

Rechtsgutachten
zur Auslegung von Art. 8d Abs. 1 lit. d Eisenbahngesetz (EBG)

von

Dr. iur. Marco Donatsch, Rechtsanwalt

Richter am Verwaltungsgericht des Kantons Zürich

und

Dr. iur. Stefan Schürer, Rechtsanwalt

Lehrbeauftragter an der Universität Zürich

erstattet zuhanden der Gewerkschaft des Verkehrspersonals SEV

Zürich, 5. März 2015

Inhaltsübersicht

I.	Ausgangslage und Fragestellung	3
II.	Rechtliches	4
A.	Problemstellung	4
1.	Ausgangslage.....	4
2.	Erfordernis der Auslegung im historischen, teleologischen und systematischen Gesamtzusammenhang der bundesgesetzlichen und staatsvertraglichen Regelungen des Schienengüterverkehrs	5
B.	Regelung des Schienengüterverkehrs	6
1.	Gewährung des Netzzugangs nach der Eisenbahngesetzgebung	6
2.	Netzzugang gemäss Landverkehrsabkommen Schweiz/EU	8
C.	Auslegung von Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG	11
1.	Wortlaut und Systematik	11
2.	Historische Auslegung	12
3.	Fazit	13
D.	Auslegung von Art. 9 Abs. 2 lit. e altEBG	14
1.	Vorlage des Bundesrats	14
2.	Debatte in den eidgenössischen Räten	15
3.	Diskussion in den vorberatenden Kommissionen	16
4.	Zwischenergebnis	18
5.	Systematische Auslegung	19
a)	Im innerstaatlichen Regelungskontext	19
b)	Im europarechtlichen Kontext	20
6.	Teleologische Auslegung	22
7.	Fazit	23
III.	Zusammenfassende Beantwortung der Gutachtensfrage	24

I. Ausgangslage und Fragestellung

- 1 Die Gewerkschaft des Verkehrspersonals SEV hat am 17. Juni 2014 beim Bundesamt für Verkehr (BAV) Anzeige wegen Verletzung von Art. 8d Abs. 1 lit. d Eisenbahngesetz (EBG; SR 742.101) erstattet, und zwar aufgrund des folgenden Sachverhalts: Ein Eisenbahnverkehrsunternehmen (EVU) mit Sitz in der Schweiz beabsichtigt an einem schweizerischen Standort ausländische Grenzgänger als Lokführer zu beschäftigen, ohne diesen einen branchenüblichen Lohn zu entrichten.
- 2 Das BAV hat daraufhin einen Grundlagenbericht betreffend die branchenüblichen Arbeitsbedingungen im Schienengüterverkehr in Auftrag gegeben. Dieser Grundlagenbericht Ecoplan/Kurt Moll vom 14. Januar 2015 zog in rechtlicher Hinsicht folgenden Schluss:

Bei der Anwendung von Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG betreffend die branchenüblichen Arbeitsbedingungen sei zwischen zwei voneinander unabhängigen Branchen zu unterscheiden, nämlich

- *den EVU, die Traktionsleistungen im Binnenverkehr anbieten, der ausländischen EVU nicht offen stehe*

und

- *den EVU, die Traktionsleistungen im grenzüberschreitenden Schienengüterverkehr anbieten.*

Für die Branche „Binnenverkehr“ seien die Arbeitsbedingungen der Schweizer Konkurrenzunternehmen, für die Branche „Grenzüberschreitender Schienengüterverkehr“ die Arbeitsbedingungen der in- und ausländischen EVU – d.h. die Arbeitsbedingungen der im internationalen Güterverkehr tätigen EVU – massgebend.¹

- 3 Begründet wird diese Unterscheidung im Wesentlichen damit, dass der Gesetzgeber durch die Wendung «branchenübliche» Arbeitsbedingungen anstelle der vom Bundesrat in einer früheren Fassung der Bestimmung vorgeschlagenen «landesüblichen» Arbeitsbedingungen zum Ausdruck bringe, dass die Arbeitsbedingungen bei grenzüberschreitenden Sachverhalten nicht national zu definieren seien. Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG habe daher einen eingeschränkten Geltungsbereich, womit auch der Anerkennung von Netzzugangsbewilligungen von EVU aus EU-Mitgliedstaaten nach Art. 8d Abs. 3 EBG in Verbindung mit dem Landverkehrsabkommen Rechnung getragen werde. Denn ausländische EVU,

¹ Grundlagenbericht vom 14. Januar 2015, Branchenübliche Arbeitsbedingungen im Schienengüterverkehr. Ergebnisse der rechtlichen und ökonomischen Analyse von Art. 8d. Absatz 1 Buchstabe d des Eisenbahngesetzes (EBG, SR 742.101), zuhanden des Bundesamts für Verkehr, S. 45.

die gestützt auf Art. 8d Abs. 3 EBG Zugang zum Schweizer Schienennetz erhalten würden, müssten die Einhaltung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen nicht nachweisen.²

- 4 Gemäss dem Grundlagenbericht soll der SEV demgegenüber die Auffassung vertreten, dass für die Bestimmung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen die Verhältnisse in der Schweiz bzw. Schweizer Löhne massgebend seien und diese von allen im Marktgebiet operierenden Unternehmen angewendet werden müssten.³
- 5 Vor diesem Hintergrund wurden die Unterzeichnenden beauftragt, zur Auslegung von Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG, insbesondere zu dessen Geltungs- und Anwendungsbereich, gutachterlich Stellung zu nehmen.

II. Rechtliches

A. Problemstellung

1. Ausgangslage

- 6 Das BAV erteilt einem Eisenbahnverkehrsunternehmen (EVU) eine Netzzugangsbewilligung, wenn es die Voraussetzungen nach Art. 8d Abs. 1 EBG erfüllt. Eine Bewilligung gestützt auf Art. 8d Abs. 1 EBG wird zunächst nur EVU erteilt, die ihren Sitz in der Schweiz haben (lit. e). Diese müssen zudem u.a. «die arbeitsrechtlichen Vorschriften und die Arbeitsbedingungen der Branche» einhalten (lit. d). Weiter bestimmt Art. 8d Abs. 3 EBG, dass ausländische Genehmigungen auch in der Schweiz gelten, wenn mit dem betreffenden Staat eine Vereinbarung über die gegenseitige Anerkennung besteht.
- 7 Art. 8d Abs. 1 EBG regelt folglich die Bewilligungserteilung für nach schweizerischem Recht konstituierte EVU für den Netzzugang auf der schweizerischen Eisenbahninfrastruktur (vgl. auch Art. 1 f. EBG). Ob ein schweizerisches EVU aufgrund der Netzzugangsbewilligung nach Art. 8d Abs. 1 EBG auch im grenzüberschreitenden Verkehr Zugang auf das ausländische Schienennetz erhält – und unter welchen Voraussetzungen –, bestimmt sich hingegen gestützt auf die entsprechenden internationalen Vereinbarungen (Art. 8d Abs. 3 EBG e contrario; «gegenseitige Anerkennung»)⁴.

² Vgl. zum Ganzen Grundlagenbericht (Anm. 1) und Präsentation der Ergebnisse der rechtlichen und ökonomischen Analyse von Art. 8d Absatz 1 Buchstabe d EBG, Bern 19. Januar 2015.

³ Vgl. Grundlagenbericht (Anm. 1), S. 44.

⁴ Vgl. auch OLIVER BUCHER, Open Access im Schienenverkehr. Eine Auslegeordnung der rechtlichen Rahmenbedingungen der Schweiz mit einem Überblick über die Regelung in der EU, Zürich etc. 2006, S. 170.

8 Vor diesem Hintergrund ist durch Auslegung zu ermitteln, ob bei der Erteilung der Netzzugangsbewilligung nach Art. 8d Abs. 1 EBG zu unterscheiden ist, ob ein schweizerisches EVU im Binnenmarkt und/oder im grenzüberschreitenden Verkehr tätig ist. Der Grundlagenbericht Ecoplan/Kurt Moll kommt in Bezug auf die Einhaltung der «Arbeitsbedingungen der Branche» (Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG) zu diesem Schluss (vorne Rz. 3).

2. Erfordernis der Auslegung im historischen, teleologischen und systematischen Gesamtzusammenhang der bundesgesetzlichen und staatsvertraglichen Regelungen des Schienengüterverkehrs

9 Ausgangspunkt jeder Auslegung ist der Wortlaut der fraglichen Bestimmung (sogenannte grammatikalische Auslegung). Wo Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Wortlaut nicht den Normsinn wiedergibt, ist mit Hilfe der weiteren Auslegungselemente der Sinn einer Norm zu ermitteln.

10 Einzelne Bestimmungen sind dabei im systematischen Gesamtzusammenhang eines Gesetzes bzw. des gesamten Regelungsgegenstands auszulegen. Bestandteil der systematischen Auslegung bildet dabei auch die völkerrechtskonforme Auslegung. Die staatsvertraglichen Verpflichtungen der Schweiz sind bei der Sinnermittlung einer innerstaatlichen Norm zu berücksichtigen. Besteht ein Auslegungsspielraum, so ist dieser so zu nutzen, dass das Ergebnis im Einklang mit dem übergeordneten Recht steht⁵, was sich auch aus dem Postulat der Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung ergibt.⁶

11 Der Zweck einer Bestimmung folgt zum einen aus dem Regelungszweck des Gesetzeserlasses als solchem; zum anderen ergibt er sich insbesondere bei jüngeren Erlassen aus dem historischen Willen des Gesetzgebers, das heisst den Gesetzesmaterialien. Zu den zu berücksichtigenden Gesetzesmaterialien zählen neben der bundesrätlichen Botschaft und den parlamentarischen Beratungen nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung insbesondere auch die Protokolle der vorberatenden Kommissionen von National- und Ständerat (vgl. auch Art. 7 Abs. 1 Parlamentsverwaltungsverordnung [SR 171.115]).⁷

12 Nach dem so genannten Methodenpluralismus kommt keinem der vorstehend aufgeführten Elemente der Auslegung – grammatikalische, historische, teleologische und systematische – Vorrang zu. Der Wortlaut der Bestimmung bildet zwar Ausgangspunkt jeder Auslegung; ist der Text nicht klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss nach der wahren Tragweite der Bestimmung gesucht werden. Dabei kommt es insbesondere auf den Zweck der Regelung, die dem Text zugrundeliegenden Wertungen sowie auf den Sinnzusammenhang an, in dem die Norm steht. Es muss folglich im Einzel-

⁵ Vgl. z.B. BGE 133 I 1, E. 6.1.

⁶ Vgl. THOMAS GÄCHTER, in: Biaggini/Gächter/Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, Zürich/St. Gallen 2011, § 26 [Rechtsanwendung] N. 19.

⁷ Vgl. etwa BGE 135 V 261, E. 4.3.1; BGE 135 V 172, E. 6.3.2; BGE 130 I 26, E. 5.3.2.1.

fall abgewogen werden, welche Methode oder Methodenkombination geeignet ist, den wahren Sinn der auszulegenden Norm wiederzugeben; dieser Abwägung ist eine Wertung immanent⁸.

B. Regelung des Schienengüterverkehrs

1. Gewährung des Netzzugangs nach der Eisenbahngesetzgebung

13 Das Eisenbahngesetz regelt den Bau und Betrieb von Eisenbahnen. Die Eisenbahn umfasst die Infrastruktur, auf der konzessionspflichtige Personenbeförderung betrieben wird oder die für den Netzzugang geöffnet ist, sowie den darauf durchgeführten Verkehr (Art. 1 Abs. 1 und 2 EBG). Hinsichtlich den Eisenbahnunternehmen unterscheidet das Gesetz (Art. 2 EBG) zwischen solchen, die Infrastruktur bauen und betreiben (Infrastrukturbetreiberinnen) und solchen, die den Verkehr auf der Infrastruktur durchführen (Eisenbahnverkehrsunternehmen).⁹

14 Der Netzzugang betrifft den Eisenbahnverkehr.¹⁰ Der Netzzugang der Eisenbahnverkehrsunternehmen ist in den Art. 8c-9b EBG geregelt. Wer den Eisenbahnverkehr durchführen will, benötigt eine Genehmigung als Eisenbahnverkehrsunternehmen (Netzzugangsbewilligung) und eine Sicherheitsbescheinigung (Art. 8c Abs. 1 EBG). Die Netzzugangsbewilligung wird vom BAV nach Art. 8d Abs. 1 EBG erteilt, wenn das Unternehmen über eine genügende Organisation und über die erforderlichen Kenntnisse und Erfahrungen verfügt, um einen sicheren und zuverlässigen Betrieb zu gewährleisten (lit. a); finanziell leistungsfähig ist und über einen genügenden Versicherungsschutz verfügt (lit. b); die Anforderungen an die Zuverlässigkeit der für die Geschäftsführung verantwortlichen Personen erfüllt (lit. c); die arbeitsrechtlichen Vorschriften und die Arbeitsbedingungen der Branche einhält (lit. d) und seinen Sitz in der Schweiz hat (lit. e). Besteht mit anderen Staaten eine Vereinbarung über die gegenseitige Anerkennung, so gelten die von diesen Staaten erteilten Genehmigungen auch in der Schweiz (Art. 8d Abs. 3 EBG).

15 Die Voraussetzungen zur Erteilung der Netzzugangsbewilligung entsprechen in terminologischer Hinsicht dem bisherigen Art. 9 altEBG (dazu hinten Rz. 19) sowie den Vorgaben der Richtlinie 95/18/EG. Art. 8d EBG richtet sich im Gegensatz zur Vorläuferbestimmung aber ausschliesslich an EVU mit Sitz in der Schweiz.

⁸ Vgl. zum Ganzen ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl., Zürich etc. 2012, N. 75 ff.; GÄCHTER (Anm.6), § 26 [Rechtsanwendung]; GIOVANNI BIAGGINI, Methodik in der Rechtsanwendung, in: Peters/Schefer (Hrsg.), Grundprobleme der Auslegung aus Sicht des öffentlichen Rechts: Symposium zum 60. Geburtstag von René Rhinow, Bern 2004, S. 27 ff.

⁹ Vgl. BBl 2011, S. 956.

¹⁰ Vgl. UELI STÜCKELBERGER/CHRISTOPH HALDIMANN, Schienenverkehrsrecht, in: Georg Müller (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band IV, Basel 2008, Verkehrsrecht, N. 82.

- 16 Zwischen der Schweiz und den EU-Staaten gilt aufgrund des Landverkehrsabkommens die gegenseitige Anerkennung der Nutzzugangsbewilligungen.¹¹ Dies wird auch durch die Neufassung von Art. 8d Abs. 3 EBG nunmehr unmissverständlich zum Ausdruck gebracht. Ein EVU mit Sitz in einem EU-Staat bedarf im Anwendungsbereich des Landverkehrsabkommens keiner schweizerischen Nutzzugangsbewilligung. Vorausgesetzt wird die Zulassung im Sitzstaat. In der ursprünglichen Fassung von Art. 9 Abs. 4 altEBG war demgegenüber noch nicht von einer gegenseitigen Anerkennung die Rede (vgl. die nachstehende Zitierung in Rz. 19).¹²
- 17 Verfügt ein Eisenbahnverkehrsunternehmen über die Nutzzugangsbewilligung, so hat die Infrastrukturbetreiberin den diskriminierungsfreien Nutzzugang zu gewähren (vgl. im Einzelnen Art. 9a EBG). Der Bundesrat kann mit anderen Staaten Abkommen abschliessen, welche die Gewährung des Nutzzugangs für ausländische Unternehmen vorsehen. Er berücksichtigt dabei den Grundsatz der Gegenseitigkeit (Art. 9a Abs. 6 EBG).
- 18 Die vorstehend referierten Bestimmungen des Eisenbahngesetzes sind seit dem 1. Dezember 2012 bzw. 1. Juli 2013 in Kraft. Sie wurden im Rahmen der sog. Bahnreform 2 bzw. über den zweiten Schritt der Bahnreform 2 in der vorliegenden Fassung bzw. Artikelnummerierung in das Eisenbahngesetz eingefügt. Diese jüngste Revision bezweckt insbesondere, die Interoperabilität der Eisenbahnen und die Rechtssicherheit bei Ausschreibungen im regionalen Personenverkehr zu verbessern und die Marktüberwachung (Schiedskommission im Eisenbahnverkehr) zu stärken.¹³
- 19 Die Bestimmung über den Nutzzugang wurde indessen bereits per 1. Januar 1999 erstmals in das Gesetz aufgenommen, und zwar mit folgendem Wortlaut:

Art. 9 altEBG

Wer die Infrastruktur einer anderen Eisenbahnunternehmung benützen will, benötigt eine Bewilligung des Bundesamtes (Abs. 1).

Die Bewilligung wird erteilt, wenn (Abs. 2):

- a. die ersuchende Unternehmung so organisiert ist, dass sie einen sicheren und zuverlässigen Betrieb gewährleistet;*
- b. die Beschäftigten die für einen sicheren Betrieb erforderliche Qualifikation besitzen;*
- c. das Rollmaterial den Anforderungen eines sicheren Betriebs genügt;*

¹¹ BBl 2011, S. 957.

¹² Entsprechend stellte sich nach Abschluss des Landverkehrsabkommens die Frage, ob ein EVU aus einem EU-Mitgliedstaat im Anwendungsbereich des Abkommens einer schweizerischen Nutzzugangsbewilligung bedürfte (vgl. dazu die zutreffende Analyse des BAV, Arbeitsgruppe grenzüberschreitender Verkehr, vom 6. Juni 2005).

¹³ Zum Ganzen Botschaft des Bundesrates zum zweiten Schritt der Bahnreform 2 vom 20. Oktober 2010 (BBl 2011, S. 911 ff.).

- d. die Unternehmung finanziell leistungsfähig ist und über einen genügenden Versicherungsschutz verfügt;
- e. die arbeitsrechtlichen Vorschriften eingehalten und die Arbeitsbedingungen der Branche gewährleistet werden; und
- f. die Einhaltung der Sicherheitsbestimmungen für die zu benützenden Strecken gewährleistet ist.

... (Abs. 3)

Der Bundesrat regelt nach Anhören der betroffenen Kantone die Einzelheiten und das Verfahren. Er kann mit anderen Staaten Abkommen abschliessen, welche die Gewährung des Netzzugangs für ausländische Unternehmungen vorsehen (Abs. 4).

- 20 Mit dieser sog. ersten Etappe der Bahnreform (Bahnreform 1) wurde der freie Netzzugang (Grundsatz des free access) eingeführt.¹⁴ Demnach ist ein Unternehmen berechtigt, die Bahninfrastruktur eines anderen Bahnunternehmens gegen die Bezahlung eines Entgelts zu benutzen. Dieser Schritt ist namentlich für den Güterverkehr von Bedeutung.¹⁵ Der Netzzugang für den *Inland*verkehr wurde damit bereits vor Inkrafttreten des Landverkehrsabkommens landesrechtlich umgesetzt.¹⁶

2. Netzzugang gemäss Landverkehrsabkommen Schweiz/EU

- 21 Am 1. Juni 2002 ist das Landverkehrsabkommen (LVA) zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft (heute: Europäische Union) in Kraft getreten.¹⁷ Dieses Abkommen bezweckt – als Teilpaket der sog. Bilateralen I – die schrittweise gegenseitige Öffnung der Strassen- und Eisenbahnverkehrsmärkte für Personen und Güter.¹⁸ Diese Vertragsziele sollen basierend auf den Grundsätzen der Gegenseitigkeit, der freien Wahl der Verkehrsträger und der Nichtdiskriminierung durchgesetzt werden; die Schweiz ist mithin verpflichtet, im Anwendungsbereich des Abkommens keine Massnahmen zu treffen, die geeignet sind, Transporteure bzw. Eisenbahnunternehmen aus EU-Mitgliedstaaten zu benachteiligen.¹⁹
- 22 Dabei ist vorweg zu beachten, dass das Abkommen nur für den grenzüberschreitenden Eisenbahngüter- und -personenverkehr sowie den grenzüberschreitenden kombinierten Verkehr gilt. Ausgenommen sind Eisenbahnunternehmen, deren Betrieb auf den Stadt-,

¹⁴ RENÉ RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI/FELIX UHLMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011, S. 491.

¹⁵ STÜCKELBERGER/HALDIMANN (Anm. 10), N. 84, 112.

¹⁶ STÜCKELBERGER/HALDIMANN (Anm. 10), N. 85; BUCHER (Anm. 4), S. 243 ff.

¹⁷ SR 0.740.72.

¹⁸ ROLF H. WEBER/MAX FRIEDLI, Abkommen über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse, in: Daniel Thürer et al. (Hrsg.), Bilaterale Verträge I&II, Schweiz – EU. Handbuch, Zürich etc. 2007, S. 407 ff., N. 5.

¹⁹ WEBER/FRIEDLI (Anm. 18), N. 31.

Vorort- oder Regionalverkehr beschränkt ist²⁰. Zudem gilt das LVA nur für Unternehmen, welche im Gebiet einer Vertragspartei niedergelassen sind (Art. 2 Abs. 2 und 3 LVA).

- 23 Für den Bereich des Bahnverkehrs erhalten die Schweizer Eisenbahnunternehmen unter gewissen Voraussetzungen den freien Netzzugang zu den Bahnsystemen in den EU-Staaten. Titel III bzw. die Art. 23-29 LVA regeln dazu den gegenseitigen Zugang der Vertragsparteien zur Bahninfrastruktur im grenzüberschreitenden Personen- und Güterverkehr sowie insbesondere die Voraussetzungen, welche die Bahnunternehmen erfüllen müssen, um den Netzzugang zu erhalten. Die Bestimmungen des LVA sind unmittelbar anwendbar.²¹
- 24 Art. 24 LVA in Verbindung mit Anhang 1 Abschnitt 4 regelt die Zugangsrechte zur Bahninfrastruktur und die Transitrechte. Dabei wird auf die Richtlinien 95/18/EG über die Erteilung von Genehmigungen an Eisenbahnunternehmen, 95/19/EG über die Zuweisung von Fahrwegkapazität der Eisenbahn und die Berechnung von Weagentgelten sowie 91/440/EWG zur Entwicklung der Eisenbahnunternehmen der Gemeinschaft verwiesen. Die Liberalisierung gemäss diesen sekundärrechtlichen Bestimmungen der Europäischen Union findet somit auch im Verhältnis Schweiz – EU direkt Anwendung.²²
- 25 Es ist zwischen dem grenzüberschreitenden kombinierten Verkehr und dem übrigen grenzüberschreitenden Eisenbahnverkehr zu unterscheiden: Für Ersteren erhalten Bahnunternehmen, welche im Gebiet einer Vertragspartei niedergelassen sind und diese Transporte durchführen, Netzzugang im Gebiet der anderen Vertragspartei. Für Letzteres, d.h. den grenzüberschreitenden Eisenbahnverkehr zwischen der EU und der Schweiz müssen internationale Gruppierungen gebildet werden, an denen mindestens zwei Bahnunternehmen teilnehmen, von denen eines in der Schweiz ansässig ist. Für eine solche internationale Gruppierung genügt ein formfreies Kooperationsabkommen.²³ Diese erhält Zugangsrechte in denjenigen Ländern, in welchen die zur Gruppierung gehörenden Unternehmen ansässig sind, sowie Transitrechte, die sie für Transporte zwischen den Sitzstaaten der Unternehmen benötigen.²⁴
- 26 Diesen im Zeitpunkt des Abschlusses des LVA geltenden Vorgaben des sekundären Gemeinschaftsrechts (bzw. Unionsrechts) gemäss der Richtlinie 91/440/EWG, der Richtlinie 95/18/EG und der Richtlinie 95/19/EG genügten die bestehenden Bestimmungen des Ei-

²⁰ BUCHER (Anm. 4), S. 161.

²¹ WEBER/FRIEDLI (Anm. 18), N. 8, 12 und 16.

²² THOMAS COTTIER/NICOLAS DIEBOLD/ISABELL KÖLLIKER/ RACHEL LIECHTI-MCKEE/MATTHIAS OESCH/TETYANA PAYOSOVA/ DANIEL WÜGER, Die Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union, Bern 2014, N. 607.

²³ EuGH, verb. Rs. T-374/94 etc., Slg. 1998 II 3214, Rz. 182.

²⁴ WEBER/FRIEDLI (Anm. 18), N. 70 f.

senbahngesetzes. Die Umsetzung des LVA hat daher anfänglich keine Anpassungen von innerstaatlichen Rechtsnormen, namentlich des Eisenbahngesetzes, erfordert.²⁵

- 27 Die Erteilung von Zugangs- oder Transitrechten setzt voraus, dass ein Bahnunternehmen die Bewilligung zur Erbringung von Verkehrsleistungen im Eisenbahnverkehr besitzt. Das Bahnunternehmen muss hierfür nachweisen, es den von den Vertragsparteien festgelegten Anforderungen an die Zuverlässigkeit, die finanzielle Leistungsfähigkeit, die fachliche Eignung sowie die Deckung der Haftpflicht erfüllt. Die hierfür geltenden Vorschriften sind in Abschnitt 4 des Anhangs 1 aufgeführt (Art. 25 Abs. 5 LVA). Massgebend war ursprünglich die Richtlinie 95/18/EG über die Erteilung von Genehmigungen an Eisenbahnunternehmen, die durch die Richtlinie 2004/49/EG geändert wurde (vgl. Anhang 1 Abschnitt 4 LVA).²⁶
- 28 Weiter regelt das Landverkehrsabkommen die Erteilung der Sicherheitsbescheinigung (Art. 26 LVA), die Zuweisung der Zugtrasse (Art. 27 LVA), das Rechnungswesen und Wegegelt (Art. 28 LVA) und schliesslich das Beschwerderecht (Art. 29 LVA).²⁷
- 29 Seitens der Europäischen Union wurden zwischenzeitlich weitere Liberalisierungsschritte beschlossen, welche namentlich den freien Marktzugang im Eisenbahngüterverkehr vorsehen. Zugangs- und Transitrechte sollen auch einzelnen Bahnunternehmen gewährt werden. Für die Übernahme der massgebenden EU-Rechtsakte wären Anpassungen im Schweizer Recht nötig.²⁸
- 30 In der Europäischen Union ist die Marktöffnung im grenzüberschreitenden Güterverkehr 2006 erfolgt. Seit Anfang 2007 erhalten Eisenbahnunternehmen für alle Arten von Schienenfrachtdiensten Zugang zur Infrastruktur aller Mitgliedstaaten, womit auch die nationale Kabotage ermöglicht wird.²⁹
- 31 Ein entsprechender Nachvollzug wird vom Bundesrat ins Auge gefasst, die Umsetzung ist aber noch offen.³⁰ Mit der Vorlage zum zweiten Schritt der Bahnreform 2 wurden lediglich einzelne Aspekte der EU-Eisenbahnpakete in das Schweizer Recht übernommen.³¹ Der Schienengüterverkehr ist damit nicht vollständig liberalisiert, da die Richtlinie 2004/51/EG, welche im Schienengüterverkehr die Ausdehnung des Zugangs zur gesam-

²⁵ WEBER/FRIEDLI (Anm. 18), N. 168 ff.; BUCHER (Anm. 4), S. 158; BBl 1999, S. 6290 f.; BBl 2011, S. 953.

²⁶ ABl. L 164 vom 30.4.2004, S. 44 und ABl. L 313 vom 28.11.2009, S. 65. – Vgl. dazu auch Botschaft des Bundesrates vom 23. Februar 2005 zur Bahnreform 2, BBl 2005, S. 2415 ff., 2431.

²⁷ Vgl. dazu WEBER/FRIEDLI (Anm. 18), N. 77 ff.

²⁸ Zutreffend WEBER/FRIEDLI (Anm. 18), N. 72 f. und N. 172 ff. – Unklar hingegen BBl 2005, S. 2431.

²⁹ Richtlinie 2004/51/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Änderung der Richtlinie 91/440/EWG des Rates zur Entwicklung der Eisenbahnunternehmen der Gemeinschaft (ABl. L 164 vom 30.4.2004, S. 164); BBl 2011, S. 951.

³⁰ BBl 2011, S. 953.

³¹ Vgl. BBl 2011, S. 911 ff.

ten Eisenbahninfrastruktur vorsieht, (noch) nicht in den Anhang 1 zum Landverkehrsabkommen aufgenommen wurde.³² Und die Art. 8c-9b des geltenden EBG sind – anders als die vom Parlament zurückgewiesene Vorlage der Bahnreform 2³³ – gerade nicht so abgefasst (vgl. nur Art. 9a Abs. 6 EBG, wonach der Bundesrat die Gewährung des Netzzugangs für ausländische Unternehmen in Staatsverträgen vorsehen kann), dass ein autonomer Nachvollzug ins Schweizer Recht vorläge.³⁴ Der Bundesrat hält ausdrücklich (und zutreffend) fest, dass der Nachvollzug des 2. EU-Eisenbahnpakets 2004 noch offen ist.³⁵

C. Auslegung von Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG

1. Wortlaut und Systematik

32 Gemäss Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG wird eine Netzzugangsbewilligung erteilt, sofern das Unternehmen «die arbeitsrechtlichen Vorschriften und die Arbeitsbedingungen der Branche einhält». Vom Gesetzeswortlaut her lässt demnach nichts darauf schliessen, dass der Gesetzgeber zwischen EVU, die im Binnenverkehr tätig sind, und solchen, die Traktionsleistungen im grenzüberschreitenden Schienengüterverkehr anbieten, unterscheiden wollte. Im Gegenteil: Alle Unternehmen, die um eine Netzzugangsbewilligung ersuchen, werden demselben gesetzlichen Regime unterworfen. Gemäss dem Wortlaut der Bestimmung bestehen demnach keine Anhaltspunkte dafür, dass für Unternehmen, die grenzüberschreitende Leistungen anbieten, andere Arbeitsbedingungen massgeblich sein sollen als für binnenorientierte EVU. Ganz in diesem Sinn ist in Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG nicht von Arbeitsbedingungen in unterschiedlichen Branchen die Rede, sondern von den Arbeitsbedingungen *der* Branche. Referenzpunkt ist für sämtliche EVU ist deshalb nach dem Gesagten *dieselbe* Branche.

33 Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG i.d.F. vom 16. März 2012 ist ausschliesslich auf Unternehmen mit Sitz in der Schweiz anwendbar (Art. 8d Abs. 1 lit. e EBG). Aus diesem Zusammenhang wird deutlich, was mit dem Verweis auf die «Arbeitsbedingungen der Branche» gemeint ist: Es sind die hiesigen Arbeitsbedingungen – genau so, wie mit dem Begriff der arbeitsrechtlichen Vorschriften nur die hiesigen Gesetzesvorschriften gemeint sein können. Andernfalls würde die Regelung das gesetzgeberische Novum beinhalten, dass ein Bundesgesetz, das Lohndumping verhindern möchte, für hier ansässige Unternehmen die Arbeitsbedingungen in Drittstaaten für massgeblich erklärt. Die Meinung, der Gesetzge-

³² Vgl. zur hierfür notwendigen Anpassungen der Anhänge oder des Landverkehrsabkommens selbst die Erläuterungen des Bundesrates in BBl 2005, S. 2431.

³³ BBl 2005, S. 2583.

³⁴ Siehe dagegen CHRISTA TOBLER/JACQUES BEGLINGER, Grundzüge des bilateralen (Wirtschafts-)Rechts, Band I und II, Zürich/St. Gallen 2013, S. 72 und S. 144, gemäss denen die Schweiz durch autonomen Nachvollzug den Güterverkehr vollständig liberalisiert habe, ohne dass darauf die Anhänge des Landverkehrsabkommens geändert worden wären.

³⁵ BBl 2011, S. 953.

ber habe mit Art. 8d Abs. 1 EBG für einheimische Unternehmen die Arbeitsbedingungen in Drittstaaten zur Richtschnur machen wollen, findet deshalb in Wortlaut und Gesetzes-systematik keine Stütze.

- 34 Der Wortlaut von Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG steht folglich einer geltungszeitlichen Umdeutung entgegen, die hinsichtlich der branchenüblichen Arbeitsbedingungen zwischen EVU unterscheidet, die im Binnenverkehr tätig sind, und solchen, die grenzüberschreitende Leistungen anbieten. Eine solche Unterscheidung könnte nur auf dem Wege der Gesetzgebung erfolgen.

2. Historische Auslegung

- 35 Dieser Befund gilt umso mehr, als sich auch in den Materialien zu Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG keinerlei Anhaltspunkte finden lassen, dass der Gesetzgeber betreffend Arbeitsbedingungen eine Unterscheidung zwischen binnenorientierten EVU einerseits und im grenzüberschreitenden Schienengüterverkehr tätigen EVU andererseits vornehmen wollte. Weder in der Botschaft des Bundesrats noch in den Ratsprotokollen lassen sich entsprechende Hinweise finden.³⁶ Stattdessen unterstellte das Parlament die hier ansässigen Eisenbahnverkehrsunternehmen diskussionslos denselben Bewilligungskriterien – und zwar unabhängig davon, ob sie auch im grenzüberschreitenden Schienengüterverkehr tätig sind.

- 36 Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG datiert vom 16. März 2012. Bei neuen Gesetzen kommt dem historischen Auslegungselement und damit dem Willen des Parlaments besondere Bedeutung zu.³⁷ Dahinter steht die Annahme, dass sich die Intention des Gesetzgebers im Vergleich zu älteren Gesetzen besser eruieren lässt. Zudem – und das ist im vorliegenden Zusammenhang entscheidend – sind die Verhältnisse, von denen das Parlament bei Erlass der Norm ausging, noch dieselben. Auch dies erhellt, weshalb es nun – gut drei Jahre nach Erlass der Bestimmung – nicht angeht, Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG eine Bedeutung zu geben, die weder im Wortlaut der Norm noch in den Materialien der Gesetzgebung eine Stütze findet. Wie aus dem Wortlaut der Bestimmung hinreichend deutlich wird, wollten Bundesrat und Parlament mit Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG dafür sorgen, dass nur Unternehmen eine Bewilligung erhalten, welche die branchenüblichen Arbeitsbedingungen respektieren. Dieses sozialpolitisch motivierte Vorgehen des Gesetzgebers lässt sich nicht drei Jahre nach Erlass der Bestimmung unter Berufung auf eine geltungszeitliche Auslegung korrigieren. Massgebend ist viel mehr der Sinn der Norm im Zeitpunkt ihrer Entstehung.

³⁶ Botschaft des Bundesrates zum zweiten Schritt der Bahnreform 2 vom 20. Oktober 2010, BBl 2011, S. 911 ff., 957; AB 2011 N 370 ff., S. 418 ff.

³⁷ BGE 131 I 74 E. 4.2.

3. Fazit

- 37 Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut der Bestimmung. Von einem klaren, eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut darf nur ausnahmsweise abgewichen werden. Ein Abweichen erscheint namentlich dann statthaft, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Norm wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Grund und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit andern Vorschriften ergeben.³⁸ Geht es um die Auslegung von Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG, lassen sich keine derartigen Gründe finden. Es ist deshalb vom klaren Wortlaut der Bestimmung auszugehen. Gemäss diesem haben alle bewilligungspflichtigen Unternehmen die «Arbeitsbedingungen der Branche» einzuhalten. Eine Differenzierung zwischen im Binnenverkehr tätigen EVU und solchen, die Leistungen im grenzüberschreitenden Schienengüterverkehr anbieten, ist nicht zulässig. Auch der Branchenbegriff ist gemäss Gesetzeswortlaut ein einheitlicher: Die einzelnen Auslegungselemente liefern keinen Hinweis darauf, dass für den grenzüberschreitenden Schienengüterverkehr ein andere Branche als Referenzgrösse massgeblich sein soll als für die binnenorientierten EVU.
- 38 Welche Arbeitsbedingungen gemeint sind, ergibt sich aus dem Zusammenhang mit Art. 8d Abs. 1 lit. e EBG. Diese Bestimmung macht deutlich, dass ausschliesslich Schweizer Unternehmen ins Recht gefasst werden sollen. Aus der Gesetzssystematik ergibt sich damit, dass Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG keinen Verweis auf ausländische Arbeitsbedingungen macht, sondern die hiesigen Arbeitsbedingungen zur Referenzgrösse erklärt. Jede andere Lösung hätte eine ausdrückliche Regelung des Gesetzgebers notwendig gemacht.
- 39 An diesem Auslegungsergebnis von Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG vermag auch der Verweis auf dessen Vorgängerbestimmung Art. 9 Abs. 2 lit. e altEBG nichts zu ändern. Die geltende Fassung von Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG entspricht in terminologischer Hinsicht weitgehend der Fassung von Art. 9 Abs. 2 lit. e altEBG. Bereits diese Bestimmung sah vor, dass die arbeitsrechtlichen Vorschriften und die «Arbeitsbedingungen der Branche» zu gewährleisten bzw. einzuhalten sind.
- 40 Der Gesetzgeber ging bei Erlass von Art. 9 Abs. 2 lit. e altEBG allerdings von einer Reihe von Prämissen aus, die heute ihre Gültigkeit verloren haben. Auch wenn Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG nun terminologisch an die Vorläuferbestimmung anknüpft, darf dieser Wandel des normativen Kontextes bei der Auslegung nicht ausgeblendet werden. Sichtbar wird der Wandel nicht zuletzt in einem zentralen Punkt: Art. 8d EBG regelt nun die Netzzugangsbewilligung für Unternehmen mit Sitz in der *Schweiz*. Die Vorläuferbestimmung normierte hingegen auch die Voraussetzungen für eine Bewilligungserteilung an ausländische Unternehmen. Dieser Paradigmenwechsel darf nicht ohne Rückwirkungen

³⁸ BGE 137 V 126 E. 4.1.

auf die Frage bleiben, wie der Begriff «Arbeitsbedingungen der Branche» in lit. d zu verstehen ist. Eine Bestimmung des Bundesrechts, die sich an hier ansässige Unternehmen richtet und dem Schutz der hiesigen Arbeitsbedingungen dient, kann mit dem Begriff «Arbeitsbedingungen der Branche» nur die Verhältnisse im Inland meinen. Bei Erlass von Art. 9 Abs. 2 lit. e altEBG, der sich auch an ausländische Unternehmen richtete, fehlte es dagegen an dieser Eindeutigkeit (siehe dazu Rz. 42 ff.). Mit der Gesetzesrevision von 2012 ist die frühere Ambivalenz des Begriffs nun aber einer Klarheit gewichen, die keinen Raum lässt für abweichende Deutungen: Eine Bewilligung erhält, wer die hierzulande branchenüblichen Arbeitsbedingungen einhält.

- 41 Der Blick zurück auf die Entstehungsgeschichte von Art. 9 Abs. 2 lit. e altEBG, der nachfolgend vorgenommen wird, dient deshalb vor allem einem Zweck: Er macht deutlich, dass es die Absicht des Gesetzgebers war, Lohndumping zu verhindern. Dieser Grundgedanke findet heute im Wortlaut von Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG seinen Niederschlag – nun allerdings nicht mehr in Bezug auf ausländische Unternehmen, sondern auf hierzulande domizilierte EVU.

D. Auslegung von Art. 9 Abs. 2 lit. e altEBG

- 42 Wie erwähnt entspricht die geltende Fassung von Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG wohl dem Wortlaut nach weitgehend Art. 9 Abs. 2 lit. e altEBG. Letztere Bestimmung entstand jedoch in einem vollkommen anderen rechtlichen Kontext. Zudem wollte sie nicht die hiesigen Unternehmen, sondern ausländische EVU ins Recht fassen. Unter dem geltenden Recht lässt sich aus Art. 9 Abs. 2 lit. e altEBG deshalb unmittelbar nichts ableiten. Im Einzelnen:

1. Vorlage des Bundesrats

- 43 Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG weist einen praktisch gleichen Wortlaut auf wie Art. 9 Abs. 2 lit. e altEBG. Bereits diese Bestimmung sah vor, dass die arbeitsrechtlichen Vorschriften und die «Arbeitsbedingungen der Branche» zu gewährleisten bzw. einzuhalten sind.
- 44 Die Vorlage des Bundesrats im Rahmen der Bahnreform 1 formulierte diese Bewilligungsvoraussetzung allerdings noch abweichend. Gemäss der Vorlage des Bundesrats musste «das Personal zu landesüblichen Bedingungen angestellt» werden (Art. 9 Abs. 2 lit. e VorschlagBR EBG).³⁹
- 45 Mit der Regelung über den Netzzugang beabsichtigte der Bundesrat den faktischen Nachvollzug der Richtlinie 91/440/EWG für den Binnenmarkt bzw. die schweizerischen EVU. Die Bewilligung für ausländische Unternehmen wurde an entsprechende Staatsverträge

³⁹ BBl 1997 I 909, S. 975.

geknüpft.⁴⁰ Die Voraussetzungen für den Netzzugang sollen dabei unter anderem das sog. Sozialdumping verhindern: Ein Unternehmen muss deshalb nachweisen, dass es die Bestimmungen betreffend Gesundheit, Sozialbedingungen sowie die Rechte der Arbeitnehmenden einhält und «die Anstellung zu vergleichbaren Bedingungen erfolgt».⁴¹

46 Und weiter hielt der Bundesrat fest: *«Buchstabe e soll die Unternehmungen verpflichten, das in der Schweiz eingesetzte ausländische Personal zu landesüblichen Bedingungen anzustellen. (...) Diese Regelung soll ungerechtfertigte Marktvorteile zum Nachteil von schweizerischen Unternehmen verhindern. Es soll namentlich verhindert werden, dass ausländische Unternehmungen mit wesentlich schlechteren Anstellungsbedingungen des Personals auf dem schweizerischen Schienennetz eine Verzerrung des Wettbewerbs verursachen (Schaffung gleich langer Spiesse für alle Anbieter).»*⁴²

47 Die Regelung gemäss dem Vorschlag des Bundesrats zielte damit nicht auf schweizerische, sondern im Gegenteil auf ausländische Unternehmen. Das erklärt sich damit, dass nach Art. 9 Abs. 1 altEBG jedes Unternehmen für den Netzzugang einer Bewilligung des BAV bedurfte. Nach Art. 9 Abs. 4 altEBG sollte die Bewilligung einem ausländischen Unternehmen nur erteilt werden, wenn ein entsprechendes Abkommen mit dem jeweiligen Staat dies vorsieht. Entsprechend ging der Bundesrat davon aus, dass das BAV diese Bewilligungen erteilt.⁴³

48 Art. 9 in der Fassung der ursprünglichen Netzzugangsverordnung sah dann aber ebenfalls vor, dass sich der Netzzugang für ausländische Unternehmungen nach dem jeweiligen zwischenstaatlichen Abkommen richte (Abs. 1). Sah dieses eine gegenseitige Anerkennung vor, so benötigten die ausländischen Unternehmungen einzig noch eine Schweizer Sicherheitsbescheinigung (Abs. 2).⁴⁴

2. Debatte in den eidgenössischen Räten

49 Die vorberatende Kommission des Ständerats hat die Formulierung von Art. 9 Abs. 2 lit. e altEBG gegenüber dem Vorschlag des Bundesrats geändert. Die Formulierung: Anstellung zu landesüblichen Bedingungen wurde durch die Wendung: Einhaltung der arbeitsrechtlichen Vorschriften und Gewährleistung der Arbeitsbedingungen der Branche ersetzt.

50 Der Kommissionsberichterstatter des Ständerats hielt dazu in der Ratsdebatte fest, dass die Ergänzung des Buchstabens e, wonach eine Klausel gegen das Sozialdumping aufge-

⁴⁰ BBl 1997, S. 924 f.

⁴¹ BBl 1997, S. 926.

⁴² BBl 1997, S. 952.

⁴³ BBl 1997, S. 953.

⁴⁴ Vgl. auch die Analyse des BAV, Arbeitsgruppe grenzüberschreitender Verkehr, vom 6. Juni 2005.

nommen wird, in der Diskussion der Kommission einen breiten Raum einnahm. *«Die SBB-Verantwortlichen haben mit aller Deutlichkeit darauf aufmerksam gemacht, dass es zwischen dieser Bestimmung und den Personalkosten einen direkten Zusammenhang gibt (Wettbewerbsfähigkeit). Die Kommission hat schliesslich der Aufnahme dieser Bestimmung zugestimmt, ohne sich Illusionen darüber zu machen, dass damit das Problem gelöst sei. Unbestritten ist, dass die Lohnansätze der SBB höher liegen als die vergleichbaren in der Privatwirtschaft. Noch grössere Unterschiede klaffen zwischen den SBB und den ausländischen Bahnen (Stichwort: Deutsche Bahn).»*⁴⁵

51 Auch die vorberatende Kommission des Nationalrats hat sich mit der vom Ständerat geänderten Fassung von Art. 9 Abs. 2 lit. e altEBG auseinandergesetzt. Weder in der Eintretensdebatte noch bei der Detailberatung im Nationalratsplenum wurde aber dazu Stellung genommen. Es wurde einzig festgehalten, dass der freie Netzzugang für den Güterverkehr gewährleistet werde und hierfür zum Beispiel die arbeitsrechtlichen Vorschriften und die Arbeitsbedingungen der Branche auch in Zukunft eingehalten werden müssen. Es gehe hier um das gleiche Prinzip wie bei der PTT-Reform.⁴⁶

3. Diskussion in den vorberatenden Kommissionen

52 Die Bestimmung von Art. 9 Abs. 2 lit. e altEBG (heute: Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG) wurde in den vorberatenden Kommissionen des Ständerats sowie des Nationalrats einlässlich diskutiert. Nachstehend ist diese Diskussion zu skizzieren, wobei aus den Protokollen (und den dazugehörigen Unterlagen) nicht wörtlich und ohne Nennung der Votierenden zu zitieren ist.⁴⁷

53 Zunächst beschäftige sich die zuständige Kommission des Ständerats (KVF-S) mit der Vorlage des Bundesrats. Es wurde festgehalten, dass die Frage der landesüblichen Anstellungsbedingungen, welche der Verhinderung des Sozialdumpings diene, das Lohnniveau betreffe.⁴⁸ Gerade betreffend den Lohnbereich wurde eingewendet, dass dadurch der mit dem Netzzugang angestrebte Wettbewerb verhindert werde. Es sei nicht europakompatibel, dass das Personal einer ausländischen Unternehmung im Transitverkehr für Fahrten auf dem schweizerischen Schienennetz andere Löhne erhalten müsste.⁴⁹ Der Ausdruck «landesübliche Anstellungsbedingungen» sei klärungsbedürftig, gerade auch vor dem Hintergrund der Weiterführung des Beamtenstatus für das SBB-Personal. Es gehe um die Wettbewerbsfähigkeit der SBB im internationalen Güterverkehr, da die SBB viel höhere

⁴⁵ Amtliches Bulletin, Ständerat vom 1. Oktober 1997, S. 873, Votum Hans Danioth.

⁴⁶ Amtliches Bulletin, Nationalrat vom 19. Januar 1998, S. 10, Votum Dumeni Columberg.

⁴⁷ Vgl. Art. 7 Abs. 5 Parlamentsverwaltungsverordnung.

⁴⁸ Vgl. Protokoll der Kommission für Verkehr und Fernmeldewesen des Ständerats (KVF-S), Verhandlungen vom 3. und 4. Juli 1997, S. 21.

⁴⁹ Vgl. Protokoll KVF-S (Anm. 48), S. 23, 31.

Lohnkosten als ausländische Konkurrenten aufweise. Eine Streichung dieser Bestimmung führte zu einer Konfrontation mit den Gewerkschaften.⁵⁰

- 54 Vor diesem Hintergrund sei zu prüfen, ob nicht mit dem Begriff der «Arbeitsbedingungen der Branche» gleich wie beim Fernmeldegesetz eine Lösung gefunden werden könnte. Die EU-Kompatibilität sei ohnehin gewährleistet, da die Entsendungsrichtlinie auch eine solche Formulierung (landesübliche Bedingungen) kenne. Auch gehe es nicht darum, die SBB-Bedingungen zu erfassen; die landesüblichen Bedingungen würden durch zahlreiche schweizerische Bahnunternehmungen bestimmt. Entsprechend gälte es zu klären, ob als Massstab die Löhne der SBB oder auch jene der übrigen KTU (konzessionierte Transportunternehmungen) genommen würden und ob auch ein Einbezug ausländischer Lohn-Niveaus erfolge.⁵¹
- 55 In der Folge wurde eine Formulierung in Anlehnung an das Fernmeldegesetz vorgelegt, wonach die arbeitsrechtlichen Bestimmungen bzw. Vorschriften einzuhalten und die branchenüblichen Arbeitsbedingungen bzw. die Arbeitsbedingungen der Branche zu gewährleisten seien. Dabei blieb allerdings in der Diskussion weiterhin umstritten, ob damit nur das schweizerische Lohnniveau der Branche von der Bestimmung erfasst werden sollte. Die Diskussion wurde jedoch unter der Annahme geführt, dass der Netzzugang einem ausländischen EVU gewährt würde.⁵² Die KVF-S beschloss schliesslich folgende Fassung: «die arbeitsrechtlichen Vorschriften eingehalten und die Arbeitsbedingungen der Branche gewährleistet werden.»
- 56 Dieser Fassung nahm sich in der Folge die nationalrätliche Kommission (KVF-N) an:
- 57 Einleitend wurde betreffend den Netzzugang im Güterverkehr festgehalten, dass nach der Gesetzesvorlage die Bahninfrastruktur ausländischen EVU zur Verfügung gestellt werde, wenn das Ausland Gegenrecht gewähre. Hierfür werde – analog zum EU-Recht – ein Bewilligungsverfahren eingeführt, womit unter anderem gemäss dem Beschluss des Ständerats gewährleistet werde, dass das Personal zu branchenüblichen Bedingungen angestellt sei (Verhinderung des Sozialdumpings).⁵³ Dabei seien nicht landesübliche, sondern branchenübliche Löhne, d.h. des Eisenbahngewerbes, gemeint.⁵⁴
- 58 Im Rahmen der Eintretensdebatte wurde sodann die Frage aufgeworfen, ob beim Sozialdumping gemeint sei, dass ein Drittanbieter bzw. die KTU vergleichbare Löhne wie die

⁵⁰ Vgl. Protokoll KVF-S (Anm. 48), S. 31 ff.

⁵¹ Vgl. Protokoll KVF-S (Anm. 48), S. 33 f.

⁵² Vgl. Protokoll KVF-S (Anm. 48), S. 34-39. – Vgl. auch Protokoll KVF-S vom 4. September 2009, S. 44 f., wonach auch ausländische EVU eine Infrastrukturkonzession erhalten könnten.

⁵³ Vgl. Protokoll der Kommission für Verkehr und Fernmeldewesen des Nationalrats (KVF-N), Verhandlungen vom 3. und 4. November 1997, S. 5-7.

⁵⁴ Vgl. Protokoll KVF-N (Anm. 53), S. 24.

SBB anbieten müsse und ob mit Branche die schweizerischen oder europäischen Gepflogenheiten gemeint seien.⁵⁵ Dabei wurde darauf hingewiesen, dass die ständerätliche Kommission diese Bestimmung unter dem Gesichtspunkt der Entsenderichtlinie der EU diskutiert habe. Beim Problem der branchenüblichen Arbeitsbedingungen verhalte es sich bei der Eisenbahn nicht gleich wie beim Fernmeldewesen, da es sich beim Netzzugang bei der Eisenbahn nicht um Unternehmungen handle, die sich in der Schweiz niederlassen würden.⁵⁶

59 Bei der Detailberatung lag sodann ein Streichungsantrag vor. Es müsse geklärt werden, ob die europaweiten branchenüblichen Konditionen oder die bisherigen Konditionen der SBB von der Gesetzesbestimmung erfasst würden. Letzteres würde keinen Sinn machen, da damit ausländische Anbieter ausgeschlossen würden; Ersteres machte ebenso wenig Sinn, da es hier seine sehr grosse Bandbreite gäbe.⁵⁷ Dem wurde insbesondere entgegen, es überzeuge nicht, die Branche gesamteuropäisch zu verstehen; das Eisenbahngesetz gelte nur für das schweizerische Territorium.⁵⁸

60 Aufgrund der weiteren Voten zur Frage, ob nun die schweizerische oder europäische Branche gemeint seien, lässt sich der Kommissionsberatung keine schlüssige Antwort entnehmen. Allerdings wurde der vorstehend erwähnte Streichungsantrag zurückgezogen, und zwar wohl in der Meinung, dass aufgrund der Beratung der Schluss gezogen werden könne, dass sich die Branche auf die EU-weiten Bahnunternehmungen beziehe.⁵⁹

4. Zwischenergebnis

61 Die Entstehungsgeschichte von Art. 9 Abs. 2 lit. e altEBG verdeutlicht, dass der Gesetzgeber die Netzzugangsvoraussetzungen ausländischer EVU ins Recht fassen wollte. Dabei blieb aber der Anwendungsbereich, das heisst unter welchen Voraussetzungen ein ausländisches EVU überhaupt Netzzugang erhält, völlig unberücksichtigt. Es wurde mithin zwar eine mit dem EU-Recht kompatible schweizerische Regelung angestrebt. Indessen erfolgte diese Diskussion unter dem Gesichtspunkt der EU-Entsenderichtlinie. Diese würde freilich dem Schutz der Arbeitnehmenden bei der Kabotage dienen, das heisst, wenn ein EVU in einem anderen als seinem Sitzstaat am Binnenverkehr teilnähme.⁶⁰ Der freie Netzzugang zum Binnenmarkt des Güterverkehrs war zum damaligen Zeitpunkt auch innerhalb der EU/EG noch nicht verwirklicht (vorne Rz. 25 ff.).

⁵⁵ Vgl. Protokoll KVF-N (Anm. 53), S. 26 und 33.

⁵⁶ Vgl. Protokoll KVF-N (Anm. 53), S. 36.

⁵⁷ Vgl. Protokoll KVF-N (Anm. 53), S. 38.

⁵⁸ Vgl. Protokoll KVF-N (Anm. 53), S. 42.

⁵⁹ Vgl. Protokoll KVF-N (Anm. 53), S. 42-45.

⁶⁰ Vgl. zu diesem Aspekt der Unterstellung unter das Entsendegesetz bzw. die EU-Entsenderichtlinie das Schreiben des SECO und des UVEK vom 6. Januar 2009 inkl. dem Gutachten von Rechtsanwalt Thomas Gathuler vom 8. August 2008.

- 62 Hinzu kommt, dass Art. 9 Abs. 2 lit. e altEBG unter der Prämisse geschaffen wurde, dass einem ausländischen EVU eine Netzzugangsbewilligung nach Schweizer Recht zu erteilen sei. Unberücksichtigt blieb damit, dass ein von der Schweiz mit der EU und deren Mitgliedstaaten (oder einem anderen Vertragspartner) abzuschliessendes Abkommen auch die gegenseitige Anerkennung der Netzzugangsbewilligung vorsehen konnte. Genau diese bei der Schaffung von Art. 9 Abs. 2 lit. e altEBG nicht diskutierte Rechtslage ist durch den Abschluss des Landverkehrsabkommens eingetreten (vgl. hinten Rz. 68 sowie die Neufassung von Art. 8d Abs. 3 EBG).
- 63 Die Entstehungsgeschichte zeigt damit auf, dass der Gesetzgeber gerade nicht eine unterschiedliche Regelung für den Binnenverkehr und den grenzüberschreitenden Verkehr anstrebte. Vielmehr wollte er sicherstellen, dass auch ausländische EVU beim Zugang zum schweizerischen Schienennetz das Schweizer Arbeitsrecht und die Lohnbedingungen der Branche einzuhalten hatten.
- 64 Dabei blieb zwar in der Tat unklar, ob die Arbeitsbedingungen der Branche einzig aufgrund der inländischen Bedingungen innerhalb der Bahnbranche oder aufgrund der EU-weiten Branchenbedingungen zu bestimmen seien.
- 65 Dies spielt indessen aufgrund der zwischenzeitlich eingetretenen Rechtsentwicklungen keine Rolle mehr: Die geltenden Netzzugangsvoraussetzungen von Art. 8d Abs. 1 EBG sind ausschliesslich auf Unternehmen mit Sitz in der Schweiz anwendbar. EVU mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat benötigen demgegenüber im Anwendungsbereich des Landverkehrsabkommens – der immer noch beschränkt ist (vorne Rz. 30 f.) – aufgrund der gegenseitigen Anerkennung keine Netzzugangsbewilligung nach Art. 8d Abs. 1 EBG (vgl. Art. 8d Abs. 3 EBG).

5. Systematische Auslegung

a) Im innerstaatlichen Regelungskontext

- 66 Die ursprüngliche Fassung von Art. 9 Abs. 2 altEBG ist damit vor dem Hintergrund zu verstehen, dass diese Bestimmung die Netzzugangsvoraussetzungen sowohl für inländische wie auch für ausländische EVU statuierte. Art. 9 Abs. 2 altEBG sah nämlich nicht vor, dass das um Netzzugang ersuchende EVU seinen Sitz in der Schweiz haben muss (so aber heute Art. 8d Abs. 1 lit. e EBG). Das Erfordernis des schweizerischen Sitzes für die Erteilung des Netzzugangs nach Schweizer Recht wurde auf Gesetzesstufe erst am 1. Juli 2013 verankert.⁶¹ Bis zu diesem Zeitpunkt galt die am 1. Januar 1999 in Kraft gesetzte Fassung von Art. 9 altEBG.⁶²

⁶¹ AS 2012 5619, 2013 1603.

⁶² Vgl. Fassung EBG, Stand am 1. Dezember 2012.

67 Die vom Bundesrat gesetzt auf Art. 9 Abs. 4 Satz 1 altEBG erlassene Netzzugangsverordnung vom 25. November 1998 (NZV, SR 742.122) unterschied beim Netzzugang zwischen schweizerischen und ausländischen Unternehmen. Für Letztere bestimmte Art. 9 altNZV, dass sich der Netzzugang nach dem jeweiligen zwischenstaatlichen Abkommen richte (Abs. 1). Auch wenn im zwischenstaatlichen Abkommen die gegenseitige Anerkennung von Netzzugangsbewilligungen vorgesehen war, benötigten die ausländischen Unternehmungen eine Schweizer Sicherheitsbescheinigung (Abs. 2). In der geltenden Fassung (seit 1. Juli 2013) bestimmt Art. 9 NZV dagegen einzig noch, dass ausländische Netzzugangsbewilligungen für Fahrten auf grenznahen Strecken anerkannt werden können, ohne dass dafür ein zwischenstaatliches Abkommen über die gegenseitige Anerkennung von Netzzugangsbewilligungen erforderlich ist.

b) **Im europarechtlichen Kontext**

68 Im Geltungsbereich des Landverkehrsabkommens darf einem ausländischen EVU nicht die Auflage erteilt werden, dass es seinem Personal die in der Schweiz branchenüblichen Löhne zahlt. Die Einhaltung solcher Vorschriften – falls sie überhaupt bestehen – ist nach dem Recht des Mitgliedstaates zu beurteilen, in welchen das betreffende EVU ansässig ist. In einem EU Mitgliedstaat ausgestellte Genehmigungen sind in der Schweiz ohne weitere Nachprüfung anzuerkennen (vgl. Art. 8d Abs. 3 EBG und Art. 25 Abs. 4 LVA).⁶³ Das Landverkehrsabkommen verweist für die Voraussetzungen der Genehmigung auf Gemeinschaftsrecht.

69 Das sekundäre Gemeinschaftsrecht bestimmt hierzu, dass Eisenbahnunternehmen die mit dem Gemeinschaftsrecht zu vereinbarenden, in nichtdiskriminierender Weise vorgeschriebenen Bestimmungen des einzelstaatlichen Rechts beachten; dies betrifft insbesondere die besonderen technischen und betriebsbezogenen Anforderungen an die Eisenbahnverkehrsleistungen; die Sicherheitsanforderungen an das Personal, das rollende Material und die interne Organisation des Unternehmens und die Bestimmungen betreffend Gesundheit, Sicherheit, Sozialbedingungen sowie Rechte der Arbeitnehmer und der Verbraucher.⁶⁴

70 Nach Art. 1 Abs. 3 LVA sind die Vertragsparteien verpflichtet, im Rahmen der Anwendung des Landverkehrsabkommens keine diskriminierenden Massnahmen zutreffen. Die Konkretisierung dieses Grundsatzes orientiert sich dabei an der Rechtsprechung des EuGH zum allgemeinen Diskriminierungsverbot nach Art. 18 AEUV⁶⁵, welches die all-

⁶³ BUCHER (Anm. 4), S. 246 Fn. 1009 und S. 259 Fn. 1072.

⁶⁴ Vgl. Art. 12 Abs. 1 RL 95/18/EG.

⁶⁵ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (konsolidierte Fassung, ABl. Nr. C 326 vom 26.10.2012 S. 1 ff. (vormals Art. 12 EGV [Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 25. März 1957])).

gemeine Ausprägung des in den Grundfreiheiten enthaltenen besonderen Diskriminierungsverbots bildet.

- 71 Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung verbietet sowohl unmittelbare (formelle, de jure) als auch mittelbare (materielle, de facto) Ungleichbehandlungen von Personen aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Letzteres liegt dann vor, wenn eine Regelung zwar so formuliert ist, dass sie allgemein anwendbar ist, faktisch aber ausschliesslich oder vorwiegend eine bestimmte Gruppe von Adressaten betrifft oder ausschliesst. Nach der Rechtsprechung des EuGH sind solche Ungleichbehandlungen dann nicht als verbotene Diskriminierungen einzuordnen, wenn ein sachlicher Grund besteht und die Ungleichbehandlung verhältnismässig ist.⁶⁶
- 72 Zulässig ist demgegenüber gemäss der Rechtsprechung des EuGH die sogenannte Inländerdiskriminierung durch die Mitgliedstaaten, d.h. die Schlechterbehandlung der eigenen Staatsangehörigen gegenüber den Angehörigen anderer EU-Staaten. Die Mitgliedstaaten sind daher nicht verpflichtet, aus dem Unionsrecht abzuleitende Vorteile ihren eigenen Staatsangehörigen zu gewähren, solange kein grenzüberschreitender Tatbestand vorliegt. Dies kann allerdings mit dem Rechtsgleichheitsgebot nach dem staatlichen Verfassungsrecht kollidieren.⁶⁷
- 73 Im Anwendungsbereich des Landverkehrsabkommens dürfen folglich die Vertragsparteien keine Massnahmen treffen, die geeignet sind, Transportunternehmen aus dem Gebiet der anderen Vertragspartei unmittelbar oder mittelbar zu benachteiligen bzw. zu diskriminieren.⁶⁸
- 74 Daraus erhellt, dass eine innerstaatliche Vorschrift, die den Netzzugang an die Einhaltung der hierzulande branchenüblichen Arbeitsbedingungen knüpft, im Anwendungsbereich des Landverkehrsabkommens ohne weiteres zulässig ist. Dabei gilt diese Voraussetzung gemäss Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG für alle schweizerischen EVU gleichermassen.
- 75 Bei einem grenzüberschreitenden Sachverhalt steht ein schweizerisches EVU zwar in Konkurrenz mit ausländischen EVU; eine rein wirtschaftliche Betrachtung rechtfertigt aber keine Umdeutung von Art. 8 Abs. 1 lit. d EBG. Die Annahme, dass der Bund eine Regelung schaffen wollte, welche Angestellte von schweizerischen EVU je nach territorialem Einsatzbereich für dieselbe Tätigkeit einem unterschiedlichen Branchenlohn unterstellen würde, findet im Gesetz keine Stütze. Sie entbehrt angesichts des Wortlauts von Art. 8 Abs. 1 lit. d EBG sowie des Gesetzeszweckes, nämlich der Verhinderung des Sozi-

⁶⁶ Vgl. EuGH, Rs. C-398/92 (Mund & Fester), Slg. 1994, I-467, Rn. 16 f.; Rs. C-29/95 (Pastoors), Slg. 1997, I-285, Rn. 19 ff. – Vgl. auch BGE 131 V 209.

⁶⁷ Vgl. TOBIAS JAAG, Europarecht. Die Europäischen Institutionen aus schweizerischer Sicht, 3. Aufl., Zürich etc. 2010, N. 1515 ff.

⁶⁸ Vgl. BUCHER (Anm. 4), S. 160 mit weiteren Hinweisen.

aldumpings, jeder sachlich vertretbaren Begründung (dazu hinten Rz. 77 ff.). Mit der Bestimmung lassen sich keine staatlich verordneten Lohndifferenzierungen rechtfertigen. Ebenso verlangt das Gebot der Rechtsgleichheit eine entsprechende Differenzierung.

- 76 Das alles zeigt freilich auch, dass Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG in der geltenden Fassung gewisse Redundanzen enthält. Wie einlässlich begründet, wollte der Gesetzgeber mit der ursprünglichen Fassung von Art. 9 altEBG ausländische Unternehmen erfassen, um Sozialdumping zu vermeiden. Nun gilt aber Art. 8d Abs. 1 EBG einzig noch für Unternehmen mit Sitz in der Schweiz (lit. e). Dieser Paradigmenwechsel spiegelt sich in Art. 8d Abs. 3 EBG. Gemäss dieser Bestimmung können die branchenüblichen Arbeitsbedingungen nur noch für den Netzzugang schweizerischer EVU vorausgesetzt werden, da Genehmigungen von EU-Staaten auch in der Schweiz gelten. Daher macht es zum Vornherein nur noch beschränkt Sinn, wenn in Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG immer noch die Einhaltung der arbeitsrechtlichen Vorschriften verlangt wird, da ein schweizerisches Unternehmen integral dem Schweizer Recht untersteht.⁶⁹ Wo es um die «Arbeitsbedingungen der Branche» und damit primär um Lohnfragen geht, hat die Bestimmung aber weiterhin eine eigenständige Bedeutung. Sie knüpft die Bewilligungserteilung an die Einhaltung des hiesigen Lohnniveaus und verhindert damit weiterhin Lohndumping.

6. Teleologische Auslegung

- 77 Der Bundesrat bezweckte mit seinem Vorschlag, die Netzzugangsbewilligung an die Einhaltung der landesüblichen Bedingungen zu knüpfen, den Schutz vor Sozialdumping sowie die Verhinderung ungerechtfertigter Marktvorteile ausländischer EVU. Diese beiden Regelungszwecke waren auch in den vorberatenden Kommissionen der eidgenössischen Räte unbestritten. Dabei hatte der Gesetzgeber immer ausländische EVU im Auge. Aufgrund des später abgeschlossenen Landverkehrsabkommens benötigen diese – sofern sie ihren Sitz in einem EU-Staat haben – indessen keine Netzzugangsbewilligung gestützt auf das Eisenbahngesetz. Dementsprechend ist Art. 8d Abs. 1 EBG (geltende Fassung) ausschliesslich auf EVU mit Sitz in der Schweiz anwendbar.
- 78 Das Parlament hat die vom Bundesrat vorgeschlagene Formulierung gerade nicht mit Blick auf die Unterscheidung zwischen Tätigkeiten im Binnenmarkt und Tätigkeiten im grenzüberschreitenden Güterverkehr geändert. Der Binnenmarkt stand gar nicht im Fokus und über den völkervertraglich erst noch zu vereinbarenden Anwendungsbereich des Netzzugangs ausländischer EVU aus EU-Staaten im Schienengüterverkehr legten sich die vorberatenden Kommissionen wie aufgezeigt ebenso wenig Rechenschaft ab.
- 79 Innerstaatlich war die Schaffung des Netzzugangs aber mit der Ausgliederung der SBB aus der Staatsverwaltung verbunden. Die SBB wurden in eine spezialgesetzliche Aktien-

⁶⁹

Es stellte sich allenfalls die Frage, ob es zulässig wäre, dass ein schweizerisches EVU namentlich Grenzgänger nach ausländischem Recht anstellen dürfte (vgl. Art. 18 und Art. 121 IPRG).

gesellschaft überführt, wobei neben der Rechtsform insbesondere die Refinanzierung der SBB einlässlich debattiert wurde. Auch galt es zu entscheiden, ob für die Angestellten der SBB fortan die Bestimmungen des Obligationenrechts oder weiterhin das öffentliche Personalrecht des Bundes gelten sollten. Der Gesetzgeber entschied sich für Letzteres. Weder durch die Ausgliederung der SBB noch die Gewährung des Netzzugangs sollten damit gesamthaft die Arbeitsbedingungen verschlechtert werden.

- 80 Es wurde denn auch in den Beratungen immer wieder Bezug genommen auf die privatrechtlich konstituierten KTU (Konzessionierte Transportunternehmungen). Durch den Begriff der «branchenüblichen Arbeitsbedingungen» sollte damit in erster Linie klargestellt werden, dass nicht allein die Arbeitsbedingungen bei den SBB, sondern die Arbeitsbedingungen bei allen Eisenbahnunternehmungen gemeint seien. Dabei folgt aus dem Regelungsgegenstand des Eisenbahngesetzes, dass mit der Branche einzig die Eisenbahnunternehmungen und nicht auch andere Transportunternehmungen (etwa auf der Strasse) erfasst würden. Gleichzeitig war sich der Gesetzgeber bewusst, dass ausländische Bahnen massiv tiefere Lohnansätze als die SBB aufwiesen. All das kommt zusammengefasst auch im Votum des Berichterstatters im Ständerat zum Ausdruck (vorne Rz. 50).
- 81 Das Gesetz bezweckte damit ursprünglich den Schutz vor Sozialdumping und die Verhinderung ungerechtfertigter Marktvorteile für *ausländische* EVU bei Gewährung des Netzzugangs zum schweizerischen Schienennetz, und zwar ohne die Unterscheidung zwischen Binnenmarktverkehr und grenzüberschreitendem Schienengüterverkehr.⁷⁰
- 82 Sowohl der sozialpolitisch wie auch der wettbewerblich motivierte Schutzzweck der Einhaltung der «branchenüblichen Arbeitsbedingungen» sollte folglich gerade bei *grenzüberschreitenden* Sachverhalten Platz greifen. Der wettbewerblich respektive protektionistisch motivierte Schutzzweck findet in Art. 8d Abs. 1 EBG, der sich nur noch an hierzulande ansässige Unternehmen richtet, allerdings keinen Niederschlag mehr.

7. Fazit

- 83 Auch wenn Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG in terminologischer Hinsicht an die Vorläuferbestimmung von Art. 9 Abs. 2 altEBG anknüpft, lassen sich aus Letzterer keine unmittelbaren Folgerungen für den Normsinn des heute geltenden Rechts ziehen. Zum einen hat sich der rechtliche Kontext einschneidend verändert. Zum anderen fasst Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG als Folge dieses Wandels im Gegensatz zur Vorläuferbestimmung ausschliesslich Schweizer Unternehmen ins Recht. Der Verweis auf die «Arbeitsbedingungen der Branche» ist in diesem Kontext zu verstehen.
- 84 Daraus erhellt, dass Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG nicht einfach als Nachführung von Art. 9 Abs. 2 lit. e altEBG verstanden werden darf. Art. 8d EBG steht vielmehr für einen eigent-

⁷⁰

Auch die Rechtslehre nimmt keine solche Unterscheidung vor (vgl. BUCHER [Anm. 4], S. 260).

lichen Paradigmenwechsel. Die Voraussetzungen der Bestimmung gelten nur noch für Schweizer Bahnunternehmen. Bei ausländischen EVU genügt für den Netzzugang hingegen, dass sie im Ausland eine Genehmigung erhalten haben. Überlegungen, die bei Erlass von Art. 9 Abs. 2 altEBG massgebend gewesen sind, können deshalb nicht unbesehen auf das heute geltende Recht übertragen werden. So fehlt im geltenden Recht insbesondere die protektionistische Komponente, die bei Erlass von Art. 9 Abs. 2 altEBG prägend war.

- 85 Der Blick auf Art. 9 Abs. 2 altEBG ist aber insofern aufschlussreich, dass er eine zweite Regelungsabsicht des seinerzeitigen Gesetzgebers offen legt. Ziel war es, Lohndumping im grenzüberschreitenden Eisenbahnverkehr zu verhindern. Diese Absicht findet auch im geltenden Recht ihren Niederschlag. Es entspricht dem eindeutigen Wortlaut und Zweck von Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG, dass alle EVU, die gestützt auf schweizerisches Recht eine Netzzugangsbewilligung erhalten wollen, die in der Branche üblichen Arbeitsbedingungen einzuhalten haben. Dabei kann das Schweizer Recht, das für EVU mit Sitz in der Schweiz gilt, nur die Branchenbedingungen in der Schweiz meinen. Erfasste das Gesetz die EU-weiten Branchenbedingungen, so würde der Gesetzeszweck in das Gegenteil verkehrt, das heisst das angestrebte Sozialdumping nicht verhindern, sondern sogar befördern. Aus diesem Grund widerspricht es dem Normsinn, eine Unterscheidung zwischen EVU, die im Binnenverkehr und solchen, die im grenzüberschreitenden – vom Anwendungsbereich des Landverkehrsabkommens erfassten – Schienengüterverkehr tätig sind, vorzunehmen.
- 86 Daneben ist die Entstehungsgeschichte von Art. 9 Abs. 2 altEBG in einem zweiten Punkt erhellend. Sie macht deutlich, dass mit den Arbeitsbedingungen nicht die Arbeitsbedingungen der SBB gemeint sind; die hiesigen Bedingungen werden durch die verschiedenen schweizerischen Bahnunternehmen definiert. Deshalb ist auch im geltenden Recht von den Arbeitsbedingungen der Branche die Rede.

III. Zusammenfassende Beantwortung der Gutachtensfrage

Art. 8d Abs. 1 EBG bestimmt die Voraussetzungen für die Erteilung der Netzzugangsbewilligung an EVU mit Sitz in der Schweiz (Eintragung im Handelsregister). Diese müssen namentlich die «Arbeitsbedingungen der Branche» einhalten (vgl. Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG).

Der Wortlaut von Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG ist deutlich. Demnach werden alle Unternehmen, die um eine Bewilligung ersuchen, *demselben* Regime unterworfen werden. Massgebend sind die arbeitsrechtlichen Vorschriften sowie die Arbeitsbedingungen der Branche. Dabei ist gemäss dem klaren Wortlaut der Bestimmung auch der Branchenbegriff von Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG ein einheitlicher. Die Norm verweist nicht auf zwei unterschiedlich definierte Branchen, sondern auf die Arbeitsbedingungen *der* Branche.

Aus der Gesetzessystematik ergibt sich weiter, dass die hiesige Branche als Referenzwert zu betrachten ist. Genau so, wie mit dem Begriff der arbeitsrechtlichen Vorschriften nur die hiesigen Regeln gemeint sein können, verhält es sich mit den Arbeitsbedingungen: Eine Norm, die sich ausschliesslich an Schweizer Unternehmen richtet, verweist nicht auf das Lohnniveau in Drittstaaten. Andernfalls würde der Schutzzweck der Norm in sein Gegenteil verkehrt. Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG ist aber unzweifelhaft eine Schutznorm gegen Lohndumping.

Gegenteilige Auffassungen finden weder in den Materialien noch im Gesetzeszweck eine Stütze. Es ist deshalb vom klaren Wortlaut von Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG auszugehen. Demnach besteht kein gesetzlicher Anknüpfungspunkt, um zwischen EVU, die im Binnenmarkt agieren, und EVU, die im grenzüberschreitenden Schienengüterverkehr tätig sind, zu unterscheiden. Schweizerische EVU, die (ausschliesslich) im grenzüberschreitenden Schienengüterverkehr tätig sind, werden durch die Einhaltung der Bewilligungsvoraussetzungen nach Schweizer Recht weder im Sinne des Landesverkehrsabkommens diskriminiert noch in verfassungsrechtlich unzulässiger Weise ungleich behandelt.

Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG ist daher unterschiedslos auf alle EVU, die eine Netzzugangsbewilligung nach Schweizer Recht beantragen, anzuwenden. Die Arbeitsbedingungen der Branche, wozu namentlich die Löhne gehören (vgl. auch Art. 8 NZV), bestimmen sich aufgrund der Verhältnisse bei den schweizerischen EVU.
