



Abteilung VI
F-599/2023

Urteil vom 31. Januar 2024

Besetzung

Richterin Susanne Genner (Vorsitz),
Richter Yannick Antoniazza-Hafner,
Richterin Claudia Cotting-Schalch,
Gerichtsschreiberin Selina Schmid.

Parteien

A._____,
vertreten durch German Castellano, Kanzlei Castellano,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Schengen-Visum zu Besuchszwecken zugunsten von
B._____; Verfügung des SEM vom 21. Dezember 2022.

Sachverhalt:**A.**

Am 10. August 2022 ersuchten die indischen Staatsangehörigen (und Ehepartner) B. _____ (geb. 1983; Gesuchsteller) und C. _____ (geb. 1987; Gesuchstellerin) bei der Schweizerischen Auslandsvertretung in Neu-Delhi je um Ausstellung eines Schengen-Visums für einen zweimonatigen Besuchsaufenthalt bei dem im Kanton Zürich lebenden Bruder des Gesuchstellers (A. _____; Gastgeber und Beschwerdeführer).

B.

Mit Formularverfügung vom 10. August 2022 wies die Schweizerische Vertretung im Namen des SEM die Gesuche mit der Begründung ab, die vorgelegten Informationen zur Begründung des Zwecks und der Bedingungen des geplanten Aufenthalts seien nicht vertrauenswürdig und es bestünden begründete Zweifel an der Absicht der Gesuchstellenden, das Hoheitsgebiet des Mitgliedstaates vor Ablauf des Visums zu verlassen.

C.

Gegen diesen Entscheid erhoben der Gesuchsteller und der Gastgeber am 7. September 2022 – einzig zugunsten des Gesuchstellers, und nicht der Gesuchstellerin – Einsprache bei der Vorinstanz, worauf diese die Gesuchsunterlagen zwecks Durchführung ergänzender Abklärungen und Stellungnahme an das Migrationsamt des Kantons Zürich übermittelte.

D.

Am 21. Dezember 2022 wies die Vorinstanz die Einsprache ab, wobei der Einspracheentscheid ausdrücklich in Bezug auf den Gesuchsteller sowie die Gesuchstellerin gefällt wurde.

E.

Gegen den Einspracheentscheid gelangte der Beschwerdeführer mit Rechtsmitteleingabe vom 1. Februar 2023 an das Bundesverwaltungsgericht und ersuchte um die Aufhebung der Verfügung und die Erteilung des Visums zugunsten des Gesuchstellers; eventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

F.

Mit Vernehmlassung vom 30. März 2023 beantragte die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde. Der Beschwerdeführer replizierte mit Eingabe vom 2. Mai 2023.

G.

Mit Zwischenverfügung vom 15. Juni 2023 stellte das Bundesverwaltungsgericht der Vorinstanz die Replik zur Kenntnisnahme zu und teilte den Parteien den Abschluss des Schriftenwechsels mit.

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

1.1 Einspracheentscheide des SEM bezüglich Schengen-Visa sind mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar (vgl. Art. 112 Abs. 1 AIG i.V.m. Art. 31 ff. VGG). Das Rechtsmittelverfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

1.2 Der Beschwerdeführer hat am vorangegangenen Einspracheverfahren teilgenommen und ist als Gastgeber des Gesuchstellers durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt. Obwohl der ursprünglich angestrebte Besuchszeitraum inzwischen abgelaufen ist, kann auf ein fortbestehendes Rechtsschutzinteresse geschlossen werden. Der Beschwerdeführer ist daher zur Erhebung des Rechtsmittels legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (Art. 50 Abs. 1 und 52 Abs. 1 VwVG).

1.3 In der vorliegenden Beschwerdeangelegenheit entscheidet das Bundesverwaltungsgericht endgültig (Art. 83 Bst. c Ziff. 1 BGG).

2.

Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und – sofern nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat – die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht wendet im Beschwerdeverfahren 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 seines Entscheids (BVGE 2020 VII/4 E. 2.2).

3.

3.1 Die Schweiz ist – wie andere Staaten auch – grundsätzlich nicht verpflichtet, ausländischen Personen die Einreise zu gestatten und entscheidet darüber, vorbehältlich völkerrechtlicher Verpflichtungen, autonom (vgl. BVGE 2009/27 E. 3). Das Schengen-Recht schränkt die nationalstaatlichen Befugnisse insoweit ein, als es einheitliche Voraussetzungen für Einreise und Visum aufstellt und die Mitgliedstaaten verpflichtet, die Einreise bzw. das Visum zu verweigern, wenn die Voraussetzungen nicht erfüllt sind. Einen Anspruch auf Einreise vermittelt auch das Schengen-Recht nicht (vgl. BVGE 2014/1 E. 4.1.5).

3.2 Eine drittstaatsangehörige Person muss unter anderem für die fristgerechte Wiederausreise Gewähr bieten (Art. 5 Abs. 2 AIG). Wenn sie nicht bereit ist, das Hoheitsgebiet des Schengen-Raums fristgerecht wieder zu verlassen, ist eine Gefahr für die öffentliche Ordnung im Sinne von Art. 6 Abs. 1 Bst. e SGK anzunehmen (BVGE 2014/1 E. 4.3 in fine; 2011/48 E. 4.5).

3.3 In der Regel lassen sich keine gesicherten Feststellungen darüber treffen, ob eine drittstaatsangehörige Person tatsächlich beabsichtigt, vor Ablauf des Visums den Schengen-Raum zu verlassen, weshalb darüber eine Prognose zu erstellen ist. Hierzu sind alle Umstände des Einzelfalls zu würdigen. Die Beweisführungslast obliegt dabei der drittstaatsangehörigen Person (Art. 14 Abs. 1 Bst. d VK; Art. 14 Abs. 3 i.V.m. Anhang II VK; Art. 6 Abs. 1 Bst. c SGK; Art. 5 Abs. 2 AIG; BVGE 2014/1 E. 4.4 und E. 6.1). Anhaltspunkte zur Beurteilung der Gewähr für eine fristgerechte Wiederausreise können sich zunächst aus der allgemeinen Situation im Herkunftsland der drittstaatsangehörigen Person ergeben.

3.4 Bei der Risikoanalyse sind allerdings nicht nur solch allgemeine Umstände und Erfahrungen, sondern auch sämtliche Gesichtspunkte des konkreten Einzelfalls zu berücksichtigen. Dabei sind in die Prognose über die Absicht einer gesuchstellenden Person, den Schengen-Raum fristgerecht zu verlassen, deren persönliche, familiäre und berufliche bzw. wirtschaftliche Situation sowie deren Interessenlage miteinzubeziehen (BVGE 2014/1 E. 6.3.1). Obliegt einer gesuchstellenden Person im Heimatland beispielsweise eine besondere berufliche, gesellschaftliche oder familiäre Verantwortung, kann dies die Prognose für eine anstandslose Wiederausreise begünstigen. Umgekehrt muss bei Personen, die in ihrer Heimat keine besonderen Verpflichtungen haben, das Risiko eines ausländerrechtlich nicht

regelkonformen Verhaltens nach einer bewilligten Einreise als hoch eingeschätzt werden (BVGE 2014/1 E. 6.3.1; 2009/27 E. 8).

4.

4.1 Im Verwaltungsverfahren gilt der Untersuchungsgrundsatz (Art. 12 ff. VwVG). Die Behörden sorgen – unter Vorbehalt der Mitwirkungspflichten der Parteien – für die richtige und vollständige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts (BGE 140 I 285 E. 6.3.1). Die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts kann nach Art. 49 Bst. b VwVG gerügt werden. Unrichtig ist die Sachverhaltsfeststellung beispielsweise dann, wenn der Verfügung ein aktenwidriger oder nicht weiter belegbarer Sachverhalt zugrunde gelegt wurde. Unvollständig ist die Sachverhaltsfeststellung, wenn die Behörde trotz der geltenden Untersuchungsmaxime den Sachverhalt nicht von Amtes wegen abgeklärt, oder nicht alle für den Entscheid wesentlichen Sachumstände berücksichtigt hat (vgl. dazu statt vieler BENJAMIN SCHINDLER, in: Kommentar zum VwVG, 2. Aufl. 2019, Art. 49 N. 29). Der Untersuchungsgrundsatz gilt nicht absolut. Er findet seine Grenze in der Pflicht der Partei, an der Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts mitzuwirken (Art. 13 Abs. 1 VwVG).

4.2 Im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht dürfen im Rahmen des Streitgegenstandes bisher noch nicht gewürdigte, bekannte wie auch bis anhin unbekannte neue Sachverhaltsumstände, die sich zeitlich vor (sog. unechte Noven) oder erst im Laufe des Rechtsmittelverfahrens (sog. echte Noven) zugetragen haben, vorgebracht werden. Gleiches gilt für neue Beweismittel. Dass der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts derjenige Sachverhalt zugrunde zu legen ist, der sich im Zeitpunkt der Entscheidung verwirklicht hat und bewiesen ist, hängt entscheidend mit dem Untersuchungsgrundsatz und der mit Bezug auf die Überprüfung des Sachverhalts freien Kognition des Gerichts zusammen (vgl. Art. 49 Bst. b VwVG). Für den Beschwerdeentscheid ist die im Zeitpunkt seiner Ausfällung bestehende Aktenlage massgeblich. Die angefochtene Verfügung des SEM hat sich mithin auch gegenüber den im Verlauf des Beschwerdeverfahrens dazugekommenen Tatsachen und Beweismitteln zu bewähren (BVGE 2012/21 E. 5.1; Urteil des BVGer D-5014/2022 vom 7. Juli 2023 E. 4.2).

5.

Der Beschwerdeführer rügt vorab eine unrichtige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts.

5.1 Die Vorinstanz geht in ihrer Verfügung vom 21. Dezember 2022 davon aus, dass der Beschwerdeführer zugunsten beider Gesuchsteller gegen die Visumsverweigerung vom 10. August 2022 Einsprache erhoben hat. Sie führt zum Sachverhalt insbesondere aus, bei den Gesuchstellern handle es sich um ein noch junges, kinderloses Paar. Der Gesuchsteller sei offenbar Arbeiter, die Gesuchstellerin Hausfrau; es sei aber kein Nachweis zu Einkommen oder einer Erwerbstätigkeit in Indien erbracht worden. Sie seien von der Schwester des Gesuchstellers in die Schweiz eingeladen worden. Es sei davon auszugehen, dass den Gesuchstellern keine besonderen beruflichen, familiären und gesellschaftlichen Verpflichtungen in der Heimat obliegen würden.

5.2 Demgegenüber bringt der Beschwerdeführer in der Beschwerdeschrift vor, er habe einzig noch zugunsten des Gesuchstellers Einsprache bei der Vorinstanz erhoben, nicht so zugunsten der Gesuchstellerin. Dennoch habe die Vorinstanz die Einsprache bezüglich beider Gesuchsteller behandelt. Die Gesuchstellerin bleibe samt der gemeinsamen vier Kinder in Indien zurück. Die Vorinstanz gehe in Missachtung der klaren Formulierung in der Einsprache von einer falschen Sachverhaltsgrundlage aus. Es sei auch zu beachten, dass die Ehefrau des Gesuchstellers und seine Kinder in Indien zurückbleiben würden und der Gesuchsteller somit familiär dort gebunden sei.

5.3 In der Vernehmlassung räumt die Vorinstanz ein, dass die Einsprache fälschlicherweise in Bezug auf die Verweigerung der Visa für beide Gesuchsteller bearbeitet worden sei. Dies ändere aber inhaltlich nichts an ihrem Entscheid vom 21. Dezember 2022. Die angebliche berufliche Tätigkeit des Gesuchstellers sei in keiner Weise belegt.

5.4 Der Beschwerdeführer bringt in der Replik vor, die Stellungnahme der Vorinstanz sei in mehrfacher Hinsicht eine reine Pauschalbehauptung. Man könne sich nicht des Eindrucks erwehren, die Vorinstanz handle das Gesuch ohne Berücksichtigung der konkreten Akten. So gehe diese fälschlicherweise davon aus, die Gesuchsteller seien von der Schwester des Gesuchstellers eingeladen worden; Tatsache sei, dass der Beschwerdeführer der Bruder des Gesuchstellers sei. Ebenso habe die Vorinstanz behauptet, die Gesuchsteller hätten keine Kinder. Die familiären Bindungen des Gesuchstellers seien zweifellos ein Aspekt, der eine Rückkehr wahrscheinlicher mache. Diesen Aspekt habe die Vorinstanz wissentlich und willentlich in ihrem Entscheid unterdrückt.

6.

Es ist zunächst zu prüfen, inwiefern die Vorinstanz eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung gemäss Art. 49 Bst. b VwVG vorgenommen hat.

6.1 Die Vorinstanz geht in der Verfügung vom 21. Dezember 2022 in mehreren Punkten von einem unzutreffenden Sachverhalt aus. So behandelt sie die Einsprache bezüglich beider Gesuchsteller, obwohl aus der Einsprache eindeutig hervorgeht, dass der Beschwerdeführer einzig noch zugunsten des Gesuchstellers – und nicht der Gesuchstellerin – Einsprache gegen die Visumsverweigerung erhoben hat. Entsprechend basiert die gesamte Begründung des Einspracheentscheids auf der unrichtigen Annahme, beide Ehegatten würden gemeinsam in die Schweiz einreisen wollen. Des Weiteren ging die Vorinstanz fälschlicherweise davon aus, bei der Ehefrau des Beschwerdeführers handle es sich um die Schwester des Gesuchstellers. Dies, obwohl bereits aus dem Einladungsschreiben des Beschwerdeführers hervorgeht, dass er der Bruder des Gesuchstellers ist. Wenngleich Letzteres von geringer rechtlicher Bedeutung ist, wirft auch dieser Fehler ein ungünstiges Licht auf die Vorinstanz.

6.2 Des Weiteren rügt der Beschwerdeführer eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung, da die Vorinstanz nicht berücksichtigt habe, dass der Gesuchsteller vier Kinder habe.

Die Vorinstanz spricht in ihrer Verfügung in der Tat von einem kinderlosen Ehepaar. Anders als vom Beschwerdeführer ausgeführt, kann dies der Vorinstanz jedoch nicht angelastet werden. Die Vorinstanz konnte – soweit aus den Akten ersichtlich – nicht wissen, dass die Gesuchsteller Kinder haben. So haben weder die Gesuchsteller im Rahmen der Visumsanträge noch der Gesuchsteller und der Beschwerdeführer im Einspracheverfahren erwähnt, dass die Gesuchsteller Kinder haben. Dies, obwohl der Beschwerdeführer im Rahmen des Einspracheverfahrens explizit gefragt wurde, wo die Familienangehörigen seines Gastes (Ehegatte, Kinder, Eltern, Geschwister) leben würden (Schreiben des Migrationsamts Zürich vom 7. Oktober 2022). Der Beschwerdeführer antwortete diesbezüglich einzig in Bezug auf die in der Schweiz lebenden Verwandten des Gesuchstellers. Da die Gesuchsteller sowie der Beschwerdeführer ihrer Mitwirkungspflicht (vgl. E. 4.1) nicht nachgekommen sind, kann der Vorinstanz diesbezüglich keine unrichtige Sachverhaltsfeststellung vorgeworfen werden.

7.

Im Rahmen der Beschwerdeschrift brachte der Beschwerdeführer erstmalig vor, dass der Gesuchsteller mit seiner Ehegattin vier gemeinsame Kinder haben soll. Aufgrund der gleichzeitig eingereichten Geburtsurkunden ist belegt, dass der Gesuchsteller mit seiner Ehegattin drei gemeinsame Kinder hat. In Bezug auf das vierte Kind ist der Sachverhalt dagegen nicht erstellt, da der Beschwerdeführer weder das Geburtsdatum noch den Namen des Kindes nennt und auch keine entsprechende Geburtsurkunde einreicht.

Der Beschwerdeführer hat damit unechte Noven vorgebracht; handelt es sich doch bei der Information, dass der Gesuchsteller Kinder hat, um bis anhin unbekannte Sachverhaltsumstände, die sich zeitlich vor dem Rechtsmittelverfahren zugetragen haben (vgl. E. 4.2). Da der Beschwerdeführer belegt hat, dass der Gesuchsteller Vater von drei Kindern ist und da dies rechtserheblich ist, ist dieser Umstand im Beschwerdeverfahren zu berücksichtigen.

8.

8.1 Für die Prognose über die Absicht einer gesuchstellenden Person, den Schengen-Raum fristgerecht zu verlassen, sind deren persönliche, familiäre und berufliche bzw. wirtschaftliche Situation sowie deren Interessenlage miteinzubeziehen (vgl. E. 3.4). Die Vorinstanz geht bei ihrer Würdigung der familiären Situation in der angefochtenen Verfügung – aufgrund der unrichtigen Sachverhaltsfeststellung sowie der Unkenntnis über das Vorliegen dreier Kinder – davon aus, dass es sich bei den Gesuchstellern um ein kinderloses Ehepaar handle, welches gemeinsam in die Schweiz einreisen wolle. Wie soeben dargelegt, möchte einzig der Gesuchsteller in die Schweiz einreisen, und seine Ehefrau würde mit den drei Kindern in Indien verbleiben. Die familiäre Situation des Gesuchstellers gestaltet sich somit grundlegend anders, als in der angefochtenen Verfügung dargelegt und berücksichtigt.

8.2 Zusammenfassend hat die Vorinstanz den rechtserheblichen Sachverhalt in wichtigen Punkten unrichtig erstellt. Zwar wurde der Sachverhalt auf Beschwerdeebene durch den Beschwerdeführer ergänzt und berichtigt. Dennoch unterliess es die Vorinstanz, im Rahmen der Vernehmlassung vom 30. März 2023 eine Würdigung der tatsächlichen Umstände vorzunehmen. Indessen sind die durch den Beschwerdeführer ergänzten sowie berichtigten Sachverhaltselemente von der Vorinstanz zu verifizieren und zu aktualisieren. Die Beschwerde ist nach dem Gesagten gutzuheissen,

soweit die Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung beantragt wird. Die angefochtene Verfügung ist aufzuheben und – soweit notwendig – zur ergänzenden Abklärung des Sachverhalts und zum neuen Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen. Sie wird die aktuellen Sachumstände insbesondere bei der Prognose über die Absicht des Gesuchstellers, den Schengen-Raum fristgerecht zu verlassen, zu berücksichtigen haben.

Bei diesem Verfahrensausgang erübrigt es sich, auf die übrigen Anträge und Ausführungen des Beschwerdeführers näher einzugehen.

9.

9.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens wären grundsätzlich keine Kosten zu erheben (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG). Indessen verletzte der Beschwerdeführer seine Mitwirkungspflicht (vgl. E. 6.2) und verursachte dadurch Verfahrenskosten, welche ihm auferlegt werden dürfen (vgl. Art. 63 Abs. 3 VwVG). Die Verfahrenskosten werden auf Fr. 800.– festgesetzt und dem Beschwerdeführer zur Hälfte auferlegt. Die Differenz von Fr. 400.– zum einbezahlten Kostenvorschuss ist ihm zurückzuerstatten.

9.2 Dem anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer ist für die ihm erwachsenen notwendigen Kosten eine angemessene Parteientschädigung zu Lasten der Vorinstanz zuzusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Der Rechtsvertreter hat keine Kostennote eingereicht, so dass die Parteientschädigung aufgrund der Akten festzulegen ist (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Deren Höhe ist mit Blick auf den aktenkundigen Aufwand und in Anwendung von Art. 7 ff. VGKE auf Fr. 1'800.– (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) festzusetzen.

(Dispositiv nachfolgende Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen.

2.

Die Verfügung vom 21. Dezember 2022 wird aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

3.

Es werden Verfahrenskosten im Betrag von Fr. 400.– erhoben. Die Differenz von Fr. 400.– zum einbezahlten Kostenvorschuss wird dem Beschwerdeführer zurückerstattet.

4.

Die Vorinstanz wird angewiesen, dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 1'800.– auszurichten.

5.

Dieses Urteil geht an den Beschwerdeführer und die Vorinstanz.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Susanne Genner

Selina Schmid

Versand: