



Urteil vom 22. März 2017

Besetzung

Richter Martin Kayser (Vorsitz),
Richter Philippe Weissenberger,
Richterin Jenny de Coulon Scuntaro,
Gerichtsschreiberin Karin Schnidrig.

Parteien

A. _____,
vertreten durch Géraldine Walker, Rechtsanwältin,
(...),
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Einreiseverbot.

Sachverhalt:**A.**

Der Beschwerdeführer, ein am (...) 1977 geborener kosovarischer Staatsangehöriger, reiste im Jahr 1995 im Rahmen des Familiennachzugs in die Schweiz ein, worauf ihm die Niederlassungsbewilligung erteilt wurde. Im Jahr 1998 heiratete er die gebürtige Kosovarin B._____ (Jahrgang 1976). Aus dieser Ehe gingen drei Kinder (C._____, Jahrgang 2000; D._____, Jahrgang 2003, und E._____, Jahrgang 2004) hervor. Die Ehefrau und die Kinder verfügen mittlerweile über Niederlassungsbewilligungen.

B.

Am 14. Januar 2013 verurteilte das Bezirksgericht Zürich den Beschwerdeführer rechtskräftig wegen versuchter Vergewaltigung, mehrfacher Drohung und mehrfacher sexueller Belästigung zum Nachteil einer Minderjährigen zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 24 Monaten, unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren, und zu einer Busse von Fr. 600.–. Aufgrund dieser Verurteilung widerrief das Migrationsamt des Kantons Zürich mit Verfügung vom 17. Juli 2014 die Niederlassungsbewilligung des Beschwerdeführers, ordnete seine Wegweisung aus der Schweiz an und forderte ihn auf, das schweizerische Staatsgebiet bis am 15. September 2014 zu verlassen.

C.

Einen dagegen vom Beschwerdeführer erhobenen Rekurs hiess die Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich mit Entscheid vom 5. Mai 2015 gut, soweit er nicht gegenstandslos war, hob die Verfügung vom 17. Juli 2014 auf, verwarnte den Beschwerdeführer und stellte ihm für den Fall erneuter massgeblicher Delinquenz weitergehende ausländerrechtliche Massnahmen in Aussicht.

D.

Die dagegen seitens des SEM eingereichte Beschwerde hiess das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich mit Urteil VB.2015.00334 vom 30. September 2015 gut, hob den Rekursentscheid vom 5. Mai 2015 auf und stellte die Verfügung des Migrationsamts vom 17. Juli 2014 wieder her. Dem Beschwerdeführer wurde zum Verlassen der Schweiz eine neue Frist angesetzt (vgl. Akten des SEM S. 45-34, insbes. E. 4 auf S. 38-37).

E.

Eine dagegen vom Beschwerdeführer erhobene Beschwerde wies das

Bundesgericht mit Urteil 2C_989/2015 vom 3. Februar 2016 ab, soweit es darauf eintrat.

F.

Am 22. April 2016 gewährte das SEM (nachfolgend Vorinstanz) dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör zu einer allfälligen Verhängung einer Fernhaltemassnahme für die Dauer von fünf Jahren gemäss Art. 67 AuG (SR 142.20).

G.

Gemäss einem Eintrag im Zentralen Migrationssystem (ZEMIS) reiste der Beschwerdeführer am 11. Mai 2016 aus der Schweiz aus. Damit kam er der Ausreisefrist nach, die ihm mit dem erwähnten Urteil des Zürcher Verwaltungsgerichts angesetzt wurde (vgl. vorn unter D).

H.

Mit Eingabe vom 25. Mai 2016 liess der Beschwerdeführer im Rahmen des rechtlichen Gehörs durch seine Rechtsvertreterin geltend machen, er sei nur zu einer bedingten Strafe verurteilt und die Probezeit sei nur auf zwei Jahre festgelegt worden. Auch sei anzumerken, dass er für Handlungen im Jahr 2010 verurteilt worden sei. Abgesehen von der Verurteilung habe er sich während seiner 21-jährigen Aufenthaltsdauer in der Schweiz nie etwas zuschulden kommen lassen. Er sei hier verheiratet und Vater dreier Kinder. Der Entzug der Niederlassungsbewilligung stelle eine ausserordentliche Härte sowohl für ihn als auch für seine Kinder und seine Ehefrau dar.

Aufgrund einer einmaligen Verfehlung, welche bereits sechs Jahre zurückliege, gehe offensichtlich keine konkrete Gefahr von ihm aus. Es bestünden keinerlei konkrete Anhaltspunkte in seiner Biographie und in seinem Verhalten in der Vergangenheit, dass er abermals gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz verstossen könnte. Durch die Verurteilung und den Entzug der Niederlassungsbewilligung sei er bereits mehr als genug bestraft worden, sodass eine zusätzliche Fernhaltemassnahme vorliegend absolut nicht notwendig und unverhältnismässig wäre. Zudem sei seiner familiären Situation Rechnung zu tragen. Seine Ehefrau und die drei Kinder lebten weiterhin hier in der Schweiz, während er in den Kosovo habe zurückkehren müssen. Damit er regelmässigen Kontakt zu seiner Familie aufrechterhalten könne, sei von einer Fernhaltemassnahme abzusehen.

I.

Mit Verfügung vom 27. Mai 2016 – eröffnet am 31. Mai 2016 – verhängte die Vorinstanz gegenüber dem Beschwerdeführer gestützt auf Art. 67 AuG ein fünfjähriges Einreiseverbot, gültig bis 26. Mai 2021. Gleichzeitig ordnete sie die Ausschreibung zur Einreiseverweigerung im Schengener Informationssystem (SIS II) an.

J.

Mit Eingabe vom 28. Juni 2016 lässt der Beschwerdeführer gegen diese Verfügung beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde erheben und beantragen, die genannte Verfügung aufzuheben und von einem Einreiseverbot abzusehen. Eventualiter sei ein Einreiseverbot von einem Jahr festzulegen und von einer Sperrfrist betreffend Antrag zur Suspendierung des Einreiseverbots abzusehen. Es sei die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen, von der Erhebung eines Kostenvorschusses abzusehen und dem Beschwerdeführer in der Person der Unterzeichnenden ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu ernennen.

Die Begründung der Beschwerde knüpft im Wesentlichen an die bereits erwähnte Eingabe vom 25. Mai 2016 an (vgl. vorn unter H). Auf die einzelnen Elemente der Begründung wird im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen zurückzukommen sein.

K.

Mit Zwischenverfügung vom 13. Juli 2016 wies der Instruktionsrichter das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und unentgeltlichen Rechtsbeistand ab und forderte den Beschwerdeführer auf, bis zum 16. August 2016 einen Kostenvorschuss von Fr. 1'000.– einzuzahlen. Vor Erlass der Zwischenverfügung wurden die Akten der Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich beigezogen (im Folgenden: kantonale Akten).

L.

Der Kostenvorschuss wurde am 5. August 2016 fristgerecht geleistet.

M.

In seiner Vernehmlassung vom 9. September 2016 beantragte das SEM die Abweisung der Beschwerde und hielt fest, die Beschwerdeschrift enthalte keine neuen erheblichen Tatsachen oder Beweismittel, die eine Änderung seines Entscheides rechtfertigen könnten. Ausserdem würden keine Elemente vorgebracht, welche nicht bereits Gegenstand des Entscheides gewesen seien.

N.

Der Beschwerdeführer machte von der ihm eingeräumten Möglichkeit zur Replik keinen Gebrauch.

O.

Auf den weiteren Akteninhalt wird – soweit rechtserheblich – in den Erwägungen eingegangen.

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 daher zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde.

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

1.3 Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht (Art. 50 Abs. 1 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. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

1.4 Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in der vorliegenden Angelegenheit endgültig (vgl. Art. 83 Bst. c Ziff. 1 BGG); ein zweitinstanzlicher Rechtsmittelweg gegen ein Einreiseverbot würde lediglich Angehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU) oder der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) offenstehen (Art. 11 Abs. 3 FZA [SR 0.142.112.681]).

2.

Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Er-

messens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes und – soweit nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat – 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 die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder abweisen. Massgebend ist grundsätzlich die Sachlage zum Zeitpunkt seines Entscheides (vgl. BVGE 2014/1 E. 2 m.H.).

3.

Die formelle Rüge, wonach das SEM den Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) verletzt habe, ist vorab zu prüfen, da sie allenfalls geeignet ist, eine Kassation der angefochtenen Verfügung zu bewirken (vgl. BGE 137 I 195 E. 2.2 mit Hinweis auf BGE 135 I 279 E. 2.6.1; BVGE 2016/2 E. 4.2 m.H.).

3.1 In der Beschwerde wird geltend gemacht, die Verfügung enthalte weder eine Unterschrift noch eine Begründung und genüge den formellen Anforderungen an eine Verfügung nicht. Aus den wenigen Ausführungen, die als Begründung titulierte würden, gehe keineswegs hervor, weshalb und aus welchen Überlegungen ein Einreiseverbot von fünf Jahren verhängt werde. Dies stelle ein klarer Verstoß gegen das rechtliche Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV dar. Die Vorinstanz begründe in keiner Art und Weise, weshalb ein maximales Einreiseverbot erlassen werde. Auch gehe nicht hervor, weshalb der Beschwerdeführer erst nach Ablauf von zweieinhalb Jahren ein Gesuch um Suspension für Besuche bei der Familie stellen dürfe. Die Überlegungen der Vorinstanz, welche zu diesem Entscheid geführt hätten, seien nicht nachvollziehbar und auch nicht in der Verfügung aufgeführt. Es sei auch nicht ersichtlich, dass und ob die Vorinstanz überhaupt eine Abwägung zwischen öffentlichen und privaten Interessen vorgenommen habe. Hinsichtlich der Frage, weshalb das öffentliche Interesse an einem 5-jährigen Einreiseverbot gegenüber dem privaten Interesse des Beschwerdeführers (Kontakt zu Ehefrau und drei Kindern) überwiege, enthalte die Verfügung keinerlei Ausführungen. Folglich sei sie aufgrund der Verletzung des rechtlichen Gehörs aufzuheben. Die Vorinstanz habe auch keine konkreten Anhaltspunkte, welche auf eine erhebliche Wahrscheinlichkeit einer erneuten Delinquenz des Beschwerdeführers hindeuten würden, geltend gemacht, wodurch sie abermals den Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV verletzt habe.

3.2 Gemäss Art. 35 Abs. 1 VwVG sind Verfügungen zu begründen. Die Begründungspflicht folgt überdies aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör in Art. 29 Abs. 2 BV. Danach muss die Begründung so abgefasst sein, dass die betroffene Person den Entscheid gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann. Die Behörde muss die wesentlichen Überlegungen nennen, von denen sie sich hat leiten lassen und auf die sie ihren Entscheid stützt (vgl. BGE 136 I 184 E. 2.2.1, 126 I 97 E. 2.b). Damit bleibt zu prüfen, ob die Begründung der Vorinstanz diesen Anforderungen genügt.

3.3 Zur Begründung des Einreiseverbots führte die Vorinstanz aus, der Beschwerdeführer sei mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 14. Januar 2013 wegen versuchter Vergewaltigung, mehrfachen Drohungen und der mehrfachen sexuellen Belästigung zu einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten verurteilt worden, was zum Widerruf der Niederlassungsbewilligung und zur Wegweisung aus der Schweiz geführt habe. Dagegen habe sich der Beschwerdeführer bis vor Bundesgericht erfolglos gewehrt. Durch sein Verhalten habe der Ausländer hohe Rechtsgüter von Menschen erheblich gefährdet und verletzt. Angesichts dieses schweren Verstosses und der damit einhergehenden Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sei der Erlass einer Fernhaltemassnahme im Sinne von Art. 67 AuG angezeigt. Entgegen der Auffassung, welche anlässlich des rechtlichen Gehörs vertreten werde, wonach die Taten lange zurückliegen würden, müsse festgestellt werden, dass die Entfernung des Ausländers und der Erlass einer Fernhaltemassnahme im vorliegenden Fall durch Rechtsmittel eingaben bis vor Bundesgericht vorerst verhindert worden seien. Ausserdem handle es sich beim Einreiseverbot nicht um eine Zusatzstrafe, sondern eine Massnahme, die dem öffentlichen Interesse an der Fernhaltung des Ausländers Rechnung trage. Seine privaten Interessen hätten dabei zurückzustehen. Nach Ablauf des zweiten Jahres der Massnahme könnten Gesuche zum Besuch bei der Familie im Rahmen von Suspensionen geprüft und bei Erfüllung aller Voraussetzungen auch bewilligt werden. Das Einreiseverbot sei angemessen und entspreche letztendlich der gängigen Praxis des SEM.

Aus den gleichen Gründen werde zur Wahrung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen (Art. 55 Abs. 2 VwVG).

3.4

3.4.1 Es trifft zu, dass die knapp halbseitige Begründung der Vorinstanz äusserst dürftig ausgefallen ist. Die Anforderungen an die Begründungspflicht wurden jedoch – wenn auch knapp – eingehalten. So war für den Beschwerdeführer aus den Erwägungen erkennbar, dass und aus welchen Gründen die Vorinstanz von einem schweren Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung und deren Gefährdung ausging und wie sie die im Rahmen des rechtlichen Gehörs vom 25. Mai 2016 dargelegten privaten Interessen bewertete, soweit ihnen nicht durch die Möglichkeit von Suspensionen des Einreiseverbots Rechnung getragen werden konnte. Von einer Aufhebung der Verfügung kann abgesehen werden, zumal es dem Beschwerdeführer möglich war, die Verfügung sachgerecht anzufechten, dem Bundesverwaltungsgericht dieselbe Kognition zukommt wie der Vorinstanz und dem Beschwerdeführer aus dem Verzicht auf die Kassation kein unzumutbarer Nachteil erwächst (vgl. zur Heilung von Gehörsverletzungen BGE 137 I 195 E. 2.3.2 und BVGE 2012/24 E. 3.4 sowie WALDMANN/BICKEL, in: Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 29 N. 108 ff, 113, je mit Hinweisen).

3.4.2 Auch aus dem Vorhalt, wonach die Verfügung keine Unterschrift enthalte, vermag der Beschwerdeführer nichts für sich abzuleiten. Die Unterschrift ist von Bundesrechts wegen kein Gültigkeitserfordernis (vgl. BGE 138 II 501 E. 3.2.2). Entscheidend ist vielmehr, ob einer Partei aus der Eröffnung einer nicht unterzeichneten Verfügung ein Nachteil erwächst. In diesem Zusammenhang kann auf das Rundschreiben des damaligen Bundesamts für Migration (BFM) betreffend Unterschrift auf Einreiseverboten vom 1. April 2008 verwiesen werden (vgl. Weisungen und Erläuterungen Ausländerbereich [Weisungen AuG], Bern, Oktober 2013 [aktualisiert am 25. November 2016], <<https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/rechtsgrundlagen/weisungen/auslaender/weisungen-aug-d.pdf>> [Ziff. 8.10 S. 338], abgerufen am 20.02.2017). Aus dem Rundschreiben ergibt sich, dass auf Einreiseverboten eine Unterschrift der verfügenden Behörde nicht zwingend erforderlich ist und die Verfügung entsprechend ohne Unterschrift ausgehändigt werden kann. Weiter ist dem Rundschreiben zu entnehmen, dass auf der Verfügung das Kürzel der verfügenden Person im BFM (heute SEM) ersichtlich ist, weshalb sich die Verfügung in einem Beschwerdeverfahren einer bestimmten Person zuordnen lässt, sofern dies im Einzelfall von Bedeutung ist. Zudem kann auf ausdrückliches Verlangen hin jederzeit eine eigenhändig unterschriebene Verfügung nachgereicht werden. Inwiefern dem Beschwerdeführer durch die fehlende Unterzeich-

nung ein Nachteil entstanden sein sollte, ist nach dem Gesagten nicht erkennbar (vgl. zum Ganzen UHLMANN/SCHILLING-SCHWANK, in: Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 38 N. 25 sowie Urteil des BVGer C-1458/2010 vom 9. März 2012 E. 3.1 mit Hinweisen).

4.

4.1 Landesrechtliche Grundlage der angefochtenen Verfügung vom 27. Mai 2016 bildet Art. 67 AuG, der in den Absätzen 1 und 2 verschiedene Tatbestände aufführt, die ein Einreiseverbot nach sich ziehen oder nach sich ziehen können. Gestützt auf Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG kann das SEM ein Einreiseverbot gegenüber Ausländerinnen und Ausländern verfügen, die gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen haben oder diese gefährden. Das Einreiseverbot wird für eine Dauer von höchstens fünf Jahren verfügt. Es kann für eine längere Dauer angeordnet werden, wenn die betroffene Person eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellt (Art. 67 Abs. 3 AuG). Aus humanitären oder anderen wichtigen Gründen kann die verfügende Behörde von der Verhängung eines Einreiseverbots absehen oder ein Einreiseverbot vollständig oder vorübergehend aufheben (Art. 67 Abs. 5 AuG).

4.2 Das Einreiseverbot stellt keine Sanktion für vergangenes Fehlverhalten dar, sondern dient der Abwendung einer künftigen Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8. März 2002 [nachfolgend: Botschaft] BBl 2002 3813; vgl. dazu auch BVGE 2008/24 E. 4.2). Die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG bildet den Oberbegriff der polizeilichen Schutzgüter. Dabei umfasst die *öffentliche Ordnung* die Gesamtheit der ungeschriebenen Ordnungsvorstellungen, deren Befolgung nach der herrschenden sozialen und ethischen Anschauung als unerlässliche Voraussetzung eines geordneten menschlichen Zusammenlebens anzusehen ist. Die *öffentliche Sicherheit* bedeutet die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung, der Rechtsgüter der Einzelnen (Leben, Gesundheit, Freiheit, Eigentum usw.) sowie der Einrichtungen des Staates (Botschaft, a.a.O., S. 3809). Ein Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung liegt unter anderem vor, wenn gesetzliche Vorschriften oder behördliche Verfügungen missachtet werden (vgl. Art. 80 Abs. 1 Bst. a der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE, SR 142.201]). Der Schluss auf eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung dagegen setzt konkrete Anhaltspunkte dafür voraus, dass der Aufenthalt der betroffenen Person in der Schweiz

mit erheblicher Wahrscheinlichkeit zu einem Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung führen wird (Art. 80 Abs. 2 VZAE). Bestand ein solches Verhalten in der Vergangenheit, so wird die Gefahr entsprechender künftiger Störungen von Gesetzes wegen vermutet (vgl. Urteil des BVGer C-988/2015 vom 29. Oktober 2015 E. 6.2 m.H.).

4.3 Eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung gemäss Art. 67 Abs. 3 zweiter Satz AuG setzt mehr voraus als eine einfache Gefährdung gemäss Art. 67 Abs. 2 Bst. a zweiter Halbsatz AuG. Verlangt wird eine qualifizierte Gefährdungslage, worüber nach Massgabe aller Umstände des Einzelfalles zu befinden ist. Eine solche Gefährdungslage darf nicht leichthin angenommen werden. Nach der Rechtsprechung kann sie sich beispielsweise aus der Hochwertigkeit des deliktisch bedrohten Rechtsguts ergeben (z. B. Leib und Leben, körperliche und sexuelle Integrität, Gesundheit), aus der Zugehörigkeit des drohenden Delikts zur besonders schweren Kriminalität mit grenzüberschreitender Dimension (z. B. Terrorismus, Menschen- und Drogenhandel, organisierte Kriminalität) oder aus einer zunehmend schwereren Delinquenz bei Wiederholungstätern mit ungünstiger Legalprognose (vgl. BGE 139 II 121 E. 6.3; BVGE 2013/4 E. 7.2.4; Urteil des BVGer C-5602/2012 vom 16. Januar 2015 E. 6.1 m.H.).

4.4 Wird gegenüber einer Person, welche nicht die Staatsangehörigkeit eines EU- oder EFTA-Mitgliedstaates besitzt (Drittstaatsangehörige), ein Einreiseverbot verhängt, so wird sie nach Massgabe und Bedeutung des Falles im SIS II zur Einreiseverweigerung ausgeschrieben (vgl. Art. 21 und Art. 24 der Verordnung (EG) Nr. 1987/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Dezember 2006 über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems der zweiten Generation [SIS-II-VO, Abl. L 381/4 vom 28. Dezember 2006, S. 4–23]). Damit wird dem Betroffenen grundsätzlich die Einreise in das Hoheitsgebiet aller Schengen-Mitgliedstaaten verboten (vgl. Art. 6 Abs. 1 sowie Art. 14 Abs. 1 der Verordnung [EU] Nr. 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenze durch Personen [Schengener Grenzkodex, SGK, Abl. L 77/1 vom 23. März 2016]). Die Mitgliedstaaten können der betroffenen Person aus wichtigen Gründen oder aufgrund internationaler Verpflichtungen die Einreise in das eigene Hoheitsgebiet gestatten (vgl. Art. 14 Abs. 1 i.V.m. Art. 6 Abs. 5 Bst. c SGK) beziehungsweise ihr ein Schengen-Visum mit räumlich beschränkter Gültigkeit ausstellen (vgl. Art. 25 Abs. 1 Bst. a Ziff. [ii] der Verordnung [EG] Nr. 810/2009 des Europäischen Parlaments

und des Rates vom 13. Juli 2009 über einen Visakodex der Gemeinschaft [Visakodex, Abl. L 243/1 vom 15. September 2009]).

5.

In materieller Hinsicht wird mit der Beschwerde geltend gemacht, die Auferlegung einer fünfjährigen Einreisesperre sei klar unverhältnismässig. Das Bezirksgericht habe den Beschwerdeführer nur zu einer bedingten Strafe verurteilt und die Probezeit nur auf zwei Jahre festgelegt. Ihm sei offensichtlich eine günstige Legalprognose attestiert worden, welche sich auch bewahrheitet habe. Schliesslich habe er sich seit den Verfehlungen im Jahr 2010 nie wieder etwas zuschulden kommen lassen. So sei er weder vor dem Jahr 2010 noch nachher je strafrechtlich in Erscheinung getreten. Abgesehen von der Verurteilung habe er sich während seiner 21-jährigen Aufenthaltsdauer in der Schweiz nie etwas zuschulden kommen lassen. Aufgrund einer einmaligen Verfehlung, welche bereits sechs Jahre zurückliege, gehe offensichtlich keine konkrete Gefahr vom Beschwerdeführer aus. Es bestünden keinerlei konkrete Anhaltspunkte in seiner Biographie und in seinem Verhalten in der Vergangenheit, dass er abermals gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz verstossen könnte. Bei einem Aufenthalt in der Schweiz würde der Beschwerdeführer ausschliesslich mit seiner Familie Zeit verbringen, weshalb offensichtlich keine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung bestehe und folglich keine Einreisesperre verhängt werden müsse. Es würden keinerlei konkrete Anhaltspunkte vorliegen, welche auf eine erhebliche Wahrscheinlichkeit einer erneuten Delinquenz des Beschwerdeführers hindeuten würden.

Eine fünfjährige Einreisesperre gelte als maximales Einreiseverbot. Ein Ausschöpfen desselben sei klar nicht gerechtfertigt.

Art. 5 der Rückführungsrichtlinie betone die Berücksichtigung familiärer Bindungen und das Kindeswohl explizit. Folglich sei vorliegend eine fünfjährige Einreisesperre und eine erstmalige Prüfung einer Suspension nach zwei Jahren klar nicht gerechtfertigt. Die drei in der Schweiz lebenden minderjährigen Kinder hätten Anspruch auf regelmässigen Kontakt zu ihrem Vater. Alles andere stelle ein klarer Verstoss gegen Art. 8 EMRK dar. Durch den Widerruf der Niederlassungsbewilligung und die Wegweisung des Beschwerdeführers aus der Schweiz seien die Kinder vom Vater getrennt worden. Sie würden enorm unter der Massnahme leiden. Es komme nicht umhin, dass den Kindern nun auch noch das Recht auf persönlichen Kontakt zu ihrem Vater in Form von regelmässigen Besuchen in der Schweiz verwehrt werde. Art. 10 Abs. 2 des Übereinkommens vom 20. November 1989

über die Rechte des Kindes (KRK, SR 0.107) gebe dem Kind, das von einem oder beiden Elternteilen getrennt sei, das Recht, regelmässige persönliche Beziehungen und unmittelbare Kontakte zu beiden Elternteilen zu pflegen.

Vorliegend sei weder eine Anhörung der Kinder noch eine Interessenabwägung durchgeführt worden. Die Vorinstanz habe weder eine Überprüfung der Auswirkung der Wegweisung auf das Kindeswohl durchgeführt noch das Recht der Kinder vorrangig berücksichtigt und ihm bei der Abwägung deren Interessen zentrale Bedeutung beigemessen. Damit seien die Rechte der Kinder aus Art. 3 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 2 KRK verletzt worden. Eine sorgfältige und ernsthafte Überprüfung des Sachverhaltes ergebe, dass die Kinder von einer Einreisesperre ihres Vaters in sehr erheblichem Ausmass betroffen würden, weshalb eine fünfjährige Einreisesperre einer Verhältnismässigkeitsprüfung nicht standhalte. Die Einreisesperre und die zweijährige Sperrfrist bis erstmals ein Suspensionsgesuch betreffend Besuche in der Schweiz gestellt werden könne, verletze klar den Grundsatz der Einheit der Familie gemäss Art. 8 EMRK und wäre absolut unverhältnismässig.

6.

6.1 Der Beschwerdeführer wurde am 14. Januar 2013 vom Bezirksgericht Zürich wegen versuchter Vergewaltigung, mehrfacher Drohung und mehrfacher sexueller Belästigung zum Nachteil einer Minderjährigen zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 24 Monaten, unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren, und zu einer Busse von Fr. 600.– verurteilt. Es steht zweifellos fest und wird vom Beschwerdeführer auch nicht bestritten, dass dieses sanktionierte Fehlverhalten als schwerer Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 67 Abs. 2 Bst. a erster Halbsatz AuG zu qualifizieren ist. Die in der Beschwerde geäusserte Überzeugung, vom Beschwerdeführer gehe keine konkrete Gefahr für einen erneuten Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung aus, ist aufgrund der gegenteiligen gesetzlichen Vermutung (vgl. E. 4.2 letzter Satz) nicht massgeblich. Mit dem Hinweis darauf, dass die einmalige Verfehlung bereits sechs Jahre zurückliege, vermag der Beschwerdeführer jedenfalls die Vermutung der noch immer von ihm ausgehenden Gefährdung nicht umzustossen. Dass er einen Fernhaltegrund im Sinne von Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG gesetzt hat, ist somit nicht in Abrede zu stellen.

6.2 Im Weiteren ging vom Beschwerdeführer zum Zeitpunkt des Strafurteils vom 14. Januar 2013 nicht nur eine einfache Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung gemäss Art. 67 Abs. 2 Bst. a zweiter Halbsatz AuG aus, sondern diese Gefahr war aufgrund der Hochwertigkeit der verletzten Rechtsgüter (sexuelle und psychische Integrität einer Minderjährigen) schwerwiegend gemäss Art. 67 Abs. 3 zweiter Satz AuG. Die Begründung des erwähnten Strafurteils erlaubt diesbezüglich keine andere Betrachtungsweise. So führte das Bezirksgericht Zürich bei der konkreten Strafzumessung zu den Tatkomponenten betreffend versuchte Vergewaltigung namentlich aus, der Beschuldigte habe seine (Macht-)Position als langjähriger Mitarbeiter des in Frage stehenden Betriebes sowie als Quasi-Vorgesetzter der Privatklägerin, welche erst kürzlich im Betrieb eine Lehre angefangen habe, ausgenutzt, um diese gefügig zu machen (kantonale Akten act. 11 / S. 88-90, auch zum Folgenden). Erschwerend komme hinzu, dass er die Privatklägerin an ihrem Arbeitsort eingeschlossen habe, was deren Sicherheitsgefühl zusätzlich stark verletzt habe. Überdies habe der fragliche Vorfall zu einer Uhrzeit stattgefunden, zu welcher sich keine Mitarbeiter mehr am Arbeitsort aufgehalten hätten, was der Beschuldigte ausgenutzt habe, habe die Privatklägerin doch nicht auf Hilfe hoffen können. Insgesamt stelle das Handeln des Beschuldigten einen massiven Eingriff sowohl in die physische als auch in die psychische Integrität der Privatklägerin dar. Ausserdem gelte es zu bemerken, dass der Beschuldigte aus rein egoistischen Motiven gehandelt habe. Es sei ihm letztlich nur um seine eigene sexuelle Befriedigung gegangen. Zu besonderem Verschulden gereiche ihm, dass er sich bei der Verfolgung seiner sexuellen Befriedigung über die verbalen und körperlichen Abwehrsignale der Privatklägerin hinweggesetzt habe. Hinsichtlich der Tatkomponenten betreffend Drohung hielt das Bezirksgericht fest, es gelte zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte die Privatklägerin mehrfach am Arbeitsplatz bedroht habe, was ihr Sicherheitsgefühl zusätzlich erschüttert habe (a.a.O., S. 90, auch zum Folgenden). Darüber hinaus falle erschwerend ins Gewicht, dass der Beschuldigte die Drohungen über mehrere Monate hinweg, von September bis Dezember 2010, ausgesprochen habe. Nach der versuchten Vergewaltigung habe er die Privatklägerin sogar mit dem Tod bedroht. Er habe sodann seine (Macht-)Position als langjähriger Mitarbeiter des in Frage stehenden Betriebes gegenüber der Privatklägerin ausgenutzt. Ausserdem sei zu beachten, dass der Beschuldigte direktvorsätzlich gehandelt habe. Was den Anklagevorwurf der mehrfachen sexuellen Belästigung betrifft, hielt das Gericht fest, das diesbezügliche Verschulden des Beschuldigten wiege erheblich angesichts der relativ langen Deliktsdauer, der Häufigkeit der Vorfälle

und des Umstandes, wonach der Beschuldigte seine Position als langjähriger Mitarbeiter und Quasi-Vorgesetzter gegenüber der Privatklägerin ausgenutzt habe (a.a.O., act. 11 / S. 92 Ziff. 2).

Es trifft zwar zu, dass es sich beim Beschwerdeführer um einen Ersttäter handelt, dem eine günstige Legalprognose gestellt wurde (vgl. a.a.O., act. 11 / S. 93 Ziff. 2.2). Daraus kann er jedoch nichts zu seinen Gunsten ableiten, zumal selbst für den Fall, dass im heutigen Zeitpunkt nur ein relativ geringes Rückfallrisiko bestehen sollte, dieses Risiko im besonders sensiblen Bereich der sexuellen Integrität nicht hingenommen werden muss (vgl. Urteil des BVGer C-4240/2014 vom 15. Juli 2015 E. 7.3 m.H.) und nichts an der Einschätzung der vom Beschwerdeführer ausgehenden Gefahr zu ändern vermag.

6.3 Als Zwischenergebnis ist festzustellen, dass der Beschwerdeführer nicht nur den Fernhaltegrund einer Verletzung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 67 Abs. 2 Bst. a AuG gesetzt hat, sondern von ihm auch zum heutigen Zeitpunkt eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 67 Abs. 3 zweiter Satz AuG ausgeht. Das SEM hätte demnach bei der Verhängung des Einreiseverbots grundsätzlich ohne Verletzung von Art. 67 Abs. 3 erster Satz AuG die Dauer von fünf Jahren überschreiten dürfen.

7.

Zu prüfen bleibt, ob die Fernhaltemassnahme in richtiger Ausübung des Ermessens ergangen und angemessen ist. Zentrale Bedeutung kommt dabei dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu, der eine wertende Abwägung zwischen den öffentlichen Interessen an der Massnahme einerseits und den von der Massnahme beeinträchtigten privaten Interessen des Verfügungsbelasteten andererseits verlangt. Die Stellung der verletzten oder gefährdeten Rechtsgüter, die Besonderheiten des ordnungswidrigen Verhaltens und die persönlichen Verhältnisse der betroffenen ausländischen Person bilden dabei den Ausgangspunkt der Überlegungen (Art. 96 AuG; ferner statt vieler HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 555 ff.).

7.1 Vom Beschwerdeführer geht, wie bereits ausgeführt wurde, eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung in einem besonders sensiblen Bereich aus. Diese Gefahr spricht für ein grosses öffentliches Interesse an einer langjährigen Fernhaltung. Das infolgedessen anzuordnende Einreiseverbot hat vor allem spezialpräventiven

Charakter: Während seiner Gültigkeit soll es dem Beschwerdeführer die Möglichkeit nehmen, sein strafbares Verhalten in der Schweiz und im Schengen-Raum fortzusetzen; danach, bei künftigen Wiedereinreisen, soll es ihn von weiteren Verstössen gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung abhalten (vgl. BVGE 2014/20 E. 8.2 m.H.). Ebenfalls zu berücksichtigen sind generalpräventive Aspekte, welche die ausländerrechtliche Ordnung durch eine konsequente Massnahmepraxis schützen sollen und damit zu einer insgesamt funktionierenden Rechtsordnung beitragen (vgl. Urteil des BGer 2C_516/2014 vom 24. März 2015 E. 3.2 m.H.).

In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass Strafrecht und Ausländerrecht unterschiedliche Ziele verfolgen und unabhängig voneinander anzuwenden sind. Während der Straf- und Massnahmenvollzug nebst der Sicherheitsfunktion eine resozialisierende beziehungsweise therapeutische Zielsetzung hat, steht für die Migrationsbehörden das Interesse der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Vordergrund. Bei ihrer Legalprognose wenden sie einen im Vergleich mit den Straf- und Strafvollzugsbehörden strengeren Beurteilungsmassstab an (vgl. BGE 137 II 233 E. 5.2.2 m.H.). Dass das Bezirksgericht Zürich den Beschwerdeführer nur zu einer bedingten Strafe verurteilt und die Probezeit nur auf zwei Jahre festgelegt hat, bedeutet von daher nicht, dass er im heutigen Zeitpunkt kein Risiko für die öffentliche Sicherheit und Ordnung mehr darstellt.

7.2 Dem öffentlichen Interesse sind sodann die privaten Interessen des Beschwerdeführers gegenüberzustellen. Diesbezüglich beruft er sich im Wesentlichen auf das Kindeswohl sowie das in Art. 8 EMRK verankerte Recht auf Achtung des Familienlebens (vgl. E. 5).

7.2.1 Es steht ausser Frage, dass das Einreiseverbot das Recht der Beteiligten auf ein von staatlichen Eingriffen ungestörtes Familienleben berührt. Bei der Beurteilung der Eingriffsschwere ist allerdings zu berücksichtigen, dass eine Wohnsitznahme des Beschwerdeführers in der Schweiz wie auch die Pflege regelmässiger persönlicher Kontakte zu seinen hiesig niedergelassenen Familienangehörigen grundsätzlich bereits an einem fehlenden Anwesenheitsrecht scheitern (vgl. dazu BVGE 2013/4 E. 7.4.1), nachdem seine Niederlassungsbewilligung vom Bundesgericht mit Urteil vom 3. Februar 2016 rechtskräftig widerrufen wurde. In diesem Urteil erachtete das Bundesgericht die Abwägung der kantonalen Vorinstanz, welche das öffentliche Interesse an einer Ausreise des Beschwerdeführers angesichts seiner über einen längeren Zeitraum andau-

enden, schwerwiegenden Verletzungen der sexuellen und psychischen Integrität einer Jugendlichen unter Einbezug der übrigen Kriterien über sein privates Interesse beziehungsweise dasjenige seiner Familienangehörigen an seinem Verbleib in der Schweiz stellte, als zutreffend, und verneinte eine Verletzung von Art. 96 Abs. 1 AuG, Art. 8 EMRK oder Art. 13 BV (vgl. a.a.O., E. 3.5.4).

7.2.2 Das über den Beschwerdeführer verhängte Einreiseverbot hat, über den Entzug des Aufenthaltsrechts hinaus, zur Folge, dass dieser seine hier lebenden Angehörigen nicht einmal mehr mittels Visum besuchen darf. Die Verhältnismässigkeit der Massnahme an sich wird dadurch nicht in Frage gestellt, wäre doch ansonsten das Instrument des Einreiseverbots gegenüber allen Personen mit Familienangehörigen in der Schweiz per se unzulässig (Urteil des BGer 2C_270/2015 vom 6. August 2015 E. 8.2). Die bestehenden familiären Bindungen können von daher nur in der Weise berücksichtigt werden, dass es dem Beschwerdeführer unter bestimmten Voraussetzungen offensteht, eine Suspension des Einreiseverbots zu beantragen (vgl. Art. 67 Abs. 5 AuG) und dieses für eine angemessene Dauer – die gleichzeitig öffentlichen und privaten Interessen Rechnung trägt – angeordnet wird. Gegenseitigen Treffen ausserhalb des Schengen-Raums und namentlich im Heimatland, aus dem auch die Ehefrau des Beschwerdeführers stammt, stehen keine Hindernisse entgegen. Darüber hinaus ist es der Familie zuzumuten, den Kontakt mittels Telefon oder via moderne Kommunikationsmittel (SMS, E-Mail, WhatsApp, Skype, Facebook usw.) zu pflegen. Durch diese Möglichkeiten ist auch für die Kernfamilie, Ehefrau und minderjährige Kinder, ein gewisses Mass an Familienleben, bei dem das gemäss Art. 3 Abs. 1 KRK vorrangig zu berücksichtigende Kindeswohl nicht ausser Acht gelassen wird, gewährleistet.

Hinsichtlich allfälliger Suspensionsgesuche ist die Vorinstanz – entgegen ihrer missverständlichen Ausführung in der angefochtenen Verfügung – anzuweisen, solche Gesuche bereits vor Ablauf einer zweijährigen Frist zu prüfen und eine anfechtbare Verfügung zu erlassen. Dies vor dem Hintergrund, dass namentlich bei Betroffenen mit in der Schweiz lebenden Kindern *regelmässige* Suspendierungen des Einreiseverbots aus kinderrechtlicher Sicht und angesichts der besonderen Akzentuierung familiärer Bindungen und des Kindeswohls in Art. 5 der Rückführungsrichtlinie (Richtlinie 2008/115/EG) geboten sind und zwar bereits im *ersten* Jahr des laufenden Verbots (vgl. MARC SPESCHA, in: Kommentar Migrationsrecht, 4. Aufl. 2015, Art. 67 N. 7).

7.3 Eine wertende Abwägung der sich gegenüberstehenden öffentlichen und privaten Interessen führt insgesamt zum Schluss, dass das Einreiseverbot von fünf Jahren Dauer eine verhältnismässige und angemessene Massnahme zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung darstellt. Mit der Befristung der Massnahme auf fünf Jahre wurde den Besonderheiten des Falles (Ersttäter, günstige Legalprognose, familiäre Bindungen zur Schweiz) ausreichend Rechnung getragen (vgl. Urteil des BVGer F-5094/2014 vom 15. Juli 2016). Die damit einhergehende Erschwernis des Familienlebens wird durch das öffentliche Fernhalteinteresse gedeckt und ist daher nach Massgabe von Art. 8 Ziff. 2 EMRK und Art. 36 BV gerechtfertigt. Eine Verletzung des Rechts auf Familienleben gemäss Art. 8 Ziff. 1 EMRK und Art. 13 Abs. 1 BV kann in der Massnahme nicht erkannt werden.

8.

Der über das Einreiseverbot hinausgehende Ausschluss der Bewegungsfreiheit im Schengen-Raum, der auf die Ausschreibung des Beschwerdeführers im SIS II zurückzuführen ist (vgl. dazu E. 4.4), ist ebenso wenig zu beanstanden und wird vom Beschwerdeführer auch nicht gerügt. Eine solche Ausschreibung erfolgt insbesondere angesichts von abgeurteilten oder zu befürchtenden Straftaten gewisser Schwere (Art. 24 Ziff. 2 Bst. a oder Bst. b SIS-II-VO), eine Voraussetzung, die im vorliegenden Fall ohne Weiteres erfüllt ist.

9.

Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung im Hauptpunkt rechtmässig ist (Art. 49 VwVG). Die Beschwerde ist demnach im Hauptpunkt abzuweisen. Der Beschwerdeführer dringt mit seinen Anträgen insoweit durch, als er damit eine Behandlung von Suspensionsgesuchen erreichen wollte (vgl. vorn E. 7.2).

10.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG), angesichts seines Durchdringens im Eventualstandpunkt aber geringfügig zu reduzieren (Art. 1–3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Der einbezahlte Kostenvorschuss ist folglich zur Bezahlung der reduzierten Verfahrenskosten zu verwenden und insoweit zurückzuerstatten, als er diese übersteigt.

Angesichts des Obsiegens im Eventualstandpunkt ist das SEM zur Leistung einer Parteientschädigung von Fr. 200.– (Mehrwertsteuer bereits inbegriffen) zu verpflichten (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG sowie MARCEL MAILLARD, in: Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 64 N. 17).

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Das SEM wird im Sinne der Erwägungen angewiesen, allfällige Suspensionsgesuche bereits vor Ablauf des zweiten Jahres der laufenden Massnahme zu prüfen.

3.

Die Verfahrenskosten von Fr. 800.– werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Der einbezahlte Kostenvorschuss von Fr. 1'000.– wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet und im Übrigen zurückerstattet.

4.

Die Vorinstanz wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 200.– auszurichten.

5.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben; Beilage: Formular „Zahladresse“)
- die Vorinstanz (mit den Akten Ref-Nr. [...])
- das Migrationsamt des Kantons Zürich

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Martin Kayser

Karin Schnidrig

Versand: