Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Abteilung III
C-1417/2008
{T 0/2}

Urteil vom 6. März 2008

Besetzung

Richterin Ruth Beutler (Vorsitz),
Richter Andreas Trommer, Richter Blaise Vuille,
Gerichtsschreiber Thomas Segessenmann.

Parteien

C._____,
c/o Kantonspolizei Zürich, Flughafenpolizei / Fachdienst Grenzkontrolle, Postfach, 8058 Zürich-Flughafen,
Beschwerdeführer,

gegen

Bundesamt für Migration (BFM), Quellenweg 6,
3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Einreiseverweigerung und Wegweisung am Flughafen.

Sachverhalt:

A.
Der Beschwerdeführer ist pakistanischer Staatsangehöriger und wurde am 1. März 2008 von Dubai her kommend im Flughafen Zürich-Kloten anlässlich einer vorgelagerten Grenzkontrolle beim Flug der Emirates Airline EK 085 (Ankunft gemäss Flugplan: 20:15 Uhr) zurückgehalten und um 22:00 Uhr zur näheren Abklärung zum Fachdienst Grenzkontrolle der Kantonspolizei Zürich gebracht.

B.
Am 2. März 2008 um 09:57 Uhr räumte ihm die Kantonspolizei Zürich gemäss Formular "im Auftrag" des Bundesamtes für Migration (BFM) das rechtliche Gehör ein im Hinblick auf eine beabsichtigte Verweigerung der Einreise in die Schweiz wegen der Vorlage eines falschen, verfälschten oder gefälschten Reisedokuments. Von dieser Gelegenheit machte der Beschwerdeführer Gebrauch, indem er erklärte, im Besitz eines Original-Reisepasses zu sein, wie er ihn von seinem Heimatstaat Pakistan erhalten habe, mit diesem Pass bereits in andere Länder gereist zu sein und in den Vereinigten Arabischen Emiraten noch immer über eine Anstellung zu verfügen. Der Beschwerdeführer verlangte die Ausstellung einer anfechtbaren Verfügung.

C.
Mit Formular-Verfügung vom 2. März 2008, eröffnet um 14:15 Uhr, verweigerte die Flughafenpolizei Zürich – wiederum "im Auftrag" des BFM – dem Beschwerdeführer die Einreise und wies ihn aus der Schweiz weg. Als Grund wurde der Besitz eines falschen, gefälschten oder verfälschten Reisedokuments angegeben.

D.
Gegen diese Verfügung reichte der Beschwerdeführer am 2. März 2008, um 17:50 Uhr, bei der Kantonspolizei Zürich eine in englischer Sprache verfasste Beschwerde ein. In seiner Rechtsmitteleingabe beteuerte er nochmals, es handle sich beim vorgelegten Reisepass um ein echtes Dokument, welches ein Arbeitsvisum für die Vereinigten Arabischen Emirate enthalte und mit welchem er bereits in verschiedene andere Länder gereist sei. Die Beschwerdeschrift wurde am 3. März 2008 um 11:55 Uhr zusammen mit den Akten der Kantonspolizei Zürich an das Bundesverwaltungsgericht übermittelt.

E.
Mit verfahrensleitender Anordnung vom 3. März 2008, versandt per Telefax um 15:44 Uhr, ersuchte das Bundesverwaltungsgericht das BFM um Einreichung einer Vernehmlassung bis zum 4. März 2008, 17:00 Uhr. Diese Frist liess die Vorinstanz ungenutzt verstreichen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
1.1 Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht – unter Vorbehalt der Ausnahmen von Art. 32 VGG – Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), die von einer der in Art. 33 und 34 VGG genannten Behörde erlassen wurden.

1.2 Dazu gehören Verfügungen des BFM nach Art. 65 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG, SR 142.20) betreffend Einreiseverweigerung und Wegweisung am Flughafen.

1.3 Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet endgültig (Art. 1 Abs. 2 VGG i.V.m. Art. 83 Bst. c Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110).

2.
Im vorliegenden Verfahren stellt sich vorab die Frage, ob die von der Kantonspolizei Zürich "im Auftrag" des BFM erlassene Verfügung vom 2. März 2008 betreffend Einreiseverweigerung und Wegweisung am Flughafen von der sachlich zuständigen Behörde erlassen wurde.

2.1 Wird einer Ausländerin oder einem Ausländer am Flughafen die Einreise verweigert, so erlässt das Bundesamt auf unverzügliches Begehren der betroffenen Person innerhalb von 48 Stunden eine anfechtbare Verfügung (vgl. Art. 8 Abs. 2 und Art. 65 Abs. 2 AuG). Das BFM kann die Grenzkontrollorgane gestützt auf Art. 19 Abs. 3 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über das Einreise- und Visumverfahren (VEV, SR 142.20) ermächtigen, die Einreiseverweigerung nach Art. 8 Abs. 2 und Art. 65 Abs. 2 AuG auszufertigen und zu eröffnen.

Durch Art. 19 Abs. 3 VEV werden den Grenzkontrollorganen weitreichende Vollzugsaufgaben übertragen. Eine Delegation der eigentlichen Verfügungsgewalt ist hingegen nicht vorgesehen und bedürfte im Übrigen einer formell-gesetzlichen Grundlage (vgl. Art. 2 Abs. 4 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997 [RVOG, SR 172.010] und Art. 178 Abs. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]; vgl. zu letzterer Bestimmung auch GIOVANNI BIAGGINI, Kommentar BV, Zürich 2007, Art. 178 Rz. 26 sowie JEAN-FRANÇOIS AUBERT/PASCAL MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Zürich/Basel/Genf 2003, Art. 178 Rz. 10). Ungeachtet der Frage, ob sich die besagte Verordnungsbestimmung auf eine genügende gesetzliche Grundlage stützen kann (vgl. etwa Art. 9 Abs. 1 AuG, der die Zuständigkeit für die Grenzkontrolle den Kantonen zuweist), liegt somit die sachliche Zuständigkeit zum Erlass einer Verfügung nach Art. 65 Abs. 2 AuG beim BFM. Die Vorinstanz ist daher gestützt auf die aktuelle Rechtslage nicht befugt, die Grenzkontrollorgane – in casu die Kantonspolizei Zürich – generell zu ermächtigen, entsprechende Verfügungen zu erlassen (vgl. demgegenüber Rundschreiben des BFM vom 21. November 2007 "Einreiseverweigerung und Wegweisung am Flughafen oder an der Landesgrenze / Rechtliches Gehör bei der Anordnung von Entfernungs- und Fernhaltemassnahmen" sowie BFM-Weisungen Visa und Grenzkontrolle [VGK], A-281.22).

2.2 Gemäss den Akten hatte das Bundesamt keine Kenntnis davon, dass die Kantonspolizei Zürich am 2. März 2008 eine formelle Verfügung erliess, mit welcher dem Beschwerdeführer die Einreise in die Schweiz verweigert und seine Wegweisung angeordnet wurde. Bei dieser Sachlage kann nicht angenommen werden, die Vorinstanz habe die Kantonspolizei Zürich im konkreten Einzelfall ermächtigt, eine anfechtbare Verfügung auszufertigen und zu eröffnen. Die angefochtene Verfügung kann somit nicht als "im Auftrag" des BFM erlassen betrachtet werden kann. Daraus wiederum ergibt sich, dass die Verfügung vom 2. März 2008 von einer sachlich unzuständigen Behörde erlassen wurde.

3.

Im Folgenden ist daher in einem nächsten Schritt zu prüfen, ob die sachliche Unzuständigkeit der Kantonspolizei Zürich, eine Verfügung im Sinne von Art. 65 Abs. 2 AuG zu erlassen, in casu zu deren Nichtigkeit oder zur blossen Anfechtbarkeit führt.

3.1 Gemäss Lehre und Rechtsprechung sind fehlerhafte Verfügungen in der Regel lediglich anfechtbar. In Ausnahmefällen bewirkt die Fehlerhaftigkeit einer Verfügung deren Nichtigkeit. Ob eine Verfügung als nichtig zu betrachten ist, bestimmt sich im Einzelfall nach der sog. Evidenztheorie. Danach müssen kumulativ drei Voraussetzungen gegeben sein. So muss ein schwerwiegender Rechtsfehler vorliegen, der Fehler muss offenkundig oder zumindest leicht erkennbar sein und die Annahme der Nichtigkeit darf nicht zu einer ernsthaften Gefährdung der Rechtssicherheit führen (vgl. BGE 130 III 430 E. 3.3 S. 434; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, § 31 Rz. 15 ff.; je mit Hinweisen).

3.2 Die sachliche Unzuständigkeit der verfügenden Behörde ist ein schwerwiegender Rechtsfehler, welcher grundsätzlich geeignet ist, die Nichtigkeit eines Entscheides zu bewirken (vgl. etwa BGE 111 Ib 213 E. 5b S. 220 f.). Im vorliegenden Fall fehlt es indessen an der Voraussetzung der offensichtlichen Fehlerhaftigkeit. Die Kantonspolizei Zürich ist als zuständige Behörde zur Grenzkontrolle am Flughafen Zürich-Kloten befugt und auch verpflichtet, Ausländerinnen und Ausländer, welche die Einreisevoraussetzungen nicht erfüllen, indem sie beispielsweise nicht über die erforderlichen Reisepapiere verfügen (vgl. Art. 5 Abs. 1 Bst. a AuG), die Einreise formlos zu verweigern (vgl. Art 9 Abs. 1 AuG i.V.m. Art. 8 und 65 Abs. 1 AuG). Die Kantonspolizei Zürich ist unter diesen Umständen nicht als gänzlich unzuständige Behörde für den Erlass von Verfügungen betreffend Einreiseverweigerung und Wegweisung am Flughafen zu betrachten. Dies umso mehr, als sie beim Erlass der Verfügung gestützt auf die bereits erwähnten Weisungen sowie das Rundschreiben des BFM vom 21. November 2007 offenbar gutgläubig der Meinung war, die erforderliche Ermächtigung zu besitzen, im Auftrag des BFM formell verfügen zu dürfen. Aus diesen Gründen kann nicht davon ausgegangen werden, die sachliche Unzuständigkeit der Kantonspolizei Zürich sei für diese – geschweige denn für den Beschwerdeführer, welcher sich auf Rekursebene zu dieser Frage gar nicht geäussert hat – leicht erkennbar gewesen. Schliesslich spricht auch eine Abwägung der auf dem Spiel stehenden Interessen dagegen, der angefochtenen Verfügung jegliche rechtliche Wirkung abzusprechen. Weder der Grundsatz der Rechtssicherheit noch derjenige des Vertrauensschutzes erfordern im vorliegenden Fall die Annahme der Nichtigkeit der Verfügung vom 2. März 2008 (vgl. Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 68.150 E. 3b).

3.3 Als Zwischenergebnis ist demnach an dieser Stelle festzuhalten, dass grundsätzlich ein zulässiges Anfechtungsobjekt im Sinne von Art. 5 VwVG vorliegt.

4.
Der Beschwerdeführer ist als Adressat der Verfügung vom 2. März 2008 zur Beschwerde legitimiert (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG). Aus prozessökonomischen Gründen wird sodann auf die Einholung einer Beschwerdeverbesserung verzichtet, da die in englischer Sprache verfasste Beschwerdeschrift ohne grossen Aufwand von Amtes wegen übersetzt werden kann (vgl. Art. 33a Abs. 4 VwVG) und aus der Beschwerde ein Beschwerdewille sowie eine rudimentäre Begründung hervorgeht (vgl. Art. 52 Abs. 2 und 3 VwVG). Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist daher einzutreten (vgl. Art. 52 Abs. 1 VwVG und Art. 65 Abs. 2 AuG).

5.
Wie bereits einleitend festgestellt wurde, leidet die angefochtene Verfügung an einem Verfahrensmangel.

5.1 Praxisgemäss können nicht besonders schwerwiegende Mängel des vorinstanzlichen Verfahrens auf Rekursebene ausnahmsweise geheilt werden, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie die Rechtslage frei überprüfen kann. Die Heilung eines allfälligen Mangels soll aber die Ausnahme bleiben (vgl. BVGE 2007/27 E. 10.1 mit Hinweisen). Die Rechtsprechung zur Heilung von Verfahrensfehlern hat in der Regel Verletzungen des rechtlichen Gehörs zum Gegenstand. Die Heilung muss aber auch bei anderen Verfahrensfehlern möglich sein (vgl. VPB 68.150 E. 3c mit Hinweisen).

5.2 Das Bundesverwaltungsgericht verfügt im vorliegenden Fall zwar über volle Kognition (vgl. Art. 49 VwVG). Eine Heilung des Verfahrensmangels ist jedoch aus anderen Gründen ausgeschlossen. Beim Vorgehen der Kantonspolizei Zürich als zuständiger Grenzkontrollbehörde handelt es sich offenbar nicht um ein einmaliges Versehen. Das Vorgehen entspricht vielmehr dem in den BFM-Weisungen und dem Rundschreiben vom 21. November 2007 vorgezeichneten ordentlichen Verfahrensablauf betreffend Einreiseverweigerung und Wegweisung am Flughafen seit dem Inkrafttreten des AuG am 1. Januar 2008. Einer Heilung des Verfahrensmangels im vorliegenden Verfahren käme daher kein Ausnahmecharakter zu, sondern sie würde die widerrechtliche

Praxis in grundsätzlicher Weise billigen. Gegen eine Heilung des Verfahrensmangels spricht schliesslich auch, dass das Bundesverwaltungsgericht die Vorinstanz bereits in zwei vorangegangenen Beschwerdeverfahren betreffend den Flughafen Genf-Cointrin auf die Frage der Zulässigkeit der vorgenommenen Delegation aufmerksam gemacht hat (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts C-494/2008 vom 28. Januar 2008 und C-593/2008 vom 1. Februar 2008). Diese Hinweise haben die Vorinstanz jedoch bis zum Zeitpunkt des Ergehens der vorliegenden Verfügung vom 2. März 2008 offenbar nicht dazu veranlasst, konkrete Schritte zu unternehmen, um einen gesetzeskonformen Erlass von Verfügungen nach Art. 65 Abs. 2 AuG zu gewährleisten.

5.3 Der Vollständigkeit halber ist an dieser Stelle anzumerken, dass eine Verneinung der Heilbarkeit des vorliegend zu beurteilenden Verfahrensmangels nicht dazu führt, dass dem Beschwerdeführer die Einreise in die Schweiz bewilligt werden müsste. Der Beschwerdeführer befindet sich seit dem 1. März 2008 im Transitbereich des Flughafens Zürich-Kloten und kann sich demnach gestützt auf Art. 65 Abs. 3 AuG noch bis spätestens 16. März 2008 dort aufhalten. Mithin besteht grundsätzlich noch genügend Zeit zum Erlass einer neuen Verfügung innerhalb von 48 Stunden, zur Behandlung einer – ebenfalls innerhalb von 48 Stunden einzureichenden – neuen Beschwerde innerhalb von 72 Stunden und zum Vollzug der Wegweisung bzw. der Anordnung einer Ausschaffungshaft (vgl. Art. 65 Abs. 2 AuG sowie Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8. März 2002, BBl 2002 3812).

5.4 Nach dem Gesagten erweist sich die angefochtene Verfügung als bundesrechtswidrig (vgl. Art. 49 Bst. a VwVG). Die Beschwerde ist daher gutzuheissen, die angefochtene Verfügung aufzuheben und zum neuerlichen Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.

6.

6.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind dem Beschwerdeführer keine Kosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG).

6.2 Da nicht davon auszugehen ist, dem Beschwerdeführer seien im vorliegenden Verfahren notwendige und verhältnismässig hohe Kosten entstanden, ist ihm keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird gutgeheissen.

2.
Die angefochtene Verfügung vom 2. März 2008 wird aufgehoben und zum neuerlichen Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen.

3.
Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

4.
Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

5.
Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (vorab per Telefax)
- die Vorinstanz (vorab per Telefax)
- die Kantonspolizei Zürich, Flughafenpolizei/Fachdienst Grenzkontrolle (vorab per Telefax; mit der Bitte, dem Beschwerdeführer eine Telefax-Kopie sowie das Original des vorliegenden Urteils gegen Empfangsbestätigung auszuhändigen)

Die vorsitzende Richterin:	Der Gerichtsschreiber:
Ruth Beutler	Thomas Segessenmann

Versand: