27

Auszug aus dem Urteil der Abteilung III
i. S. B. gegen Bundesamt für Migration
C-6234/2007 vom 6. April 2009

Einreisebewilligung. Prüfung der Einreisevoraussetzungen aufgrund des Schengen-Rechts. Verweigerungsgrund der nicht gesicherten Wiederausreise.

Art. 2 Abs. 4 AuG. Art. 2 Abs. 1 VEV und Art. 5 Abs. 1 Schengener Grenzkodex.

1. **Seit dem 12. Dezember 2008 gelten die Bestimmungen über das Visumverfahren und über die Ein- und Ausreise nur, sofern das ab diesem Zeitpunkt anwendbare Schengen-Recht keine abweichenden Bestimmungen enthält (E. 4).**
2. **Bezüglich der Einreisevoraussetzungen für einen Aufenthalt von höchstens drei Monaten verweist Art. 2 Abs. 1 VEV auf den Schengener Grenzkodex. Die in Art. 5 Abs. 1 Schengener Grenzkodex präzisierten Einreisevoraussetzungen für Drittstaatsangehörige entsprechen im Wesentlichen Art. 5 Abs. 1 und 2 AuG und erfordern unter anderem, dass die betroffene Person Zweck und Umstände des geplanten Besuchsaufenthalts belegt beziehungsweise Gewähr für eine fristgerechte Wiederausreise bietet (E. 5).**
3. **Bei der Überprüfung der genannten Voraussetzungen sind einerseits die allgemeinen Verhältnisse im Drittstaat von Bedeutung, andererseits aber auch die konkrete Situation im Einzelfall; zu berücksichtigen sind dabei sowohl die wirtschaftliche und familiäre Verankerung des Gesuchstellers in seinem Herkunftsland als auch sein bisheriges Verhalten im Gastland (E. 7 und 8).**
4. **Für die Beurteilung der Frage, ob die gesuchstellende Person die Einreisevoraussetzungen erfüllt, spielen die Zusicherungen des Gastgebers eine untergeordnete Rolle (E. 9).**

Autorisation d'entrée en Suisse. Examen des conditions d'entrée selon le droit de Schengen. Motif de refus tiré de l'absence de garantie de sortie de Suisse.

Art. 2 al. 4 LEtr. Art. 2 al. 1 OEV et art. 5 par. 1 code frontières Schengen.

1. **A partir du 12 décembre 2008, les dispositions sur la procédure en matière de visa ainsi que sur l'entrée en Suisse et la sortie de Suisse ne s'appliquent que dans la mesure où le droit de Schengen, applicable dès cette date, ne prévoit pas de dispositions divergentes (consid. 4).**
2. **En ce qui concerne les conditions d'entrée pour un séjour n'excédant pas trois mois, l'art. 2 al. 1 OEV renvoie au code frontières Schengen. S'agissant de ressortissants de pays tiers, les conditions d'entrée de l'art. 5 par. 1 code frontières Schengen correspondent pour l'essentiel à celles de l'art. 5 al. 1 et 2 LEtr et exigent entre autres que la personne intéressée justifie le but et les conditions du séjour envisagé et qu'elle présente des garanties qu'elle quittera le pays dans le délai fixé (consid. 5).**
3. **La situation générale prévalant dans le pays tiers, d'une part, et la situation concrète dans le cas d'espèce, d'autre part, jouent un rôle important dans l'examen de ces conditions; il convient de tenir compte tant des attaches économiques et familiales du requérant dans son pays d'origine, que de son comportement passé dans le pays hôte (consid. 7 et 8).**
4. **Pour déterminer si la personne requérant le visa remplit les conditions d'entrée, les garanties données par la personne invitante ne jouent qu'un rôle secondaire (consid. 9).**

Autorizzazione d'entrata. Esame delle condizioni d'entrata in base alla normativa di Schengen. Motivo di rifiuto consistente nella mancata garanzia che il richiedente partirà dalla Svizzera.

Art. 2 cpv. 4 LStr. Art. 2 cpv. 1 OEV e art. 5 par. 1 del codice frontiere Schengen.

1. **A partire dal 12 dicembre 2008, data in cui gli Accordi di associazione alla normativa Schengen sono entrati in vigore, le disposizioni sulla procedura in materia di visti nonché sull'entrata in Svizzera e sulla partenza dalla Svizzera si applicano solo nella misura in cui la normativa di Schengen non prevede disposizioni derogatorie (consid. 4).**

2. Per quanto concerne le condizioni d'entrata per un soggiorno non superiore a tre mesi, l'art. 2 cpv. 1 OEV rinvia al codice frontiere Schengen. Le condizioni d'entrata previste per cittadini di Stati terzi dall'art. 5 par. 1 codice frontiere Schengen corrispondono essenzialmente a quelle dell'art. 5 cpv. 1 e 2 LStr ed esigono in particolare che l'interessato giustifichi lo scopo e le circostanze del soggiorno previsto o che garantisca la partenza dal Paese entro il termine prestabilito (consid. 5).

3. La situazione generale prevalente nello Stato terzo, da una parte, e la circostanza concreta del caso particolare, dall'altra, svolgono un ruolo importante nell'esame di queste condizioni; occorre pertanto tener conto sia dei legami economici e familiari del richiedente nel suo Paese di origine sia del comportamento tenuto nel Paese ospitante (consid. 7 e 8).

4. Per stabilire se il richiedente soddisfa le condizioni d'entrata, le garanzie fornite dall'ospitante assumono unicamente un ruolo secondario (consid. 9).

Der aus dem Kosovo stammende Gesuchsteller, geboren 1972, hielt sich von Januar 1992 bis Oktober 1999 in der Schweiz auf. Zunächst stellte er ein Asylgesuch und kam nach dessen Abweisung in den Genuss einer vorläufigen Aufnahme, die bis Dezember 1993 dauerte. Anschliessenden Aufforderungen zur Wiederausreise leistete er keine Folge. Nachdem er – bereits seit 1992 mehrfach vorbestraft – eine wegen Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz verhängte Freiheitsstrafe von mehr als zweieinhalb Jahren verbüsst hatte, wurde er im Oktober 1999 in sein Heimatland ausgeschafft. Dort verheiratete er sich im Juli 2004 mit der Beschwerdeführerin, die seit dem Jahre 2000 in der Schweiz lebt und hier über eine Niederlassungsbewilligung verfügt. Ihr Gesuch um Familiennachzug des Ehemannes lehnte die kantonale Migrationsbehörde Ende Januar 2007 ab.

Am 14. Juni 2007 beantragte der Gesuchsteller bei der Schweizerischen Vertretung in Pristina ein Visum für einen vierzehntägigen Besuchsaufenthalt bei seiner Ehefrau. Nach dortiger formloser Verweigerung wies auch die Vorinstanz das Einreisegesuch ab und begründete ihre ablehnende Verfügung vom 22. August 2007 damit, dass einerseits aufgrund der Situation im Ursprungsland, andererseits aber auch aufgrund der Aktenlage nicht von der anstandslosen Wiederausreise des Gesuchstellers ausgegangen werden könne.

Gegen diese Verfügung erhob die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin am 17. September 2007 beim Bundesverwaltungsgericht (BVGer) Beschwerde mit dem Begehren um Erteilung der beantragten Einreisebewilligung. Sie macht geltend, die Vorinstanz habe die Ablehnung pauschal mit den allgemeinen Lebensbedingungen im Heimatland ihres Ehemannes begründet, die Gesichtspunkte des konkreten Einzelfalles jedoch ausser Acht gelassen. Hierfür genüge der Hinweis auf die vorhandenen Akten nicht. Insbesondere sei nicht berücksichtigt worden, dass ihr Ehemann seit über vier Jahren in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis als Kellner stehe, belege dies doch seine dortige berufliche Integration. Der Umstand, dass sie selbst sowie andere Familienangehörige ihres Gatten in der Schweiz lebten, spreche ebenfalls nicht gegen dessen fristgerechte Wiederausreise. Sein Verbleib in der Schweiz läge nämlich überhaupt nicht in ihrem eigenen Interesse, würde sie sich doch damit selbst der Gefahr einer strafbaren Handlung aussetzen. Abgesehen davon sei ihnen beiden klar, dass ein Familiennachzug im jetzigen Zeitpunkt chancenlos sei. Es gehe jedoch auch darum, dass ihrem Ehemann die Chance für einen Besuchsaufenthalt gegeben werde, damit er beweisen könne, dass er die hiesigen gesetzlichen Bestimmungen einzuhalten gewillt sei. Immerhin habe er nie den Versuch gemacht, illegal in die Schweiz zu kommen.

Das BVGer weist die Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

3. Das schweizerische Ausländerrecht kennt weder ein allgemeines Recht auf Einreise noch gewährt es einen besonderen Anspruch auf Erteilung eines Visums. Die Schweiz ist daher – wie alle anderen Staaten auch – grundsätzlich nicht gehalten, Ausländerinnen und Ausländern die Einreise zu gestatten. Vorbehältlich völkerrechtlicher Verpflichtungen handelt es sich dabei um einen autonomen Entscheid (vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über Ausländerinnen und Ausländer vom 8. März 2002, BBl 2002 3774; BGE 133 I 185 E. 2.3 S. 189).

4. Am 1. Januar 2008 sind das Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG, SR 142.20) sowie die dazu gehörigen Ausführungsverordnungen (u. a. die Verordnung über das Einreise- und Visumverfahren vom 24. Oktober 2007 [VEV, AS 2007 5537]) in Kraft getreten. In der Volksabstimmung vom 5. Juni 2005 wurde dem Bundesbeschluss vom 17. Dezember 2004 über die Genehmigung und die Umsetzung der bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der EU über die Assoziierung an Schengen und an Dublin (SR 362) zugestimmt.

Die entsprechenden Assoziierungsabkommen (darunter das Abkommen vom 26. Oktober 2004 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft über die Assoziierung dieses Staates bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands [SR 0.362.31, nachfolgend: SAA]) sind sodann für die Schweiz am 12. Dezember 2008 definitiv in Kraft getreten. Seitdem ist die Schweiz verpflichtet, den übernommenen Schengen-Besitzstand anzuwenden und umzusetzen, wie u. a. die Bestimmungen zur gemeinsamen Visapolitik, auf die verschiedentlich in EG-Rechtsakten verwiesen wird. Durch die Übernahme des Schengen-Besitzstandes wurden im AuG entsprechende Anpassungen notwendig (vgl. u. a. Art. 2 Abs. 4 AuG, wonach die Bestimmungen über das Visumverfahren und über die Ein- und Ausreise nur gelten, sofern das Schengen-Recht keine abweichenden Bestimmungen enthält). Im Weiteren ist die VEV total revidiert worden (Verordnung vom 22. Oktober 2008 über die Einreise und die Visumerteilung [VEV, SR 142.204], in Kraft seit 12. Dezember 2008). Art. 57 VEV sieht vor, dass hängige Verfahren nach dem neuen, übergeordneten (Schengen-)Recht fortgeführt werden. Das bedeutet, dass die Schweiz ungeachtet der übergangsrechtlichen Bestimmung von Art. 126 Abs. 1 AuG völkerrechtlich verpflichtet ist, auf Verfahren, die am 12. Dezember 2008 hängig sind, das neue Recht anzuwenden (zum Vorrang des internationalen Rechts: vgl. BGE 131 II 352 E. 1.3.1 [mit Hinweis auf Rechtsprechung und zitierte Doktrin], BGE 119 V 171 E. 4; Rainer J. Schweizer, Zur Einleitung: Das Bundesverwaltungsgericht im System der öffentlich-rechtlichen Rechtspflege des Bundes, in: Bernhard Ehrenzeller/Rainer J. Schweizer [Hrsg.], Das Bundesverwaltungsgericht: Stellung und Aufgaben, St. Gallen 2008, S. 24).

5.

5.1 Bezüglich der Einreisevoraussetzungen für einen Aufenthalt von höchstens drei Monaten verweist Art. 2 Abs. 1 VEV auf die Verordnung (EG) Nr. 562/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2006 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex; ABl. L 105 vom 13.04.2006, S. 1–32). Art. 5 Abs. 1 Schengener Grenzkodex präzisiert die Einreisevoraussetzungen für Drittstaatsangehörige. Diese benötigen zur Einreise ein oder mehrere gültige Reisedokumente und – sofern sie der Visumspflicht unterliegen – ein gültiges Visum (Bst. a und b). Sie müssen den Zweck und die Umstände ihres beabsichtigten Aufenthalts belegen und hierfür über ausreichende finanzielle Mittel verfügen (Bst. c). Im Weiteren dürfen sie nicht im Schengener Informationssystem (SIS) zur Einreiseverweigerung ausgeschrieben sein und keine Gefahr für die öffentliche Ord-

nung, die innere Sicherheit, die öffentliche Gesundheit oder die internationalen Beziehungen eines Mitgliedstaats darstellen (Bst. d und e).

5.2 Die Einreisevoraussetzungen gemäss Schengener Grenzkodex entsprechen im Wesentlichen Art. 5 Abs. 1 Bst. a–d AuG. Das in Art. 5 Abs. 1 Bst. c Schengener Grenzkodex genannte Erfordernis, Zweck und Umstände des geplanten Aufenthalts zu belegen, wird in Art. 5 Abs. 1 AuG nicht explizit erwähnt. Demgegenüber verlangt Art. 5 Abs. 2 AuG, dass im Falle eines nur vorübergehenden Aufenthalts für die gesicherte Wiederausreise Gewähr zu bieten ist. Dies stellt jedoch kein zusätzliches im nationalen Recht verankertes Erfordernis dar und steht daher nicht im Widerspruch zum Schengener Grenzkodex. Die Angabe des vorübergehenden Aufenthaltszwecks stellt nämlich zugleich eine Absichtserklärung dar, nach Erfüllung dieses Zwecks wieder ausreisen zu wollen. Erfolgen widersprüchliche oder unglaubwürdige Angaben zum Aufenthaltszweck, so kann daraus der Schluss gezogen werden, dass der jeweilige Gesuchsteller nicht willens ist, nach Ablauf des geplanten Aufenthalts den Schengenraum fristgerecht zu verlassen. In diesem Sinne äussert sich auch die Gemeinsame Konsularische Instruktion an die diplomatischen Missionen und die konsularischen Vertretungen, die von Berufskonsularbeamten geleitet werden (GKI, ABl. C 326 vom 22.12.2005, S. 1–149), die eine analoge Auslegung vornimmt. Die GKI verlangt hinsichtlich des Entscheids über den Visumsantrag die Einschätzung des Migrationsrisikos; es muss geprüft werden, « ob der Antragsteller die Absicht hat, in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten mit Hilfe eines zu Touristik-, Studien-, Geschäfts- bzw. zu Familienbesuchszwecken ausgestellten Visums einzuwandern und sich dort niederzulassen » (vgl. ABl. C 326, S. 10). Die laut Art. 5 Abs. 2 Schengener Grenzkodex zur Glaubhaftmachung des Aufenthaltszwecks in Frage kommenden Belege werden beispielhaft in Anhang I Schengener Grenzkodex aufgelistet.

5.3 Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist somit festzuhalten, dass die nach Art. 5 Abs. 1 Bst. c Schengener Grenzkodex erforderliche Überprüfung des Aufenthaltszwecks dieselbe Fragestellung aufwirft wie die Überprüfung des in Art. 5 Abs. 2 AuG genannten Merkmals der gesicherten Wiederausreise. Es kann daher an die bisherige Praxis und Rechtsprechung bezüglich des letztgenannten Merkmals angeknüpft werden.

6. Das Schengen-Recht nimmt eine Differenzierung in Bezug auf die Visumspflicht von Drittstaatsangehörigen vor. Die Verordnung (EG) Nr. 539/2001 des Rates vom 15. März 2001 (ABl. L 81 vom 21.03.2001, S. 1–7) verweist in Art. 1 Abs. 1 und 2 auf die Anhänge I und II, welche jeweils eine Liste von Drittländern enthalten. In Anhang I sind diejenigen

Drittstaaten aufgelistet, deren Staatsangehörige beim Überschreiten der Aussengrenzen der Schengen-Mitgliedstaaten im Besitz eines Visums sein müssen; Anhang II dagegen führt diejenigen Drittländer auf, deren Staatsangehörige von der Visumspflicht befreit sind. Als Staatsangehöriger des Kosovo unterliegt der Gesuchsteller damit der Visumspflicht.

7. Der Gesuchsteller lebt im inzwischen unabhängigen und von der Schweiz als Staat anerkannten Kosovo. Die Sicherheitslage in dieser Region konnte zwar im Verlaufe der letzten Jahre weitgehend stabilisiert werden; ebenfalls ist der Wiederaufbau von Administration und Infrastruktur unter Beteiligung internationaler Organisationen und Staatengemeinschaften in Gang gekommen. Trotzdem steht der Wiederaufbau des Kosovo noch immer vor massiven, unbewältigten wirtschaftlichen und politischen Problemen. Dazu zählen die hohe Arbeitslosigkeit von mehr als 50 % der arbeitsfähigen Bevölkerung, die geringe Produktivität und die Abhängigkeit von Auslandsüberweisungen. Wichtige Teile der Infrastruktur im Kosovo wurden inzwischen erneuert oder wieder aufgebaut, ein nachhaltiger wirtschaftlicher Aufschwung ist jedoch noch nicht zu verzeichnen. Auch der Frieden ist noch nicht dauerhaft gesichert (Quelle: http://www.bmz.de, Stand Juni 2008, Seite besucht im März 2009). Gemäss World Bank Brief 2007 (aktualisiert im Dezember 2008) liegt der Armutsanteil der Bevölkerung im Kosovo bei 45 % (Quelle: http://www.worldbank.org, besucht im März 2009). Entsprechend hoch ist der Anteil jener, die versuchen, ins Ausland zu gelangen, um sich unter günstigeren Lebensbedingungen eine bessere Existenz sichern zu können. Dabei gilt vor allem West- und Mitteleuropa und somit auch die Schweiz als Wunschdestination. Der Trend zur Auswanderung zeigt sich erfahrungsgemäss dort besonders stark, wo durch die Anwesenheit von Verwandten oder Freunden bereits ein minimales soziales Beziehungsnetz im Ausland besteht. Im Fall der Schweiz führt dies angesichts der restriktiven Zulassungsregelung nicht selten zur Umgehung ausländerrechtlicher Bestimmungen.

8. Bei der Risikoanalyse sind allerdings nicht nur solch allgemeine Umstände und Erfahrungen, sondern auch sämtliche Gesichtspunkte des konkreten Einzelfalles zu berücksichtigen. Obliegt einer gesuchstellenden Person im Heimatland beispielsweise eine besondere berufliche, gesellschaftliche oder familiäre Verantwortung, kann dieser Umstand durchaus die Prognose für eine anstandslose Wiederausreise begünstigen.

In diesem Zusammenhang hat die Beschwerdeführerin der Vorinstanz vorgeworfen, sich vor allem auf die allgemeine Situation im Heimatland des Gesuchstellers abgestützt und im Übrigen lediglich auf die « vorhandenen Akten » verwiesen zu haben. Ihr Einwand, mit einer solchen Pauscha-

lierung würden die Aspekte des konkreten Einzelfalls nicht genügend berücksichtigt, ist jedoch zu relativieren: In der Begründung ihrer Beschwerde – insbesondere mit dem Appell, ihrem Ehemann mit dem Besuch eine Chance zu geben – hat sie nämlich genau die hier in Frage stehende Problematik der Vorstrafen des Gesuchstellers thematisiert und damit deutlich gemacht, dass für sie auch die in den persönlichen Verhältnissen ihres Ehemannes liegenden Gründe der Einreiseverweigerung erkennbar waren.

8.1 Beim Gesuchsteller handelt es sich um einen 37-jährigen Mann, der sich fast acht Jahre in der Schweiz aufgehalten hat, nach seiner Haftentlassung im Oktober 1999 in sein Heimatland zurückgeführt wurde, dort im Juli 2004 eine in der Schweiz niederlassungsberechtigte Landsfrau heiratete und sich nach Ablauf der gegen ihn verhängten Landesverweisung im Oktober 2006 um den Familiennachzug in die Schweiz bemühte. Aus dem Beschwerdevorbringen geht nicht hervor, ob er Familienangehörige im Kosovo hat, wohl aber ergibt sich aus den vorinstanzlichen Akten, dass zahlreiche seiner Verwandten in der Schweiz leben (...). Bereits diese Konstellation zeigt, dass der Gesuchsteller in seinem Heimatland offensichtlich nicht familiär eingebunden ist und somit wenig Motivation zum dortigen weiteren Verbleib haben dürfte. Ebensowenig lässt seine seit Februar 2003 bestehende Anstellung als Kellner auf eine besondere berufliche Integration schliessen, denn immerhin hätte der Gesuchsteller diese Tätigkeit ohne Weiteres aufgegeben, wenn das im Oktober oder November 2006 gestellte Gesuch um Familiennachzug bewilligt worden wäre.

8.2 Die Beschwerdeführerin wünscht sich für ihren Ehemann zwar die Chance beweisen zu können, dass er sich während des beabsichtigten Besuchsaufenthalts an die gesetzlichen Bestimmungen hält; in Anbetracht seines früheren Aufenthalts in der Schweiz überwiegen bei einer Risikoabwägung aber die Zweifel an einer künftigen fristgerechten Wiederausreise. Aktenkundig ist, dass der Gesuchsteller auch nach Aufhebung seiner vorläufigen Aufnahme im Dezember 1993 nicht freiwillig in sein Heimatland zurückkehrte; ebenfalls geht aus den Akten hervor, dass er bereits kurz nach seiner Einreise Anfang 1992 ein erstes Mal delinquierte und über die gesamte Aufenthaltsdauer hinweg mindestes elf Mal – darunter mehrfach wegen Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz – strafrechtlich verurteilt wurde (...). Dass der Gesuchsteller seinerzeit die Rückkehr in den Kosovo vermied, statt dessen aber in seinem Gastland weiterhin seine kriminelle Energie auslebte, lässt befürchten, dass er auch diesmal die hiesigen Gesetze missachten und – einmal in die Schweiz eingereist – eine Wiederausreise nicht mehr in Betracht ziehen könnte.

9. Vor dem geschilderten Hintergrund ist das Risiko, dass der Gesuchsteller die Schweiz nach erfolgter Einreise nicht wieder fristgemäss verlassen könnte, hoch einzuschätzen. An dieser Einschätzung vermögen die gegenteiligen Zusicherungen der Beschwerdeführerin nichts zu ändern, zumal auch gar nicht plausibel erscheint, warum sie selbst – im Falle eines Verbleibs ihres Ehemannes in der Schweiz – einer strafrechtlichen Verfolgung ausgesetzt sein könnte. Dass die Beschwerdeführerin integre Absichten hegt und ihren Ehemann auch zur Wiederausreise drängen würde, kann zwar unterstellt werden; dennoch sind bei der Risikoabwägung nicht so sehr die Absichten des Gastgebers, sondern in erster Linie das mögliche Verhalten des Gastes selbst von Bedeutung. Nur Letzterer ist in der Lage, hinreichend Gewähr für eine fristgerechte und anstandslose Wiederausreise zu bieten. Der Gastgeber kann zwar für gewisse finanzielle Risiken Garantie leisten, mangels rechtlicher und faktischer Durchsetzbarkeit nicht aber für ein bestimmtes Verhalten des Gastes (vgl. Urteil des BVGer C-3243/2007 vom 10. Juni 2008 E. 5.5). Aufgrund dessen kann im vorliegenden Fall erwartet werden, dass die Beschwerdeführerin ihre eheliche Beziehung bei Besuchen im Heimatland des Gesuchstellers pflegt.