



Abteilung VI
F-3800/2020

Urteil vom 18. November 2021

Besetzung

Richterin Regula Schenker Senn (Vorsitz),
Richterin Jenny de Coulon Scuntaro,
Richter Gregor Chatton,
Gerichtsschreiber Daniel Grimm.

Parteien

A._____,
vertreten durch Rajeevan Linganathan, Rechtsanwalt,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Einreiseverbot.

Sachverhalt:**A.**

Der aus Sri Lanka stammende Beschwerdeführer (geb. [...]) reiste im Mai 2009 als unbegleiteter minderjähriger Asylsuchender in die Schweiz ein. Am 7. März 2012 lehnte das Bundesamt für Migration (heute: SEM) sein Asylgesuch ab und ordnete die Wegweisung aus der Schweiz an. Mit gleichem Entscheid wurde der Wegweisungsvollzug zu Gunsten einer vorläufigen Aufnahme aufgeschoben. Am 13. April 2016 erhielt er eine in der Folge mehrmals verlängerte Aufenthaltsbewilligung (Härtefall).

B.

Am 26. April 2018 verurteilte das Bezirksgericht Zürich den Beschwerdeführer wegen Vergewaltigung, sexueller Nötigung, Fahrens in fahruntüchtigem Zustand und Übertretung gegen die Betäubungsmittelgesetzgebung zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 24 Monaten (bei einer Probezeit von zwei Jahren) sowie einer Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu Fr. 40.– und einer Busse von Fr. 200.–.

C.

Aufgrund dieses Sachverhalts lehnte das Migrationsamt des Kantons Zürich das Gesuch um Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung mit Verfügung vom 9. Mai 2019 ab und wies den Beschwerdeführer unter Ansetzung einer Ausreisefrist aus der Schweiz weg (vgl. Akten der Vorinstanz [SEM act.] 1, pag. 120-126). Die dagegen erhobenen Rechtsmittel blieben erfolglos (Rekursentscheid der Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich vom 15. Juli 2019 [SEM act. 1, pag. 154-160], Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 23. Oktober 2019 [SEM act. 1, pag. 127-138]). In letzter Instanz wies das Bundesgericht eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten am 30. Januar 2020 ebenfalls ab (Urteil 2C_1045/2019).

D.

Am 27. April 2020 gewährte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer im Hinblick auf die Anordnung einer Fernhaltungsmassnahme das rechtliche Gehör (SEM act. 2), wovon er mit Stellungnahme vom 17. Juni 2020 innert erstreckter Frist Gebrauch machte (SEM act. 5).

E.

Mit Verfügung vom 23. Juni 2020 verhängte die Vorinstanz über den Beschwerdeführer ein Einreiseverbot für die Dauer von zehn Jahren. Gleichzeitig ordnete sie die Ausschreibung dieser Massnahme im Schengener

Informationssystem (SIS II) an und entzog einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung (SEM act. 6).

F.

Mit Rechtsmitteleingabe vom 27. Juli 2020 an das Bundesverwaltungsgericht beantragt der Beschwerdeführer die Aufhebung der angefochtenen Verfügung; eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an das SEM zurückzuweisen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht ersucht er um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde (BVGer act. 1).

Das Rechtsmittel war mit Kopien eines aktuellen Arbeitsvertrags und eines Auszugs aus dem Familienausweis ergänzt. Aus Letzterem ging hervor, dass der Beschwerdeführer am 7. April 2020 im Kanton Bern eine ursprünglich ebenfalls aus Sri Lanka stammende Schweizer Bürgerin geheiratet hatte.

G.

Mit Zwischenverfügung vom 11. August 2020 wies das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde ab (BVGer act. 3).

H.

Die Vorinstanz schliesst in ihrer Vernehmlassung vom 17. September 2020 auf Abweisung der Beschwerde (BVGer act. 6).

I.

Replikweise lässt der Beschwerdeführer am 22. Oktober 2020 am eingereichten Rechtsmittel, den Rechtsbegehren und deren Begründung festhalten (BVGer act. 8).

J.

Auf den weiteren Akteninhalt – einschliesslich der beigezogenen Akten des Migrationsdienstes des Kantons Bern – 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 im Sinne von Art. 5 VwVG, sofern keine

Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Als Vorinstanzen gelten die in Art. 33 VGG genannten Behörden. Dazu gehört auch das SEM, welches mit der Anordnung eines Einreiseverbotes eine Verfügung im erwähnten Sinne und daher ein zulässiges Anfechtungsobjekt erlassen hat. Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG liegt nicht vor.

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

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

1.4 Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in der vorliegenden Sache endgültig (vgl. Art. 83 Bst. c Ziff. c Ziff. 1 BGG).

2.

Mit Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht kann vorliegend die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts sowie die Unangemessenheit gerügt werden (vgl. Art. 49 VwVG). Das BVGer wendet das Bundesrecht von Amtes wegen an. Es ist gemäss Art. 62 Abs. 4 VwVG nicht an die Begründung der Begehren gebunden und kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder abweisen. Massgeblich ist grundsätzlich die Sachlage zum Zeitpunkt seiner Entscheidung (vgl. BVGE 2014/1 E. 2 m.H.).

3.

In formeller Hinsicht rügt der Parteivertreter, die Vorinstanz habe das rechtliche Gehör zufolge unzureichender Begründung in schwerer Weise verletzt. So habe sie in der angefochtenen Verfügung die Stellungnahme vom 17. Juni 2020 zum rechtlichen Gehör ausser Acht gelassen, sich bloss pauschal oder ungenügend mit den Vorbringen des Beschwerdeführers auseinandergesetzt, nicht näher dargelegt, weshalb von ihm eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 67 Abs. 2 Bst. a i.V.m. Art. 67 Abs. 3 des Ausländer- und Integrationsgesetzes (AIG, SR 142.20) ausgehe und keine ernsthafte Verhältnismässigkeitsprüfung vorgenommen. Überdies sei die Anwendung der Ausnahmeklausel von Art. 67 Abs. 5 AIG nicht geprüft worden.

3.1 Gemäss Art. 29 VwVG haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Dieser Grundsatz dient einerseits der Aufklärung des Sachverhalts, andererseits stellt er ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht der Partei dar. Der Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt, dass die verfügende Behörde die Vorbringen des Betroffenen tatsächlich hört, sorgfältig und ernsthaft prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt, was sich entsprechend in der Entscheidungsbegründung niederschlagen muss. Nicht erforderlich ist, dass sich die Begründung mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (BGE 137 II 266 E. 3.2; 136 I 229 E. 5.2; 136 V 351 E. 4.2). Ansonsten genügt es, wenn aus der Gesamtheit der Begründung implizit hervorgeht, weshalb das Vorgebrachte als unrichtig oder unwesentlich übergegangen wird (vgl. BGE 143 III 65 E. 5.2; BVGE 2012/24 E. 3.2).

3.2 Allein aus dem Umfang der Begründung lassen sich keine direkten Schlüsse auf ihr rechtliches Genügen schliessen. Als massgebend erweist sich vielmehr, ob für den Beschwerdeführer die Tragweite des Entscheides ersichtlich und es ihm möglich ist, gegen den Entscheid in voller Kenntnis der Sache Beschwerde einzulegen. Dies kann auch eine knappe Begründung leisten. Aus der angefochtenen Verfügung wird klar, weshalb das SEM über den Beschwerdeführer ein langjähriges Einreiseverbot verhängte. Mit der Fokussierung auf die Schwere der Haupttat, das bedrohte hochrangige Rechtsgut der sexuellen Integrität und den Verfahrensgegenstand wird, unter ausdrücklicher Bezugnahme auf Art. 67 Abs. 2 Bst. a i.V.m. Art. 67 Abs. 3 AIG, ein bestehendes, erhebliches öffentliches Fernhalteinteresse aufgezeigt. Wohl beinhaltet die Interessenabwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Fernhaltung und den geltend gemachten privaten Interessen implizite Aspekte. Insbesondere gilt dies bezüglich des Verweises auf das Verfahren i.S. Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung. In jenem Verfahren sind die betroffenen öffentlichen und privaten Interessen von den kantonalen Instanzen und in letzter Instanz vom Bundesgericht bereits umfassend gewürdigt worden (vgl. Urteil 2C_1045/2019) und der dort beurteilte Gesamtsachverhalt bildete auch die Grundlage für das Verfahren zum Erlass einer Fernhaltemassnahme. Ob eine Verfügung hinreichend begründet ist oder nicht, bestimmt sich nicht aus der Sicht eines unbeteiligten Dritten. Die Verfügung muss mit anderen

Worten nicht notwendigerweise aus sich selbst und für jedermann verständlich sein. Als massgebend erweist sich, dass für die Partei erkennbar ist, von welchen Gründen sich die Behörde bei ihrem Entscheid leiten liess. Für die Beantwortung der Fragen der Erkennbarkeit ist das spezielle Wissen der Partei miteinzubeziehen. Über dieses besondere Wissen verfügte der Beschwerdeführer aufgrund des gegen ihn ergangenen Strafurteils und der nichtverlängerten Aufenthaltsbewilligung zweifellos (vgl. hierzu etwa Urteile des BVGer F-3551/2018 vom 7. Oktober 2020 E. 4.2 oder F-953/2017 vom 20. Dezember 2018 E. 3.3). Im Übrigen hat die Vorinstanz in der Vernehmlassung weitere Elemente erwähnt bzw. erläutert (Tatumstände, Zeitablauf, Rückfallgefahr bei Drittstaatsangehörigen, eingeschränkte Bedeutung der inzwischen erfolgten Eheschliessung und des Rechts auf Familienleben gemäss Art. 8 EMRK). Auch die Ausführungen vom 17. Juni 2020 zum rechtlichen Gehör fanden in diesem Rahmen Berücksichtigung. Dass das SEM Art. 67 Abs. 5 AIG schliesslich nur unter dem Blickwinkel der Suspension und nicht auch demjenigen der Ausnahmeklausel würdigte, versteht sich im Kontext der ständigen Praxis bei Einreiseverboten wegen Sexualdelikten von selbst.

3.3 Damit ist das SEM seiner Begründungspflicht hinreichend nachgekommen, weshalb keine Gehörsverletzung vorliegt.

4.

4.1 Das SEM kann 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 (Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG). Das Einreiseverbot wird für eine Dauer von höchstens fünf Jahren verhängt (Art. 67 Abs. 3 erster Satz AIG). Die Anordnung eines Einreiseverbots von mehr als fünf Jahren Dauer ist zulässig, wenn von der ausländischen Person eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ausgeht (Art. 67 Abs. 3 zweiter Satz AIG). Das Bundesverwaltungsgericht hat in einem Grundsatzurteil vom 26. August 2014 (BVGE 2014/20) entschieden, dass Einreiseverbote, die auf der Grundlage von Art. 67 Abs. 1 oder 2 AIG ergehen, zwingend auf eine bestimmte Dauer zu befristen sind. Die Verbotsdauer kann dabei bis maximal 15 Jahre, im Wiederholungsfall 20 Jahre betragen. Aus humanitären oder anderen wichtigen Gründen kann die zuständige Behörde von der Verhängung eines Einreiseverbots absehen oder ein Einreiseverbot vollständig oder vorübergehend aufheben (Art. 67 Abs. 5 AIG).

4.2 Das Einreiseverbot dient der Abwendung künftiger Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (BBI 2002 3709, 3813). Soweit Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG mit dem Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung unmittelbar an vergangenes Verhalten des Betroffenen anknüpft, steht die Gefahrenabwehr durch Generalprävention im Sinne der Einwirkung auf das Verhalten anderer Rechtsgenossen im Vordergrund (zur Generalprävention im Ausländerrecht vgl. etwa Urteil des BGer 2C_282/2012 vom 31. Juli 2012 E. 2.5 m.H.). Die Spezialprävention im Sinne der Einwirkung auf das Verhalten des Betroffenen selbst kommt zum Tragen, soweit Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG als alternativen Fernhaltegrund die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung durch den Betroffenen selbst nennt. Ob eine solche Gefährdung vorliegt, ist gestützt auf die gesamten Umstände des Einzelfalles im Sinne einer Prognose zu beurteilen, die sich in erster Linie auf das vergangene Verhalten des Betroffenen abstützen muss.

4.3 Die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG bildet den Oberbegriff für die Gesamtheit der polizeilichen Schutzgüter. Sie umfasst unter anderem die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung und der Rechtsgüter Einzelner (vgl. BBI 2002 3709, 3813). Ein *Verstoss* gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung liegt unter anderem vor, wenn gesetzliche Vorschriften oder behördliche Verfügungen missachtet werden (Art. 77a Abs. 1 Bst. a der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE, SR 142.201]). Die Annahme einer *Gefährdung* der öffentlichen Sicherheit und Ordnung setzt konkrete Anhaltspunkte dafür voraus, dass der Aufenthalt des Betroffenen in der Schweiz mit erheblicher Wahrscheinlichkeit zu einem Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung führen wird (Art. 77a Abs. 2 VZAE).

4.4 Eine *schwerwiegende* Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 67 Abs. 3 zweiter Satz AIG setzt mehr voraus als eine einfache Gefährdung nach Art. 67 Abs. 2 Bst. a zweiter Halbsatz AIG. Verlangt wird eine qualifizierte Gefahr, über deren Vorliegen gestützt auf alle Umstände des Einzelfalles zu befinden ist. Eine solche Gefahr darf nicht leichthin angenommen werden. Nach der Rechtsprechung kann sie sich etwa aus der Hochwertigkeit des deliktisch bedrohten Rechtsguts ergeben (z.B. Leib und Leben, körperliche und sexuelle Integrität, Gesundheit), aber auch aus der Zugehörigkeit des drohenden Delikts zur besonders schweren Kriminalität mit grenzüberschreitender Dimension (z.B. Terrorismus, Menschen- und Drogenhandel, organisierte Kriminalität), aus der

wiederholten Delinquenz und ihrer zunehmenden Schwere oder aus dem Fehlen einer günstigen Prognose (vgl. BGE 139 II 121 E. 6.3; Urteil des BGer 2C_270/2015 vom 6. August 2015 E. 4.2; BVGE 2013/4 E. 7.2.4; Urteil des BVGer F-5350/2016 vom 6. März 2017 E. 6.2 m.H.).

4.5 Wird gegen eine Person, die nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates der EU oder der EFTA besitzt, ein Einreiseverbot verhängt, so wird sie nach Massgabe der Bedeutung des Falles im SIS II zur Einreiseverweigerung ausgeschrieben (vgl. Art. 21 und 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, Abl. L 381/4 vom 28. Dezember 2016 sowie Art. 20–22 der Verordnung vom 8. März 2013 über den nationalen Teil des Schengener Informationssystems [N-SIS] und das SIRENE-Büro [N-SIS-Verordnung, SR 362.0]).

5.

5.1 Das SEM nahm zur Begründung des Einreiseverbots in der angefochtenen Verfügung vor allem Bezug auf die im Verfahren betreffend Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung ergangenen Entscheide und hielt fest, durch seine Tat habe der Beschwerdeführer das hohe Rechtsgut der sexuellen Integrität verletzt. Insgesamt sei daher von einer schwerwiegenden Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung gemäss Art. 67 Abs. 2 Bst. a i.V.m. Art. 67 Abs. 3 AIG auszugehen. Die durch das Einlegen von Rechtsmitteln im Aufenthaltsverfahren erst jetzt erlassene Massnahme erscheine im Kontext von Art. 66a StGB und ungeachtet des Zeitablaufs als verhältnismässig und selbst in Berücksichtigung der geltend gemachten privaten Interessen, namentlich der Beziehung zu der hier ansässigen Ehefrau, auch angemessen. Die dem Beschwerdeführer entstandenen Nachteile seien in erster Linie auf den Verlust des Aufenthaltsrechts zurückzuführen. Ausserdem stelle das Einreiseverbot keine Zusatzstrafe dar und entspreche vorliegend letztendlich der gängigen Praxis. In der Vernehmlassung betonte das Staatssekretariat, dass bei schweren Straftaten wie einer Vergewaltigung selbst ein geringes Restrisiko weiterer Beeinträchtigungen der gefährdeten Rechtsgüter nicht in Kauf genommen werden müsse und die Migrationsbehörden nicht an die Einschätzung der Strafbehörden gebunden seien. Es wies überdies darauf hin, dass der Beschwerdeführer seine Ehefrau erst im April 2020 geheiratet habe und somit habe damit rechnen müssen, diese Ehe nicht in der Schweiz leben zu können.

5.2 Der Beschwerdeführer führte dagegen aus, die Vorinstanz habe den Sachverhalt falsch und unvollständig festgestellt. Bei dem von ihm begangenen Sexualdelikt handle es sich um einen einmaligen Vorfall, bei welchem er unter Alkoholeinfluss gestanden habe. Er sei weder vorher noch nachher straffällig geworden, weshalb keine Rückfallgefahr bestehe. Dieser Meinung sei auch der Strafrichter gewesen. Des Weiteren habe das SEM sämtliche persönlichen Umstände (Heirat einer Schweizer Bürgerin am 7. April 2020, hängiges Familiennachzugsgesuch, langer Voraufenthalt, erfolgreiche Integration) ausser Acht gelassen. Aufgrund der solchermassen überwiegenden privaten Interessen sei gemäss Art. 67 Abs. 5 AIG von einem Einreiseverbot abzusehen. Da er kein Wiederholungstäter sei, rechtfertige sich andernfalls keine Fernhaltemassnahme der verhängten Dauer. Bei über fünfjährigen Einreiseverboten bedürfe es einer ungünstigen Legalprognose, was für seinen Fall nicht zutrefte. Die Vorinstanz schiesse mit der angefochtenen Verfügung eindeutig über das Ziel hinaus und verletze damit sowohl das Rechtsgleichheitsgebot gemäss Art. 8 BV als auch das Willkürverbot gemäss Art. 9 BV. In der Replik wiederholte der Beschwerdeführer, dass nicht nachvollziehbar erscheine, inwiefern er eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstelle. Darüber hinaus rügte er die vorinstanzlichen Ausführungen zum Zeitablauf und zur obligatorischen Landesverweisung und verwies abschliessend auf das Urteil des EGMR Boultif gegen Schweiz vom 2. August 2001, 54273/00.

6.

6.1 Nach Auffassung der Vorinstanz geht vom Beschwerdeführer eine im Sinne von Art. 67 Abs. 3 zweiter Satz AIG schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung aus. Eine Beschränkung der Maximaldauer des Einreiseverbots auf fünf Jahre bestünde in diesem Fall nicht. Der Beschwerdeführer hingegen bestreitet ganz grundsätzlich, dass die Voraussetzungen für den Erlass eines Einreiseverbots erfüllt seien und beantragt in seinem Hauptbegehren die vollumfängliche Aufhebung der Massnahme.

6.2 Der Beschwerdeführer wurde vom Bezirksgericht Zürich am 26. April 2018 wegen Vergewaltigung, sexueller Nötigung, Fahrens in fahruntüchtigem Zustand und Übertretung gegen das Betäubungsmittelgesetz zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 24 Monaten (unter Anrechnung der erstandenen Untersuchungshaft, bei einer Probezeit von zwei Jahren) sowie zu einer Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu Fr. 40.– und einer Busse von Fr. 200.– verurteilt (SEM act. 1, pag. 19-26). Mit diesen Taten hat er mehr

als einmal und zum Teil erheblich gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 67 Abs. 2 Bst. a AIG verstossen. Die gesetzliche Grundlage zur Verhängung eines Einreiseverbots war damit gegeben. Entgegen der Auffassung des Parteivertreters fällt bei schweren Rechtsgüterverletzungen wie Sexualdelikten ein gänzliches Absehen von einem Einreiseverbot (Art. 67 Abs. 5 AIG) unbesehen der geltend gemachten privaten Interessen ausser Betracht.

7.

7.1 Zu prüfen gilt es nachfolgend, ob vom Beschwerdeführer im Verfügungszeitpunkt eine schwerwiegende Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nach Art. 67 Abs. 3 zweiter Satz AIG ausging, welche die Anordnung eines über fünf Jahre dauernden Einreiseverbots erlaubte.

7.2 Aus den Akten geht hervor, dass der Beschwerdeführer in der Nacht vom 22./23. Juli 2016 eine 19-jährige Arbeitskollegin, die sich aufgrund vorgängigen Alkohol- und Drogenkonsums eben erst erbrochen hatte, gegen deren Willen oral und vaginal penetrierte. Von seinem Vorhaben liess er sich zunächst weder durch Schreie, Weinen und Anflehen, noch durch deren Abwehrverhalten (Wegdrücken, etc.) abbringen und setzte die Vergewaltigung, nachdem das Opfer vom Sofa weggerutscht und mit dem Kopf auf dem Boden aufgeschlagen war, fort. Nach mehreren Minuten liess er schliesslich von ihr ab. Hierfür wurde er, unter anderem wegen Vergewaltigung und sexueller Nötigung, zu einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten verurteilt (siehe E. 6.2 weiter oben). Aktenkundig ist ferner, dass er am 24. Dezember 2016 in alkoholisiertem Zustand einen Personenwagen lenkte. Dieses Strassenverkehrsdelikt wurde ebenfalls mit vorgenanntem Strafurteil sanktioniert (SEM act. 1, pag. 14-18 bzw. pag. 120-126).

7.3 Bei der Frage, wie es sich mit der Gefahr einer künftigen Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung verhält, kommt es wesentlich auf das Rückfallrisiko an. In den Augen des Beschwerdeführers hat überhaupt nie eine Rückfallgefahr bestanden und ist von einer günstigen Legalprognose auszugehen. Hierzu gilt es vorweg festzuhalten, dass Straf- und Ausländerrecht unterschiedliche Ziele verfolgen, andere Interessen schützen und unabhängig voneinander sind. Während der Straf- und Massnahmenvollzug neben der Sicherheitsfunktion eine resozialisierende bzw. therapeutische Zielsetzung hat, steht für die Migrationsbehörden der Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vor weiteren Straftaten im Vordergrund, woraus für die Legalprognose ein im Vergleich mit den Straf- und Strafvollzugsbehörden strengerer Beurteilungsmassstab resultiert (vgl. BGE 137 II

233 E. 5.2.2 oder Urteil des BGer 2C_516/2014 vom 24. März 2015 E. 4.3.2 je m.H.).

7.4 Die vom Bezirksgericht Zürich abgeurteilten Straftaten implizieren aufgrund der Art der begangenen Sexualdelikte aus ausländerrechtlicher Sicht eine schwere Rechtsverletzung. Weiter ist das strafrechtlich relevante Verhalten des Beschwerdeführers im vorliegenden Verfahren keiner Relativierung zugänglich. Es ist zu vermuten, dass allfällige schuld mindernde Umstände (beispielsweise Alkohol- und Drogeneinfluss) bereits im Strafverfahren hinreichend Berücksichtigung fanden (in diesem Sinne siehe das im Aufenthaltsverfahren ergangene Urteil 2C_1045 vom 30. Januar 2020 E. 5.7). Bei Delikten gegen hochwertige Rechtsgüter wie die sexuelle Integrität muss rechtsprechungsgemäss selbst ein geringes Restrisiko weiterer Beeinträchtigungen der dadurch gefährdeten Rechtsgüter nicht in Kauf genommen werden (vgl. etwa BGE 139 I 31 E. 2.3.2 und BGE 139 I 16 E. 2.2.1 oder Urteil des BGer 2C_935/2017 vom 17. Mai 2018 E. 3.4). Vergewaltigung und sexuelle Nötigung gehören zudem zu denjenigen Anlasstaten, die vom Verfassungsgeber als besonders verwerflich betrachtet werden und zum Verlust eines jeden Aufenthaltsrechts sowie zu einem obligatorischen Einreiseverbot von 5 bis 15 Jahren Dauer führen sollen (Art. 121 Abs. 3 Bst. a und Abs. 5 BV; vgl. auch Art. 66a Abs. 1 Bst. c StGB, der in Konkretisierung der genannten Verfassungsbestimmung auf den 1. Oktober 2016 in Kraft gesetzt wurde). Dieser Wertung ist in den Schranken des übrigen Verfassungs- und Völkerrechts Rechnung zu tragen, weshalb sich nicht beanstanden lässt, dass das SEM darauf verwies (vgl. Urteil des BGer 2C_861/2016 vom 21. Dezember 2016 E. 2.2.2 m.H.). Das bedeutet unter anderem, dass die Anforderungen an die Wiederholungsgefahr herabgesetzt sind.

7.5 Das Bundesverwaltungsgericht übersieht bei der Bejahung der schwerwiegenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 67 Abs. 3 zweiter Satz nicht, dass die gravierendste Tat zum Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung knapp vier Jahre zurücklag. Für die Berechnung der Dauer des klaglosen Verhaltens ist allerdings nicht auf den Begehungs- oder Urteilszeitpunkt abzustellen. Von vorrangiger Bedeutung erscheint stattdessen, wie lange sich eine straffällig gewordene Person in Freiheit bewährt hat (vgl. BVGE 2014/20 E. 5.4 m.H.). Der Beschwerdeführer befand sich im Anschluss an die Haupttat für zwei Tage in Untersuchungshaft. Die seither verstrichene Zeit erscheint im Hinblick auf die Schwere der Sexualdelikte dennoch zu kurz, als dass von einer grundsätzlichen persönlichen Wandlung ausgegangen werden könnte. Nicht

ausser Acht gelassen werden darf in diesem Zusammenhang, dass er anfänglich keine Einsicht und Reue zeigte (siehe seine diesbezüglichen, in der Vernehmlassung sowie den Entscheiden der kantonalen Rechtsmittelinstanzen wiedergegebenen Äusserungen) und er unter dem Druck des Verfahrens betreffend Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung und der im April 2020 abgelaufenen Probezeit stand, was ein korrektes Verhalten seinerseits ohnehin nahelegt. Kommt hinzu, dass es sich bei der Haupttat nicht um einen einmaligen Vorfall handelte. Wie dargetan, ist der Beschwerdeführer am 24. Dezember 2016 während laufender Strafuntersuchung erneut mit dem Gesetz in Konflikt geraten (Fahren eines Motorfahrzeuges in fahruntüchtigem Zustand), wobei er besagtes Strassenverkehrsdelikt, wie die Sexualdelikte, unter Alkoholeinfluss beging. Es kann somit weder ein isolierter strafrechtlicher Einzelfall angenommen werden noch liegt ein eigentliches Wohlverhalten seit der Haupttatbegehung vor. Zusätzlich gilt zu berücksichtigen, dass der konkreten Rückfallgefahr bei Drittstaatsangehörigen untergeordnete Bedeutung zukommt, da auch generalpräventive Überlegungen in die Beurteilung einfließen dürfen (vgl. etwa Urteil des BGer 2C_299/2017 vom 11. Januar 2018 E. 3.3 m.H.). Aufgrund dessen kann eine schwerwiegende Rückfallgefahr bis auf weiteres nicht als gebannt betrachtet werden.

7.6 Die Anordnung des Einreiseverbots ist nach dem Gesagten im Übrigen auch nicht willkürlich. Die Vorinstanz hat auf Basis der strafrechtlichen Vorwürfe die nachvollziehbare und begründete Schlussfolgerung gezogen, dass eine länger dauernde Fernhaltungsmassnahme angezeigt sei. Dieses Fazit ist weder offensichtlich unhaltbar, noch steht die Anordnung des Einreiseverbots mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch oder verletzt eine Norm oder einen Rechtsgrundsatz. Der Erlass des Einreiseverbots läuft schliesslich auch nicht in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwider (siehe Urteil 2C_1045/2019 E. 4.3 m.H.).

7.7 Als Zwischenergebnis ist festzustellen, dass der Beschwerdeführer – entgegen den beschwerdeweisen Ausführungen – den qualifizierten Fernhaltegrund der schwerwiegenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 67 Abs. 3 zweiter Satz AIG erfüllt. Das gegen ihn verhängte Einreiseverbot darf damit die Regelmaximaldauer von fünf Jahren überschreiten.

8.

8.1 Bestand und Dauer des Einreiseverbots sind unter dem Blickwinkel des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit zu überprüfen. Abstufungen betreffend die Dauer ergeben sich aus der wertenden Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Fernhaltung und den privaten Interessen, welche die betroffene Person an der zeitlichen Beschränkung der Massnahme hat (BVGE 2016/33 E. 9.2; 2014/20 E. 8.1). Ausgangspunkt der Überlegungen bilden die Stellung der verletzten oder gefährdeten Rechtsgüter, die Besonderheiten des ordnungswidrigen Verhaltens und die persönlichen Verhältnisse der betroffenen ausländischen Person (Art. 96 Abs. 1 AIG; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 555 ff.).

8.2 Die vom Beschwerdeführer ausgehende schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung (vgl. E. 7.2 - 7.6) spricht für ein nach wie vor grosses öffentliches Fernhalteinteresse (vgl. BVGE 2013/4 E. 5.2 und 7.2). Das Hauptaugenmerk der Fernhaltemassnahme liegt in ihrer spezialpräventiven Zielsetzung. Das Einreiseverbot soll weiteren Straftaten des Beschwerdeführers in der Schweiz und im Schengen-Raum entgegenwirken und ihn überdies anhalten, bei einer allfälligen künftigen Wiedereinreise nach Ablauf der Dauer des Einreiseverbots keine weiteren Verstösse gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu begehen. Als gewichtig zu erachten ist ebenfalls das bereits angesprochene generalpräventiv motivierte Interesse, die öffentliche Sicherheit und Ordnung durch eine konsequente Massnahmenpraxis zu schützen (vgl. BVGE 2014/20 E. 8.2 m.H.).

8.3 Den vorstehenden Interessen stellt der Beschwerdeführer seine privaten Interessen gegenüber. Er pflege seit mehreren Jahren eine intakte Beziehung zu einer Schweizer Bürgerin, welche er am 7. April 2020 geheiratet habe. In diesem Zusammenhang sei ein Gesuch der Ehefrau um Familiennachzug hängig. Zudem lebe er seit dem Teenageralter in der Schweiz, wo er sich erfolgreich eingelebt habe und er nicht zuletzt beruflich gut integriert sei. Das verfügte Einreiseverbot von zehn Jahren verstosse gegen Art. 13 BV und Art. 8 EMRK.

8.3.1 Dem Beschwerdeführer ist hierzu vorweg zu entgegnen, dass Einschränkungen des Privat- und Familienlebens aufgrund sachlicher und funktioneller Unzuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts nicht Verfahrensgegenstand sein können, soweit sie auf das Fehlen eines dauerhaften

Anwesenheitsrechts hierzulande zurückzuführen sind. Er war folglich gehalten, die Schweiz nach der durch das Bundesgericht in letzter Instanz bestätigten Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung zu verlassen (siehe Urteil 2C_1045/2019). Die Pflege regelmässiger Kontakte zu hierzulande wohnhaften Personen scheitert daher bereits am fehlenden Aufenthaltsrecht, weshalb sich hier nurmehr die Frage stellt, ob die durch das Einreiseverbot zusätzlich bewirkte Erschwernis einer rechtlichen Prüfung standhält.

8.3.2 Der durch Art. 8 EMRK und Art. 13 BV geschützten Garantie des Familienlebens kommt bei der vorliegenden Beurteilung nur so weit Bedeutung zu, als das Einreiseverbot das durch das fehlende Aufenthaltsrecht ohnehin auf kurzzeitige Besuche beschränkte Familienleben zusätzlich erschwert. Die Fernhaltemassnahme stellt damit einen administrativen Mehraufwand dar, da für Besuche in der Schweiz vorgängig um die Aussetzung des Einreiseverbots ersucht werden muss (vgl. Art. 67 Abs. 5 AIG). Eine solche Suspension kann auf Gesuch hin für eine kurze und klar begrenzte Zeit gewährt werden und sie darf das Einreiseverbot nicht aushöhlen (BVGE 2013/4 E. 7.4.3). In diesem – wenn auch stark eingeschränkten – Rahmen verbleibt dem Beschwerdeführer die Möglichkeit, Beziehungen zu Personen in der Schweiz auf schweizerischem Hoheitsgebiet zu pflegen. Kontakte ausserhalb des Schengen-Raums bzw. auf andere Weise als durch persönliche Treffen (z.B. WhatsApp, SMS, Skype, Facebook, usw.) werden durch die Massnahme nicht beeinträchtigt (vgl. zum Ganzen BVGE 2014/20 E. 8.3.4 m.H.).

8.3.3 Was die Beziehung zur Schweizer Ehegattin anbelangt, so gilt es des Weiteren festzuhalten, dass das Paar damit rechnen musste, diese Ehe nicht in der Schweiz leben zu können, erfolgte die Heirat doch erst, nachdem das Bundesgericht im Aufenthaltsverfahren am 30. Januar 2020 letztinstanzlich ein negatives Urteil gefällt hatte. Soweit der Parteivertreter behauptet, die beiden hätten zuvor schon mehrere Jahre in einer intakten Beziehung gelebt, wäre zu ergänzen, dass sein Mandant noch am 10. Oktober 2018 im Rahmen einer Einvernahme gegenüber der Stadtpolizei Zürich ausgesagt hatte, in keiner Beziehung zu leben (vgl. SEM act. 1, pag. 43). Ebenfalls nicht abzuwarten brauchte das SEM den Ausgang des Gesuches um Familiennachzug, welches die Betroffenen eingereicht haben und zurzeit vor dem Verwaltungsgericht des Kantons Bern hängig ist. Hierfür ist der Kanton zuständig, wobei das in Kraft stehende Einreiseverbot einer möglichen künftigen Bewilligungserteilung aufgrund einer neuen anspruchsbegründenden Situation nicht entgegensteht (vgl. etwa Urteil

des BGer 2C_793/2008 vom 27. März 2008 E. 3.2 m.H.). Zu ergänzen wäre, dass sich der Beschwerdeführer aufgrund der verfahrensrechtlichen Anordnungen der bernischen Behörden im betreffenden Verfahren bislang weiterhin hierzulande aufhalten durfte (vgl. Akten des Migrationsdienstes des Kantons Bern [BE act.] pag. 529/530, 551-553 und 573/574).

8.3.4 Zu den privaten Interessen ist ausserdem zu bemerken, dass der Beschwerdeführer im Alter von sechzehn Jahren in die Schweiz kam und er inzwischen zwölftehalb Jahre hierzulande verbracht hat. Ein Einreiseverbot ist aber auch in derartigen Konstellationen zulässig (BGE 135 II 110 E. 2.1; 130 II 176 E. 4.2.2; Urteil des BGer 2C_109/2016 vom 15. Februar 2016 E. 2.1). Wohl sind die engen Bindungen zur Schweiz und die unbestrittenermassen vorhandene berufliche Integration positiv zu würdigen, angesichts der schweren Delinquenz des Beschwerdeführers gegen zum Teil hochwertige Rechtsgüter vermag ihn dies aber weder entscheidend zu entlasten noch eine besonders gute Integration zu begründen. Das öffentliche Interesse an seiner Fernhaltung ist deshalb höher zu gewichten als die geltend gemachte Verbindung zur Schweiz. Auch aus dem in der Replik zitierten Urteil des EGMR Boultif gegen Schweiz vom 2. August 2001, 54273/00, wo es anders als vorliegend um die Beurteilung eines Bleiberechts ging, vermag er nichts zu seinen Gunsten abzuleiten.

8.4 Hinsichtlich der Dauer des Einreiseverbots ist die Rechtsprechung und Kasuistik des Bundesverwaltungsgerichts zu berücksichtigen. Negativ ins Gewicht fallen vorliegend insbesondere die Sexualdelikte, welche der Beschwerdeführer zu Lasten einer Arbeitskollegin begangen hat. Das Gericht verkennt jedoch nicht, dass das lediglich mit einer bedingten Freiheitsstrafe geahndete, verfahrensauslösende Delikt inzwischen fünf Jahre zurückliegt, er sich seit Dezember 2016 wohlverhalten hat und er als beruflich integriert gelten kann (siehe Urteil 2C_1045/2019 E. 5.10.2). Kommt hinzu, dass das dem Einreiseverbot eigene besondere Kontrollregime den mit der Schweiz inzwischen vielfach verbundenen Beschwerdeführer erheblich trifft. In Berücksichtigung aller relevanten Faktoren gelangt das Bundesverwaltungsgericht daher zum Schluss, dass das gegen ihn verhängte Einreiseverbot dem Grundsatz nach zwar zu bestätigen ist, die von der Vorinstanz auf zehn Jahre festgelegte Dauer jedoch als unverhältnismässig erscheint. Dem öffentlichen Interesse an der Fernhaltung wird unter Einbezug der einschlägigen Praxis des Bundesverwaltungsgerichts mit einem Einreiseverbot von acht Jahren hinreichend Rechnung getragen (vgl. etwa Urteile des BVGer F-192/2020 vom 4. August 2021, F-6211/2018 vom 28. April

2020, F-4301/2018 vom 24. Mai 2019 oder F-3450/2016 vom 17. September 2018). Damit ist auch den Anforderungen an das vom Beschwerdeführer gerügte Rechtsgleichheitsgebot Genüge getan.

9.

Nicht zu beanstanden ist schliesslich, dass dem Beschwerdeführer die Einreise in das Hoheitsgebiet sämtlicher Schengen-Staaten verboten wurde (vgl. Art. 21. i.V.m. Art. 24 SIS-II-Verordnung). Die Schweiz ist als Folge des Grundsatzes der loyalen Zusammenarbeit bei der Administration des gemeinsamen Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, auf dem das Schengen-System beruht, zur getreuen Wahrung der Interessen der Gesamtheit der Schengen-Staaten verpflichtet (vgl. BVGE 2011/48 E. 6.1). Hinzu tritt, dass wegen des Wegfalls systematischer Personenkontrollen an den Schengen-Innengrenzen Einreiseverbote und ähnliche Massnahmen ihre volle Wirksamkeit nur entfalten können, wenn sich ihre Geltung und die Durchsetzbarkeit nicht auf einzelne Schengen-Staaten beschränken. Angesichts der festgestellten, vom Beschwerdeführer ausgehenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung (siehe Art. 24 Ziff. 2 Bst. a SIS-II-VO) liegt die Ausschreibung des Einreiseverbots im zwingenden gemeinsamen Interesse der Schweiz und der übrigen Schengen-Staaten. Eine mit der Ausschreibung des Einreiseverbots einhergehende zusätzliche Beeinträchtigung seiner persönlichen Bewegungsfreiheit hat der Beschwerdeführer in Kauf zu nehmen.

10.

Aus diesen Erwägungen folgt, dass das auf zehn Jahre befristete Einreiseverbot Bundesrecht verletzt (vgl. Art. 49 VwVG). Es ist hinsichtlich seiner Dauer aufzuheben und auf acht Jahre, d.h. bis zum 22. Juni 2028 zu begrenzen. In diesem Sinne ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen.

11.

11.1 Entsprechend dem Ausgang des vorliegenden Verfahrens sind dem Beschwerdeführer im Umfang des Unterliegens (ermässigte) Verfahrenskosten aufzuerlegen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG). Diese sind in Anwendung von Art. 1, 2 und 3 Bst. b des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2) auf Fr. 1'000.– festzusetzen.

11.2 Für die notwendigen Kosten ist dem Beschwerdeführer im Umfang des Obsiegens eine (gekürzte) Parteientschädigung zu Lasten des SEM zuzusprechen zuzusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 und 2 VwVG; Art. 7 Abs. 2

VGKE). Der Rechtsvertreter macht Parteikosten von Fr. 2'897.55 geltend. In Berücksichtigung der Notwendigkeit der Eingaben, der Schwierigkeit der Streitsache in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht sowie der Praxis in vergleichbaren Fällen beträgt die volle Entschädigung Fr. 2'000.–. Im Umfang seines rund zwanzigprozentigen Obsiegens ist ihm folglich eine von der Vorinstanz auszurichtende Parteientschädigung in Höhe von Fr. 400.– zuzusprechen (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuerzuschlag im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE).

Dispositiv Seite 18

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und das Einreiseverbot bis zum 22. Juni 2028 befristet.

2.

Die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 1'000.– werden dem Beschwerdeführer auferlegt und vom geleisteten Kostenvorschuss im Betrag von Fr. 1'200.– in Abzug gebracht. Der Restbetrag von Fr. 200.– wird dem Beschwerdeführer zurückerstattet.

3.

Die Vorinstanz wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 400.– auszurichten.

4.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben: Beilage: Formular Zahladresse)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. ZEMIS [...])
- den Migrationsdienst des Kantons Bern (in Kopie)

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Regula Schenker Senn

Daniel Grimm

Versand: