



Abteilung I
A-1553/2007
{T 0/2}

Urteil vom 14. Dezember 2007

Besetzung

Richter Markus Metz (Vorsitz), Richterin Kathrin Dietrich,
Richter Jürg Kölliker,
Gerichtsschreiber Thomas Moser.

Parteien

1. **A.** _____ **SA**,
2. **B.** _____ **AG**,
beide vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Philipp Perren,
Dufourstrasse 29, Postfach 1372, 8032 Zürich,
Beschwerdeführerinnen,

gegen

Bundesamt für Zivilluftfahrt (BAZL), 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Kombination von Personen- und Unterlasttransporten
mit Helikoptern, Verfügungen des BAZL je vom
29. Januar 2007.

Sachverhalt:**A.**

Aufgrund einer Anregung des Civil Aviation Safety Office (CASO) des Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) prüfte das Bundesamt für Zivilluftfahrt (BAZL), ob bei Helikoptern für sog. Unterlastflüge der gleichzeitige Transport von Passagieren untersagt werden müsse. Das BAZL gab den betroffenen Helikopterunternehmen Gelegenheit zur Stellungnahme. Es kam zum Schluss, ein grundsätzliches Verbot sei angezeigt und verwies dazu auf das Einverständnis der meisten Helikopterflugbetriebe, auf die Rechtslage in den Umliegestaaten und auf eine Statistik, gemäss der die Unfallquote bei Unterlastflügen höher sei als bei anderen Einsatzarten. Am 29. Januar 2007 verfügte es daher, namentlich gegenüber der A._____ SA und der B._____ AG, beim Transport von Unterlasten mit Helikoptern dürften sich keine Personen an Bord befinden, ausser (a) Flugbesatzungsmitglieder, einschliesslich solcher in Ausbildung (b) sowie (c) Personen, die eine essentielle Funktion in direktem Zusammenhang mit der Aussenlast ausübten. Als essentielle Funktion gelte dabei die Wahrnehmung von Aufgaben, die im direkten Zusammenhang mit der transportierten Unterlast stünden und unabdingbar seien; als solche gelte die Bedienung von Systemen, die als Unterlast transportiert werden. Weiter verfügte das BAZL, von dieser Regel könne ausnahmsweise abgewichen werden, wenn der Flug der Rettung, Bergung oder Evakuierung von Menschen oder Tieren diene.

B.

Gegen die jeweils sie betreffende Verfügung erheben die A._____ und die B._____ AG (Beschwerdeführerinnen) mit gemeinsamer Eingabe vom 27. Februar 2007 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragen die ersatzlose Aufhebung der Verfügung. Als Eventualantrag verlangen sie eine Anpassung dahingehend, dass nur bei kommerziellen Passagiertransporten keine Unterlasten transportiert werden dürfen. Im Sinn eines Subeventualbegehrens beantragen sie schliesslich eine Formulierung, wonach bei Unterlastflügen nicht gleichzeitig *Passagiere* mit an Bord sein dürfen. Nicht als Passagiere würden dabei betriebseigene Personen, Flugbesatzungsmitglieder, einschliesslich solche in Ausbildung (z.B. Pilot, Flughelfer, Arzt, Rettungssanitäter, Einsatzleiter etc.) sowie Mission-Members und Special Crew Members gelten. Laut dem Subeventualantrag sollten sodann weiter Ausnahmen zulässig sein, wenn der Flug der Rettung, Bergung

und/oder Evakuation von Menschen und Tieren diene. Weiter solle in besonderen Fällen der Kommandant entscheiden können, z.B. bei spezieller Dringlichkeit oder wenn Personen der Aufsichtsbehörden mitfliegen wollten.

Zur Begründung führen sie aus, das BAZL lasse ausser Acht, dass nach den Regelwerken der Joint Aviation Authorities (JAA) zwischen gewerbsmässigen Flügen zur Personenbeförderung (commercial air transport) und Arbeitsflügen (aerial work activity) zu unterscheiden sei. Das BAZL verkenne sodann, dass bei Arbeitsflügen, wozu die Unterlastflüge mit Helikoptern zählten, nicht die gleich strengen Regeln bzw. hohen Anforderungen bezüglich Sicherheit gelten könnten wie bei Personentransportflügen. Die Vorgaben der JAA, wie sie dereinst für Arbeitsflüge mit Helikoptern gelten sollten, enthielten in der heute vorliegenden Entwurfform keine derart strengen Vorschriften wie jene, die das BAZL angeordnet habe. In den umliegenden Staaten gebe es denn auch keine solchen und es bestünden auch keine Pläne in diese Richtung. Ferner stimme nicht, dass andere Helikopterunternehmen, die von der Einschränkung tatsächlich betroffen seien, mit dieser einverstanden seien. Sodann seien Unterlastflüge gar nicht so gefährlich, wie dies das BAZL behaupte. Dieses habe die herangezogenen Unfallberichte zu wenig gründlich analysiert und daraus unzulässige Schlüsse gezogen. Die Statistiken zum angeblich höheren Unfallrisiko existierten gar nicht. Es sei unsinnig, sog. Mission Members und Special Crew Members generell vom Mitfliegen bei Unterlasttransporten auszuschliessen. Die Massnahme sei nicht nur aus Sicherheitsgründen nicht nötig, sondern sie stelle überdies, weil viele zusätzliche Flüge nötig würden, einen ökonomischen und ökologischen Unsinn dar. Die luftfahrtrechtliche Polizeigeneralklausel sei keine hinreichende Grundlage für die Massnahme. Derart Allgemeingültiges müsse durch den Gesetz- oder Verordnungsgeber angeordnet werden. Schliesslich sei die getroffene Regelung zu auslegungsbedürftig, unverhältnismässig und willkürlich und verletze die Beschwerdeführerinnen in ihrer Wirtschaftsfreiheit.

C.

Als für das BAZL die Frist für die Vernehmlassung lief, haben die Beschwerdeführerinnen das Bundesverwaltungsgericht am 19. April 2007 über die Aufnahme von Einigungsverhandlungen mit dem BAZL orientiert. Dieses hat dem Bundesverwaltungsgericht am 14. Juni 2007 mitgeteilt, die Gespräche seien erfolglos verlaufen.

D.

Am 16. August 2007 hat das BAZL auf Verlangen des Bundesverwaltungsgerichts mehrere Dokumente eingereicht und diese kurz kommentiert. Mit einem Nachtrag vom 23. August 2007 hat es seinen Antrag für das Beschwerdeverfahren gestellt; dieser lautet auf Abweisung der Beschwerde. Eine eigentliche Vernehmlassung hat das BAZL nicht abgegeben.

E.

Am 9. Oktober 2007 hat am Sitz des Bundesverwaltungsgerichts eine Instruktionsverhandlung stattgefunden. Dabei haben die Beschwerdeführerinnen und das BAZL mehrere Unterlagen zu den Akten gegeben, so die Beschwerdeführerinnen u.a. eine weitere schriftliche Stellungnahme, in der sie namentlich das erhöhte Unfallrisiko von Unterlastflügen bestreiten. An der Verhandlung selbst haben die Beschwerdeführerinnen erklärt, die vom BAZL herangezogenen Regelungen in den USA, Frankreich und Österreich seien weniger streng als die nun für der Schweiz angeordnete Massnahme. Das BAZL seinerseits hat u.a. erläutert, eine essentielle Funktion übe jemand dann aus, wenn der Unterlastflug ohne diese Person an Bord nicht ausgeführt werden könnte. Beim Absetzen von Jungtannen im Gelände könne das etwa dann gegeben sein, wenn man auf die Ortskundigkeit der betreffenden Person angewiesen sei. Nicht auf einem Unterlastflug mittransportiert werden soll hingegen ein Hüttenwart einer SAC-Hütte, wenn der Flug der Versorgung der Hütte mit Proviant diene. Das Sicherheitsrisiko sei zu gross und es müssten halt zwei Flüge durchgeführt werden, was für die Beschwerdeführerinnen wirtschaftlich gar nicht negativ sei.

F.

Auf weitere Sachverhaltselemente, Parteivorbringen und sich bei den Akten befindliche Dokumente wird, soweit entscheidungswesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

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

Als allgemeines Verwaltungsgericht des Bundes beurteilt das Bundesverwaltungsgericht gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über

das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Das BAZL gehört zu den Vorinstanzen des Bundesverwaltungsgerichts (Art. 33 VGG). Im Luftfahrtrecht besteht sodann keine Ausnahme von der sachlichen Zuständigkeit (Art. 32 VGG). Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde.

Als Verfügungsadressatinnen sind die Beschwerdeführerinnen durch die jeweils angefochtene Verfügung unmittelbar betroffen und daher ohne weiteres zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Beschwerdefrist (Art 50 VwVG) und -form (Art. 52 VwVG) sind gewahrt. Auf die (gemeinsame) Beschwerde ist daher einzutreten.

2.

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die bei ihm angefochtenen Verfügungen auf Rechtsverletzungen einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens sowie auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG). Während es die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe frei überprüft, auferlegt es sich namentlich dann eine gewisse Zurückhaltung, wenn es um technische Probleme, Fachfragen oder sicherheitsrelevante Einschätzungen geht, die die verfügende Behörde aufgrund ihres Spezialwissens oder ihrer örtlichen, sachlichen oder persönlichen Nähe sachgerechter zu beurteilen vermag (BGE 131 II 680 E. 2.3.2, ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006, Rz. 446a ff.).

3.

Die Beschwerdeführerinnen stellen die Regelwerke der JAA vor und äussern sich ausführlich zu der darin getroffenen Unterscheidung zwischen Flügen zum Zwecke des gewerbsmässigen Personentransports (commercial air transport) und Arbeitsflügen (aerial work activity). Dem BAZL (Vorinstanz) werfen sie vor, es verkenne diese Unterscheidung und führe entgegen der Terminologie der JAA den Begriff der essentiellen Funktion ein. Weiter führen sie aus, Arbeitsflüge seien, bedingt durch die auszuführenden Aufträge, mit höheren Risiken verbunden als Flüge, die nur des Personentransports wegen erfolgten. Entsprechend dürften für Arbeitsflüge nicht die gleich strengen Regeln gelten wie für Personentransportflüge.

3.1 Die Luftfahrtbehörden zahlreicher europäischer Länder, so für die Schweiz auch die Vorinstanz, haben sich zu den JAA zusammengeschlossen, u.a. zur Entwicklung gemeinsamer Sicherheitsstandards.

Die JAA erlassen einheitliche Normen, die sog. Joint Aviation Requirements (JAR). Die Aufgaben der JAA sollen mittelfristig durch die Europäische Agentur für Flugsicherheit (EASA) übernommen werden, der die Schweiz ebenfalls angehört (PHILIPP BÄRTSCHI/MARTIN STEIGER, Luftrecht, Erlasssammlung, Bern 2007, S. XXIV). Die JARs werden für die Schweiz durch die Übernahme ins Landesrecht verbindlich (vgl. Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für Infrastruktur und Umwelt [REKO/INUM] B-2005-209 vom 19. Januar 2006 E. 5.3).

3.2 Für Personentransportflüge gelten bei Flugzeugen die JAR-OPS 1 und bei Helikoptern die JAR-OPS 3. Die JAR-OPS 1 wurden in der Schweiz mit der Verordnung des UVEK vom 8. September 1997 über den Betrieb von Flugzeugen im gewerbsmässigen Lufttransport (VJAR-OPS 1, SR 748.127.8) verbindlich. Die JAR-OPS 3 hat die Schweiz dagegen noch nicht ins Landesrecht überführt. Arbeitsflüge, die durch Helikopter ausgeführt werden, sind durch die JAR-OPS 4 abgedeckt. Diese existieren auf JAA-Ebene allerdings erst als Entwurf. Ihnen kommt daher vorliegend von vornherein keine Verbindlichkeit zu. Für die hier interessierende Frage enthalten sie aber, soweit ersichtlich, auch gar keine Lösung, weder im Sinn einer Einschränkung, wie sie die Vorinstanz will, noch im Sinn einer weitgehenden Freiheit, wie sie den Beschwerdeführerinnen vorschwebt. Richtig ist, dass die JAR-OPS 4 die Begriffe *task specialist* und *area task specialist* kennen (vgl. Subpart B [4.007 Terminology] und P [4.1045 Part C]). Für die Vorinstanz besteht jedoch keine Pflicht, diese Terminologie bereits heute zu übernehmen und dafür ihr Kriterium der *essentiellen Funktion* aufzugeben. Aus den JAR-OPS lässt sich somit nichts zugunsten der Beschwerdeführerinnen ableiten.

4.

Die Beschwerdeführerinnen machen weiter geltend, die strittige Anordnung könne nicht auf Art. 15 des Luftfahrtgesetzes vom 21. Dezember 1948 (LFG, SR 748.0) abgestützt werden. Diese Bestimmung erlaube nur besondere polizeiliche Massnahmen zur Wahrung der Flugsicherheit. Generelle Verbote wie das vorliegende müssten dagegen in Form eines Gesetzes oder über eine Verordnung erlassen werden.

4.1 Ein Rechtssatz, d.h. ein Gesetz oder eine Verordnung, ist generell-abstrakter Natur und findet auf eine Vielzahl von Personen und Lebenssachverhalten Anwendung. Eine Verfügung regelt dagegen Rechte und Pflichten im Einzelfall, ist somit Einzelakt und wirkt indivi-

duell-konkret. Dazwischen liegt die Allgemeinverfügung; sie regelt zwar einen Einzelfall, dies jedoch mit Blick auf einen nicht näher bestimmten Kreis von Personen. Rechtssätze werden durch den Gesetz- oder Verordnungsgeber erlassen. Verfügungen, wozu auch die Allgemeinverfügung zählt, sind dagegen Rechtsanwendungsakte; sie werden durch die Verwaltungsbehörden getroffen (PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, §§ 13 und 28, da namentlich Rz. 22 ff.). Die Abgrenzung von Rechtssatz und Einzelakt kann sich mitunter schwierig gestalten (BGE 112 Ib 249 E. 2, mit Hinweisen, u.a. auch auf TOBIAS JAAG, Die Abgrenzung zwischen Rechtssatz und Einzelakt, Zürich 1985).

4.2 Die hier strittige Regelung ist zwar allgemein und offen formuliert. Sie beschlägt jedoch einen konkreten, klar begrenzten Sachverhalt und ist, was den Adressatenkreis angeht, keineswegs unbestimmt, richtet sie sich doch ausschliesslich an Helikopterunternehmen, die Unterlastflüge durchführen. Die Anordnung ist damit vergleichbar mit jenen, mit denen die Vorinstanz die Koordination von An- und Abflügen auf Gebirgslandeplätzen näher geregelt hat, um Kollisionen und Unfälle zu verhindern. In diesen Fällen sind das Bundesverwaltungsgericht und zuvor die Rekurskommission UVEK ohne weiteres von Verfügungen ausgegangen und sie haben, ebenfalls ohne weiteres, Art. 15 LFG als genügende Grundlage angesehen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1982/2006 vom 3. Dezember 2007; Entscheid der REKO UVEK B-2001-8 vom 11. Februar 2002). Ebenso ist, trotz der abstrakt gehaltenen Formulierung, als Verfügung zu qualifizieren, was die Vorinstanz vorliegend angeordnet hat. Vom Regelungsinhalt her scheint der Weg über die Verfügung durchaus sachgerecht. Es brauchte daher keine Vorschrift in der Form eines Erlasses, d.h. in einer Verordnung. Ein Gesetz zu verlangen, fällt wegen der Technizität des Geregelteten ohnehin ausser Betracht. Art. 15 LFG, der die Vorinstanz ermächtigt, zur Wahrung der Flugsicherheit besondere polizeiliche Massnahmen zu ergreifen, ist als Grundlage ausreichend (vgl. Entscheid der REKO/INUM B-2004-55 vom 25. August 2004, E. 6.5 i.f.). An alledem ändert nichts, dass ähnliche Regelungen im Ausland z.T. in einer Verordnung, erlassen durch das Verkehrsministerium, enthalten sind (unten E. 5.1).

5.

Laut den Beschwerdeführerinnen gehören Unterlastflüge nicht zu den key risk -Flügen; sie bestreiten, dass es für Personen, die bei Unterlastflügen mit an Bord sind, ein erhöhtes Risiko gebe, und sie erachten

das angeordnete generelle Verbot deshalb als unnötig und unsinnig. Die Vorinstanz sieht dies anders. In der angefochtenen Verfügung hat sie ausgeführt, gemäss Statistik sei die Unfallquote bei Transporten mit Lastenschlinge höher als bei anderen Einsatzarten. Die meisten Helikopterbetriebe seien mit der Einschränkung denn auch einverstanden. Diese sei auch mit Blick auf die Rechtslage in den Umliedgestaaten und die Vorschriften gewisser Helikopterhersteller gerechtfertigt und sinnvoll. Die Vorinstanz hat sich für die Anordnung sodann auf Berichte zu Unfällen mit Unterlasten gestützt. Anlässlich der Instruktiionsverhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht hat sie schliesslich darauf hingewiesen, dass sie durch das CASO beauftragt worden sei, ein Verbot wie das nunmehr verfügte zu prüfen. Die Beschwerdeführerinnen weisen die Argumentation der Vorinstanz in allen Punkten als zu wenig fundiert zurück.

5.1 Die Vorinstanz hat in der angefochtenen Verfügung eine Statistik angeführt, diese gegenüber den Beschwerdeführerinnen aber nicht vorlegen können. Erst im Beschwerdeverfahren und auf Aufforderung des Bundesverwaltungsgerichts hin hat sie ein Dokument des französischen Helikopterherstellers Eurocopter eingereicht, das sich mit den Risiken von Unterlastflügen befasst und Empfehlungen für die Vermeidung von Unfällen abgibt. Darin ist auch eine Statistik zu Unfällen bei Unterlastflügen enthalten, unterteilt nach Unfallursachen. Die Statistik erfasst indes keine anderen Unfälle als solche mit Unterlasten. Der Schluss, bei Unterlastflügen sei die Unfallquote höher als bei anderen Einsatzarten, ist daher nicht zulässig. Eine Statistik, die Aufschluss über die Unfallohäufigkeit bei verschiedenen Einsatzarten gibt, hat die Vorinstanz, obschon sie dies an der Instruktiionsverhandlung in Aussicht gestellt hat, nicht beigebracht. Gegenüber welchen anderen Helikopterunternehmen die Vorinstanz was verfügt hat, ist nicht bekannt. Auf Aufforderung hin hat sie beim Bundesverwaltungsgericht Stellungnahmen von betroffenen Betrieben eingereicht, die diese im Rahmen der vorgängigen Vernehmlassung abgegeben hatten. Diese Stellungnahmen ergeben ein durchzogenes Bild. Grundsätzlich wird die Massnahme, mit der die Sicherheit erhöht werden soll, begrüsst; was die Einzelheiten des Verbots angeht, wird aber sehr wohl Kritik geäussert, so z.B. durch C._____ und die D._____. Sodann ist, wie dies die Beschwerdeführerinnen zu recht vorbringen, bei gewissen Unternehmen fraglich, ob sie vom Verbot tatsächlich betroffen sind. So sind Rettungsflüge, wie sie die E._____ ausführt, vom Verbot weitgehend ausgenommen, oder bei gewissen Helikoptertypen können

wegen der Platzverhältnisse oder der Vorschriften in den Flugbetriebs-handbüchern (Flight Operation Manuals, FOM) gar keine zusätzlichen Passagiere mitfliegen. Für die Frage, ob das Verbot, sei es im verfügbaren Umfang oder dem Grundsatz nach, nötig und angezeigt ist, können diese Stellungnahmen aber ohnehin nicht entscheidend sein.

5.2 Wichtiger erscheinen dagegen die durch die Vorinstanz eingereichten Unfallberichte. Zu einem Unfall, der sich am 7. September 2004 im Wallis ereignet hat, kam das Büro für Flugunfalluntersuchungen (BFU) mit Bericht vom 26. April 2006 zum Schluss, der Unfall sei darauf zurückzuführen, dass unmittelbar nach dem Start der Lasthaken mit dem Gelände kollidiert und das Lastenseil in der Folge in den Heckrotor geschleudert worden sei. Dadurch sei der Helikopter ausser Kontrolle geraten und abgestürzt. Am 10. Juli 2003 kam es in Graubünden zu einem Unfall, weil der Pilot neben der abgesetzten Last zu landen versuchte, ohne zuvor das Lastenseil ausgeklinkt zu haben (Bericht des BFU vom 14. April 2005). In einem weiteren Fall verlor der Pilot im Hochgebirge die visuellen Referenzen, worauf die mitgeführte Unterlast den Boden berührte, was wiederum dazu führte, dass die Kontrolle über den Helikopter verloren ging (Bericht des BFU vom 7. August 1998 zu einem Unfall im Wallis vom 4. März 1997). Wenn die Beschwerdeführerinnen in diesem Fall allein den Verlust der visuellen Referenzen als Unfallursache darstellen, blenden sie aus, dass es genau wegen der Unterlast zur Kollision mit dem Boden kam, auch wenn die Last nicht unmittelbar verantwortlich für den Unfall war. Die Unfallberichte zeigen auf, dass es bei Unterlastflügen, zumal bei solchen im Gebirge, zu Unfällen kommt, was angesichts der auszuführenden Aufträge auch nicht weiter erstaunt. Dass die Unfälle mitunter auf die Lastenschlinge oder das Seil zurückgehen, ändert an diesem Befund nichts. Es ist daher verständlich, wenn die Vorinstanz die Anzahl der an Bord befindlichen Personen möglichst reduzieren und auf jene beschränken will, die für die Durchführung des jeweiligen Fluges unerlässlich sind. Ihre Anordnung geht denn u.a. auch auf einen Bericht des CASO (safety finding vom 24. August 2005) und die darin aufgegriffene Anregung zurück, es sei zu prüfen, ob der gleichzeitige Transport von Passagieren und Unterlasten mit Helikoptern verboten werden sollte. Ein Einschreiten der Vorinstanz erscheint rein aufgrund des Umstands gerechtfertigt, dass es zu Unfällen mit Sach- und z.T. mit Personenschäden gekommen ist. Zu verlangen, es dürfte nur eingeschritten werden, wenn Unterlastflüge zu den gefährlichsten Flügen überhaupt gehörten, mit den Worten der Beschwerdeführerinnen zu

den key risk -Flügen, geht nicht an. Den Beschwerdeführerinnen kann auch nicht gefolgt werden, wenn sie argumentieren, die Personen, die an Bord von Helikoptern mit Unterlasten gingen, täten dies in Kenntnis der Sachlage und seien selber zu einer Risikobeurteilung imstande. Für die (relative) Gefährlichkeit von Unterlastflügen und die Notwendigkeit, das Mitführen von Personen auf solchen Flügen weitgehend einzuschränken, sprechen schliesslich einschlägige Regelungen in den angrenzenden Alpenländern Frankreich und Österreich. In Frankreich verbietet der arrêté relatif aux conditions d'utilisation des aéronefs civils en aviation générale vom 24. Juli 1991 (J.O n° 202, 30 août 1991) unter 5.4 (restrictions d'occupation des aéronefs) für Personen, die keine Funktion in Zusammenhang mit dem ausgeführten Flug innehaben, für gewisse Fälle die Anwesenheit an Bord, so u.a. auch für Unterlastflüge mit Helikoptern. In Österreich dürfen auf Helikopterflügen mit Aussenlasten nur die für die Beförderung zweckdienlichen Personen mitgeführt werden (§ 16 Abs. 2 der Luftverkehrsbetreiberzeugnis-Verordnung 2004 [AOCV 2004, BGBl. II Nr. 425/2004]). Diese beiden Regelungen sind freilich weniger restriktiv als das strittige, durch die Vorinstanz verfügte Verbot (vgl. unten E. 6.2).

5.3 Wenn die Vorinstanz Massnahmen ergreift, damit niemand unnötig den mit Unterlastflügen verbundenen Risiken ausgesetzt wird, erfolgt dies somit grundsätzlich im öffentlichen Interesse. Das heisst jedoch noch nicht, dass das verfügte Verbot auch von seinem Umfang her gerechtfertigt ist. In der verfügten Form lässt es sich nur dann stützen, wenn es einer Verhältnismässigkeitsprüfung standhält.

6.

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit verlangt, dass eine Massnahme zur Erreichung des angestrebten Ziels, das im öffentlichen Interesse liegen muss, geeignet und erforderlich ist; erforderlich ist sie dann, wenn es keine mildere Alternative gibt. Die Massnahme muss sodann auch zumutbar sein, d.h. sie muss in einem vernünftigen Verhältnis zu den Einschränkungen stehen, die den Privaten auferlegt werden (BGE 132 I 49 E. 7.2, TSCHANNEN/ZIMMERLI, a.a.O., § 21 Rz. 1).

6.1 Die Beschwerdeführerinnen halten dafür, ein generelles Verbot sei der falsche Ansatz. Die Regelung bringe nicht nur keinen Sicherheitsgewinn, sondern, weil schwierige Einsätze nicht verhindert würden, oft gar einen Verlust an Sicherheit. Es sei unsinnig, sog. Mission Members und Special Crew Members generell vom Mitfliegen bei Unterlast-

transporten auszuschliessen. Zu Ersteren gehörten z.B. der Operateur einer Unterlast oder der Glaziologe, der auf dem Gletscher das als Unterlast mitgeführte Messgerät bedienen solle. Zu Letzteren seien etwa der Beobachter einer Last oder derjenige zu zählen, der den Piloten beim Abladen der Last einweise. Reduziert werde mit der Massnahme bloss die Anzahl der exponierten Personen. Für jene, die nach der neuen Regelung nicht mehr mitfliegen dürften, würden zusätzliche Flüge nötig, was ökonomisch und ökologisch ein Unsinn sei. Schliesslich sei die Anordnung auch zu auslegungsbedürftig.

Welches die Überlegungen der Vorinstanz zur Verhältnismässigkeit sind, ist für das Bundesverwaltungsgericht erst an der Instruktionsverhandlung erkennbar geworden, denn in der angefochtenen Verfügung steht dazu nichts und eine eigentliche Vernehmlassung fehlt ebenfalls. So hat die Vorinstanz ausgeführt, womöglich müsste genauer definiert werden, was mit essentieller Funktion gemeint sei. Für gewisse Passagiere, so z.B. für einen SAC-Hüttenwart, hat sie jedoch klar festgehalten, ein Mittransport auf einem Unterlastflug sei ein zu grosses Risiko. Wenn deswegen ein zusätzlicher Flug durchgeführt werden müsse, sei das für die Beschwerdeführerinnen wirtschaftlich gar nicht negativ.

6.2 Mit dem verfügten Verbot wird erreicht, dass weniger Personen den Risiken ausgesetzt sind, die von Unterlastflügen ausgehen; mit Blick auf den verfolgten Zweck ist die Eignung der Massnahme damit zu bejahen. Ob sie auch erforderlich ist, d.h. ob es keine mildere Alternative gibt, und ob sie eine vernünftige Zweck-Mittel-Relation wahrt, ist eine Frage, die den Umfang des Verbots beschlägt. Konkret fragt sich, ob dieses nicht wie in gewissen anderen Ländern auch weniger restriktiv sein könnte. In Österreich dürfen nur die für die Beförderung zweckdienlichen Personen mitgeführt werden. In Frankreich dürfen derweil jene nicht mit an Bord, denen im Zusammenhang mit dem Zweck des Fluges keine Aufgabe zukommt (*toute personne n'ayant pas une fonction en relation avec le but du vol*). Der Zusammenhang mit der Unterlast ist damit nur ein loser. Schon enger ist er in den USA. Die dortige Regelung ist indes auch weniger streng als die für die Schweiz nunmehr verfügte.

In den USA darf nach § 133.35 US Code of Federal Regulations, Title 14, Aeronautics and Space, soweit hier von Interesse, nur mitfliegen, wer eine essentielle Funktion im Zusammenhang mit der Aussenlast-

Operation ausübt oder wer benötigt wird, um direkt mit dieser Operation zusammenhängende Arbeiten auszuführen (performs an essential function in connection with the external-load operation, or is necessary to accomplish the work activity directly associated with that operation). Gleich wie zuweilen in den FOM findet sich in dieser Norm mithin auch der Begriff der essentiellen Funktion. Wie die Vorinstanz an der Instruktionsverhandlung ausgeführt hat, sollte mit der Schweizer Regelung erreicht werden, dass nur jene mit an Bord dürfen, die für den (Unterlast-)Flug selber unentbehrlich sind. Mit der Formulierung, die gewählt wurde, wird indes eine weitergehende Einschränkung bewirkt. Dies nicht wegen der Umschreibung der essentiellen Funktion als die Wahrnehmung von Aufgaben im direkten Zusammenhang mit der Unterlast, sondern mit der daran anknüpfenden, sehr restriktiven Definition, als Aufgabe in diesem Sinne gelte die Bedienung von Systemen, die als Unterlast transportiert werden. Was damit gemeint ist, ist nicht hinreichend klar. Zwar ist fraglich, ob mit dieser Formulierung gleich alle die von den Beschwerdeführerinnen als Mission Members und Special Crew Members bezeichneten Personen ausgeschlossen sind, namentlich der Operateur der Unterlast bzw. jene Person, die den Piloten beim Landen mit der Unterlast einweist. Unklar ist ferner auch, was für Personen gelten soll, die zu Navigationszwecken mitfliegen würden, ein Begriff, den die Vorinstanz an der Instruktionsverhandlung verwendet hat. Mit der Wendung Bedienung von Systemen, die als Unterlast transportiert werden dürfen diese Personen unter das Verbot fallen. Ob dies sinnvoll und gewollt ist, darf zumindest bezweifelt werden. Denn im Gegensatz zu jenen, denen keine essentielle Funktion zukommt und die damit vom Ausschluss erfasst sein sollen, muss das Mitfliegen für diejenigen, die für einen (Unterlast-)Flug unerlässlich sind, weiterhin möglich sein. Die Vorinstanz hat an der Instruktionsverhandlung denn auch ausgeführt, Navigationshelfer, die aus Sicherheitsgründen nötig seien, müssten mitfliegen können; ein Mitfliegen rein zu Navigationszwecken sei jedoch nicht zulässig.

6.3 Die angefochtene Verfügung erweist sich somit als mit zu viel Unklarheit behaftet. Wenn in der Schweiz schon im Unterschied zu mehreren anderen Ländern der Weg über die Verfügung gewählt wird, ist eine weniger auslegungsbedürftige Vorschrift angezeigt. Diese muss aus sich selbst heraus in hinreichendem Mass Klarheit schaffen. In der verfügbaren Form kann die Regelung mithin nicht geschützt werden. Es kann nicht Sache des Bundesverwaltungsgerichts sein, die Vorschrift für eine ganze Reihe von Personenkategorien in einem ers-

ten Schritt auszulegen, um alsdann für die vom Verbot erfassten Personen eine Verhältnismässigkeitsprüfung vorzunehmen. Das Gericht kann daher vorliegend nicht wie im Normalfall reformatorisch entscheiden (Art. 61 Abs. 1 VwVG), sondern muss das Geschäft zurück an die Vorinstanz weisen. Diese hat die Vorschrift neu und präziser zu formulieren. Sie hat an der Instruktionsverhandlung ja bereits selbst erklärt, womöglich brauche es eine genauere Umschreibung der essentiellen Funktion. Sofern die Vorinstanz über alle Entscheidungsgrundlagen verfügt, geht es nur um eine Neuformulierung. Andernfalls sind weitere Abklärungen dazu nötig, in welchem Umfang ein Verbot nötig und verhältnismässig ist.

6.4 Wer genau auf einem Unterlastflug dabei sein darf und wer nicht, ist vor allem eine Frage der Verhältnismässigkeit. Dass sich das Bundesverwaltungsgericht dazu vorliegend, d.h. noch vor der Vorinstanz, äussert, ist nicht nur weitgehend nicht möglich (oben E. 6.3), sondern auch nicht tunlich. In der Sache steht für das Gericht aber immerhin das Folgende fest: Soll jemand ausschliesslich zu Transportzwecken mitgenommen werden, kommt ihm für den betreffenden (Unterlast-) Flug aber keine Aufgabe zu und ist er damit für diesen gänzlich entbehrlich, soll er mit einem separaten Flug oder auf andere Weise befördert werden. In solchen Fällen überwiegen die durch die Vorinstanz angeführten Sicherheitsargumente. Den wirtschaftlichen Nachteilen, die mehr die Kunden der Beschwerdeführerinnen treffen als diese selbst, kommen dagegen geringere Bedeutung zu. Ebenso zurückstehen müssen ökologische Bedenken. Ein Ausschluss kann mithin z.B. für einen SAC-Hüttenwart richtig sein, wenn als Unterlast Proviant zur Hütte gebracht wird, denn bei einem solchen Flug wäre der Hüttenwart allein des Transports wegen mit an Bord. Umgekehrt ist ebenso klar, dass jene, die für den (Unterlast-)Flug unerlässlich sind, mitfliegen können müssen. Heikler sind dagegen jene Fälle, in denen jemand eine Aufgabe erfüllt, die nur mit der Unterlast zusammenhängt, nicht aber mit dem Flug selber. Solche Personen dürfen in den USA, in Frankreich und wohl auch in Österreich mitfliegen. Welches Regime für diese Fälle in der Schweiz angezeigt ist, kann das Bundesverwaltungsgericht beim heutigen Kenntnisstand nicht beurteilen. Dieser Entscheid obliegt der Vorinstanz. Dafür bedarf es aber womöglich zuerst neuer Abklärungen; sicher müssen aber die relevanten Interessen in nachvollziehbarer Weise sorgfältig gegeneinander abgewogen und alsdann das Ergebnis in der nötigen Tiefe begründet werden. Nicht zu verantworten wäre schliesslich, dass der Entscheid darüber, wer mitfliegen darf und wer nicht, in die Hände des Kommandanten gelegt

wird. Denn so würde die Regelung, die für einzelne Personenkategorien eine einheitliche Lösung bereit halten soll, zu stark ausgehöhlt.

7.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass das Einschreiten der Vorinstanz grundsätzlich gerechtfertigt ist und auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruht. Die getroffene Regelung ist jedoch zu umfassend. Namentlich fragt sich, ob das Verbot auch für jene Personen verhältnismässig ist, die für den Flug selber entbehrlich sind und deren Anwesenheit an Bord nur wegen der Unterlast nötig ist bzw. mit dieser zusammenhängt. Da hierzu keine sorgfältige Interessenabwägung erfolgt ist und keine hinreichende Begründung abgegeben wurde, ist heute keine Beurteilung möglich. Da die angefochtene Regelung überdies zu unklar formuliert und zu auslegungsbedürftig ist, muss die Verfügung aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen werden.

Mithin erreichen die Beschwerdeführerinnen die mit ihrem Hauptantrag verlangte ersatzlose Aufhebung der angefochtenen Verfügung nicht. Daneben dringen sie auch mit ihren Eventualbegehren nicht durch.

8.

Damit erübrigen sich Ausführungen zu den übrigen Rügen. Trotzdem sei kurz darauf hingewiesen, dass von einem unzulässigen Eingriff in deren Wirtschaftsfreiheit nicht die Rede wird sein können, sofern die Vorinstanz neu eine Regel aufstellt, die verhältnismässig ist. Unzutreffend ist aus auch der Vorwurf der Beschwerdeführerinnen, durch die Regelung erlitten sie gegenüber ihrer Konkurrenz aus Italien einen Wettbewerbsnachteil, was eine Inländerdiskriminierung darstelle. Eine solche würde nur dann überhaupt in Betracht fallen, wenn die Vorinstanz gegenüber der italienischen Konkurrenz eine Anordnung treffen würde, die milder ist als jene, die für die Beschwerdeführerinnen gilt. Es besteht kein Grund zur Annahme, dass dem effektiv so ist, behaupten dies doch selbst die Beschwerdeführerinnen nicht.

9.

Bei diesem Verfahrensausgang gelten die Beschwerdeführerinnen als teilweise obsiegend (vgl. unten E. 10). Insgesamt sind Verfahrenskosten von Fr. 2'000. entstanden. Davon sind den beiden Beschwerdeführerinnen je Fr. 500. aufzuerlegen (Art. 63 VwVG).

10.

Die Beschwerdeführerinnen haben nach Art. 64 Abs. 1 VwVG und der dazu entwickelten Praxis einen Anspruch auf eine Parteientschädigung durch den Bund. Der Rechtsvertreter macht in seiner Kostennote Aufwendungen von Fr. 24'130.80 geltend, wobei das Honorar bei einem Arbeitsaufwand von 57,5 Stunden Fr. 17'175. beträgt. Verglichen mit anderen Fällen erscheint dieser Zeitaufwand deutlich zu hoch. Auch was die Spesen angeht, erscheint die Rechnung nicht voll entschädigungsfähig. Die Kostennote muss daher gekürzt werden. Kommt hinzu, dass die Beschwerdeführerinnen nicht die ersatzlose Aufhebung der angefochtenen Verfügung erreichen und in der Sache mit einigen ihrer Anliegen nicht durchdringen. Ihr Obsiegen ist daher nur ein teilweises, weshalb auch aus diesem Grund keine volle Entschädigung erfolgen kann. Angemessen scheint eine Entschädigung von Fr. 6'000. (einschliesslich Mehrwertsteuer und Auslagen). Dieser Betrag ist der Vorinstanz zur Zahlung aufzuerlegen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**1.**

Die Beschwerde wird insoweit gutgeheissen, als die angefochtene Verfügung aufgehoben und die Sache zum weiteren Vorgehen im Sinn der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.

2.

Den Beschwerdeführerinnen werden Verfahrenskosten von je Fr. 500. auferlegt. Diese werden mit den Kostenvorschüssen von je Fr. 1'000. verrechnet. Die Restbeträge von je Fr. 500. werden den Beschwerdeführerinnen nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückerstattet. Hierzu haben sie ihre Kontonummer anzugeben.

3.

Das BAZL hat den Beschwerdeführerinnen eine Parteientschädigung von Fr. 6'000. zu zahlen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (mit Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (eingeschrieben)
- das Generalsekretariat UVEK (mit Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Markus Metz

Thomas Moser

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: