



Abteilung VI
F-455/2021

Urteil vom 27. Januar 2023

Besetzung

Richterin Regula Schenker Senn (Vorsitz),
Richter Daniele Cattaneo, Richter Gregor Chatton,
Gerichtsschreiberin Susanne Stockmeyer.

Parteien

X. _____,
vertreten durch Nadja Zink, Rechtsanwältin, substituiert
durch Lorenz Ineichen, Rechtsanwalt, Advokaturbüro Kern-
strasse,
Beschwerdeführer,
gegen

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

Gegenstand

Erteilung der vorläufigen Aufnahme.

Sachverhalt:**A.**

Der Beschwerdeführer, ein (...) geborener kubanischer Staatsangehöriger, heiratete am 3. September 1997 in seinem Heimatland eine schweizerische Staatsbürgerin. In der Folge reiste er im Jahr 1998 in die Schweiz, wo ihm eine Aufenthaltsbewilligung erteilt wurde. Am 16. Januar 2003 erhielt er eine Niederlassungsbewilligung. Die Ehe wurde am 4. September 2003 geschieden (Akten des Migrationsamts des Kantons Zürich [kant. pag.] 265; Aktenstück V1/2 im N-Dossier der Vorinstanz [N-act.]).

B.

Mit Entscheid des Assise correzionali di Lugano vom 16. April 2009 wurde der Beschwerdeführer wegen bandenmässigen Raubes, mehrfachen Diebstahls, Entwendung zum Gebrauch, mehrfacher geringfügiger Vermögensdelikte (Diebstahl und Sachbeschädigung), mehrfachen Hausfriedensbruchs, Zechprellerei, Fahrens in fahruntfähigem Zustand, Fahrens ohne Führerausweis oder trotz Entzug, Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes und Übertretung des Bundesgesetzes über den Transport im öffentlichen Verkehr zu einer Freiheitsstrafe von 20 Monaten verurteilt (kant. pag. 443 f.).

C.

Aufgrund der Straffälligkeit wurde die Niederlassungsbewilligung am 5. August 2009 widerrufen (bestätigt durch das Urteil des Tribunale cantonale amministrativo della Repubblica e Cantone Ticino vom 16. Dezember 2009 [N-act. V1]).

D.

Ein erstes Asylgesuch wurde von der Vorinstanz wegen unbekanntem Aufenthalts des Beschwerdeführers am 16. Juli 2010 als gegenstandslos geworden abgeschrieben. Nachdem er sein Asylbegehren am 22. Februar 2011 erneuert hatte, trat die Vorinstanz mit Verfügung vom 5. September 2011 auf dieses nicht ein und ordnete die Wegweisung aus der Schweiz sowie deren Vollzug an. Die dagegen erhobene Beschwerde hiess das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil D-5216/2011 vom 4. November 2011 gut; die Vorinstanz wurde angewiesen, das Asylverfahren des Beschwerdeführers wiederaufzunehmen (kant. pag. 265).

E.

Mit Verfügung vom 5. Dezember 2012 wies die Vorinstanz das Asylgesuch des Beschwerdeführers ab und ordnete die Wegweisung aus der Schweiz sowie den Vollzug an. Eine dagegen eingereichte Beschwerde wies das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil D-100/2013 vom 29. April 2013 ab (kant. pag. 264 ff.).

F.

Zwischenzeitlich gab das Verhalten des Beschwerdeführers erneut zu Klagen Anlass:

Mit Strafbefehl des Ministero pubblico del cantone Ticino Lugano vom 5. August 2010 wurde er wegen mehrfacher geringfügiger Vermögensdelikte (Diebstahl) und mehrfachen Hausfriedensbruchs zu einer Freiheitsstrafe von 70 Tagen verurteilt (kant. pag. 444).

Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 19. August 2010 wurde er wegen Hausfriedensbruchs und geringfügiger Vermögensdelikte (Diebstahl) mit 60 Tagen Freiheitsstrafe und einer Busse von Fr. 500.- bestraft (kant. pag. 444).

Mit Strafbefehl des Ministero pubblico del cantone Ticino Lugano vom 22. September 2010 wurde er wegen geringfügiger Vermögensdelikte (Diebstahl), Hausfriedensbruchs, rechtswidrigen Aufenthalts und Missachtung der Ein- oder Ausgrenzung zu einer Freiheitsstrafe von 40 Tagen verurteilt (kant. pag. 444 f.).

Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Kreuzlingen vom 14. März 2011 wurde er wegen rechtswidrigen Aufenthalts zu einer Freiheitsstrafe von zwei Monaten verurteilt (kant. pag. 445).

Mit Strafbefehl des Untersuchungsamtes Altstätten vom 8. November 2012 wurde er wegen Verletzung der Verkehrsregeln, Entwendung zum Gebrauch, Fahrens in fahruntüchtigem Zustand, pflichtwidrigen Verhaltens bei Unfall und Führens eines Motorfahrzeugs ohne erforderlichen Führerausweis mit sechs Monaten Freiheitsstrafe und einer Busse von Fr. 300.- bestraft (kant. pag. 445).

G.

Mit Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 31. Mai 2013 wurde er

wegen mehrfachen Hausfriedensbruchs, mehrfachen geringfügigen Diebstahls und versuchter Vergewaltigung zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und einer Busse von Fr. 700.- verurteilt (kant. pag. 285 ff.).

Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 8. November 2013 wurde er wegen Sachbeschädigung und rechtswidrigen Aufenthalts zu einer Freiheitsstrafe von 60 Tagen verurteilt (kant. pag. 361 ff.).

H.

Vom 8. November 2013 bis zum 26. November 2015 befand sich der Beschwerdeführer im Strafvollzug (kant. pag. 379, 421).

I.

Am 25. Mai 2020 beantragte das Migrationsamt des Kantons Zürich beim SEM die Anordnung der vorläufigen Aufnahme des Beschwerdeführers (kant. pag. 741).

J.

Der Beschwerdeführer wurde in der Schweiz erneut straffällig:

Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 17. Januar 2020 wurde er wegen mehrfachen Hausfriedensbruchs, Sachbeschädigung und geringfügigen Diebstahls mit 60 Tagen Freiheitsstrafe, bedingt vollziehbar unter Ansetzung einer Probezeit von drei Jahren und einer Busse von Fr. 300.- verurteilt (kant. pag. 543).

Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland vom 20. April 2020 wurde er wegen Hausfriedensbruchs, geringfügigen Diebstahls und Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen verurteilt; die mit Strafbefehl vom 17. Januar 2020 bedingt ausgesprochene Freiheitsstrafe wurde widerrufen und ihm wurde eine Freiheitsstrafe von 100 Tagen als Gesamtstrafe auferlegt; weiter wurde er zu einer Busse von Fr. 500.- verurteilt (kant. pag. 646).

Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland vom 24. April 2020 wurde er wegen mehrfachen Hausfriedensbruchs, mehrfachen geringfügigen Diebstahls und mehrfachen Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen zu einer Freiheitsstrafe von 60 Tagen und einer Busse von Fr. 500.- verurteilt (kant. pag. 704).

Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland vom 13. Juni 2020 wurde er wegen Sachbeschädigung zu einer Freiheitsstrafe von 20 Tagen verurteilt (kant. pag. 834).

Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 25. Juni 2020 wurde er wegen Hausfriedensbruchs und geringfügigen Diebstahls mit einer Freiheitsstrafe von 30 Tagen als Zusatzstrafe zu der mit Strafbefehl vom 13. Juni 2020 ausgefallten Freiheitsstrafe von 20 Tagen sowie mit Strafbefehl vom 9. Juni 2020 ausgefallten Freiheitsstrafe von 90 Tagen verurteilt (kant. pag. 854).

K.

Am 9. September 2020 gewährte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör zur allfälligen Verweigerung der vorläufigen Aufnahme. Mit Schreiben vom 21. Oktober 2020 nahm er dazu Stellung (Akten der Vorinstanz [SEM act.] 5, 7).

L.

Vom 13. Juni 2020 bis 22. August 2021 befand sich der Beschwerdeführer im Strafvollzug (kant. pag. 822, 956).

M.

Die Vorinstanz lehnte mit Verfügung vom 21. Dezember 2020 den Antrag auf Anordnung der vorläufigen Aufnahme des Beschwerdeführers ab (SEM act. 8).

N.

Am 1. Februar 2021 erhob er beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde. Er beantragte, die Verfügung der Vorinstanz sei aufzuheben und der Antrag des Migrationsamtes des Kantons Zürich auf vorläufige Aufnahme sei gutzuheissen; eventualiter sei die Sache zur erneuten Entscheidung und -begründung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Ferner sei auf die Erhebung eines Kostenvorschusses zu verzichten und ihm sei die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverteidigung zu gewähren (Akten des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer act.] 1).

O.

Mit Zwischenverfügung vom 16. März 2021 hiess die Instruktionsrichterin das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung samt Rechtsverteidigung gut (BVGer act. 5).

P.

Am 8. April 2021 reichte die Vorinstanz eine Vernehmlassung ein (BVGer act. 6).

Q.

Mit Eingabe vom 11. Mai 2021 replizierte der Beschwerdeführer (BVGer act. 8).

R.

Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 25. Oktober 2021 wurde er wegen Hausfriedensbruchs und geringfügigen Diebstahls zu einer Freiheitsstrafe von 30 Tagen verurteilt (kant. pag. 989).

Mit Strafbefehl derselben Staatsanwaltschaft vom 3. Dezember 2021 wurde er wegen Hausfriedensbruchs und geringfügigen Diebstahls zu einer Freiheitsstrafe von 30 Tagen und einer Busse von Fr. 300.- verurteilt (kant. pag. 1017).

S.

Das SEM teilte dem Bundesverwaltungsgericht mit Schreiben vom 31. August 2022 mit, dass die Ausschreibung des Beschwerdeführers im Schengener Informationssystem (SIS II) zurückgestellt worden sei (BVGer act. 13).

T.

Mit Schreiben vom 15. September 2022 ersuchte die Rechtsvertreterin das Bundesverwaltungsgericht unter anderem um Bewilligung der Substitution der unentgeltlichen Rechtsbeistandschaft durch Rechtsanwalt Lorenz Ineichen für die Zeitdauer vom 7. Oktober 2022 bis 6. März 2023 (BVGer act. 14). Mit Zwischenverfügung vom 20. September 2022 wurde dem Gesuch stattgegeben (BVGer act. 15).

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

1.1 Verfügungen des SEM betreffend vorläufige Aufnahme unterliegen der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (Art. 112 Abs. 1 AIG [SR 142.20] i.V.m. Art. 31 ff. VGG).

1.2 Der Beschwerdeführer ist zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (Art. 50 und Art. 52 Abs. 1 VwVG).

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

1.4 Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in der vorliegenden Sache endgültig (vgl. Art. 83 Bst. c Ziff. 3 BGG).

2.

Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes sowie die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht wendet das Bundesrecht von Amtes wegen an. Es ist gemäss Art. 62 Abs. 4 VwVG an die Begründung der Begehren nicht gebunden und kann eine Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder abweisen. Massgebend ist grundsätzlich die Sachlage zum Zeitpunkt seines Entscheids (vgl. BGE 139 II 534 E. 5.4.1; BVGE 2014/1 E. 2).

3.

3.1 Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör (Beschwerde Rz. 34 ff.). Im Wesentlichen führt er dazu aus, die Vorinstanz habe den Sachverhalt – insbesondere seine Eingaben betreffend den Antrag auf vorläufige Aufnahme beim Migrationsamt des Kantons Zürich vom 20. März 2020 sowie das rechtliche Gehör vom 21. Oktober 2020 – unzureichend gewürdigt und damit die Begründungspflicht verletzt. Die Vorinstanz habe es insbesondere unterlassen, eine umfassende Gesamtabwägung gestützt auf alle Umstände des Einzelfalles vorzunehmen, obwohl sie auf diese Pflicht in ihrer Verfügung gleich selbst verwiesen habe. Sie sei zudem nicht auf die von ihm eingereichten Beweismittel eingegangen. So habe sie sich nicht mit dem Schreiben der kubanischen Botschaft vom 2. März 2020 und den Beilagen 12, 13 und 14 zur Stellungnahme vom 21. Oktober 2020 auseinandergesetzt. Auch die gesundheitliche Situation, die im vorliegenden Verfahren eine grosse Rolle

spiele, sei in keiner Weise berücksichtigt worden, obwohl er hierzu ebenfalls im erstinstanzlichen Verfahren diverse Beweismittel eingereicht habe (Beschwerde Rz. 40 ff.; siehe auch Replik Rz. 2).

3.2 Die Parteien haben im Verwaltungsverfahren und im verwaltungsgerichtlichen Verfahren Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 29 ff. VwVG). Dazu gehört, dass die Behörde ihren Entscheid in einer nachvollziehbaren Weise begründet, so dass er sachgerecht angefochten werden kann (Art. 35 Abs. 1 VwVG). In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sie sich hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (BGE 142 II 324 E. 3.6; 142 II 49 E. 9.2). Dabei kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken (BGE 143 III 65 E. 5.2; 141 III 28 E. 3.2.4 je m.H.). Welchen Anforderungen eine Begründung zu genügen hat, ist im Einzelfall anhand der konkreten Umstände und der Interessen der Betroffenen festzulegen (vgl. BGE 112 Ia 107 E. 2b; zum Ganzen UHLMANN/SCHILLING-SCHWANK, in: Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, N. 17 ff. zu Art. 35).

3.3 Die Begründungspflicht steht in enger Beziehung zur vorgelagerten, sich ebenfalls aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör ergebenden Pflicht der Behörde, die Vorbringen der Partei sorgfältig und ernsthaft zu prüfen und bei der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen (Prüfungs- und Berücksichtigungspflicht; vgl. Art. 30 i.V.m. Art. 32 Abs. 1 VwVG; WALDMANN/BICKEL, in: Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, N. 83 zu Art. 29, N. 6 zu Art. 30 und Rz. 18 ff. zu Art. 32). In aller Regel kann denn erst der Begründung entnommen werden, ob die Behörde der Prüfungs- und Berücksichtigungspflicht nachgekommen ist. Aus der Begründung muss daher ersichtlich sein, ob die Behörde ein Vorbringen überhaupt in Betracht zog oder lediglich für nicht erheblich oder für unrichtig hielt (WALDMANN/BICKEL, a.a.O., N. 21 zu Art. 32).

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

3.5 Wie der vorinstanzlichen Verfügung vom 21. Dezember 2020 zu entnehmen ist, sah das SEM in casu den Ausschlussgrund von Art. 83 Abs. 7 Bst. b AIG als erfüllt an. Folglich war es grundsätzlich nicht gehalten, die Möglichkeit und die Zumutbarkeit der Wegweisung nach Kuba zu prüfen bzw. auf die in diesem Zusammenhang eingereichten Schreiben und Beweismittel näher einzugehen, wenn auch darauf hinzuweisen ist, dass das Schreiben der kubanischen Botschaft vom 2. März 2020 zumindest im Sachverhalt ausdrücklich erwähnt wurde. Demgegenüber nahm das SEM in seiner Entscheid eine Verhältnismässigkeitsprüfung vor. Anlässlich dieser wurde – unter ausdrücklicher Nennung der Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 21. Oktober 2020 – auch seine Alkoholsucht und die damit im Zusammenhang stehende Beschaffungskriminalität sowie seine allgemein schwierige Situation thematisiert. Nicht vorzuwerfen ist der Vorinstanz dabei, dass sie nicht ausdrücklich auf alle im Verlaufe des Verfahrens eingebrachten Beweismittel einging. Es war dem Beschwerdeführer ohne weiteres möglich, auf Beschwerdeebene sachgerecht und vollständig gegen die vorinstanzliche Verfügung zu argumentieren. Vollständigkeits halber ist darauf hinzuweisen, dass sich das SEM in seiner Vernehmlassung vom 8. April 2021 mit den Beilagen 12, 13 und 14 der Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 21. Oktober 2020 auseinandersetzte und zum Schluss kam, es sei nicht ersichtlich, inwiefern diese entscheidrelevant seien (BVGer act. 6). Ob die Vorinstanz zu Recht zu dieser Schlussfolgerungen gelangte, ist keine Frage des Anspruchs auf rechtliches Gehör, sondern der nachfolgenden materiellen Beurteilung.

3.6 Damit kam das SEM seiner Prüfungs- und Begründungspflicht hinreichend nach. Weiter wurde auch der rechtserhebliche Sachverhalt vollständig festgestellt. Es bestand keine Veranlassung, die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. Das entsprechende Rechtsbegehren ist abzuweisen.

4.

4.1 Das SEM verfügt die vorläufige Aufnahme eines Ausländers oder einer Ausländerin, wenn der Vollzug der Weg- oder Ausweisung nicht möglich, nicht zulässig oder nicht zumutbar ist (Art. 83 Abs. 1 AIG).

4.2 Gemäss Art. 83 Abs. 7 AIG wird die vorläufige Aufnahme wegen Unzumutbarkeit oder Unmöglichkeit des Wegweisungsvollzugs (Art. 83 Abs. 4 und 2 AIG) nicht verfügt, wenn die weg- oder ausgewiesene Person zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe im In- oder Ausland verurteilt wurde oder

wenn gegen sie eine strafrechtliche Massnahme im Sinne der Art. 59–61 oder 64 StGB angeordnet wurde (Bst. a), 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), oder die Unmöglichkeit des Vollzugs der Weg- oder Ausweisung durch ihr eigenes Verhalten verursacht hat (Bst. c). In einem solchen Fall ist lediglich zu prüfen, ob sich der Vollzug aufgrund völkerrechtlicher Verpflichtungen als unzulässig im Sinne von Art. 83 Abs. 3 AIG erweist.

4.3 Zu prüfen ist vorerst, ob das SEM zu Recht die Ansicht vertrat, in casu sei der Ausschlussgrund von Art. 83 Abs. 7 Bst. b AIG erfüllt.

4.4 Eine nicht abschliessende Aufzählung von Verstössen gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 62 Abs. 1 Bst. c AIG beziehungsweise Art. 83 Abs. 7 Bst. b AIG (1. Teilsatz) findet sich in Art. 77a Abs. 1 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201). Ein Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung liegt insbesondere dann vor, wenn die betroffene Person gesetzliche Vorschriften und behördliche Verfügungen missachtet (Bst. a), öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Verpflichtungen mutwillig nicht erfüllt (Bst. b) oder ein Verbrechen gegen den öffentlichen Frieden, Völkermord, ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder ein Kriegsverbrechen öffentlich billigt oder dafür wirbt (Bst. c). Selbst wenn einzelne Verstösse für sich alleine nicht ausreichen, um einen Widerrufs- respektive Ausschlussgrund zu begründen, kann deren wiederholte Begehung darauf hinweisen, dass die betreffende Person nicht gewillt oder nicht fähig ist, sich an die geltende Ordnung zu halten. Ob der Ausländer willens und in der Lage ist, sich in die hier geltende Ordnung einzufügen, kann nur anhand einer Gesamtbetrachtung seines Verhaltens beurteilt werden (BGE 137 II 297 E. 3.3).

4.5 Der Beschwerdeführer delinquierte während seines Aufenthalts in der Schweiz unzählige Male (vgl. Sachverhalt Bst. B., F., G., J., R.; siehe auch kant. pag. 951). Zwar liegt die Begehung der schwersten Taten (bandenmässiger Raub, versuchte Vergewaltigung) nunmehr bereits 14 bzw. 11 Jahre zurück, hingegen sind sämtliche von ihm begangenen Straftaten in ihrer Gesamtheit als erheblicher und wiederholter Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu qualifizieren. Der Ausschlussgrund von Art. 83 Abs. 7 Bst. b AIG ist damit erfüllt. Dies stellt auch der Beschwerdeführer eigentlich nicht in Abrede (Beschwerde Rz. 50 ff., Rz. 71). Nicht

entscheidend ist zudem, dass das kantonale Migrationsamt die Anordnung der vorläufigen Aufnahme des Beschwerdeführers mit der unzutreffenden und Art. 83 Abs. 7 Bst. b AIG entgegenstehenden Begründung beantragt hat, der Wegweisungsvollzug sei unmöglich (vgl. kant. pag. 744). Weitere Ausführungen zum Ausschlussgrund nach Art. 83 Abs. 7 Bst. a AIG erübrigen sich damit.

5.

5.1 Auch wenn im vorliegenden Fall der Ausschlussstatbestand von Art. 83 Abs. 7 Bst. b AIG zu bejahen ist, erfolgt kein automatischer Ausschluss von der vorläufigen Aufnahme bei Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs. Es bedarf vielmehr der Vornahme einer Interessenabwägung, da ein Automatismus dem Verhältnismässigkeitsprinzip zuwiderlaufen würde (vgl. dazu SPESCHA/ THÜR/ZÜND/BOLZLI/HRUSCHKA, Kommentar Migrationsrecht, 5. Auflage, Zürich 2019, Rz. 23 zu Art. 83 AIG). Es ist daher zu prüfen, ob der Ausschluss von der vorläufigen Aufnahme im konkreten Einzelfall verhältnismässig ist (vgl. Art. 5 Abs. 2 BV, Art. 96 Abs. 1 AIG; siehe auch BVGE 2007/32 E. 3.7 und Urteil des BVGer F-5574/2018 vom 9. Juli 2020 E. 4.3).

5.2 Im Rahmen 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 Verweigerung (oder Aufhebung) der vorläufigen Aufnahme und des Vollzugs der Wegweisung gegeneinander abzuwägen. Es ist dabei keine schematische Betrachtungsweise vorzunehmen, sondern auf die gesamten und konkreten Umstände des Einzelfalles abzustellen. Zu berücksichtigen sind auf Seiten der ausländischen Person namentlich folgende Faktoren: die Dauer der Anwesenheit in der Schweiz, der Grad der Integration, die als Folge des Vollzugs der Wegweisung allenfalls drohenden persönlichen und familiären Nachteile, bei Straffälligkeit zudem die Schwere der begangenen Delikte beziehungsweise die Art der verletzten Rechtsgüter, das Verschulden der ausländischen Person sowie ihr 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 E. 5.1 und E-2997/2015 vom 28. Mai 2018 E. 8.4.2, D-6643/2016 vom 24. November 2016 E. 5.4.1 – 5.4.2). Die Interessenabwägung soll jedoch nicht auf eine vollständige Zumutbarkeitsprüfung hinauslaufen. Auch darf der Wortlaut von Art. 83 Abs. 7 AIG nicht unterlaufen werden (vgl. Urteil des BVGer F-177/2016 vom 7. Februar 2017 E. 5.3). Im

Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung ist entsprechend auf Ausführungen im Zusammenhang mit der Unmöglichkeit des Wegweisungsvollzugs nicht einzugehen (vgl. Urteil des BVGer F-2069/2021 vom 29. April 2022 E. 4.2, E-789/2020 vom 19. August 2021 E. 6.2.7).

6.

6.1 Der Beschwerdeführer führte bezüglich seiner seit dem Jahr 2019 erneut auftretenden Delinquenz im Wesentlichen aus, es handle sich um Beschaffungskriminalität im Zusammenhang mit seiner Alkoholsucht. Die Polizei habe mit Verfügung vom 10. Juli 2020 denn auch bei der KESB (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde) um Ernennung eines Beistandes für ihn ersucht und darauf hingewiesen, dass ein vorzeitiger Strafvollzug mit Tagesstruktur und nachfolgenden Massnahmen wie zum Beispiel der Besuch einer Tagesklinik die Situation verbessern würde. Die Notwendigkeit einer geregelten Tagesstruktur und die damit zusammenhängende Verbesserung der Zukunftsprognose in Bezug auf die Suchterkrankung und die Beschaffungskriminalität würden sowohl die psychiatrische Universitätsklinik Zürich in ihrem Bericht vom 11. März 2020 als auch der Sozialdienst der Justizvollzugsanstalt Realta in ihrem Schreiben vom 13. Oktober 2020 betonen. Dabei falle auf, dass der Hauptauslöser des Rückfalls in die frühere Suchterkrankung der Tod der Mutter des Beschwerdeführers und damit der einzigen noch in Kuba verbliebenen Verwandten gewesen sei. Ein anderer Faktor sei die ungelöste Situation im Hinblick auf den Aufenthaltsstatus bzw. die im Jahr 2019 definitiv gescheiterte Hoffnung auf eine Rückkehr nach Kuba gewesen. Trotz schwieriger Umstände habe es der Beschwerdeführer bis dahin geschafft, über Jahre abstinent und straffrei zu bleiben. Der Zusammenhang zwischen der Straffälligkeit und dem Ausbruch der Alkoholerkrankung sei nicht nur zeitlich, sondern auch sachlich (in Bezug auf die Art und Schwere der Straftaten) evident. Anzuführen bleibe, dass der Beschwerdeführer auch im Zeitpunkt der versuchten Vergewaltigung sehr stark alkoholisiert gewesen sei (Blutalkoholgehalt von 2.51-3.92 Gewichtspromille; Beschwerde Rz. 58 ff.).

Bezüglich der privaten Interessen des Beschwerdeführers ist der Rechtsmitteleingabe im Wesentlichen zu entnehmen, dass er sich seit 23 Jahren ununterbrochen in der Schweiz aufhalte, bis zum Widerruf seiner Bewilligung im Jahr 2009 über einen geregelten Aufenthaltsstatus verfügt habe und auch einer Arbeit nachgegangen sei. Danach sei es ihm verwehrt gewesen, zu arbeiten. Er nutze jedoch andere Möglichkeiten, um sich zu in-

tegrieren, erweitere seinen Freundeskreis und habe neben der italienischen auch die deutsche Sprache erlernt, welche er mittlerweile gut beherrsche. Im Strafvollzug sei ihm jeweils ein absolut korrektes, anständiges und hilfsberechtigtes Verhalten attestiert worden. Er habe seine Arbeiten sehr zuverlässig absolviert und sich durch hohen Einsatz, gute Organisation und konstant gute Leistungen ausgezeichnet. Eine Versetzung in den offenen Vollzug sei ohne Weiteres möglich gewesen. Ein geregelter Tagesablauf wirke sich offensichtlich stabilisierend und motivierend auf ihn aus. Er verfüge zudem in den Kantonen Tessin und Zürich über ein soziales Netz, welches ihn beispielsweise bezüglich Unterkunft unterstütze. Mittlerweile habe er ein grosses Interesse daran, in der Schweiz bleiben zu können und hier im Rahmen eines geregelten Aufenthaltes und einer Tagesstruktur mit gesicherten Wohn- und finanziellen Verhältnissen einer Arbeit nachzugehen und etwas zum gesellschaftlichen Leben beizutragen. Er habe sein ganzes Erwachsenenleben hier verbracht und in Kuba lediglich seine Kindheit und Jugend. Somit lebe er die Hälfte seines Lebens in der Schweiz. In Kuba verfüge er auch über keine Verwandtschaft mehr. Er wäre zwar gewillt zurückzukehren, wenn er könnte und die Aussicht darauf bestünde, nicht auf der Strasse zu leben. Diese Aussicht sei jedoch nicht gegeben. Aufgrund seiner Situation würden ihm bei der Rückkehr ohne Unterstützung der Familie ernsthafte Nachteile drohen, die nicht nur zum Wiederaufleben der Alkoholsucht, sondern auch zur Verschlechterung seines sonstigen Gesundheitszustandes führen würden. Zu beachten sei, dass eine Sucht eine Krankheit sei und nicht einfach ein Fehlverhalten einer Person. Er sei noch mitten im arbeitsfähigen Alter und sollte in der Schweiz aufgrund seiner Sprachkenntnisse und seines sozialen Netzes ohne besondere Probleme Arbeit finden können. Er möchte wieder ein produktives Mitglied einer Gesellschaft sein. Da dies in Kuba nicht absehbar sei, bleibe ihm nur die Schweiz. Er sei absolut gewillt, sich zu integrieren und in gesundem Zustand sei er ein hilfsbereiter, anständiger und offener Mensch (Beschwerde Rz. 65 ff.).

6.2 Der Umstand, dass dem Beschwerdeführer ein wiederholter Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung vorzuwerfen ist, lässt das öffentliche Interesse der Schweiz, die Wegweisung des Beschwerdeführers zu vollziehen, grundsätzlich als gewichtig erscheinen. Auch wenn, wie er beschwerdeweise geltend macht (Rz. 56 ff.), seit Begehung der schwersten Tat im April 2011 (versuchte Vergewaltigung) mittlerweile elf Jahre vergangen sind und ihm grundsätzlich zugute zu halten ist, dass er von November 2013 bis August 2019 nicht strafrechtlich in Erscheinung getreten ist, so kann nicht darüber hinweggesehen werden, dass er seither

wiederum zahlreiche Delikte begangen hat. Sein Wohlverhalten gilt es zudem insofern zu relativieren, als er sich vom 8. November 2013 bis zum 26. November 2015 im Strafvollzug befunden hat, wo ein tadelloses Verhalten ohnehin erwartet wird (BGE 137 II 233 E. 5.2.2).

Das Bundesverwaltungsgericht stellt weiter nicht in Abrede, dass die aktuelle Delinquenz des Beschwerdeführers im Zusammenhang mit seiner Alkohol-Sucht-Erkrankung steht. Auch ergibt sich aus den Akten, dass es sich bei seinen aktuellen strafrechtlichen Verfehlungen um Beschaffungskriminalität handelt (vgl. Beschwerde Rz. 58 ff.; SEM act. 7 sowie die dortigen Beilagen 2, 3, 4, 12, 13, 14, 15). Vorliegend wiegt jedoch schwer, dass er bereits seit dem Jahr 2001 immer wieder mit dem Gesetz in Konflikt kam und seine Straffälligkeit sogar zum Widerruf seiner Niederlassungsbewilligung führte. Dem Urteil des Tribunale cantonale amministrativo della Repubblica e Cantone Ticino vom 16. Dezember 2009 kann entnommen werden, dass er in den Jahren 2001 bis 2009 neun strafrechtliche Verurteilungen erwirkte (u.a. wegen SVG-Delikten, Tötlichkeiten, Sachbeschädigung und einfacher Körperverletzung). Dabei nahm die Schwere seiner Taten zu, sodass er am 16. April 2009 zu einer Freiheitsstrafe von 20 Monaten verurteilt wurde, dies unter anderem wegen bandenmässigen Raubes. Aus dem Urteil ergibt sich ebenso, dass er bereits damals erklärte, die Straftaten habe er wegen des Konsums von Alkohol und Drogen begangen, beides konsumiere er aber nicht mehr (vgl. N-act. V1 Sachverhalt Bst. A., B., D. und E. 3.1; kant. pag. 737 f.). Mit Verfügungen des Amts für Justizvollzug des Kantons Zürich vom 18. August 2014 und 20. Juli 2015 wurden zudem zweimal seine Gesuche um bedingte Entlassung aus dem Strafvollzug abgewiesen, da ihm insgesamt eine negative Legalprognose gestellt wurde. Den dortigen Ausführungen ist zu entnehmen, dass er in der Vergangenheit zu oft bewiesen habe, er könne oder wolle sich nicht an die geltenden Gesetze halten; seit dem Jahr 2004 sei er insgesamt zehn Mal verurteilt worden, unter anderem wegen Gewalt- und Sexualdelikten wie Körperverletzung, Raub und versuchte Vergewaltigung (kant. pag. 380). Weiter wurde ihm auch mangelnde Einsicht hinsichtlich der von ihm verübten Straftaten attestiert (kant. pag. 416). Es ist somit nicht von der Hand zu weisen, dass er während seines gesamten Aufenthaltes in der Schweiz grosse Mühe bekundete, sich an die schweizerische Rechtsordnung zu halten. Sein straffälliges Verhalten ist geradezu als notorisch zu bezeichnen, wobei ihn selbst ein legaler Aufenthaltsstatus nicht davon abhalten konnte, immer wieder mit dem Gesetz in Konflikt zu kommen. Damit sind seine Ausführungen zur Notwendigkeit einer geregelten Tagesstruktur erheblich zu relativieren und es bestehen – entgegen seiner Ansicht (vgl.

bspw. Beschwerde Rz. 68 ff.) – grosse Zweifel daran, dass die Erteilung einer vorläufigen Aufnahme tatsächlich zur Stabilisierung seiner Lebenssituation führen würde. In diesem Sinne ist es ihm nicht gelungen, seine bereits seit Jahren bestehende Alkoholsüchterkrankung zu überwinden, obwohl er eine Vielzahl entsprechender Therapieangebote erhalten hat (vgl. SEM act. 7 S. 3 f. sowie dortige Beilage 2 [Behandlung vom 11. Oktober bis 13. November 2019 sowie im August 2019 und im September 2019], Beilage 3 [Behandlung vom 2. bis 17. Januar 2020], Beilage 4 [Behandlung vom 20. Januar bis 11. Februar 2020], Beilage 15 [Behandlung vom 17. Februar bis ca. Ende März 2020] sowie weiter kant. pag. 752, 818, 843). Im Sinne einer Gesamtschau fällt dabei nicht merklich ins Gewicht, dass er fast vier Jahre nicht strafrechtlich in Erscheinung getreten ist (vgl. kant. pag. 740, 880). Zusammenfassend besteht somit ein gewichtiges öffentliches Interesse am Vollzug der Wegweisung.

6.3 Auf der anderen Seite ist das private Interesse des Beschwerdeführers am Verbleib in der Schweiz nicht von der Hand zu weisen. So lebt er bereits seit dem Jahr 1998 hier. Seine Niederlassungsbewilligung wurde demgegenüber am 5. August 2009 widerrufen (vgl. Sachverhalt Bst. B). Trotz des langen Aufenthaltes ist jedoch eine fortgeschrittene wirtschaftliche und soziale Integration zu verneinen. Insbesondere ist es ihm, gemäss den Ausführungen des Urteils des Tribunale cantonale amministrativo della Repubblica e Cantone Ticino vom 16. Dezember 2009, bereits anlässlich seines legalen Aufenthalts nicht gelungen, sich zu integrieren (N-act. V11/8). Bezüglich seines Freundeskreises ist den Akten lediglich ein Unterstützungsschreiben seiner Ex-Partnerin zu entnehmen, zu der er weiterhin ein gutes Verhältnis pflegt (SEM act. 7, Beilage 13). Des Weiteren kann er nichts davon ableiten, dass er sich im Strafvollzug wohlverhalten hat, wird doch ein tadelloses Verhalten eines Inhaftierten erwartet (BGE 137 II 233 E. 5.2.2). Negativ ins Gewicht fallen zudem seine zahlreichen Verstösse gegen die schweizerische Rechtsordnung. Das private Interesse des Beschwerdeführers am Verbleib in der Schweiz wird auch dadurch relativiert, dass er die prägenden Kinder- und Jugendjahre in Kuba verbracht hat und mit der Sprache sowie der dortigen Kultur und den Gepflogenheiten vertraut ist. Der Beschwerde ist zwar zu entnehmen, dass er in Kuba über keine Verwandten mehr verfügen soll. Der Aufbau einer beruflichen Zukunft und eines sozialen Netzes wäre demzufolge sicherlich mit gewissen Schwierigkeiten verbunden, wie auch replikweise geltend gemacht wird. Das Gericht geht hingegen davon aus, dass er in Kuba die etwa gleichwertige Möglichkeit hätte, sich eine berufliche Zukunft und ein soziales Netz aufzubauen, wie in der Schweiz. Lediglich am Rande gilt es schliesslich

darauf hinzuweisen, dass dort die ganze Bevölkerung kostenlosen Zugang zu der vom Staat bereitgestellten Gesundheitsversorgung hat (inkl. Behandlung von psychischen Erkrankungen). Zudem bestehen Anlaufstellen (sog. Community Mental Health Centers) für die Rehabilitation von Menschen mit psychischen Erkrankungen, darunter auch solche mit Suchtproblemen. Nebst der Behandlung dieser Personen soll auch deren soziale Wiedereingliederung und die Nachbetreuung sichergestellt werden (vgl. dazu Lamrani, Salim, *The Health System in Cuba: Origin, Doctrine and Results*, in: *Études caribéennes*, 07.07.2021, <https://journals.openedition.org/etudescaribeennes/24110#tocto1n2>; Linz, Sheila et al., *Learning about mental healthcare in today's Cuba: An interview with the president of the Cuban society of psychology*, in: *Perspectives in Psychiatric Care*, 06.2020, <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/ppc.12548>, abgerufen am 08.11.2022; Inter Press Service en Cuba (IPS), *Tratamiento de adicciones en Cuba busca rehabilitación e inclusión social*, <https://www.ipscuba.net/salud-y-ciencia/tratamiento-de-adicciones-en-cuba-busca-rehabilitacion-e-inclusion-social/>, 01.09.2022, jeweils abgerufen im November 2022).

6.4 Vorliegend ist somit von einem überwiegenden öffentlichen Interesse an der Wegweisung des Beschwerdeführers auszugehen, weshalb die Anwendung der Ausschlussklausel gemäss Art. 83 Abs. 7 AIG als verhältnismässig zu erachten ist.

7.

7.1 Nachfolgend bleibt zu prüfen, ob eine Wegweisung unter den Gesichtspunkten der Zulässigkeit vollzogen werden kann. Nicht geprüft wird hingegen in dieser Konstellation – wie bereits erwähnt – die Zumutbarkeit und die Möglichkeit des Wegweisungsvollzugs, weswegen auf die entsprechenden Ausführungen des Beschwerdeführers nicht einzugehen ist (Beschwerde Rz. 12 ff. und Rz. 28 ff.; Replik Rz. 3).

7.2 Gemäss Art. 83 Abs. 3 AIG ist der Vollzug nicht zulässig, wenn völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz einer Weiterreise der Ausländerin oder des Ausländers in den Heimat-, Herkunfts- oder einen Drittstaat entgegenstehen. Völkerrechtliche Verpflichtungen im Sinne von Art. 83 Abs. 3 AIG können sich namentlich aus dem flüchtlingsrechtlichen Non-Refoulement-Gebot von Art. 33 Ziff. 1 des Abkommens vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (FK, SR 0.142.30), Art. 3 EMRK sowie dem inhaltlich mit letzterer Norm weitgehend übereinstimmenden

Art. 3 des Übereinkommens vom 10. Dezember 1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (FoK, SR 0.105) ergeben (vgl. BGE 124 I 231 E. 2a). Diese Bestimmungen sind keiner Einschränkung zugänglich (vgl. BVGE 2010/42 E. 11.2 m.H.).

7.3 Weder aus den Angaben des Beschwerdeführers noch aus den Akten ergeben sich Anhaltspunkte, dass er für den Fall einer Ausschaffung nach Kuba dort mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit einer nach Art. 3 EMRK oder Art. 3 FoK verbotenen Strafe oder Behandlung ausgesetzt wäre. Die allgemeine Menschenrechtssituation in dieser Region lässt den Wegweisungsvollzug zum heutigen Zeitpunkt ebenso nicht als unzulässig erscheinen. Im Übrigen prüfte das Bundesverwaltungsgericht die Zulässigkeit des Wegweisungsvollzugs bereits im Asylverfahren und kam auch dort zum Schluss, der Vollzug der Wegweisung sei sowohl im Sinne der asyl- als auch der völkerrechtlichen Bestimmungen zulässig (vgl. Urteil des BVGer vom 29. April 2013 D-100/2013 E. 6.3). Der Vollständigkeit halber gilt es überdies festzuhalten, dass der Beschwerdeführer auch aus dem Anspruch auf Schutz des Privatlebens als Teilaspekt von Art. 8 EMRK nichts abzuleiten vermag. Bezüglich seiner Integration kann auf die obenstehenden Ausführungen verwiesen werden (vgl. E. 6.3; siehe dazu auch Urteil des BVGer F-2069/2021 vom 29. April 2022 E. 6.3.1 m.H.).

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

8.

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

9.

9.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens wären die Kosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG; Art. 1-3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Mit Zwischenverfügung vom 16. März 2021 wurden indes das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung samt Rechtsverteidigung gutgeheissen. Dem Beschwerdeführer sind deshalb keine Verfahrenskosten aufzuerlegen.

9.2 Das Gericht setzt die Entschädigung aufgrund der von Rechtsanwältin Nadja Zink mit Replik vom 11. Mai 2021 eingereichten Kostennote fest (Art. 14 Abs. 2 VGKE). In der dort vorgelegten Kostennote werden Aufwendungen von Fr. 2'486.40 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) in Rechnung gestellt (BVGer act. 8). Der Stundenansatz erweist sich als reglementsconform (Art. 10 Abs. 2 VKGE) und der zeitliche Aufwand sowie die Höhe der Auslagen sind auf der Grundlage der Bemessungsfaktoren (Art. 9-13 VGKE) nicht zu beanstanden.

9.3 Gelangt der Beschwerdeführer später zu hinreichenden Mitteln, so hat er dem Gericht das amtliche Honorar zu vergüten (Art. 65 Abs. 4 VwVG).

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.

Der Rechtsvertretung wird zulasten der Gerichtskasse ein Honorar von Fr. 2'486.40 zugesprochen.

Gelangt der Beschwerdeführer später zu hinreichenden Mitteln, so hat er diesen Betrag dem Bundesverwaltungsgericht zurückzuerstatten.

4.

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

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Regula Schenker Senn

Susanne Stockmeyer

Versand: