



Urteil vom 23. Februar 2021

Besetzung

Richter Maurizio Greppi (Vorsitz),
Richter Jérôme Candrian, Richter Jürg Marcel Tiefenthal,
Gerichtsschreiber Andreas Kunz.

Parteien

Swiss International Air Lines AG,
Obstgartenstrasse 25, 8302 Kloten,
vertreten durch
Dr. iur. Heinrich Hempel,
Schiller Rechtsanwälte AG,
Kasinostrasse 2, Postfach 1507, 8401 Winterthur,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand

Luftfahrt; Verletzung der Sorgfaltspflicht.

Sachverhalt:**A.**

Die Swiss International Airlines AG (nachfolgend: Swiss) ist ein Luftverkehrsunternehmen mit Sitz in der Schweiz. Zwischen dem 7. Juli und 30. Dezember 2017 beförderte Swiss auf den Strecken Boston Logan International Airport (BOS) – Zurich Airport (ZRH), São Paulo Guarulhos International Airport (GRU) – ZRH, Los Angeles International Airport (LAX) – ZRH, Miami International Airport (MIA) – ZRH und San Francisco International Airport (SFO) – ZRH insgesamt 52 Personen, die nicht über die erforderlichen Reisedokumente, Visa oder Aufenthaltstitel für die Einreise in den Schengen-Raum oder für die Durchreise durch die internationale Transitzone des Flughafens Zürich verfügten (sogenannte inadmissible passengers [nachfolgend: INAD]).

B.

Das Staatssekretariat für Migration SEM teilte Swiss mit Schreiben vom 19. April 2018 mit, dass es sich aufgrund dieser und anderer, in der Vergangenheit abgemahnten Vorfälle veranlasst sehe, ein Verwaltungsverfahren wegen Verdachts auf Sorgfaltspflichtverletzung zu eröffnen. Gemäss Art. 122a Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005 (AuG, SR 142.20; seit 1. Januar 2019 Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration [AIG]) werde eine Sorgfaltspflichtverletzung eines Luftverkehrsunternehmens vermutet, wenn dieses INAD befördere. Sie lade Swiss daher ein, innert Frist zu den Vorwürfen Stellung zu nehmen und insbesondere allfällige Exkulpationsgründe im Sinne von Art. 122a Abs. 3 AIG vorzubringen.

C.

Mit Schreiben vom 15. Juni 2018 nahm Swiss zu den Vorwürfen Stellung. Unter anderem legte sie unter Verweis auf die eingereichten Unterlagen dar, welche erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehren im Sinne von Art. 122a Abs. 3 Bst. a Ziff. 4 AIG sie traf, um die Beförderung von INAD zu verhindern.

D.

Mit Verfügung vom 21. Dezember 2018 belastete das SEM Swiss infolge Verletzung ihrer Sorgfaltspflicht durch die Beförderung von 49 INAD zwischen dem 7. Juli und dem 30. Dezember 2017 mit insgesamt Fr. 196'000.--.

Das SEM führte dazu unter anderem aus, dass es Swiss bezüglich 49 Passagieren weder nach Art. 122a Abs. 3 Bst. a Ziff. 3 AIG noch Art. 122a Abs. 3 Bst. a Ziff. 4 AIG gelungen sei, sich zu exkulpieren. Obwohl in Bezug auf Art. 122a Abs. 3 Bst. a Ziff. 4 AIG sämtliche dargestellten Massnahmen und Informationen zu begrüssen seien, vermöge Swiss nicht nachzuweisen, dass sie ihre Sorgfaltspflicht hinsichtlich der organisatorischen Vorkehrungen ausreichend wahrgenommen habe. Es würden beispielsweise detaillierte Informationen zum Auswahl- und Einstellungsverfahren des Personals fehlen. Damit bleibe offen, ob die *cura in eligendo* umgesetzt worden sei. Leider schweige sich Swiss auch über die zur Verfügung gestellten technischen Hilfsmittel aus, welche nebst den drei *curae* gemäss Botschaft vom 8. März 2013 zur Änderung des Ausländergesetzes zur Einhaltung der Sorgfaltspflicht gehören würden.

E.

In der Folge liess Swiss mit Schreiben vom 1. Februar 2019 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen die Verfügung des SEM vom 21. Dezember 2018 führen (Verfahren A-597/2019). Unter anderem rügte sie dabei eine Verletzung der Untersuchungsmaxime durch die Vorinstanz.

F.

Mit Schreiben vom 9. Mai 2019 eröffnete das SEM erneut ein Verwaltungsverfahren gegen Swiss wegen Verletzung der Sorgfaltspflicht. Grund dafür waren 43 INAD, welche Swiss zwischen dem 1. Januar und 8. Dezember 2018 auf den Strecken BOS – ZRH, SFO – ZRH, LAX – ZRH und MIA – ZRH transportiert haben soll. Das SEM gewährte Swiss gleichzeitig eine Frist bis 10. Juni 2019, um im Rahmen des rechtlichen Gehörs zu den Vorwürfen Stellung zu nehmen und insbesondere Exkulpationsgründe im Sinne von Art. 122a Absatz 3 AIG geltend zu machen.

G.

Innert verlängerter Frist beantragte Swiss mit Schreiben vom 5. Juli 2019 die Verfahrensaussetzung aufgrund des rechtshängigen Parallelverfahrens A-597/2019 beim Bundesverwaltungsgericht. Mit Verfügung vom 20. August 2019 wies das SEM das Sistierungsgesuch ab und gewährte Swiss eine Nachfrist zur Ergänzung ihrer Stellungnahme.

H.

Mit Stellungnahme vom 3. September 2019 hielt Swiss an ihrer im Verfahren A-597/2019 dargelegten Rechtsauffassung fest und verwies auf die dem SEM und dem Bundesverwaltungsgericht vorliegenden Akten.

I.

Mit Verfügung vom 17. Dezember 2019 belastete das SEM Swiss wegen der Verletzung der Sorgfaltspflicht durch die Beförderung von 42 Personen auf den Strecken BOS - ZRH, SFO - ZRH, LAX - ZRH, MIA- ZRH zwischen dem 1. Januar und dem 8. Dezember 2018, die nicht über die für die Einreise in den Schengen-Raum bzw. für die Durchreise durch die internationalen Transitzone der Flughäfen erforderlichen Reisedokumente, Visa oder Aufenthaltstitel verfügen und denen die Einreise verweigert wurde, mit Fr. 168'000.--.

J.

Im Verfahren A-597/2019 hiess das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 27. Januar 2020 die Beschwerde der Swiss vom 1. Februar 2019 gegen die Verfügung des SEM vom 21. Dezember 2018 gut. Es hob die Verfügung auf und wies die Sache zwecks weiterer Abklärungen im Sinne der Erwägungen an das SEM zurück.

Zusammengefasst kam das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass das SEM seine Aufklärungspflicht und damit einhergehend den Untersuchungsgrundsatz verletzt habe. Obwohl nach der letzten Eingabe der Swiss offensichtlich noch diverse Angaben zu den geltend gemachten Exkulpationsgründen gefehlt hätten, habe das SEM letztere sanktioniert. Dies sei zu Unrecht erfolgt, weil Swiss mit dem Einreichen der Unterlagen ihre Mitwirkungsbereitschaft signalisiert habe und das SEM aus Treu und Glauben verpflichtet gewesen wäre, Swiss mitzuteilen, weshalb es die Unterlagen als nicht genügend erachte und zu präzisieren, welche Ergänzungen oder Erklärungen es von ihr noch erwarte. Ein solcher Hinweis wäre prozessökonomisch unbedenklich, verhältnismässig sowie angesichts der Höhe der drohenden Sanktion und der verwaltungssanktionsrechtlichen Natur des Verfahrens angezeigt gewesen. Die vorinstanzliche Verfügung sei daher aufzuheben und zur Durchführung eines gründlichen Beweisverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer] A-597/2019 vom 27. Januar 2020 E. 5.4.3 und E. 5.5).

K.

Gegen die Verfügung vom 17. Dezember 2019 des SEM (nachfolgend: Vorinstanz) lässt Swiss (nachfolgend: Beschwerdeführerin) mit Schreiben vom 31. Januar 2020 beim Bundesverwaltungsgericht ebenfalls Beschwerde führen (Verfahren A-597/2020). Darin beantragt sie in Gutheis-

sung der Beschwerde die Aufhebung der Verfügung des SEM vom 17. Dezember 2019 und die Einstellung des Verfahrens gegen sie wegen Verletzung von Sorgfaltspflichten. Eventualiter sei von Sanktionen gemäss Art. 122a AIG abzusehen. Subeventualiter sei die Sache zur Ergänzung des Sachverhalts und Gewährung des rechtlichen Gehörs an die Vorinstanz zurückzuweisen. In prozessualer Hinsicht verlangt Swiss die Sistierung des Verfahrens bis zum Eintritt der Rechtskraft des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 27. Januar 2020 im Verfahren A-597/2019.

L.

Mit Verfügung vom 11. März 2020 sistiert der Instruktionsrichter das Verfahren bis zum rechtskräftigen Abschluss des vor Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 27. Januar 2020 erledigten Beschwerdeverfahrens A-597/2019.

M.

Nachdem das Urteil A-597/2019 des Bundesverwaltungsgerichts vom 27. Januar 2020 in Rechtskraft erwachsen ist, hebt der Instruktionsrichter die Sistierung des Verfahrens mit Verfügung vom 31. März 2020 auf und ersucht die Vorinstanz um Einreichung einer Vernehmlassung.

N.

Innert erstreckter Frist teilt das SEM dem Bundesverwaltungsgericht mit Schreiben vom 19. Juni 2020 mit, dass es im Lichte des rechtskräftigen Entscheids in der Beschwerdesache A-597/2019 auf das Einreichen einer Vernehmlassung verzichte.

O.

Auf die weiteren Vorbringen der Verfahrensbeteiligten und die sich bei den Akten befindlichen Schriftstücke wird – soweit relevant – in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen

nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG, SR 172.021), sofern eine Vorinstanz im Sinne von Art. 33 VGG entschieden hat und keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt.

Der angefochtene Entscheid ist eine Verfügung im genannten Sinn und ist von einer zulässigen Vorinstanz gemäss Art. 33 Bst. d VGG erlassen worden. Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist daher für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

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

1.2 Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 und Art. 52 VwVG) ist einzutreten.

2.

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf Verletzungen von Bundesrecht – einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ermessensausübung – sowie auf Angemessenheit hin (vgl. Art. 49 VwVG).

3.

Luftverkehrsunternehmen müssen alle ihnen zumutbaren Vorkehren treffen, damit sie nur Personen befördern, die über die für die Einreise in den Schengen-Raum oder für die Durchreise durch die internationalen Transit-zonen der Flughäfen erforderlichen Reisedokumente, Visa und Aufenthaltstitel verfügen (Art. 92 Abs. 1 AIG). Indirekt sollen damit die Einreise verhindert und durch exterritoriale Kontrollen die Grenzen ins Ausland verschoben werden (CHRISTOPH ERRASS, Carrier Sanctions als Beispiel ausgelagerter und exterritorialer Grenzkontrolle und als Beispiel von Verwaltungsanktionen, in: Breitenmoser/Lagodny/Uebersax [Hrsg.], Schengen und Dublin in der Praxis, 2018, S. 186). Als zumutbare Vorkehren im Sinne von Massnahmen für Luftverkehrsunternehmen nach Art. 92 Abs. 1 AIG gelten die sorgfältige Auswahl, Instruktion und Überwachung des Personals (vgl. Art. 92 Abs. 2 AIG i.V.m. Art. 32 Abs. 1 Bst. a der Verordnung über die Einreise und die Visumerteilung [VEV, SR 142.204]) sowie die zweckmässige Organisation des Check-in und der Einsteigekontrolle und die Bereitstellung der erforderlichen technischen Ausstattung (vgl. Art. 32 Abs. 1 Bst. b VEV). Gemäss Art. 32 Abs. 2 VEV ist mit den Massnahmen nach

Art. 32 Abs. 1 VEV sicherzustellen, dass vor der Abreise kontrolliert wird, ob die für die Einreise in den Schengen-Raum oder für den Flughafen-Transit erforderlichen Reisedokumente, Visa und Aufenthaltstitel gültig und anerkannt sind (Bst. a), Fälschungen oder Verfälschungen von Reisedokumenten, Visa oder Aufenthaltstiteln, die für geschulte Personen mit durchschnittlichem Sehvermögen von blosserem Auge erkennbar sind, erkannt werden (Bst. b), erkannt wird, wenn ein Reisedokument, Visum oder Aufenthaltstitel offensichtlich nicht der zu befördernden Person zusteht (Bst. c) und sich die zulässigen Aufenthaltstage oder Einreisen aufgrund der Stempelungen des Reisedokuments ermitteln lassen (Bst. d). Wie sich das Luftverkehrsunternehmen organisiert, damit dieses Ziel eingehalten werden kann, ist aus Sicht des Staates irrelevant. Im vorliegenden Fall hat er allerdings geringfügig in die Organisationsstruktur der Luftverkehrsunternehmen eingegriffen und diese in Art. 32 Abs. 1 VEV implizit verpflichtet, Organisationsvorschriften zu erlassen (zweckmässige Organisation). Diese sollen Abläufe und mögliche Massnahmen standardisieren, damit das gesetzliche Ziel bestmöglich erreicht wird. Für die unmittelbare Umsetzung dieser Organisationsvorschriften ist das Luftverkehrsunternehmen selbstverantwortlich (vgl. ERRASS, a.a.O., S. 192). In der Praxis sind indes vielfach andere Unternehmen, sog. Ground Handler wie etwa die Swissport, für die „Grenzkontrollen“ zuständig (ERRASS, a.a.O., S. 195; zum Ganzen Urteil BVGer A-597/2019 vom 27. Januar 2020 E. 3.4).

Ein Luftverkehrsunternehmen, das seine Sorgfaltspflicht nach Art. 92 Abs. 1 AIG verletzt, wird mit Fr. 4000 pro beförderte Person, die nicht über die erforderlichen Reisedokumente, Visa oder Aufenthaltstitel verfügt, belastet. In schweren Fällen beträgt die Belastung Fr. 16'000 pro Person. In leichten Fällen kann von der Eröffnung eines Verfahrens abgesehen werden (Art. 122a Abs. 1 AIG). Eine Verletzung der Sorgfaltspflicht wird vermutet, wenn das Luftverkehrsunternehmen Personen befördert, die nicht über die für die Einreise in den Schengen-Raum oder für die Durchreise durch die internationalen Transitzonen der Flughäfen erforderlichen Reisedokumente, Visa oder Aufenthaltstitel verfügen und denen die Einreise verweigert wird (Art. 122a Abs. 2 AIG). Keine Verletzung der Sorgfaltspflicht liegt hingegen vor, wenn das Luftverkehrsunternehmen entweder nach Art. 122a Abs. 3 Bst. a AIG beweist, dass die Fälschung oder Verfälschung eines Reisedokuments, Visums oder Aufenthaltstitels nicht offensichtlich erkennbar war (Ziff. 1), nicht offensichtlich erkennbar war, dass ein Reisedokument, Visum oder Aufenthaltstitel nicht der beförderten Person zusteht (Ziff. 2), das Ermitteln der zulässigen Aufenthaltstage oder Einreisen aufgrund der Stempelung des Reisedokuments nicht ohne Weiteres möglich

war (Ziff. 3) oder es alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehren getroffen hat, um zu verhindern, dass es Personen befördert, die nicht über die für die Einreise in den Schengen-Raum oder für die Durchreise durch die internationalen Transitzonen der Flughäfen erforderlichen Reisedokumente, Visa und Aufenthaltstitel verfügen (Ziff. 4). Zu letzterem gehören die *cura in eligendo*, *instruendo* und *custodiendo* und die Sorgfalt bei der Ausrüstung (technische Infrastruktur beim Check-In und bei der Einstiegskontrolle), was den Massnahmen nach Art. 35 Abs. 1 Bst. a und b VEV entspricht (ERRASS, a.a.O. S. 205; vgl. ferner zu den drei *curae* Urteil BVGer A-597/2019 vom 27. Januar 2020 E. 3.4). Wenn das Luftverkehrsunternehmen glaubhaft macht, zur Beförderung einer Person genötigt worden zu sein, liegt ebenfalls keine Verletzung der Sorgfaltspflicht vor (Art. 122a Abs. 3 Bst. b AIG). Gelingt der Beweis des Gegenteils nicht, so trifft die Vermutung zu: Das Luftverkehrsunternehmen hat seine Sorgfaltspflicht verletzt und ist zu sanktionieren (ERRASS, a.a.O., S. 205; zum Ganzen Urteil BVGer A-597/2019 vom 27. Januar 2020 E. 3.4).

4.

Die Beschwerdeführerin rügt wie im Verfahren A-597/2019, dass die Anwendung von Art. 122a AIG gegen die in Art. 6 Abs. 2 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) und Art. 32 Abs. 1 der Bundesverfassung (BV, SR 101) statuierte Unschuldsvermutung verstossen würde. Das Bundesverwaltungsgericht hat sich zu dieser Frage bereits im Urteil vom 27. Januar 2020 eingehend geäußert und die Vereinbarkeit von Art. 122a AIG mit Art. 6 Abs. 2 EMRK und Art. 32 Abs. 1 BV bejaht (vgl. Urteil BVGer A-597/2017 vom 27. Januar 2020 E. 4.4.1 ff.). Der Beschwerdeführerin ist daher mit Verweis auf die dortige Begründung nicht zu folgen.

5.

Weiter macht die Beschwerdeführerin erneut geltend, dass die Vorinstanz die Untersuchungsmaxime verletzt habe.

5.1

Die Beschwerdeführerin führt dazu aus, dass die in Art. 122a AIG vorgesehene Vermutung der Sorgfaltspflichtverletzung die Vorinstanz nicht davon entbinde, eine Untersuchung durchzuführen und im Einzelnen nachzuweisen, dass das Luftverkehrsunternehmen seine Sorgfaltspflicht verletzt habe. Art. 122a AIG könne höchstens die Bedeutung haben, dass die Sorgfaltspflichtverletzung vermutet und das Luftverkehrsunternehmen sanktio-

niert werden dürfe, wenn es die Mitwirkung an der Aufklärung des Sachverhalts verweigere oder es dem Luftverkehrsunternehmen im Rahmen der vom SEM zu führenden Untersuchung nicht gelinge, die Einhaltung der Sorgfaltspflicht nachzuweisen. Die Vorinstanz müsse sicherstellen, dass der entscheidenderhebliche Sachverhalt ermittelt und eine Sanktion nur aufgrund eines vollständig ermittelten Sachverhalts ausgesprochen werde.

Nach Erhalt ihrer Stellungnahme sei die Vorinstanz zwar zum Schluss gekommen, dass sie den Nachweis der Einhaltung der Sorgfaltspflicht (noch) nicht erbracht habe. Die Vorinstanz habe ihr dies aber vor der Ausfällung ihres Entscheids nicht mitgeteilt und ihr auch keine Gelegenheit gegeben, ihre Stellungnahme zu ergänzen und weitere Beweismittel einzureichen. Stattdessen habe die Vorinstanz nach Erhalt der Stellungnahme mehrere Monate verstreichen lassen und dann den angefochtenen Entscheid ausgefällt. Dies sei mit dem Untersuchungsgrundsatz unvereinbar. Vielmehr hätte die Vorinstanz ihr mitteilen müssen, welche weiteren Nachweise erforderlich seien, und ihr die Gelegenheit geben müssen, diese Nachweise nachträglich zu erbringen.

5.2 Nachdem die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme vom 3. September 2019 an die Vorinstanz auf ihre Ausführungen und Unterlagen im Verfahren A-597/2019 verwiesen hatte, verwies die Vorinstanz ihrerseits in der angefochtenen Verfügung auf ihre Ausführungen in der Sanktionsverfügung vom 21. Dezember 2018 und in ihrer Vernehmlassung vom 16. April 2019 im Verfahren A-597/2019. In jenem Verfahren hatte die Vorinstanz das Gelingen des Exkulpationsbeweises des Art. 122a Abs. 3 Bst. a Ziff. 4 AIG verneint, da die Beschwerdeführerin beispielsweise keine Angaben zur Umsetzung der *cura in eligendo* oder den zur Verfügung gestellten Hilfsmittel gemacht habe (vgl. oben E. D). Zur gerügten Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes hatte sie zusammengefasst geltend gemacht, dass es in Bezug auf den Exkulpationsbeweis von Art. 122a Abs. 3 Bst. a Ziff. 4 AIG den Luftverkehrsunternehmen obliege, ihr im Rahmen des rechtlichen Gehörs die notwendigen Informationen zu den getroffenen organisatorischen Vorkehren zur Prüfung zu unterbreiten. Es sei nicht ersichtlich, inwiefern der Beschwerdeführerin nach Gewährung des rechtlichen Gehörs und der bewilligten Fristverlängerung noch weitere Möglichkeiten hätten eingeräumt werden müssen, um zusätzliche Nachweise und Erklärungen einzureichen (vgl. Urteil BVer A-597/2019 vom 27. Januar 2020 E. 5.2).

5.3 Das Bundesverwaltungsgericht hat sich im Urteil A-597/2019 vom 27. Januar 2020 ausführlich mit der Tragweite der Untersuchungsmaxime in Verfahren wie dem vorliegenden auseinandergesetzt und dabei Folgendes festgestellt:

In Verfahren betreffend Sorgfaltspflichtverletzungen durch Luftverkehrsunternehmen gemäss Art. 122 AIG gilt die Untersuchungsmaxime nach Art. 12 VwVG. Demzufolge ist die Vorinstanz zur Feststellung der materiellen Wahrheit verpflichtet und hat nicht nur für die Luftverkehrsunternehmen belastende, sondern auch begünstigende Tatsachen zu ermitteln. Sie trifft sowohl für die Vermutungsbasis als auch grundsätzlich für einen von einem Luftverkehrsunternehmen allfällig geltend gemachten Exkulpationsstatbestand nach Art. 122a Abs. 3 Bst. a und b AIG die subjektive Beweislast bzw. Beweisführungslast. Dies gilt umso mehr, als dass es sich vorliegend um ein Verwaltungsverfahren mit pönalem Charakter im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK handelt, in welchem die strafprozessualen Verfahrensgarantien und somit besonders die Unschuldsvermutung zu beachten sind. Demgegenüber trifft ein Luftverkehrsunternehmen aufgrund seiner Interessenlage und Sachkenntnisse eine erhöhte Mitwirkungspflicht. Es liegt daher an ihm, einen der Tatbestände in Art. 122 a Abs. 3 Bst. a und b AIG geltend zu machen und die entsprechenden Beweismittel einzureichen, zumal die Vorinstanz zur Ermittlung des Sachverhalts auf die Kooperation der Luftverkehrsunternehmen angewiesen ist. Die Vorinstanz ist jedoch gehalten, mittels geeigneten Instruktionsmassnahmen darauf hinzuwirken, dass ihr ein Luftverkehrsunternehmen jene Unterlagen samt Erläuterungen liefert, welche es ihr beispielsweise im Falle von Art. 122a Abs. 3 Bst. a Ziff. 4 AIG erlauben, die an den einzelnen Flughäfen getroffenen Vorkehrungen zur Verhinderung der Beförderung von INAD zu beurteilen (vgl. zum Ganzen Urteil BVGer A-597/2019 vom 27. Januar 2020 E. 4.3 m.H.). Die Vorinstanz kann sich nicht damit begnügen, Eingaben summarisch als nicht genügend zu qualifizieren. Gerade wenn das Luftverkehrsunternehmen seine Mitwirkungsbereitschaft signalisiert, indem es gewisse Unterlagen einreicht, hat die Vorinstanz zu erläutern, weshalb sie diese als nicht genügend erachtet und zu präzisieren, welche Ergänzungen oder Erklärungen sie vom Luftverkehrsunternehmen erwartet (vgl. Urteil BVGer A-597/2019 vom 27. Januar 2020 E. 5.3.3 und 5.4.3). Dabei muss die Vorinstanz nicht einzelne spezifische Urkunden benennen. Es genügt, wenn sie das betreffende Luftverkehrsunternehmen auf die Unvollständigkeit der Eingaben aufmerksam macht und gesondert nach Abflugort zur Einreichung sämtlicher sachdienlicher Unterlagen samt Erläuterungen zur Auswahl, Instruktion und Überwachung der Personen bzw. Ground Handler, der Organisation des Check-

in und der Einsteigekontrolle sowie zur technischen Ausstattung auffordert. Spricht sie stattdessen direkt die Sanktion aus, verletzt sie ihre Aufklärungspflicht und damit den Untersuchungsgrundsatz (vgl. Urteil BVGer A-597/2019 vom 27. Januar 2020 5.4.3).

5.4

5.4.1 Das Beweisthema hinsichtlich den zumutbaren organisatorischen Vorkehren ergibt sich aus Art. 32 Abs. 1 Bst. a und b VEV (vgl. oben E. 3). In ihrer Stellungnahme vom 3. September 2019 an die Vorinstanz verwies die Beschwerdeführerin diesbezüglich auf die ihr und dem Bundesverwaltungsgericht im Verfahren A-597/2019 bereits vorgelegten Akten. Diese betrafen wie im vorliegenden Verfahren unter anderem die Abflugsorte BOS, SFO, LAX und MIA.

5.4.2 Im Vorverfahren des Verfahrens A-597/2019 hatte die Beschwerdeführerin folgende Urkunden zu den Akten gegeben: «Instruktion der Handling Agenten in der Standardklausel gemäss Standard Ground Handling Agreement (SGHA), Mainagreement Annex A, Ziffer 2.2.3», «Instruktion gemäss Group Passenger Manual (GPM) 3.5.2 Checking Travel Documents (Auszug aus dem LH Group Passenger and Baggage Manual)», «Überwachung mittels täglicher Briefings oder Check-In-Agenten», «Stationsleiter Manual über die Rolle und Verantwortlichkeit», «Informationen an die Stationsleiter bezüglich INAD Vorfälle», «Monatliche Qualitätsreports über die Fälle von Offloads oder INADS» sowie «Übersicht transportierter Fluggäste vs. INAD Fälle». Zudem wies sie die Vorinstanz darauf hin, dass die in den USA stationierte deutsche ALO die Stationen schulen würden (vgl. Urteil BVGer A-597/2019 vom 27. Januar 2020 E. 5.4.1). Die Unterlagen geben Auskunft über das von den Ground Handler einzuhaltende Prozedere bezüglich der Kontrolle der Reisepapiere, die überwachende Rolle des Station Managers sowie das Reporting festgestellter INAD an die Station Managers. Soweit ersichtlich machte die Beschwerdeführerin damit rudimentäre Angaben zur Instruktion und Überwachung der Ground Handler (*cura in instruendo* und *custodiendo*) sowie zur Organisation des Check-in und der Einsteigekontrolle. Sie wurden jedoch nur in allgemeiner Form und nicht gesondert nach Abflugort gemacht (vgl. BVGer A-597/2019 vom 27. Januar 2020 E. 5.4.2).

Im Beschwerdeverfahren A-597/2019 reichte die Beschwerdeführerin mit Beschwerde vom 1. Februar 2019 weitere Unterlagen samt Erläuterungen

zu den drei *curae*, den technischen Vorkehren sowie zum Prozedere des Check-In ein (Urteil BVGer A-597/2019 vom 27. Januar 2020 E. 5.5).

5.4.3 Wie im Verfahren A-597/2019 zeigte die Beschwerdeführerin mit dem Verweis auf die bereits offengelegten Unterlagen ihre Mitwirkungsbereitschaft bzw. den Willen, den Beweis des Gegenteils anzutreten. Im Unterschied zum Verfahren A-597/2019 lagen der Vorinstanz aufgrund der Eingaben in jenem Beschwerdeverfahren sogar noch zusätzliche Unterlagen vor. Die Vorinstanz wäre aus diesem Grund verpflichtet gewesen, der Beschwerdeführerin mitzuteilen, weshalb sie die vorliegenden Unterlagen (immer) noch als nicht genügend erachte und zu präzisieren, welche Ergänzungen oder Erklärungen sie von ihr noch erwarte (vgl. oben E. 5.3). Mithin wäre es der Vorinstanz auch im vorliegenden Verfahren zuzumuten gewesen, die Beschwerdeführerin auf die fehlenden Angaben hinzuweisen. Ein solcher Hinweis wäre prozessökonomisch unbedenklich, verhältnismässig sowie angesichts der Höhe der drohenden Sanktion und der verwaltungssanktionsrechtlichen Natur des Verfahrens angezeigt gewesen (so bereits Urteil BVGer A-597/2019 vom 27. Januar 2020 E. 5.4.3). Die Vorinstanz scheint dies auch anzuerkennen, nachdem sie mit Verweis auf das rechtskräftige Urteil A-597/2019 vom 27. Januar 2020 des Bundesverwaltungsgerichts auf eine Vernehmlassung verzichtete.

5.5 Die Beschwerdeinstanz entscheidet in der Sache selbst oder weist diese ausnahmsweise mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurück (Art. 61 Abs. 1 VwVG). Dies ist vor allem dann angezeigt, wenn in Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes Abklärungen und Wertungen unterblieben sind, die für einen Entscheid in der Sache unabdingbar sind. Gerade wenn es sich um technische Fragen handelt, die besondere Sachkenntnis bedingen, ist es nicht Sache des Bundesverwaltungsgerichts, als erste Instanz in einem Fachbereich zu entscheiden, in dem ein gewisser Beurteilungsspielraum der fachkundigeren Vorinstanz besteht (BVGE 2012/21 E. 5.1; Urteile BVGer A-597/2019 vom 27. Januar 2020 E. 5.5 und B-798/2012 vom 27. November 2013 E. 10).

Die Beschwerdeführerin versucht in ihrer Beschwerde die Einhaltung ihrer Sorgfaltspflicht zu beweisen. Die Vorinstanz äussert sich in ihrer Vernehmlassung nicht dazu. Auch im Rahmen der Sanktionsverfügung hatte sie nicht dargelegt, inwiefern die Beschwerdeführerin in Bezug auf die im vorliegenden Verfahren relevanten INAD ihre Sorgfaltspflichten nicht genügend wahrgenommen haben soll, was insofern eine Verletzung ihrer Begründungspflicht darstellt (vgl. dazu statt vieler Urteil BVGer A-2566/2019

vom 19. Mai 2020 E. 6.3 m.w.H). Mangels fachkundiger Erstbeurteilung durch die Vorinstanz ist es dem Bundesverwaltungsgericht daher nicht möglich, sich materiell fundiert mit der Frage, ob die Beschwerdeführerin an den einzelnen Abflugsorten zumutbare Vorkehren zur Verhinderung von INAD getroffen hat, auseinanderzusetzen. Die vorinstanzliche Verfügung ist deshalb aufzuheben und zur Durchführung eines gründlichen Beweisverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen. Sie hat die Beschwerdeführerin aufzufordern, ihr die aus ihrer Sicht noch fehlenden Unterlagen samt allfälligen Erläuterungen nachzureichen. Falls der Beweis des Gegenteils der Beschwerdeführerin nicht gelingen sollte, hätte die Vorinstanz dies gesondert nach Abflugort eingehend zu begründen. Nur so würde das Bundesverwaltungsgericht im Falle einer erneuten Beschwerde in die Lage versetzt, den vorinstanzlichen Entscheid auf seine Rechtmässigkeit hin zu überprüfen (so auch Urteil BVGer A-597/2019 vom 27. Januar 2020 E. 5.5).

6.

Im Ergebnis ist die Beschwerde gutzuheissen. Die Verfügung der Vorinstanz vom 17. Dezember 2019 ist aufzuheben und die Sache zwecks weiterer Abklärungen im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen. Bei diesem Ausgang braucht auf die weiteren Rügen der Beschwerdeführerin nicht eingegangen zu werden.

7.

Es bleibt über die Kosten und Entschädigungen des Beschwerdeverfahrens zu befinden.

7.1 Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Beschwerdeführerin obsiegt vollumfänglich, weshalb ihr der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 8'500.-- nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückzuerstatten ist. Die unterliegende Vorinstanz trägt keine Verfahrenskosten (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

7.2 Obsiegt eine Partei, so hat sie Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin reichte keine Kostennote ein. Unter diesen Umständen bestimmt das Bundesverwaltungsgericht die geschuldete Parteientschädigung aufgrund

der Akten (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Für den vorliegenden Fall wird diese unter Berücksichtigung der bereits im Verfahren A-597/2019 gemachten Aufwendungen, auf welche die Beschwerdeführerin zurückgreifen konnte, auf Fr. 4'000.-- festgesetzt und der Vorinstanz auferlegt.

(Das Dispositiv befindet sich auf der nächsten Seite.)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen. Die Verfügung vom 17. Dezember 2019 wird aufgehoben und die Sache zwecks weiterer Abklärungen im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der Kostenvorschuss von Fr. 8'500.-- wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

3.

Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils eine Parteientschädigung von Fr. 4'000.-- zu bezahlen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. COO.2180.101.7.879894 / 323.313/2019/00004; Einschreiben)
- das Generalsekretariat EJPD (Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Maurizio Greppi

Andreas Kunz

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid 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 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). 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 die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: