



## Urteil vom 27. Januar 2020

---

Besetzung

Richter Maurizio Greppi (Vorsitz),  
Richter Jérôme Candrian, Richterin Kathrin Dietrich,  
Gerichtsschreiber Andreas Kunz.

---

Parteien

**Swiss International Air Lines AG**,  
Malzgasse 15, 4052 Basel,  
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

Verletzung der Sorgfaltspflicht.

**Sachverhalt:****A.**

Die Swiss International Airlines AG (nachfolgend: Swiss) ist ein Luftverkehrsunternehmen mit Sitz in der Schweiz. Zwischen dem 7. Juli 2017 und 30. Dezember 2017 beförderte Swiss auf der Strecke 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 mit Schreiben vom 15. November 2016 und 15. Januar 2018 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 i.S.v. Art. 122a Abs. 3 AuG vorzubringen. Auf Gesuch von Swiss vom 17. Mai 2018 hin erstreckte das SEM die Frist bis zum 15. Juni 2018.

**C.**

Mit Schreiben vom 15. Juni 2018 nahm Swiss zu den Vorwürfen Stellung. U. a. legte sie unter Verweis auf die eingereichten Unterlagen dar, welche erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehren i.S.v. Art. 122a Abs. 3 Bst. a Ziff. 4 AuG sie traf, um die Beförderung von INAD zu verhindern. Zusätzlich machte sie bei neun Passagieren geltend, dass das Ermitteln der zulässigen Aufenthaltstage oder Einreisen aufgrund der Stempelung der Reisedokumente nicht ohne Weiteres möglich gewesen sei. Bezüglich diesen Passagieren läge auch gestützt auf Art. 122a Abs. 3 Bst. a Ziff. 3 AuG keine Sorgfaltspflichtverletzung vor.

**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 2017 und dem 30. Dezember 2017 mit insgesamt 196'000.-- Franken.

Das SEM führte dazu u. a. aus, dass bei drei Passagieren tatsächlich keine Sorgfaltspflichtverletzung vorläge. Bezüglich den restlichen 49 Passagieren sei es Swiss jedoch weder nach Art. 122a Abs. 3 Bst. a Ziff. 3 AuG noch Art. 122a Abs. 3 Bst. a Ziff. 4 AuG gelungen, sich zu exkulpieren. Obwohl in Bezug auf Art. 122a Abs. 3 Bst. a Ziff. 4 AuG sämtliche dargestellten Massnahmen und Informationen zu begrüssen seien, vermöge Swiss nicht nachzuweisen, dass sie ihre Sorgfaltspflicht hinsichtlich der organisatorischen Vorkehren 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 *curea* gemäss Botschaft vom 8. März 2013 zur Änderung des Ausländergesetzes zur Einhaltung der Sorgfaltspflicht gehören würden. Swiss sei deshalb infolge Verletzung ihrer Sorgfaltspflicht in 49 Fällen mit je 4'000.-- Franken, mithin 196'000.-- Franken zu belasten.

**E.**

Swiss (nachfolgend: Beschwerdeführerin) lässt mit Schreiben vom 1. Februar 2019 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen die Verfügung des SEM (nachfolgend: Vorinstanz) vom 21. Dezember 2018 führen. Darin beantragt sie die Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung sowie die Einstellung des Verfahrens wegen Verletzung von Sorgfaltspflichten. Eventualiter sei von Sanktionen gemäss Art. 122a AuG abzusehen. Subeventualiter sei die Sache zur Ergänzung des Sachverhalts und Gewährung des rechtlichen Gehörs an die Vorinstanz zurückzuweisen. Neben diversen Rügen bringt sie u. a. vor, dass Art. 122a AuG mit der Unschuldsvermutung gemäss Art. 6 Abs. 2 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) sowie Art. 32 Abs. 1 der Bundesverfassung (BV, SR. 101) unvereinbar sei und die Vorinstanz die Untersuchungsmaxime verletzt habe.

**F.**

Mit Vernehmlassung vom 16. April 2019 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde. Die Beschwerdeführerin hält in ihren Schlussbemerkungen vom 24. Juni 2019 an ihren Anträgen fest.

**G.**

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.**

**2.1** 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).

**2.2** Zum Bundesrecht gehören u. a. das Bundesverfassungsrecht und das Staatsvertragsrecht. Normen des Völkerrechts erlangen in der Schweiz mit ihrer Inkraftsetzung unmittelbar Geltung, bilden einen festen Bestandteil der Rechtsordnung und sind von allen Staatsorganen einzuhalten und anzuwenden (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 2.168, m.w.H.). Dabei ist zu berücksichtigen, dass Bundesgesetze neben Völkerrecht für die rechtsanwendenden Behörden massgebend sind (Art. 190 BV). Bundesgesetzen kann damit weder im Rahmen der abstrakten noch der konkreten Normenkontrolle die Anwendung versagt werden. Zwar handelt es sich dabei um ein Anwendungsgebot und kein Prüfungsverbot. So kann es sich rechtfertigen, vorfrageweise die Verfassungswidrigkeit eines Bundesgesetzes zu prüfen. Wird eine solche festgestellt, muss das Gesetz dennoch angewendet werden, und das Bundesverwaltungsgericht kann lediglich den Gesetzgeber einladen, die fragliche Bestimmung zu ändern. Besteht allerdings ein echter Normkonflikt zwischen Bundes- und Völkerrecht, so geht grundsätzlich die völkerrechtliche Verpflichtung der Schweiz vor und eine dem Völkerrecht entgegenstehende Bundesgesetzgebung bleibt regelmässig unanwendbar. Dies gilt uneingeschränkt für Abkommen, die Menschen- oder Grundrechte zum Gegenstand haben, auf welche die sog. "Schubert"-Praxis keine Anwendung findet (BGE 144 I 126 E. 3 und 139 I 16 E. 5.1; Urteil des Bundesgerichts [BGer] 6B\_896/2014 vom 16. Dezember 2015 E. 3; BVGE 2007/41 E. 3.4; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer] A-4941/2014 vom 9. November 2016 E. 6 und A-7010/2015 vom 19. Mai 2016 E. 4.3 f; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 2.175; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl. 2015, Rz. 1766 ff; HANGARTNER/LOOSER, in: Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 3. Aufl. 2014, Rz. 38 zu Art. 190 BV).

### **3.**

Zum besseren Verständnis ist vorab ein Überblick über die Thematik und die einschlägigen Rechtsgrundlagen zu geben.

**3.1** Die Schweiz ratifizierte am 6. Februar 1947 das Übereinkommen über die internationale Zivilluftfahrt vom 7. Dezember 1944 (Chicago Übereinkommen, SR 0.748.0). Es trat am 4. April 1947 für die Schweiz in Kraft (AS 63 1377). Die Bestimmungen des Anhangs 9 des Chicago Übereinkommens, welche für die Schweiz unmittelbar anwendbar sind (Art. 38 Chicago Übereinkommen i.V.m. Art. 122p der Verordnung über die Luftfahrt [LFV, SR 748.01]), verpflichten die Luftverkehrsunternehmen zur Sorgfalt bei der

Kontrolle der Reisedokumente vor dem Einsteigen. Damit soll sichergestellt werden, dass die Passagiere im Besitz jener Papiere sind, welche ihnen den Transit durch oder die Einreise in ein bestimmtes Land erlauben (Ziff. 3.34 des Anhangs 9 des Chicago Übereinkommens in der 15. Fassung von Oktober 2017). Im Zusammenhang mit einer Verletzung der Sorgfaltspflicht bei der Kontrolle der Reisedokumente der Passagiere enthält Anhang 9 selbst keine Sanktionen. Dieser verbietet es den Mitgliedstaaten jedoch, ein Luftverkehrsunternehmen nach dem Prinzip der strikten Kausalität (Unternehmerrisiko) zu bestrafen (Ziffer 3.41 Anhang 9). Daneben verpflichtete sich die Schweiz als Signarstaat des von den Vereinten Nationen am 15. November 2000 angenommenen Zusatzprotokolls gegen die Schlepperei von Migranten auf dem Land-, See- und Luftweg zum Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität (SR 0.311.541, für die Schweiz in Kraft getreten am 26. November 2006 [AS 2006 5899]) mit gesetzgeberischen und anderen geeigneten Massnahmen die kommerziellen Beförderungsunternehmen zur Kontrolle der Reisedokumente ihrer Passagiere zu verpflichten und diese Verpflichtungen mit Sanktionen zu verbinden (vgl. Art. 11 Abs. 2 - 4 des Zusatzprotokolls; vgl. zum Ganzen Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8. März 2002, BBI 2002 3709, 3762 ff.).

In Umsetzung dieser Vorgaben sah Art. 94 Abs. 1 aAuG in seiner Fassung vom 1. Januar 2008 vor, dass das SEM ein Luftverkehrsunternehmen, das in Verletzung seiner Sorgfaltspflicht Personen ohne die für die Durchreise, Einreise oder Ausreise erforderlichen Reisedokumente befördert, mit einer Busse bis zu 5000 Franken für jede beförderte Person bestraft, sofern keine Rechtfertigungsgründe i.S.v. Art. 94 Abs. 2 Bst. a - d aAuG vorliegen (sog. «Carrier Sanctions»; zum Begriff weiterführend CHRISTOPH ERRASS, Carrier Sanctions als Beispiel ausgelagerter und exterritorialer Grenzkontrolle und als Beispiel von Verwaltungssanktionen, in: Breitenmoser/Lagodny/Uebersax [Hrsg.], Schengen und Dublin in der Praxis, 2018, S. 180 ff.). Das Inkrafttreten dieses Artikels wurde jedoch auf einen späteren Zeitpunkt verschoben (AS 2007 5489).

**3.2** Kurz zuvor hatte sich die Schweiz mit der Ratifizierung des Schengen- und des Dublin-Assoziierungsabkommens (BBI 2004 6447 bzw. BBI 2004 6479) am 20. März 2006 verpflichtet, alle Rechtsakte der Europäischen Union (EU) zu übernehmen, auf die in diesen beiden Abkommen Bezug genommen wird (sog. Schengen- bzw. Dublin-Besitzstand; vgl. Botschaft vom 24. Oktober 2007 zur Genehmigung und Umsetzung des Noten-

austauschs zwischen der Schweiz und der Europäischen Union betreffend die Übernahme des Schengener Grenzkodex [Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands] und zu den Änderungen im Ausländer- und Asylrecht zur vollständigen Umsetzung des bereits übernommenen Schengen- und Dublin-Besitzstandes [Ergänzungen], BBl 2007 7937, 7942). Dies hatte zur Folge, dass die Schweiz auch gestützt auf den Schengen-Besitzstand abschreckende Sanktionen gegen Beförderungsunternehmen einführen musste, die Drittausländer, welche nicht über die erforderlichen Reisedokumente verfügen, auf dem Luft- oder Seeweg aus einem Drittstaat in ihr Hoheitsgebiet verbringen (Art. 26 Abs. 2 Übereinkommen zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14. Juni 1985 i.V.m. Art. 4 der Richtlinie 2001/51/EG des Rates vom 28. Juni 2001).

Art. 94 aAuG wurde in der Folge aufgehoben und durch Art. 120a aAuG ersetzt. Die am 12. Dezember 2008 in Kraft getretene Bestimmung sah vor, dass Transportunternehmen, die ihre Sorgfaltspflicht verletzen, mit Busse bis zu einer Million Franken bestraft werden (Art. 120a Abs. 1 aAuG), sofern keine Rechtfertigungsgründe i.S.v. Art. 120a Abs. 2 Bst. a - e aAuG vorliegen. Das Verfahren zur Verfolgung und Beurteilung einer Widerhandlung nach Art. 120a aAuG unterlag dabei grundsätzlich dem Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR, SR 313.0; Art. 120d Abs. 2 AuG). Neu sollte die Höhe der Busse nicht ohne Berücksichtigung der konkreten Umstände nur nach der Anzahl ungenügend dokumentierter Passagiere zugemessen, sondern im Einzelfall aufgrund des Verschuldens festgelegt werden, wie es das Prinzip des Schuldstrafrechts gebietet (BBl 2007 7959).

**3.3** Von Anfang bis Mitte 2009 eröffnete das SEM 25 Verwaltungsstrafverfahren gegen 13 Fluggesellschaften. Die Verfahren betrafen 188 Passagiere, die grösstenteils über kein gültiges Visum verfügten. Die Verfahren mussten jedoch allesamt eingestellt werden, weil sie nach dem dazumal geltenden Recht aufgrund rechtlicher und praktischer Probleme nicht mit einer Verurteilung hätten abgeschlossen werden können. Um die Sanktionierung von Transportunternehmen im Bedarfsfall tatsächlich praktikabel zu machen und zur Aufrechterhaltung der abschreckenden Präventivwirkung der Norm wurden Gesetzesanpassungen notwendig (Botschaft zur Änderung des Ausländergesetzes vom 8. März 2013 [Sorgfalts- und Meldepflichtverletzung durch Luftverkehrsunternehmen, Informationssysteme], BBl 2013 2561, 2562). Die Änderungen beinhalteten den Wechsel vom Verwaltungsstraf- zum Verwaltungsverfahren, die Einführung einer

gesetzlichen Vermutung zugunsten einer Sorgfaltspflichtverletzung sowie Pauschalsanktionen anstatt eines Bussenrahmens (vgl. BBI 2013 2569 ff.).

**3.4** Nach den heute in Kraft stehenden Bestimmungen, welche vom Wortlaut mit jenen im Verfügungszeitpunkt übereinstimmen, müssen Luftverkehrsunternehmen 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 Transitzonen 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. Dabei spielt es keine Rolle, ob es sich um Luftverkehrsunternehmen mit Sitz in der Schweiz oder mit Sitz im Ausland handelt (ERRASS, a.a.O., S. 186). Der Bundesrat regelt den Umfang der Sorgfaltspflicht (Art. 92 Abs. 2 AIG). 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. 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 Flughafentransit 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 blossen 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).

Ein Luftverkehrsunternehmen, das seine Sorgfaltspflicht nach Art. 92 Abs. 1 AIG verletzt, wird mit 4000 Franken pro beförderte Person, die nicht über die erforderlichen Reisedokumente, Visa oder Aufenthaltstitel verfügt, belastet. In schweren Fällen beträgt die Belastung 16 000 Franken 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). *Cura in eligendo* meint die Sorgfalt bei der Auswahl der Personen, die das Check-In und die Einsteigekontrolle durchführen. Dabei ist unerheblich, ob die Personen Angestellte des Luftverkehrsunternehmens sind oder ob sie in einem Auftragsverhältnis zu diesem stehen. Zu berücksichtigen sind namentlich Ausbildung, Sachverstand, Wissen, Zuverlässigkeit und Erfahrung dieser Personen. *Cura in instruendo* meint die Sorgfalt bei der Instruktion dieser Personen, das heisst die angemessene Einführung, Schulung und Information zu sachrelevanten Themen, z.B. zu Änderungen im Visumbereich, neue *modi operandi* etc. *Cura in custodiendo* schliesslich meint die Pflicht zur Überwachung dieser Personen durch ein Controllingssystem und einen kon-

sequenten Follow-up bei Mängeln (BBI 2013 2590 f.). Wenn das Luftverkehrsunternehmen glaubhaft macht, zur Beförderung einer Person benötigt 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). Art. 122a AIG gilt unabhängig davon, ob die Sorgfaltspflicht in der Schweiz oder im Ausland verletzt wurde (vgl. Art. 122c Abs. 1 AIG).

#### **4.**

Die Beschwerdeführerin macht zunächst eine Verletzung der in Art. 6 Abs. 2 EMRK und Art. 32 Abs. 1 BV statuierten Unschuldsvermutung geltend.

**4.1** Im Wesentlichen führt sie aus, dass die Sanktionen gemäss Art. 122a AuG einer strafrechtlichen Sanktion entsprechen und deshalb unter den Geltungsbereich von Art. 6 EMRK fallen würden. Die Unschuldsvermutung sei deshalb zu beachten, was bedeute, dass der Staat die Beweislast für eine begangene Straftat trage. Hänge die Strafbarkeit von einer Sorgfaltspflichtverletzung ab, müsse der Staat nachweisen, dass der Angeschuldigte eine pflichtwidrige Unvorsichtigkeit begangen habe, diese zum tatbestandsmässigen Erfolg geführt habe und dies vorhersehbar gewesen sei. Die in Art. 122a AuG statuierte gesetzliche Vermutung zugunsten einer Sorgfaltspflichtverletzung sei mit diesen Vorgaben unvereinbar. Zwar würden Beweisvermutungen gemäss der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) nicht zwingend gegen die Unschuldsvermutung verstossen, sofern es einerseits sachliche Gründe gebe, die eine Umkehr der Beweislast rechtfertigen würden, und andererseits dem Angeschuldigten die Möglichkeit offen stehe, die Vermutung zu widerlegen. Vorliegend seien jedoch keine derartigen Gründe gegeben: In der Botschaft sei dazu ausgeführt worden, dass der Nachweis der konkreten Unterlassung einer zumutbaren Vorkehrung nur aufgrund umfangreicher Abklärungen im Ausland geführt werden könne, was sich in der Praxis als faktisch unmöglich erwiesen habe. Dies treffe in Bezug auf den Tatbestand von Art. 122a Abs. 3 Bst. a Ziff. 4 AIG (Organisation der Kontrolle von Reisedokumenten) in dieser Allgemeinheit nicht zu. So habe sie ihren Sitz in der Schweiz. Verwaltungsrat und Management seien nicht im Ausland tätig. Der in der Botschaft genannte Grund zugunsten der Umkehr der Beweislast treffe daher auf sie nicht zu. Die Vorinstanz könne ohne Weiteres Untersuchungshandlungen in der Schweiz durchführen. Zudem würden die Beweisschwierigkeiten auch für die Luftverkehrsunternehmen gelten.

Wenn ein Passagier trotz ungenügender Reisedokumente das Besteigen des Flugzeuges erlaubt werde, stelle dies zweifellos einen Fehler dar. Der Gesetzgeber gehe jedoch zu Recht davon aus, dass ein solcher Fehler nicht notwendigerweise Folge einer Sorgfaltspflichtverletzung sei. Andernfalls dürfte das Gesetz den Beweis des Gegenteils nicht zulassen. Damit sei einer Beweislastumkehr aber die Grundlage entzogen. Die Vermutungsbasis (Einreise ohne Dokumente) lasse die darauf abgestützte Vermutung (Verletzung der Sorgfaltspflichten) nicht zu, weil auch andere Gründe denkbar seien. Ferner könne ein Luftverkehrsunternehmen ihre Mitarbeitenden oder Ground Handler nicht ständig überwachen. Der Beweis des Gegenteils sei daher nur aufgrund von objektiven Elementen – wie etwa statistischen Daten – zu führen, zu was der Staat ebenso gut in der Lage sei. Würde ein solcher nicht zugelassen, würde dies faktisch zwingend zu Verurteilungen auch in Fällen führen, in denen die Sorgfaltspflichten nicht verletzt worden seien. Weiter könne ein Luftverkehrsunternehmen ihrer Beweislast gar nicht nachkommen, ohne ein erhebliches Risiko zu laufen, gegen Art. 299 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs (StGB, SR 311.0) und Art. 271 StGB entsprechenden ausländischen Strafbestimmungen zu verstossen und sich strafbar zu machen.

**4.2** Die Vorinstanz bestreitet die Anwendbarkeit des Art. 6 EMRK nicht. Sie macht indes geltend, dass Art. 122a AuG keine Beweislastumkehr, sondern lediglich eine zulässige Beweislastverschiebung beinhaltet. Die Obliegenheit, den Beweis des Gegenteils zu erbringen, mache die Beschwerdeführerin nicht zu einem behördlichen Akteur. Vielmehr bleibe sie Partei in einem Verwaltungsverfahren, in dem gewisse Prozesse, namentlich die konkrete Umsetzung der Sorgfaltspflicht bei der Dokumentenkontrolle vor dem Abflug zu beurteilen seien. Diese würden in ihren Verantwortungsbe- reich fallen und sie könne darüber Auskunft geben, ohne dass dafür hoheitliche Befugnisse oder Handlungen erforderlich seien.

**4.3** Zunächst ist zu prüfen, ob Art. 6 Abs. 2 EMRK vorliegend zur Anwendung kommt.

**4.3.1** Gemäss Art. 1 EMRK haben die Vertragsparteien allen in ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Personen die in Abschnitt I der EMRK bestimmten Rechte und Freiheiten zu sichern. Berechtigte der Konvention sind sowohl natürliche als auch nichtstaatliche juristische Personen und Personenvereinigungen (CHRISTIAN JOHANN, in: Karpenstein/Mayer [Hrsg.], Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Kommentar [nachfolgend: EMRK-Kommentar], 2. Aufl. 2015, Rz. 17 zu

Art. 1 EMRK). Die Beschwerdeführerin kann sich somit als nichtstaatliche juristische Person auf die EMRK berufen (vgl. für Art. 6 EMRK insbesondere Urteil des EGMR 18996/91 vom 24. September 1997, *Garyfallou Aebe v. Greece*, § 28 ff.).

**4.3.2** Art. 6 EMRK gewährleistet das Recht auf ein faires Verfahren. In den sachlichen Schutzbereich von Art. 6 EMRK fallen Streitigkeiten über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen sowie die Erhebung strafrechtlicher Anklagen (vgl. Art. 6 Abs. 1 EMRK). Gemäss einer gefestigten, langjährigen Rechtsprechung des EGMR handelt es sich um eine strafrechtliche Anklage, wenn alternativ entweder das nationale Recht eine staatliche Massnahme dem Strafrecht zuordnet oder wenn die Natur des Vergehens oder die Art und Schwere des Vergehens und/oder der Sanktionen für den strafrechtlichen Charakter spricht (sogenannte Engel-Kriterien, zurückgehend auf das Urteil des EGMR 5370/72 vom 8. Juni 1976, *Engel and the others v. The Netherlands*, § 83 ff; bestätigt in Urteil EGMR 73053/01 vom 23 November 2006, *Jussila v. Finland*, § 30 ff; BGE 140 II 384 E. 3.2.1 und 139 I 72 E. 2.2.2; FRANK MEYER, in: EMRK-Kommentar, a.a.O., Rz. 23 zu Art. 6 EMRK; TOBIAS JAAG, in: Biaggini/Häner/Saxer/Schott [Hrsg.], Verwaltungsrecht - Fachhandbuch [FHB], 2015, Rz. 23.91). Massgeblich sind nach dieser Judikatur erstens die Zuordnung der Vorschrift im nationalen Recht, zweitens die Natur des Vergehens sowie drittens die Art und Schwere der Sanktion. Die beiden letzten Kriterien gelten alternativ und können einen strafrechtlichen Charakter eigenständig begründen. Verbleiben Zweifel bei der Einschlägigkeit des zweiten oder dritten Kriteriums, können sie kumulativ in einer Gesamtwürdigung angewandt werden. Strafrechtlich ist die Natur des Vergehens, wenn der Sanktionstatbestand (in Kombination mit der vorgesehenen Sanktion) eine abschreckende und ahnende Funktion hat. Überschreiten Sanktionen mit abschreckenden und/oder punitiven Zweck eine gewisse Mindestschwere, so ist der strafrechtliche Charakter ebenfalls indiziert (MEYER, in: EMRK-Kommentar, a.a.O., Rz. 24 ff. zu Art. 6 EMRK; Urteile des EGMR 8544/79 vom 21. Februar 1984, *Öztürk v. Germany*, § 52 f und 7819/77 vom 28 Juni 1984, *Campbell and Fell v. The United Kingdom*, § 72).

Art. 122a Abs. 1 AIG ist nicht (mehr) den Strafbestimmungen des AIG (vgl. Art. 115 - Art. 120e AIG), sondern den administrativen Sanktionen zugeordnet (vgl. Art. 121 - Art. 122c AIG). Das erste Kriterium ist somit nicht erfüllt. Hingegen zeichnet sich Art. 122a Abs. 1 AIG durch seinen eindeutig abschreckenden sowie vergeltenden Charakter aus und die Schwere der Sanktion im Falle einer Wiederhandlung ist ebenfalls gegeben. Art. 122a

Abs. 1 AIG verfügt daher über einen «strafrechtsähnlichen» Charakter im Sinne der Rechtsprechung des EGMR (im Ergebnis auch ERRASS, a.a.O., S. 208). Bezeichnenderweise zogen nach der Vorgängerbestimmung mutmassliche Sorgfaltspflichtverletzungen noch ein Verwaltungsstrafverfahren nach sich (vgl. oben E. 3.2).

**4.4** Als Nächstens ist die Vereinbarkeit von Art. 122a Abs. 1 AIG mit Art. 6 Abs. 2 EMRK zu prüfen.

**4.4.1** Jede Person, die einer Straftat angeklagt ist, gilt bis zum gesetzlichen Beweis ihrer Schuld als unschuldig (Art. 6 Abs. 2 EMRK). Gemäss der Praxis der Strassburger Organe folgt aus der Unschuldsvermutung u. a., dass es Sache der Anklagebehörde ist, genügend Beweismaterial für das Vorliegen der strafbaren Handlung beizubringen und den Nachweis für die Schuld der angeklagten Person zu führen. Man spricht in diesem Zusammenhang von der Beweisführungslast oder *subjektiven* bzw. formellen Beweislast. In kontinentaleuropäischen Strafprozessordnungen, welche wie die schweizerische vom Grundsatz der materiellen Wahrheit bzw. von der Untersuchungsmaxime beherrscht werden, gibt es streng genommen keine Beweisführungslast der Parteien. Aufgrund der genannten Grundsätze haben Anklagebehörden und Strafgerichte den Sachverhalt von Amtes wegen zu ermitteln. Sie sind entsprechend auch verpflichtet, genügend Beweise für die Schuld der angeklagten Person aber auch entlastende Beweise beizubringen (ESTHER TOPHINKE, Das Grundrecht der Unschuldsvermutung, Abhandlungen zum Schweizerischen Recht [ASR], Band/Nr. 631, 2000, S. 199 f.). Weiter wird aus der Unschuldsvermutung abgeleitet, dass die Anklagebehörde die Beweislast hinsichtlich der Schuld trägt und dass jeder Zweifel der angeklagten Person zugute kommen soll. Sie verlangt, dass die Richter nicht mit der Vorstellung in die Verhandlung gehen, der Angeklagte habe die Strafe begangen. Damit ist die *materielle* Beweislast angesprochen, mithin die Frage, wer die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat. Eine Umkehr dieser Beweislast verletzt Art. 6 Abs. 2 EMRK (TOPHINKE, a.a.O., S. 200 ff; MEYER, in: EMRK-Kommentar, a.a.O. Rz. 161 zu Art. 6 EMRK; MEYER-LADEWIG/HARREDORF/KÖNIG, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer [Hrsg.], EMKR-Handkommentar, 4. Aufl. 2017, Rz. 212 zu Art. 6 EMRK; Urteile des EMRG 10590/83 vom 6. Dezember 1988, *Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain*, § 77 und 33501/96 vom 20. März 2001, *Telfner v. Austria*, § 15).

**4.4.2** Gesetzliche Tatsachen- und Rechtsvermutungen können im nationalen Recht hingegen zulässig sein, soweit sie nicht absolut verstanden werden, einem zulässigen Ziel dienen, sich in vernünftigen Grenzen halten und eine Würdigung der erhobenen Beweise durch das Gericht zulassen. Die Bedeutung der Sache und die Wahrung der Verteidigungsrechte müssen dabei berücksichtigt werden. Der Angeklagte muss in jedem Fall eine angemessene Möglichkeit zum Gegenbeweis haben, wobei sich die Strassburger Organe dabei teilweise mit einer beschränkten Widerlegbarkeit – wie z.B. dem beschränkten Entlastungsbeweis der höheren Gewalt – begnügen (MEYER, in: EMRK-Kommentar, a.a.O. Rz. 161 zu Art. 6 EMRK; MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, in: EMRK-Handkommentar, a.a.O., Rz. 219 zu Art. 6 EMRK; TOPHINKE, a.a.O., S. 225 ff; Urteile EGMR 13201/05 vom 18. März 2010, *Krumpholz v. Austria*, § 34; 10519/83 vom 7. Oktober 1988, *Salabiaku v. France*, § 28; 13191/87 vom 25. September 1992, *Phoam Hoang v. France*, § 33 und 34619/97 vom 23. Juli 2002 *Janosevic v. Sweden*, § 101; BGE 142 IV 137 E. 9.2; Urteil BGer 6B\_592/2018 vom 13. August 2018 E. 4.1; BVGE 2013/40 E. 6.6.2). Eine gesetzliche Vermutung schliesst von einer bekannten Tatsache (Vermutungsbasis) auf eine unbekannte Tatsache (Tatsachenvermutung) oder Rechtsfolge (Rechtsvermutung). Wird die Vermutungsbasis mit dem üblichen Beweismass bewiesen, vollzieht das Gesetz den Schluss auf die Vermutungsfolge selbst. Die gesetzlichen Vermutungen sind normativer Ausdruck des Üblichen, des Regelmässigen, des der allgemeinen Lebenserfahrung Entsprechenden. Sobald die Vermutungsfolge durch den Beweis der Vermutungsbasis eintritt, muss die Vermutungsgegnerin den Beweis des Gegenteils erbringen. Bei einer Rechtsvermutung handelt es sich nicht um eine Umkehr der Beweislast, sondern um eine Erleichterung des Beweises jener Partei, die für die Rechtsfolge beweibelastet ist, die Gegenstand der Vermutungsfolge ist (ALEXANDRA JUNGO, Beweislast, Zürcher Kommentar, 3. Auflage, 2018, Rz. 269 f; HANS PETER WALTER, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Einleitung Art. 1 - 9 ZGB, Berner Kommentar, 2012 [nachfolgend: BK], Rz. 387 ff. zu Art. 8 ZGB). Man spricht in diesem Zusammenhang von einer Beweislastverschiebung (vgl. Urteile BVGer B-552/2015 vom 14. November 2017 E. 4.4 und B-8404/2010 vom 23. September 2014 E. 5.3.10.17; dazu ausführlich TOPHINKE, a.a.O., S. 214 ff.).

**4.4.3** Der Tatbestand von Art. 122a Abs. 2 AIG erhält eine Vermutungsbasis (Beförderung von Personen, die nicht über die für die Einreise in den Schengen-Raum oder für die Durchreise durch die internationalen Transit-

zonen der Flughäfen erforderlichen Reisedokumente, Visa oder Aufenthaltstitel verfügen und denen die Einreise verweigert wird) sowie eine Vermutungsfolge im Sinne einer Rechtsvermutung (Sorgfaltspflichtverletzung). Den Luftverkehrsunternehmen steht die Möglichkeit offen, den Gegenbeweis hinsichtlich der Vermutungsbasis oder gegebenenfalls den Beweis des Gegenteils hinsichtlich der Rechtsvermutung anzutreten (vgl. Art. 122a Abs. 3 Bst. a - b AIG). Die Rechtsvermutung privilegiert das SEM und benachteiligt die Luftverkehrsunternehmen (ERRASS, a.a.O., S. 204 f.). Mithin kommt es (bloss) zu einer Beweislastverschiebung (vgl. dazu Urteil BVGer A-1679/2016 vom 31. Januar 2017 E. 4.3.2 zur Meldepflichtverletzung; BBl 2013 2592). Des Weiteren sollte eine geschulte Person in der Lage sein, ungenügende Einreisepapiere zu identifizieren. Andernfalls dürfte die Nichtidentifikation in den meisten Fällen auf eine mangelnde Sorgfalt zurückzuführen sein. Die Vermutungsfolge entspricht daher einer allgemeinen Lebenserfahrung. Demgegenüber wäre im Einzelfall der Beweis einer eigentlichen Sorgfaltspflichtverletzung für das Bundesamt nur äusserst schwer zu erbringen, da sich die ein allfälliges Verschulden begründenden Handlungen oder Unterlassungen regelmässig im Ausland zugetragen (vgl. dazu auch BBl 2013 2592 zur Meldepflichtverletzung gemäss Art. 122b AIG). Vor diesem Hintergrund erscheint die Beweislastverschiebung zulasten der Luftverkehrsunternehmen als sachgerecht. Überdies verfolgt die Rechtsvermutung ein zulässiges Ziel, indem sie generell drohender Beweisnot entgegenwirkt (vgl. WALTER, in: BK Kommentar, a.a.O., Rz. 397 zu Art. 8 ZGB) und es der Schweiz damit ermöglicht, ihren internationalen Verpflichtungen wirksam nachzukommen. Nachdem die Luftverkehrsunternehmen den Beweis des Gegenteils anhand verschiedener Tatbestände (Art. 122a Abs. 3 Bst. a - b AIG) erbringen können, bewegt sich die Rechtsvermutung auch in vernünftigen Grenzen. Schliesslich sind sowohl die Beweise für die Vermutungsbasis als auch die Beweise des Gegenteils einer Würdigung durch das Gericht zugänglich und die Regelung als solche entspricht den internationalen Vorgaben (vgl. oben E. 3.1 f.).

**4.4.4** Was die Beschwerdeführerin dagegen vorbringt, überzeugt nicht: Die Luftverkehrsunternehmen müssen nicht beweisen, dass keine Sorgfaltspflichtverletzung im eigentlichen Sinne inkl. fehlendem Verschulden vorgefallen ist. Falls die Vermutungsbasis durch das SEM bewiesen wird, müssen sie bloss einen der in Art. 122a Abs. 3 AIG statuierten Exkulpationstatbestände belegen, welche inhaltlich weniger weit gehen, da die eigentliche Verschuldensfrage nicht thematisiert werden muss. Die Ansicht, wonach der Beweis des Gegenteils i.S.v. Art. 122a Abs. 3 Bst. a Ziff. 4 AIG bei

schweizerischen Fluggesellschaften von der Vorinstanz geführt werden könnte, trägt somit zur Frage, ob die gesetzliche Vermutung als solches sachgerecht ist, nichts bei. Ferner ist nicht ersichtlich, inwiefern der Beweis des Gegenteils faktisch nur anhand statistischer Daten geführt werden könnte. So kann der Beweis des Gegenteils nach Art. 122a Abs. 3 Bst. a Ziff. 1 - 3 AIG anhand einer Auseinandersetzung mit dem betreffenden Reisedokument erbracht werden. Zudem ist in Bezug auf den Exkulpationstatbestand nach Art. 122a Abs. 3 Bst. a Ziff. 4 AIG der Beweis der drei *curae* der schweizerischen Rechtsordnung nicht unbekannt, so z.B. im Bereich der Hilfspersonenhaftung (vgl. dazu Art. 399 Abs. 2 des Obligationenrechts [OR; SR 220]). Die Praxis zeigt auch, dass die drei *curae* problemlos Gegenstand einer gerichtlichen Auseinandersetzung sein können (vgl. z.B. Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2014.00578 vom 26. November 2014 E. 2.9). Statistische Daten müssen dafür nicht bemüht werden. Ebenso sollte es möglich sein, Angaben zur technischen Ausrüstung zu machen.

Schliesslich ist nicht einzusehen, weshalb ein Luftverkehrsunternehmen Gefahr laufen sollte, gegen Art. 299 Ziff. 1 Abs. 1 StGB («*Wer die Gebiets-hoheit eines fremden Staates verletzt, insbesondere durch unerlaubte Vornahme von Amtshandlungen auf dem fremden Staatsgebiete, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.*») zu verstossen. Die einzureichenden Unterlagen, wie z.B. die Organisationsvorschriften, sind ja bereits im Besitz des Luftverkehrsunternehmens. Inwiefern das Einreichen dieser Unterlagen nur schon eine Amtshandlung i.S.v. Art. 299 StGB darstellen sollte, ist nicht ersichtlich. Das gleiche gilt für allfällige dem Art. 271 StGB entsprechenden ausländischen Strafbestimmungen (*Wer auf schweizerischem Gebiet ohne Bewilligung für einen fremden Staat Handlungen vornimmt, die einer Behörde oder einem Beamten zukommen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe, in schweren Fällen mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft*).

**4.4.5** Im Ergebnis verstösst Art. 122a Abs. 1 AIG nicht gegen Art. 6 Abs. 2 EMRK. Folglich ist es nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz Art. 122a Abs. 1 AIG anwandte. Nachdem sich Art. 32 Abs. 1 BV an Art. 6 Abs. 2 EMRK orientiert (HANS VEST, in: Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 3. Aufl. 2013, Rz. 5 zu Art. 32 BV), liegt zugleich auch keine Verletzung von Art. 32 Abs. 1 BV vor.



## 5.

Die Beschwerdeführerin rügt weiter eine Verletzung der Untersuchungsmaxime.

**5.1** Dazu führt sie aus, dass die Rechtsvermutung in Art. 122a Abs. 2 AIG 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 werde und das Luftverkehrsunternehmen sanktioniert werden dürfe, wenn es die Mitwirkung an der Aufklärung des Sachverhalts verweigere oder es dem Luftverkehrsunternehmen im Rahmen der von der Vorinstanz zu führenden Untersuchung nicht gelinge, die Einhaltung der Sorgfaltspflicht nachzuweisen. Ungeachtet dessen bleibe es Sache der Vorinstanz, den entscheidenderheblichen Sachverhalt zu definieren und sicherzustellen, dass eine Sanktion nur aufgrund eines vollständig ermittelten Sachverhaltes ausgesprochen würde.

Die Untersuchung der Vorinstanz habe sich darauf beschränkt, sie in allgemeiner Form zu einer Stellungnahme aufzufordern, ohne im Einzelnen zu spezifizieren, wozu sie Stellung nehmen und welche Beweismittel sie einreichen soll. Nach Erhalt der Stellungnahme sei die Vorinstanz zwar zum Schluss gekommen, dass sie den Nachweis der Einhaltung der Sorgfaltspflichten (noch) nicht erbracht habe. Dies habe ihr die Vorinstanz vor der Ausfällung ihres Entscheids jedoch nicht mitgeteilt. Sie habe ihr keine Gelegenheit gegeben, ihre Stellungnahme zu ergänzen und weitere Beweismittel einzureichen. Stattdessen habe die Vorinstanz nach Erhalt der Stellungnahme ein halbes Jahr verstreichen lassen und dann den angefochtenen Entscheid ausgefällt. Dies sei mit dem Untersuchungsgrundsatz unvereinbar.

Unbesehen davon habe sie mit der Vorinstanz im Jahre 2004 ein Memorandum of Understanding (nachfolgend: MoU 2004) geschlossen. Für den Normalfall – also bei Flügen mit unerheblichem Migrationsrisiko – würden gemäss Art. 6 Abs. 2 MoU «*die Kontrolle der Gültigkeit der Reisedokumente und Visa vor dem Abflug*» und der «*Einsatz von einfachen und zweckmässigen Hilfsmittel für die Fälschungserkennung*» genügen. Spezielle Massnahmen, wie vertiefte Prüfungen durch speziell geschultes Personal usw. seien gemäss Art. 7 Abs. 2 MoU nur an Stationen erforderlich, an denen ein erhebliches Migrationsrisiko bestünde, was an den fraglichen fünf Stationen nicht der Fall sei. Der Vorinstanz sei bestens bekannt, wie

sie die Kontrolle von Dokumenten organisiere, weshalb sie es nicht für nötig befunden habe, unter dem Titel *cura in eligendo* zu notorisch Bekanntem Ausführungen zu machen. Die Vorinstanz wisse, dass sie die Bodenabfertigung der Passagiere in den USA nicht selber erbringe, sondern mit spezialisierten Ground Handler zusammenarbeite. Nur in Sao Paulo (GRU) verlange die Gesetzgebung grundsätzlich die Selbstabfertigung, doch werde akzeptiert, dass Lufthansa für ihre schweizerische Tochtergesellschaft die Dienste erbringe. Bevor sie einen Vertrag mit einem neuen Anbieter abschliesse, führe sie jeweils einen Audit durch, um sicherzustellen, dass der Anbieter den Anforderungen von Swiss und den massgeblichen Vorschriften genüge. Im Rahmen der Audits würden auch die Personaldossiers stichprobenweise geprüft. Die Vorinstanz habe dieses Prozedere nie beanstandet. Ebenso wenig sei der Vorwurf nachvollziehbar, dass sie keine Ausführungen zu den technischen Vorkehrungen gemacht habe. Es sei der Vorinstanz bekannt, dass die Reisedokumente und Visa vor dem Abflug, wie von Art. 6 MoU verlangt, visuell kontrolliert würden. Bei Unklarheiten könnten die erforderlichen Informationen am Bildschirm abgerufen oder der Supervisor gefragt werden. Eine (weitergehende) Kontrolle mittels «technischen Vorkehrungen» sei nicht vorgeschrieben. Ein Einsatz von einfachen und zweckmässigen Hilfsmitteln sei gemäss Art. 6 MoU nur für die Fälschungserkennung vorgesehen, die vorliegend nicht zur Diskussion stünde. Dies entspreche der von der Vorinstanz nicht beanstandeten jahrelangen Praxis.

**5.2** Die Vorinstanz pflichtet der Beschwerdeführerin bei, dass sie im Sanktionsverfahren an den Untersuchungsgrundsatz gebunden sei. Der Bundesrat habe aber in seiner Botschaft präzisiert, dass die Behörde lediglich die Beförderung einer ungenügend dokumentierten Person nachweisen und dem Luftverkehrsunternehmen die Möglichkeit einräumen müsse, die Rechtsvermutung einer Sorgfaltspflichtverletzung durch den Beweis des Gegenteils zu entkräften. Sie habe den Beweis der Vermutungsbasis geführt. Ebenso habe sie im Rahmen des rechtlichen Gehörs der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 19. April 2018 die Gelegenheit gegeben, den Beweis des Gegenteils zu führen, worauf die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 15. Juni 2018 Stellung genommen habe. Sowohl die Stellungnahme als auch die beigelegten Dokumente seien im angefochtenen Entscheid berücksichtigt worden, was dazu geführt habe, dass sie von der Sanktionierung von drei der ursprünglich 52 beanstandeten Fällen abgesehen habe. Der Beschwerdeführerin sei somit Gelegenheit zur Beweisführung gegeben worden, womit die verfahrensrechtlichen Vorgaben erfüllt seien.

Weiter sei es nicht ihre Aufgabe, den Luftverkehrsunternehmen ihre interne Organisation sowie die konkrete operative Umsetzung der gesetzlichen Sorgfaltspflicht vorzuschreiben. Folglich sei nicht eine „korrekte“ Art und Weise der Organisation vorstellbar. Entsprechend obliege es in Bezug auf den Exkulpationsbeweis von Art. 122a Abs. 3 Bst. a Ziff. 4 AIG den Luftverkehrsunternehmen, der Vorinstanz im Rahmen des rechtlichen Gehörs die notwendigen Informationen zu den getroffenen organisatorischen Vorkehrungen zu unterbreiten, woraufhin sie diese nach den Kriterien von Art. 122a AuG prüfe. Der Möglichkeit, im Rahmen des rechtlichen Gehörs den Beweis des Gegenteils anzutreten, seien dabei auch Grenzen zu setzen. So sei nicht ersichtlich, worauf die Beschwerdeführerin ihre Ansicht stütze, dass ihr nach dem rechtlichen Gehör sowie der dafür bewilligten Fristverlängerung noch weitere Möglichkeiten hätten eingeräumt werden müssen, um zusätzliche Nachweise und Erklärungen einzureichen, zumal die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme auch keine entsprechenden Anträge gestellt habe. Im Ergebnis habe sie die verwaltungsrechtlichen Vorgaben eingehalten und der Beschwerdeführerin ausreichend Möglichkeit zur Stellungnahme und Beweisführung eingeräumt.

Ferner habe sie keine detaillierten Kenntnisse darüber, mit welchen Mitteln und in welcher Weise die Beschwerdeführerin ihre Sorgfaltspflichten hinsichtlich der Dokumentenprüfung an den verschiedenen Abflugorten im Detail umsetze. Ihr sei höchstens insofern zuzustimmen, als dass sie bis zur Mahnung am 15. November 2016 nie einen Anlass dazu gesehen habe, die von der Beschwerdeführerin betriebene Organisation hinsichtlich der Dokumentenprüfung an den erwähnten Abflugorten zu beanstanden. Daraus lasse sich aber nicht der Umkehrschluss ableiten, dass sie diese Organisation auch nur implizit als hinreichend eingestuft habe. Im Gegenteil habe sie die Beschwerdeführerin bereits mit Schreiben vom 15. November 2016 und 15. Januar 2018 darauf hingewiesen, dass auf den betroffenen Strecken überdurchschnittlich viele INAD transportiert worden seien. Sie habe dabei auch klar gemacht, dass sie bei wiederholter Sorgfaltspflichtverletzung eine Sanktion in Erwägung ziehen werde. Ferner habe gemäss Botschaft eine Grundausrüstung vorzuliegen, auch wenn im MoU 2004 für die fraglichen Stationen keine besonderen Massnahmen definiert worden seien. Eine solche kann durch ein MoU zwischen ihr und der Beschwerdeführerin nicht wegbedungen werden.

### 5.3

**5.3.1** Die Behörde stellt den rechtserheblichen Sachverhalt von Amtes wegen fest (vgl. Art. 12 VwVG i.V.m. Art. 49 Bst. b VWVG). Mit der Zuweisung der Hauptverantwortung für die Sachverhaltsermittlung an die Behörde verankert Art. 12 VwVG die Untersuchungsmaxime (statt vieler BGE 143 II 425 E. 5.1). Diese Maxime besagt, dass es Sache der Behörde und nicht der Parteien ist, den Sachverhalt festzustellen und dazu soweit nötig Beweis zu erheben. Sie auferlegt der Behörde die Pflicht, von Amtes wegen den rechtserheblichen Sachverhalt vollständig und richtig zu ermitteln. Im (nichtstreitigen) Verwaltungsverfahren kommt sie in umfassender Form zum Tragen, wo die Behörde ein Verfahren von Amtes wegen einleitet und damit von Beginn an selbst die Ursache für die Regelung des Rechtsverhältnisses setzt (AUER/BINDER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2019 [nachfolgend: VwVG Kommentar], Rz. 7 ff. zu Art. 12 VwVG; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Rz. 11 ff. zu Art. 12 VwVG). Zur Pflicht, den Sachverhalt zu ermitteln, gehört die subjektive Beweislast bzw. Beweisführungslast, d.h. die Obliegenheit, den Beweis zu führen. Die Beweisführungslast fällt daher in den vom VwVG beherrschten Verfahren grundsätzlich der Behörde zu (AUER/BINDER, in: VwVG Kommentar, a.a.O. Rz. 16 zu Art. 12 VwVG, m.w.H, vgl. auch oben E. 4.4.1). Konkret ist die Behörde verpflichtet, alle zumutbaren und rechtlich zulässigen Mittel der Sachverhaltsaufklärung einzusetzen. Sie trägt die Verantwortung für die Feststellung der materiellen Wahrheit, was insbesondere dazu führt, dass sie nicht nur für die Parteien belastende, sondern auch begünstigende Tatsachen zu ermitteln hat (BGE 130 II 482 E. 3.2; Urteil BVGer A-348/2019 vom 28. August 2019 E. 4.1.1; AUER/BINDER, in: VwVG Kommentar, a.a.O. Rz. 5 zu Art. 12 VwVG, m.w.H; EMMENEGGER/BABEY, in: Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Rz. 22 zu Art. 12 VwVG; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, a.a.O., Rz. 684). Der Aufwand muss aber insgesamt verhältnismässig bleiben. Je nach Art und Stadium des Verfahrens, der Strittigkeit der Sache sowie der Schwere des Eingriffs der Ermittlungshandlungen kann ein unterschiedlicher Umfang der Sachverhaltsermittlung angezeigt sein (AUER/BINDER, in: VwVG Kommentar, a.a.O., Rz. 5 zu Art. 12 VwVG; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Rz. 33 ff. zu Art. 12 VwVG). Zudem sind in Verwaltungsverfahren mit pönalem Charakter i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK die strafprozessualen Verfahrensgarantien zu beachten (BGE 140 II 384 E. 3.2.1 f. und 139 I 72 E. 2.2.2; BVGE 2011/32 E. 5.7.2; AUER/BINDER, in: VwVG Kommentar, a.a.O., Rz. 12 zu Art. 13 VwVG). Greift eine gesetzliche Vermutung, ist die

Vermutungsbasis bei der Geltung der Untersuchungsmaxime von Amtes beizubringen. Der Schluss auf die Vermutungsfolge ist dabei Rechtsanwendung, welche das Gericht von Amtes wegen vorzunehmen hat. Der Vermutungsbeweis des Gegenteils ist nach dem Untersuchungsgrundsatz ebenfalls von Amtes wegen zu führen (WALTER, in: BK, a.a.O., Rz. 490 zu Art. 8 ZGB, m.w.H; MAX KUMMER, in: Einleitung und Personenrecht, Berner Kommentar ZGB, 1966, Rz. 358 f. zu Art. 8 ZGB).

**5.3.2** Die in Art. 12 VwVG verankerte Untersuchungsmaxime wird durch Art. 13 VwVG ergänzt und relativiert. Er verpflichtet die Parteien, an der Feststellung des Sachverhalts mitzuwirken (vgl. Art. 13 Abs. 1 VwVG). Parteien sind dann zur Mitwirkung verpflichtet, wenn sie ein Verfahren durch ihr Begehren einleiten (Bst. a), selbstständige Begehren in anderen Verfahren stellen (Bst. b) oder soweit ihnen nach einem anderen Bundesgesetz eine weitergehende Auskunft- oder Offenbarungspflicht obliegt (Bst. c). Ausserhalb der drei Fallkategorien von Art. 13 Abs. 1 VwVG kann sich eine Mitwirkungspflicht aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergeben, dem nicht nur die staatlichen Organe, sondern auch die Privaten verpflichtet sind (Art. 5 Abs. 3 BV). Dies ist namentlich dort der Fall, wo die rechtserheblichen Tatsachen der Behörde nicht oder nur schwer zugänglich sind (BGE 132 II 113 E. 3.2). Ausserdem verpflichtet der Grundsatz von Treu und Glauben zur Mitwirkung, wenn ein Kooperieren aus eigenem Antrieb aufgrund der Umstände von der Partei zu erwarten ist (BGE 140 II 65 E. 2.2; zum Ganzen AUER/BINDER, in: Kommentar VwVG, a.a.O. Rz. 30 zu Art. 13 VwVG). Die Mitwirkungspflicht besteht auch dann, wenn sie sich zum Nachteil des Rechtsunterworfenen auswirkt (BGE 132 II 113 E. 3.2). Wo der Untersuchungsgrundsatz endet und die Mitwirkungspflicht beginnt, lässt sich nicht in allgemeiner Weise festlegen. Ihr Verhältnis ist jeweils anhand des anwendbaren Verfahrenserlasses zu bestimmen (BVGE 2009/60 E. 2.1.1).

**5.3.3** Ist eine Partei zur Mitwirkung verpflichtet, so trifft die Behörde eine aus dem Grundsatz von Treu und Glauben fliessende Aufklärungspflicht, d.h. sie muss die Verfahrensbeteiligten geeignet auf die zu beweisenden Tatsachen hinweisen. Insbesondere hat sie die mitwirkungsbelasteten Betroffenen darüber aufzuklären, worin die Mitwirkungspflicht besteht und welche Beweismittel beizubringen sind. Die Behörde kann ihrer Untersuchungspflicht nur gerecht werden, wenn sie die korrekte Erfüllung der Mitwirkungspflichten in einer den Umständen angemessenen Weise fördert respektive ermöglicht (BGE 132 II 113 E. 3.2; Urteile BGer 2C\_165/2018 vom 19. September 2018 E. 2.2.2, 2C\_2/2015 vom 13. August 2015 E. 2.3

und 2C\_388/2008 vom 16. Dezember 2008 E. 4.1; Urteil BVGer A-348/2019 vom 28. August 2019 E. 4.1.1; CHRISTIAN MEYER, Die Mitwirkungsmaxime im Verwaltungsverfahren des Bundes, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft [LBR] Band/Nr. 132, 2019, S. 108; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Rz. 50 ff. zu Art. 13 VwVG; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, Rz. 466). Grundsätzlich steigen mit den Anforderungen an den Nachweis einer Tatsache auch diejenigen an die behördliche Aufklärungspflicht (MEYER, a.a.O., S. 109 mit Verweis auf BVGE 2008/24 E. 8.3). Wo das materielle Recht bereits umfassend regelt, was zu beweisen ist, werden weitere Erläuterungen der Behörde – Rechtskenntnis der Partei vorausgesetzt – regelmässig obsolet sein, was allerdings keineswegs bedeutet, dass die Behörde in jedem Fall auf eigene Abklärungen verzichten kann. Der Grad der Bestimmtheit behördlicher Aufklärung über die Beweissituation ist naturgemäss durch das Wissen der Behörde begrenzt. Der Partei müssen aber zumindest so präzise Anweisungen gegeben werden, dass sie weiss, welche Mitwirkung von ihr verlangt wird und gegebenenfalls auch die Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit derselben darlegen kann (MEYER, a.a.O., S. 110 m.w.H.). Die Behörde kann sich nicht damit begnügen, Eingaben summarisch als nicht genügend zu qualifizieren. Gerade wenn die Partei ihre Mitwirkungsbereitschaft signalisiert, indem sie gewisse Unterlagen einreicht, hat die Behörde zu erläutern, weshalb sie diese als nicht genügend erachtet und zu präzisieren, welche Ergänzungen oder Erklärungen sie von der Partei erwartet (MEYER, a.a.O., S. 114; Urteil BVGer A-629/2010 vom 29. April 2011 E. 6.2 [nicht publiziert in BVGE 2012/45]; Rekurskommission EVD, Entscheid vom 22. April 1999, in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 64 (2000) Nr. 128 E. 4). Zwar kann die Behörde die Verweigerung der Mitwirkung bei der Beweiswürdigung zu Ungunsten der nicht kooperierenden Partei berücksichtigen (Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 40 des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess [BZP, SR 273]). Ein solches Vorgehen ist namentlich in Gesuchsverfahren angezeigt. Bei Verwaltungsverfahren mit strafrechtlichem Charakter ist jedoch zu beachten, dass der strafverfahrensrechtliche Grundsatz «in dubio pro reo» zumindest sinngemäss zur Anwendung kommt. Die Berücksichtigung der unterlassenen Mitwirkung im Rahmen der Beweiswürdigung ist damit an strengere Voraussetzungen geknüpft (BGE 105 Ib 114 E. 1.a; AUER/BINDER, in: Kommentar VwVG, a.a.O., Rz. 40 zu Art. 13 VwVG).

**5.3.4** Keinen Einfluss haben die Untersuchungsmaxime und die Mitwirkungspflicht auf die Verteilung der materiellen Beweislast (statt vieler Urteile BGer 2C\_835/2018 vom 8. April 2019 E. 5.1 und 2C\_788/2018 vom 31. Januar 2019 E. 3.2.2; AUER/BINDER, in: VwVG Kommentar, a.a.O., Rz. 17 zu Art. 12 VwVG; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Rz. 6 zu Art. 12 VwVG; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 1.53). Insbesondere kann sich die Behörde nicht gestützt auf die objektive Beweislastverteilung geringere Gewissenhaftigkeit bei der Abklärung von Tatsachen walten lassen, die sich zugunsten der Verfahrenspartei auswirken (Urteile BGer 2C\_165/2018 vom 19. September 2018 E. 2.2.2 und 2C\_58/2017 vom 23. Juni 2017 E. 2.2.2).

**5.3.5** Ein Beispiel für die Tragweite der Untersuchungsmaxime bei einer gesetzlichen Vermutung und drohender Verwaltungsanktion findet sich im Kartellrecht: Gemäss Art. 5 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG, SR 251) sind Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, unzulässig. Bei harten Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a - c KG und Art. 5 Abs. 4 KG (Vermutungsbasis) wird die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs vermutet (Vermutungsfolge). Es handelt sich dabei um eine gesetzliche Vermutung. Zu ihrer Verteidigung können die einer solchen Abrede bezichtigten Unternehmen entweder gegen die Vermutungsbasis den Gegenbeweis – d.h. den Nachweis, dass keine harte Abrede gegeben ist – oder aber gegen die Vermutungsfolge den Beweis des Gegenteils – d.h. den Nachweis, dass trotz der betroffenen harten Abrede der wirksame Wettbewerb nicht beseitigt ist – erbringen (zum Ganzen ZIRLICK/BANGERTER, in: Zäch et al. [Hrsg.], KG Kommentar, 2018, Rz. 334 und 338 zu Art. 5 VwVG). Aufgrund der im Kartellverfahren geltenden Untersuchungsmaxime hat die Wettbewerbsbehörde den relevanten Sachverhalt – auch in Bezug auf entlastende Elemente wie das Vorhandensein von wirksamen (Rest-)Wettbewerb – von Amtes wegen zu ermitteln (Art. 12 VwVG i.V.m. Art. 39 KG). Zudem hat sie gerade bei Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG (Belastung mit einem Betrag bis zu 10% des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes), welche bei harten Abreden nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a - c KG und Art. 5 Abs. 4 KG stets drohen, grundsätzlich auch die Unschuldsvermutung zu beachten (ZIRLICK/BANGERTER, in: KG Kommentar, a.a.O., 2018, Rz. 359 zu Art. 5 KG; ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2005, Rz. 451; WEKO, Recht und Politik des Wettbewerbs [RPW] 2016/3,

Rz. 122). Diese Grundsätze werden durch die gesetzlichen Vermutungen in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG, welche eine Beweislastverschiebung zur Folge haben (vgl. dazu Urteile BVGer B-581/2012 vom 16. September 2016 E. 5.5.3 und B-8399/2010 vom 23. September 2014 E. 6.4.5), relativiert. So haben die betroffenen Unternehmen aufgrund ihrer gesetzlichen Mitwirkungs- und Auskunftspflichten (Art. 13 Abs. 1 Bst. c VwVG i.V.m. Art. 40 KG) den Behörden Anhaltspunkte und Argumente zu nennen, um aufzuzeigen, dass der wirksame Wettbewerb trotz nachgewiesener Vermutungsbasis nicht beseitigt ist. Die Behörden ihrerseits haben die notwendigen Instruktionsmassnahmen vorzunehmen und gemeinsam mit den Unternehmen auch entlastende Argumente zu suchen, um den Sachverhalt in guten Treuen mit zumutbarem Aufwand bestmöglich zu klären (Urteil BVGer B-581/2012 vom 16. September 2016 E. 5.5.3; ZIRLICK/BANGERTER, in: KG Kommentar, a.a.O., 2018, Rz. 363 zu Art. 5 KG).

**5.3.6** Das vorinstanzliche Verfahren richtet sich nach dem VwVG (Art. 122c Abs. 3 AIG), weshalb die Untersuchungsmaxime nach Art. 12 VwVG gilt. Dementsprechend ist die Vorinstanz zur Feststellung der materiellen Wahrheit verpflichtet und hat nicht nur für die Luftverkehrsunternehmen belastende, sondern auch begünstigende Tatsachen zu ermitteln (vgl. oben E. 5.3.1). Sie trifft sowohl für die Vermutungsbasis als auch grundsätzlich für einen von einem Luftverkehrsunternehmen allfällig geltend gemachten Exkulpationstatbestand nach Art. 122a Abs. 3 Bst. a - b AIG die *subjektive* Beweislast bzw. Beweisführungslast (vgl. oben E. 5.3.1). Dies gilt umso mehr, als dass es sich vorliegend um ein Verwaltungsverfahren mit pönalem Charakter i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK handelt, in welchem die strafprozessualen Verfahrensgarantien und somit besonders die Unschuldsvermutung zu beachten sind (vgl. oben E. 5.3.1). Die Rechtsvermutung in Art. 122a Abs. 2 AIG ändert daran nichts, hat doch diese nur eine Verschiebung der *materiellen* Beweislast zur Folge (vgl. oben E. 4.4.2 f.). Demgegenüber trifft ein Luftverkehrsunternehmen aufgrund seiner Interessenlage und Sachkenntnisse eine erhöhte Mitwirkungspflicht (vgl. oben E. 5.3.2). Es liegt daher an ihm, einer der Tatbestände in Art. 122 a Abs. 3 Bst. a - b AIG geltend zu machen und die entsprechenden Beweismittel einzureichen, zumal die Vorinstanz zur Ermittlung des Sachverhalts auf die Kooperation der Luftverkehrsunternehmen angewiesen ist. In Anlehnung an die für das Kartellverwaltungsverfahren bei harten Wettbewerbsabreden entwickelten Grundsätzen ist die Vorinstanz 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 Vorkehren zur Verhinderung der Beförderung von INAD zu beurteilen (vgl. oben E. 5.3.5).

## 5.4

**5.4.1** Das Beweisthema hinsichtlich den zumutbaren organisatorischen Vorkehren ergibt sich aus Art. 32 Abs. 1 Bst. a - b VEV (vgl. oben E. 3.4). Im vorinstanzlichen Verfahren reichte die Beschwerdeführerin diesbezüglich diverse Unterlagen ein: «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. Daneben legte sie spezifisch bezüglich neun Passagieren dar, weshalb auch aufgrund der jeweiligen Reisedokumente keine Sorgfaltspflichtverletzung vorgelegen ist.

**5.4.2** 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 Groundhandler (*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. Zudem ist offensichtlich, dass Angaben zur Auswahl der Ground Handler und zur technischen Ausstattung fehlen. Nur weil diese Angaben der Beschwerdeführerin müssig erschienen, weil aus ihrer Sicht die diesbezüglichen Informationen der Vorinstanz bereits notorisch bekannt gewesen sein müssten (Auswahl der Groundhandler) oder angenommen wurde, dass solche wegen dem Wortlaut des MoU 2004 an den betreffenden Abflugorten nicht benötigt würden (technische Ausstattung), durfte sie nicht davon absehen.

**5.4.3** Gleichwohl zeigte die Beschwerdeführerin mit dem Einreichen der Unterlagen ihre Mitwirkungsbereitschaft bzw. den Willen, den Beweis des

Gegenteils anzutreten. Die Vorinstanz wäre schon aus diesem Grund aus Treu und Glauben verpflichtet gewesen, ihr mitzuteilen, weshalb sie die Unterlagen als nicht genügend erachte und zu präzisieren, welche Ergänzungen oder Erklärungen sie von ihr noch erwarte (vgl. oben E. 5.3.3). Es musste der Vorinstanz auch bewusst gewesen sein, dass es für die Beschwerdeführerin keinen vernünftigen Grund gab, Angaben zu ihren lizenzierten Ground Handler, mit welchen zahlreiche andere Luftverkehrsunternehmen zusammenarbeiten, und den technischen Hilfsmitteln zurückzuhalten. Insbesondere nachdem die Beschwerdeführerin, wie die Vorinstanz selber in ihrem aktenkundigen Schreiben vom 29. Mai 2015 ausführte, seit Jahren im Rahmen des MoU mit ihr bei der Bekämpfung der illegalen Migration «eng und erfolgreich» zusammenarbeitet. Mit anderen Worten konnte die Vorinstanz aufgrund der Offensichtlichkeit der fehlenden Angaben nicht in guten Treuen davon ausgehen, dass die Beschwerdeführerin diese aus mangelnder Kooperationsbereitschaft verschwieg. Es wäre der Vorinstanz 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 (vgl. oben E. 5.3.6). Die Vorinstanz hätte dafür nicht einzelne spezifische Urkunden benennen müssen. Vielmehr hätte es gereicht, wenn sie die Beschwerdeführerin darauf aufmerksam gemacht hätte, dass die bisherigen Angaben unvollständig seien und sie gesondert nach Abflugort *sämtliche* sachdienlichen Unterlagen samt Erläuterungen zur Auswahl, Instruktion und Überwachung der Personen bzw. Groundhandler, der Organisation des Check-in und der Einsteigekontrolle sowie zur technischen Ausstattung einzureichen habe, damit die Sache überhaupt eingehend geprüft werden könne. Indem sie stattdessen ohne weitere Instruktionen mit Verweis auf die fehlenden Angaben direkt die Sanktion aussprach, verletzte die Vorinstanz ihre Aufklärungspflicht und damit den Untersuchungsgrundsatz.

**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 (ZIBUNG/HOFSTETTER, in: Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Rz. 20 zu Art. 49 VwVG; BVGE 2012/21 E. 5.1; Urteil BVGer B-798/2012 vom 27. November 2013 E. 10).

Die Beschwerdeführerin reichte mit ihrer Beschwerde weitere Unterlagen samt Erläuterungen zu den drei *curae*, den technischen Vorkehrungen sowie zum Prozedere des Check-In ein. Die Vorinstanz ging darauf in ihrer Stellungnahme – wenn überhaupt – nur oberflächlich ein, was von vornherein eine eingehende erstinstanzliche Würdigung nicht zu ersetzen vermag. Mangels fachkundiger Erstbeurteilung durch die Vorinstanz ist es dem Bundesverwaltungsgericht nicht möglich, sich fundiert mit der Frage, ob die Beschwerdeführerin an den einzelnen Abflugorten zumutbare Vorkehrungen zur Verhinderung von INAD getroffen hat, auseinanderzusetzen. Die vorinstanzliche Verfügung ist daher aufzuheben und zur Durchführung eines gründlichen Beweisverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen. Sie hat die Beschwerdeführerin aufzufordern, ihr gesondert nach Abflugort *sämtliche* sachdienlichen Unterlagen samt allfälligen Erläuterungen zu den Vorkehrungen zur Verhinderung von INAD einzureichen. Dies umfasst alle Angaben zur Auswahl, Instruktion und Überwachung des Personals bzw. Ground Handler, zur Organisation des Check-in und der Einsteigekontrolle und die bereitgestellte erforderliche technische Ausstattung. Falls der Beweis des Gegenteils der Beschwerdeführerin nicht gelingen sollte, hätte die Vorinstanz dies – wiederum 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. Vor diesem Hintergrund muss vorliegend nicht geprüft werden, ob die Vorinstanz zu Recht das Gelingen des Beweises des Gegenteils i.S.v. Art. 122a Abs. 3 Bst. a Ziff. 3 AuG (Ermitteln der zulässigen Aufenthaltstage oder Einreisen aufgrund der Stempelung des Reisedokuments war nicht ohne Weiteres möglich) in neun Fällen verneinte. Sollte sich nämlich herausstellen, dass die Beschwerdeführerin alle zumutbaren Vorkehrungen zur Verhinderung von INAD an den betreffenden Abflugorten getroffen hatte, müsste der Beweis des Gegenteils i.S.v. Art. 122a Abs. 3 Bst. a Ziff. 3 AuG betreffend diesen Passagieren von vornherein nicht mehr erbracht werden.

## 6.

Im Ergebnis ist die Beschwerde gutzuheissen. Die Verfügung der Vorinstanz vom 21. Dezember 2018 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 auf Fr. 7'000.-- festgesetzt und der Vorinstanz auferlegt.

## **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

### **1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen. Die Verfügung vom 21. Dezember 2018 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. 7'000.-- zu bezahlen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. COO.2180.101.7.821901; Einschreiben)
- das Generalsekretariat EJPD (Gerichtsurkunde)

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 ist in einer Amtssprache abzufassen und 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: