

Humanitäre Visa – Eine Auslegeordnung

Die Schweizer Praxis unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH und
BVGer – eine Studie im Auftrag des Schweizerischen Roten Kreuzes

Marek Wieruszewski, unter wissenschaftlicher Leitung von Prof. Alberto Achermann
24.01.2018

Abstract

Die Schweiz, die seit dem 12. Dezember 2008 aufgrund des Assoziierungsabkommens mit der EU das Schengen-Recht im vollen Umfang anwendet, hat an asylsuchende Personen Schengen-Visa mit beschränkter territorialer Gültigkeit ausgestellt. Dadurch könnten gefährdete Personen sicher und legal in die Schweiz einreisen, um dann einen Antrag auf Asyl zu stellen. Diese Praxis, die im kleineren Umfang von anderen Schengen-Länder angewandt wurde, wurde durch das Urteil des EuGH *X und X gegen Belgien* vom 7. März 2017 in Frage gestellt. Schengen Kurzzeit-Visa, auch mit beschränkter territorialer Gültigkeit, seien nicht für asylsuchende Personen vorgesehen. Das Schweizerische Bundesverwaltungsgericht bestätigte in der Folge die grundsätzliche Pflicht der Schweiz die Rechtsprechung des EuGH zu berücksichtigen und forderte den Gesetzgeber entsprechende Massnahmen vorzunehmen. Das Rechtsgutachten untersucht mögliche Lösungsvorschläge, die einen Schengen-konformen Zugang zu asylrechtlichen Schutzmassnahmen für bedürftige Personen gewähren könnten. Gestützt auf der Rechtsprechung des BVGer und der bisherigen Praxis des Staatssekretariats für Migration wird die Einführung eines National-Visums aus humanitären Gründen vorgeschlagen.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	3
1. Ausgangslage.....	7
2. Das anwendbare Schengen-Recht	7
3. Die Schweiz als Schengen-assoziierter Staat	9
4. Die Rechtslage in der Schweiz.....	9
5. Abschaffung des Botschaftsasyls – ein Visum für gefährdete Personen.....	11
6. Humanitäres Visum - unmittelbare, ernsthafte und konkrete Gefährdung an Leib und Leben	14
a. <i>grundsätzliche</i> Gefährdungssituation	15
b. <i>individuelle</i> Gefährdungssituation	15
c. hinreichende Schwere.....	16
d. Asylunwürdigkeit.....	17
e. Vermutung des sicheren Drittstaates	17
7. Visa-Vergabe an syrische Staatsangehörige durch die Schweiz	18
8. Das <i>X und X</i> Urteil des EuGH	20
9. Auswirkungen für die Schweiz	21
10. Rechtsprechung des BVGer.....	22
11. Lösungsvorschläge	25
a. Nationales Visum	25
b. Einigung im Rahmen des Gemischten Ausschusses.....	26
12. Eine europäische Lösung.....	27
13. Würdigung.....	28
a. humanitäres Visum für Langzeitaufenthalte	28
b. humanitäres Visum für Kurzaufenthalte.....	29
c. medizinische Behandlung: situationsbedingt	32
14. Vorschläge de lege ferenda.....	33
Literaturverzeichnis.....	36

Abkürzungsverzeichnis

ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. C 326, 26.10.2012, S. 47
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
AsylG	Asylgesetz vom 26. Juni 1998, SR 142.31
AuG	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005, SR 142.20
BBl	Bundesblatt
BFM	Bundesamt für Migration
Botschaft AsylG	Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes, BBl 2010 4455
Botschaft Bilaterale II	Botschaft zur Genehmigung der bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union, einschliesslich der Er- lasse zur Umsetzung der Abkommen («Bilaterale II»), BBl 2004 5965
Bst.	Buchstabe
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
BVGE	Bundesverwaltungsgerichtentscheid
BVGer	Bundesverwaltungsgericht

Dublin III	Verordnung (EU) Nr. 604/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist; ABl. Vom 29.6.2013, L 180, S.3
E.	Erwägung
EDA	Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EMRK	Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten; SR 0.101
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
ff.	folgende Seiten
FK	Genfer Flüchtlingskonvention; Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 25. Juli 1951, SR 0.142.30
Freizügigkeitsrichtlinie	Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG, ABl. EG L 158/123, 2004/38/EG (2004)
Hrsg.	Herausgeber
Ibid.	Ebenda
LTTE	Liberation Tigers of Tamil Eelam
m.H.	mit Hinweisen
OEV	Verordnung über die Einreise und die Visumerteilung vom 22. Oktober 2008, SR 142.204

Rz.	Randziffer
S.	Seite
SAA	Abkommen 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 (Schengen-Assoziierungsabkommen), vom 26. Oktober 2004 , SR 0.362.31
SDÜ	Übereinkommen vom 14. Juni 1985 zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen vom 22. September 2000, ABl. Nr. L 239 vom 22.09.2000 S. 19
SEM	Staatssekretariat für Migration
SGK	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 13.4.2006 S. 1; neu kodifiziert durch die Verordnung (EU) 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex), ABl. L 77 vom 23.3.2016, S. 1
SIS	Schengener Informationssystem
sog.	so genannt
SR	Systematische Rechtssammlung des Bundesrechts
SRK	Schweizerisches Rotes Kreuz
SVK	Verordnung (EG) Nr. 810/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über einen Visakodex der Gemeinschaft (Visakodex), ABl. L 243 vom 15.9.2009, S. 1
Syrien I	Visa, die im Rahmen des Bundesratsbeschlusses vom 6. März 2015 an die Kernfamilienmitglieder der in der Schweiz vorläufig aufgenommenen Personen aus Syrien ausgestellt sind

u.a.	unter anderem/und andere
UN	Vereinte Nationen
UNHCR	Hochkommissar der Vereinten Nationen für Flüchtlinge
UNRWA	Hilfswerk der Vereinten Nationen für Palästina Flüchtlinge im Na- hen Osten
U.S.	Vereinigte Staaten
VEV	Verordnung über die Einreise und die Visumerteilung vom 22. Oktober 2008, SR 142.204
VGG	Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005, SR 173.32
vgl.	Vergleiche
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968, SR 172.021
Weisung Aufhebung	Weisung vom 29. November 2013, Aufhebung der Weisung vom 4. September 2013 über die erleichterte Erteilung von Besucher-Visa für syrische Familienangehörige; 2013-11-29/135
Weisung humanitä- res Visum	Weisung vom 25. Februar 2014 Visumantrag aus humanitären Gründen, 322.126
Weisung Syrien I	Weisung vom 4. September 2013 über die erleichterte Erteilung von Besucher-Visa für syrische Familienangehörige; 000.2180.101.7.266789 322.213/Syrien/2010/03648
Ziff.	Ziffer

1. Ausgangslage

Lange Zeit war die Schweiz eines der sehr wenigen Länder, welche die gesetzliche Möglichkeit gekannt hat, ein Asylgesuch im Ausland, bei einer Vertretung des Landes, einzureichen. Dieses Verfahren, im früheren Art. 20 AsylG geregelt, wurde mit der Revision des Asylgesetzes vom 28. September 2012 (dringliche Änderungen des Asylgesetzes)¹, abgeschafft. Ein Referendum, welches gegen das Gesetz ergriffen wurde, und welches sich insbesondere gegen die Abschaffung des sog. Botschaftsasylys richtete, scheiterte: Fast 78% der Stimmbevölkerung sprachen sich für das neue Gesetz aus. Im Rahmen der Debatten im Parlament und während der Abstimmungskampagne wurde seitens des Bundesrates festgehalten, die Abschaffung der Möglichkeit der Gesuchstellung in der Auslandvertretung könne durch andere Mittel kompensiert werden, unter anderem durch die Einführung von humanitären Visa für die im Ausland gefährdeten Personen. Dennoch wurde das Ziel der Revision, die Einreisen die durch Auslands-gesuche erfolgten deutlich zu reduzieren, im Voraus klar definiert und öffentlich bekannt gegeben. Wie in der Botschaft des Bundesrates angekündigt, können direkt gefährdete Personen seit Inkrafttreten des Gesetzes am 29. September 2012 ein humanitäres Visum mit beschränkter territorialer Gültigkeit (VrG) auf das Schengenrecht gestützt beantragen. Diese Praxis, die auch durch andere Schengen-Staaten ausgeübt wird, wurde kürzlich im Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) *X und X gegen Belgien*² in Frage gestellt.

Eine wichtige Rolle bei der Durchführung der Praxis erfüllte von Anfang an das Schweizerische Rote Kreuz (SRK).³ Angesichts dieser neuen rechtlichen Situation und unter Berücksichtigung der besonderen Stellung der Schweiz im Rahmen der Schengen-Zusammenarbeit soll im Auftrag des SRK geprüft werden, unter welchen Bedingungen die Praxis der Ausstellung von humanitären Visa durch die Schweiz weiter ausgeübt werden kann.

2. Das anwendbare Schengen-Recht

Das so genannte humanitäre Visum ist eine der drei Visumsarten, die im *Schengen Visakodex* (SVK) geregelt werden. Dieser regelt laut Art. 1 „die Verfahren und Voraussetzungen für die Erteilung von Visa für die Durchreise durch das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten oder für geplante Aufenthalte in diesem Gebiet von höchstens drei Monaten je Sechsmonatszeitraum“. Neben grundsätzlichen Bestimmungen, die die Vergabe eines einheitlichen, im ganzen Schengen-Gebiet gültigen Visums regeln führt der SVK eine Ausnahme ein: der entsprechende Art.

¹ AS 2012 5359.

² X und X v. État belge, C-638/16 PPU vom 7. März 2017.

³ Entsprechende Statistiken findet man auf der Internetseite des SRK: <https://www.redcross.ch/de/organisation/fluechtlinge/entwicklungen-seit-2013-hoher-einfluss-des-srk-auf-visaerteilung>.

25 SVK erlaubt es den Schengen-Ländern, *ausnahmsweise* von bestimmten Einreisevoraussetzungen abzusehen und *ein territorial beschränktes Visum* auszustellen.⁴

In einem solchem Fall darf ein Schengen-Staat ein VrG an eine Person ausstellen die:

- kein gültiges Reisedokument besitzt (Art. 25 Abs. 1 Bst. a i);
- die Umstände des beabsichtigten Aufenthalts nicht belegen kann (Art. 25 Abs. 1 Bst. a i);
- nicht über ausreichende Mittel zur Bestreitung des Lebensunterhalts verfügt, sowohl für die Dauer des beabsichtigten Aufenthalts als auch für die Rückreise in den Herkunftsstaat (Art. 25 Abs. 1 Bst. a i);
- im SIS zur Einreiseverweigerung ausgeschrieben ist (Art. 25 Abs. 1 Bst. a i);
- eine Gefahr für die öffentliche Ordnung, die innere Sicherheit, die öffentliche Gesundheit oder die internationalen Beziehungen eines Mitgliedstaats darstellt (Art. 25 Abs. 1 Bst. a i);
- in den nationalen Datenbanken der Mitgliedstaaten zur Einreiseverweigerung aus denselben Gründen ausgeschrieben worden ist (Art. 25 Abs. 1 Bst. a i.);
- bereits ein Visum für einen dreimonatigen Aufenthalt innerhalb eines Sechsmonatszeitraums verwendet hat (Art. 25 Abs. 1 Bst. b).

Ausserdem, kann ein VrG ausgestellt werden obwohl

- der gemäß Artikel 22 konsultierte Mitgliedstaat Einwände gegen die Erteilung eines einheitlichen Visums erhebt (Art. 25 Abs. 1 Bst. a ii) oder
- keine vorherige Konsultation gemäß Artikel 22 durchgeführt wurde (Art. 25 Abs. 1 Bst. a iii).

Dies kann aufgrund von internationalen Verpflichtungen, nationalen Interessen oder humanitären Gründen geschehen. Der Begriff „humanitäre Gründe“ wird dabei nicht näher erläutert. Wie genau die einzelnen Schengen-Länder diesen Begriff auslegen, konnte mangels verfügbarer Statistiken oder zugänglichen Berichten nicht eruiert werden. Die wesentlichen Unterschiede bei der Anzahl von ausgestellten VrG zeigen aber deutlich, dass die Auslegung und Anwendung ausgerechnet dieses Artikels sehr uneinheitlich sind. Den entsprechenden Statistiken kann zudem nicht entnommen werden, aus welchen der drei oben genannten Gründe ein VrG ausgestellt worden ist.

⁴ Die dritte Kategorie umfasst Visa für den Flughafentransit (Art. 26 SVK).

3. Die Schweiz als Schengen-assoziierter Staat

Die Schweiz gehört zu den 28 Ländern, die in vollem Umfang das Schengenrecht anwenden. Die Teilnahme der Schweiz als ein nicht EU-Mitglied basiert auf einem Assoziierungsabkommen (SAA). Durch die Assoziierung hat sich die Schweiz verpflichtet, den Schengen-Besitzstand, der bis zur Unterzeichnung des SAA erlassen wurde, zu übernehmen. Die Weiterentwicklung des Schengenrechts wird von der Schweiz autonom, innerhalb des in der SAA bestimmten Zeitraums, implementiert. Sollte die Schweiz sich jedoch gegen eine Übernahme vom neuen Schengenrecht entscheiden, so kann dies zur Beendigung des Abkommens führen. Durch die Teilnahme an der Schengen Zusammenarbeit hat die Schweiz (so wie andere Schengen-Staaten auch) die Regelungskompetenz im Bereich von Einreise, Durchreise und kurzen Aufenthalten (etwa zu Besuchszwecken) von Drittstaatsangehörigen an die EU übergeben. Danach stellen die schweizerischen Auslandsvertretungen nach der Überprüfung der durch das SVK bestimmten Voraussetzungen ein einheitliches Schengen-Visum aus, das für den ganzen Schengen-Raum gültig ist. Bei der Überprüfung, ob der (abschliessende) Katalog von Voraussetzungen erfüllt ist, verfügen die Schweizer Behörden über einen gewissen Beurteilungsspielraum. In Ausnahmefällen, wenn es die Schweiz für notwendig hält, kann auch ein territorial beschränktes Visum nach Art. 25 SVK ausgestellt werden. Die korrekte Auslegung und Anwendung des Schengenrechts wird im Rahmen des *Schengen-Evaluationsmechanismus* überprüft. Die letzte Evaluation der Schweizer Praxis fand im Jahre 2014 statt, die nächste Prüfung ist für das Jahr 2018 vorgesehen. Ein entsprechender Bericht der letzten Überprüfung wurde nicht veröffentlicht. Gemäss der Mitteilung des EJPD hätten „die Experten das durchgängig hohe Niveau der Umsetzung und Anwendung der Schengen-Bestimmungen in der Schweiz“ bestätigt.⁵ Verbesserungspotential sei vor allem in Detailbereichen geortet worden. Mit ihren Empfehlungen hätten die Experten beispielsweise angeregt, die Entscheidungsbefugnis der Datenschutzbehörden zu stärken oder regelmässig gemischte Polizeipatrouillen mit allen Nachbarstaaten durchzuführen.⁶ Festzuhalten ist an dieser Stelle, dass keine offizielle Kritik an der Vergabe von Visa im Anschluss der Evaluierung geäussert wurde.

4. Die Rechtslage in der Schweiz

In der Schweiz ist gemäss der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung der Bund zuständig, den Bereich der Zulassung von Ausländerinnen und Ausländern und deren Rechtsstellung zu regeln.⁷ Die wesentlichen Bestimmungen finden sich im Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG) und in der ausführenden Verordnung über Einreise und Visumserteilung (VEV). Die Bestimmungen des Landesrechts kommen aber nur dann zur Anwendung,

⁵ https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2014/ref_2014-11-18.html

⁶ Ibid.

⁷ Art. 121 Abs. 1 BV.

soweit die Schengen-Assoziierungsabkommen keine abweichenden Bestimmungen enthalten (Art. 2 Abs. 4 AuG).

In Art. 2 Abs. 4 VEV wird die Möglichkeit, ein humanitäres Visum auszustellen, wie folgt geregelt:

„Das Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten (EDA) und das Staatssekretariat für Migration (SEM) können im Rahmen ihrer Zuständigkeiten im Einzelfall eine Einreise für einen Aufenthalt von höchstens 90 Tagen aus humanitären Gründen oder zur Wahrung nationaler Interessen oder internationaler Verpflichtungen bewilligen (Art. 6 Abs. 5 Bst. c des Schengener Grenzkodex).“

Interessant dabei ist der Verweis auf den Schengener Grenzkodex (SGK). Der besagte Art. 6 Abs. 5 Bst. c richtet sich eher an die Grenzbeamten, die einer Person, welche nicht alle Einreisevoraussetzungen erfüllt hat (etwa indem sie über kein Visum verfügt) ausnahmsweise die Einreise in den Schengenraum gestatten können (eine solche Einreisebewilligung wäre dann nur für den betreffenden Schengen-Grenzstaat gültig).⁸ Die rechtliche Grundlage für ein Schengen-Visum mit beschränkter territorialer Gültigkeit, ausgestellt aus humanitären Gründen, wird – wie oben erwähnt – in Art. 25 des SVK geregelt.

Die Statistik⁹ der EU zeigt, dass die Schweiz nach Deutschland mit Abstand die meisten VrG im Schengenraum ausstellt (20-25% aller im Schengenraum ausgestellten VrG). Im Fall der Schweiz ist eine Auswertung einzelner Kategorien von humanitären Visa erst seit Anfang 2016 möglich. Dem Bericht *Visa Monitoring 2016* des SEM¹⁰ zufolge werden solche Kurzzeit-Visa mit beschränkter territorialer Gültigkeit in drei Kategorien aufgeteilt:

- humanitäre Gründe (38.1% der erteilten VrG im Jahre 2016);
- SEM Weisung vom 25.2.2014 (30.5%) und
- Syrien II (30.2%).

Die erste Kategorie „humanitäre Gründe“ umfasst solche Visa, die eigentlich auf der Basis des Art. 25 SVK ausgestellt wurden. Auf diese Kategorie berufen sich auch die Ausführungen des SEM im Visa Handbuch I. Dort werden die humanitären Gründe wie folgt ausgelegt: *„insbesondere die plötzliche schwere Erkrankung oder der Tod eines nahen Verwandten oder einer*

⁸ So auch das BVGer im Urteil C-6274/2014 vom 11. Februar 2016, E. 4.5: *„unter denselben Voraussetzungen kann einer drittstaatsangehörigen Person die Einreise an den Aussengrenzen gestattet werden, vgl. Art. 5 Abs. 4 Bst. c SGK.“* Der hier erwähnte Art. 5 wurde nach der Neufassung des SGK in 2016 zum Art. 6.

⁹ <https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/borders-and-visas/visa-policy#stats>

¹⁰ <https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/publiservice/statistik/visamonitring-2016-d.pdf>.

anderen nahestehenden Person und die Notwendigkeit einer dringenden medizinischen Versorgung.“ Man kann davon ausgehen, dass die anderen zwei im Art. 25 SVK erwähnten Gründe, nämlich die internationalen Verpflichtungen und nationalen Interessen, in dieser Statistik nicht berücksichtigt worden sind.¹¹

Die zweite Kategorie beinhaltet Visa, die aufgrund der *Weisung humanitäres Visum* des SEM ausgestellt werden. Es handelt sich dabei um Visa, die im Zusammenhang mit der Abschaffung der Möglichkeit, einen Asylantrag in einer schweizerischen Auslandsvertretung zu stellen (sog. Botschafts asyl oder Auslandsverfahren), eingeführt wurden.

Die dritte Kategorie betrifft Visa, die im Rahmen einer ad hoc Aktion speziell denjenigen durch den Bürgerkrieg betroffenen syrischen StaatsbürgerInnen ausgestellt werden, deren Kernfamilienangehörige bereits in der Schweiz vorläufig aufgenommen sind (Syrien II).

Die letzten zwei Kategorien von Visa werden somit an Personen ausgestellt, von denen man ausgehen kann, dass sie nach ihrer Einreise einen Antrag auf Asyl stellen werden und dadurch länger als 90 Tage in der Schweiz zu verbleiben beabsichtigen.

5. Abschaffung des Botschaftsasyls – ein Visum für gefährdete Personen

Die seit der dringlichen Änderung des Asylgesetzes am 29. September 2012 eingeführte Praxis von sog. „humanitären Visa“ wurde auf der Grundlage der VEV und der entsprechenden Weisung des SEM eingeführt. Die Abschaffung des Auslandsverfahrens wurde unter anderem mit der Möglichkeit gerechtfertigt, den gefährdeten Personen durch die humanitären Visa einen Zugang zum Schutzverfahren weiterhin zu gewährleisten.¹²

Durch die erwähnte *Weisung humanitäres Visum*, die das SEM (damals BFM) in Absprache mit dem Eidgenössischen Departement für auswärtige Angelegenheiten (EDA) erlassen hat, wurde das Verfahren konkretisiert. Die Voraussetzungen für die Erteilung von humanitären Visa wurden der Botschaft des Bundesrates über die Änderung des Asylgesetzes¹³ fast unverändert entnommen:

„Ein Visum aus humanitären Gründen kann erteilt werden, wenn bei einer Person aufgrund des konkreten Einzelfalls offensichtlich davon ausgegangen werden muss, dass sie im Heimat- oder Herkunftsstaat unmittelbar, ernsthaft und konkret an Leib und Leben gefährdet ist. Die betroffene Person muss sich in einer besonderen Notsituation

¹¹ Nur so lässt sich ein Unterschied zwischen EU Statistiken und deren des SEM erklären. Laut EU hat die Schweiz im Jahre 2016, 24 090 VrG ausgestellt, SEM dagegen berichtet über 748 „humanitäre Visa“.

¹² Botschaft AsylG S. 4468.

¹³ *Weisung humanitäres Visum*; Ziff. 1.

befinden, die ein behördliches Eingreifen zwingend erforderlich macht und die Erteilung eines Einreisevisums rechtfertigt. Dies kann etwa bei akuten kriegerischen Ereignissen oder bei einer aufgrund der konkreten Situation unmittelbaren individuellen Gefährdung gegeben sein. Es ist jeweils eine sorgfältige Prüfung des Einzelfalls erforderlich.“

Ergänzend zur Botschaft des Bundesrates wurde in der Weisung eine weitere Bestimmung beigefügt, die rechtlich als Vermutung zu bezeichnen ist:

„Befindet sich die Person bereits in einem Drittstaat, ist in der Regel davon auszugehen, dass keine Gefährdung mehr besteht“.

Die einzige Voraussetzung für die Erteilung eines solchen Visums ist demnach die Erfüllung von so formulierten humanitären Gründen. Die Auslandsvertretung kann einen solchen Antrag in eigener Kompetenz ablehnen oder ihn an das SEM weiterleiten. Eine positive Entscheidung über die Ausstellung von Visa aus humanitären Gründen kann somit ausschliesslich von SEM getroffen werden (Abteilung Zulassung Aufenthalt, nötigenfalls nach der Absprache mit dem Direktionsbereich Asyl). Wurde der Antrag genehmigt, so soll ein Schengen-Visum für einen kurzfristigen Aufenthalt (höchstens 90 Tage gültig) grundsätzlich nur für die Schweiz ausgestellt werden. Sollte die betroffene Person innerhalb dieses Zeitraums keinen Asylantrag stellen, so müsste sie die Schweiz verlassen. Diese Bestimmung erscheint angesichts der Umstände, die zur Erteilung von Visa geführt haben, als rein theoretisch. Eine Person, die nachweislich unmittelbar, ernsthaft und konkret an Leib und Leben bedroht ist, könnte gar nicht ausgewiesen werden – selbst wenn sie keinen Asylantrag innerhalb von 90 Tagen stellen würde. Die Wahrscheinlichkeit, dass sich die Lage in einem Verfolgerstaat innerhalb von 90 Tagen wesentlich und auf Dauer ändert, kann als sehr gering eingestuft werden.

Verweigert die Auslandsvertretung die Ausstellung des Visums in eigener Kompetenz oder im Auftrag des SEM, so stellt sie ein standardisiertes Schengen-Formular aus.

Laut der Evaluationsstudie, die im Auftrag des BFM die Praxis der humanitären Visa untersucht hatte, wurden im Zeitraum zwischen September 2012 und September 2013 in 9 ausgewählten Auslandsvertretungen 105 Gesuche (von 162) in eigener Kompetenz abgelehnt.¹⁴ Als Hauptgrund wurde die fehlende unmittelbare, ernsthafte und konkrete Gefährdung an Leib und Leben genannt. Ein solcher Grund wird allerdings im Formblatt zur Unterrichtung über die Verweigerung eines Visums nicht erfasst.¹⁵ Die *Weisung humanitäres Visum* fordert die Auslandsvertretungen auf, folgende zwei Gründe für eine Ablehnung auf dem Verweigerungsformular anzugeben: *„Der Zweck und die Bedingungen des beabsichtigten Aufenthalts wurden nicht*

¹⁴ SCHWENKEL U. A. S. 13.

¹⁵ Siehe Anhang IV zur SVK.

nachgewiesen“ und „Ihre Absicht, vor Ablauf des Visums aus dem Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten auszureisen, konnte nicht festgestellt werden“. Es ist allerdings fraglich, ob diese Ablehnungsgründe für den Antrag auf ein humanitäres Visum geeignet sind: Es handelt sich um Personen, die nach der Einreise einen Antrag auf Asyl stellen wollen und somit nicht vor dem Ablauf des Visums aus dem Hoheitsgebiet der Schweiz ausreisen müssen. Solche Personen werden gerade dazu aufgefordert, nach der Einreise einen Antrag auf Asyl in der Schweiz zu stellen.¹⁶ Die Ablehnung eines humanitären Visums im Sinne der *Weisung humanitäres Visum* kann ausschliesslich mit dem Fehlen von humanitären Gründen begründet werden.¹⁷

Die *Weisung humanitäres Visum* stellt eine vollzugslenkende Verwaltungsverordnung dar. Als solche bindet sie ausschliesslich die zuständigen Behörden, um eine einheitliche Praxis zu gewährleisten. Im vorliegenden Fall hat das BVGer die Weisung als ausreichend konkretisiert beurteilt, um im Einzelfall eine „angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Vorschriften“ vorzunehmen.¹⁸ Nach Auffassung des BVGer entsprechen die Weisungen dem Willen des Gesetzgebers, und als solche werden sie in der Praxis des Gerichts berücksichtigt.¹⁹

Eines der erklärten Ziele der Asylreform war es, die Zahl der Personen, die mittels des Botschaftsasyls in die Schweiz kommen, zu reduzieren und gleichzeitig die schweizerische humanitäre Tradition aufrechtzuerhalten. Wie man der erwähnten Evaluation²⁰ entnehmen kann, wurde das Ziel der Reduzierung von Einreisebewilligungen jedenfalls in der Anfangsphase erreicht. Gemäss Evaluationsresultaten wurden im ersten Jahr nach der Abschaffung der Auslandsverfahren in allen schweizerischen Vertretungen sechs humanitäre Visa aufgrund der unmittelbaren Gefährdung ausgestellt.²¹ Im Vergleich zum Durchschnitt der im Rahmen des Botschaftsasyls bewilligten Einreisen, worauf sich der Bundesrat in der Botschaft zur Änderung des AsylG berufen hat²², stellt dies eine Reduzierung von 94% dar (deutlich mehr als die 20%, die sich der Gesetzgeber vorgestellt hatte).²³ Rechnet man allerdings die letzten fünf Jahre zusammen (2008-2012), so kommt man auf 357 Einreisebewilligungen pro Jahr. So gesehen fiel die Reduzierung noch höher aus. Diese Tendenz hat sich jedoch im Verlauf der Zeit deutlich

¹⁶ Siehe BVGer F-5488/2014 vom 16. Dezember 2016; E. 3.6: „Die für das Schengen-Visum wesentliche Einreisevoraussetzung einer fristgerechten Wiederausreise vor Ablauf der Gültigkeit des Visums kann bei einem Visum aus humanitären Gründen in der Regel verneint werden. Es wird vielmehr davon ausgegangen, dass die Person ein Asylgesuch einreicht, sobald sie sich in der Schweiz befindet, ansonsten sie die Schweiz innert 90 Tagen wieder zu verlassen hätte.“

¹⁷ So auch die *Weisung humanitäres Visum* in Ziff. 3.1.a: „Das Nichterfüllen von weiteren Einreisevoraussetzungen (...) stellt keinen Grund dar, auf ein solches Gesuch nicht einzutreten.“

¹⁸ BVGer D-6649/2014 vom 20. April 2015; E. 3.4.3.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Supra, Anm. 14.

²¹ Ibid. S. 15.

²² Supra, Anm. 12, S. 4520. Man ist von einem Durchschnitt von 100 tatsächlichen Einreisen in der Periode 2000-2009 ausgegangen.

²³ Ibid., S. 4520.

verändert. Laut dem SEM *Visa Monitoring* wurden im Jahre 2016 den unmittelbar gefährdeten Personen 228 Visa ausgestellt (nach *Weisung humanitäres Visum*). Mit dem Durchschnitt aus den Jahren 2008-2012 wäre das Resultat eine Reduzierung um 36%, und somit würde die Umsetzung dem gesetzgeberischen Willen besser entsprechen.

Einer der Hauptgründe für die Reduzierung der Einreisen ist die Annahme, dass, sofern sich die Person bereits in einem Drittstaat befinde, gemäss der *Weisung humanitäres Visum* in der Regel davon auszugehen sei, dass keine Gefährdung mehr bestehe. Diese Vermutung, die, wie bereits oben erwähnt, nicht in der Botschaft des Bundesrates formuliert worden ist, stellt aber ein bedeutsames Hindernis für viele potentielle Asylsuchende dar. Allen voran schliesst sie grundsätzlich diese Personen aus, die sich in einem Land befinden, in welchem es keine schweizerische Vertretung gibt (z. B. Eritrea), oder wo diese aus Sicherheitsgründen vorläufig geschlossen wurde (z. B. Syrien) resp. die Schweiz von einem anderen Land vertreten wird (je nach der Vereinbarung mit diesem Land), oder schliesslich sich in einem Land aufhalten, mit dem die Schweiz keine diplomatischen Beziehungen aufgenommen hat.

Gleichzeitig stellte das BVGer folgerichtig fest, dass die Voraussetzung der individuellen Gefährdung bei den humanitären Visa, anders als beim Auslandsverfahren, an kein Verfolgungsmotiv geknüpft ist und dadurch ein breiteres Spektrum von Personen umfassen kann.²⁴

6. Humanitäres Visum - unmittelbare, ernsthafte und konkrete Gefährdung an Leib und Leben

Bei der Beantragung von Visa nach der Weisung humanitäres Visum wird der Nachweis einer „unmittelbaren, direkten und ernsthaften“ Gefährdung verlangt.²⁵ Laut BVGer muss sich die betroffene Person in einer besonderen Notsituation befinden, die ein behördliches Eingreifen zwingend erforderlich macht und die Erteilung eines Einreisevisums rechtfertigt.²⁶ Dies kann

²⁴ BVGer D-3869/2014 vom 25. November 2014; E. 5.5. „Der unbestimmte Rechtsbegriff "humanitäre Gründe" ist (...) sehr offen formuliert und erfasst potentiell mehr Sachverhalte, als dies bei den Voraussetzungen im Auslandsverfahren der Fall war. Im Vergleich zu den Auslandsverfahren ist die konkrete individuelle Gefährdung an kein Verfolgungsmotiv geknüpft, weshalb vom Begriff humanitäre Gründe sowohl Gefährdungen im Sinne von Art. 3 AsylG als auch Gefährdungen, die unter andere völkerrechtliche Bestimmungen zu subsumieren wären (bspw. Art. 3 EMRK), erfasst werden können. Zentraler Aspekt der Gefährdungs-beurteilung scheint einzig der unmittelbar, ernsthaft und konkret drohende Eingriff in die fundamentalen Rechtsgüter Leib und Leben. Darüber hinausgehend können Personen in den Genuss eines humanitären Visums kommen, deren Gefährdung auf die allgemeine Situation im Heimat- oder Herkunftsstaat zurückzuführen ist (bspw. Kriegsflüchtlinge oder Naturkatastrophen).“

²⁵ Da es sich um eine „offensichtliche“ Gefährdung handelt, wird im Vergleich zum Asylverfahren die Beweislast verschoben und der Untersuchungsgrundsatz abgeschwächt: BVGer D-5815/2014 vom 11. Februar 2015, E. 4.5; siehe auch Anm. 13.

²⁶ Eine abstrakte, theoretische Gefährdung erfüllt nicht diese Voraussetzung; siehe BVGer E-7210/2014 vom 28. Juli 2015, E. 6.5.

entweder durch die allgemeine Lage in Herkunftsland oder die individuelle Situation begründet werden.²⁷ Dabei muss die aktuelle²⁸ Gefährdung, die persönlichen Umstände der betroffenen Person und die Lage im Heimat- oder Herkunftsland sorgfältig geprüft werden.²⁹

a. **grundsätzliche Gefährdungssituation**

Zuerst soll die allgemeine Lage in Herkunftsland geprüft werden. Dazu greift das BVGer auf verschiedene Quellen zurück, wie beispielsweise:

- schweizerische Auslandsvertretungen, SEM, Schweizerische Flüchtlingshilfe;
- verschiedene Medienberichte (Presse, Fernsehsendungen, Internet);
- Berichte der Nichtregierungsorganisationen (u.a.: Amnesty International, Human Rights Watch, Bündnis Entwicklung Hilft, Norwegian Refugee Council, Institute for the Study of War, International Crisis Group, International Rescue Committee, Open Doors International, The Washington Institute);
- Berichte der nationalen und internationalen Organe (deutsches Auswärtiges Amt Danish Immigration Service, UNHCR, UNRWA, UN-Menschenrechtsrat, U. S. Congressional Research Service, U. S. Department of State).

Wird die Lage insgesamt als besonders kritisch bewertet, so geht man von einer grundsätzlichen Gefährdungssituation aus. Dies wird vor allem bei akuten kriegerischen Ereignissen³⁰ oder Naturkatastrophen³¹ der Fall sein. So hat BVGer aufgrund der jeweils aktuellen, allgemeinen Lage die grundsätzliche Gefährdungssituation in Syrien oder in deren Teilen bestätigt.³²

b. **individuelle Gefährdungssituation**

Abgesehen von der allgemeinen Lage in Herkunftsland kann die Gefährdung durch spezifische, individuelle Eigenschaften begründet werden.³³ Die gesuchstellende Person muss darlegen können, dass sie sich im Unterschied zu anderen, sich in ähnlicher Lage befindlicher Personen, in einer besonderen, individuellen Notlage befindet, die ein behördliches Eingreifen zwingend

²⁷ BVGE 2015/5 vom 10. Februar 2015, E. 4.1.3.

²⁸ Die Ausstellung eines VrG soll nicht aus Ausgleich für vergangenes Unrecht dienen: BVGer F-996/2016 vom 13. März 2017, E. 8.6.

²⁹ BVGer E-2673/2015 vom 1. Juni 2015, E. 4.2: „Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs beinhaltet zudem die Pflicht der Behörden, die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen sorgfältig und ernsthaft zu prüfen und in der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen (Art. 32 Abs. 1 VwVG).“

³⁰ BVGer E-271/2015 vom 18. Mai 2015, E. 6.6.

³¹ Supra, Anm. 24.

³² In BVGer F-1596/2017 vom 1. September 2017 wurden Teile des Stadt Aleppo als relativ sicher bezeichnet; E. 9.3; im Urteil E-6092 vom 3. September 2015 entschied das BVGer, dass die Sicherheitslage in einer bestimmten Region Syriens überprüft werden soll; E. 4.5.3.

³³ BVGer E-6232/2014 vom 20. August 2015, E. 6.6.6.

erforderlich macht.³⁴ Es kann sich dabei um ernsthafte gesundheitliche Probleme³⁵, Zugehörigkeit zu einer Minderheit³⁶ oder eine bestimmte Risikogruppe handeln. In der Rechtsprechung des BVGer³⁷ wurden folgende Personenkreise, die auch nach Beendigung des Bürgerkriegs in Sri-Lanka im konkreten Fall und unter bestimmten Voraussetzungen als besonders der Verfolgungsgefahr ausgesetzt werden können, definiert:

- Journalisten und andere in der Medienbranche tätige Personen,³⁸
- Opfer und Zeugen von Menschenrechtsverletzungen,³⁹
- Personen die verdächtigt werden, mit den LTTE in Verbindung zu stehen beziehungsweise gestanden zu sein,⁴⁰
- politische Anhänger des Ex-Generals Fonseka,⁴¹
- Frauen,⁴²
- Kinder.⁴³

Die zuständige Behörde ist also zu einer vertieften Klärung der Fragen verpflichtet, ob sich die betreffende Person in einer solchen besonderen Notsituation befindet, respektive ob sie der Gefahr einer Rückschiebung in den Verfolgungsstaat ausgesetzt wäre.⁴⁴ Allerdings muss sich die Gefährdung gegen die Rechtsgüter Leib und Leben richten.⁴⁵ Ein potenzielles Risiko, in einer Hafteinrichtung für illegal eingereiste MigrantInnen untergebracht zu werden, entspricht dieser Anforderung nicht.⁴⁶

c. hinreichende Schwere

In besonderen Fälle, kann auch dann ein VrG ausgestellt werden, wenn keine grundsätzliche oder individuelle Gefährdung festgestellt wurde, beispielsweise dann, wenn:

³⁴ Das behördliche Eingreifen wird dann als nicht zwingend erforderlich angesehen, wenn die individuelle Notlage durch andere Mittel überwunden werden kann. Dazu zählt etwa die Präsenz von Hilfsorganisationen oder eine mögliche Unterstützung seitens anderer Personen. Vgl. BVGer D-2994/2015 vom 29. Juni 2015 E. 7.2.3.

³⁵ Die betreffende Person muss dringend auf medizinische Hilfe angewiesen sein, welche sie in der Heimat- bzw. Herkunftsland nicht bekommen kann; BVGer E-2770/2015 vom 10. Juni 2015, E. 6.2.

³⁶ BVGer E-835/2015 vom 9. Juni 2015; BVGer E-4169/2015 vom 3. Dezember 2015, E. 7.2.3.

³⁷ BVGE 2011/24 vom 27. Oktober 2011, E. 7.7 ff.

³⁸ Ibid. E. 8.3; BVGer E-6862/2013 vom 31. Dezember 2013, E. 6.3.

³⁹ Supra, Anm. 37, E. 8.3.

⁴⁰ Ibid. E. 8.1.

⁴¹ Ibid.; Aufgrund der Lage in Sri-Lanka wurden diese Personen in einem späteren Urteil des BVGer, in E-870/2015 vom 2. März 2016, als nicht mehr der staatlichen Verfolgung ausgesetzt eingestuft (E. 10.2).

⁴² Ibid. E. 8.3.1.

⁴³ Ibid. 8.3.2.

⁴⁴ Siehe dazu Punkt 6 e.

⁴⁵ Siehe u.a. BVGer D-5815/2014 vom 11. Februar 2015, E. 4.5.

⁴⁶ Siehe BVGer E-4938/2014 vom 17. Februar 2015, E. 6.10.1.

„ein Grund vorliegt, der in seiner Schwere und Tragik vergleichbar ist mit den in der Weisung humanitäres Visum angeführten Gründen.“⁴⁷

Stellt somit das SEM eine Situation fest, die von hinreichender Schwere gekennzeichnet ist, kann ein VrG ausgestellt werden.⁴⁸

d. Asylunwürdigkeit

Ein Visum aus humanitären Gründen kann ausserdem, trotz der unmittelbaren Gefährdung, verweigert werden, wenn die betroffene Person sich wegen verwerflicher Handlungen als asylunwürdig im Sinne des Art. 53 AsylG erwiesen hat.⁴⁹

e. Vermutung des sicheren Drittstaates

Die in der Weisung humanitäres Visum formulierte widerlegbare Regelvermutung wurde der bisherigen Praxis beim Auslandsverfahren entnommen.⁵⁰ Diese besagt, dass sobald eine Person sich in einem Drittstaat befindet, sie nicht mehr gefährdet ist. Dies ist ein Ausdruck des subsidiären Charakters der Aufnahme von aus einem Drittstaat aus asylsuchenden Personen.⁵¹ In anderen Worten kann die Schutzmassnahme in Form einer Einreisebewilligung erst dann zur Anwendung kommen, wenn keine andere Schutzmöglichkeit zur Verfügung steht und einzig das Eingreifen der schweizerischen Behörden die unmittelbare Gefährdung verhindern kann. Laut BVGer ist die zuständige Behörde auf jeden Fall verpflichtet, die individuellen Umstände zu prüfen, die zu Widerlegung der Vermutung des sicheren Drittstaats führen können:

„Da sich der Beschwerdeführer aktuell in (...) einem Drittstaat befindet, wäre zudem zu prüfen, ob - wie vom SEM angenommen - gemäss erwähnter Regelvermutung (...) dort keine Gefährdung mehr bestünde.“⁵²

Die erstinstanzliche Behörde ist somit durch den Untersuchungsgrundsatz gebunden *„nach allen Elementen zu forschen (...), die zugunsten der gesuchstellenden Person sprechen.“⁵³* So wurde die Lage tamilischer Asylsuchenden in Thailand, trotz der ruhigen allgemeinen Lage im

⁴⁷ BVGer D-4482/2015 vom 11. März 2016, E. 7.5.

⁴⁸ Siehe dazu BVGer E-1474/2015 vom 2. April 2015; E. 7.3.3: *„Angesichts ihres prekären Gesundheitszustands wäre der Mutter des Gesuchstellers ein Aufenthalt in der Türkei nicht zumutbar. Einzige Möglichkeit eines (allenfalls letzten) Wiedersehens bildet die Zusammenkunft in der Schweiz.“*; BVGer F-6648/2016, E. 6.3.

⁴⁹ Siehe dazu: BVGer E-3011/2014 vom 25. Juni 2014, E. 8.2 ff; BVGer E-5611/2014 vom 30. Juni 2014, E. 9.2; BVGer E-1875/2015 vom 11. Mai 2015 E. 6.1; BVGer D-7397/2014 vom 25. Juni 2015, E. 7.3; allgemein zur Asylunwürdigkeit siehe: FREI, S. 226 ff.

⁵⁰ Siehe BVGE 2011/10 vom 12. Mai 2011, E. 5.2.

⁵¹ Vgl. BVGer D-6629/2015 vom 3. März 2016, E. 6.1; BVGer D- 5860/2012 vom 26. November 2012, E. 5.2 (m.H.).

⁵² BVGer D-1395/2016 vom 3. Mai 2016, E. 2.8.

⁵³ Ibid. E. 3.1.

Land, als bedrohlich eingestuft. Begründet wurde es zum einem mit der Behandlung aller Asylsuchenden und Flüchtlinge als illegale MigrantInnen, zum anderen durch die Tatsache, dass Thailand nicht Vertragspartei der FK sei „und (...) das Non-Refoulement-Gebot bei der Ausschaffung insbesondere tamilischer Asylsuchenden [missachte], auch wenn diese beim UNHCR registriert seien.“⁵⁴ Das Risiko, in den Verfolgerstaat zurückgewiesen zu werden, bedeutet, dass der Drittstaat keinen effektiven und dauernden Schutz vor Verfolgung gewährleistet.⁵⁵

Ergänzend kann auf die Rechtsprechung des BVGer verwiesen werden, wonach ein kurzer Besuch in einem Nachbarland einzig wegen der Vorladung der Botschaft und der sofortigen Rückkehr (mangels eines legalen Aufenthaltsstatus und finanzieller Ressourcen) weder als ein andauernder Aufenthalt in einem Drittstaat noch als eine Schutzgewährung durch diesen Drittstaat angesehen werden kann.⁵⁶

Sollte demnach eine Person den Verfolgerstaat verlassen, um einen Visum-Antrag zu stellen, kommt die Vermutung auf, dass sie nicht mehr gefährdet wäre, es sei denn:

- der Besuch diene einzig dem Zweck, einen Visums-Antrag zu stellen;
- der Drittstaat bietet keinen effektiven und dauernden Schutz vor Verfolgung.

7. Visa-Vergabe an syrische Staatsangehörige durch die Schweiz

Aufgrund der sich verschärfenden Lage in Syrien zwischen September und November 2013 konnten syrische Staatsangehörige mit Familienangehörigen in der Schweiz im Rahmen der Spezialweisung vom 4. September 2013 „Erleichterte Erteilung von Besucher-Visa für syrische Familienangehörige“ ein humanitäres Visum beantragen (*Weisung Syrien I*).⁵⁷ Dies richtete sich an Personen, die aufgrund des Krieges gezwungen waren, Syrien zu verlassen. Diese Personen waren nicht verpflichtet, ihre persönliche und unmittelbare Gefährdung darzulegen. Am 4. November 2013 erliess das SEM *Erläuterungen zur Weisung vom 4. September 2013 über die erleichterte Erteilung von Besucher-Visa für syrische Familienangehörige*.⁵⁸ Durch

⁵⁴ Ibid. 3.2; siehe auch BVGer F-6648/2016 vom 16. August 2017, E. 6.2.1.

⁵⁵ Auch in Jordanien wurde die Lage der palästinensischen Flüchtlingen aus Syrien als besonders prekär bezeichnet: BVGer E-1209/2014 vom 14. Juli 2014, E. 7.5.

⁵⁶ Siehe dazu BVGer E- 271/2015 vom 18. Mai 2015, E. 6.5.2; BVGer D-1899/2015 vom 27. Juli 2015, E. 6.6.2; BVGer D-377/2015 vom 28. August 2015, E. 6.7.2; BVGer D-611/2016 vom 25. Mai 2016, E. 6.3.6.

⁵⁷ <https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/rechtsgrundlagen/weisungen/auslaender/einreise-ch/20130904-weis-SYR-d.pdf>.

⁵⁸ <https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/rechtsgrundlagen/weisungen/auslaender/einreise-ch/20131104-erlaeut-weis-SYR-d.pdf>.

diese Erläuterungen wurden die Voraussetzungen zur Erteilung eines humanitären Visums geändert. Am 29. November 2013 schliesslich wurden die Erleichterungen für syrische Staatsbürger mit sofortiger Wirkung aufgehoben.⁵⁹

Am 6. März 2015 beschloss der Bundesrat, in den nächsten drei Jahren maximal 3'000 Personen aus der syrischen Krisenregion Schutz in der Schweiz zu gewähren (Syrien II). Davon sollten 1'000 Schutzbedürftige ein humanitäres Visum erhalten, um sicher in die Schweiz einreisen zu können. Es handelte sich dabei um die engsten Familienangehörigen (Ehegatten und minderjährige Kinder) von Personen, die bereits in der Schweiz vorläufig aufgenommen sind.

Diese Massnahme erwies sich als effektiv und hat einer grossen Gruppe durch den Krieg betroffener Personen einen sicheren und legalen Weg in das Schutzverfahren in der Schweiz eröffnet. Es muss betont werden, dass es das erste und bislang grösste Visaprogramm für gefährdete Personen war, welches durch ein Schengen-Land durchgeführt wurde. Wichtiger Aspekt war das Abstellen auf eine Beziehung zur Schweiz: Durch die Anknüpfung an familiäre Bindungen zu Personen, die bereits in der Schweiz wohnhaft sind, könnte auch das Risiko einer irregulären sekundären Migration vermindert werden. Ein solches Risiko zu vermeiden liegt in der Verantwortung aller Schengen-Länder und ist eine der Grundvoraussetzungen der harmonischen Zusammenarbeit im Raum ohne Grenzkontrollen. Diese Massnahme als Antwort auf die sich zuspitzende Lage in Syrien wurde im Laufe der Zeit modifiziert und ergänzt, bis sie dann abrupt aufgehoben wurde. Die Änderungen, die während der Gültigkeit der *Weisung Syrien* vorgenommen wurden, sind notwendigerweise auf den experimentellen Charakter der Massnahme zurückzuführen. Dennoch hat die wesentliche Änderung der Regeln und allen voran der unangekündigte, sofortige Abbruch zu verständlichen Irritationen geführt.⁶⁰

Kritisiert wurde u. A. die Tatsache, dass nur in der Schweiz wohnhafte syrische Staatsbürger, die über eine Niederlassungsbewilligung (C) oder eine Aufenthaltsbewilligung (B) verfügten, oder die bereits eingebürgert wurden, ihre Familienmitglieder einladen konnten. Ausgenommen waren syrische Staatsbürger, die in der Schweiz nur vorläufig aufgenommen waren. Auch diese Differenzierung beurteilte das BVGer aber als begründet und mit dem Gebot der Rechtsgleichheit vereinbar:

„So sind vorläufig aufgenommene Flüchtlinge aufgrund der Wegweisung aus der Schweiz grundsätzlich gehalten, die Schweiz zu verlassen. Ihr Anwesenheitsrecht in der

⁵⁹ <https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/rechtsgrundlagen/weisungen/auslaender/einreise-ch/20131129-weis-SYR-d.pdf>.

⁶⁰ Dies wurde ausführlich im Bericht des Schweizerischen Roten Kreuzes „Tätigkeiten des Schweizerischen Roten Kreuzes zur Unterstützung von Personen syrischer Herkunft, die ein Visum für die Schweiz beantragen. Evaluation, Analyse und Empfehlungen für das SRK und Schweizer Behörden“ vom September 2015 dargelegt; <https://www.redcross.ch/de/file/16841/download>.

Schweiz beruht somit lediglich auf einer Nichtvornahme des Vollzugs aufgrund völkerrechtlicher Verpflichtung, während bei einer B- oder C-Bewilligung eine « positive » Erlaubnis zum Aufenthalt besteht.“⁶¹

Diese Auffassung ist insofern problematisch, als diese Personen *faktisch*, mangels Alternative der Weiterwanderung in Drittstaaten, ein Aufenthaltsrecht haben und ihnen zudem die Rechte aus der Flüchtlingskonvention zustehen. Als fraglich erscheint auch die Begrenzung der Massnahme auf die in der Schweiz wohnhaften *syrischen* Staatsbürger. Entweder wollte man den Kreis der potentiell begünstigten Personen genauer und enger umfassen oder ging man von der Annahme aus, dass Personen mit anderen Staatsangehörigkeiten keine Familie in Syrien haben könnten.

Obwohl verschiedene Einzelheiten der Aktion durchaus kritisch betrachtet werden dürfen, sollte dennoch die Möglichkeit eines erleichterten Zugangs zum Visa-Verfahren für die durch den Krieg in Syrien betroffenen Personen angesichts der dramatischen Lage als positiv beurteilt werden.

8. Das *X und X* Urteil des EuGH

Am 7. März 2017 entschied der EuGH über die Vergabe von Visa mit beschränkter territorialer Gültigkeit an Personen, die einen internationalen Schutz in Anspruch nehmen wollen.⁶² Die Entscheidung in der Sache *X und X*, die durch mehrere Mitgliedstaaten und die EU-Kommission unterstützt wurde, hat auch für die Schweizer Praxis wichtige Folgen, wie unten aufgezeigt wird.

Zusammengefasst entschied der EuGH, dass einer Person, die ein Visum beantragt, um nach der Einreise einen Antrag auf internationalen Schutz (Asyl) zu stellen, kein Schengen-Visum ausgestellt werden darf. Ein solcher Visumsantrag könne nicht als ein Antrag auf ein Schengen-Visum eingestuft werden, dies selbst dann, wenn die betroffene Person einen Schengen-Visumsantrag stellt und sich direkt auf den Art. 25 SVK berufen würde.

Die Frage, ob ein Schengen humanitäres Visum eine sichere Einreise für Asylsuchende ermöglichen könnte, wurde mit dem Urteil *X und X* somit klar verneint. Die Urteile des EuGH sind für die EU-Mitgliedstaaten rechtlich verbindlich.

⁶¹ BVerfGE 125, 2872/2014 vom 2. Oktober 2015; E. 6.3.

⁶² Siehe im Übrigen auch die Schlussanträge des Generalanwalts Paulo Mengozzi vom 7. Februar 2017 (E-CLI:EU:C:2017:93.), der einen Anspruch auf die Einräumung einer humanitären Einreisemöglichkeit anerkannt hatte; E. 47.

Die Absicht, länger als 90 Tage im Schengenraum zu bleiben, ist für die Frage entscheidend, ob der SVK Anwendung findet. Im Übrigen dürfen allerdings Schengen-Länder die Einreise von schutzbedürftigen Personen *auf nationaler Basis* regeln, da die EU keine Rechtsakte auf der Grundlage des Art. 79 Abs. 2 Bst. a AEUV erlassen hat. Mit anderen Worten: die im Art. 25 SVK vorgesehene Ausnahme erlaubt den Schengen-Ländern nur dann von bestimmten Einreisevoraussetzungen abzusehen und ein VrG auszustellen, wenn der geplante Aufenthalt die 90 Tage nicht überschreiten soll (in jedem Zeitraum von 180 Tagen).

Dieses Urteil, das vollumfänglich im Widerspruch zu den Vorschlägen des Generalanwalts steht, weckt auch in Bezug auf die Praxis der Kommission in anderen Bereichen Zweifel. Zum einen weist die EU-Kommission bei der sog. Freizügigkeitsrichtlinie die Mitgliedstaaten an, den visumpflichtigen Familienangehörigen eines Unionsbürgers, die ihn begleiten oder ihm in einen anderen EU-Staat nachziehen, ein Einreisevisum für Kurzaufenthalte auszustellen. Dies gilt auch dann, wenn die Person die Absicht hat, sich in diesem Land niederzulassen. Zum anderen: sollte der SVK ausschliesslich für die geplanten Aufenthalte von höchstens 90 Tagen innerhalb von 180 Tagen anwendbar sein, so wäre der Vorschlag der EU-Kommission über ein Rundreise-Visum mit diesem Grundsatz nicht vereinbar.⁶³ In beiden erwähnten Fällen soll ein Schengen-Visum an Personen ausgestellt werden, die länger als 90 Tage im Schengen-Raum bleiben wollen.

9. Auswirkungen für die Schweiz

Es stellt sich die Frage, inwieweit die Schweiz als ein Schengen-assoziiertes Land eine abweichende Auslegung des Art. 25 VSK begründen könnte. Der Schweizerische Bundesrat hat in seiner Botschaft an das Parlament zur Frage der Auslegung und Anwendung des Schengen-Besitzstandes Folgendes ausgeführt:

„Die Vertragsparteien sind in der Auslegung und Anwendung des Schengen/Dublin-Besitzstands grundsätzlich autonom. Es liegt jedoch in ihrem Interesse, dass die Schengen- und die Dubliner Regeln von beiden Seiten gleich ausgelegt und angewendet werden.“⁶⁴

⁶³ „Rundreise-Visum“ ist eine von einem Mitgliedstaat erteilte Genehmigung für einen geplanten Aufenthalt im Hoheitsgebiet von zwei oder mehr Mitgliedstaaten für eine Dauer von mehr als 90 Tagen in einem Zeitraum von 180 Tagen. Vorschlag für eine Verordnung der Europäischen Parlaments und des Rates über die Einführung eines Rundreise-Visums und zur Änderung des Übereinkommens zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen sowie der Verordnungen (EG) Nr. 562/2006 und (EG) Nr. 767/2008 /* COM/2014/0163 final - 2014/0095 (COD) */. Art. 3 Abs. 2.

⁶⁴ Botschaft Bilaterale II; S. 6134.

EPINEY U.A. schreiben zwar, dass es „keine, direkte, ausdrückliche „Übernahmepflicht“ der Rechtsprechung des EuGH“ gäbe, gleichwohl kommen sie im Ergebnis dazu, dass eine grundsätzliche Pflicht, die einschlägigen Urteile des EuGH zu beachten, dennoch bestehe.⁶⁵ CORNU vertritt auch die Meinung, dass die schweizerischen Behörden und Gerichte die Kompetenz besitzen, Schengenrecht anzuwenden und selbst auszulegen. Gleichzeitig betont sie aber auch, dass es für alle teilnehmenden Staaten von grosser Bedeutung sei, die möglichst ähnliche Auslegung und Ausführung herzustellen.⁶⁶ WÜGER entwickelt dieses Homogenitätsprinzip weiter und umschreibt es als „Einhaltung gleicher Regeln“.⁶⁷ Auch er kommt zum Ergebnis, dass sich eine Berücksichtigungspflicht der Rechtsprechung des EuGH aus der Zielsetzung des Abkommens heraus interpretieren liesse.

Es kann also festgehalten werden, dass obwohl das SAA die Schweiz weder ausdrücklich noch direkt zur Übernahme der Auslegung des EuGH verpflichtet, die Schweiz dennoch angehalten ist, eine möglichst einheitliche Anwendung der gemeinsamen Normen zu gewährleisten.⁶⁸ Dies bedeutet, dass die Schweiz von der Rechtsprechung des EuGH nicht ohne zwingenden Grund abweichen sollte. Ähnlich wurde es vom Bundesrat auch in der Botschaft zu den Bilateralen II kommuniziert:

„Weichen Auslegung und Anwendung des Schengen/Dublin-Besitzstands durch die schweizerischen Gerichte und Behörden wesentlich von derjenigen durch den EuGH bzw. die zuständigen Behörden der EU-Mitgliedstaaten ab und können sich die Vertragsparteien diesbezüglich im Gemischten Ausschuss nicht einigen, so kann auch dies die Beendigung des betreffenden Abkommens zur Folge haben.“⁶⁹

10. Rechtsprechung des BVGer

Zuerst soll die entscheidende Rolle des BVGer im Bereich der Visa Praxis erläutert werden. Gemäss Art. 31 VGG entscheidet das BVGer über Beschwerden gegen Verfügungen und Einspracheentscheide des SEM aufgrund deren die Erteilung eines Visums verweigert wurde. Eine solche Entscheidung ist endgültig. Laut Art. 49 des VwVG verfügt das BVGer in einem solchen Fall über eine umfassende Kognition, indem es die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes sowie die Unangemessenheit prüfen kann. Insofern stellt das BVGer durch seine Rechtsprechung Rahmenbedingungen, an welche sich die Visa-Praxis des SEM zu halten hat. Seit der Abschaffung des Auslandsverfahrens findet man

⁶⁵ EPINEY U. A.; S. 176.

⁶⁶ CORNU; S. 241.

⁶⁷ WÜGER; S. 128 ff.

⁶⁸ Siehe auch BVGE 2014/1, E. 4.1.2 mit Hinweisen.

⁶⁹ Botschaft Bilaterale II; S. 6125.

in der Entscheiddatenbank des BVGer⁷⁰ 303 Urteile, die sich mit der Problematik humanitäres Visum auseinandersetzen.⁷¹ In 33 Fällen entschied das BVGer zugunsten der BeschwerdeführerInnen, was einer Quote von 11% entspricht.

Zur Auslegung des EuGH im Urteil *X und X* äusserte sich das BVGer zuerst nicht: in den Entscheidungen vom 13., 21., 27. März sowie vom 3. April 2017 wurde die bisherige Praxis des SEM weiterhin bestätigt. Erst im Urteil vom 2. Mai 2017 wurde auf die neue Auslegung des EuGH verwiesen.⁷² Das Gericht stellte jedoch fest, dass das *X und X* Urteil der schweizerischen Praxis gestützt auf Art. 2 Abs. 4 VEV nicht entgegenstehe.⁷³ Vielmehr hätte, so das BVGer, der EuGH die Autonomie jedes Schengen-Staates zur Festlegung von Kriterien für die Einreise von Personen, die internationalen Schutz in Anspruch nehmen wollen, bestätigt. In diesem Sinne und bis zur möglichen Anpassung des rechtlichen Rahmens, stellten Art. 5 und 6 AuG sowie die VEV eine ausreichende Rechtsgrundlage für die Ausstellung von Visa an jene Personen dar, die einen Schutz im Sinne des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge⁷⁴ in Anspruch nehmen wollten (E. 4.9). Das Gericht räumte also den Behörden die Möglichkeit ein, die bisherige Praxis weiterzuführen, wenngleich eine nicht näher konkretisierte rechtliche Anpassung in Aussicht gestellt wurde. Im nächsten Urteil vom 19. Juni 2017 wurden die Erwägungen im *X und X* Urteil des EuGH noch umfassender einbezogen.⁷⁵

Das BVGer bestätigte darin die grundsätzliche Berücksichtigungspflicht der Rechtsprechung des EuGH durch schweizerische Gerichte, betonte aber gleichzeitig, dass die Bestimmung der Voraussetzungen zur Vergabe von humanitären Visa an Asylsuchende in der nationalen Kompetenz liege.⁷⁶ Konkret heisst dies, dass sich die schweizerischen Behörden bei der Vergabe von humanitären Visa nicht auf das Schengenrecht berufen dürfen.⁷⁷

⁷⁰ <https://www.bvger.ch/bvger/de/home/rechtsprechung/entscheiddatenbank-bvger.html>.

⁷¹ Eine Liste mit den entsprechenden Urteilen ist als Anhang beigefügt.

⁷² BVGer F-5790/2016 vom 2.05.2017.

⁷³ Ibid., E. 4.9 „la giurisprudenza europea appena citata non impedisce alla Svizzera di continuare ad applicare la prassi in materia di visti con territorialità limitata per motivi umanitari sviluppata in funzione dell'art. 2 cpv. 4 OEV“.

⁷⁴ SR 0.142.30.

⁷⁵ BVGer F-7298/2016 vom 19. Juni 2017.

⁷⁶ Ibid., E. 4.1.: „Dans la mesure où la Suisse tient, en principe, compte de la jurisprudence de l'Union européenne, il résulte de ce qui précède que les conditions pour l'octroi d'un « visa humanitaire » en vue de déposer une demande d'asile en Suisse relève de la seule législation suisse.“

⁷⁷ Ibid., E. 4.3.: „Au vu de la jurisprudence précitée de la CJUE, il apparaît que la pratique développée par le législateur suisse pour délivrer des visas humanitaires ne peut plus s'appuyer sur la notion retenue à l'art. 2 al. 4 OEV, en ce sens qu'elle renvoie à la notion de visa à validité territoriale limitée telle que définie à l'art. 25 Par. 1 du Code des visas.“ Nebenbei soll bemerkt werden, dass sich Art. 2 Abs. 4 VEV nicht auf den Begriff des VrG nach Art. 25 SVK beruft sondern auf eine Ausnahmeregelung nach dem SGK – siehe oben Ziff. 5.

Von grosser praktischer Bedeutung ist die Feststellung, dass die bisherige Praxis der Vergabe von humanitären Visa an Asylsuchende weitergeführt werden darf, bis der schweizerische Gesetzgeber eine Lösung findet, um die durch die Auslegung des EuGH entstandene Lücke zu schliessen.⁷⁸

Das BVGer entschied zudem, dass die in der *Weisung humanitäres Visum* dargelegten Kriterien weiterhin in Kraft bleiben und angewandt werden dürfen. Im Falle einer positiven Entscheidung soll die Auslandsvertretung nach der Bewilligung von SEM ein nationales Visum ausstellen:

„Un visa (national) pour des motifs humanitaires peut ainsi être délivré si, dans un cas d'espèce, la vie ou l'intégrité physique d'une personne sont directement, sérieusement et concrètement menacées dans son pays d'origine ou de provenance.“⁷⁹

Das darauffolgende Urteil des BVGer vom 10. Juli 2017 bestätigte diese Auslegung, enthielt gleichzeitig zwei interessante Ergänzungen. Erstens solle ein humanitäres Visum nicht nur auf nationaler Basis ausgestellt werden, sondern gleichzeitig auf das Territorium der Schweiz begrenzt werden. Zweitens enthielt das Urteil die Feststellung, wonach das BVGer dadurch ein neues Visum erschaffen habe.⁸⁰

*„Die sich daraus ergebende Lücke füllte das Bundesverwaltungsgericht in einem neusten Grundsatzurteil dahingehend aus, dass es bis zu entsprechenden Massnahmen des Gesetzgebers zum gleichen Zweck und unter unveränderten inhaltlichen Voraussetzungen **eine neue Kategorie humanitärer nationaler Visa schuf, die nur für das Territorium der Schweiz gelten.**“ [Hervorhebung durch den Verfasser]*

In einem weiteren Urteil des BVGer wurde diese Praxis erneut bestätigt:⁸¹

„Il a toutefois considéré que cette décision ne remettait pas fondamentalement en question l'analyse effectuée jusqu'alors par la Suisse. En effet, il a rappelé que le législateur avait expressément voulu donner la possibilité aux personnes réellement menacées de pouvoir continuer à bénéficier de la protection de la Suisse, de sorte que, dans de telles circonstances, leur entrée en Suisse pouvait être autorisée par l'octroi d'un visa selon une procédure simple (...). En effet, le droit suisse (savoir la LEtr et l'OEV) contient une base légale suffisante et ad hoc pour examiner si les conditions d'octroi d'un visa national à validité territoriale limitée sont réalisées dans le cas d'espèce.“

⁷⁸ Ibid., E. 4.3.

⁷⁹ Ibid., E.4.4.

⁸⁰ BVGer F-3748/2016 vom 10. Juli 2017, E.4. (im in der Entscheiddatenbank publizierten Urteil fälschlicherweise mit 2. Mai 2017 datiert).

⁸¹ BVGer F-7998/2016 vom 17. Juli 2017, E. 4.3.

Auch wenn das BVGer keine gesetzgeberischen Kompetenzen besitzt, um beispielsweise ein neues Visum zu schaffen, so ergeben sich aus der neusten Rechtsprechung doch Lösungsvorschläge für die Weiterentwicklung der schweizerischen Praxis.

11. Lösungsvorschläge

Angesichts der jüngsten Rechtsprechung des BVGer kann nicht mehr die Rede sein von einer Abweichung in der Rechtsprechung im Sinne von Art. 9 Abs. 2 SAA. Das BVGer bestätigte zwar die Schweizer Praxis in Bezug auf die Ausstellung humanitärer Visa, stellte jedoch deren Schengen-rechtliche Grundlage in Frage. Die Schweiz darf demnach weiterhin humanitäre Visa ausstellen, bis der schweizerische Gesetzgeber die durch das *X und X* Urteil entstandene Lücke schliessen wird. Drei Lösungsvorschläge erschienen dabei als geeignet, diese Lücke zu schliessen.

a. Nationales Visum

Die erste Lösung richtet sich nach den Anforderungen, die das BVGer in Bezug auf die Ausstellung nationaler Visa aufgestellt hat. Ein solches nationales Visum „D“ soll 90 Tage gültig sein und territorial auf die Schweiz beschränkt werden. Bezüglich der Gültigkeitsdauer eines nationalen Visums, das zum Aufenthalt von mehr als 90 Tage führen soll, hält das SEM Folgendes fest:

„Die Gültigkeitsdauer für ein nationales Visum beträgt grundsätzlich maximal 90 Tage.“⁸²

Das SEM unterscheidet hier also zwischen einer bezweckten Aufenthaltsdauer und der Gültigkeitsdauer eines Visums.

Dadurch muss eine Person, die länger als 90 Tage in der Schweiz bleiben will, ein nationales Visum beantragen, das allerdings von einem Tag bis zu maximal einem Jahr gültig sein kann. Innerhalb der Gültigkeit dieses Visums muss dann ein über 90 Tage dauernder Aufenthalt bei einer zuständigen Behörde beantragt werden.

⁸² SEM, „Weisungen des Staatssekretariates für Migration für die Ausstellung nationaler Visa“, 7. Juli 2017, Nr. 1.3.5.

Auch wenn es möglich wäre, ein Visum D für 90 Tage auszustellen, so wäre eine territoriale Beschränkung grundsätzlich nicht realisierbar. Ein nationales Visum wird nämlich im Schengen-Recht einer Aufenthaltserlaubnis gleichgestellt und erlaubt es, sich im Schengenraum frei zu bewegen (Art. 5 I b, IV a SGK).⁸³

b. Einigung im Rahmen des Gemischten Ausschusses

Eines der Ziele der Schengen-Zusammenarbeit ist die Sicherstellung, dass Personen beim Überschreiten der Binnengrenzen nicht kontrolliert werden⁸⁴, im Weiteren die Beseitigung aller Hindernisse, damit der flüssige Verkehr an Strassenübergängen gewährt ist. Dies gilt sogar für Geschwindigkeitsbegrenzungen in Grenzregion, die nicht der Verkehrssicherheit dienen. Da die Schweiz der Zollunion nicht angehört, dürfen aber Warenkontrollen an den schweizerischen Grenzen durchgeführt werden, die zwangsläufig mit Personenkontrollen verbunden sein können.⁸⁵

Abgesehen von dem in der Praxis geringen Umfang dieser Kontrollen stellt alleine diese Möglichkeit eine potentielle Gefährdung des ungehinderten Verkehrs über die Binnengrenzen dar (so wie z. B. systematische polizeiliche Verkehrskontrollen im Grenzraum). Dennoch stand dieser Aspekt einer Assoziierung der Schweiz mit Schengen nicht im Wege.

Eine Assoziierung ist eine Beteiligungsform, die der Mitgliedschaft nicht gleichzustellen ist.⁸⁶ Sie erfordert dennoch einen hohen Grad an Harmonisierung, der für die Erreichung der Ziele der Assoziierung notwendig ist. Anders ausgedrückt: Abweichungen sind dann zulässig, wenn diese den Zielen der Assoziierung nicht im Wege stehen. Entsprechend könnte eine solche Abweichung in der Anwendung von Art. 25 SVK bezüglich humanitärer Visa in Frage kommen. Insbesondere, weil gerade bei dieser Regelung die Absicht des EU-Gesetzgebers zu erkennen ist, eine national/landesrechtlich orientierte Lösung den teilnehmenden Staaten zur Verfügung zu stellen. Ein solches Visum darf somit trotz Nichteinhaltung von einheitlichen Einreisevoraussetzungen ausgestellt werden. Dadurch erklärt sich auch die territoriale Begrenzung dieses Visums. Anders als beim einheitlichen Schengen Visum ist ein VrG kein transnationaler Verwaltungsakt, da es nur auf das schweizerische Staatsgebiet beschränkt ist.

⁸³ Ibid., Nr. 1.3.3; Als die italienischen Behörden im Jahre 2011 nationale Visa an nordafrikanische Migranten ausgestellt haben, führte es zu einer Krise mit Frankreich und zahlreichen Protesten anderer Schengen-Länder. Die EU-Kommission bezeichnete die Massnahme als Schengen konform jedoch gegen den Schengen „Spirit“. Siehe dazu: CARRERA U. A.

⁸⁴ Erwägungsgrund 1 SGK.

⁸⁵ Botschaft Bilaterale II: „Von der Assoziierung der Schweiz an Schengen nicht betroffen ist die Kontrolle des grenzüberschreitenden Warenverkehrs an der Zollgrenze zwischen der Schweiz und ihren Nachbarstaaten. Im Zusammenhang mit der Warenkontrolle sind aus Sicherheitsgründen auch Personenkontrollen zulässig, weil man bei kontrollierten Personen zuerst wissen will oder muss, um wen es sich handelt“; S. 6074.

⁸⁶ GOOD, S. 52.

Nach dem *X und X* Urteil müsste jedoch die Ausstellung von Schengen-Visa (VrG) an asylsuchende Personen als eine Abweichung im Sinne des Art. 9 Abs. 2 SAA angesehen werden.⁸⁷ Es stellt sich die Frage, ob diese Abweichung „wesentlich“ ist und ob sie durch „sachliche Gründe“ begründet werden könnte.⁸⁸

Sollte eine Abweichung in der Folge als wesentlich eingestuft werden, so müsste dies im Rahmen des Gemischten Ausschusses diskutiert werden. In einem entsprechenden Streitbeilegungsbeschluss könnte eine unterschiedliche Anwendung des Art. 25 SVK durch die Vertragsparteien zugelassen werden.⁸⁹ Eine solche Lösung könnte durch drei Überlegungen gestützt werden: Erstens entspricht sie der schweizerischen humanitären Tradition. Zweitens erlaubt, anders als ein nationales Visum, das VrG nicht, das Gebiet der Schweiz zu verlassen. Drittens hätte die abweichende Anwendung des SVK durch die Schweiz im Bereich von humanitären Visa keine Folgen für die anderen Schengen-Länder und für das ordnungsgemässe Funktionieren des gemeinsamen Raumes ohne Grenzkontrollen. Eine solche Einigung im Rahmen des Gemischten Ausschusses könnte durchaus als die vom BVGer geforderte „Schliessung der Lücke“ angesehen werden. Dazu muss allerdings festgehalten werden, dass sich sowohl die EU-Kommission als auch die grosse Mehrheit der EU-Mitgliedstaaten gegen die Einführung der Visa für Asylsuchende in das SVK geäussert haben.⁹⁰

12. Eine europäische Lösung

Das *X und X* Urteil hatte auch Konsequenzen für die laufende Reform des SVK. Die durch das Europäische Parlament vorgeschlagene Anpassung des Art. 25 kommt nicht weiter in Frage.⁹¹ Dennoch besteht die theoretische Möglichkeit, dass die Europäische Kommission im Rahmen des Art. 79 Abs. 2 Buchst. a AEUV einen Rechtsakt erlassen wird „*der die Voraussetzungen betrifft, unter denen die Mitgliedstaaten Drittstaatsangehörigen aus humanitären Gründen Visa*

⁸⁷ Das SAA differenziert zwischen der Anwendung des Schengen-Rechts durch Behörden und dessen Auslegung durch Gerichte.

⁸⁸ BVGer C 4524/2012 vom 3. November 2014; Ziff. 4.1.2.

⁸⁹ Supra, Anm. 86, S. 260.

⁹⁰ Siehe dazu die Stellungnahme der EU-Präsidenschaft Nr. 14213/16 vom 14. November 2016. <http://www.statewatch.org/news/2016/nov/eu-council-code-visas-14213-16.pdf>.

⁹¹ Weil ein Schengen-Visum nicht für asylsuchende Personen ausgestellt werden kann muss der vorgeschlagene Verweis auf die Genfer Flüchtlingskonvention gestrichen werden. Siehe dazu: *Bericht des Ausschusses für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres des Europäischen Parlaments vom 25. April 2016 über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über den Visakodex der Union, A8-0145/2016*, E. 95.

oder Aufenthaltstitel für einen langfristigen Aufenthalt erteilen.“⁹² Auch wenn eine solche Lösung nicht auszuschliessen ist, so lässt die aktuelle Unstimmigkeit unter den EU Ländern in der Flüchtlingspolitik diese Option als wenig realistisch erscheinen.⁹³

13. Würdigung

Die Einführung von nationalen humanitären Visa erscheint als die einfachste Lösung, da sie in der alleinigen Kompetenz der Schweiz zu erreichen wäre, die im Sinne der Rechtsprechung des BVGer und unter der Berücksichtigung der Auslegung des EuGH liegen würde. Eine solche Lösung wurde auch explizit von der EU-Kommission befürwortet.⁹⁴

a. humanitäres Visum für Langzeitaufenthalte

Auf der Basis der Rechtsprechung des BVGer könnte ein nationales Visum für Personen eingeführt werden, die einen Schutz vor asylrechtlicher Verfolgung suchen. Dieses Vorgehen würde allerdings nicht nur die Anpassung von relevanten Vorschriften verlangen, sondern gleichzeitig die Ausarbeitung neuer Antrags- und Ablehnungsformulare, die die Gründe für die Erteilung von humanitären Visa enthalten. Die in einem Antragsformular enthaltenen Angaben sollten es ermöglichen, die individuelle Gefährdung der betroffenen Person sowie eventuelle alternative Schutzmöglichkeiten zu prüfen. Gleichzeitig müssten der antragstellenden Person die Ablehnungsgründe möglichst klar mitgeteilt werden. Die bisherige Praxis der Ablehnung durch das Standardformular wurde durch das BVGer nicht ohne Grund als „sehr rudimentär“ bezeichnet.⁹⁵ Auch das Beantragungsverfahren könnte sich mehr an der tatsächlichen Ge-

⁹² X und X v État belge; E. 44; auch betont durch das BVGer im F-1866/2016 vom 24. Juli 2017, E. 4.3.

⁹³ Supra, Anm. 90.

⁹⁴ Antwort der EU-Kommission vom 10. Dezember 2015 auf die Anfrage des Verfassers: „The Commission is aware that Switzerland has a long standing tradition of helping people in need of international protection and appreciates the efforts made by all Member States, as well as the associated countries which offer safe alternatives for persons in need or protection. At the same time the Commission is of the view that Regulation 810/2009 (the Visa Code) is not the right instrument for addressing this matter. The Visa Code, which lays down the rules for issuing short stay, Schengen visas, uses the notion "humanitarian" in some provisions. For example, in cases where the applicant does not fulfill the entry conditions (e.g. already stayed longer than 90 days in the respective 180-day period), it is still possible to issue visas for "humanitarian reasons", e.g. the applicant needs to travel urgently because of a serious illness of a close family member living in the Schengen area. However, it was never the intention of the legislators to use these provisions to issue visas to persons in need of protection. Persons in need of protection do not intend to come for short stays but for stays going beyond 90 days/180 days. Therefore, short stay Schengen visas should not be issued in those cases (cf. Article 1(1) [Objective and scope] of the Visa Code) but rather long stay visas and/or residence permits on the basis of national law of the Schengen/EU Member States.“

⁹⁵ BVGer D-2872/2014 vom 10. Februar 2015, E. 6.2.

währleistung des Schutzes ausrichten unabhängig von der geografischen Präsenz der schweizerischen Auslandsvertretungen. Ein solches Visa-Verfahren sollte in einer angemessenen Weise dazu dienen, die unbegründeten Anträge zu eliminieren, sowie gleichermassen die begründeten zu unterstützen. Schliesslich handelt es sich um ein Schutzprogramm für gefährdete Menschen, unabhängig davon, ob in dem Land, wo sie wohnen, eine schweizerische Vertretung zugänglich ist oder ob dieser Staat mit der Schweiz diplomatische Beziehungen pflegt.⁹⁶ Ein Online- oder Briefantrag kann durchaus in Erwägung gezogen werden, um die humanitäre Aufgabe dieses Visums zu erfüllen. Im Gegensatz zu den Schengen-Visa muss ein Antrag auf ein nationales Visum nicht persönlich eingereicht werden.⁹⁷ Eine solche Möglichkeit wurde auch durch den Bundesrat in der Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes in Aussicht gestellt.⁹⁸

b. humanitäres Visum für Kurzaufenthalte

Gleichzeitig könnte die Praxis bezüglich humanitärer Visa für Kurzaufenthalte aus humanitären Gründen gemäss Art. 25 SVK weitergeführt werden. Dies allerdings in Anlehnung an das Verfahren wie folgt:

- a. eine Person stellt einen Antrag auf ein Schengen-Visum;
- b. die Auslandsvertretung prüft die Voraussetzungen;
- c. bei Erfüllen stellt sie ein einheitliches Visum aus;
- d. bei nicht-Erfüllen verweigert sie die Ausstellung;
- e. oder, wenn sie es aus humanitären Gründen für notwendig hält, stellt sie ausnahmsweise nach Absprache mit dem SEM (bzw. EDA) ein VrG aus.⁹⁹

Die Zwecke für die Ausstellung solcher Visa werden in den Erläuterungen, die den Statistiken des SEM beigefügt sind, exemplarisch wie folgt ausgeführt:

⁹⁶ Siehe auch BVGer D-611/2016 vom 25. Mai 2016, E. 6.3.6. „Es gibt jedenfalls keine Hinweise für die Annahme, der Verordnungsgeber hätte beabsichtigt, gerade syrische Staatsangehörige faktisch vom Verfahren zur Erlangung humanitärer Visa auszuschliessen weil für die Behandlung des Antrags in einen Drittstaat gereist werden muss und der Aufenthalt dort in der Regel ein starkes Argument gegen die Erteilung eines solchen Visums darstellt“.

⁹⁷ Siehe dazu Weisungen des Staatssekretariates für Migration für die Ausstellung nationaler Visa, Ziff. 2.2.4.1. und SVK Art. 10 Abs. 1.

⁹⁸ BBl 2010 4490; „Die betroffene Person oder ihre Vertretung können auf der zuständigen schweizerischen Auslandsvertretung einen schriftlichen Visumantrag einreichen, in dem sie die Gründe für eine Einreise in die Schweiz mittels eines Visumantragsformulars geltend machen. Eine formelle Anhörung muss nicht durchgeführt werden.“

⁹⁹ Vgl. dazu CARONI U.A. S. 102.

„Sie werden bspw. bei dringenden medizinischen Fällen (Operationen in der Schweiz), zwecks familiärer Angelegenheiten oder aus anderen dringenden Gründen (Suspension) ausgestellt.“¹⁰⁰

Gegen den Entscheid über die Verweigerung eines Schengen-Visums wäre eine Beschwerde möglich – nicht aber gegen die Ablehnung von VrG, denn, wie bereits oben erwähnt, ein VrG nach Art. 25 SVK kann nicht beantragt werden.¹⁰¹ Es bleibt die autonome Entscheidung eines Staates, ob er es „für erforderlich hält“¹⁰² von den Einreisevoraussetzungen abzusehen und ausnahmsweise ein VrG auszustellen.

In diesen Zusammenhang muss jedoch betont werden, dass das BVGer in Fällen, in denen ausdrücklich ein Schengen-Visum zu Besuchszwecken beantragt wurde, auch die Möglichkeit der Ausstellung eines VrG in Betracht gezogen hat. Das BVGer befasste sich mit dieser Ausnahmeregelung auch dann, wenn die antragstellende Person keine Gründe für die Ausstellung eines VrG geltend gemacht hatte.¹⁰³ Eine solche Praxis des BVGer richtet sich nach Art. 62 Abs. 4 VwVG, wonach das BVGer an die Begründung des Begehrens nicht gebunden ist und die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder abweisen kann.¹⁰⁴

Von grundsätzlicher Bedeutung in dieser Hinsicht ist das in BVGE publizierte Urteil 2011/48 vom 6. Juni 2011 über den Visumsantrag eines guineischen Staatsbürgers, der seine Ehefrau in der Schweiz besuchen wollte. Weil gegen den Gesuchsteller ein Einreiseverbot verhängt worden ist, prüfte das BVGer die Möglichkeit, ein VrG auszustellen. Folgende Prinzipien wurden dabei durch das Gericht festgestellt:

- Die völkerrechtliche Verpflichtung zur Ausstellung eines VrG kann aus Art. 8 EMRK abgeleitet werden.
- Die Verweigerung der Einreise stellt einen Eingriff in das geschützte Familienleben dar (EMRK und Art. 13 Bst. 1 BV).¹⁰⁵
- Der Anspruch auf das Familienrecht gilt nicht absolut – es verlangt eine Abwägung der sich gegenüberstehenden privaten und öffentlichen Interessen.

¹⁰⁰ <https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/publiservice/statistik/visamonitring/2016/visamonitring-2016-d.pdf>; S. 22. Als Suspension wird die vorübergehende Aufhebung eines Einreiseverbots verstanden.

¹⁰¹ So auch die EU-Kommission in einer Antwort an den Verfasser vom 16. Dezember 2016: “one cannot apply for a visa with limited territorial validity – it’s a type of short stay visa issued to persons who have legitimate reasons for entering for a short stay without fulfilling all the entry conditions.” (Hervorhebung im Original).

¹⁰² Art. 25 Abs. 1 Bst. a SVK.

¹⁰³ Siehe u.a.: BVGer F-2680/2017 vom 28. September 2017, E. 6.6.; BVGer F-5543/2016 vom 19. September 2017, E. 6.8; BVGer F-1548/2017 vom 14. September 2017, E. 5; BVGer F-2037/2017 vom 4. September 2017, E. 8; BVGer F-4805/2016 vom 1. September 2017, E. 7.7; BVGer F-1170/2016 vom 11. Juli 2017, E. 6.4.

¹⁰⁴ Vgl. E. 1.2 des in BGE 129 II 215 teilweise publizierten Urteils 2A.451/2002 vom 28. März 2003.

¹⁰⁵ UEBERSAX, Rz. 10.

- Ein Eingriff in das Familienleben ist dann gerechtfertigt, wenn wichtige öffentliche Interessen einer Einreisebewilligung gegenüberstehen (im vorliegenden Fall handelte es sich um zahlreiche Verurteilungen) und es den Betroffenen zumutbar ist, die Familieneinheit ausserhalb der Schweiz zu verwirklichen.

Aus diesem Urteil folgen zwei wichtige Erkenntnisse: Erstens, dass das BVGer die Voraussetzungen für die Ausstellung eines VrG nach Art. 25 SGK in eigener Kompetenz prüfen kann. Zweitens, dass die Wahrung der durch die EMRK geschützten Rechte als eine „internationale Verpflichtung“ im Sinne von Art. 25 SVK anerkannt wurde und zur Ausstellung eines Visums trotz Nichterfüllung von Einreisevoraussetzungen führen kann.¹⁰⁶ Im Falle des Rechts auf Familienleben bleibt die Möglichkeit, auch ausserhalb der Schweiz Familienkontakte pflegen zu können, von entscheidender Bedeutung.¹⁰⁷ Ist dies zumutbar, so kann ein Visum verweigert werden. Anders formuliert: Sind die Möglichkeiten, das Familienleben ausserhalb der Schweiz zu pflegen, nicht gegeben oder erheblich beschränkt, so sollte grundsätzlich ein VrG gestützt auf die aus der EMRK resultierenden Verpflichtungen ausgestellt werden.¹⁰⁸

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das BVGer im Rahmen seiner Kognition im Beschwerdeverfahren prüft, ob die Voraussetzungen, ein solches Visum auszustellen, gegeben sind, auch wenn ein VrG nach Art. 25 SVK eigentlich nicht direkt beantragt werden kann.¹⁰⁹ Dies gilt vor allem dann, wenn aus dem Sachverhalt hervorgeht, dass der negative Visumsentscheid einen Eingriff in das Recht auf Familienleben darstellen könnte.¹¹⁰

¹⁰⁶ Auch im Urteil BVGer C-2108/2012 vom 26. März 2014 wurde die EMRK als eine mögliche „internationale Verpflichtung“ genannt, die eine Ausstellung von VrG rechtfertigen könnte: „Vorliegend kommt als völkerrechtliche Verpflichtung Art. 8 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten in Betracht.“ E. 7.1.

¹⁰⁷ Siehe u.a. BVGer C-5193/2012 vom 6. September 2013, E. 6.3 „Geschützt ist allerdings nur das Familienleben als solches, nicht aber die freie Wahl des für den Aufbau und die Führung des Familienlebens günstigsten Ortes. Ein Eingriff in den Schutzbereich des Familienlebens liegt daher in aller Regel nicht vor, wenn den Beteiligten ohne weiteres zugemutet werden kann, das Familienleben bzw. die familiären Kontakte ausserhalb der Schweiz zu pflegen.“

¹⁰⁸ UEBERSAX, Rz. 11.

¹⁰⁹ Supra, Anm. 107, E. 6.1.

¹¹⁰ Siehe z. B. BVGer C-776/2014 vom 17. September 2014, E. 7.1. : „Es ist daher zu prüfen, ob in der Beziehung der Beschwerdeführerin zum Gesuchsteller selbst ein Grund für die Anwendung der erwähnten Ausnahmebestimmung liegt, wobei einzig humanitäre Gründe in Frage kommen könnten“.

c. medizinische Behandlung: situationsbedingt

Das gleiche Verfahren kommt bei der Beantragung eines Schengen-Visums zwecks medizinischer Behandlung zur Anwendung.¹¹¹ Sollten in diesem Fall nicht alle Einreisevoraussetzungen¹¹² erfüllt sein, so kann aus humanitären Gründen ein VrG ausgestellt werden (siehe oben Punkt 11 b). Vorausgesetzt die zuständige Behörde (SEM) hält dies für erforderlich, und kann im Weiteren das Ziel des Besuches (eine medizinische Behandlung) innerhalb von 90 Tage abgeschlossen werden.

Die zuständige Behörde kann also trotz der Nichterfüllung einer oder mehrerer Bedingungen ein VrG erteilen, vorausgesetzt die betroffene Person hat die Absicht, die Schweiz vor dem Ablauf des Visums wieder zu verlassen. Mögliche Zweifel an einer solchen Absicht von der Seite der zuständigen Behörde stünden der Ausstellung eines VrG nicht entgegen.

Sollte jedoch, neben der medizinischen Behandlung, auch ein Antrag auf Asyl das Ziel der Einreise sein, so müsste ein nationales humanitäres Visum für einen langfristigen Aufenthalt (über 90 Tage) beantragt werden (siehe oben Punkt 11 a). Dies wiederum führt zur Anwendung der Definition der unmittelbaren Gefährdung aus der *Weisung humanitäres Visum*.

Abgesehen davon kann in bestimmten Fällen der fehlende Zugang zur notwendigen und adäquaten medizinischen Versorgung eine ernsthafte Gefährdung an Leib und Leben darstellen¹¹³, was einen Antrag auf ein nationales Visum aus humanitären Gründen rechtfertigen würde.¹¹⁴ Die Frage, welche medizinische Versorgung adäquat, notwendig und gleichzeitig im Herkunftsland zugänglich ist, kann nur individuell, auf der Grundlage von ärztlichen Zeugnissen und Länderberichten¹¹⁵ abgeklärt werden. Eine Gefährdung an Leib und Leben wird spätestens dann anerkannt, wenn die fehlende, notwendige medizinische Behandlung zu einer „*raschen und lebensgefährlichen Beeinträchtigung des Gesundheitszustands führen würde*“.¹¹⁶ Bei der Prüfung der Zugänglichkeit der medizinischen Behandlung werden auch die Präsenz von Hilfsorganisationen und die Möglichkeit der Unterstützung von im Ausland lebenden Verwandten mitberücksichtigt. Alleine das bessere Niveau der medizinischen Infrastruktur in der Schweiz begründet nach der Praxis jedoch keine besondere Notsituation, die ein

¹¹¹ https://www.eda.admin.ch/content/dam/countries/countries-content/kosovo/de/Medizinische_behandlung_DE.pdf.

¹¹² Siehe oben Punkt 2.

¹¹³ *Individuelle* Gefährdungssituation, siehe dazu Punkt 6 b.

¹¹⁴ Das BVGer hat unter Berufung auf mangelnde adäquate medizinische Versorgung eine Beschwerde gegen die Absage von humanitären Visa gutgeheissen: BVGer D-4147/2015 vom 9. März 2016, E. 7.5.

¹¹⁵ Siehe Punkt 6. a.

¹¹⁶ BVGer F-3748/2016 vom 2. Mai 2017, E. 8.1.

behördliches Eingreifen zwingend erforderlich machen würde.¹¹⁷ Die antragsstellenden Personen müssen „substanziert“ darlegen können, „welcher Behandlung sie bedürften und welche Komplikationen mit einer nicht fortgeführten Behandlung verbunden wären“.¹¹⁸

14. Vorschläge de lege ferenda

Schliesslich soll ausdrücklich festgestellt werden, dass es seit der Abschaffung des Auslandsverfahrens, keinerlei rechtliche Grundlage sowohl auf der völkerrechtlichen als auch nationalen Ebene gibt, die die Schweiz zur Ausstellung von humanitären Visa verpflichten würde.¹¹⁹ Dies betrifft sowohl schutzbedürftige Personen, die sich in einer Notlage im Ausland befinden, als auch Menschen, die in einem Drittstaat keinen Zugang zur medizinischen Versorgung haben.¹²⁰ Das BVGer bestätigte, dass es keine Verpflichtung gäbe, einer Person die Einreise aus einem *nicht an den Signatarstaat angrenzenden Land* zu erlauben:

„Ebenfalls kann aus der Flüchtlingskonvention - selbst nach weitester Interpretation - kein Recht auf Einreise aus einem nicht an den Signatarstaat angrenzenden Land gefolgert werden (...). Dasselbe gilt für die Europäische Menschenrechtskonvention, welche keinen Anspruch auf Einreise und Aufenthalt oder auf einen besonderen Aufenthaltstitel vorsieht (...).“¹²¹

Dieser Grundsatz, der den asylsuchenden Personen den Zugang zum effektiven Schutz vor Verfolgung erheblich erschwert, wird zwar in der Literatur oft als unzufriedenstellend bezeichnet, jedoch in seinen Kern, juristisch, nicht bestritten.¹²²

Die Schweiz hat sich entschieden, das Auslandsverfahren abzuschaffen, um die daraus resultierende Belastung des Asylverfahrens und Asylsystems zu senken. Dieses Ziel wurde erreicht. Gleichzeitig wollte man die humanitäre Tradition bewahren, indem humanitäre Visa auf der Grundlage des Schengenrechts für gefährdete Personen ausgestellt werden sollten. Das Urteil des EuGH *X und X gegen Belgien* beendet die Spekulationen, ob ein Schengen-Visum für po-

¹¹⁷ BVGer F-781/2015 vom 26. September 2017, E. 6.4.

¹¹⁸ BVGer E-6620/2014 vom 18. März 2015, E-6620/2014

¹¹⁹ BVGE 2009/27, E: 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“; so auch das EuGH im *X und X* Urteil, E. 49. Zu den einzelnen völkerrechtlichen Verpflichtungen siehe: CARONI u.A. S. 33 ff.; KLOSS S. 90;

¹²⁰ Interessant in dieser Hinsicht sind die Schlussanträge des Generalanwalts Mengozzi zum *X und X* Fall, die jedoch, wie oben erwähnt, durch das EuGH nicht berücksichtigt worden sind.

¹²¹ BVGer F-4938/2016 vom 11. August 2017, E. 10.2. (m.H.).

¹²² Siehe dazu u.a. Beiträge von NOLL, COSTELLO und ENDRES DE OLIVEIRA. Für die Aufhebung der Visumpflicht für Asylsuchende siehe MORENO LAX.

tentielle Asylsuchende ausgestellt werden kann. Das BVGer bestätigte die grundsätzliche Verpflichtung der Schweiz, die Rechtsprechung des EuGH zu berücksichtigen. Gleichzeitig erklärte das BVGer, dass die schweizerische Praxis unter gleichen Kriterien weitergeführt werden kann, bis der Gesetzgeber die entstandene Lücke geschlossen hat. Zu diesem Zeitpunkt soll das humanitäre Visum nicht mehr als Schengen- sondern als nationales Visum ausgestellt werden.¹²³ Für die gefährdeten Personen, die im Ausland ein humanitäres Visum beantragen möchten, ändert sich unterdessen nichts. Für die Schweiz bedeutet es, entweder im Rahmen des Gemischten Ausschusses eine Einigung in Bezug auf die unterschiedliche Anwendung von Art. 25 SVK zu erzielen oder ein *nationales Visum aus humanitären Gründen auf der Basis der Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Asylgesetzes zu schaffen*. Ein solches Visum sollte klar an Personen adressiert werden, die einen Antrag auf Asyl stellen wollen. In beiden Fällen sollte jedoch ein transparentes Verfahren mit entsprechenden Antrags- und Verweigerungsformularen geschaffen werden.

Unabhängig davon können Visa mit beschränkter territorialer Gültigkeit aus humanitären Gründen, gemäss Art. 25 SVK an Personen ausgestellt werden, die nicht alle Einreisevoraussetzungen erfüllen und für einen kurzen Aufenthalt in die Schweiz einreisen wollen (z.B. zwecks medizinischer Behandlung oder aus familiären Gründen). Die Erteilung von solchen Kurzzeit-Visa hängt allerdings vom nicht näher nachvollziehbaren Ermessen der Ausstellbehörde ab.¹²⁴

De lege ferenda wären die Voraussetzungen für ein humanitäres nationales Visum für asylsuchende Personen in der VEV neu zu regeln:

- Die maximale Dauer des Aufenthalts von 90 Tagen und der Verweis auf das Schengen-Recht von Artikel 2 Abs. 4 sollte gestrichen werden. Ein solches Visum, das zu einem längeren Aufenthalt ausgestellt würde, könnte jedoch nicht auf das schweizerische Territorium begrenzt werden (Art. 21 (2a) des SDÜ). Nichtsdestotrotz wäre die Schweiz durch die Ausstellung von Visa für die Behandlung des Asylgesuches zuständig.¹²⁵
- Das nationale humanitäre Visum könnte auf *eine* Einreise beschränkt werden.¹²⁶
- Die humanitären Gründe könnten im Rahmen einer Weisung weiterhin geregelt und konkretisiert werden. Angesichts der strengen Voraussetzungen für die Ausstellung von humanitären Visa wäre die Aufhebung der Vermutung des sicheren Drittstaats denkbar, wenn sich eine Person ausschliesslich zum Visumsverfahren in ein anderes

¹²³ Siehe dazu: BVGer F-781/2015 vom 26 September 2017, E. 4.3: „Damit kann sich die Praxis hinsichtlich der Erteilung von Visa aus humanitären Gründen nicht länger auf die bisherige Regelung (Art. 2 Abs. 4 VEV) stützen, soweit diese auf den Begriff des Visums mit räumlich beschränkter Gültigkeit im Sinne von Art. 25 Visakodex Bezug nimmt.“

¹²⁴ Über die Einschränkung des Ermessens durch die EMRK siehe Punkt 12 b.

¹²⁵ Art. 12 Abs. 2 Dublin III.

¹²⁶ Vgl. Weisungen des Staatssekretariates für Migration für die Ausstellung nationaler Visa vom 7. Juli 2017, Nr. 1.3.6.

Land begibt oder dort keinen dauerhaften, effektiven Schutz vor Verfolgung gefunden hatte.¹²⁷

- Das Visums-Antragsverfahren sollte den tatsächlichen Einreisevoraussetzungen angepasst werden. Personen, die einen Schutz vor Verfolgung suchen würden, hätten ein entsprechendes Formular auszufüllen, in dem ausschliesslich humanitäre Gründe bzw. der Bezug zur Schweiz darzulegen wären. Im Rahmen eines eventuellen Einsprache- oder Beschwerdeverfahrens müssten das SEM respektive das BVGer nicht mehr die Einreisevoraussetzungen nach Schengen-Recht prüfen. Deutlicher Vorteil einer solchen Lösung wäre die alleinige Kompetenz des schweizerischen Gesetzgebers, der die Angelegenheit auf Verordnungsebene eigenständig regeln könnte. Parallel dazu kann die Schweiz, basierend auf Art. 25 SVK, immer noch Kurzeit-Visa mit beschränkter territorialer Gültigkeit aus humanitären Gründen ausstellen.
- Sollte dennoch eine Person einen Antrag auf ein Schengen-Visum stellen mit der Absicht, nach der Einreise Asyl zu beantragen, so müsste die zuständige Auslandsvertretung einen solchen Antrag als einen Antrag auf ein nationales Visum aus humanitären Gründen einstufen und entsprechend bewerten.¹²⁸
- Die Erteilung von einem solchen nationalen Visum würde keinen Anspruch auf Asyl begründen.¹²⁹

¹²⁷ Siehe dazu Anm. 52.

¹²⁸ Eine solche Vorgehensweise kann dem Urteil *X und X* entnommen werden: „Unter diesen Umständen haben die belgischen Behörden die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Anträge fälschlich als Anträge auf Visa für einen kurzfristigen Aufenthalt eingestuft.“ E. 50.

¹²⁹ Im Rahmen des Visumsverfahrens werden keine asylverfahrensrechtlichen Befragungen durchgeführt; siehe Botschaft AsylG S. 4519.

Literaturverzeichnis

- CARONI MARTINA/GRASDORF-MEYER TOBIAS/OTT LISA/SCHIEBER NICOLE; Migrationsrecht; 3. Auflage; 2014.
- CARRERA SERGIO/GUILD ELSPETH/MERLINO MASSIMO/PARKIN JOANNA; A Race against Solidarity: The Schengen Regime and the Franco-Italian Affair; CEPS Liberty and Security in Europe; April 2011. <http://shop.ceps.eu/book/race-against-solidarity-schengen-regime-and-franco-italian-affair>.
- CORNU ANNE; Les aspects institutionnels des Accords d`association de la Suisse à Schengen et à Dublin; in: Kaddous Christine/Greiner Jametti (Hrsg.); Bilaterale Abkommen II Schweiz-EU und andere neue Abkommen; 2006.
- COSTELLO CATHRYN, Courting Access to Asylum in Europe: Recent Supranational Jurisprudence Explored, 12 Hum. Rts. L. Rev. 2012; S. 287- 340.
- EPINEY ASTRID/METZ BEATE/PIRKER BENEDIKT; Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz - ein Beitrag zur rechtlichen Tragweite der «Bilateralen Abkommen», 2012.
- ENDRES DE OLIVEIRA PAULINE, Legaler Zugang zu internationalem Schutz – zur Gretchenfrage im Flüchtlingsrecht; Kritische Justiz, Heft 2, 2016; S. 167-179
- FREI NULA; Asyl (Asylgewährung, -ausschluss und -beendigung); in Schweizerische Flüchtlingshilfe (Hrsg.); Handbuch zum Asyl- und Wegweisungsverfahren; 2 Auflage; S. 223-238.
- GOOD PAUL-LUKAS; Die Schengen-Assoziierung der Schweiz; BoD – Books on Demand, 2011.
- HÄNNI JULIA; Das Visum: Rechtsnatur und Rechtsformen; in: Achermann Alberto /Amarille Cesla/Caroni Martina/Epiney Astrid/Künzli Jörg/Uebersax Peter (Hrsg.); Jahrbuch für Migrationsrecht 2016/2017; S. 117.
- KLOSS CHRISTIAN, Rahmenbedingungen und Gestaltungsmöglichkeiten der Europäischen Migrationspolitik, 1988
- MORENO LAX VIOLETA, Must EU Borders have Doors for Refugees? On the Compatibility of Schengen Visas and Carriers' Sanctions with EU Member States' Obligations to Provide International Protection to Refugees; European Journal of Migration and Law 10 (2008) S. 315–364
- NOLL GREGOR, Seeking Asylum at Embassies: A Right to Entry under International Law? *International Journal of Refugee Law*, Volume 17, Issue 3, 1 January 2005, S. 542–573
- SCHWENKEL CHRISTOF/MÜLLER FRANZISKA/KÖCHLI HELEN/CARONI MARTINA/SCHIEBER NICOLE; Evaluation Praxis humanitäre Visa. Schlussbericht zuhanden des Bundesamts für Migration, 2013. <https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/publiservice/berichte/ber-visum-humanitaer-d.pdf>.

- UEBERSAX PETER; Vom Ausland in die Schweiz. Auf dem Weg zu einer schengen- und menschenrechtskonformen Visums- und Einreiseregulierung; in: Jusletter 5. November 2012
- WÜGER DANIEL; Homogenität der Schengener Zusammenarbeit; in: Breitenmoser Stephan/Gless Sabine/ Lagodny Otto (Hrsg.); Schengen und Dublin in der Praxis. Aktuelle Fragen; 2015.

Internet-Quellen:

- Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten, Medizinische Behandlung – Visum; https://www.eda.admin.ch/content/dam/countries/countries-content/kosovo/de/Medizinische_behandlung_DE.pdf 08.11.2017
- Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement 18.11.2014: Zweite Schengen-Evaluierung erfolgreich abgeschlossen; https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2014/ref_2014-11-18.html 08.11.2017
- EU-Präsidentschaft 14.11.2016: Stellungnahme Nr. 14213/16 <http://www.state-watch.org/news/2016/nov/eu-council-code-visas-14213-16.pdf> 08.11.2017
- European Commission 08.11.2017: Complete statistics on short-stay visas issued by the Schengen States; <https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/borders-and-visas/visa-policy#stats> 08.11.2017
- Europäisches Parlament 25.04.2016: Bericht des Ausschusses für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres, über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über den Visakodex der Union, A8-0145/2016; <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2016-0145+0+DOC+XML+V0//DE> 08.11.2017
- Schweizerischer Bundesrat, 01.10.2004: Botschaft Bilaterale II; <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2004/5965.pdf> 08.11.2017
- Schweizerischer Bundesrat 03.09.2014: Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes; <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2014/7991.pdf> 08.11.2017
- Schweizerisches Rotes Kreuz 09.2015: „Tätigkeiten des Schweizerischen Roten Kreuzes zur Unterstützung von Personen syrischer Herkunft, die ein Visum für die Schweiz beantragen. Evaluation, Analyse und Empfehlungen für das SRK und Schweizer Behörden“; <https://www.redcross.ch/de/file/16841/download> 08.11.2017
- Schweizerisches Rotes Kreuz 18.04.2017, Beratungsdienst humanitäre Visa;

<https://www.redcross.ch/de/organisation/fluechtlinge/entwicklungen-seit-2013-hoher-einfluss-des-srk-auf-visaerteilung> 8.11.2017

- Staatssekretariat für Migration 04.09.2013: Weisung: Erleichterte Erteilung von Besucher-Visa für syrische Familienangehörige; https://www.bfm.admin.ch/bfm/de/home/publiservice/weisungen-kreisschreiben/weitere_weisungen.html 08.11.2017
- Staatssekretariat für Migration 04.11.2013: Rundschreiben „Erläuterungen zur Weisung vom 4. September 2013“; <https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/rechtsgrundlagen/weisungen/auslaender/einreise-ch/20131104-erlaeut-weis-SYR-d.pdf> 08.11.2017
- Staatssekretariat für Migration 29.11.2013: „Aufhebung der Weisung vom 4. September 2013 über die erleichterte Erteilung von Besucher-Visa für syrische Familienangehörige“; <https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/rechtsgrundlagen/weisungen/auslaender/einreise-ch/20131129-weis-SYR-d.pdf> 08.11.2017
- Staatssekretariat für Migration 25.02.2014: Weisung „Visumantrag aus humanitären Gründen“; <https://www.bfm.admin.ch/dam/data/bfm/rechtsgrundlagen/weisungen/auslaender/einreise-ch/20140225-weis-visum-humanitaer-d.pdf> 08.11.2017
- Staatssekretariat für Migration: Visa Monitoring, Entwicklung der Visumerteilung durch Schweizer Auslandvertretungen, Jahresausgabe 2016; <https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/publiservice/statistik/visamonitoring/2016/visamonitoring-2016-d.pdf> 08.11.2017
- Staatssekretariat für Migration 7.07.2017: „Weisungen des Staatssekretariates für Migration für die Ausstellung nationaler Visa“, <https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/rechtsgrundlagen/weisungen/visa/bfm/weisungen-bfm-national-d.pdf> 08.11.2017