

## DONATSCH RECHTSANWÄLTE

Dr. Marco Donatsch  
Dr. Stefan Schürer  
im Anwaltsregister eingetragen

Prof. Dr. Thomas Gächter  
Konsulent

Kreuzplatz 1      Tel: 044 790 10 57  
Postfach 2016      Fax: 044 200 60 71  
8032 Zürich

info@donatsch-law.ch  
www.donatsch-law.ch

### **Einschreiben**

Bundesverwaltungsgericht  
Postfach  
9023 St. Gallen

Zürich, 28. Mai 2015

Sehr geehrter Herr Präsident  
Sehr geehrte Damen und Herren Bundesverwaltungsrichtern und Bundesverwaltungsrichter

In Sachen

**SEV Gewerkschaft des Verkehrspersonals**, Zentralsekretariat, Postfach, 3000 Bern 6

**Beschwerdeführer**

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Marco Donatsch, Kreuzplatz 1, Postfach 2016, 8032 Zürich

gegen

**Crossrail AG**, Hofackerstrasse 1, 4132 Muttenz

**Beschwerdegegnerin**

und

**Bundesamt für Verkehr BAV**, 3003 Bern

**Vorinstanz**

betreffend

**Entzug der Netzzugangsbewilligung / Einhaltung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen**

reiche ich Ihnen namens und im Auftrag des Beschwerdeführers

## **Beschwerde**

ein und stelle folgende

### **Anträge:**

1. Dispositiv-Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung des Bundesamts für Verkehr BAV vom 6. Mai 2015 sei aufzuheben und es sei demgemäss der Beschwerdegegnerin der Entzug der Netzzugangsbewilligung anzudrohen bzw. die Netzzugangsbewilligung sei der Beschwerdegegnerin nur unter der Auflage zu belassen, dass sämtliche angestellte Lokführer entsprechend den Arbeitsbedingungen der Branche, d.h. namentlich den Lohnverhältnissen bei den schweizerischen Eisenbahnverkehrsunternehmen gemäss Art. 8d Abs. 1 EBG, entlöhnt werden.
2. Eventualiter sei die Angelegenheit an die Vorinstanz zur Ermittlung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen, d.h. namentlich der Entlohnung, bei den schweizerischen Eisenbahnverkehrsunternehmen gemäss Art. 8d Abs. 1 EBG (EVU mit Sitz in der Schweiz) zurückzuweisen, um gestützt darauf über die Einhaltung der gesetzlichen Voraussetzungen der Netzzugangsbewilligung durch die Beschwerdegegnerin neu zu befinden.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin bzw. der Vorinstanz.

### **Begründung:**

#### **I. Formelles**

##### **A. Allgemeines**

- 1 Der unterzeichnende Rechtsanwalt ist gehörig bevollmächtigt und legitimiert sich mit der beiliegenden Vollmacht.

BO: - Vollmacht vom 27. Mai 2015 (Beilage 1)

- 2 Die angefochtene Verfügung der Vorinstanz vom 6. Mai 2015 wurde dem Beschwerdeführer am 7. Mai 2015 vorab per E-Mail mitgeteilt. Tags darauf erfolgte die postalische Zustellung. Mit der heutigen Übergabe der Beschwerde zuhanden der Schweizerischen Post ist die 30-tägige Beschwerdefrist ohne weiteres gewahrt (vgl. Art. 20 f. und Art. 50 Abs. 1 VwVG).

BO: - angefochtene Verfügung des BAV vom 6. Mai 2015 (Beilage 2)

## **B. Anfechtungsobjekt und Beschwerdebefugnis**

- 3 Das vorinstanzliche Verfahren hatte die Prüfung durch das BAV zum Gegenstand, ob die Beschwerdegegnerin die Voraussetzungen der eisenbahnrechtlichen Netzzugangsbewilligung einhalte. Wer den Eisenbahnverkehr durchführen will, benötigt eine Genehmigung als Eisenbahnverkehrsunternehmen (sog. Netzzugangsbewilligung) und eine Sicherheitsbescheinigung (Art. 8c Abs. 1 EBG [SR 742.101]). Die Erteilung der Netzzugangsbewilligung durch das BAV setzt unter anderem voraus, dass das Unternehmen die arbeitsrechtlichen Vorschriften und die Arbeitsbedingungen der Branche einhält (vgl. Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG). Das BAV widerruft die Netzzugangsbewilligung jederzeit ohne Anspruch auf Entschädigung ganz oder teilweise, wenn die Voraussetzungen für die Erteilung nicht mehr erfüllt sind (Art. 8f EBG).
- 4 Das BAV hat dem Beschwerdeführer im vorinstanzlichen Verfahren Parteistellung zuerkannt und dessen Gesuch um Entzug der Netzzugangsbewilligung der Beschwerdegegnerin abgewiesen (vgl. Dispositiv-Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung). Aus der Sachverhaltsschilderung in der angefochtenen Verfügung wie auch den Erwägungen zu den gesetzlichen Kompetenzen des BAV ergibt sich überdies, dass das BAV unabhängig von den Gesuchen des Beschwerdeführers vom 4. April bzw. 17. Juni 2014 gegenüber der Beschwerdegegnerin ein Verwaltungsverfahren eröffnete, um die Einhaltung der gesetzlichen Voraussetzungen der Netzzugangsbewilligung zu prüfen. Die angefochtene Verfügung hat damit nicht einzig die Ablehnung des Gesuchs des Beschwerdeführers zum Gegenstand; ebenso wird dadurch das von der Vorinstanz nach Art. 8f EBG eröffnete Verfahren eingestellt. Damit liegt in jedem Fall eine anfechtbare Verfügung im Sinn von Art. 5 VwVG vor.
- 5 Die Vorinstanz bejaht die Parteistellung des Beschwerdeführers (Art. 6 in Verbindung mit Art. 48 VwVG) unter Bezugnahme auf das egoistische Verbandsbeschwerderecht. Damit ist der Beschwerdeführer auch zur Führung des vorliegenden Beschwerdeverfahrens legitimiert. Der Beschwerdeführer führt insoweit im eigenem Namen, aber im Interesse seiner Mitglieder Beschwerde.
- 6 Der Beschwerdeführer ist als Verein konstituiert und besitzt Rechtspersönlichkeit (Art. 1 Statuten). Der Beschwerdeführer umfasst insbesondere die in der Schweiz tätigen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des öffentlichen Verkehrs. Zum öffentlichen Verkehr zählen Unternehmen des Personen- und Gütertransportes sowie transportverwandte Betriebe mit öffentlichem oder privatem Charakter, deren Tochter-, Beteiligungs- und Auftrags-Unternehmen sowie ihre im Ausland tätigen Bediensteten, insbesondere eidgenössische (Schweizerische Bundesbahn), kantonale, kommunale und private Transportunternehmen (vgl. Art. 2 Statuten). Der Beschwerdeführer wahrt und fördert gemäss seinem statutarischen Zweck die sozialen, materiellen und beruflichen Interessen seiner Mitglieder. Dazu regelt er die Löhne, die Anstellungs- und Arbeitsbedingungen durch Gesamtarbeitsverträge (vgl. Art. 3 Statuten).

BO: - Statuten SEV (Beilage 3)

- 7 Der Beschwerdeführer vertritt die Arbeitnehmerinteressen von rund 3000 Lokführern in der Schweiz. Er ist unter anderem Vertragspartner des GAV SBB Cargo, des GAV SBB Cargo international (abrufbar unter: <http://www.sbb.ch/sbb-konzern/jobs-karriere/arbeitswelt-sbb.html>) sowie des GAV BLS, dem die Lokführer von BLS Cargo unterstellt sind. Bei den genannten Eisenbahnverkehrsunternehmen handelt es sich um die wesentlichen schweizerischen Akteure im internationalen Schienengüterverkehr. Damit bezieht sich die Interessenwahrung auf eine grosse Anzahl von Mitgliedern des Beschwerdeführers, zumal die Zulassung als Lokführer nicht zwischen Güter- und Personenverkehr unterscheidet.
- 8 Jedes dieser Mitglieder des Beschwerdeführers wäre schliesslich zur Geltendmachung des Interesses auf dem Beschwerdeweg befugt. Dabei kommt es nicht darauf an, ob diese Mitglieder nur als Angestellte der Beschwerdegegnerin von den im Streit liegenden Lohnbedingungen betroffen wären. Verlangt ist insoweit ein unmittelbares und konkret schutzwürdiges Interesse der Mitglieder, da bei der Anfechtung von Verfügungen eine virtuelle Betroffenheit der Mitglieder nicht ausreichen soll (vgl. BGE 119 Ib 374, E. 2a/cc; Martin Bertschi, in: Kommentar VRG/ZH, 3. Aufl., Zürich etc. 2014, § 21 N. 97; Alfred Kölz/Isabelle Häner/Martin Bertschi, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., Zürich etc. 2013, N. 967 f.).
- 9 Die angefochtene Verfügung wirkt sich auf die Lokführer anderer Eisenbahnverkehrsunternehmen mit Sitz in der Schweiz aus, die grenzüberschreitend tätig sind. Die BLS Cargo AG kündigte bereits im vorinstanzlichen Verfahren an, ihre Anstellungsbedingungen zu ändern (vgl. angefochtene Verfügung, I. Rz. 8 lit. c S. 8). Entsprechend ist der vorliegend zu beurteilende Sachverhalt nicht mit jenem in BGE 119 Ib 374 betreffend die Beschwerdebefugnis von Gewerkschaften im eisenbahnrechtlichen Anstandsverfahren um Ladenöffnungszeiten vergleichbar.
- 10 Vielmehr stehen die Mitglieder des Beschwerdeführers in einer besonderen, beachtenswerten Beziehungsnähe zur Streitsache. Die beim Beschwerdeführer zusammengeschlossenen Lokführer sind in ihren eigenen elementarsten Interessen – und offenkundig mehr als die Allgemeinheit – betroffen, wird sich doch die angefochtene Verfügung massiv nachteilig auf die Lohnkonditionen für Lokführer auswirken (vgl. BVGer, 28. März 2012, C-465/2011, E. 2.3.5). Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG ist als *Schutznorm* zugunsten der Angestellten der Eisenbahnverkehrsunternehmen, die um eine Netzzugangsbewilligung ersuchen, konzipiert, sodass die besondere Beziehungsnähe gegeben ist.
- 11 Das gilt nicht nur für die Mitglieder, sondern auch für den Beschwerdeführer selbst. Dieser ist durch die angefochtene Verfügung auch in eigenen Interessen betroffen. Art. 7 der Netzzugangs-Verordnung (SR 742.122) sieht ausdrücklich vor, dass das um Netzzugang ersuchende Unternehmen grundsätzlich einen Gesamtarbeitsvertrag vorlegen muss, um die Einhaltung der Arbeitsbedingungen der Branche gemäss Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG nachzuweisen. Damit folgt aus dem Sinn und Zweck des anwendbaren Rechts, dass der Beschwerdeführer hinsichtlich der Bewilligungsvoraussetzung der Einhaltung der Arbeitsbedingungen der Branche von Gesetzes wegen in einer besonderen Beziehungsnähe zum Streitgegenstand der angefochtenen Verfügung steht.

- 12 Die Schutznorm von Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG bezieht sich mithin nicht nur auf die einzelnen Angestellten, sondern auch auf den Beschwerdeführer, da dieser als Arbeitnehmerverband die Gesamtarbeitsverträge mit Arbeitgebern oder deren Verbände abschliesst (vgl. Art. 356 Obligationenrecht). Kann der Beschwerdeführer die Wahrung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen – wie sie durch die von ihm abgeschlossenen Gesamtarbeitsverträge festgelegt werden – nicht auf dem Gerichtsweg einfordern, wird er in seiner statutarischen Zweckerfüllung (vgl. Art. 3 Statuten) schwer beeinträchtigt.
- 13 Auf die vorliegende Beschwerde ist nach dem Gesagten sowohl als egoistische Verbandsbeschwerde als auch als gewöhnliche Beschwerde des Verbands zur Wahrung eigener Interessen einzutreten (vgl. Vera Marantelli-Sonanini/SaidHuber, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 48 N. 20).

## II. Materielles

### A. Ausgangslage und konkret zu beurteilender Streitgegenstand bzw. Sachverhalt

- 14 Streitgegenstand der angefochtenen Verfügung bildet die Beurteilung, welche Branche für die Festlegung der «branchenüblichen Arbeitsbedingungen» im Sinn von Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG massgebend ist, und zwar in Bezug auf die konkrete Entlohnung der Lokführer der Beschwerdegegnerin (angefochtene Verfügung, B. Rz. 8, S. 8 oben).
- 15 Die Vorinstanz kommt zum Schluss, dass die Beschwerdegegnerin eindeutig im grenzüberschreitenden Schienengüterverkehr tätig sei. Die von ihr angestellten italienischen Lokführer (Grenzgänger) würden im internationalen Güterverkehr eingesetzt, sodass die Beschwerdegegnerin im Wettbewerb mit anderen Unternehmen des internationalen Schienengüterverkehrs stehe (angefochtene Verfügung, B. Rz. 9, S. 8). Die Löhne der italienischen Lokführer der Beschwerdegegnerin gelten im Vergleich mit den üblichen Branchenlöhnen in Italien als branchenüblich (angefochtene Verfügung, B. Rz. 9, S. 8).
- 16 Folglich bestehe kein Anlass, diese Löhne zu beanstanden und der Beschwerdegegnerin den Entzug der Netzzugangsbewilligung anzudrohen, da die konkret angebotenen Löhne im *internationalen* Schienengüterverkehr branchenüblich seien. Gemäss der Auffassung der Vorinstanz ist mithin bei der Anwendung von Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG zwischen zwei Branchen zu unterscheiden, «nämlich die Branche grenzüberschreitender Schienengüterverkehr und die Branche Binnenverkehr» (angefochtene Verfügung, B. Rz. 12, S. 9).
- 17 Aufgrund dieser Erwägungen der Vorinstanz ist damit in Bezug auf den Sachverhalt erstellt, dass die von der Beschwerdegegnerin an die italienischen Lokführer (welche vom Standort Brig aus im grenzüberschreitenden Schienengüterverkehr eingesetzt werden) auszurichtenden Löhne von brutto CHF 3'600 pro Monat *nicht* den branchenüblichen Löhnen *im Binnenverkehr* entsprechen. Der Beschwerdeführer hat im vorinstanzlichen Verfahren die üblichen Löhne bei den

SBB/SBB Cargo und den BLS/BLS Cargo nachgewiesen (vgl. Beilage 1 und 2 zum Gesuch vom 17. Juni 2014).

BO: Beizug der vorinstanzlichen Akten von Amtes wegen

- 18 Sollte das Bundesverwaltungsgericht wider Erwarten entgegen dem vorstehend Gesagten zum Schluss kommen, dass sich aus der angefochtenen Verfügung nicht der Schluss ziehen lasse, dass die Vorinstanz die Branchenüblichkeit der streitbetroffenen Löhne mit Blick auf die «Branche Binnenverkehr» verneine, ist die Angelegenheit allenfalls gemäss dem Eventualantrag (Beschwerdeantrag 2) an die Vorinstanz zurückzuweisen. Eine solche Rückweisung würde sich freilich in jedem Fall erübrigen, wenn sich die Vorinstanz zu diesem Aspekt im bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahren ausdrücklich vernehmen liesse, etwa auf entsprechende Aufforderung durch instruktionsrichterliche Verfügung.

**B. Beschwerdegrund: Verletzung von Bundesrecht (Art. 49 lit. a VwVG) durch fehlerhafte bzw. unrichtige Anwendung bzw. Auslegung von Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG**

- 19 Mit der angefochtenen Verfügung wendet die Vorinstanz Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG falsch an. Es lässt sich weder aus der Entstehungsgeschichte von Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG bzw. der Vorgängerbestimmung von Art. 9 Abs. 2 lit. e altEBG noch aus einer zeitgemässen teleologischen Auslegung der geltenden Fassung der genannten Bestimmung ableiten, dass bezüglich der Bewilligungsvoraussetzungen der Branchenüblichkeit der Arbeitsbedingungen zwischen zwei unterschiedlichen Branchen, nämlich dem Binnenverkehr auf der einen und dem grenzüberschreitenden Schienengüterverkehr auf der anderen Seite, zu unterscheiden ist.

**1. Zur Begründung der Vorinstanz**

- 20 Die Vorinstanz schliesst aus der Entstehungsgeschichte (wobei sie insoweit nur auf Art. 9 Abs. 2 lit. e altEBG Bezug nimmt), dass «mit der „Branche“ die Eisenbahnverkehrsunternehmen aus dem EU-Raum gemeint seien» (angefochtene Verfügung, B. Rz. 2, S. 3).
- 21 Wenn dem so wäre, hiesse dies doch wohl zu Ende gedacht, dass alle Eisenbahnverkehrsunternehmen, die eine Netzzugangsbewilligung nach Schweizer Recht beantragen, lediglich die EU-weit branchenüblichen Arbeitsbedingungen einzuhalten hätten. Denn der eindeutige Wortlaut von Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG differenziert gerade nicht nach verschiedenen Branchen. So dürfte wohl selbst die Vorinstanz nicht behaupten wollen, dass nicht sämtliche Eisenbahnverkehrsunternehmen, die über eine schweizerische Netzzugangsbewilligung verfügen, die arbeitsrechtlichen Vorschriften gemäss Schweizer Recht einzuhalten haben. Diese Bewilligungsvoraussetzung wird in Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG ebenfalls genannt. Eine Differenzierung nach Branchen ist daher in der Bestimmung von Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG gesetzgeberisch offenkundig nicht bezweckt worden.

22 Weiter wird die vorgenommene Branchenunterscheidung von der Vorinstanz teleologisch begründet. Danach ist Bewilligungsvoraussetzung der «Arbeitsbedingungen der Branche» so auszulegen, dass den schweizerischen Eisenbahnverkehrsunternehmen keine Wettbewerbsnachteile gegenüber ausländischen Anbietern entstehen (vgl. angefochtene Verfügung, B. Rz. 3, S. 3; Rz. 5 S. 7). Grund hierfür ist, dass nach der innerschweizerischen Umsetzung des Landverkehrsabkommens mit der EU ausländische Anbieter mit einer Netzzugangsbewilligung eines EU-Staates keiner schweizerischen Bewilligung bedürfen (vgl. Art. 8d Abs. 3 EBG). Damit wird deutlich, dass die Auslegung von Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG gemäss der Vorinstanz schlussendlich rein wirtschaftspolitisch motiviert ist. Im Einzelnen:

## 2. Auslegung von Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG

### a) Wortlaut, Systematik, Materialien zu Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG

23 Art. 8d Abs. 1 EBG regelt die Bewilligungserteilung für nach schweizerischem Recht konstituierte EVU (Sitz in der Schweiz, vgl. lit. e) für den Netzzugang auf der schweizerischen Eisenbahninfrastruktur (vgl. auch Art. 1 f. EBG). Gemäss Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG wird eine Netzzugangsbewilligung erteilt, sofern das Unternehmen «die arbeitsrechtlichen Vorschriften und die Arbeitsbedingungen der Branche einhält».

24 Der Gesetzeswortlaut lässt überhaupt nicht erkennen, dass der Gesetzgeber zwischen EVU, die im Binnenverkehr und solchen, die im grenzüberschreitenden Schienengüterverkehr tätig sind, unterscheiden wollte. Im Gegenteil: Alle Unternehmen, die um eine Netzzugangsbewilligung ersuchen, werden demselben gesetzlichen Regime unterworfen. Gemäss dem Wortlaut bestehen demnach keine Anhaltspunkte dafür, dass für Unternehmen, die grenzüberschreitende Leistungen anbieten, andere Arbeitsbedingungen massgeblich sein sollen als für binnenorientierte EVU. In Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG ist nicht von Arbeitsbedingungen in unterschiedlichen Branchen die Rede, sondern von den Arbeitsbedingungen *der* Branche. Referenzpunkt ist für sämtliche EVU mithin *dieselbe* Branche.

25 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 systematischen 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 ein Bundesgesetz für hier ansässige Unternehmen die Arbeitsbedingungen in Drittstaaten für massgeblich erklären. Die Meinung, der Gesetzgeber habe mit Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG für einheimische Unternehmen die Arbeitsbedingungen in Drittstaaten zur Richtschnur machen wollen, findet deshalb in Wortlaut und Gesetzessystematik keine Stütze.

26 Auch in den Gesetzesmaterialien zu Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG finden sich keine Anhaltspunkte, 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 Ratsprotokol-

len lassen sich entsprechende Hinweise finden (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.). Vielmehr unterstellte der Gesetzgeber die hier ansässigen Eisenbahnverkehrsunternehmen diskussionslos denselben Bewilligungskriterien – und zwar unabhängig davon, ob sie auch im grenzüberschreitenden Schienengüterverkehr tätig sind.

27 Es ist demnach festhalten, dass aufgrund des eindeutigen Wortlauts, der Gesetzessystematik sowie den Gesetzesmaterialien zu Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG überhaupt keine Anknüpfungspunkte für die von der Vorinstanz vorgenommene Unterscheidung von zwei Branchen gegeben sind.

**b) Teleologische Auslegung unter Einbezug der Vorläuferbestimmung von Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG**

28 Die Begründung der Vorinstanz knüpft mit Bezug auf den Sinn und Zweck der Bewilligungsvoraussetzung der «Arbeitsbedingungen der Branche» an die terminologische Entstehungsgeschichte von Art. 9 Abs. 2 lit. e altEBG, d.h. der Vorläuferbestimmung von Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG an. Damals wurde die Wendung «Arbeitsbedingungen der Branche» anstelle der vom Bundesrat vorgeschlagenen Formulierung «landesüblichen Bedingungen» gesetzt. Das ist schlussendlich die einzig fassbare Begründung der Vorinstanz für ihre wettbewerbspolitisch motivierte Auslegung von Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG. Im Wortlaut, der Gesetzessystematik, sowie den Materialien zum *geltenden* Gesetzesrecht findet sich dafür wie aufgezeigt überhaupt keine Stütze.

29 Es trifft zwar zu, dass die geltende Fassung von Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG in terminologischer Hinsicht weitgehend der Fassung von Art. 9 Abs. 2 lit. e altEBG entspricht. Bereits diese Bestimmung sah vor, dass die arbeitsrechtlichen Vorschriften und die «Arbeitsbedingungen der Branche» zu gewährleisten bzw. einzuhalten sind. Der Gesetzgeber ging beim Erlass von Art. 9 Abs. 2 lit. e altEBG allerdings von einer Reihe von Prämissen aus, die heute bzw. im Zeitpunkt der Inkraftsetzung von Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG ihre Gültigkeit verloren haben. Die Änderung des normativen Kontextes muss bei der teleologischen Auslegung berücksichtigt werden.

30 So regelt Art. 8d Abs. 1 EBG einzig die Netzzugangsbewilligung für Unternehmen mit Sitz in der *Schweiz* (lit. e). Die Vorläuferbestimmung normierte hingegen auch die Voraussetzungen für eine Bewilligungserteilung an ausländische Unternehmen. Dieser Paradigmenwechsel bleibt folglich nicht ohne Rückwirkungen auf die Frage, wie der Begriff «Arbeitsbedingungen der Branche» im geltenden Gesetzestext 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. 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 hiezulande branchenüblichen Arbeitsbedingungen einhält.



- 31 Weder die Vorinstanz noch das von ihr in Auftrag gegebene Gutachten, auf welchem die in der angefochtenen Verfügung getroffene Auslegung von Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG letztlich beruht, haben sich mit der Entstehungsgeschichte von Art. 9 altEBG und dem seinerzeitigen Regelungskontext auseinandergesetzt. Deren teleologische Auslegung von Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG beruht schlicht auf einer eigenmächtigen – und willkürlichen – Interpretation einer vermeintlichen gesetzgeberischen Regelungsabsicht.
- 32 Das vom Beschwerdeführer bei der Vorinstanz ins Recht gelegte Gutachten Donatsch/Schürer skizziert demgegenüber einlässlich die Entstehungsgeschichte und den gesamten innerstaatlichen und europarechtlichen Regelungskontext. Das Bundesverwaltungsgericht wendet das Recht von Amtes wegen an und hat auf den festgestellten Sachverhalt jenen Rechtssatz anzuwenden, den es als den zutreffenden erachtet, und ihm jene Auslegung zu geben, von der es überzeugt ist (BVGer, 25. September 2008, A-1504/2006, E. 5.2.6; BGE 119 V 347 E. 1a). Insoweit ist häufig die Rede davon, dass es sich bei einem von einer Verfahrenspartei eingereichten Rechtsgutachten prozessual um eine Parteibehauptung handle. Dementsprechend ist das genannte Gutachten als Bestandteil der Verfahrensakten von Bundesverwaltungsgericht im Rahmen der von Amtes wegen zu erfolgenden Rechtsanwendung (iura novit curia) zu berücksichtigen.
- BO: Gutachten Donatsch/Schürer vom 5. März 2015 (Beilage 4)
- 33 So ergibt sich aus den Kommissionsprotokollen der KVF-S vom 3./4. Juli und 4. September 1997 sowie der KVF-N vom 3./4. November 1997 Folgendes (vgl. im Einzelnen die Nachweise im Gutachten Donatsch/Schürer, Rz. 43-60):
- BO: Beizug der Kommissionsprotokolle im Geschäft Nr. 96.090 durch das Bundesverwaltungsgericht (vgl. etwa BVGer, 31. März 2014, A-3862/2013, G)
- 34 Mit Art. 9 Abs. 2 lit. e altEBG wollte der Gesetzgeber die Netzzugangsvoraussetzungen ausländischer EVU ins Recht fassen. Dabei blieb aber der Anwendungsbereich, d.h. unter welchen Voraussetzungen ein ausländisches EVU überhaupt Netzzugang erhielte, 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, d.h., wenn ein EVU in einem anderen als seinem Sitzstaat am Binnenverkehr teilnähme. Der freie Netzzugang zum Binnenmarkt des Güterverkehrs war zum damaligen Zeitpunkt auch innerhalb der EU/EG noch nicht verwirklicht. Der schweizerische Binnenverkehr steht auch gegenwärtig ausländischen EVU nicht offen, da die Schweiz das 2. EU-Eisenbahnpaket 2004 bislang nicht nachvollzogen hat (BBI 2011, S. 953).
- 35 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 Anerken-

nung 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 bzw. dessen Umsetzung ins Landesrecht eingetreten (vgl. auch die Neufassung von Art. 8d Abs. 3 EBG).

- 36 Die Entstehungsgeschichte von Art. 9 Abs. 2 lit. e alt EBG zeigt damit, dass der Gesetzgeber keine unterschiedliche Regelung für den Binnenverkehr und den grenzüberschreitenden Verkehr bezweckte. Vielmehr wollte er sicherstellen, dass auch ausländische EVU beim Zugang zum schweizerischen Schienennetz das Schweizer Arbeitsrecht und die Lohnbedingungen der Branche einzuhalten hatten. Dabei blieb zwar – wie auch das Gutachten Donatsch/Schürer festhält – unklar, ob die Arbeitsbedingungen der Branche einzig aufgrund der inländische Bedingungen innerhalb der Bahnbranche oder aufgrund der EU-weiten Branchenbedingungen zu bestimmen seien. 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 – aufgrund der gegenseitigen Anerkennung keine Netzzugangsbewilligung nach Art. 8d Abs. 1 EBG (vgl. Art. 8d Abs. 3 EBG).
- 37 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.
- 38 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.
- 39 Folglich wurde 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 keine Rechenschaft ab.

- 40 Innerstaatlich war die Schaffung des Netzzugangs aber mit der Ausgliederung der SBB aus der Staatsverwaltung verbunden. Die SBB wurden in eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft 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.
- 41 Es wurde denn auch in den Kommissionsberatungen 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. Gleichzeitig war sich der Gesetzgeber bewusst, dass ausländische Bahnen tiefere Lohnansätze als die SBB aufwiesen. All das kommt zusammengefasst auch im Votum des Berichterstatters im Ständerat zum Ausdruck: Die Ergänzung des Buchstabens e, wonach eine Klausel gegen das Sozialdumping aufgenommen wird, nahm in der Diskussion der Kommission einen breiten Raum. *«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)»* (Amtliches Bulletin, Ständerat vom 1. Oktober 1997, S. 873, Votum Hans Danioth).
- 42 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.
- 43 Damit ist erstellt, 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 eigentlichen 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 unbeschadet auf das heute geltende Recht übertragen werden. So fehlt im geltenden Recht insbesondere die protektionistisch motivierte Komponente, die Verhinderung ungerechtfertigter Marktvorteile für *ausländische* EVU, die bei Erlass von Art. 9 Abs. 2 altEBG prägend war.
- 44 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. Folglich widerspricht es auch dem Sinn und Zweck von Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG, eine Unterscheidung zwischen EVU, die im Binnenverkehr und solchen, die im grenzüberschreitenden Schienengüterverkehr tätig sind, vorzunehmen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass in Anwendung des Methodenpluralismus keine Auslegungsmethode zum Ergebnis führt, dass die Beschwerdegegnerin als EVU mit Sitz in der Schweiz für die angestellten Lokführer, die im grenzüberschreitenden Schienengüterverkehr eingesetzt werden, nicht verpflichtet ist, die branchenüblichen Arbeitsbedingungen der übrigen schweizerischen EVU (mit Sitz in der Schweiz) einzuhalten. Die angefochtene Verfügung verletzt damit Art. 8d Abs. 1 lit. d EBG, sodass die Beschwerdegegnerin die Voraussetzungen für die Netzzugangsbewilligung nicht erfüllt. Die Löhne, welche die Beschwerdegegnerin ihren in Brig stationierten Lokführern (italienische Grenzgänger) ausrichtet, liegen – wovon auch die Vorinstanz ausgeht – weit unter den branchenüblichen Löhnen der EVU mit Sitz in der Schweiz (d.h. EVU mit Netzzugangsbewilligung gestützt auf das EBG).

Abschliessend ersuche ich Sie, sehr geehrter Herr Präsident, sehr geehrte Damen und Herren Bundesverwaltungsrichterinnen und Bundesverwaltungsrichter, die Beschwerde gestützt auf die vorstehenden Ausführungen antragsgemäss gutzuheissen.

Freundliche Grüsse

Marco Donatsch

3-fach

**Beilagen:**

Vollmacht vom 27. Mai 2015 (1)

Verfügung des BAV vom 6. Mai 2015 (2)

Statuten SEV (3)

Gutachten Donatsch/Schürer vom 5. März 2015 (4)