



Urteil vom 2. August 2023

Besetzung

Richter Sebastian Kempe (Vorsitz),
Richterin Regula Schenker Senn,
Richterin Susanne Genner,
Gerichtsschreiber Julius Longauer.

Parteien

K._____,
vertreten durch Michael Schmassmann, Rechtsanwalt,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand

Einreiseverweigerung und Wegweisung am Flughafen;
Verfügung des SEM vom 28. Januar 2021.

Sachverhalt:**A.**

Die Beschwerdeführerin, eine 1952 geborene georgische Staatsangehörige, traf am 1. November 2020 auf dem Luftweg von Tbilisi über Istanbul kommend auf dem EuroAirport Basel Mulhouse Freiburg (EAP) ein. Sie wollte von dort in die Schweiz einreisen. Auf dem Flughafengelände wurde sie von den französischen Grenzkontrollorganen kontrolliert und nach Rücksprache derselbigen mit dem Kontrollpersonal der damaligen Eidgenössischen Zollverwaltung (EZV; seit 1. Januar 2022: Bundesamt für Zoll und Grenzsicherheit [BAZG]), also dem schweizerischen Grenzwachtkorps (GWK), zurückgewiesen. Sie verliess das Land auf dem Luftweg Richtung Istanbul.

B.

Die Beschwerdeführerin versuchte in der Folge erfolglos, vom GWK eine Verfügung über die Einreiseverweigerung und Wegweisung erhältlich zu machen.

C.

Am 4. November 2020 wandte sich die Beschwerdeführerin an die Vorinstanz mit einem «Begehren um Erlass einer Verfügung eventualiter Einsprache». Sie beantragte namentlich, es sei festzustellen, dass es das GWK widerrechtlich unterlassen habe, die Einreiseverweigerung und Wegweisung im EAP mittels einer schriftlichen Verfügung im Namen des SEM zu begründen. Zudem sei festzustellen, dass die Einreiseverweigerung und Wegweisung widerrechtlich erfolgt sei.

D.

Mit Schreiben vom 5. November 2020 verwies die Vorinstanz die Beschwerdeführerin an das GWK, von welchem das Verfahren ausgegangen sei und über das ihr, der Vorinstanz, keine Aufsicht zustehe.

E.

Am 14. November 2020 erhob die Beschwerdeführerin Rechtsverweigerungsbeschwerde beim Bundesverwaltungsgericht.

F.

Im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens erliess die Vorinstanz am 28. Januar 2021 eine förmliche Verfügung. Sie wies darin die in der Eingabe vom 4. November 2020 gestellten Anträge der Beschwerdeführerin ab, soweit sie darauf eintrat.

G.

Mit Entscheid vom 5. Februar 2021 schrieb das Bundesverwaltungsgericht das Beschwerdeverfahren infolge dahingefallenen Rechtsschutzinteresses als gegenstandslos geworden ab. Es erhob keine Verfahrenskosten und sprach keine Parteientschädigung zu.

H.

Gegen die vorinstanzliche Verfügung vom 28. Januar 2021 gelangte die Beschwerdeführerin mit Rechtsmitteleingabe vom 25. Februar 2021 an das Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt, die Verfügung sei aufzuheben. Sodann sei festzustellen, dass die Einreiseverweigerung und Wegweisung durch das GWK im Namen der Vorinstanz zu Unrecht erfolgt sei. Weiter sei festzustellen, dass es das GWK zu Unrecht unterlassen habe, mittels einer schriftlichen Verfügung die Einreiseverweigerung und Wegweisung im Namen der Vorinstanz zu begründen. Schliesslich sei festzustellen, dass das GWK nicht sichergestellt habe, dass der Beschwerdeführerin zur Vorbereitung ihrer Weiterreise der Aufenthalt in der internationalen Transitzone des EAP gestattet wurde. Eventualiter sei die Verfügung vom 28. Januar 2021 aufzuheben und zur Neubeurteilung der Angelegenheit an die Vorinstanz zurückzuweisen. In prozessualer Hinsicht ersuchte die Beschwerdeführerin namentlich um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Soweit erforderlich, seien zudem die Polizeirapporte und eine Stellungnahme der französischen Police aux Frontières (PAF) betreffend die Einreiseverweigerung und die Wegweisung einzuholen und ihr zur Einsichtnahme zukommen zu lassen. Nachfolgend sei ihr eine Frist anzusetzen, die Beschwerde sowohl hinsichtlich der Rechtsbegehren als auch der Begründung anzupassen und zu ergänzen.

I.

Mit Vernehmlassung vom 17. März 2021 beantragte die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde.

J.

In ihrer Replik vom 13. April 2021 liess sich die Beschwerdeführerin ergänzend vernehmen und hielt an den Beschwerdeanträgen fest.

K.

Mit Zwischenverfügung vom 1. Oktober 2021 hiess das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gut und bestellte der Beschwerdeführerin den rubrizierten Rechtsvertreter als unentgeltlichen Rechtsbeistand.

L.

Am 24. Januar 2022 und am 12. November 2022 ersuchte die Beschwerdeführerin um Auskunft zum Verfahrensstand. Das Bundesverwaltungsgericht antwortete ihr mit Schreiben vom 26. Januar 2022 und vom 16. November 2022.

M.

Der vorsitzende Richter hat das vorliegende Verfahren nach seinem Amtsantritt per 1. März 2023 übernommen.

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

1.1 Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG, sofern eine Vorinstanz im Sinne von Art. 33 VGG entschieden hat und keine Ausnahme nach Art. 32 VGG gegeben ist.

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

1.3 Mit der angefochtenen Verfügung vom 28. Januar 2021 wies die Vorinstanz die von der Beschwerdeführerin am 4. November 2020 gestellten Feststellungsbegehren ab, soweit sie darauf eintrat. Aus den vorinstanzlichen Erwägungen wird jedoch nicht ersichtlich, welche Begehren abgewiesen werden und auf welche nicht eingetreten wird. Begründet wird die angefochtene Verfügung mit der Unzuständigkeit der schweizerischen Behörden für den durch die Feststellungsbegehren angesprochenen Realakt beziehungsweise der Unzuständigkeit der Vorinstanz für dessen Beurteilung. Die Begründung lässt somit darauf schliessen, dass die Vorinstanz unter Berufung auf fehlende (internationale) Zuständigkeit auf sämtliche Feststellungsbegehren der Beschwerdeführerin nicht eingetreten ist und bloss im Sinne einer Eventualargumentation festgehalten hat, dass diese im Eintretensfall abzuweisen wären. Bei der angefochtenen Verfügung handelt es sich mithin – sinngemäss – um einen Nichteintretensentscheid hinsichtlich der Feststellungsbegehren vom 4. November 2020.

Die angefochtene Nichteintretensverfügung ist ein zulässiges Anfechtungsobjekt im Sinne von Art. 31 VGG und stammt von einer Behörde im Sinne von Art. 33 Bst. d VGG. Eine Ausnahme im oben erwähnten Sinn

liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist demzufolge für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

1.4 Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c). Die Beschwerdeführerin nahm am vorinstanzlichen Verfahren teil. Als Adressatin der Verfügung ist sie von ihr berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung, damit ihre im vorinstanzlichen Verfahren gestellten (Feststellungs-)Begehren materiell geprüft werden. Der Umstand, dass sie noch am Tag des beanstandeten Realakts wieder vom EAP abgereist ist, kann hier entgegen der offenbaren Auffassung der Vorinstanz nicht zum Dahinfallen des aktuellen schutzwürdigen Interesses führen, insbesondere weil die Beschwerdeführerin innert Kürze rechtliche Schritte zur Überprüfung selbigen Akts eingeleitet hat (vgl. Urteil des BVGer F-6561/2020 vom 31. Dezember 2020 E. 1.3 m.w.H.). Zudem scheint ihr gemäss Aktenlage in Bezug auf die Ausreise keine Wahl gelassen worden zu sein. Die Beschwerdeführerin ist im Ergebnis zur Beschwerde berechtigt.

1.5 Mit der angefochtenen Verfügung ist die Vorinstanz wie dargestellt (vgl. vorstehend E. 1.3) auf die Feststellungsbegehren der Beschwerdeführerin nicht eingetreten. Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bildet folglich nur die Eintretensfrage (vgl. BGE 144 II 184 E. 1.1; 135 II 38 E. 1.2; Urteil des BVGer A-6211/2017 vom 14. Mai 2018 E. 1.3).

1.6 Nach dem Ausgeführten ist auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (vgl. Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG) insoweit einzutreten, als die Aufhebung des vorinstanzlichen Nichteintretensentscheids verlangt wird. Auf die vor Bundesverwaltungsgericht gestellten Feststellungsbegehren ist demgegenüber nicht einzutreten, da deren materielle Prüfung nicht bereits Gegenstand der angefochtenen Verfügung bildete.

2.

Mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht können die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes und – sofern wie vorliegend keine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat – die Unangemessenheit gerügt werden

(Art. 49 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht wendet das Recht von Amtes wegen an und ist an die Begründung der Parteien nicht gebunden (Art. 62 Abs. 4 VwVG). Es kann eine Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder den angefochtenen Entscheid im Ergebnis mit einer von der Vorinstanz abweichenden Begründung bestätigen (vgl. BVGE 2007/41 E. 2 mit Hinweisen).

3.

3.1 In der Beschwerdeschrift werden der Vorinstanz eine Verletzung des rechtlichen Gehörs in der Form des Rechts auf Akteneinsicht sowie eine unvollständige und unrichtige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts vorgeworfen. Diese formellen Rügen sind vorab zu prüfen, da sie eine Kassation der erstinstanzlichen Verfügung bewirken können.

3.2

3.2.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, es liege eine Verletzung ihres Gehörsanspruchs darin begründet, dass sie sich nicht zur Stellungnahme der Verbindungsbeamtin der EZV beim SEM vom 22. Januar 2021 (Akten der Vorinstanz [SEM-act.] 5) äussern können, nachdem ihr diese erst mit der angefochtenen Verfügung zur Kenntnis gebracht worden sei. Die Vorinstanz führt in ihrer Vernehmlassung hierzu aus, die angefochtene Verfügung stelle nicht auf zusätzliche, der Beschwerdeführerin nicht bekannte Sachverhaltselemente oder rechtliche Erwägungen ab. In der Stellungnahme der EZV sei die Sach- und Rechtslage lediglich nochmals bestätigt worden.

3.2.2 Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV haben die Parteien eines Verfahrens Anspruch auf rechtliches Gehör. Dieser Grundsatz wird im VwVG für das Verwaltungsverfahren konkretisiert. Aus dem Akteinsichtsrecht als Teilgehalt des rechtlichen Gehörs (Art. 26 ff. VwVG) folgt, dass grundsätzlich sämtliche beweisheblichen Akten den Beteiligten offen zu legen sind, sofern in der sie unmittelbar betreffenden Verfügung darauf abgestellt wird. Das Akteneinsichtsrecht bezieht sich auf sämtliche verfahrensbezogenen Akten, die geeignet sind, Grundlage des Entscheids zu bilden. Die Einsicht in die Akten, die für ein bestimmtes Verfahren erstellt oder beigezogen wurden, kann nicht mit der Begründung verweigert werden, die fraglichen Akten seien für den Verfahrensausgang belanglos. Es muss vielmehr dem Betroffenen selber überlassen sein, die Relevanz der Akten zu beurteilen (vgl. BGE 132 V 387 E. 3.1 f. m.H.). Vom Akteneinsichtsrecht ausgeschlossen sind verwaltungsinterne Unterlagen. Gilt es den Umfang des Akteneinsichtsrechts zu bestimmen, kommt es jedoch auf die objektive Bedeutung

eines Aktenstückes für die Feststellung des im konkreten Fall entscheidewesentlichen Sachverhalts an und nicht auf die Einstufung des Beweismittels durch die Behörden als internes Papier (BVG E 2011/37 E. 5.4.1 ff.).

3.2.3 Beim Aktenstück, in welches der Beschwerdeführerin vor Erlass der angefochtenen Verfügung keine Einsicht gewährt wurde, handelt es sich um ein mit «Aktennotiz vom 22.01.2021» betiteltes Dokument. Darin wird im Wesentlichen festgehalten, dass die Verbindungsbeamtin der EZV beim SEM Folgendes bestätigt habe: Die Anhaltung/Kontrolle der Beschwerdeführerin und somit der Erstkontakt sei nicht durch Mitarbeitende der EZV, sondern durch die PAF erfolgt. Die fragliche Kontrolle habe nicht im schweizerischen Sektor des EAP, sondern im gemeinsamen Sektor stattgefunden. Dort gelte französisches Recht. Die Kontrollen im Boardingbereich sowie am Gate lägen in der alleinigen Verantwortung des französischen Partners. Kontrollen könnten gemeinsam durchgeführt werden. Die EZV habe jedoch bestätigt, dass im vorliegenden Fall keine gemeinsame Kontrolle stattgefunden habe.

Die Vorinstanz beruft sich in der angefochtenen Verfügung explizit auf das genannte Aktenstück. Daraus, sowie aus dem Umstand, dass darin die für den vorliegenden Fall relevante fachliche Einschätzung einer externen Behörde wiedergegeben wird, ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin über dessen Inhalt – vorbehaltlich Geheimhaltungsinteressen – vorab hätte informiert werden müssen. Der Umstand, dass die Einschätzung der EZV weitgehend deckungsgleich mit derjenigen der Vorinstanz ist und der Beschwerdeführerin damit im Wesentlichen bekannt gewesen sein dürfte, vermag daran ebenso wenig zu ändern, wie der grundsätzlich interne Charakter einer Aktennotiz (vgl. vorstehend E. 3.2.3). Mit ihrem Vorgehen hat die Vorinstanz den Anspruch auf rechtliches Gehör der Beschwerdeführerin verletzt.

3.2.4 Eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör führt grundsätzlich zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung und Rückweisung der Sache an die Vorinstanz. Eine Heilung aus prozessökonomischen Gründen ist auf Beschwerdeebene möglich, sofern das Versäumte nachgeholt wird, die beschwerdeführende Person dazu Stellung nehmen kann, die festgestellte Verletzung nicht schwerwiegender Natur ist, die fehlende Entscheidreife durch die Beschwerdeinstanz mit vertretbarem Aufwand hergestellt werden kann und der Beschwerdeinstanz im streitigen Fall die freie Überprüfungsbefugnis zukommt (vgl. BVGE 2014/22 E. 5.3 m.w.H.). Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt. Die Vorinstanz stellte das fragliche

Aktenstück der Beschwerdeführerin zusammen mit der Verfügung zu und diese konnte im Schriftenwechsel vor Bundesverwaltungsgericht dazu Stellung nehmen. Auch die weiteren Bedingungen einer Heilung sind gegeben, weshalb die Gehörsverletzung als geheilt zu betrachten ist. Aufgrund des vorliegenden Verfahrensausgangs (vgl. nachstehend E. 6 f.) ist eine Berücksichtigung derselbigen im Kostenpunkt sodann hinfällig.

3.3

3.3.1 Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz in formeller Hinsicht weiter eine unrichtige und unvollständige Sachverhaltsfeststellung vor. So habe letztere mit Schreiben vom 5. November 2020 selbst ausgeführt, dass das Verfahren betreffend Einreise vom 1. November 2020 vom GWK ausgegangen sei. Auch das Bundesverwaltungsgericht habe festgehalten, dass die Beschwerdeführerin nach Rücksprache mit dem GWK zurückgewiesen worden sei. Zudem sei belegt, dass das GWK die Einreisevoraussetzungen geprüft und der PAF mitgeteilt habe, dass die Beschwerdeführerin nicht in die Schweiz einreisen dürfe. Die Vorinstanz verkenne, dass die Anhaltung durch die PAF nicht mit der Wegweisung durch das GWK zusammenhänge. Unvollständig sei die Sachverhaltsfeststellung zudem insofern, als die Vorinstanz zur Frage der Zuständigkeit der PAF kein Beweisverfahren durchgeführt habe. Es sei nur der Beweis erhoben worden, dass es im Rahmen der Anhaltung zu keiner gemeinsamen Kontrolle mit dem GWK gekommen sei. Die Zuständigkeit der PAF für die Wegweisung sei damit nicht erstellt, sondern bloss behauptet.

3.3.2 Die Sachverhaltsfeststellung ist namentlich dann unrichtig, wenn der Verfügung ein aktenwidriger oder nicht weiter belegbarer Sachverhalt zugrunde gelegt wurde oder wenn Beweise unzutreffend gewürdigt wurden. Unvollständig ist sie, wenn die Behörde trotz Untersuchungsmaxime den Sachverhalt nicht von Amtes wegen abgeklärt oder nicht alle für die Entscheidung wesentlichen Sachumstände berücksichtigt hat (vgl. dazu BENJAMIN SCHINDLER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2. Aufl. 2019, Art. 49 N. 29).

3.3.3 Nach Durchsicht der Akten gelangt das Gericht zum Schluss, dass das SEM den Sachverhalt richtig und vollständig festgestellt hat. Der Verfügung wurde kein falscher oder aktenwidriger Sachverhalt zugrunde gelegt. Vielmehr wird darin zutreffend der örtliche und zeitliche Geschehensablauf dargestellt. Diese Umstände – namentlich Anhaltung, behördenübergreifende Rücksprache zwischen PAF und GWK sowie Wegweisung – werden auch von der Beschwerdeführerin nicht bestritten. Aufgrund der

im Recht liegenden Akten kann im Weiteren über die in diesem Zusammenhang zu beantwortenden Rechtsfragen entschieden werden (vgl. nachstehend E. 4-6). Dementsprechend ist es nicht angezeigt, weitere Sachverhaltsabklärungen anzuordnen bzw. zu tätigen. Der eventualiter gestellte Rückweisungsantrag ist abzuweisen. Das Gleiche gilt für den Antrag, es seien Polizeirapporte und eine Stellungnahme der PAF beizuziehen. Dass die Vorinstanz nach Berücksichtigung der Sachumstände sowie der Parteivorbringen und Würdigung der Beweise in Bezug auf die Zuständigkeitsproblematik zu einem anderen Schluss als die Beschwerdeführerin kommt, stellt keine unrichtige oder unvollständige Sachverhaltsfeststellung dar, sondern ist eine Frage der materiellrechtlichen Beurteilung.

4.

4.1 Zu prüfen ist nachfolgend, ob die Vorinstanz ihre Zuständigkeit für die am EAP erfolgte Rückweisung der Beschwerdeführerin – und damit auch für die Beurteilung der Feststellungsbegehren der Beschwerdeführerin – zu Recht verneinte.

4.2 Die Vorinstanz führt in der angefochtenen Verfügung im Wesentlichen aus, Abklärungen mit der EZV hätten ergeben, dass die Beschwerdeführerin nach ihrer Ankunft am EAP zwecks Einreise in die Schweiz durch die PAF kontrolliert worden sei. Der EAP werde gemäss Art. 2 Ziff. 6 des französisch-schweizerischen Staatsvertrags über den Bau und Betrieb des Flughafens Basel-Mülhausen in Blotzheim vom 4. Juli 1949 (SR 0.748.131.934.92, Staatsvertrag Flughafen) in drei Sektoren aufgeteilt: einen schweizerischen, einen französischen und einen gemeinsamen Sektor. Die Mitarbeiter des GWK seien gemäss Art. 2 Ziff. 4 des Abkommens zwischen der Schweiz und Frankreich über die nebeneinanderliegenden Grenzabfertigungsstellen und die Grenzabfertigung während der Fahrt vom 28. September 1960 (SR 0.631.252.934.95, Abkommen Grenzabfertigungsstellen) nur in der definierten Zone (schweizerischer Sektor) berechtigt, die Grenzabfertigung vorzunehmen. Die Kontrolle der Beschwerdeführerin habe gemäss Angaben derselben im gemeinsamen Sektor stattgefunden. Dort gelte gemäss Art. 6 und Art. 8 Staatsvertrag Flughafen französisches Recht. An der Zuständigkeit der französischen Behörden und an der Anwendbarkeit französischen Rechts ändere hier auch die Tatsache nichts, dass die PAF vor ihrem Entscheid Rücksprache mit dem GWK genommen habe.

4.3 Die Beschwerdeführerin hält der Vorinstanz auf Beschwerdeebene im Wesentlichen entgegen, sie sei nach ihrer Ankunft am EAP von der PAF

oberhalb einer Rolltreppe angehalten worden. Die Rolltreppe befinde sich nach Angaben der Vorinstanz im gemeinsamen Sektor, wo die PAF zu polizeilichen Massnahmen berechtigt sei. Die Beschwerdeführerin sei den Beamten in ein Büro gefolgt. Dort habe die PAF mit dem GWK Rücksprache genommen. Dieses habe die Einreisevoraussetzungen gestützt auf die vorgelegten Dokumente geprüft und der PAF mitgeteilt, dass die Beschwerdeführerin nicht in die Schweiz einreisen dürfe. In der Folge habe die PAF den Reisepass der Beschwerdeführerin an sich genommen, diesen abgestempelt und die Beschwerdeführerin aufgefordert, ihr in den Boardingbereich zu folgen. Zwei Polizisten (der PAF) hätten sie schliesslich gepackt, auf einen Rückflug in die Türkei eskortiert und ins Flugzeug gedrückt. Die Behauptung der Vorinstanz, die französischen Behörden seien für die Wegweisung der Beschwerdeführerin zuständig gewesen, sei haltlos, sei die Wegweisung der Beschwerdeführerin doch durch das GWK erfolgt.

4.4 In ihrer Vernehmlassung führt die Vorinstanz im Wesentlichen aus, entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin sei erstellt, dass die Einreiseverweigerung und Wegweisung nicht durch die Schweizer Behörde erfolgt sei. Dies werde mit der Stempelung des Reisepasses durch die französischen Behörden belegt. Damit sei der Beweis erbracht, dass die schengenrechtliche Grenzkontrolle durch letztere vorgenommen worden sei und diese sich auch als zuständig erachtet hätten. Der Schengener Grenzkodex sehe ausdrücklich vor, dass ein nationales Rechtsmittel des Staates gegeben sein müsse, der die Kontrolle durchführe.

4.5 Replikweise bringt die Beschwerdeführerin im Wesentlichen vor, es sei beweismässig erstellt, dass das GWK die Einreisevoraussetzungen geprüft und der PAF mitgeteilt habe, dass die Beschwerdeführerin nicht in die Schweiz einreisen dürfe. Diese Auskunft sei eine Wegweisung im Sinne von Art. 65 Abs. 1 AIG gewesen. Der Rückschluss von der Stempelung des Reisepasses auf eine Wegweisung durch die PAF sei formalistisch und verkenne die dargestellte Faktenlage. Auch in rechtlicher Hinsicht laufe es allgemeinen Grundsätzen zuwider, wenn französische Behörden aus eigener Kompetenz Wegweisungen für die Schweiz aussprechen könnten. Die Auskunft des GWK sei der hoheitliche Akt gewesen und nicht die Stempelung des Reisepasses. Die Feststellung, dass der Erlass einer begründeten Formularverfügung zu Unrecht verweigert worden sei, falle in die Zuständigkeit der Vorinstanz, welche im Rahmen des Flughafenverfahrens die verfügende Behörde sei.

5.

5.1 Gemäss Staatsvertrag Flughafen sind für Reisende beim Eingang in die Schweiz die schweizerischen Gesetze und Verordnungen ab dem Zeitpunkt anwendbar, in dem die schweizerische (Grenz-)Kontrolle beginnt, oder vom Zeitpunkt an, wo die Reisenden versuchen, diese Kontrolle zu umgehen (Art. 8 Ziff. 4 Staatsvertrag Flughafen).

Nach Schweizer Recht ist sodann das SEM zuständig für die Bewilligung oder Verweigerung der Einreise in die Schweiz (Art. 35 Abs. 1 der Verordnung vom 15. August 2018 über die Einreise und die Visumerteilung [VEV, SR 142.204]). Wird die Einreise bei der Grenzkontrolle am Flughafen verweigert, so hat die ausländische Person die Schweiz unverzüglich zu verlassen (Art. 65 Abs. 1 AIG [SR 142.204]). Die für die Grenzkontrolle zuständige Behörde erlässt im Namen des SEM innerhalb von 48 Stunden eine begründete Verfügung auf dem Formular nach Anhang V Teil B der Verordnung (EG) Nr. 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 (kodifizierter Text) über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex, SGK, Abl. L 77/1 vom 23.03.2016). Gegen diese Verfügung kann beim SEM innerhalb von 48 Stunden nach der Eröffnung schriftlich Einsprache erhoben werden. Die Einsprache hat keine aufschiebende Wirkung. Das SEM entscheidet innerhalb von 48 Stunden über die Einsprache (Art. 65 Abs. 2 AIG).

Gemäss Art. 4 Abs. 1 der Verordnung 3 vom 19. Juni 2020 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19) in der zum Zeitpunkt des Einreiseversuchs der Beschwerdeführerin geltenden Fassung vom 19. Oktober 2020 (aCovid-19-Verordnung 3, AS 2020 2195 ff.) war ausländischen Personen, die aus einem Risikoland kommend in die Schweiz einreisen wollten und sich nicht auf das FZA oder das EFTA-Übereinkommen berufen konnten, die Einreise für einen bewilligungsfreien Aufenthalt ohne Erwerbstätigkeit bis zu drei Monaten zu verweigern. Nach Massgabe von Abs. 3 derselben Verordnungsbestimmung konnten Entscheide der zuständigen Behörden sofort vollstreckt werden und galt Art. 65 AIG sinngemäss.

5.2 In sachverhaltsmässiger Hinsicht ist unstrittig, dass die Beschwerdeführerin am 1. November 2020 auf dem Luftweg von Tbilisi über Istanbul kommend auf dem EAP eintraf und von dort in die Schweiz einreisen wollte. Gemäss nachträglicher Stellungnahme der EZV vom 18. Dezember 2020

wurde sie auf dem Flughafengelände von der PAF angehalten und kontrolliert und nahm diese Behörde nachfolgend mündlich Rücksprache mit dem vor Ort anwesenden Kontrollpersonal des GWK. Dabei fragte die PAF das GWK an, ob die Einreise der Beschwerdeführerin in die Schweiz möglich sei. Das GWK lehnte die Einreise der Beschwerdeführerin ab, da diese aus der damals als (Covid-19-)Risikoland eingestuften Türkei eingeflogen war. In seiner nachträglichen Stellungnahme führte die EZV dazu aus, dass eine Einreise aus der Türkei damals (am 1. November 2020) verboten gewesen sei und es an einem Grund absoluter Notwendigkeit der Einreise gefehlt habe (SEM-act. 8 S. 43 f.).

5.3 Nach dem Gesagten hat die Beschwerdeführerin nach ihrer Anhaltung im gemeinsamen Sektor des EAP durch die dort zuständige französische PAF offenbar zum Ausdruck gebracht, in die Schweiz einreisen zu wollen. Ansonsten hätten die französischen Behörden nicht das Schweizer GWK angefragt, ob die Einreise der Beschwerdeführerin in die Schweiz möglich sei. Das GWK hat der Beschwerdeführerin daraufhin die Einreise in die Schweiz gestützt auf Art. 4 Abs. 1 aCovid-19-Verordnung 3 verweigert.

Die erfolgte Einreiseverweigerung ist somit als schweizerische (d.h. durch die Schweizer Behörden durchgeführte) Kontrolle einer Reisenden beim Eingang in die Schweiz im Sinne von Art. 8 Ziff. 4 Staatsvertrag Flughafen zu qualifizieren (vgl. vorne E. 5.1). Beziehungsweise die Einreiseverweigerung bildet das Ergebnis einer solchen Kontrolle. Die Einreiseverweigerung unterstand und untersteht folglich dem schweizerischen Recht.

Daran ändert auch der Umstand nichts, dass sowohl die der Einreiseverweigerung vorausgegangene Anhaltung der Beschwerdeführerin als auch deren anschliessende Verbringung auf einen Rückflug in die Türkei unbestrittenermassen durch die französische PAF erfolgten. Ebenso wenig fällt ins Gewicht, dass aufgrund der voneinander abweichenden Sachverhaltsdarstellungen der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz bzw. der EZV unklar bleibt, wie genau die Einreiseverweigerung durch das GWK vonstattenging – mithin, ob die PAF die Beschwerdeführerin effektiv zum GWK verbrachte und nach dessen abschlägigem Bescheid wieder mitnahm oder ob die PAF das GWK lediglich fernmeldetechnisch kontaktierte. Entscheidend ist vielmehr, dass die EZV gegenüber dem SEM – in diesbezüglicher Übereinstimmung mit der Beschwerdeführerin – zu Protokoll gegeben hat, das GWK habe die Einreise der Beschwerdeführerin abgelehnt.

5.4 Nach Massgabe des anwendbaren schweizerischen Rechts, namentlich Art. 4 Abs. 3 aCovid-19-Verordnung 3 i.V.m. Art. 65 Abs. 2 AIG, hätte das GWK betreffend die erfolgte Einreiseverweigerung am Flughafen innerhalb von 48 Stunden eine begründete Verfügung im Namen des gemäss Art. 35 Abs. 1 VEV zuständigen SEM auf dem Formular nach Anhang V Teil B SGK erlassen müssen, welche die Beschwerdeführerin innert 48 Stunden nach der Eröffnung schriftlich beim SEM hätte anfechten können.

5.5 Im Ergebnis stellt sich das SEM zu Unrecht auf den Standpunkt, es sei unzuständig für die am EAP erfolgte Rückweisung der Beschwerdeführerin und damit auch für die Behandlung der auf nachträglichen Rechtsschutz gerichteten Feststellungsbegehren der Beschwerdeführerin.

5.6 Der Klarheit halber bleibt auszuführen: Würde der Auffassung der Vorinstanz bezüglich internationaler Zuständigkeit gefolgt, bestünde am binationally betriebenen EAP der durch die schweizerische Gesetzgebung vorgesehene Rechtsschutz gegenüber einer allfälligen Verweigerung der Einreise in die Schweiz durch das Schweizer GWK bloss dann, wenn es der einreisewilligen Person gelingt, physisch unmittelbar zum GWK durchzudringen und ihren Einreisewillen geltend zu machen, bevor sie durch die französische PAF kontrolliert wird, welche lediglich mittelbar Rücksprache mit dem GWK hält. Damit hinge letztlich vom Zufall bzw. von der praktischen Ausgestaltung der behördlichen Zusammenarbeit am EAP ab, ob die Verweigerung einer Einreise in die Schweiz durch das Schweizer GWK nach Schweizer Recht angefochten werden kann oder nicht – was selbstredend nicht angeht. Verweigert das Schweizer GWK am Flughafen die Einreise in die Schweiz, so untersteht dieser Realakt dem Schweizer Recht, namentlich Art. 65 Abs. 2 AIG. Dabei spielt keine Rolle, wie es zur Einreiseverweigerung durch das GWK kommt und inwiefern das GWK bei damit zusammenhängenden weiteren Realakten (wie einer allfälligen Anhaltung und einer allfälligen Verbringung ins Flugzeug) in Aufgabenteilung mit der französischen PAF arbeitet. Anders verhielte es sich erst, wenn die PAF eine einreisewillige Person an der Einreise in die Schweiz hindern würde, *ohne* mit dem GWK Rücksprache zu nehmen.

6.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz zu Unrecht in Verneinung ihrer Zuständigkeit auf die Feststellungsbegehren der Beschwerdeführerin vom 4. November 2020 nicht eingetreten ist. Die Beschwerde ist deshalb gutzuheissen, soweit darauf einzutreten ist. Die angefochtene

Verfügung ist aufzuheben und die Sache zum Neuentscheid im Sinne der vorstehenden Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

7.

7.1 Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend sind keine Kosten zu erheben (Art. 63 Abs. 1 VwVG).

7.2 Der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin ist angesichts ihres Ob-siegens in Anwendung von Art. 64 VwVG und Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) eine Entschädigung für die ihr notwendigerweise erwachsenen Parteikosten zuzusprechen.

7.3 Der Rechtsvertreter weist in seiner Kostennote einen Zeitaufwand von 56.30 Stunden à Fr. 220.– und Auslagen von Fr. 18.90 aus. Der geltend gemachte zeitliche Aufwand erweist sich als deutlich überhöht. Unter Berücksichtigung der massgebenden Bemessungsfaktoren (Art. 9–13 VGKE, SR 173.320.2) ist die Parteientschädigung auf Fr. 4'500.– (inkl. Auslagen) festzusetzen.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wird, und die Sache wird zum neuen Entscheid im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.

Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 4'500.– auszurichten.

4.

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin und die Vorinstanz.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Sebastian Kempe

Julius Longauer

Versand: