sind, die zugunsten des Beschwerdeführers sprechen würden, erscheint die in der Beschwerde zu Recht gerügte Gehörsverletzung als zu geringfügig, um eine Kassation der angefochtenen Verfügung zu rechtfertigen. Eine Heilung der Gehörsverlet-

zung drängt sich auch aus prozessökonomischen Gründen auf. Die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist jedoch bei der Bemessung einer (reduzierten) Parteientschädigung zu berücksichtigen.

**7.4** Die Anwendung der Ausschlussgrundes von Art. 83 Abs. 7 Bst. b AuG und die Verweigerung der vorläufigen Aufnahme des Beschwerdeführers sind als verhältnismässig zu erachten.

**8.**

Schliesslich obliegt es dem Beschwerdeführer, sich bei der zuständigen Vertretung Irans oder Afghanistans die für eine Rückkehr notwendigen Reisedokumente zu beschaffen (Art. 8 Abs. 4 AsylG; vgl. dazu auch BVGE 2008/34 E. 12), weshalb der Vollzug der Wegweisung auch als möglich zu bezeichnen ist (Art. 83 Abs. 2 AuG).

**9.**

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz den Vollzug der Wegweisung des Beschwerdeführers aus der Schweiz gestützt auf Art. 84 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 83 Abs. 7 Bst. b AuG im Ergebnis zu Recht verfügt hat.

**10.**

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung Bundesrecht nicht verletzt, den rechtserheblichen Sachverhalt richtig sowie vollständig feststellt und angemessen ist (Art. 49 VwVG). Die Beschwerde ist abzuweisen.

**11.**

**11.1** Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind dessen Kosten grundsätzlich dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht hat ihm mit Verfügung vom 17. Mai 2018 infolge Bedürftigkeit die unentgeltliche Prozessführung und die unentgeltliche Rechtsverteidigung in der Person seines Rechtsvertreters gemäss Art. 110a AsylG gewährt. Aufgrund der Akten ist nach wie vor von der Bedürftigkeit des Beschwerdeführers auszugehen, weshalb ihm keine Verfahrenskosten aufzuerlegen sind.

**11.2** Dem amtlichen Rechtsbeistand ist ein Honorar auszurichten (vgl. für die Grundsätze der Bemessung der Parteientschädigung Art. 7 ff. des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]). Bei amtlicher Vertretung geht das Gericht in der Regel von einem Stundenansatz von

Fr. 200.– bis Fr. 220.– für Anwältinnen und Anwälte und von Fr. 100.– bis Fr. 150.– für nicht-anwaltliche Vertreterinnen und Vertreter aus (Art. 12 i.V.m. Art. 10 Abs. 2 VGKE), wobei nur der notwendige Aufwand zu entschädigen ist (Art. 8 Abs. 2 VGKE).

**11.3** Der Rechtsvertreter reichte am 30. Mai 2018 eine Honorarnote ein, in welcher er Kosten von insgesamt Fr. 2007.30 geltend macht, welche sich aus Honorarkosten in der Höhe von Fr. 1845.– (zeitlicher Aufwand von 6,15 Stunden bei einem Stundenansatz von Fr. 300.–) sowie Auslagen von Fr. 18.80 und einem Mehrwertsteuerzuschlag von Fr. 143.50 zusammensetzen. Der geltend gemachte zeitliche Aufwand von 6,15 Stunden erscheint als angemessen. Eine Stunde ist anteilmässig durch das SEM als Parteientschädigung zu leisten (vgl. E. 7.3.2 und nachfolgende E. 11.4). Für die restlichen 5,15 Stunden ist der in der Kostennote verrechnete Stundenansatz von Fr. 300.– auf Fr. 220.– zu reduzieren. Der Rechtsbeistand ist dementsprechend vom Bundesverwaltungsgericht mit insgesamt Fr. 1240.50 inklusive Auslagen (Fr. 18.80) und Mehrwertsteuer (Fr. 88.70 MwSt) zu entschädigen.

**11.4** Praxisgemäss ist eine anteilmässige Parteientschädigung zuzusprechen, wenn – wie vorliegend – eine Verfahrensverletzung auf Beschwerdeebene geheilt wird. Diese ist auf Grund der Akten (Art. 14 Abs. 2 VGKE) und unter Berücksichtigung der Bemessungsfaktoren (Art. 8 ff. VGKE) auf insgesamt Fr. 300.– (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuerzuschlag) festzusetzen. Die Vorinstanz ist anzuweisen, dem Beschwerdeführer diesen Betrag als Parteientschädigung auszurichten.

(Dispositiv nächste Seite)

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

**3.**

Das Bundesverwaltungsgericht entrichtet dem als amtlicher Rechtsbeistand eingesetzten Rechtsvertreter zulasten der Gerichtskasse ein Honorar von Fr. 1240.50.

**4.**

Das SEM hat dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 300.– zu entrichten.

**5.**

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

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Mia Fuchs

Jacqueline Augsburger

Versand: