

# **BVGer A-4038/2009 vom 29. September 2010**

Bundesverwaltungsgericht, 2010-09-29, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-4038\\_2009](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-4038_2009)

FR: TAF A-4038/2009 du 29 septembre 2010

IT: TAF A-4038/2009 del 29 settembre 2010

## **Regeste**

Berufszulassungen

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Das BAZL gehört zu den Behörden nach Art. 33 VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht, ist nicht gegeben (Art. 32 VGG). Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde.

#### **E. 1.1**

Zur Beschwerde ist berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs.1 VwVG). Die Beschwerdeführerin ist als formelle Verfügungsadressatin durch die Verweigerung der Zustimmung zur Zulassung von B.\_\_\_\_\_ als Postholder berührt und hat grundsätzlich ein schutzwürdiges Interesse an deren Anfechtung. Mit Verfügung vom 3. Juni 2009 hat die Vorinstanz das Gesuch um Zustimmung zur Nominierung von B.\_\_\_\_\_ als Postholder innerhalb der Organisation der Beschwerdeführerin zurzeit abgewiesen. Nicht B.\_\_\_\_\_, sondern die Beschwerdeführerin als Verfügungsadressatin hat diese Verfügung angefochten und die Feststellung verlangt, dieser sei Postholder innerhalb ihrer Betriebsorganisation. Das Interesse der Beschwerdeführerin an der Beschwerdeführung gegen den Entscheid vom 3. Juni 2009 ist auf die Frage beschränkt, ob sie B.\_\_\_\_\_ mit der Funktion als Postholder betrauen darf. Nur insoweit vermag sich die Beschwerdeführerin auf ein eigenes Beschwerdeinteresse zu berufen bzw. ist ihr Interesse schutzwürdig (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG), überprüfen zu lassen, ob die Aberkennung der Zulassung von B.\_\_\_\_\_ als Postholder rechtmässig ist (vgl. auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3330/2008 vom 23. März 2009 E. 10.1 f.).

#### **E. 1.2**

In diesem Zusammenhang ist darauf einzugehen, dass die Beschwerdeführerin verschiedentlich geltend macht, nicht sie, sondern B.\_\_\_\_\_ hätte Adressat der angefochtenen Verfügung sein sollen. Diesem sei aber keine Möglichkeit eingeräumt worden, das Prüfungsergebnis anzufechten. Wie aber auch die Beschwerdeführerin festhält, geht es vorliegend um die gerichtliche Beurteilung der von der Vorinstanz erhobenen

Einwände gegen den von ihr ernannten Postholder. Mit anderen Worten ist zu prüfen, ob die Vorinstanz B.\_\_\_\_\_ zu Recht aufgrund des Resultates des Assessments als Postholder der Beschwerdeführerin abgelehnt hat. Hierbei ist auch die Frage betroffen, ob die Betriebsorganisation der Beschwerdeführerin den Normen entspricht und ihr Luftverkehrsbetreiberzeugnis mit der bestehenden Postholderbesetzung aufrechterhalten werden kann. In Übereinstimmung hiermit führt auch die Vorinstanz aus, das Assessment diene zur Abklärung, ob sie als Aufsichtsbehörde den von der Flugbetriebsunternehmung gemeldeten Postholder als den behördlichen Anforderungen genügend akzeptieren könne. Dieser Schritt diene dazu, dass die Betriebsorganisation der Flugbetriebsunternehmung als regelkonform qualifiziert und damit das Luftverkehrsbetreiberzeugnis aufrechterhalten werden könne. In diesem Sinne ist die Beschwerdeführerin auch materiell Adressatin der vorliegend zu beurteilenden Verfügung und folglich zur Beschwerde befugt. Bei der Prüfung der obgenannten Punkte stellt sich aber auch die Frage, ob B.\_\_\_\_\_ überhaupt einem Assessment unterzogen werden durfte und, wenn ja, ob er dieses bestanden hat; als Adressatin der strittigen Verfügung ist die Beschwerdeführerin berechtigt, diesbezügliche Einwände vorzubringen. Hingegen steht es ihr nicht zu, eine Verletzung der Rechte von B.\_\_\_\_\_ geltend zu machen - insbesondere eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, der Persönlichkeit und der Wirtschaftsfreiheit von B.\_\_\_\_\_. Insoweit ist auf die Beschwerde nicht einzutreten. Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass die Verfügung der Vorinstanz vom 3. Juni 2009 auch B.\_\_\_\_\_ zugestellt worden ist. Er hat somit von ihr Kenntnis erhalten und es wäre ihm möglich gewesen, diese selbständig anzufechten. Da er dies unterlassen hat, ist die Verfügung ihm gegenüber formell rechtskräftig geworden (vgl. hierzu ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 991 sowie PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 31 Rz. 6) und es besteht kein Anlass, ihn auf Beschwerdeebene ins Verfahren einzubeziehen.

### **E. 1.3**

Die Beschwerdeführerin verlangt unter anderem die Feststellung, B.\_\_\_\_\_ sei Postholder innerhalb ihrer Betriebsorganisation. Dem Begehren um eine Feststellungsverfügung ist zu entsprechen, wenn die Gesuchstellerin ein schutzwürdiges Interesse nachweist (Art. 25 Abs. 2 VwVG). Ein solches wird im Sinne der Einheit des Prozesses gleich ausgelegt wie dasjenige zur Beschwerdelegitimation gemäss Art. 48 VwVG (ISABELLE HÄNER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, Zürich 2009, Art. 25 N. 16). Erforderlich ist ein rechtliches oder tatsächliches Interesse an der sofortigen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses (BGE 132 V 166 E. 7). Das Rechtsschutzinteresse besteht somit darin, dass ein Nachteil abgewendet werden kann, wenn die Feststellungsverfügung erlassen wird. Die gesuchstellende Person muss folglich nachweislich Dispositionen nicht treffen können oder solche ungerechtfertigterweise unterlassen, sofern die feststellende Verfügung nicht ergeht (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6820/2009 vom 23. März 2009 E. 5.1 sowie HÄNER, Praxiskommentar VwVG, Art. 25 N. 16). Die gesuchstellende Person, die ihr schutzwürdiges Interesse mit einem Leistungs- oder Gestaltungsbegehren wahren kann, hat ein solches und nicht nur ein auf Feststellung gerichtetes Begehren zu stellen, sofern ihr daraus nicht unzumutbare Nachteile entstehen (Grundsatz der Subsidiarität der Feststellungsverfügung; vgl. THOMAS MERKLI/ARTHUR AESCHLIMANN/RUTH HERZOG, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern,

Bern 1997, N. 20 zu Art. 49, mit Hinweisen; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 207). Vorliegend ist die Beschwerdeführerin der Meinung, sie brauche keine Bewilligung der Vorinstanz für die Ernennung ihres Postholders. Für die Klärung dieser Frage genügt der Antrag auf Aufhebung der Verfügung nicht. Somit kommt dem obgenannten Begehren um Feststellung, dass B. \_\_\_\_\_ Postholder innerhalb ihrer Betriebsorganisation sei, neben dem Antrag, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben, selbständige Bedeutung zu. Folglich ist darauf einzutreten.

#### **E. 1.4**

Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist daher einzutreten (Art. 50 Abs. 1 und 52 Abs. 1 VwVG).

#### **E. 2**

In formeller Hinsicht macht die Beschwerdeführerin geltend, die Vorinstanz habe den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Ihr sei vor Verfügungserlass keine Gelegenheit geboten worden, sich zur Amtsenthebung zu äussern und sie habe somit das willkürlich ermittelte Prüfungsergebnis nicht beanstanden bzw. anfechten können. Die blosser Mitteilung der erreichten Punktzahl lasse keinen Rückschluss zu, was genau geprüft und in welchem Bereich allenfalls sicherheitsrelevante Schwachstellen ausgemacht worden seien. Das Verfügungsdispositiv sei nur schwer verständlich und auch die Begründung sei nicht substantiiert genug. Die Vorinstanz hält dem entgegen, es liege keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor. Es bestehe gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kein Anspruch darauf, die Prüfungsunterlagen vor dem (negativen) Entscheid einsehen zu können. Der Beschwerdeführerin sei aber angeboten worden, im Hinblick auf eine allfällige Anfechtung der Verfügung, die Prüfungsunterlagen von B. \_\_\_\_\_ einzusehen.

#### **E. 2.1**

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ergibt sich aus Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101) und verleiht den von einem zu treffenden Entscheid Betroffenen verschiedene Mitwirkungsrechte, so das Recht auf Informationen über den Verfahrensausgang, die Möglichkeit sich zu äussern, bevor entschieden wird, und dabei angehört zu werden, das Recht auf Akteneinsicht sowie auf einen begründeten Entscheid (KÖLZ/HÄNER, a.a.O., Rz. 129; JÖRG PAUL MÜLLER/ MARKUS SCHEFER, *Grundrechte in der Schweiz*, 4. Auflage, Bern 2008, S. 846 ff.). Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur, was bedeutet, dass dessen Verletzung grundsätzlich zur Aufhebung des Entscheids führt, ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst. In der Praxis ist die Heilung einer Gehörsverletzung aber dann möglich, wenn die Beschwerdeinstanz in denjenigen Fragen, in denen das rechtliche Gehör verletzt worden ist, dieselbe Überprüfungsbefugnis hat wie die Vorinstanz und entsprechend das Versäumte nachholen kann (BGE 127 V 437 E. 3d.aa mit Hinweisen).

#### **E. 2.2**

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung bedeutet der Anspruch auf rechtliches Gehör nicht, dass einem Prüfungskandidaten vor Erlass eines negativen Prüfungsentscheids die Möglichkeit gegeben werden muss, sich zu seinen Prüfungsleistungen zu äussern oder die Akten einzusehen (BGE 121 I 225 E. 2b). Vorliegend ist zwar - wie ausgeführt (vgl. E. 1.2 hiervor) - nicht das Verhältnis zwischen dem Prüfungskandidaten und der Prüfungsbehörde betroffen. Da es sich aber um ein prüfungähnliches Verfahren handelt, erscheint eine

diesbezügliche Gleichbehandlung angebracht. Dies insbesondere auch, weil nicht ersichtlich ist, was die Beschwerdeführerin vor dem Verfügungserlass anderes hätte vorbringen können als der Prüfungskandidat B.\_\_\_\_\_. Zudem hätte die Beschwerdeführerin die Möglichkeit gehabt, ihre Einwände gegen die Durchführung eines Assessments bereits vorher, mithin nach dessen Ankündigung durch die Vorinstanz (vgl. Sachverhalt Bst. C und D), vorzubringen. Somit ist eine Verletzung des rechtlichen Gehörs zu verneinen. Art. 35 Abs. 1 VwVG schreibt in gesetzlicher Konkretisierung des verfassungsmässigen Anspruchs auf rechtliches Gehör die Begründungspflicht bei schriftlichen Verfügungen vor. Die Betroffenen sollen wissen, warum eine Behörde entgegen ihrem Antrag entschieden hat. Die Begründung eines Entscheids muss deshalb so abgefasst sein, dass die Betroffene ihn gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann. Dies ist nur möglich, wenn sie sich ein Bild über die Tragweite des Entscheids machen kann. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde leiten liess und auf welche sich ihr Entscheid stützt. Hierbei kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken. Die Behörde hat demnach in der Begründung ihres Entscheids diejenigen Argumente aufzuführen, die tatsächlich ihrem Entscheid zugrunde liegen (BGE 126 I 97 E. 2b und Urteil des Bundesgerichts 1E.1/2006 vom 12. April 2006 E. 3 je mit Hinweisen; vgl. auch LORENZ KNEUBÜHLER, Die Begründungspflicht, Bern 1998, S. 22 ff.). Diesen Anforderungen wird der Entscheid der Vorinstanz gerecht; er enthält nicht nur eine Darstellung der angewandten Normen, sondern auch eine knappe, den gesamten Verhältnissen aber angepasste Wiedergabe des Sachverhalts und dessen Würdigung. Die Beschwerdeführerin war sich, wie sich auch an den Vorbringen in der Beschwerde zeigt, über die Tragweite des angefochtenen Entscheids im Klaren und ohne Weiteres imstande, diesen sachgerecht anzufechten. Der Vorwurf der mangelhaften Begründung erweist sich damit als unbegründet.

### **E. 3**

Gemäss Art. 1 Abs. 2 und Art. 32 des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr (Luftverkehrsabkommen, SR 0.748.127.192.68), in Kraft seit 1. Juni 2002, ist die Verordnung (EWG) Nr. 3922/91 des Rates vom 16. Dezember 1991 zur Harmonisierung der technischen Vorschriften und der Verwaltungsverfahren in der Zivilluftfahrt (nachfolgend: Verordnung EWG, Abl. L 373 S. 4) für die Schweiz verbindlich (vgl. hierzu auch E. 10 ff. hiernach). Vorliegend stehen zwei verschiedene Versionen des Anhangs II der Verordnung EWG zur Diskussion; einerseits jene in der Fassung vom 11. Dezember 2007 (Verordnung [EG] Nr. 8/2008 der Kommission vom 11. Dezember 2007 zur Änderung der Verordnung [EWG] Nr. 3922/91 des Rates in Bezug auf gemeinsame technische Vorschriften und Verwaltungsverfahren für den gewerblichen Luftverkehr mit Flächenflugzeugen [Abl. L 10 S. 1], gemäss Beschluss Nr. 1/2008 vom 16. Dezember 2008 des Gemischten Luftverkehrsausschusses Gemeinschaft/Schweiz zur Ersetzung des Anhangs des Abkommens in das Abkommen übernommen, in Kraft getreten für die Schweiz am 1. Februar 2009 [AS 2009 1581]) und andererseits jene in der Fassung vom 20. August 2008 (Verordnung [EG] Nr. 859/2008 der Kommission vom 20. August 2008 zur Änderung der Verordnung [EWG] Nr. 3922/91 des Rates in Bezug auf gemeinsame technische Vorschriften und Verwaltungsverfahren für den gewerblichen Luftverkehr mit Flächenflugzeugen [Abl. L 254 S. 1], gemäss Beschluss Nr. 1/2009 vom 7. Juli 2009 des Gemischten Luftverkehrsausschusses Gemeinschaft/ Schweiz zur Ersetzung des Anhangs des Abkommens in das Abkommen übernommen). Welche zur Anwendung

gelangt, kann jedoch offen gelassen werden. Die für das vorliegende Verfahren bedeutsamen Bestimmungen sind in beiden Fassungen dieselben. Aufgrund der Bestimmungen im Anhang III der Verordnung EWG (nachfolgend: OPS 1) müssen Luftfahrtunternehmer einen den behördlichen Anforderungen genügenden Postholder ernannt haben (OPS 1.175 (i) Ziff. 1). "Den behördlichen Anforderungen genügend" bedeutet, dass seitens der Luftfahrtbehörde keine Einwände gegen die Eignung für den beabsichtigten Zweck erhoben wurden (OPS 1.003 (a) Ziff. 1). Anlage 2 zu OPS 1.175 (a) sieht weiter vor, dass ernannte Fachbereichsleiter ihre Führungsqualitäten sowie die entsprechenden technischen/betrieblichen Befähigungen im Bereich der Luftfahrt nachgewiesen haben müssen. Schliesslich ist ausser in Ausnahmefällen der beabsichtigte Wechsel eines Postholders der Luftfahrtbehörde mindestens 10 Tage im Voraus anzuzeigen (OPS 1.185 (f)).

#### **E. 4**

Die Ernennung eines Postholders erfolgt gemäss dem Wortlaut von OPS 1.175 (i) Ziff. 1 durch das Luftfahrtunternehmen, mithin durch die Beschwerdeführerin. Der Postholder muss aber gemäss dieser Bestimmung auch den behördlichen Anforderungen genügen, was dann der Fall ist, wenn seitens der Vorinstanz als Luftfahrtbehörde keine Einwände gegen die Eignung erhoben wurden (OPS 1.003 (a) Ziff. 1). Ob OPS 1.185 (f) tatsächlich - wie von der Beschwerdeführerin vorgebracht - zu entnehmen ist, dass diese Einwände innert 10 Tagen nach der Anzeige an die Vorinstanz von dieser vorgebracht werden müssen, kann vorliegend offen gelassen werden. Denn die Vorinstanz hätte diese Frist ohne Weiteres eingehalten. Die Beschwerdeführerin teilte mit Schreiben vom 14. Januar 2009 der Vorinstanz mit, sie beschäftige B. \_\_\_\_\_ wieder als Postholder. Die Vorinstanz bestätigte daraufhin am 19. Januar 2009 den Erhalt dieser Mitteilung und kündigte an, B. \_\_\_\_\_ werde zwecks Vereinbarung eines Prüfungstermins kontaktiert. Diese Ankündigung einer Prüfung kann durchaus dahingehend verstanden werden, dass die Vorinstanz ihre Zustimmung zur Nomination von B. \_\_\_\_\_ vom Resultat dieser Prüfung abhängig macht bzw. ihr Einwand darin liegt, dass B. \_\_\_\_\_ nur dann als Postholder akzeptiert wird, wenn er die noch zu absolvierende Prüfung besteht.

#### **E. 5**

In einem ersten Schritt ist zu untersuchen, ob die Vorinstanz grundsätzlich berechtigt war, B. \_\_\_\_\_ einer Prüfung bzw. einem Assessment zu unterziehen zwecks Klärung der Frage, ob er für die Funktion des Postholders akzeptiert werden kann bzw. ob er den hierfür nötigen behördlichen Anforderungen genügt. Erst wenn dies bejaht werden kann, ist in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob B. \_\_\_\_\_ das Assessment zu Recht nicht bestanden hat und aufgrund dieses ungenügenden Prüfungsergebnisses den behördlichen Anforderungen an einen Postholder nicht genügt.

#### **E. 6**

Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, die Vorinstanz sei nicht berechtigt gewesen, B. \_\_\_\_\_ einem Assessment zu unterziehen. Einer Amtsenthebung, wie sie die Vorinstanz verlange, bzw. für die Durchführung einer Prüfung fehle die gesetzliche Grundlage. Es sehe kein Gesetz eine Bewilligungspflicht für die Ausübung der Postholderfunktion vor, womit auch keine Fähigkeitsprüfung zu bestehen sei. Ein Fähigkeitsausweis für Postholder gebe es, im Gegensatz zur Pilotenlizenz, nicht. Eine Bewilligungspflicht für die Ausübung eines Berufs sei ein schwerer Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit und bedürfe einer

formell-gesetzlichen Grundlage. Einzig OPS 1.003 (a) Ziff. 1 stehe im Rang eines formellen Gesetzes. Das von der Vorinstanz neben den OPS 1-Bestimmungen herangezogene Material stelle keine Rechtsgrundlage für die Durchführung und Bewertung einer solchen Prüfung dar; es genüge dem Erfordernis der Gesetzesform nicht. Die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) schütze zudem den Unternehmer vor staatlichen Eingriffen und es sei eine verfassungsmässig geschützte Freiheit eines Unternehmens, seine Mitarbeiter frei auszuwählen. Schliesslich seien weder der Inhalt der Prüfung noch die Grundsätze der Bewertung bekannt gewesen; es existiere denn auch kein Prüfungsreglement.

#### **E. 6.1**

Im Zusammenhang mit der von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Verletzung der Wirtschaftsfreiheit führt die Vorinstanz im Wesentlichen Folgendes aus: Ihre Verfügung stütze sich primär auf OPS 1.175 (i) sowie auf Anlage 2 zu OPS 1.175 (a). Diese Normen bildeten Staatsvertragsrecht, welches unmittelbar und direkt anwendbar sei. Aus OPS 1.003 ergebe sich, dass zur Klärung, ob ein Kandidat die behördlichen Anforderungen erfülle, in irgend einer Form eine Eignungsabklärung vorzunehmen sei. Die Durchführung eines Assessments liege somit gestützt auf die internationalen Rechtsgrundlagen im Ermessen der Behörde. Ein solches werde bei Neu- wie auch bei Wiedereinsteigern standardmässig durchgeführt. Da die Postholder in Bezug auf die Sicherheit eine Schlüsselfunktion inne hätten, rechtfertige sich eine eingehende Prüfung von deren Kompetenzen. Seit Anfangs 2005 habe sie das Postholder-Assessmentverfahren allein im Bereich "Operation" rund 450 Mal durchgeführt. Dieses sei denn in der Industrie auch bestens bekannt und akzeptiert. Es handle sich vorliegend um das 14. Assessment, welches die Beschwerdeführerin bei ihr anhängig gemacht habe. Somit erstaune es, dass ihr Kandidat weder vom Inhalt noch von den Grundsätzen der Bewertung Kenntnis gehabt haben solle. Dies umso mehr, als bereits einmal ein Kandidat nicht oder nur mit Auflagen akzeptiert worden sei. Zudem sei der Kandidat mit der Einladung und auch zu Beginn des Assessments mündlich über dessen Ablauf informiert worden. Darüber hinaus sei "Assessment Preparation" Teil eines von B.\_\_\_\_\_ besuchten Weiterbildungskurses gewesen. Die Durchführung eines Assessments liege gestützt auf die internationalen Rechtsgrundlagen im Ermessen der Behörde. Zudem sei der Prozess in ihrem Management System verankert, welches schon mehrfach von den europäischen Organen inspiziert und auditiert worden sei. Somit gingen die Ausführungen der Beschwerdeführerin zum behaupteten Bedarf einer formell-gesetzlichen Rechtsgrundlage und einem Prüfungsreglement ins Leere.

#### **E. 7**

Die Beschwerdeführerin als schweizerische juristische Person des Privatrechts steht im persönlichen Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV (BGE 131 I 223 E 1.1; MÜLLER/SCHEFER, a.a.O., S. 1064) Unter den sachlichen Schutzbereich der in Art. 27 BV verankerten Wirtschaftsfreiheit fällt nach bundesgerichtlicher Praxis (vgl. etwa BGE 132 I 282 E. 3.2) jede gewerbmässig ausgeübte privatwirtschaftliche Tätigkeit, die der Erzielung eines Gewinns oder Erwerbseinkommens dient. Die Wirtschaftsfreiheit zielt im Wesentlichen darauf ab, unternehmerisch tätigen Wirtschaftssubjekten privatautonome Entscheidungs- und Handlungsspielräume zu sichern (Unternehmensfreiheit). Sie garantiert insbesondere die freie Wahl des Ortes der Berufsausübung, das Recht, eine Erwerbstätigkeit auf dem ganzen Gebiet der Eidgenossenschaft ausüben zu können, die freie Gestaltung der Geschäftsbeziehungen mit Geschäftspartnern, Konkurrentinnen und Kunden, sowie die

Möglichkeit, den Inhalt eines Vertrags frei von staatlichem Zwang auszuhandeln. Hierzu gehört insbesondere auch die freie Wahl der Mitarbeitenden (BGE 122 I 44 E. 3b/cc; MÜLLER/SCHEFER, a.a.O., S. 1052 und 1059 f.). Wenn B.\_\_\_\_\_ aufgrund eines ungenügenden Assessmentresultats von der Vorinstanz nicht als Postholder akzeptiert wird, ist die Beschwerdeführerin in ihrer freien Wahl der Mitarbeitenden eingeschränkt. Folglich fällt die vorliegend zu beurteilende Frage, ob die Vorinstanz B.\_\_\_\_\_ zu Recht einem Assessment unterzogen hat zwecks Beurteilung der Frage, ob er den behördlichen Anforderungen genügt bzw. ob sie Einwände gegen seine Eignung und somit Ernennung als Postholder erheben soll, unter den Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit.

#### **E. 8**

Beschränkungen der Wirtschaftsfreiheit sind unter den für Grundrechte allgemein geltenden Einschränkungsvoraussetzungen gemäss Art. 36 BV zulässig. Erforderlich sind eine gesetzliche Grundlage, ein überwiegendes öffentliches Interesse, die Verhältnismässigkeit der Massnahme sowie die Beachtung des Kerngehalts. Ferner muss der Grundsatz der Gleichbehandlung der direkten Konkurrenten beachtet werden (BGE 128 II 292 E. 5; MÜLLER/SCHEFER, a.a.O., S. 1074.). Es ist nachfolgend zu prüfen, ob der Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der Beschwerdeführerin im vorliegenden Fall durch diese drei Voraussetzungen gerechtfertigt wird.

#### **E. 9**

Gemäss Art. 36 Abs. 1 BV bedürfen Einschränkungen von Grundrechten einer gesetzlichen Grundlage. Diese Bestimmung deckt sich in der Sache mit dem allgemeinen Legalitätsprinzip von Art. 5 Abs. 1 BV (PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Bern 2009, § 19 Rz. 42). Die durch das Gesetzmässigkeitsprinzip bewirkte Bindung der Verwaltungsbehörden an das Gesetz dient der Rechtssicherheit, nämlich der Voraussehbarkeit des Verwaltungshandelns, der Rechtsgleichheit und der willkürfreien Verwaltungspraxis. Dabei gilt die Regel, dass die Anforderungen an Normstufe - formelles Gesetz oder Verordnung - und Normdichte umso höher sind, je schwerer der Grundrechtseingriff wiegt. Schwere Eingriffe benötigen eine klare und genaue Grundlage im formellen Gesetz selbst. Bei weniger schweren Eingriffen genügt eine Verordnung. Diese muss jedoch formell und materiell verfassungsmässig sein, d.h. von einer Behörde erlassen sein, die dazu befugt ist, und sich im Rahmen der Gesetzesdelegation bewegen (vgl. hierzu Art. 36 Abs. 1 Satz 2; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 19 Rz. 15 ff. und 42; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 372 und 383; RAINER J. SCHWEIZER in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender [Hrsg.], Die Schweizerische Bundesverfassung - Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2008, Rz. 10 ff. zu Art. 36). Das Bundesgericht hatte sich vor dem Inkrafttreten der Justizreform im ehemaligen staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren oft zur Schwere von Eingriffen in die Wirtschaftsfreiheit geäussert. Dabei prüfte es das Vorliegen einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage lediglich bei schweren Eingriffen mit freier Kognition. Einen schweren Eingriff in dieses Grundrecht bejahte es nur selten, etwa wenn ein Verbot der Berufsausübung oder eine ähnlich einschneidende Einschränkung zur Diskussion stand (vgl. REGINA KIENER/WALTER KÄLIN, Grundrechte, Bern 2007, S. 317 sowie die Zusammenstellung bei WALTER KÄLIN, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. Auflage, Bern 1994, S. 182 und BGE 125 I 335 E. 2). Geht die Massnahme weniger weit, ist dementsprechend von einem nicht besonders

schweren Eingriff auszugehen. Vorliegend schränkt das Zustimmungserfordernis die Beschwerdeführerin in ihrem unternehmerischen Handlungsspielraum nicht erheblich ein und ist deshalb als nicht besonders schwer zu qualifizieren. Ihre wirtschaftliche Tätigkeit wird nicht grundsätzlich in Frage gestellt und ihr stünde - falls sich der angefochtene Entscheid als korrekt herausstellen sollte - die Möglichkeit offen, einen anderen Postholder zu ernennen, sei es für eine unbestimmte Dauer oder auch nur bis zur Behebung der Einwände der Vorinstanz gegenüber B.\_\_\_\_\_. Folglich genügt vorliegend hinsichtlich Normstufe eine Verordnung den Anforderungen an eine gesetzliche Grundlage für einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der Beschwerdeführerin.

#### **E. 10**

Gesetzliche Grundlage bildet vorliegend OPS 1.175 (i) Ziff. 1 i.V.m. OPS 1.003 (a) Ziff. 1 und Anlage 2 zu OPS 1.175 (a). Dies wird sowohl von der Beschwerdeführerin wie auch von der Vorinstanz anerkannt. Es ist somit im Folgenden zu prüfen, ob diese Bestimmungen, welche im Anhang III der Verordnung EWG zu finden sind, hinsichtlich Normstufe und Normdichte den Anforderungen von Art. 36 Abs. 1 BV genügen. Um dies beurteilen zu können, ist zu untersuchen, ob bzw. inwieweit die fraglichen Bestimmungen von OPS I direkt anwendbar sind. Diese Frage ist anhand einer zweistufigen Prüfung zu beantworten (vgl. hierzu Daniel Thürer/Carolin Hillemanns in Daniel Thürer/Rolf H. Weber/Wolfgang Portmann/Andreas Kellerhals [Hrsg.], *Bilaterale Verträge I & II Schweiz - EU*, Handbuch, Zürich 2007, Rz. 13 und 14): In einem ersten Schritt ist der Wille der Vertragsparteien festzustellen, ob eine unmittelbare Anwendbarkeit der OPS-1-Bestimmungen gewollt, verboten oder freigestellt ist (E. 11 hiernach). In einem zweiten Schritt ist die innerstaatliche Anwendbarkeit nach landesrechtlichen Kriterien zu prüfen (E. 12 hiernach).

#### **E. 11**

Verordnungen, Richtlinien, Entscheidungen, Empfehlungen sowie Stellungnahmen nach dem Recht der Europäischen Gemeinschaften (EG) gehören zum sekundären Recht der Gemeinschaft, das von den Gemeinschaftsorganen erlassen wird (Art 288 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 25. März 1957 [AEUV, in der Fassung des Vertrags von Lissabon vom 13. Dezember 2007]). Verordnungen sind verbindliche, generell-abstrakte Regelungen, die unmittelbar in jedem Mitgliedstaat gelten. Sie binden die in der Regel für den Vollzug verantwortlichen Mitgliedstaaten, die Gemeinschaftsorgane und die betroffenen natürlichen und juristischen Personen. Die Verordnung bedarf keiner staatlichen Massnahme zur Umsetzung ins nationale Recht, sondern kann von den nationalen Behörden und Gerichten direkt angewendet und vor ihnen geltend gemacht werden (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1936/2006 vom 10. Dezember 2009 E. 28.1; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O. Rz. 152; TSCHANNEN/ ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 17 Rz. 13; TOBIAS JAAG, *Europarecht - Die europäischen Institutionen aus schweizerischer Sicht*, Zürich 2003, Rz. 2108 und 2111; STEPHAN BREITENMOSER/ANDRÉ HUSHEER, *Europarecht - Band I*, Zürich 2002, Rz. 296 ff.). Im Verhältnis zum Landesrecht stehen Verordnungen der EU auf der Stufe des Gesetzes (HÄFELIN/ MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 152).

##### **E. 11.1**

Die Schweiz ist nicht Mitglied der EU, weshalb das Europarecht in unserem Land nicht unmittelbar gilt. Im Rahmen der Bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der EU

wurde eine staatsvertragliche Harmonisierung in bisher sieben Rechtsgebieten erreicht (Sektorielle Abkommen zwischen der Schweiz und der EG vom 21. Juni 1999; vgl. Tschannen/Zimmerli/Müller, a.a.O., § 17 Rz. 18 und 21). Die bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der EU, wozu das Luftverkehrsabkommen gehört, werden aufgrund des monistisch geprägten Systems mit der Ratifizierung automatisch Teil der schweizerischen Rechtsordnung und bedürfen keines besonderen Transformationsakts (Thürer/Hillemanns, a.a.O., Rz 1 und 9; Thomas Cottier/Nicolas Diebold, Warenverkehr und Freizügigkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Bilateralen Abkommen, in: Jusletter vom 2. Februar 2009, Rz. 15; Thomas Cottier/Erik Evtimov, Die sektoriellen Abkommen der Schweiz mit der EG: Anwendung und Rechtsschutz, in: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins [ZBJV] 139/77 2003, S. 98 f.). Mit dem Luftverkehrsabkommen, welches vorliegend von Bedeutung ist, hat die Schweiz EU-Recht unmittelbar übernommen. Im Anhang des Abkommens wird der gemeinschaftliche Besitzstand verankert, d.h. das gesamte sekundäre Gemeinschaftsrecht im Bereich Luftverkehr. Damit werden alle einschlägigen Verordnungen unmittelbar anwendbar. Die Richtlinien müssen aber in das schweizerische Recht umgesetzt werden, was durch die Revision des Luftfahrtgesetzes vom 21. Dezember 1948 (LFG, SR 748.0) grösstenteils geschehen ist (vgl. hierzu TSCHANNEN/ ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 17 Rz. 22). Als verbindlich erklärt das Luftverkehrsabkommen unter anderem die im vorliegenden Verfahren wesentliche Verordnung EWG mit ihren Anhängen (vgl. Art. 1 Abs. 2 und Art. 32, siehe auch E. 3 hiervor); mithin auch die vorliegend massgebenden Bestimmungen von OPS 1. Es entspricht somit dem Willen der Vertragsparteien, dass die OPS-1-Bestimmungen direkt anwendbar sind (vgl. auch E. 11.1 hiervor).

### **E. 11.2**

Folglich ist OPS 1.175 (i) Ziff. 1 i.V.m. OPS 1.003 (a) Ziff. 1 und Anlage 2 zu OPS 1.175 (a) auf den hier zu beurteilenden Fall grundsätzlich direkt anwendbar. Da die strittige Anordnung der Vorinstanz als leichter Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der Beschwerdeführerin zu qualifizieren ist (vgl. obenstehende E. 9), vermögen die genannten Bestimmungen hinsichtlich der Normstufe den Anforderungen von Art. 36 Abs. 1 BV zu genügen.

### **E. 12**

Weiter ist zu prüfen, ob OPS 1.175 (i) Ziff. 1 i.V.m. OPS 1.003 (a) Ziff. 1 und Anlage 2 zu OPS 1.175 (a) auch hinsichtlich Normdichte den Anforderungen von Art. 36 Abs. 1 BV genügt. Hierbei ist die innerstaatliche Anwendbarkeit nach landesrechtlichen Kriterien zu ermitteln (vgl. E. 10 hiervor).

### **E. 12.1**

Die bilateralen Verträge stellen völkerrechtliche Verträge im klassischen Sinne dar und unterliegen daher keiner für alle Vertragsparteien gemeinsamen Anwendung und Auslegung. Vielmehr gelten für ihre Auslegung die allgemeinen völkerrechtlichen Regeln (Cottier/ Diebold, a.a.O, Rz. 15; Cottier/Evtimov, a.a.O., S. 99 ff.; vgl. hierzu auch das Urteil des Europäischen Gerichtshofs EuGH vom 12. November 2009, C-351/08, kommentiert in European Law Reporter [ELR] 2/2010, S. 35 ff.).

#### **E. 12.1.1**

Gemäss schweizerischem Recht muss der Rechtssatz, auf den sich eine Verfügung stützt, genügend bestimmt sein. Das Handeln der Verwaltungsbehörden muss im Einzelfall

voraussehbar und rechtsgleich sein. Jedes Gesetz weist aber naturgemäss einen gewissen Grad an Unbestimmtheit auf und es kann nicht in allen Fällen das gleiche Mass an Bestimmtheit verlangt werden. Das Gebot der Bestimmtheit von Rechtsnormen darf nach der Praxis des Bundesgerichts denn auch nicht in absoluter Weise verstanden werden. Der Gesetzgeber kann nicht völlig darauf verzichten, allgemeine Begriffe zu verwenden, die formal nicht eindeutig umschrieben werden können und an die Auslegung durch die Behörde besondere Anforderungen stellen. Dort, wo eine konkretisierende Regelung möglich ist, ist der Gesetzgeber jedoch nicht von seiner Pflicht entbunden, diese in genügend bestimmtem Umfang auch vorzunehmen. Besonders strenge Anforderungen an die Bestimmtheit des Rechtssatzes sind bei Eingriffen in Freiheitsrechte zu stellen (vgl. hierzu BGE 136 II 304 E. 7.6 mit Hinweisen; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 386 und 388; SCHWEIZER, a.a.O., Rz. 15 zu Art. 36). Als rechtsstaatliches Minimum gilt, dass Normen gleich welcher Stufe so präzise formuliert sein müssen, dass der Bürger sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann (BGE 125 I 361 E. 4a).

### **E. 12.1.2**

In Übereinstimmung hiermit untersuchen sowohl das Bundesgericht wie auch der EuGH eine staatsvertragliche Bestimmung in Regel zunächst darauf, ob sie inhaltlich hinreichend bestimmt und klar ist, um im Einzelfall Grundlage einer Entscheidung zu bilden. Dies trifft nicht zu für eine Bestimmung, die bloss ein Programm umschreibt, die eine Materie nur in Umrissen regelt oder dem Vertragsstaat einen beträchtlichen Ermessens- oder Entscheidungsspielraum belässt oder Leitlinien für die Gesetzgebung der Vertragsstaaten aufstellt, sich also nicht an die Verwaltungs- und Gerichtsbehörden, sondern an den Gesetzgeber des Vertragsstaats richtet. Das Bundesgericht hält eine Bestimmung dann als unmittelbar anwendbar, wenn sie im Gesamtzusammenhang sowie im Lichte von Gegenstand und Zweck des Vertrags betrachtet, unbedingt und eindeutig genug formuliert ist, um Grundlage einer konkreten Entscheidung zu sein (BGE 133 I 58 E. 4.2.3; BGE 133 I 286 E. 3.2; BGE 126 I 240 E 2b; BGE 125 I 182 E. 3a sowie BVGE 2009/62 E. 4.3.1 und Thürer/Hillemanns, a.a.O., Rz. 14; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 163; Jaag, a.a.O., Rz. 4020 je mit Hinweisen).

### **E. 12.2**

Es ist im Folgenden zu prüfen, wie die zentralen Bestimmungen der OPS 1, mithin "den behördlichen Anforderungen genügende Postholder" (OPS 1.175 (i) Ziff. 1) bzw. "keine Einwände gegen die Eignung erhoben" (OPS 1.003 (a) Ziff. 1) und "Fachbereichsleiter müssen ihre Führungsqualitäten sowie die entsprechenden technischen/betrieblichen Befähigungen im Bereich der Luftfahrt nachgewiesen haben" (Anlage 2 zu OPS 1.175 (a)) zu verstehen sind bzw. ob sie für den vorliegend zu beurteilenden Grundrechtseingriff genügend bestimmt sind.

#### **E. 12.2.1**

Das Kriterium, wonach der Postholder den behördlichen Anforderungen zu genügen hat, macht für sich alleine genommen bloss klar, dass die Behörde überhaupt Anforderungen an den Postholder stellen kann. Die Bestimmung statuiert einzig den Grundsatz, wonach die Vorinstanz Kriterien, welche ein Postholder mitzubringen hat, festlegen kann. Über den Inhalt dieser Anforderungen, d.h. was der Postholder konkret mitbringen oder erfüllen muss, ist der Bestimmung indessen nicht zu entnehmen. Auch die Forderung, wonach

seitens der Vorinstanz keine Einwände gegen die Eignung erhoben worden sind, hilft nicht viel weiter. Diese Norm sagt lediglich, dass die Vorinstanz Einwände zu erheben hat, wenn sie der Ansicht ist, der Kandidat eigne sich nicht für die Postholderfunktion. Wenn sie keine solchen vorbringt, ist davon auszugehen, der Postholder genüge den behördlichen Anforderungen. Über die Anforderungen im Einzelnen bzw. wann ein Kandidat geeignet erscheint, welcher Art die Einwände sein können, worauf sich die Vorinstanz hierbei stützen bzw. wie überhaupt untersucht werden soll, ob Einwände vorliegen, ist auch aus dieser Bestimmung nicht ersichtlich. Schliesslich ist vorgesehen, dass der Postholder seine Führungsqualitäten sowie die entsprechenden technischen/betrieblichen Befähigungen im Bereich der Luftfahrt nachgewiesen haben muss. Einzig diese Bestimmung gibt erste Anhaltspunkte, worauf sich die Eignung beziehen soll und was folglich Gegenstand der behördlichen Einwände sein kann. Hieraus kann denn auch abgeleitet werden, dass es der Vorinstanz gestattet ist, ein Prüf- und Kontrollprogramm für die Postholder-Kandidaten zu entwerfen. Hingegen ist auch dieser Bestimmung nicht zu entnehmen, wie eine Normierung zu erfolgen hat und die Prüfung auszugestalten ist bzw. um welche technischen und betrieblichen Befähigungen es sich im Einzelnen handelt, wie diese auszuweisen sind bzw. wie der Nachweis dieser Fähigkeiten zu erbringen ist und wie sie zu gewichten sind.

#### **E. 12.2.2**

Die vorliegend massgebenden OPS 1 Bestimmungen enthalten somit keine hinreichenden Anhaltspunkte zum Verständnis der fraglichen Begriffe. Sie sind in ihrer Formulierung sehr offen. Für das betroffene Luftfahrtunternehmen ist aus diesen Normen alleine nicht ersichtlich, welchen Anforderungen ihr Postholder genau genügen muss bzw. welche Voraussetzungen ein Postholder erfüllen muss, damit seine Ernennung von der Vorinstanz auch anerkannt wird. Der Beschwerdeführerin als Luftfahrtunternehmen ist es somit nicht möglich, gestützt auf diese Bestimmungen einen Postholder zu wählen, der dann mit grosser Wahrscheinlichkeit von der Vorinstanz auch als geeignet betrachtet wird. Für sie ist daraus nicht erkennbar, was ein von ihr gewünschter Postholder im Einzelnen für Anforderungen mitbringen bzw. unter Beweis stellen muss. Auch sagen die fraglichen Normen nichts aus über den Prozess des Erhebens von Einwänden, weshalb sich die Beschwerdeführerin auch hierauf nicht vorzubereiten vermag.

#### **E. 12.3**

Die fraglichen OPS 1 Bestimmungen räumen der Vorinstanz ein erhebliches Ermessen ein, da die konkreten Voraussetzungen, damit ein Postholder von ihr akzeptiert wird, sehr vage formuliert sind. Es handelt sich dabei um Leitideen, die sich landesintern an die gesetz- bzw. verordnungsgebenden Behörden richten - mit Bezug auf die Schweiz ans UVEK oder ans BAZL - und nicht geeignet sind, konkrete Grundlage eines Einzelfallentscheids zu sein (vgl. Thürer/Hillemanns, a.a.O., Rz. 14). Folglich ergibt sich, dass die Norm OPS 1.175 (i) Ziff. 1 i.V.m. OPS 1.003 (a) Ziff. 1 und Anlage 2 zu OPS 1.175 (a) keine direkte Anwendung finden kann, womit diesbezüglich für einen - wenn auch leichten - Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der Beschwerdeführerin eine genügende gesetzliche Grundlage im Sinne von Art. 36 Abs. 1 BV fehlt. Diese Schlussfolgerung wird durch den Umstand gestützt, dass Deutschland unter anderem für die Ernennung eines Postholders gemäss den obgenannten Bestimmungen von OPS 1 die Richtlinie "Festlegungen zur Qualifikation von Leitungspersonen in Luftfahrtunternehmen gemäss JAR-OPS 1 deutsch" erlassen hat, worin die Anforderungen an einen Postholder definiert werden. Zudem hat das UVEK im Bereich Flug- und Dienstzeiten sowie Arbeitsorganisation im gewerbsmässigen Luftverkehr mit

Flugzeugen gestützt auf die hier massgebende Verordnung EWG eine innerstaatliche Verordnung erlassen (Flug- und Dienstzeitenverordnung vom 26. September 2008, SR 748.127.8).

### **E. 13**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass OPS 1.175 (i) Ziff. 1 i.V.m. OPS 1.003 (a) Ziff. 1 und Anlage 2 zu OPS 1.175 (a) zwar hinsichtlich Normstufe, jedoch nicht bezüglich Normdichte direkt anwendbar ist und eine genügende gesetzliche Grundlage im Sinne von Art. 36 Abs. 1 BV bildet.

### **E. 14**

Die Vorinstanz stützt ihre Verfügung neben den genannten OPS 1 Bestimmungen auf zahlreiche weitere Normen, nämlich auf das von der International Civil Aviation Organisation (ICAO) herausgegebene Manual of Procedures for Operations Inspection, Certification and Continued Surveillance, Doc 8335-AN/879, Fourth Edition - 1995 (nachfolgend: ICAO Doc 8335), den von den Joint Aviation Authorities (JAA) im Rahmen des Administrative & Guidance Material, Section Four: Operations, Part Three: Temporary Guidance Leaflet (JAR-OPS) herausgegebenen Leaflet No 44 vom 1. Juni 2008 (nachfolgend: TGL 44), die von der JAA im Rahmen des Administrative & Guidance Material, Section Four: Operations, Part Two: Procedures (JAR-OPS) herausgegebenen Joint Implementation Procedures vom 1. Juni 2007 (nachfolgend: JIPs) und das Attachment F des ICAO-Annex 6 - Part I vom 20. November 2008 (nachfolgend: Attachment F). Es ist folglich weiter zu prüfen, ob allenfalls dieses von der Vorinstanz herangezogene Material als gesetzliche Grundlage für einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der Beschwerdeführerin dienen kann.

#### **E. 14.1**

Primäre Aufgabe der JAA war die Harmonisierung von Zulassung und Betrieb von Luftfahrzeugen und der Lizenzierung des eingesetzten Luftfahrtpersonals. Hierfür haben sie die Joint Aviation Requirements (JAR) ausgearbeitet. Für den Flugbetrieb schufen die in der JAA zusammengeschlossenen Luftfahrtbehörden die sog. JAR-OPS. Die JAA waren aber keine supranationale Organisation und haben folglich keine Hoheitsbefugnisse. Sie können weder Rechtsnormen noch Verwaltungsakte erlassen. Bei den JAR-OPS handelt es sich somit nicht um Rechtsnormen, sondern lediglich um Vorschläge bzw. Empfehlungen, welche in nationales Recht überführt werden müssen (vgl. hierzu REGULA DETTLING-OTT/RAIMUND KAMP in: Stephan Hobe/Nicolai von Ruckteschell [Hrsg.], Kölner Kompendium des Luftrechts - Band 1 - Grundlagen, Köln 2008, Teil III D. Rn. 51; WALTER SCHWENK/ELMAR GIEMULLA, Handbuch des Luftverkehrsrechts, 3. Auflage, Köln 2005, S. 88 f. sowie E. 11 hiervor). Die Schweiz überführt die JAR denn auch mittels Verordnungen in das Schweizerische Recht (vgl. Art. 6a Abs. 2 LFG sowie Homepage des BAZL: <http://www.bazl.admin.ch/dokumentation/grundlagen/index.html?lang=de>); dieses Vorgehen wurde etwa gewählt mit der Verordnung des Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) vom 14. Oktober 2008 über den Betrieb von Helikoptern zur gewerbmässigen Beförderung von Personen oder Gütern (VJAR-OPS 3, SR 748.127.9), der Verordnung vom 14. April 1999 über die JAR-FCL-Lizenzen zum Führen von Flugzeugen und Hubschraubern (VJAR-FCL, SR 748.222.2) und der Verordnung des UVEK vom 30. April 2003 über die Zertifizierung von Flugsimulatoren (VJAR-FSTD, SR

748.222.4). Die Bestimmungen der JAR-OPS werden durch weiterführende Materialien ergänzt und kommentiert, mithin durch das Section 2-Material und das Administrative and Guidance Material. Diese Erläuterungen sind rechtlich jedoch nicht verbindlich (DETTING-OTT/KAMP, a.a.O, Teil III D. Rn. 56). Der TGL 44 sowie die JIPs sind Bestandteil des Administrative and Guidance Material der JAA. Zum einen ist dieses alleine betrachtet - wie ausgeführt - rechtlich nicht bindend. Zum anderem hat der Schweizerische Gesetzgeber diese Anleitungen auch nicht ins Schweizerische Recht überführt. Der TGL 44 und die JIPs können somit, da sie weder auf der Stufe eines Gesetzes noch einer Verordnung stehen, nicht als gesetzliche Grundlage für einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der Beschwerdeführerin herangezogen werden. Somit erübrigt es sich, die beiden Dokumente dahingehend zu untersuchen, ob sie hinsichtlich Normdichte den Anforderungen an einen Grundrechtseingriff genügen würden.

#### **E. 14.2**

Nichts Anderes ergibt sich hinsichtlich des von der ICAO erlassenen Übereinkommens vom 7. Dezember 1944 über die internationale Zivilluftfahrt (Chicago-Übereinkommen, SR 0.748.0). Die Aufgaben und Ziele der ICAO - welche als internationale Sonderorganisation über keine eigenen Hoheitsbefugnisse verfügt - liegen allgemein in der Förderung des internationalen Luftverkehrs. Diese Ziele sind grösstenteils in Annexen zum Chicago-Übereinkommen verwirklicht, welche von der ICAO gestützt auf Art. 37 i.V.m. Art. 54 Bst. 1 Chicago-Übereinkommen herausgegeben werden (bisher 18 Annexe). Sie enthalten sogenannte "Standards" und "Recommended Practices" (vgl. hierzu SCHWENK/GIEMULLA, a.a.O., S. 106 f. sowie LUDWIG WEBER in: Stephan Hobe/Nocolai von Ruckteschell [Hrsg.], Kölner Kompendium des Luftrechts - Band 1 - Grundlagen, Köln 2008, Teil I A. Rn. 61.). Diese werden in der schweizerischen Gesetzgebung im deutschen Text mit den Begriffen "Normen" und "Empfehlungen" umschrieben (vgl. Art. 37 und 38 Chicago-Übereinkommen). Die Annexe sind aber nicht Bestandteile, die das Chicago-Übereinkommen als verbindlichen völkerrechtlichen Vertrag ergänzen, sondern Beschlüsse, die vom Exekutivorgan der ICAO gefasst werden (Art. 54 Chicago-Übereinkommen), ohne dass jedoch eine zusätzliche landesinterne Genehmigung durch die Vertragsstaaten nötig wäre. Sie werden aber erst nach dem in Art. 90 Chicago-Übereinkommen festgelegten Verfahren für die Vertragsstaaten grundsätzlich verbindlich. Insofern und im Gegensatz zum Chicago-Übereinkommen selber sind die Annexe somit nicht allgemein verbindlich bzw. absolut bindend (vgl. zum Ganzen und eingehender: BVGE 2009/62 E. 4.2 ff.; Weber, a.a.O., Teil I A. Rn. 62 ff.). Das ICAO Doc 8335 stellt eine Guidance für Annex 6 Part I und III dar. Das Attachment F gehört zu Annex 6 - Part I. Im Schweizer Luftfahrtrecht hat der Gesetzgeber mit Art. 6a LFG (in Kraft seit dem 1. Januar 1995, AS 1994 3010, S. 3024) eine formell-gesetzliche Grundlage geschaffen, um internationale technische Vorschriften ohne Umsetzung in eigene Erlasse ins Landesrecht überführen zu können. Nach dessen Abs. 1 kann der Bundesrat ausnahmsweise einzelne Annexe zum Chicago-Übereinkommen, einschliesslich zugehöriger technischer Vorschriften, als unmittelbar anwendbar erklären. Zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Annex 6 äussert sich einzig Art. 103a der Luftfahrtverordnung vom 14. November 1973 (LFV, SR 748.01). Hiernach sind die Normen Teil I Ziffern 3.2 und 8.7.3 sowie Teil III Ziffern 1.2 und 6.1.2 von Annex 6 unmittelbar anwendbar - vorbehalten bleiben die nach Art. 38 Chicago-Übereinkommen von der Schweiz gemeldeten Abweichungen (Abs. 2 und 3). Weiter kann das UVEK Empfehlungen des Annex 6 des Chicago-Übereinkommens für verbindlich erklären (Abs.

4). Von dieser Möglichkeit hat es jedoch bis anhin keinen Gebrauch gemacht. Zusammenfassend ergibt sich somit, dass weder Normen der ICAO in Anhang 6 Attachment F zum Chicago-Übereinkommen für unmittelbar anwendbar, noch Empfehlungen für verbindlich erklärt worden sind. Diese Texte sind deshalb im vorliegenden Fall nicht unmittelbar anwendbar.

#### **E. 15**

Demzufolge bleibt festzuhalten, dass weder der TGL 44, die JIPs, das ICAO Doc 8335 noch das Attachment F als gesetzliche Grundlage im Sinne von Art. 36 Abs. 1 BV für einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der Beschwerdeführerin dienen kann. Dass die Vorinstanz das von ihr durchgeführte Assessment in ihrem Management System verankert hat, vermag daran nichts zu ändern, stellt dieses doch offensichtlich keine gesetzliche Grundlage dar.

#### **E. 16**

Gestützt auf vorstehende Erwägungen fehlt eine genügende gesetzliche Grundlage für einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der Beschwerdeführerin, weshalb sich eine weitergehende Prüfung erübrigt. Die Beschwerde ist somit im Sinne der Erwägungen gutzuheissen und es ist festzustellen, dass B.\_\_\_\_\_ Postholder innerhalb der Betriebsorganisation der Beschwerdeführerin ist.

#### **E. 17**

Es ist dennoch auf Folgendes hinzuweisen: Wie in den vorgehenden Erwägungen dargelegt, regeln die fraglichen OPS 1 Bestimmungen die Ernennung eines Postholders nur in Umrissen. Es ist deshalb davon auszugehen, dass sie sich nicht eigentlich bzw. primär an die Vorinstanz als Verwaltungsbehörde, sondern vielmehr an den Gesetzgeber richten und diesen Leitlinien für die Gesetzgebung vorgeben. Auch wenn es sich bei einem solchen Assessment nicht um eine eigentliche Berufszulassungsprüfung handelt, kann für dessen Ablauf, Inhalt etc. eine entsprechende Verordnung erlassen werden. Denn gemäss Art. 25 Abs. 2 LFV kann das UVEK auch Vorschriften über das Luftfahrtpersonal, das für die Ausübung seiner Tätigkeit keines Ausweises bedarf, erlassen. Bei der Ausarbeitung einer entsprechenden gesetzlichen Regelung, welche dann auch als Grundlage für einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der Beschwerdeführerin dienen könnte, wäre zu bedenken, dass eine Prüfung bzw. ein Assessment, wie es die Vorinstanz durchgeführt hat bzw. durchführt, zur Klärung der Frage, ob ein Postholder den behördlichen Anforderungen im Sinne von OPS 1.175 (i) Ziff. 1 entspricht bzw. ob seitens der Vorinstanz (keine) Einwände gemäss OPS 1.003 (a) Ziff. 1 gegen die Eignung als Postholder zu erheben sind, grundsätzlich geeignet erscheint. Im Rahmen eines solchen Assessments könnte überprüft werden, ob der Kandidat über die erforderlichen Führungsqualitäten und die entsprechenden technischen/betrieblichen Befähigungen im Bereich der Luftfahrt verfügt (Anlage 2 zu OPS 1.175 (a)). Bei der gesetzlichen Regelung der Ausgestaltung eines solchen Assessments wäre es möglich, das ganze Verfahren (Meldung, Art und Weise der Einwanderhebung, allfällige Fristen, Voraussetzungen, Assessmentausgestaltung, Ernennung etc.) zu regeln. Auch könnten die Vorgaben des TGL 44, der JIPs, des ICAO Doc 8335 und des Attachment F miteinbezogen werden. Dabei wäre auch der Beizug von Psychologen zu prüfen, soweit die Persönlichkeit eines Kandidaten Prüfungsgegenstand bildet. In diesem Sinne wird die Vorinstanz bzw. das UVEK aufgefordert, diesbezüglich rasch möglichst tätig zu werden.

### **E. 18**

Die Verfahrenskosten werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Vorliegend gilt die Beschwerdeführerin als obsiegend. Ihr sind damit keine Verfahrenskosten aufzuerlegen. Der Kostenvorschuss von Fr. 1'500.-- ist ihr zurückzuerstatten. Der Vorinstanz sind keine Verfahrenskosten zu überbinden (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

### **E. 19**

Der ganz oder teilweise obsiegenden Partei ist von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin hat am 9. März 2010 eine Kostennote in der Höhe von insgesamt Fr. 29'832.10 eingereicht. Darin enthalten sind das Vertretungshonorar von Fr. 26'917.50, Spesen von Fr. 807.50 sowie die Mehrwertsteuer von Fr. 2'107.10. Gemäss Art. 14 Abs. 1 VGKE haben die Parteien, die Anspruch auf eine Parteientschädigung erheben, dem Gericht eine detaillierte Kostennote einzureichen. Demgegenüber werden die anwaltlichen Aufwendungen in der vorliegenden Kostennote nur grob - aufgeteilt nach den einzelnen Prozesshandlungen innerhalb des Beschwerdeverfahrens - aufgelistet und können deshalb keine zuverlässige Grundlage für die Festsetzung der Parteientschädigung darstellen. Der namhaft gemachte Zeitaufwand von 54.25 Stunden für die Erarbeitung der Beschwerde, der Replik sowie des Massnahmegesuchs erscheint zwar hoch, angesichts der Komplexität des Verfahrens aber verständlich. Demgegenüber erweist sich ein weiterer Zeitaufwand von 18.5 Stunden für die Eingabe vom 15. Dezember 2009 (Studium der Replik der Vorinstanz, rechtliche Abklärungen, Verfassen der Stellungnahme) ohne detaillierte Darlegung als nicht nachvollziehbar. Die Parteientschädigung ist daher ermessensweise auf Fr. 25'000.-- (inkl. Auslagen und MWST) festzusetzen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.