

# Branchenübliche Arbeitsbedingungen im Schienengüterverkehr

Ergebnisse der rechtlichen und ökonomischen Analyse  
von Art. 8d. Absatz 1 Buchstabe d des Eisenbahngesetzes  
(EBG, SR 742.101)

**Grundlagenbericht**

**14. Januar 2015**

zuhanden des Bundesamts für Verkehr

**ECOPLAN** Forschung und Beratung  
in Wirtschaft und Politik

**kurt moll**

**advokatur · projektmanagement**

# Impressum

## Empfohlene Zitierweise

Autor: Ecoplan  
Titel: Branchenübliche Arbeitsbedingungen im Schienengüterverkehr  
Untertitel: Ergebnisse der rechtlichen und ökonomischen Analyse von Art. 8d. Absatz 1 Buchstabe d des Eisenbahngesetzes (EBG, SR 742.101)  
Auftraggeber: Bundesamt für Verkehr  
Ort: Bern und Altdorf  
Datum: 14. Januar 2015

## Begleitgruppe

Arnold Berndt  
Markus Giger  
Beat von Känel  
Pierre-André Meyrat  
Reto Schletti

## Projektteam Ecoplan

Marcel Buffat  
René Neuenschwander  
Heini Sommer

## Projektteam Kurt Moll, Advokatur und Projektmanagement

RA Kurt Moll

Der Bericht gibt die Auffassung des Projektteams wieder, die nicht notwendigerweise mit derjenigen des Auftraggebers bzw. der Auftraggeberin oder der Begleitorgane übereinstimmen muss.

Ecoplan AG  
Forschung und Beratung  
in Wirtschaft und Politik

[www.ecoplan.ch](http://www.ecoplan.ch)

Monbijoustrasse 14  
CH - 3011 Bern  
Tel +41 31 356 61 61  
[bern@ecoplan.ch](mailto:bern@ecoplan.ch)

Schützengasse 1  
Postfach  
CH - 6460 Altdorf  
Tel +41 41 870 90 60  
[altdorf@ecoplan.ch](mailto:altdorf@ecoplan.ch)

Kurt Moll  
Advokatur Projektmanagement

[www.kurtmoll.ch](http://www.kurtmoll.ch)

Hardeggerstrasse 5  
CH - 3001 Bern  
Tel + +41 31 311 97 70  
[mail@kurtmoll.ch](mailto:mail@kurtmoll.ch)

## Inhaltsübersicht

	<b>Inhaltsverzeichnis .....</b>	<b>2</b>
	<b>Abkürzungsverzeichnis .....</b>	<b>3</b>
	<b>Glossar .....</b>	<b>4</b>
<b>1</b>	<b>Einleitung .....</b>	<b>6</b>
<b>2</b>	<b>Inhalt, Entstehungsgeschichte und Vollzug der Bestimmung.....</b>	<b>10</b>
<b>3</b>	<b>Vorgehenskonzept .....</b>	<b>14</b>
<b>4</b>	<b>Definition der Branche .....</b>	<b>17</b>
<b>5</b>	<b>Komponenten der Arbeitsbedingungen .....</b>	<b>28</b>
<b>6</b>	<b>Räumliche Bezugsbasis .....</b>	<b>34</b>
<b>7</b>	<b>Geltungsbereich .....</b>	<b>38</b>
<b>8</b>	<b>Beurteilung der Handlungsempfehlungen .....</b>	<b>45</b>
	<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>47</b>

## Inhaltsverzeichnis

	<b>Inhaltsverzeichnis</b> .....	<b>2</b>
	<b>Abkürzungsverzeichnis</b> .....	<b>3</b>
	<b>Glossar</b> .....	<b>4</b>
<b>1</b>	<b>Einleitung</b> .....	<b>6</b>
1.1	Ausgangslage und Auftrag .....	6
1.2	Fragestellungen .....	7
1.3	Vorgehen .....	8
1.4	Inhalt und Aufbau des Berichts .....	9
<b>2</b>	<b>Inhalt, Entstehungsgeschichte und Vollzug der Bestimmung</b> .....	<b>10</b>
2.1	Der Wortlaut .....	10
2.2	Entstehungsgeschichte .....	11
2.3	Aktueller Vollzug durch das BAV .....	13
<b>3</b>	<b>Vorgehenskonzept</b> .....	<b>14</b>
<b>4</b>	<b>Definition der Branche</b> .....	<b>17</b>
4.1	Rechtliche Ausgangslage .....	17
4.2	Ökonomische Analyse der Branchen .....	20
4.2.1	Einleitende Bemerkungen .....	20
4.2.2	Definition der Branche im Schienengüterverkehr .....	22
<b>5</b>	<b>Komponenten der Arbeitsbedingungen</b> .....	<b>28</b>
5.1	Auslegeordnung .....	28
5.2	Komponenten der Branchenüblichkeit gemäss Artikel 8d EBG .....	30
5.3	Umsetzung der Arbeitsbedingungen .....	31
5.3.1	Berücksichtigung von Kaufkraftunterschieden .....	31
5.3.2	Anpassungsfähigkeit der Arbeitsbedingungen .....	32
<b>6</b>	<b>Räumliche Bezugsbasis</b> .....	<b>34</b>
6.1	Mögliche Abgrenzung der räumlichen Bezugsbasis.....	34
6.2	Rechtliche Auslegung der räumlichen Bezugsbasis.....	36
<b>7</b>	<b>Geltungsbereich</b> .....	<b>38</b>
7.1	Theoretisch mögliche Geltungsbereiche und ihre Auswirkungen.....	38
7.2	Rechtliche Auslegung .....	42
7.3	Position der Gewerkschaften zur räumlichen Bezugsbasis und zur Bestimmung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen und deren Geltungsbereich .....	44
<b>8</b>	<b>Beurteilung der Handlungsempfehlungen</b> .....	<b>45</b>
	<b>Literaturverzeichnis</b> .....	<b>47</b>

## Abkürzungsverzeichnis

ArG	Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, SR. 822.11)
AVE	Allgemeinverbindlichkeitserklärung
AZG	Bundesgesetz über die Arbeit in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs (Arbeitszeitgesetz, SR 822.21)
BAV	Bundesamt für Verkehr
BBI	Bundesblatt
CH	Schweiz
EBG	Eisenbahngesetz (SR 742.101)
EG	Europäische Gemeinschaft
EntsG	Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (Entsendegesetz, SR 823.20)
EU	Europäische Union
EVU	Eisenbahnverkehrsunternehmen
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
FMG	Fernmeldegesetz (SR 784.10)
GAV	Gesamtarbeitsvertrag
HSG	Universität St. Gallen
KV	Kombinierter Verkehr
KVF-S	Kommission für Verkehr und Fernmeldewesen des Ständerates
LSVA	Leistungsabhängige Schwerverkehrsabgabe
NOGA	Allgemeine Systematik der Wirtschaftszweige (Nomenclature Générale des Activités économiques)
NZV	Eisenbahn-Netzzugangsverordnung (SR 742.122)
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht; SR 220)
PBG	Personenbeförderungsgesetz (SR 756.1)
PG	Postgesetz (SR 783.0)
SEV	Schweizerischer Eisenbahnerverband
SR	Systematische Rechtssammlung
UVEK	Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr und Kommunikation

## Glossar

Bahnreform	<p>Die Schweizer Bahnreform beinhaltet Reformschritte, welche das Ziel haben, den öffentlichen Verkehr und insbesondere den Schienenverkehr attraktiver und leistungsfähiger zu gestalten.</p> <p>Dieser Reformprozess wurde mit der Bahnreform 1 von 1999 lanciert und wird nun kontinuierlich fortgesetzt. Die Bahnreform 1 führte erste Wettbewerbselemente ins Bahnsystem ein, um die Effizienz zu erhöhen. Folgende Anpassungen wurden vorgenommen: Herauslösung der Staatsbahnen in eigenständige Unternehmen, die rechnerische und organisatorische Trennung von Verkehr und Infrastruktur, Einführung des Netzzugangs, die Ausdehnung des Bestellprinzips auf alle Abteilungen und die Liberalisierung des Güterverkehrs. Am 1. Januar 1999 traten die rechtlichen Grundlagen der Bahnreform 1 (BBI 1997 I 909) in Kraft. Die Massnahmen aus der Bahnreform 1 entsprachen weitgehend den Vorgaben der EU-Richtlinie 91/440/EWG Die Bahnreform ist ein Prozess und deshalb als rollende Reform konzipiert.</p>
Branche	Branche oder Wirtschaftszweig bezeichnet man in der Wirtschaft eine Gruppe von Unternehmen, die nah verwandte Substitute herstellen
Eisenbahnverkehrsunternehmen	Ein Eisenbahnverkehrsunternehmen ist ein Unternehmen das Personen- und/oder Güterverkehr auf eigener oder fremder Infrastruktur betreibt. In der Schweiz sind die meisten Eisenbahnunternehmen sowohl Eisenbahnverkehrsunternehmen als auch Infrastrukturbetreiberinnen. Insbesondere im Güterverkehr ist aber eine Reihe von Unternehmen im Netzzugang ohne eigene Infrastruktur aktiv.
Gesamtarbeitsvertrag	Der Gesamtarbeitsvertrag (GAV) ist ein Vertrag zur Regelung der Arbeitsbedingungen und des Verhältnisses zwischen den GAV-Parteien. Dies beinhaltet Bestimmungen über den Abschluss, Inhalt und Beendigung des Einzelarbeitsvertrages (normative Bestimmungen), Bestimmungen über die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien unter sich (schuldrechtliche Bestimmungen) und Bestimmungen über Kontrolle und Durchsetzung des GAV. Die GAV-Parteien sind Arbeitgeber oder Arbeitgeberverbände sowie Arbeitnehmerverbände (Gewerkschaften).
Kombi-Operateure	<p>Kombi-Operateure organisieren die Transportkette im Kombinierten Verkehr (KV). Sie werden daher auch als die Architekten des KV bezeichnet. Sie organisieren und vermarkten die Transporte im KV und sind dabei das Bindeglied zwischen den Akteuren (Verlader, Spediteur, Netzbetreiber der Eisenbahn, Eisenbahnunternehmen, Terminalbetreiber, Waggonvermieter, etc.). Beauftragt werden Sie in der Regel von Speditionen oder auch direkt von Verladern. Ihre Aufgabe besteht darin, die Trassen zu bestellen, die Waggons zu organisieren, die Transporte zu überwachen und zu koordinieren, die Ladeeinheiten bereitzustellen. Dies erfolgt in enger Zusammenarbeit mit den Terminalbetreibern. Einige KV-Operateure betreiben auch eigene Terminals oder sind an diesen beteiligt. Häufig halten sowohl die Staatsbahnen wie auch einige Speditionen Gesellschaftsanteile an den Kombi-Operateuren.</p> <p>Viele Kombi-Operateure sind auch im Besitz einer eigenen Eisenbahnlizenz, die sie zum Befahren von Güterzügen berechtigt. Daher sind viele Kombi-Operateure auch Eisenbahnunternehmen. Zu den größeren KV-Operateuren in Europa gehören Cemat, Hupac, Intercontainer Austria, Intercontainer-Interfrigo, Kombiverkehr, Transfracht und TX Logistik.</p>
Netzzugang	Eine Infrastrukturbetreiberin stellt ihr Schienennetz gegen Entgelt (Trassenpreis) verschiedenen Eisenbahnverkehrsunternehmen (EVU) zur Fahrt mit einem Zug zur Verfügung. Mit dem Landverkehrsabkommen CH-EU gilt dasselbe auch zwischen schweizerischen und europäischen Bahnen, im Rahmen der in der EU-Richtlinie 91/440/EWG festgelegten Spielregeln (Zugang im grenz-

---

	überschreitenden kombinierten Verkehr und Transitrechte für andere Verkehre,). Der Netzzugang ermöglicht den Wettbewerb im Bahnbetrieb.
Normalarbeitsverträge	In Branchen, in denen es keinen Gesamtarbeitsvertrag gibt, können bei wiederholter missbräuchlicher Lohnunterbietung der orts-, berufs- oder branchenüblichen Löhne Normalarbeitsverträge mit zwingenden Mindestlöhnen erlassen werden. Diese Mindestlöhne gelten für die ganze Branche und können nur zugunsten des Arbeitnehmers abgeändert werden.
Traktionär	Traktionäre sind Unternehmen, die Traktionsleistungen erbringen. Diese Unternehmen werden auch Eisenbahnverkehrsunternehmen genannt.
Traktionsleistung	Unter der Traktionsleistung wird die eigentliche Bahnproduktion verstanden, also das Fortbewegen des Zuges von A nach B. Dies beinhaltet die Organisation des Lokführers und der Lokomotive.

# 1 Einleitung

## 1.1 Ausgangslage und Auftrag

Voraussetzung für die Erteilung und Erneuerung der Netzzugangsbewilligung bildet gemäss Artikel 8d Absatz 1 Buchstabe d des Eisenbahngesetzes (EBG, SR 742.101) die Einhaltung der arbeitsrechtlichen Vorschriften und der Arbeitsbedingungen der Branche. Ein im internationalen Schienengüterverkehr tätiges Eisenbahnverkehrsunternehmen (EVU) wird vom schweizerischen Eisenbahnverband (SEV) bezichtigt, diese Voraussetzung nicht zu erfüllen. Das Bundesamt für Verkehr (BAV) soll dementsprechend die Frage einer allfälligen Nichteinhaltung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen im Schienengüterverkehr beurteilen.

Das BAV hatte bereits in der Vergangenheit Fragen rund um die Anwendung von Artikel 8d Absatz 1 Buchstabe d EBG zu beantworten. So wurde im Jahr 2005 ein Gutachten "Branchenübliche Arbeitsbedingungen im Schienengüterverkehr"<sup>1</sup> erstellt. Eine Rechtsauskunft zur Bedeutung schweizerischer Arbeitsvorschriften und –bedingungen im internationalen Schienengüterverkehr<sup>2</sup> (nachfolgend: "Rechtsauskunft") aus demselben Jahr beschäftigte sich im Detail mit der Frage der Anwendbarkeit des Artikels auf ausländische Eisenbahnverkehrsunternehmen, die in der Schweiz grenzüberschreitende Traktionsdienstleistungen im Schienengüterverkehr anbieten. Während das Gutachten keine rechtlich relevanten Ergebnisse zutage fördert, kommt die Rechtsauskunft in überzeugender Weise zum Schluss, dass weder der fragliche Artikel noch das Entsendegesetz (EntsG, SR 823.20) anwendbar sind auf ausländische EVU, die grenzüberschreitende Traktionsdienstleistungen erbringen. Daher gelten die schweizerischen Arbeitsvorschriften und –bedingungen für grenzüberschreitend operierende EVU mit Sitz im Ausland nicht.

Allerdings wurden Inhalt und Umfang der branchenüblichen Arbeitsbedingungen im Schienengüterverkehr bisher nicht vertieft untersucht. Abgesehen von der Klärung des Geltungsbereichs der Bestimmung finden sich dazu in der Rechtsauskunft lediglich rudimentäre Ansätze.<sup>3</sup> Ebenso wurde bisher nicht untersucht, welche ökonomischen Auswirkungen sich aus diesen Bestimmungen ergeben.

Vor diesem Hintergrund hat das BAV Ecoplan und Rechtsanwalt Kurt Moll beauftragt, basierend auf einer rechtlichen und ökonomischen Analyse der Bestimmung in Artikel 8d Absatz 1 Buchstabe d EBG eine Richtlinie zu erarbeiten, die eine rechtsgleiche Überprüfung der arbeitsrechtlichen Vorschriften und der branchenüblichen Arbeitsbedingungen im gesamten Schienengüterverkehr für Triebfahrzeugführer erlaubt.

---

<sup>1</sup> Booz Allen Hamilton (2005), Branchenübliche Arbeitsbedingungen im Schienengüterverkehr

<sup>2</sup> Vgl. Jost / Streit (2005), Rechtsauskunft zur Bedeutung schweizerischer Arbeitsvorschriften und –bedingungen im internationalen Schienengüterverkehr.

<sup>3</sup> Ebenda: Ziff. 5.3.3.1, S. 31 zum Begriff der Branche

## 1.2 Fragestellungen

Folgende Schlüsselfragen stehen im Zentrum der vorliegenden Studie:

- *Was ist als branchenüblich zu betrachten?*
  - Grundsätzlich sollen die „branchenüblichen Arbeitsbedingungen“ sowohl generell abstrakt als auch betreffend dem der Studie zugrundeliegenden Sachverhalt aufgearbeitet werden.
  - Es ist zu klären, auf welchen „Markt“ sich die massgebenden „branchenüblichen Arbeitsbedingungen“ beziehen. In diesem Zusammenhang sind verschiedene Abgrenzungen vorzunehmen, insbesondere zum betrachteten „Raum“ und zum Begriff der „Branche“.

Hinsichtlich des betrachteten **Raums** ist zu klären, ob dieser sich auf das Gebiet der Schweiz beschränken soll oder ob darüber hinaus auch die Arbeitsbedingungen in den angrenzenden Ländern, die Quelle oder das Ziel der in Frage stehenden internationalen Transporte sein können, einzubeziehen sind.

Hinsichtlich des Begriffs der „**Branche**“ ist aus juristischer und aus ökonomischer Sicht zu klären, wie die Branchenabgrenzung zu erfolgen hat.

- *Gibt es rechtliche zwingende Vorschriften, die bei der Beantwortung der Frage nach den "branchenüblichen Arbeitsbedingungen" zu beachten sind? Wo bestehen Handlungs- und Ermessensspielräume für die rechtsanwendende Behörde bei der Überprüfung dieser Frage?*

Die bestehenden rechtlichen Auslegungen des Begriffs „branchenübliche Arbeitsbedingungen“ sollen dargelegt werden. Es ist generell zu klären, ob es rechtlich zwingende Anforderungen gibt, die erfüllt sein müssen, damit die branchenüblichen Arbeitsbedingungen als eingehalten gelten können.

- *Wie werden die bestehenden Grundlagen heute angewendet und wie müssten sie angewendet werden? Besteht eine Diskrepanz zwischen IST und SOLL im Rahmen der Rechtsanwendung? Wenn ja, wie kann eine solche Diskrepanz ausgeräumt werden?*

Die relevanten Normen des Eisenbahngesetzes (EBG, SR 742.110) sind wie auch die Vorschriften der Netzzugangsverordnung (NZV, SR 742.122) zu analysieren und – auch im Lichte der zugrundeliegenden europäischen Rechtsvorschriften<sup>4</sup> – auszulegen. Die Praxis des BAV im Zusammenhang mit Prüfung des Kriteriums "branchenübliche Arbeitsbedingungen" soll aufgearbeitet werden und mit den gesetzlichen Vorgaben verglichen werden.

- *Wie weit reicht der Anspruch der Schweiz auf Umsetzung ihrer Regulation in einem vollständig internationalisierten Umfeld?*

Schweizerische Instrumente wie beispielsweise ein Gesamtarbeitsvertrag (GAV) haben in der Regel keine extraterritoriale Wirkung. Es ist zu klären, ob sich minimale branchenübli-

---

<sup>4</sup> Wie z.B. der Richtlinien 95/18/EG (in der Fassung der Richtlinie 2001/13/EG) und 2004/49/EG.

che Arbeitsbedingungen nur auf schweizerische Teilstrecken oder auf die internationalen Schienengüterverkehrsverbindungen insgesamt beziehen sollen bzw. durchgesetzt werden können.

- *Welche Rolle spielt bei der Frage nach branchenüblichen Arbeitsbedingungen das Sitzland der EVU?*

Bei der Bestimmung der Branchenüblichkeit im Rahmen der Studie sind die GAV der grössten Anbieter (SBB Cargo International, BLS Cargo) ebenso zu berücksichtigen wie der vom Gesetzgeber gewollte Spielraum, der gegenüber solchen GAV „Wettbewerb“ und damit Abweichungen zulässt. Insbesondere ist zu klären, ob bei der Beurteilung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen das Sitzland des EVU, das um eine Netzzugangsbewilligung bzw. um deren Anerkennung ersucht, eine Rolle spielt.

- *Welches Instrumentarium steht dem BAV zur Verfügung, wenn die Anforderungen an die „Branchenüblichkeit“ der Arbeitsbedingungen nicht erfüllt sind?*

Im Anschluss an jede rechtmässige und wirksame Überprüfung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen stellt sich die Frage nach dem Instrumentarium zum Umgang mit bzw. zur Behebung allfälliger Differenzen. Kann und soll die Ausstellung einer Netzzugangsbewilligung verweigert werden, wenn die Überprüfung ein Manko bei den Arbeitsbedingungen zutage fördert oder können unter Umständen Auflagen zur Verhinderung bzw. (nach erteilter Netzzugangsbewilligung) zur Behebung eines allfälligen Compliance-Mankos mit der Bewilligung verbunden werden. Zu prüfen ist auch, ob nach erteilter Netzzugangsbewilligung eine (periodische) Überprüfung erfolgt, oder ob die Beurteilung immer nur einer Momentaufnahme zum Zeitpunkt des erstmaligen oder erneuerten Netzzugangs entspricht.

Auf alle Fragen in diesem Themenkomplex soll die zu vergebende Studie schlüssige und international abgestimmte Antworten liefern.

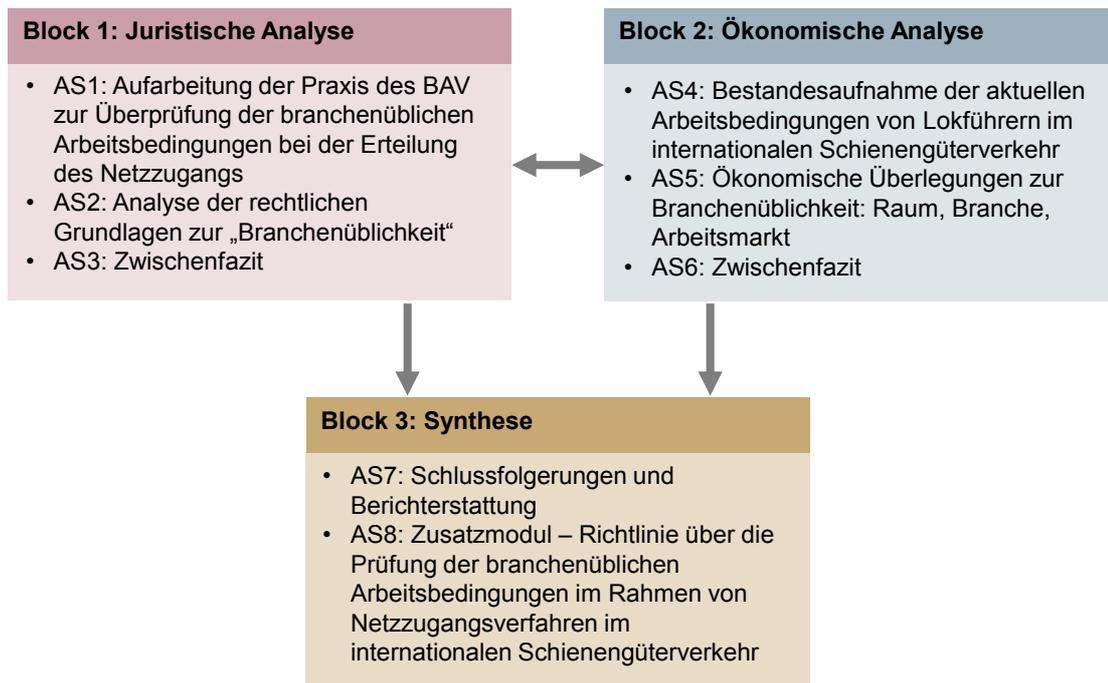
### 1.3 Vorgehen

Für die Bearbeitung des Auftrags sind Ecoplan & Kurt Moll wie in Abbildung 1-1 dargestellt vorgegangen. Die Bearbeitung des Projekts erfolgt zeitlich parallel mit je einer juristischen und einer ökonomischen Analyse der Frage nach den branchenüblichen Arbeitsbedingungen. Das Vorgehen ist inhaltlich aufeinander abgestimmt und soll iterativ je nach Zwischenergebnissen in den einzelnen Blöcken angepasst werden können.

In der juristischen Analyse (Block 1) werden die bestehenden Rechtsgrundlagen zum Thema aufgearbeitet und hinsichtlich der Frage branchenüblicher Arbeitsbedingungen von Lokführern im Schienengüterverkehr ausgewertet.

In der ökonomischen Analyse (Block 2) werden die bestehenden Datengrundlagen analysiert und Interviews mit Vertretern ausgewählter Traktionäre, Vertretern von Gewerkschaften und Verbänden sowie Branchenexperten geführt und mit ökonomischen Überlegungen zur Branchenüblichkeit kombiniert.

Abbildung 1-1: Vorgehen nach Arbeitsschritten



Im dritten Block werden die Ergebnisse der Untersuchung zusammengefasst und Schlussfolgerungen gezogen. In einem eigenen Dokument sollen schliesslich die Ergebnisse auch in eine „Richtlinie über die Prüfung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen im Rahmen von Netzzugangsverfahren im internationalen Schienengüterverkehr“ überführt werden.

## 1.4 Inhalt und Aufbau des Berichts

Die Ergebnisse der rechtlichen Auslegung und der ökonomischen Analyse sind in diesem Zwischenbericht zusammengefasst. Dazu ist der Bericht wie folgt aufgebaut:

- Das Kapitel 2 enthält den Inhalt, die Entstehungsgeschichte und den Vollzug der Regelung.
- Das Vorgehenskonzept für die Auslegung sowie die Aufteilung der Definition der branchenüblichen Arbeitsbedingungen in vier Teilfragen (Definition der Branche, Komponenten der Arbeitsbedingungen, Räumliche Bezugsbasis und Geltungsbereich) wird in Kapitel 3 vorgestellt.
- Das Kapitel 4 enthält die Herleitung der Definition der Branche.
- In Kapitel 5 ist die Herleitung der relevanten Komponenten für die Bestimmung der Arbeitsbedingungen enthalten.
- Die räumliche Bezugsbasis wird in Kapitel 6 hergeleitet.
- Der Geltungsbereich der branchenüblichen Arbeitsbedingungen wird in Kapitel 7 thematisiert.
- Die abschliessende Beurteilung und die Ableitung von Handlungsempfehlungen ist in Kapitel 8 enthalten.

## 2 Inhalt, Entstehungsgeschichte und Vollzug der Bestimmung

### 2.1 Der Wortlaut

Artikel 8d Absatz 1 Buchstabe d EBG bestimmt, dass das BAV die Netzzugangsbewilligung erteilt, wenn das Unternehmen – nebst anderen Kriterien, die es erfüllen muss – die *arbeitsrechtlichen Vorschriften und die Arbeitsbedingungen der Branche einhält*.

Artikel 7 der Netzzugangsverordnung (NZV; SR 742.122) verpflichtet das gesuchstellende EVU in diesem Zusammenhang zur Vorlage des Gesamtarbeitsvertrages oder – wo ein solcher fehlt – mindestens zur *Unterbreitung der Angaben über die Löhne, die wöchentliche Arbeitszeit und den Ferienanspruch*.

Identische Bestimmungen wie Artikel 8d Absatz 1 Buchstabe d EBG kennen das Fernmeldegesetz (FMG, SR 784.10) und das Postgesetz (PG, SR 783.0) wie auch das Personenbeförderungsgesetz (PBG, SR 745.1). Im Zusammenhang mit dem Fernmeldegesetz wurden in den Jahren 2003 und 2004 ein Rechtsgutachten der Universität Basel<sup>5</sup> (nachfolgend: Gutachten Uni Basel) und ein Gegengutachten der Universität St. Gallen<sup>6</sup> (nachfolgend: Gutachten HSG) zu Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe c FMG erstellt. Soweit sie überzeugend und für die Beantwortung der sich stellenden Fragen von Nutzen sind, werden die Ergebnisse dieser Gutachten vorliegend berücksichtigt.

#### **Exkurs: Erfüllung der arbeitsrechtlichen Vorschriften**

Im Gegensatz zu den Arbeitsbedingungen der Branche lassen sich die "arbeitsrechtlichen Vorschriften", zu deren Einhaltung Unternehmen, die um Netzzugang ersuchen, verpflichtet sind, relativ einfach fassen. Sie werden daher bereits an dieser Stelle kurz behandelt.

Es handelt sich dabei um zwingende Bestimmungen des schweizerischen Arbeitsrechts. Solche Vorschriften können im Arbeitsgesetz (ArG, SR 822.11), im Obligationenrecht (OR, SR 220) sowie in spezifischen Erlassen (wie z.B. im Bundesgesetz über die Arbeit in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs; AZG, SR 822.21) enthalten sein. Zwingende arbeitsrechtliche Vorschriften sind gemäss Art. 8d Abs. 1 Bst. d EBG von jedem Unternehmen, das um schweizerischen Netzzugang ersucht, einzuhalten. Dies gilt losgelöst vom Hintergrund einer solchen Vorschrift: Die Beachtungspflicht besteht unabhängig davon, ob eine (zwingende) Vorschrift sicherheitsmotiviert ist oder einen sozialen oder anderen Aspekt betrifft. Die Gewährleistung der Einhaltung sämtlicher Vorschriften, die in der Schweiz weder zuungunsten des Arbeitnehmers noch des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers abgeändert werden dürfen, ist mithin als Voraussetzung für die Erteilung des Netzzugangs zu betrachten. Dass es sich dabei um zwingende Normen handeln muss, erscheint selbstverständlich; alle anderen (dispositiven) Vorschriften können vertraglich geändert werden und die "Einhaltung der arbeitsrechtlichen Vorschriften" wäre dennoch gegeben. Auf der anderen Seite zeigt sich darin auch der mangelnde Normierungsgrad der Bestimmung: Zwingende arbeitsrechtliche Vorschriften sind nämlich von jedem Arbeitgeber, der dem

<sup>5</sup> Prof. Dr. Jean Fritz Stöckli, Auelegung des Begriffs "Gewährleistung der Arbeitsbedingungen der Branche gemäss Art. 6 Abs. 1 lit.c des Fernmeldegesetzes – Bericht an das Bundesamt für Kommunikation, 2003

<sup>6</sup> Prof. Dr. Thomas Geiser/ Dr. Kurt Pärli, Rechtsgutachten zu Art. 6 Abs. 1 Bst. c Fernmeldegesetz, 2004

schweizerischen Recht untersteht, einzuhalten. Ihre Erwähnung im Eisenbahngesetz im Zusammenhang mit dem Netzzugang führt daher nicht zu einer zusätzlichen Bedingung, die nur Geltung beansprucht, weil sie Eingang in das Eisenbahngesetz gefunden hat. Sie ist daher vielmehr zu verstehen als Pflicht an die Adresse der Behörden, im Zusammenhang mit dem Netzzugang die Einhaltung der arbeitsrechtlichen Vorschriften zu überprüfen, die Einhaltungspflicht seitens der Arbeitgeber versteht sich wie erwähnt von selbst.

Lohnanforderungen könnten nur dann zu den einzuhaltenden arbeitsrechtlichen Vorschriften gezählt werden, wenn ihnen normativer Charakter zukäme. Das wäre z.B. der Fall im Zusammenhang mit einer allfälligen Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) von Gesamtarbeitsverträgen<sup>7</sup> oder mit dem Erlass eines Normalarbeitsvertrags gemäss Artikel 260a ff. OR. Im nationalen und grenzüberschreitenden Schienengüterverkehr bestehen heute weder ein allgemeinverbindlicher Gesamt- noch ein Normalarbeitsvertrag<sup>8</sup>.

Zwingende arbeitsrechtliche Vorschriften des Schweizer Rechts sind von Unternehmen zu beachten, die diesem Recht unterstehen. Dies trifft für ausländische Unternehmen, die in staatsvertraglich vereinbarter Weise grenzüberschreitende Dienstleistungen im Schienengüterverkehr anbieten, einzig in den Fällen zu, in denen dies durch ein entsprechendes Gesetz vorgesehen ist (vgl. z.B. Art. 1 Arbeitszeitgesetz, AZG, SR 822.21). Das Entsendegesetz (EntsG, SR 823.20) ist auf grenzüberschreitende Schienengüterverkehrsdienstleistungen nicht anwendbar.<sup>9</sup>

## 2.2 Entstehungsgeschichte

Artikel 8d Absatz 1 Buchstabe d EBG hat im Zuge des ersten Schritts der Bahnreform Eingang in die Gesetzesgrundlagen gefunden. Der Bundesrat schlug in der zugrundeliegenden Botschaft<sup>10</sup> vor, dass das Personal einer um Netzzugang ersuchenden Unternehmung zu "landesüblichen Bedingungen" angestellt werden müsse. Er führte in diesem Zusammenhang aus, diese Bestimmung solle "die Unternehmungen verpflichten, das in der Schweiz eingesetzte ausländische Personal zu landesüblichen Bedingungen anzustellen. Es geht dabei um die Verhinderung des sogenannten "Sozialdumpings". Diese Regelung soll ungerechtfertigte Marktvorteile zum Nachteil von schweizerischen Unternehmungen 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)"<sup>11</sup>.

Im Rahmen der parlamentarischen Debatte wurde die bundesrätliche Formulierung nicht übernommen, sondern es wurde – offenbar anlässlich ausgedehnter Grundsatzdiskussionen

---

<sup>7</sup> Vgl. dazu das Bundesgesetz über AVE von Gesamtarbeitsverträgen, SR 221.215.311.

<sup>8</sup> Nicht geprüft wird an dieser Stelle, ob die Voraussetzungen für den Erlass eines Normalarbeitsvertrags vorliegen oder nicht. Im Grundsatz gegen die Möglichkeit des Erlasses eines Normalarbeitsvertrages aufgrund eines grenzüberschreitenden Einsatzes von Lokführern durch ausländische Eisenbahnverkehrsunternehmen zu nicht landesüblichen Löhnen sprechen sich überzeugend JOST/STREIT aus (vgl. Rechtsauskunft, Seiten 31 ff.).

<sup>9</sup> Vgl. dazu die Ausführungen in Abschnitt 7.2, S. 39.

<sup>10</sup> Vgl. BBl 1997 I 909, Botschaft zur Bahnreform

<sup>11</sup> Vgl. BBl. 1997 I 952, Botschaft zur Bahnreform

in den Kommissionen – die bis heute unverändert geltende Formulierung beschlossen: ein um Netzzugang ersuchendes Unternehmen muss dementsprechend die arbeitsrechtlichen Vorschriften und die Arbeitsbedingungen der Branche einhalten.

Der Präsident der ständerätlichen Verkehrskommission (KVF-S) gab anlässlich der Eintretensdebatte im Ständerat zu dieser Bestimmung (als einziges offizielles Votum im Rahmen des Gesetzgebungsprozess) Folgendes zu Protokoll: "Ich möchte nun, wenn Sie damit einverstanden sind, den neuen Buchstaben e von Absatz 2 (Nummerierung wurde im Laufe der Zeit angepasst) begründen: Breiten Raum in der Diskussion nahm die Ergänzung des Buchstabens e ein, wonach eine Klausel gegen das Sozialdumping aufgenommen wird - entsprechend vergleichbaren Gesetzen. 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). Dabei stellt sich sogar die Frage, ob mit dem deutschen Modell, nämlich durch diese Quersubventionierung, nicht das Kriterium der Nichtdiskriminierung gemäss EU-Richtlinie unterlaufen wird. Die Kommission ist der Meinung, dass hier auch international ein gewisser Klärungs- und Handlungsbedarf besteht. Wir haben letzte Woche eine Delegation des deutschen Verkehrsausschusses bei uns gehabt, welche eine diesbezügliche Absicht bestritten hat; das Faktum der Quersubventionierung bleibt aber natürlich bestehen. Zum Vergleich: Die EU-Entsendungsrichtlinie enthält zahlreiche Bestimmungen vor allem zum Schutz der Mitarbeiter. Ich nenne sie nur stichwortartig: Höchstarbeitszeiten und Mindestruhezeiten, bezahlter Mindestjahresurlaub, Mindestlohnansätze einschliesslich der Überstundensätze, Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften, insbesondere durch Leiharbeitsunternehmungen, Sicherheit, Gesundheitsschutz und Hygiene am Arbeitsplatz, Schutzmassnahmen im Zusammenhang mit den Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen von Schwangeren, Wöchnerinnen, Kindern und Jugendlichen, Gleichbehandlung von Männern und Frauen sowie andere Nichtdiskriminierungsbestimmungen. Soweit zu diesem für das Personal nicht unwichtigen Absatz"<sup>12</sup>.

Die Protokolle der Verkehrskommissionen sind nicht öffentlich zugänglich und können daher auch nicht als Grundlage der historischen Auslegungsmethode herangezogen werden. Auch wenn das Votum Daniöth leider die gewünschte Klarheit vermissen lässt, erscheint es doch unzweifelhaft, dass der Gesetzgeber durch die bewusste Anpassung von den "landesüblichen" zu den "branchenüblichen" Bedingungen darauf abzielte, bei der Gewährung des Netzzuganges auch die Bedingungen ausländischer Eisenbahnverkehrsunternehmen zu

---

<sup>12</sup> Amtliches Bulletin - Ständerat, Herbstsession 1997, 7. Sitzung vom 1.10.1997, Seite 873; kursive Klammerbemerkung durch die Studienverfasser.

berücksichtigen und nicht das "landesübliche" nationale Mass als "Zugangsbarriere" festzulegen, wie dies der Bundesrat vorgesehen hatte.

### 2.3 Aktueller Vollzug durch das BAV

Heute lässt sich das BAV im Rahmen von Netzzugangsgesuch einen Gesamtarbeitsvertrag vorlegen oder verlangt, wenn ein solcher fehlt, die Arbeitsverträge bzw. Angaben über die Löhne, Arbeits- und Ruhezeiten sowie die Ferienansprüche der Triebfahrzeugführenden.

Es wird sodann ein (rudimentärer) Benchmarkvergleich mit anderen schweizerischen Eisenbahnverkehrsunternehmen vorgenommen, wobei keine eindeutigen Kriterien festgelegt sind, wann eine nicht tolerierbare Abweichung vorliegt. Eine Unterscheidung nach allfällig unterschiedlichen Branchen wird dabei nicht gemacht. Es ist in der Vergangenheit offenbar noch nie vorgekommen, dass die branchenüblichen Arbeitsbedingungen von Eisenbahnverkehrsunternehmen, die um Netzzugang ersuchen, anhand dieser Prüfung als nicht eingehalten eingestuft werden mussten.

Eine Unterscheidung zwischen den Branchen Binnenschienengüterverkehr und grenzüberschreitender Schienengüterverkehr wurde vom BAV bisher nicht vorgenommen.

#### **Exkurs: Praxis der angrenzenden Staaten Deutschland und Italien**

Im Rahmen von telefonischen Interviews mit den verantwortlichen Behördenvertretern von Deutschland und Italien wurde den Verfassern der Studie bestätigt, dass im Rahmen der Netzzugangserteilung in diesen Ländern keine Prüfung der Löhne oder sonstigen Arbeitsbedingungen vorgenommen werden. Während in Deutschland Fragen dieser Art in die Verantwortung der Gewerbeaufsicht fielen, seien in Italien aufgrund der starken Gewerkschaften und der bestehenden Gesamtarbeitsverträge die Lohnniveaus (und übrigen Arbeitsbedingungen) im Rahmen der Sozialpartnerschaften reguliert.

Es ist im Ergebnis davon auszugehen, dass weder eine deutsche noch eine italienische Netzzugangsbewilligung eine Gewähr für die Einhaltung von Arbeitsbedingungsstandards bieten.

### 3 Vorgehenskonzept

Der Sinngehalt des Begriffs der branchenüblichen Arbeitsbedingungen im Kontext der fraglichen Gesetzesbestimmung ist nicht ohne Weiteres klar zu fassen. Der Grund hierfür liegt im Umstand, dass weder der Gesetz- noch der Verordnungsgeber sich im Detail dazu äussern, obschon identische Bestimmungen – wie gesehen – in verschiedene Gesetze Eingang gefunden haben<sup>13</sup>. Auch die Rechtsprechung schweigt sich über die Definition der branchenüblichen Arbeitsbedingungen in diesem Zusammenhang aus, da es dazu bisher keine Entscheidung zu fällen gab.

Wie alle Gesetzesbestimmungen sind auch die Artikel des Eisenbahngesetzes gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung im Rahmen eines (pragmatischen) Methodenpluralismus auszulegen.<sup>14</sup> Ausgangspunkt jeder Auslegung ist der Wortlaut. Vom Wortlaut kann abgewichen werden, wenn triftige Gründe für die Annahme bestehen, dass er nicht den wahren Sinn der Vorschrift wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte, aus Sinn und Zweck der Norm oder aus dem Zusammenhang mit anderen Gesetzesbestimmungen ergeben. Das Bundesgericht hat sich bei der Auslegung von Erlassen stets von einem Methodenpluralismus leiten lassen".

Der Wortlaut einer Bestimmung ist mithin Ausgangspunkt für die Auslegung, für sich alleine indessen nicht massgebend.

Basierend auf dem *Wortlaut* der Bestimmung, die Ausgangspunkt ihrer Interpretation bildet, ist ihr Sinn – insbesondere im Bereich des Verwaltungsrechts<sup>15</sup> – unter Anwendung der *teleologischen* Auslegung (was soll mit einer Norm bezweckt werden?), der *geltungszeitlichen* (wie ist eine Norm aus heutiger Sicht sinnvollerweise zu verstehen) sowie der *historischen* Auslegung (was war die Absicht des Gesetzgeber hinter einer Norm?) zu ermitteln.

Der Wortlaut der Bestimmung, wonach die Einhaltung der arbeitsrechtlichen Vorschriften sowie der branchenüblichen Bedingungen von einem um Netzzugang ersuchenden Unternehmen verlangt wird, erscheint auf den ersten Blick nicht besonders komplex. Bei näherer Betrachtung stellt sich die Frage, was unter den "branchenüblichen Arbeitsbedingungen" zu verstehen ist. Während noch klar erscheint, dass die Einhaltung der arbeitsrechtlichen Vorschriften sich aufgrund der Gesetzgebungshoheit der Schweiz ausschliesslich auf das schweizerische Recht beziehen kann, gestaltet sich die Auslegung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen bzw. die Bestimmung der Kriterien der Branchenüblichkeit als weniger eindeutig.

---

<sup>13</sup> Vgl. dazu beispielsweise das Personenbeförderungsgesetz (PBG, SR 745.1, Art. 9 Abs. 2 Bst. c), das Fernmeldegesetz (FMG, SR 784.10, Art. 6 Bst. c) oder das Postgesetz (PG, SR 783.0, Art. 4 Abs. 3 Bst. c).

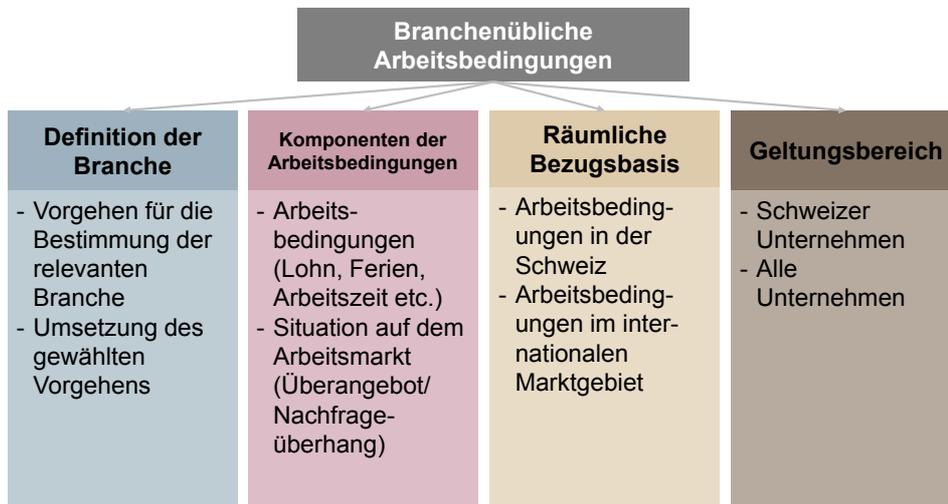
<sup>14</sup> Vgl. dazu statt vieler BGE 131 II 13 Erw. 7.1: "Ziel der Auslegung ist die Ermittlung des Sinngehalts der Bestimmung.

<sup>15</sup> Vgl. dazu z.B. TSCHANNEN PIERRE/ ZIMMERLI ULRICH, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Auflage, Bern 2005, § 25, Rz. 5 ff.

Um der zugrundeliegenden Komplexität Rechnung zu tragen, wird die Auslegung der Vorschrift zur "Einhaltung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen" im Eisenbahngesetz in die folgenden vier Teilfragen aufgeteilt (vgl. Abbildung 3-1):

- Welches ist die relevante Branche auf die sich die Arbeitsbedingungen beziehen sollen (Definition der Branche)?
- Welches sind die relevanten Komponenten der Arbeitsbedingungen an denen die Üblichkeit beurteilt werden soll (Komponenten der Arbeitsbedingungen)?
- Auf welche räumliche Bezugsbasis sollen sich die branchenüblichen Arbeitsbedingungen beziehen (räumliche Bezugsbasis)?
- Für welche Unternehmen sind die branchenüblichen Arbeitsbedingungen anwendbar (Anwendbarkeit)?

**Abbildung 3-1: Analysekonzept**



Das in Abbildung 3-1 dargestellte Analysekonzept führt zur folgenden Vorgehensweise:

- **Definition der Branche:** Für die Definition der relevanten Branchen wird zunächst geklärt, welche Methode aus rechtlicher Sicht für die Bestimmung der relevanten Branche verwendet werden soll. In einem zweiten Schritt wird dann die vorliegend relevante Branche anhand der gewählten Methode aus ökonomischer Sicht definiert.
- **Komponenten der Arbeitsbedingungen:** Welches sind überhaupt die relevanten Kriterien der Arbeitsbedingungen im Lichte der fraglichen Bestimmung? Zur Beantwortung dieser Frage wird als Erstes eine Auslegeordnung der möglichen Elemente der Arbeitsbedingungen erstellt. Anschliessend wird aufgezeigt, ob sich in Bezug auf Artikel 8d Absatz 1 Buchstabe d EBG Kriterien zur Herleitung der relevanten Komponenten für die Bestimmung der Arbeitsbedingungen finden lassen. Darüber wird aus ökonomischer Sicht geklärt, inwieweit die Situation auf dem Arbeitsmarkt diese Bedingungen beeinflusst.

- Räumliche Bezugsbasis: Für die Definition der räumlichen Bezugsbasis muss geklärt werden, ob sich die branchenüblichen Arbeitsbedingungen auf die Arbeitsbedingungen in der Schweiz oder (auch) auf die Arbeitsbedingungen im Ausland beziehen sollen. Hierzu werden zwei Möglichkeiten für die Wahl der räumlichen Bezugsbasis aufgezeigt sowie deren Auswirkungen dargelegt. Anschliessend wird im Rahmen der rechtlichen Auslegung die Frage beantwortet, welche Bezugsbasis als relevant zu betrachten ist.
- Geltungsbereich: Der Geltungsbereich einer Rechtsbestimmung bestimmt, von wem sie beachtet und eingehalten werden muss. In diesem Zusammenhang ist die Frage zu beantworten, ob Artikel 8d Absatz 1 Buchstabe d EBG nur für Unternehmen mit Sitz in der Schweiz oder auch für Unternehmen mit Sitz in der EU anwendbar ist.

## 4 Definition der Branche

### 4.1 Rechtliche Ausgangslage

Der Sinngehalt des Begriffs der "branchenüblichen Arbeitsbedingungen" ist nicht ohne Weiteres erkennbar. Aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung bzw. ihrer Aufnahme im Eisenbahngesetz erscheint immerhin klar, dass nicht ein ausschliesslich nationaler Fokus anzuwenden ist, hat doch der Gesetzgeber explizit und offenbar nach intensiven Diskussionen eine Abänderung des bundesrätlichen Vorschlags der Einhaltung der "landesüblichen Bedingungen" beschlossen. Dabei war er sich offensichtlich durchaus bewusst, dass wesentliche Lohnunterschiede zum Ausland bestehen.<sup>16</sup>

Die branchenüblichen Arbeitsbedingungen werden vom Gesetz- oder Verordnungsgeber nicht explizit definiert, obwohl deren Einhaltung in verschiedenen Gesetzen vorgeschrieben ist, so z.B. im Personenbeförderungsgesetz<sup>17</sup>, im Fernmeldegesetz<sup>18</sup> oder im Postgesetz<sup>19</sup>. Auch die Rechtsprechung schweigt sich über die Definition der branchenüblichen Arbeitsbedingungen in diesen gesetzlichen Zusammenhängen aus. Im Unterschied zum Eisenbahngesetz bzw. der Netzzugangsregulierung stehen in den anderen Bereich aber ausschliesslich nationale Dienstleistungen im Fokus.

Im Rahmen des kollektiven Arbeitsrechts kann die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Begriffsbestimmung der "Branche" aber herangezogen werden: *"Der Begriff des Wirtschaftszweiges lässt sich nicht ein für allemal in einem bestimmten Sinne definieren. Er kann je nach den Umständen des Einzelfalles ein weiteres oder ein engeres Spektrum von Betrieben umfassen. Ausgangspunkt ist das betriebliche Spektrum, das die Mitglieder der als Vertragsparteien auftretenden Arbeitgeberverbände verkörpern. Dieses Spektrum bildet den natürlichen Anwendungsbereich des GAV, den die AVE nicht erweitern kann (vgl. ZK-Vischer, OR 356b N 123; Bigler, 71). Der BR geht deshalb in seiner Praxis zur AVE seit jeher davon aus, dass die Betriebe, für die ein GAV allgemeinverbindlich erklärt wird, Erzeugnisse oder Dienstleistungen gleicher Art anbieten müssen wie Betriebe, die am GAV beteiligt sind. Es muss mithin ein direktes Konkurrenzverhältnis zu solchen Betrieben vorliegen (Auskunft des BIGA vom 2. April 1970, ARV 1971 21 f.). Diese Praxis verdient Zustimmung. Sie trägt auch dem Gesichtspunkt der verfassungskonformen Auslegung von BG AVE 1 I Rechnung, indem sie sicherstellt, dass direkte Konkurrenten in ihrer Handels- und Gewerbefreiheit gleichmässig eingeschränkt werden und im wirtschaftlichen Wettbewerb gleich lange Spiesse erhalten (BV 31 I, 34 I lit. c, 34 II)".*<sup>20</sup>

---

<sup>16</sup> vgl. dazu die Ausführungen zur Entstehungsgeschichte in Abschnitt 2.2, S. 11.

<sup>17</sup> Vgl. Art. 9 Abs. 2 Bst. c.

<sup>18</sup> Vgl. Art. 6 Bst. c FMG.

<sup>19</sup> vgl. Art. 4 Abs. 3 Bst. c PG.

<sup>20</sup> Bundesgerichtsentscheid vom 11. Oktober 1997 S. 274 f., JAR 1997

Die richterliche Definition des Branche im Bereich des kollektiven Arbeitsrechts, das grundsätzlich ja den Arbeitnehmer im Fokus hat, erfolgt aus Unternehmenssicht: Nicht zu welchem Unternehmen ein einzelner Arbeitnehmer mit seiner Ausbildung wechseln könnte, bestimmt nach diesen Grundsätzen die Grenzen einer Branche, sondern massgebend ist der Wettbewerb der Arbeitgeber (Unternehmen). Zum sinngemäss gleichen Ergebnis gelangt das Gutachten der Uni Basel. Diese Ansicht überzeugt: Welche Unternehmen zu einer Branche gehören, definiert sich anhand der angebotenen Produkte oder Dienstleistungen. Werden durch ein Unternehmen – im Vergleich zu einem anderen Unternehmen – vergleichbare Produkte oder Dienstleistungen im gleichen Markt angeboten, ist die Zugehörigkeit zur selben Branche zu bejahen, andernfalls nicht.

EVU zeichnen sich vorab dadurch aus, dass sie Traktionsdienstleistungen erbringen. Darüber hinaus bieten EVU im Markt aber meist auch andere Dienstleistungen an. Im Rahmen der ökonomischen Analyse der Branche ist daher zu klären, welche durch die EVU im (Gütertransport-)Markt angebotenen Leistungen miteinander im Wettbewerb stehen. Dabei sind auch die rechtlichen Voraussetzungen des Marktzugangs zu berücksichtigen.

Das Landverkehrsabkommen<sup>21</sup> legt in Artikel 24 in Verbindung mit den einschlägigen Richtlinien gemäss Anhang 4<sup>22</sup> die Zugangs- und Transitrechte im Schienengüterverkehrsmarkt zwischen den Schweiz und den Mitgliedstaaten der EU fest. Es gilt Folgendes: Der nationale Markt bleibt heute nach wie vor ausschliesslich EVU mit Sitz in der Schweiz vorbehalten. Lediglich der grenzüberschreitende Verkehr steht ausländischen EVU offen steht. Dabei wird jedoch unterschieden zwischen Dienstleistungen im grenzüberschreitenden kombinierten Verkehr, die grundsätzlich vollständig liberalisiert sind und den grenzüberschreitenden Dienstleistungen im konventionellen Schienengüterverkehr, deren Erbringung ausländischen EVU im Rahmen einer internationalen Gruppierung<sup>23</sup> erlaubt ist. Der Umfang solcher konventioneller Schienengüterverkehrsleistungen bestimmt sich nach der Zusammensetzung dieser Gruppierungen: Es bestehen Zugangs- und Transitrechte in Mitgliedstaaten (einschliesslich der vertraglich gleich behandelten Schweiz), die Sitzländer der EVU solcher Gruppierungen bilden. Betreffend Mitgliedstaaten (einschliesslich der vertraglich gleich behandelten Schweiz), die nicht Sitzland einer EVU einer solchen Gruppierung bildet, besteht lediglich ein Transitrecht für Transporte zwischen zwei Staaten, die Sitzländer der EVU der Gruppierung bilden.

---

<sup>21</sup> Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse vom 21. Juni 1999 (SR 0.740.72).

<sup>22</sup> Dabei handelt es sich um die Richtlinien 91/440/EWG, 95/18/EG und 95/19/EG in den ursprünglichen Fassungen, da spätere Anpassungen nicht automatisch von der Schweiz übernommen wurden.

<sup>23</sup> Bestehend aus EVU unterschiedlicher Mitgliedstaaten und/oder der Schweiz

Heute bestehen für die Abwicklung von grenzüberschreitenden Schienengüterverkehrstransporten grundsätzlich fünf Produktionsmodelle:<sup>24</sup>

- *Kooperationsmodell*: Internationale Schienentransporte werden aufgeteilt in nationale Teilstrecken; internationale Gruppierungen mit EVU unterschiedlicher Nationalitäten betreiben die Züge, die beteiligten EVU operieren dabei jeweils auf ihrem eigenen Territorium. Dieses Modell kommt nach wie vor am häufigsten vor.
- *Konzernmodell*: Eine EVU organisiert grenzüberschreitende Züge mithilfe ihrer ausländischen Tochterunternehmen
- *Produktionsgesellschaftsmodell*: Zusammenschluss von EVU verschiedener Nationalitäten; z.B. Sibelit.<sup>25</sup>
- *Kundengesteuertes Produktionsmodell*: Einsatz von verschiedenen EVU im grenzüberschreitenden Schienengüterverkehr, der vom End-Kunden gesteuert wird
- *Speditionsgesteuertes Produktionsmodell*: Einsatz von EVU im grenzüberschreitenden Schienengüterverkehr, der vom Spediteur gesteuert wird.

Weder die europäischen Richtlinien noch die Rechtsprechung definieren, wann eine internationale Gruppierung vorliegt.<sup>26</sup> Mangels einschränkender Vorgaben ist davon auszugehen, dass eine Gruppierung sowohl vertraglich wie auch gesellschaftsrechtlich gebildet werden kann und diesbezüglich keine besonderen Formvorschriften zu beachten sind.

Sämtliche tatsächlich vorkommenden Modelle sind daher in gleicher Weise berechtigt, die Zugangs- und Transitrechte internationaler Gruppierungen in Anspruch zu nehmen. Streng genommen sind die Kooperationsmodelle, die heute immer noch vorherrschend sind, aufgrund der jeweils nationalen Traktionsleistungen grundsätzlich gar nicht auf die Zugangs- und Transitrechte gemäss den einschlägigen Richtlinien angewiesen. Dennoch erscheint offensichtlich, dass alle Modelle miteinander in direktem Wettbewerb stehen, untereinander substituierbar sind und damit im Lichte der Netzzugangsregulierung derselben Branche zuzurechnen sind.

---

<sup>24</sup> Diese Informationen entstammen einem Gespräch mit der für den Güterverkehr verantwortlichen Person der Trasse Schweiz AG.

<sup>25</sup> Sibelit (Société pour l'itinéraire Benelux, Lorraine, Italie) SA ist eine luxemburgische Gesellschaft, die von den vier Güterbahnen B Cargo, SCNF Fret, CFL und SBB Cargo gegründet wurde mit dem Ziel auf der Nord-Süd-Achse Antwerpen Basel (-Milano) die Qualität im Schienengüterverkehr zu verbessern.

<sup>26</sup> Vereinzelt nehmen nationale Gesetzgebungen den Begriff auf: Vgl. z.B. § 1d des österreichischen Eisenbahngesetzes, der ausführt: " Eine internationale Gruppierung ist die Verbindung von mindestens zwei Eisenbahnverkehrsunternehmen, deren Tätigkeit nicht ausschließlich auf den Stadt-, Vorort- oder Regionalverkehr beschränkt ist und deren Sitz in verschiedenen Staaten liegt, zum Zweck der Erbringung grenzüberschreitender Eisenbahnverkehrsleistungen zwischen diesen Staaten. Diese Staaten können Mitgliedstaaten der Europäischen Union, Vertragsparteien des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder die Schweizerische Eidgenossenschaft sein."

## 4.2 Ökonomische Analyse der Branchen

### 4.2.1 Einleitende Bemerkungen

Die Analyse der rechtlichen Ausgangslage<sup>27</sup> hat gezeigt, dass für die Festlegung der Branchenzugehörigkeit die Frage nach dem Wettbewerb zwischen den Unternehmen zu beantworten ist. Dabei gilt für die Zuteilung der Unternehmen zu einzelnen Branchen folgender Grundsatz: Wer die gleiche oder miteinander konkurrierende Leistungen im Markt anbietet, kann aus rechtlicher Sicht der gleichen Branche zugeordnet werden. Dabei geht es aus rechtlicher Sicht um die Leistungen, die von den Unternehmen am Markt angeboten werden (und nicht um den Arbeitsmarkt für Lokführer). Für die Bestimmung der Branche ist somit festzulegen, welche Leistungen substituierbar sind und somit zueinander im Wettbewerb stehen. Die konkrete Festlegung derjenigen Leistungen, die noch als ähnlich bzw. substituierbar betrachtet werden und somit im Wettbewerb zueinander stehen hat weitreichende Konsequenzen, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen:

- Werden die Anforderungen an die Vergleichbarkeit der Produkte und Dienstleistungen sehr eng gefasst, ist die Anzahl der Unternehmen, die zur gleichen Branche gehören, selbstverständlich geringer, als wenn die Anforderungen an die Vergleichbarkeit verhältnismässig weit interpretiert werden. Bei einem zu engen Verständnis der Vergleichbarkeit besteht insbesondere die Gefahr, dass Unternehmen (mit allenfalls tieferen Lohnstrukturen) nicht in den Vergleich von branchenüblichen Arbeitsbedingungen einbezogen werden, obwohl sie mit ihren Dienstleistungen eigentlich in mittelbarer Konkurrenz zu den Unternehmen in der eng definierten Branche stehen. In diesem Fall würden den Unternehmen in der eng definierten Branche Arbeitsbedingungen vorgeschrieben, die sie im Wettbewerb gegenüber Unternehmen benachteiligen, die nicht in den Branchenvergleich einbezogen wurden.
- Umgekehrt besteht bei zu weit gefassten Anforderungen an die Vergleichbarkeit der Leistungen die Gefahr, dass Unternehmen (mit allenfalls tiefen Lohnstrukturen) in den Branchenvergleich einbezogen werden, obwohl sie eigentlich gar kein Produkt anbieten, welches in Konkurrenz zu Produkten in der weitergefassten Branche steht. In diesem Fall könnte sich ein unerwünschtes Lohndumping ergeben.

Die Zusammenhänge zwischen den Arbeitsbedingungen und der Definition der Branchen werden klarer, wenn man sie an einem fiktiven Beispiel erläutert.<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> Vgl. die Ausführungen in Abschnitt 4.1, S. 17

<sup>28</sup> Vgl. dazu den nachfolgenden Exkurs.

**Exkurs: Branchenübliche Arbeitsbedingungen in der fiktiven Schuhbranche**

Angenommen in der Schweiz gibt es drei Unternehmenstypen: Unternehmen die Wanderschuhe herstellen, Unternehmen, die Laufschuhe produzieren und Unternehmen, die sich auf die Herstellung von Flipflopschuhen konzentrieren. Zudem lässt sich im Arbeitsmarkt folgende Differenzierung der Löhne beobachten:

- Wanderschuhmacher erhalten einen Lohn von 3 Einheiten pro Stunde
- Laufschuhmacher erhalten einen Lohn von 2 Einheiten pro Stunden
- Flipflopschuhmacher erhalten einen Lohn von 1 Einheit pro Stunde

Steht man vor der Aufgabe, in diesem Markt die branchenüblichen Arbeitsbedingungen für die Herstellung von Schuhen festzulegen, so hängt das Ergebnis massgeblich von der Abgrenzung der Branche ab:

- Wanderschuhe sind hochwertige Schuhe mit einem groben Profil und Knöchelschutz. Sie eignen sich – im Gegensatz zu den anderen Schuhtypen – hervorragend für Wanderungen im Gebirge. Wenn nur Wanderschuhe bei einer engen Definition zur Branche gezählt werden, würden die minimalen Arbeitsbedingungen einem Lohn von 3 Einheiten pro Stunde entsprechen.
- Laufschuhe haben keinen Knöchelschutz und eignen sich v.a. für Laufsportarten. Eine leichte Wanderung kann man mit Laufschuhen aber durchaus bewältigen und auch eine Bergtour wäre machbar. Würden auch Laufschuhmacher zur Branche gezählt, würden die minimalen Arbeitsbedingungen einem Lohn von 2 Einheiten pro Stunde entsprechen. Die minimalen Arbeitsbedingungen wären folglich 1 Einheit pro Stunde tiefer als bei einer ganz engen Definition der Branche anhand der Wanderschuh-Produzenten.
- Flipflops eignen sich insbesondere für den Spaziergang am Strand. Für eine lange Wanderung sind sie ungeeignet. Mit gutem Willen und Trittsicherheit kann man aber auch eine Wanderung mit Flip Flops bewältigen. Zählt man in einer (sehr) weiten Definition der Branche „Schuhe“ auch die Hersteller von Flipflops dazu, so würden die minimalen Arbeitsbedingungen in der Branche einem Lohn von 1 Einheit pro Stunde entsprechen. Sie lägen somit 2 Einheiten tiefer als bei der engen Definition der Branche anhand der Wanderschuhhersteller.

#### 4.2.2 Definition der Branche im Schienengüterverkehr

Die Abgrenzung einer Branche muss wegen ihrer Bedeutung sorgfältig vorgenommen werden. Dazu ist eine systematische Analyse des (Schienen-)Güterverkehrsmarktes erforderlich, die aufzeigt, welche Leistungen zueinander in Konkurrenz stehen. Ausgangspunkt für diese Analyse bildet die allgemeine Systematik der Wirtschaftszweige.

##### a) Allgemeine Systematik der Wirtschaftszweige

Die allgemeine Systematik der Wirtschaftszweige (NOGA)<sup>29</sup> unterscheidet im Rahmen einer Top-Down-Betrachtung folgende hierarchische Klassifizierungsstufen:

- Abschnitte
- Abteilung
- Gruppe
- Klasse
- Art

Mit der Systematik der NOGA gelingt es, die Unternehmen aufgrund ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zu klassieren und in eine übersichtliche und einheitliche Gruppierung zu bringen.<sup>30</sup>

Gemäss NOGA-Kategorisierung wird der Schienengüterverkehr der Gruppe „Güterbeförderung im Eisenbahnverkehr“ (Nr. 492) zugeordnet. Diese Gruppe umfasst sämtliche Güterbeförderung mit Schienenfahrzeugen auf Hauptverkehrsnetzen und Nebenstrecken des Frachtverkehrs und lässt sich wie folgt in die NOGA-Hierarchie einordnen:<sup>31</sup>

- Der Schienengüterverkehr gehört zum **Abschnitt Verkehr und Lagerei** (Abschnitt H): Dieser Abschnitt umfasst die Personen- und Güterbeförderung im Linien- und Gelegenheitsverkehr auf Schienen, in Rohrfernleitungen auf der Strasse, zu Wasser in der Luft sowie damit verbundene Tätigkeiten wie Betrieb von Bahnhöfen, Häfen und Flughäfen, Parkplätzen und Parkhäusern sowie Frachtumschlag, Lagerei usw. Es können folgende Abteilungen unterscheiden werden:
  - Landverkehr und Transport in Rohrfernleitungen (Abteilung 49)
  - Schifffahrt (Abteilung 50)
  - Luftfahrt (Abteilung 51)
  - Lagerei sowie Erbringung von sonstigen Dienstleistungen für den Verkehr (Abteilung 52)
  - Post-, Kurier- und Expressdienste (Abteilung 53)

---

<sup>29</sup> Nomenclature Générale des Activités économiques, Vgl. BFS (2008), NOGA 2008. Allgemeine Systematik der Wirtschaftszweige. Einführung. S. 6.

<sup>30</sup> Vgl. BFS (2008), NOGA 2008. Allgemeine Systematik der Wirtschaftszweige. Einführung. S. 6.

<sup>31</sup> Vgl. BFS (2008), NOGA 2008. Allgemeine Systematik der Wirtschaftszweige. Erläuterungen. S. 154ff.

- Hierarchisch eine Stufe tiefer kann der Güterverkehr der **Abteilung Landverkehr (und Transport in Rohrfernleitungen)** (Abteilung 49) zugeordnet werden. Die Abteilung Landverkehr enthält folgende Gruppen:
  - Personenbeförderung im Eisenbahnfernverkehr (491)
  - Güterbeförderung im Eisenbahnverkehr (492)
  - Sonstige Personenbeförderung im Landverkehr (493)

Eine weitere Unterteilung in Klassen und Genre erfolgt für die Güterbeförderung im Schienenverkehr innerhalb der NOGA-Kategorisierung nicht.

Es ist zu prüfen, ob die Gruppe „Güterbeförderung im Eisenbahnverkehr“ für unsere Zwecke in weitere Teilbranchen zu unterteilen ist. Hierzu ist die Konkurrenzsituation im Güterverkehrsmarkt vertieft zu untersuchen. Wir orientieren uns hierzu am Konzept der horizontalen und der vertikalen Marktsegmentierung:

- Bei der vertikalen Segmentierung wird geprüft, ob die Güterbeförderung im Eisenbahnverkehr in einzelne Fertigungsstufen unterteilt werden kann.
- Für die horizontale Segmentierung werden die Leistungen der gleichen Fertigungsstufe in unterschiedliche Produkte geteilt. Die Unterteilung in einzelne Produkte kann beispielsweise abhängig von geografischen Kriterien (national, international) oder vom Endprodukt (Ganzzüge, Einzelwagenladungsverkehr) vorgenommen werden.

#### **b) Vertikale Segmentierung: Die Fertigungsstufen im Schienengüterverkehr**

Bei der vertikalen Segmentierung wird die Branche nach Fertigungsstufen unterteilt bzw. nach den für die Herstellung des Endproduktes notwendigen Produktionsstufen. Folgende Fertigungsstufen können im Schienengüterverkehr unterschieden werden:<sup>32</sup>

- Versorgung mit Rollmaterial, Lokomotiven und Lokführer: Damit ein Gut überhaupt auf der Schiene transportiert werden kann, müssen genügend Rollmaterial und Lokomotiven in gutem Zustand sowie fahrberechtigter Lokführer verfügbar sein. Die Bereitstellung von Lokomotiven und Rollmaterial sowie deren Wartung kann entweder von externen Dienstleistern, wie zum Beispiel MRCE-Dispolok (Lokomotiven), Transwagon (Rollmaterial) oder MEV Schweiz AG (Lokführer) eingekauft werden. Oder sie werden von integrierten EVU eigenständig erbracht, wie dies beispielsweise mehrheitlich bei SBB Cargo der Fall ist. Denkbar sind auch Mischvarianten, welche auf dem Rollmaterial den flexiblen Einsatz von Lokomotiven und Lokführern gewährleisten.
- Traktionsleistung: Unter der Traktionsleistung wird die eigentliche Bahnproduktion verstanden, also das Fortbewegen des Zuges von A nach B. Dies beinhaltet die Organisation des Lokführers und der Lokomotive. Die Unternehmen, welche in dieser Fertigungsstufe aktiv sind, nennt man Traktionäre. Sie müssen über eine Netzzugangsbewilligung verfügen.

---

<sup>32</sup> Die Definition erfolgte in Anlehnung an SBB (2010), Innovatives Geschäftsmodell für neue Cargo-Bahn, Folie 8.

- **Transportleistung:** Die Transportleistung wird von den Operateuren erbracht. Diese erwerben die notwendige Traktion, organisieren die Trassen und können ihren Kunden eine integrierte Serviceleistung für den Gütertransport auf der Schiene von A nach B anbieten.
- **Logistikleistung:** Die Logistikleistung umfasst das Angebot von kompletten Transportketten (inkl. Umschlag und Lagerei) vom Verloader bis zum Endkunden, die nicht zwingend über einen Bahnanschluss verfügen müssen.

Während einzelne Unternehmungen, wie zum Beispiel RailCare, in sämtlichen Fertigungsstufen tätig sind, konzentrieren sich andere Unternehmen, wie zum Beispiel SBB Cargo International, im Wesentlichen auf die Erbringung von Traktionsleistungen. Trotz des unterschiedlichen Engagements der Unternehmen in der Branche „Güterbeförderung im Eisenbahnverkehr“ stehen die einzelnen Fertigungsstufen nicht in direkter Konkurrenz zueinander. Es handelt sich um einzelne Produktionsstufen, die nicht substituierbar sind. Da die Netzzugangsbewilligung einzig für die Erbringung der Traktionsleistung notwendig ist, beschränkt sich die relevante Branche auf die Erbringung der Traktionsleistung.

**Exkurs: Wieso bildet nicht der gesamte Landverkehr (Strasse und Schiene) eine Branche im Sinne der eisenbahnrechtlichen Netzzugangsbestimmungen?**

Bei der Definition der Branche stehen die Leistungen, die zu einander in Konkurrenz stehen, im Fokus. Dabei ist die Perspektive des Kunden der Leistung entscheidend. Bei der Betrachtung des Schienengüterverkehrs steht regelmässig nicht der Endverbraucher, der ein konkretes Transportbedürfnis hat, im Fokus, sondern der Kunde der angebotenen Dienstleistung des EVU, d.h. wer eine Traktionsdienstleistung nachfragt. Dieser kann sich entscheiden, welches EVU seinen Zug führen soll. Obwohl es beispielsweise dem Endkunden, der ein Transportbedürfnis hat, egal sein kann, wie seine Fracht befördert wird (auf der Schiene, dem Wasser, der Strasse oder in beliebiger Kombination der verschiedenen Verkehrsträger), steht ein EVU nicht im direkten Wettbewerb mit einer Strassentransportunternehmung bzw. höchstens dann, wenn es nicht nur als Traktionsdienstleister, sondern beispielsweise als Operateur eines kombinierten Zugsangebotes im Markt auftritt. Dabei handelt es sich aber um ein anderes Produkt als die charakteristische Traktionsdienstleistung eines Eisenbahnverkehrsunternehmens, die ausschliessliche Voraussetzung für den Netzzugang bildet. Der Traktionsdienstleister und das Strassentransportunternehmen gehören daher nicht der gleichen Branche an, weil sie nicht in direktem Wettbewerb zueinander stehen.

Selbstverständlich erscheint klar, dass der Schienengüterverkehr (hier verstanden als alle Produktionsstufen umfassender Transport eines Gutes von A nach B) letztlich in Konkurrenz mit dem Strassengüterverkehr steht. Wenn also innerhalb einer Produktionsstufe des Schienenverkehrs (z.B. für die Traktionäre) die Arbeitsbedingungen festgelegt werden, kann dies durchaus Auswirkungen auf die Wettbewerbsfähigkeit der alle Produktionsstufen umfassenden Schienentransporte im Vergleich zu den Strassentransporten haben. Auf diese Zusammenhänge werden wir in Kapitel 6.1 nochmals zurückkommen. Im Zusammenhang mit der Netzzugangsthematik hat dieser Gesamtmarktaspekt aber keine eigenständige Bedeutung zur Definition der relevanten Branche.

### c) Horizontale Segmentierung: Die Definition von unterschiedlichen Produkten

Bei der horizontalen Segmentierung wird die Güterbeförderung im Eisenbahnverkehr nach einzelnen Produkten gegliedert. Dabei kann einerseits unterschieden werden zwischen der Traktionsleistung für Ganzzüge und der Traktionsleistung für Einzelwagenladungsverkehre. Bei diesen beiden Transportleistungen unterschieden sich die Traktionsleistungen wie folgt:

- Das Führen von Ganzzügen umfasst die Traktionsleistung eines ganzen Zuges von A nach B. Beispielsweise das Führen von Zügen zwischen zwei Terminals des kombinierten Verkehrs oder das Führen von Zügen zwischen Quell- und Zieldestination.
- Der Einzelwagenladungsverkehr umfasst den Transport von Gütern in einzelnen Eisenbahnwagen oder innerhalb von Wagengruppen, die vom Umfang her kleiner sind als ein Ganzzug. Zur Traktionsleistung im Einzelwagenladungsverkehr gehört auch die Feinverteilung der Eisenbahnwagen mit einem hohen Rangieranteil.

Beim Führen von Ganzzügen und dem Führen von Zügen im Einzelwagenladungsverkehr handelt es sich um unterschiedliche Produkte, die nicht vollständig substituierbar sind und zueinander nicht unmittelbar in Konkurrenz stehen. Zwar könnte das Bedürfnis nach dem Führen eines Ganzzuges allenfalls auch im System des Einzelwagenladungsverkehrs untergebracht werden, nicht aber umgekehrt. Der Einzelwagenladungsverkehr ist charakterisiert durch die Bündelung und Entbündelung der Güter (im Rahmen der Rangier- und Zustellvorgänge).

Neben der horizontalen Segmentierung nach Ganzzügen und Einzelwagenladungsverkehr ist auch eine Differenzierung des Schienengüterverkehrs nach der geografischen Ausrichtung der Traktionsleistung möglich:

- Im grenzüberschreitenden, internationalen Verkehr umfasst die Traktionsleistung Strecken im In- und Ausland. Es handelt sich um grenzüberschreitende Verkehre mit Quelle und/oder Ziel im Ausland (je nachdem, ob es sich um Importe, Exporte oder Transitverkehr handelt).
- Im Binnenverkehr wird die Traktionsleistung ausschliesslich auf Strecken und für Transporte mit Quell- und Zieldestination innerhalb der Schweiz erbracht.

Aufgrund des unterschiedlich geregelten Zugangs zu diesen Märkten erscheint diese Differenzierung angezeigt. Gemäss dem Landverkehrsabkommen besteht im Binnenverkehr kein und im grenzüberschreitenden Verkehr ein differenzierter Marktzugang<sup>33</sup> für ausländische EVU. Folglich unterscheidet sich die Konkurrenzsituation zwischen Binnenverkehr und grenzüberschreitenden Verkehr deutlich.

---

<sup>33</sup> Vgl. dazu die Ausführungen in Abschnitt 4.1, S. 17.

#### d) Die relevanten Branchen im Schienengüterverkehr

Basierend auf dieser Markt- bzw. Konkurrenzanalyse kann folgendes festgehalten werden:

- Die charakteristische und relevante Leistung eines EVU zur Bestimmung der Branchenzugehörigkeit im Zusammenhang mit dem Netzzugang ist nicht – wie auf den ersten Blick vermutet werden könnte – der Transport eines Frachtgutes, sondern die Traktionsleistung. Wäre dies nicht der Fall, könnte ein EVU, welches auch als Operateur auftritt oder auch Logistikdienstleistungen anbietet, gar nie in einem Wettbewerbsverhältnis zu einem EVU, das nur Traktionsleistungen anbietet, stehen.
- Für die Bestimmung der Branchenzugehörigkeit gemäss Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe d EGB können folgende Branchen unterschieden werden (vgl. Abbildung 4-1):
  - Traktionsleistungen im internationalen Güterverkehr (Eisenbahnverkehre mit Abgangs- und/oder Zielort im Ausland)
  - Traktionsleistungen für Ganzzüge im nationalen Güterverkehr (Eisenbahngüterverkehr mit Abgangs und Zielort in der Schweiz inkl. unbegleiteter kombinierter Verkehr)
  - Traktionsleistungen für Einzelwagenladungsverkehre im nationalen Güterverkehr (Eisenbahngüterverkehr mit Abgangs und Zielort in der Schweiz)

Abbildung 4-1: Branchen im Schienengüterverkehr



**Exkurs: Wie verhält es sich bei Unternehmen, die Traktionsleistungen in verschiedenen Branchen (z.B. Traktionsleistungen im Binnenverkehr und internationale Traktionsleistungen) anbieten?**

Für Unternehmen, die Traktionsleistungen in verschiedenen Branchen anbieten, stellt sich die Frage, welche branchenüblichen Arbeitsbedingungen für sie gelten.

Unternehmen, die in mehreren Branchen tätig sind, treten beispielsweise im einheimischen Markt auf und gleichzeitig auch im liberalisierten grenzüberschreitenden Markt. Würde man auf solche Unternehmen nur die einen oder die anderen Branchenbedingungen anwenden, liefe dies darauf hinaus, dass entweder die Arbeitsbedingungen der ausländischen EVU auch den geschlossenen Binnenmarkt beeinflussen oder umgekehrt, dass zur Bestimmung der Arbeitsbedingungen im grenzüberschreitenden Schienengüterverkehr auch die (vermutlich strengeren) Arbeitsbedingungen des Binnenmarkts herangezogen werden müssten. Weder die eine noch die andere Lösung erscheint vor dem Zweck der fraglichen Bestimmung als sachgerecht: Im einen Fall (Arbeitsbedingungen des gesamten Schienengüterverkehrsmarkts) würden im Ergebnis für einheimische Unternehmen Bedingungen von ausländischen Unternehmen als Vergleich dienen, obwohl diesen Unternehmen das Erbringen gleicher Dienstleistungen gar nicht möglich wäre. Das würde bedeuten, dass schweizerische EVU Binnentraktionsdienstleistungen anbieten und dafür ausländisches Lokführerpersonal (zu grenzüberschreitend ermittelten Branchenbedingungen) einsetzen dürften. Oder aber im umgekehrten Fall: Einheimische Unternehmen müssten im geöffneten grenzüberschreitenden Markt – im Gegensatz zu den ausländischen Unternehmen im gleichen Markt – die (vermutlich strengeren) landesüblichen Bedingungen einhalten, was zum unerwünschten Resultat führen würde, dass die Löhne als Konkurrenzfaktor die Wettbewerbsfähigkeit der Schweizer Unternehmen prägen.

Die Lösung dieses vermeintlichen Dilemmas muss in einer Differenzierung des Angebots von EVU, die Zugang zum Schweizer Schienennetz erhalten (möchten), gesucht werden: Je nach Angebot, das sie erbringen (Binnentraktionsleistungen oder grenzüberschreitende Traktionsleistungen) und wofür sie ja auch den Netzzugang benötigen, gehören sie unter dem Lichte der Netzzugangsthematik zwei unterschiedlichen Branchen an und müssen dementsprechend auch unterschiedliche Branchenbedingungen einhalten. Weder das Gesetz noch die Netzzugangsverordnung sprechen gegen einen solchen Ansatz und nur auf diese Weise kann der Zweck der Bestimmung, nämlich die Verhinderung von Sozialdumping<sup>34</sup> *branchenspezifisch* erreicht werden.

---

<sup>34</sup> Vgl. dazu BBl 1997 I 952; bzw. die Ausführungen in Abschnitt 2.2

## 5 Komponenten der Arbeitsbedingungen

### 5.1 Auslegeordnung

Die autonomen Lokführergewerkschaften Europa (ALE) haben in einer umfassenden Analyse die Arbeitsbedingungen der Lokführer in 13 europäischen Ländern und der Schweiz verglichen.<sup>35</sup> Dabei wurden über 50 Komponenten zur Bestimmung der Arbeitsbedingungen der Lokführer unterschieden. Die Abbildung 5-1 zeigt eine Zusammenfassung und Gliederung der möglichen Komponenten für die Definition der Arbeitsbedingungen. Insgesamt können vier Hauptkomponenten unterschieden werden:

- Einkommen
- Arbeitszeit
- Soziale Sicherheit
- Weitere Bedingungen

Abbildung 5-1: Auslegeordnung möglicher Komponenten der Arbeitsbedingungen

Arbeitsbedingungen			
Einkommen	Arbeitszeit	Soziale Sicherheit	Weiteres
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Brutto-Verdienst</li> <li>• Zulagen (Nacht, Sonntag etc.)</li> <li>• Urlaubsgeld, 13. Monatslohn etc.</li> <li>• Jubiläumszuwendungen</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Jahresarbeitszeit</li> <li>• Wochenarbeitszeit</li> <li>• Schichtlänge / Fahrzeit auf der Lokomotive</li> <li>• Überstunden</li> <li>• Ruhezeiten/Ruhe-tage in der Heimat/ ausserhalb der Heimat</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Berufs- und Erwerbsunfähigkeitsrente</li> <li>• Rentenalter, Vorruhestand</li> <li>• Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Rechtsschutz</li> <li>• Einmannbetrieb</li> <li>• Betriebssicherheit</li> <li>• Unbezahlter Urlaub</li> <li>• Kündigungsfristen und Kündigungsbeschränkungen</li> </ul>

Nicht alle Komponenten der Arbeitsbedingungen sind für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gleich relevant. Die Interviews mit Gewerkschaft und zwei EVU zeigen betreffend Relevanz der Arbeitsbedingungen Folgendes:

- Die Arbeitsbedingungen sind durch die abgeschlossenen Gesamtarbeitsverträge (GAV) in der Schweiz praktisch normiert. Das betrifft nicht nur die verschiedenen Einkommensbestandteile sondern auch die Arbeitszeiten. Diese sind durch die Sicherheitsbestimmungen sowie die GAV nahezu einheitlich festgelegt.

<sup>35</sup> Die beteiligten Länder sind: Italien, Rumänien, Tschechien, Slowakische Rep., Deutschland, Ungarn, Serbien, Spanien, Portugal, Kroatien, Bulgarien, Schweiz, Niederlande und Polen. Vgl. ALE (2006), Arbeitsbedingungen für Lokführer in Europa.

- Obschon die Lokführerlöhne sich in der Höhe kaum unterscheiden, stellen sie ein wesentliches Entscheidkriterium bei der Stellensuche dar. So hat ein EVU in den Interviews erläutert, dass wegen der Knappheit der Arbeitskräfte die Lokführer regelmässig das Unternehmen wechseln, um so höhere Lohn- bzw. Entschädigungsforderungen gegenüber den EVU durchzusetzen. Dies zeigt, dass Stellensuchende zur Entschädigung nicht alleine den Monats- bzw. Jahreslohn zählen, sondern ein „Gesamtpaket“ vergleichen, zu dem auch das Ausmass der Lohnfortzahlung bei Krankheit und Unfall, die berufliche Vorsorge, die Arbeitszeit sowie die bezahlten Ferientage gehören.
- Nebst diesen quantitativen Grössen ist gemäss Aussagen in den Interviews festzustellen, dass bei den Lokführern auch qualitative Aspekte für ihren Stellenentscheid von Bedeutung sind. Dabei werden in der Regel folgende Punkte berücksichtigt:
  - Arbeitsumfeld und Arbeitsatmosphäre (z.B. Fahrplanstress im Personenverkehr vs. Monotonie im Güterverkehr)
  - Strecken und Distanzen: Möglichkeit zum Befahren von nicht zu kurzen und nicht zu langen Distanzen auf spannenden und abwechslungsreichen Strecken
  - Internationale Aktivitäten
- Aus Sicht der Gewerkschaften ist zudem klar, dass die Zulagen nicht für den Vergleich der Arbeitsbedingungen hinzugezogen werden dürfen. Der Grund hierfür sei, dass aus Sicht der Gewerkschaften die Zulagen unmittelbar von der Art der geleisteten Arbeit abhängen. Sie stellen eine Entschädigung für die Unannehmlichkeiten von besonders harten Arbeitsbedingungen (z.B. Sonntags- und Nachtarbeit etc.) dar. Da die Zulagen im Krankheitsfall nicht anfallen, handelt es sich nach ihrer Ansicht um keinen eigentlichen Lohnbestandteil.
- Aus Sicht der EVU ist von zentraler Bedeutung, dass bei der Bestimmung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen nicht ein Mindestlohn eingeführt wird. Wie die übrigen Faktorpreise müssen sich aus Sicht der EVU auch die Arbeitsbedingungen an die wirtschaftliche Entwicklung anpassen können.

Aus diesen Erkenntnissen kann folgendes Fazit bezüglich der Auswahl der Komponenten für die Bestimmung der Arbeitsbedingungen gezogen werden:

- Für die Bestimmung der Arbeitsbedingungen steht die pekuniäre Entschädigung in Form des Bruttostundenlohns (exkl. Zulagen) im Vordergrund. Damit können die Komponenten Einkommen und Arbeitszeit gut abgedeckt werden.
- Die Aspekte der sozialen Sicherheit (z.B. Berufs- und Erwerbsunfähigkeitsrente, Rentenalter, Vorruhestand, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall) gehören aus ökonomischer Sicht zwar zum „Gesamtpaket“ der pekuniären Entschädigung, wurden aber in den Interviews mit Gewerkschaften und EVU nicht genannt. Ob diese Komponenten ebenfalls berücksichtigt werden sollen, ist im Rahmen der weiteren rechtlichen Analyse noch festzulegen.
- Ebenfalls zu klären bleibt, wie sich die als branchenüblich definierten Arbeitsbedingungen im Zeitverlauf verändern können, um zu verhindern, dass faktisch ein Mindestlohn definiert wird.

## 5.2 Komponenten der Branchenüblichkeit gemäss Artikel 8d EBG

Aus rechtlicher Optik handelt es sich um eine Auslegungsfrage, *welche Bedingungen* im Einzelnen zu den einzuhaltenden Arbeitsbedingungen gemäss Artikel 8d Absatz 1 Buchstabe d EBG zu zählen sind. Die einschlägige Vollzugsverordnung verlangt von einem gesuchstellenden Unternehmen in diesem Zusammenhang die Vorlage eines Gesamtarbeitsvertrags, oder, wo kein solcher vorhanden ist, die Angabe über die Löhne, die wöchentliche Arbeitszeit und den Ferienanspruch (Art. 7 NZV).

Das Eisenbahngesetz selbst formuliert keine konkreten Angaben zur Bestimmung der relevanten Bedingungen. Im diesem Zusammenhang ist der Zweck der Vorschrift zur Einhaltung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen zu eruieren. Die Bahnreform öffnete in grundsätzlicher Art und Weise den Eisenbahnsektor dank dem freien Netzzugang dem Wettbewerb, auch wenn sich dieser im Schienengüterverkehr bei weitem mehr manifestiert als im Personenverkehr, insbesondere im regionalen Personenschienenverkehr. Dort spielt das Bestellwesen bzw. das damit verbundene Abgeltungsregime eine entscheidende Rolle für die Erbringung der Verkehrsleistungen. Auch wenn Benchmarkvergleiche in der Regionalverkehrsbranche durchgeführt werden, und diese wiederum Auswirkung auf die Abgeltung zeitigen können, ist eine Eisenbahnverkehrsunternehmen im regionalen Personenverkehr in der Regel keinem unmittelbaren intramodalen Wettbewerb ausgesetzt<sup>36</sup>. Im Übrigen sieht ja auch das Personenbeförderungsgesetz in Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe c eine identische Bestimmung zur Berücksichtigung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen im Zusammenhang mit der Erteilung, dem Entzug und dem Widerruf von Konzessionen und Bewilligungen vor. Ganz anders verhält es sich bei einem Unternehmen im Schienengüterverkehrsmarkt, der über weite Strecken liberalisiert ist. Es erstaunt daher nicht, dass die bisherigen Fragestellungen im Zusammenhang mit den branchenüblichen Arbeitsbedingungen bei der Gewährung des Netzzuganges ausschliesslich Schienengüterverkehrssachverhalte betrafen.

Im vergleichbaren Fernmeldebereich spricht sich das Gutachten Uni Basel dafür aus, lediglich Elemente des "regelmässigen Leistungsaustausches" (Lohn, Arbeits- und Ruhezeit sowie Ferienanspruch) im Rahmen von Arbeitsverhältnissen als branchenübliche Arbeitsbedingungen zu vergleichen. Das Gutachten HSG hingegen will auch vertragliche Lohnfortzahlung bei Krankheit, Taggeldversicherung, Lösungen der beruflichen Vorsorge, Nichtbetriebsunfallversicherungsprämien, Sozialpläne, Abgangsentschädigungen sowie Weiterbildungsregelungen als relevante Arbeitsbedingungen der Branche vergleichen<sup>37</sup>. Diese Ansicht überzeugt nicht. Mindestens für den Eisenbahnbereich hat der Bundesrat als zuständiges Vollzugsorgan des Eisenbahngesetzes<sup>38</sup> die Kriterien, was als Arbeitsbedingungen der Branche zu betrachten ist, in Artikel 9 der Netzzugangsverordnung definiert, indem er (mindestens) die Angaben über Löhne, die wöchentliche Arbeitszeit und den Ferienanspruch verlangt. Im Er-

---

<sup>36</sup> Für den Bereich des Binnenpersonen-Busverkehrs hat das BAV am 28. März 2014 eine Richtlinie zu den Arbeitsbedingungen der Branche erlassen.

<sup>37</sup> Vgl. Gutachten HSG, Seite 7 f.

<sup>38</sup> Vgl. Art. 97 EBG.

gebnis entspricht die Lösung der Netzzugangsverordnung dem Verständnis des Gutachtens Uni Basel und liegt nach unserer Ansicht zweifellos im Ermessensspielraum der bundesrätlichen Vollzugskompetenz.

Die abschliessende Auslegungsfrage ist schliesslich, wann die relevanten Arbeitsbedingungen der Branche als eingehalten gelten können. Auch hier enthalten weder Gesetz, Vollzugsverordnung oder die Rechtsprechung konkrete Anhaltspunkte. Klar erscheint aus rechtlicher Sicht in diesem Zusammenhang einzig, dass nicht eine spezifische Grösse bzw. Höhe von Lohnansprüchen, Ferienguthaben oder Arbeitszeitverpflichtungen als massgebend erklärt werden kann. Einerseits muss es darum gehen, das Gesamtbild der Arbeitsbedingungen zu beurteilen. Dabei ist es durchaus denkbar, dass tiefere Löhne mit höheren Ferienansprüchen bzw. kürzeren Arbeitszeiten oder mit besseren Sozialleistungen aufgewogen werden können. Andererseits kann eine Branchenbetrachtung auch nicht zu einer einzigen Vergleichszahl führen, und es darf auch nicht einfach ein "Branchenleader" als massgebender Benchmark herangezogen werden. Die Frage eines absoluten verbindlichen Standards wäre freilich partiell anders zu beurteilen, wenn ein allgemeinverbindlicher Gesamtarbeitsvertrag oder ein Normalarbeitsvertrag existieren würde. Das Gutachten Uni Basel und das Gutachten HSG sprechen von wesentlichen bzw. lediglich geringen Abweichungen, die vorkommen dürfen, damit noch von Branchenüblichkeit gesprochen werden kann. Es wird entsprechend davon ausgegangen, dass sich die relevanten Arbeitsbedingungen in einer gewissen Bandbreite bewegen müssen, damit die Branchenüblichkeit bejaht werden kann. Dieser Ansatz erscheint als einziger erfolgversprechend. Da sich sowohl Gesetz, wie auch Verordnungsgeber hierzu ausschweigen, liegt es an der vollziehenden Behörde, in der einschlägigen Richtlinie, solche Bandbreitenentscheide vorzunehmen. Dabei steht der vollziehenden Behörde ein Ermessensspielraum zur Verfügung, der sorgfältig und pflichtgemäss ausgenutzt werden muss.

## 5.3 Umsetzung der Arbeitsbedingungen

### 5.3.1 Berücksichtigung von Kaufkraftunterschieden

Bei der Bestimmung der pekuniären Arbeitsbedingungen (insbesondere Lohnzahlungen) in unterschiedlichen Ländern stellt sich die Frage, ob allfällige Kaufkraftunterschiede zu berücksichtigen sind und die Lohnzahlungen in der Folge um die Kaufkraftunterscheide zu bereinigen sind. Wir kommen zum Ergebnis, dass eine Kaufkraftbereinigung aus folgenden Gründen nicht als angezeigt erscheint:

- Die Bestimmung der Branche orientiert sich gemäss den einschlägigen gesetzlichen Normen<sup>39</sup> an den Unternehmen und ihren Absatzmärkten. Der Perspektive des Arbeitsmarktes und der Tatsache, dass Arbeitnehmende mit gleichen Qualifikationen in unterschiedlichen Branchen tätig sein können, wird keine Bedeutung beigemessen. Der Fokus

---

<sup>39</sup> Vgl. dazu die Ausführungen in Abschnitt 4.1, S. 17.

auf die Perspektive der Unternehmen ist daher auch bei der Festlegung der Arbeitsbedingungen beizubehalten.

- Die Kaufkraft ist ein Mass dafür, was sich eine Person mit ihrem Einkommen leisten kann. Aufgrund unterschiedlicher Preisniveaus weisen die gleichen Löhne in unterschiedlichen Ländern eine unterschiedliche Kaufkraft auf. Die Wahl des Wohnortes und die Optimierung des Einkommens bezüglich der Kaufkraft fällt in den Entscheidungsbereich der Arbeitnehmenden und ist somit eben ein Aspekt ausserhalb der Unternehmen und ihrer Absatzmärkte.<sup>40</sup>
- Die Kaufkraftbereinigung der Löhne und damit die Garantie einer bestimmten Kaufkraft des Lohnes durch die Unternehmen ist zudem auch innerhalb Schweiz nicht üblich. Die Löhne in den nationalen GAV beziehen sich auf die gesamte Schweiz und sehen keine regionale Differenzierung vor, obschon die Kaufkraft zwischen einzelnen Regionen teilweise erheblich schwankt.<sup>41</sup>

### 5.3.2 Anpassungsfähigkeit der Arbeitsbedingungen

Im Rahmen der konkreten Festlegung der relevanten branchenüblichen Arbeitsbedingungen wird sicherzustellen sein, dass sich diese den wirtschaftlichen Verhältnissen anpassen können. Diese Anpassungsfähigkeit muss sowohl für steigende wie auch allenfalls rückläufige Lohnentwicklungen gewährleistet sein.

Bei gegebenem Arbeitsangebot wird die Entwicklung der Arbeitsbedingungen im Wesentlichen von der wirtschaftlichen Entwicklung mitbestimmt.<sup>42</sup>

- Bei schwachem oder negativem Wirtschaftswachstum sinkt die Nachfrage nach Gütern und damit die Nachfrage nach Arbeitskräften. In solchen konjunkturschwachen Phasen fallen Lohnerhöhungen gering aus oder es kommt sogar zu (realen) Lohnkürzungen. Eine Fixierung der Arbeitsbedingungen würde in diesem Fall dazu führen, dass Unternehmen ihre Personalkosten nicht mehr nach unten anpassen können und der Schienengüterverkehr insgesamt an Konkurrenzfähigkeit verlieren würde. Dadurch würde auch das Risiko einer zunehmenden Arbeitslosigkeit steigen.
- Bei positivem Wirtschaftswachstum steigt dagegen die Nachfrage nach Arbeitskräften. Da jetzt viele Stellen zu besetzen sind und nur ein beschränktes Angebot an Arbeitskräften

---

<sup>40</sup> Abgesehen davon würde eine solche Kaufkraftbereinigung im Kern den Zielen der Personenfreizügigkeit widersprechen. Weder hätten Unternehmen einen Anreiz, im Ausland „günstigere“ Arbeitskräfte zu suchen, noch hätten Arbeitnehmende einen Anreiz, im Ausland eine Stelle zu suchen, die besser bezahlt ist als im Inland. Die Flexibilität von Arbeitsangebot und -nachfrage – ein wesentlicher Faktor für das Wirtschaftswachstum in den vergangenen Jahren (gerade auch in der Schweiz) – würde entsprechend tangiert.

<sup>41</sup> So hat eine Studie der Credit Suisse gezeigt, dass die Haushalte in Uri aufgrund der geringen Lebenshaltungskosten und Steuerbelastung über das höchste verfügbare Einkommen verfügen. Im Gegensatz dazu weisen die Städte eine vergleichsweise hohen Steuerbelastung und hohe Wohnkosten auf. Vgl. Credit Suisse (2011), Swiss Issues Regionen. Wohnen und Pendeln: Wo lebt sich's am günstigsten? Das verfügbare Einkommen in der Schweiz

<sup>42</sup> Auch technischer Fortschritt kann die Arbeitsbedingungen massgeblich beeinflussen.

zur Verfügung steht, steigt die Verhandlungsmacht der Arbeitnehmenden. Dadurch verbessern sich die Arbeitsbedingungen.

Eine Fixierung der Löhne würde genau solche Anpassungsmechanismen auf dem Arbeitsmarkt beeinträchtigen, was die Effizienz und Konkurrenzfähigkeit des Schienengüterverkehrs insgesamt schmälern würde. Es ist deshalb klar, dass die Anpassungsfähigkeit der Arbeitsbedingungen sichergestellt werden muss. Dies gilt sowohl für steigende wie auch allenfalls rückläufige Lohnentwicklungen.

**Exkurs: Situation auf dem Arbeitsmarkt für Lokführer**

Zurzeit besteht auf dem Arbeitsmarkt der Lokführer ein Nachfrageüberhang. Sowohl die Gewerkschaften als auch die EVU stellen einen Mangel an Lokführern fest. Als Grund hierfür wird in erster Linie der Ausbau des Verkehrsangebots im Personen- wie auch im Güterverkehr gesehen. Der Lokführermangel hat dazu geführt, dass die Löhne der Lokführer in den letzten Jahren gestiegen sind.

## 6 Räumliche Bezugsbasis

In Kapitel 5 wurde aufgezeigt, dass es für die Festlegung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen im Schienengüterverkehr zwischen den drei folgenden Branchen zu unterscheiden gilt:

- Traktionsleistungen im grenzüberschreitenden, internationalen Güterverkehr
- Traktionsleistungen für Ganzzüge im Binnenverkehr
- Traktionsleistungen für Einzelwagenladungsverkehr im Binnenverkehr

Im Rahmen dieses Kapitels ist nun zu klären, welche räumliche Bezugsbasis für die Festlegung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen in den drei Branchen zu berücksichtigen ist.

Hierzu geben wir in Abschnitt 6.1 einen Überblick über die grundsätzlich denkbaren Möglichkeiten zur Festlegung der räumlichen Bezugsbasis. Anschliessend wird in Abschnitt 6.2 aufgezeigt, welche Abgrenzung sich gestützt auf die geltenden Rechtsgrundlagen ergibt.

### 6.1 Mögliche Abgrenzung der räumlichen Bezugsbasis

#### a) Grenzüberschreitender, internationaler Schienengüterverkehr

Für den grenzüberschreitenden, internationalen Schienengüterverkehr bieten sich für die Festlegung der räumlichen Bezugsbasis der branchenüblichen Arbeitsbedingungen grundsätzlich zwei Ansätze an (vgl. auch die Darstellung in der nachstehenden Abbildung 6-1):

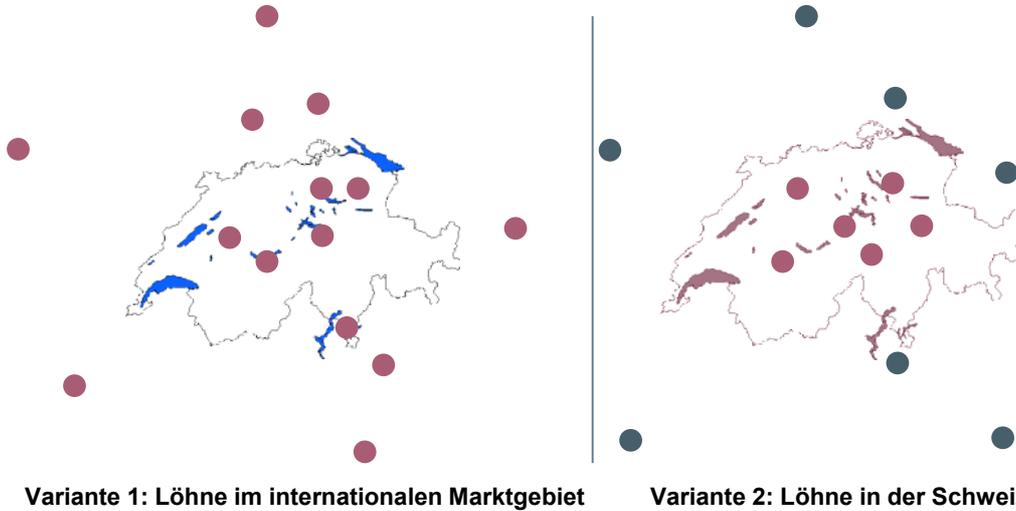
- Die branchenüblichen Bedingungen werden basierend auf den herrschenden Verhältnissen im internationalen Marktgebiet<sup>43</sup> für den grenzüberschreitenden Schienengüterverkehr festgelegt. In diesem Fall werden für die Festlegung (z.B. der Lohnzahlungen) sämtliche im internationalen, grenzüberschreitenden Schienengüterverkehr durch die Schweiz tätigen Traktionsanbieter berücksichtigt, unabhängig davon, ob sich ihr Sitz in der Schweiz oder im Ausland befindet.
- Die branchenüblichen Arbeitsbedingungen werden nur anhand des Marktgebiets „Schweiz“ festgelegt. In diesem Fall fliessen in die Erhebung (z.B. der Lohnzahlungen), nur die Leistungen von Unternehmen mit Sitz in der Schweiz ein.

Beim ersten Ansatz „internationales Marktgebiet“ werden – aufgrund der aktuellen Lohnverhältnisse - die branchenüblichen Arbeitsbedingungen weniger streng ausfallen als bei einer Beschränkung auf das Marktgebiet Schweiz.

---

<sup>43</sup> Für die Erhebung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen im internationalen Marktgebiet werden die Arbeitsbedingungen von folgenden zur relevanten Branche gehörenden EVU berücksichtigt: EVU mit Sitz in der Schweiz, die eigenständig oder im Rahmen eines Kooperationsmodells gemeinsam mit ausländischen EVU grenzüberschreitende Traktionsleistungen produzieren und EVU mit Sitz im Ausland, die Strecken in der Schweiz befahren und somit grenzüberschreitend produzieren.

**Abbildung 6-1: Mögliche räumliche Bezugsbasis für die Bestimmung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen**



Aus ökonomischer Sicht sind die beiden Ansätze zur Abgrenzung des Marktgebiets wie folgt zu beurteilen:

- Mit der Öffnung des Netzzugangs im grenzüberschreitenden Schienengüterverkehr wurde angestrebt, den Wettbewerb im Schienenverkehr zu erhöhen und Effizienzsteigerungen zu erzielen, die in der Folge zu Kosteneinsparungen führen. Damit sollte die Konkurrenzfähigkeit der Schiene gegenüber dem Strassengüterverkehr insgesamt gestärkt werden.
- Aufgrund dieser Zielsetzungen ist klar, dass für die Bestimmung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitende, internationale Traktionsleistungen die Verhältnisse im Einzugsgebiet des gesamten Marktgebiets für den internationalen, grenzüberschreitenden Schienengüterverkehr zu beachten sind.
- Eine Beschränkung des für die Arbeitsbedingungen relevanten Marktgebiets auf die Schweiz würde den Grundzielen der angestrebten Marktöffnung zuwider laufen. Der Schweizer Arbeitsmarkt für Traktionsleistungen würde mit einem solchen Vorgehen von der internationalen Konkurrenz „abgeschottet“, was mit der angestrebten Marktöffnung nicht vereinbar ist und volkswirtschaftliche Nachteile zur Folge hätte.
- Hinzu kommt, dass die Abschottung des Arbeitsmarktes im Schienengüterverkehr dessen Wettbewerbsfähigkeit gegenüber dem Strassengüterverkehr negativ beeinflussen würde. Gemäss Landverkehrsabkommen sind ausländische Transportunternehmen im grenzüberschreitenden Strassengüterverkehr zugelassen, ohne dass sie ihren Mitarbeitenden Schweizer Löhne bezahlen oder gar Arbeitsbedingungen der Branche einhalten müssen. Die Abschottung des Arbeitsmarktes im grenzüberschreitenden Schienengüterverkehr hätte eine Wettbewerbsverzerrung zwischen dem grenzüberschreitenden Strassen- und Schienengüterverkehr zur Folge und würde zu einem aus ökonomischer Sicht nicht effizienten Modal-Split zwischen Strasse und Schiene führen.

### b) Nationaler Schienengüterverkehr

Der nationale Schienengüterverkehr ist im Gegensatz zum internationalen Schienengüterverkehr durch das Verbot der so genannten "kleinen Kabotage" vor ausländischen EVU geschützt. Das gilt auch für den nationalen Strassengüterverkehr. Da die ausländische Konkurrenz von diesem Markt ausgeschlossen bleibt, kann es für die Bestimmung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen hier nur einen Ansatz geben: Als räumliche Bezugsbasis für die Bestimmung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen sind die Arbeitsbedingungen der Unternehmen mit Sitz in der Schweiz, die Binnentraktionsleistungen anbieten, heranzuziehen. Dies gilt sowohl für Traktionsleistungen bei Ganzzügen als auch für solche im Einzelwagenladungsverkehr.

## 6.2 Rechtliche Auslegung der räumlichen Bezugsbasis

Aus rechtlicher Perspektive ist die Frage nach der räumlichen Bezugsbasis anhand der Entstehungsgeschichte der Bestimmung vergleichsweise einfach zu beantworten.<sup>44</sup>

Der Bundesrat schlug in seiner Botschaft (Bundesblatt 1997 I 909) vor, die Einhaltung der "landesüblichen" Bedingungen vorzuschreiben. Das Parlament gelangte nach intensiver Beratung in den Kommissionen zum gegenteiligen Schluss und ersetzte die landesüblichen Bedingungen durch die Arbeitsbedingungen der Branche. Dabei handelte es sich nicht lediglich um eine Anpassung der Formulierung: Der Gesetzgeber war sich dabei durchaus bewusst, dass die Löhne zwischen den SBB und ausländischen Unternehmen stark variierten.<sup>45</sup>

Trotz dieses gesetzgeberischen Bewusstseins der bestehenden Lohnunterschiede wurden die einzuhaltenden Arbeitsbedingungen nicht auf schweizerische Unternehmen ("landesüblich") beschränkt; dementsprechend lassen sie sich für eine grenzüberschreitende Branche auch nicht ausschliesslich national bestimmen.

Auch eine geltungszeitliche (zeitgemässe) Auslegung von Artikel 8d Absatz 1 Buchstabe d EBG, die im Ergebnis die Frage beantworten soll, wie eine Bestimmung heute angesichts der herrschenden Umstände zu verstehen ist, kann zu keinem anderen Ergebnis führen. Die Bahnreform hat die Grundlagen für die Öffnung des Schienenverkehrsmarkts geschaffen. Das Landverkehrsabkommen führte diese nationalen Grundlagen anschliessend auch in einen internationalen Kontext und basiert auf dem Prinzip der (teilweisen<sup>46</sup>) gegenseitigen Marktöffnung im Strassen- und Schienengüterverkehr. In einem geöffneten Markt (wie beispielsweise dem grenzüberschreitenden, kombinierten Verkehr) die einzuhaltenden Arbeitsbedingungen der Branche national zu definieren, widerspräche sämtlichen Grundideen und

---

<sup>44</sup> Vgl. auch die Ausführungen dazu in Abschnitt 2.2, S. 11.

<sup>45</sup> Vgl. dazu explizit Votum Daniöth: Amtliches Bulletin - Ständerat, Herbstsession 1997, 7. Sitzung vom 1.10.1997, Seite 873.

<sup>46</sup> Der Binnenverkehr unterliegt sowohl im Schienen- wie im Strassengüterverkehrsbereich weiterhin nicht der Marktöffnung.

würde im Ergebnis angesichts des Geltungsbereichs von Artikel 8d Absatz 1 Buchstabe d EBG ohnehin einfach zu einer Benachteiligung von Schweizer Unternehmen führen, da die Bestimmung auf ausländische Unternehmen nicht anwendbar ist.<sup>47</sup>

---

<sup>47</sup> Vgl. dazu die Ausführungen in Abschnitt 7.2, S. 39.

## 7 Geltungsbereich

In Kapitel 5 wurde aufgezeigt, dass für die Festlegung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen im Schienengüterverkehr zwischen Traktionsleistungen im grenzüberschreitenden Güterverkehr und Traktionsleistungen im Binnengüterverkehr (Ganzzüge sowie Einzelwagenladungsverkehr) unterschieden werden muss. Darauf aufbauend wurde in Kapitel 6 definiert, welche räumliche Bezugsbasis für die Festlegung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen zu berücksichtigen ist, nämlich:

- Bei grenzüberschreitenden Traktionsleistungen die Arbeitsbedingungen im gesamten Einzugsgebiet des betrachteten internationalen, grenzüberschreitenden Schienengüterverkehrs;
- Bei Traktionsleistungen im Binnenschienengüterverkehr die Arbeitsbedingungen in der Schweiz.

Im Rahmen dieses Kapitels ist nun zu klären, auf welche EVU die Vorschrift zur Einhaltung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen überhaupt anwendbar ist. Der Geltungsbereich der Rechtsbestimmung zeigt dabei, von wem die Bestimmung beachtet und eingehalten werden muss. In diesem Zusammenhang ist insbesondere zu klären, ob Artikel 8d Absatz 1 Buchstabe d EBG nur für Unternehmen mit Sitz in der Schweiz oder auch für Unternehmen mit Sitz in der EU gilt.

Hierzu geben wir in Abschnitt 7.1 einen Überblick über die grundsätzlich denkbaren Möglichkeiten zur Anwendbarkeit der Bestimmung. Anschliessend wird in Abschnitt 7.2 gezeigt, welcher Geltungsbereich sich aus rechtlicher Sicht ergibt. Da sich diese Auslegung von der Position der Gewerkschaften unterscheidet, wird in Abschnitt 7.3 die Position der Gewerkschaften beschrieben und aufgezeigt, welche Anpassungen im Regulativ notwendig wären, um diese zu realisieren.

### 7.1 Theoretisch mögliche Geltungsbereiche und ihre Auswirkungen

Losgelöst von den aktuell geltenden Bestimmungen im Schweizer Regulativ wird in Abbildung 7-1 aufgezeigt, welche Kombinationen theoretisch möglich sind zwischen

- der verwendeten räumlichen Bezugsbasis (International / Schweiz), welche zur Festlegung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen verwendet wurde
- und dem möglichen Anwendungsbereich (für alle Unternehmen oder nur für Unternehmen mit Sitzung in der Schweiz)

Wie dargelegt, sind im internationalen Schienengüterverkehr insgesamt vier Kombinationen zu unterscheiden: Die Arbeitsbedingungen können entweder basierend auf den Verhältnissen im gesamten internationalen Marktgebiet oder auf den Verhältnissen in der Schweiz festgelegt werden. Ihre Einhaltung kann entweder für alle Unternehmen mit einer Schweizer Sicherheitsbescheinigung verlangt werden oder ist „nur“ für Unternehmen mit Sitz in der Schweiz durchzusetzen.

Im Binnenverkehr ist aufgrund des Verbots der kleinen Kabotage eine solche Differenzierung nicht sinnvoll, weil nur Unternehmen mit Sitz in der Schweiz am Markt zugelassen sind.

**Abbildung 7-1: Räumliche Bezugsbasis und mögliche Anwendungsbereiche für die branchenüblichen Arbeitsbedingungen**

	<b>Räumliche Bezugsbasis der branchenüblichen Arbeitsbedingungen</b>	<b>Anwendbarkeit der branchenüblichen Arbeitsbedingungen auf:</b>	<b>Variante Code</b>
<b>Internationaler Güterverkehr</b>	Arbeitsbedingungen im internationalen Marktgebiet	Schweizer Unternehmen	I1: K / CH-U
		Alle Unternehmen	I2: K / Alle-U
	<i>Arbeitsbedingungen in der Schweiz</i>	<i>Schweizer Unternehmen</i>	<i>I3: CH / CH-U</i>
		<i>Alle Unternehmen</i>	<i>I4: CH / Alle-U</i>
<b>Binnenverkehr</b>	Arbeitsbedingungen in der Schweiz	Schweizer Unternehmen	B1: CH / CH-U

Im Rahmen der vorliegenden Studie kann von Interesse sein, wie sich die unterschiedlichen Kombinationen auf die Ziele im Schienengüterverkehr der Schweiz auswirken. Wir beschränken uns bei dieser Analyse auf die Unterschiede im internationalen Schienengüterverkehr. Für Traktionsleistungen im Binnenverkehr erübrigt sich eine Diskussion, weil wie dargelegt nur eine mögliche Variante zur Disposition steht.

Die wesentlichen Zielsetzungen der Schweizer Güterverkehrspolitik, die mit der Öffnung und Liberalisierung des Güterverkehrsmarktes verbunden sind, lassen sich aus den Botschaften zu den Bahnreformen<sup>48</sup>, dem Landverkehrsabkommen<sup>49</sup> und der Botschaft zur Totalrevision des Gütertransportgesetzes herleiten.<sup>50</sup> Zusammenfassend können die folgenden Hauptzielsetzungen unterschieden werden:<sup>51</sup>

- Verkehrsverlagerung<sup>52</sup>

<sup>48</sup> Vgl. BBI 1997 I 909 Botschaft zur Bahnreform; BBI 2005 I 2415, Botschaft zur Bahnreform 2, BBI 2011 I 911, Botschaft zum zweiten Schritt der Bahnreform 2.

<sup>49</sup> Vgl. Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse SR 0.740.72.

<sup>50</sup> Vgl. BBI 2014 I 3827, Botschaft zur Totalrevision des Gütertransportgesetzes.

<sup>51</sup> Denkbar wäre auch die Aufnahme einer Zielsetzung zum Erhalt der schweizerischen Arbeitsbedingungen gewesen, wie sie beispielsweise in der Botschaft zur Bahnreform 1 enthalten ist. Vgl. Botschaft zur Bahnreform 1, S. 952 „Es geht dabei um die Verhinderung des sogenannten „Sozialdumpings“. Wie die Ausführungen in Abschnitt 7.2 zeigen, wurde diesem Ziel im Rahmen der Definition der Güterverkehrspolitik nur ein geringes Gewicht beigemessen.

<sup>52</sup> Vgl. beispielsweise UVEK (ohne Datum, Das Landverkehrsabkommen mit der EU: „In Verbindung mit den übrigen verkehrspolitischen Pfeilern (LSVA, Bahnreform, Modernisierung der Bahninfrastruktur, Güterverkehrsverlagerungsgesetz und flankierende Massnahmen) ermöglicht das Landverkehrsabkommen eine Annäherung an das

- Marktchancen für Schweizer Unternehmen erhöhen

Ausgangspunkt für die Analyse ist die - mit der Erhebung noch zu untermauernde - Tatsache, dass in der Schweiz von einem generell höheren Lohnniveau auszugehen ist. Vor diesem Hintergrund ergeben sich die in Abbildung 7-2 dargestellten Ergebnisse:

- Werden für die Bestimmung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen die Verhältnisse im internationalen Marktgebiet zugrunde gelegt, so kann sich für die Unternehmen mit Sitz in der Schweiz die Konkurrenzfähigkeit verbessern, wenn sie aufgrund der weniger strengen Arbeitsbedingungen im Ausland ihre Lohnkosten senken können. Diese Verbesserung ergibt sich im vorliegenden Fall sogar dann, wenn sich nur Unternehmen in der Schweiz an die branchenüblichen Arbeitsbedingungen im Ausland halten müssen. Selbstverständlich würde die Konkurrenzfähigkeit noch mehr gestärkt, wenn sich auch die Unternehmen mit Sitz im Ausland an die branchenüblichen Bedingungen im internationalen Marktgebiet halten müssten.
- Erfolgt die Bestimmung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen anhand der Verhältnisse in der Schweiz, so unterscheiden sich die Auswirkungen abhängig vom Anwendungsbereich:
  - Sind die branchenüblichen Arbeitsbedingungen nur auf Unternehmen mit Sitz in der Schweiz anwendbar, führt dies dazu, dass die Schweizer Unternehmen gegenüber ausländischen Unternehmen in ihrer Konkurrenzfähigkeit geschwächt werden. Während die EVU mit Sitz im Ausland internationale Traktionsleistungen in der Schweiz unter Gewährleistung "schlechterer" Arbeitsbedingungen und damit unter Umständen zu günstigeren Preise anbieten können, müssten die Schweizer Unternehmen "bessere" Arbeitsbedingungen finanzieren. Mittelfristig besteht in diesem Fall die Gefahr, dass Unternehmen mit Sitz in der Schweiz aus dem grenzüberschreitenden Schienengüterverkehr verdrängt werden.
  - Wären die branchenüblichen Arbeitsbedingungen in der Schweiz auch auf Unternehmen mit Sitz im Ausland anwendbar, würden sich in Bezug auf die Marktchancen der Schweizer Unternehmen zwei Effekte gegenüberstellen:
    - Für die Schienenstrecke in der Schweiz würde sich die Konkurrenzfähigkeit der Schweizer Unternehmen verbessern, weil nun für diese Strecke von allen Unternehmen die gleichen Löhne zu bezahlen wären.
    - Auf den ausländischen Streckenabschnitten wären aber die Unternehmen mit Sitz in der Schweiz benachteiligt: Sie müssten weiterhin die Schweizer Arbeitsbedingungen einhalten, während die ausländischen Unternehmen nicht zur Einhaltung der Schweizer Arbeitsbedingungen im Ausland (bzw. ihrem Heimatland) verpflichtet werden könnten.

---

im Alpenschutzartikel" oder Botschaft zum Gütertransportgesetz, S. 9: „Verlagerung des alpenquerenden Güterverkehr steht im Fokus der Verkehrspolitik“.

Zudem würde sich bei dieser Kombination die Wettbewerbsfähigkeit der Schiene gegenüber dem Strassengüterverkehr verschlechtern, weil im internationalen Strassen-transport keine branchenüblichen Arbeitsbedingungen durchgesetzt werden können.

**Abbildung 7-2: Auswirkungen der vier Ansätze auf die verkehrspolitischen Zielsetzungen**

Variante	Marktchancen für Unternehmen mit Sitz in der Schweiz erhöhen	Verkehrsverlagerung
I1: K / CH-U	+	+
I2: K / Alle-U	+	+
I3: CH / CH-U	-	-
I4: CH / Alle-U	+ / -	-

Ganz offensichtlich schneiden die beiden Varianten I1 und I2 hinsichtlich der zentralen verkehrspolitischen Zielsetzungen vorteilhaft ab. Andererseits sind sie aber auch mit einer entsprechenden Angleichung der Arbeitsbedingungen für Lokführer im internationalen Schienengüterverkehr verbunden.

Wird dagegen das Marktgebiet auf die Schweiz beschränkt, können die verkehrspolitischen Zielsetzungen weniger gut erfüllt werden. Dagegen bleiben die Arbeitsbedingungen der Lokführer zumindest kurz- bis mittelfristig auf schweizerischem Gebiet unverändert.

Eine abschliessende Priorisierung der Varianten kann nicht vorgenommen werden, weil den positiven (negativen) Auswirkungen bezüglich Wettbewerbsfähigkeit und Verlagerungsziel jeweils eine entgegengesetzte Wirkung in Bezug auf die Arbeitsbedingungen der Lokführer gegenübersteht (vgl. Spalte ganz rechts in Abbildung 7-2).

Es ist primär die Aufgabe der Politik, beim Vorliegen eines solchen Zielkonflikts die notwendige Gewichtung zwischen den verschiedenen Zielen vorzunehmen und für eine Priorisierung zu sorgen. Diese Priorisierung wurde im Rahmen der Festlegung des bestehenden Regulators vorgenommen. Insofern zeigen die nachfolgende rechtliche Auslegung zur Anwendbarkeit der branchenüblichen Arbeitsbedingungen und die erfolgte Auslegung zur räumlichen Bezugsbasis<sup>53</sup> die vom Gesetzgeber gewählte Priorisierung.

<sup>53</sup> Vgl. dazu auch die Ausführungen in Abschnitt 6.2.

## 7.2 Rechtliche Auslegung

Der Geltungsbereich von Artikel 8d Absatz 1 Buchstabe d EBG bzw. die Frage seiner Anwendbarkeit auf ausländische EVU, die im Rahmen der Regelungen des Landverkehrsabkommens grenzüberschreitende Schienengüterverkehrsdienstleistungen anbieten, wurde bereits in der Rechtsauskunft aus dem Jahr 2005 umfassend behandelt und überzeugend beantwortet. Die im Grundsatz korrekten Ergebnisse lassen sich im Wesentlichen wie folgt zusammenfassen:

1. Ein EVU, das in der Schweiz eine Netzzugangsbewilligung verlangt und dementsprechend zwingend seinen Sitz in der Schweiz haben muss<sup>54</sup>, muss nachweisen, dass es gegenüber den auf dem schweizerischen Schienennetz eingesetzten Triebfahrzeugführern die arbeitsrechtlichen Vorschriften und die Arbeitsbedingungen der Branche einhält;
2. Ein EVU mit Sitz in der EU, das im Rahmen des Landverkehrsabkommens alleine oder in Kooperation mit einem anderen (in der EU lizenzierten oder schweizerischen) EVU grenzüberschreitende Schienengüterverkehrsdienstleistungen erbringt, bedarf gestützt auf Artikel 8d Absatz 3 keiner schweizerischen Netzzugangsbewilligung. Die Löhne der eingesetzten Triebfahrzeugführer dürfen von der Schweiz dementsprechend nicht überprüft werden (auch nicht im Rahmen anderer Instrumente wie beispielsweise der Sicherheitsbescheinigungen etc.);
3. Das Entsendegesetz ist auf das Arbeitsverhältnis zwischen Triebfahrzeugführern und eines in der EU lizenzierten EVU, das gestützt auf das Landverkehrsabkommen grenzüberschreitende Schienengüterverkehrsdienstleistungen anbietet, ebenso wenig anwendbar wie allfällige schweizerische Mindestlohnvorschriften (die z.B. ein Gesamt- bzw. Normalarbeitsvertrag vorsehen könnten).

Im Lichte der vorgenommenen Auslegung von Artikel 8d Absatz 1 Buchstabe d EBG gilt es allerdings zum 1. Punkt zu präzisieren, dass die Verpflichtung des EVU, gegenüber den auf dem schweizerischen Schienennetz eingesetzten Triebfahrzeugführern die Arbeitsbedingungen der Branche einzuhalten, zu differenzieren ist, je nachdem, ob das Unternehmen grenzüberschreitende Schienengüterverkehrsdienstleistungen anbietet oder im Binnenschienengüterverkehr operiert. Weil ausländische EVU nicht zum Binnenschienengüterverkehrsmarkt zugelassen sind, beeinflussen ihre Arbeitsbedingungen auch nicht die entsprechende Branche. Diese Bedingungen unterscheiden sich zwangsläufig von denjenigen im grenzüberschreitenden Schienengüterverkehr. Ein schweizerisches Eisenbahnverkehrsunternehmen, das ausschliesslich grenzüberschreitend operiert, hat "nur" die Einhaltung dieser Bedingungen im Rahmen des Netzzugangsgesuches zu gewährleisten.

Artikel 8d Absatz 3 EBG sieht vor, dass Genehmigungen von Staaten, mit denen im Rahmen internationaler Vereinbarungen gegenseitige Anerkennungsverpflichtungen abgeschlossen wurden, von der Schweiz anzuerkennen sind. Das Landverkehrsabkommen stellt eine solche Vereinbarung dar und führt im Ergebnis dazu, dass Netzzugangsbewilligungen von Eisen-

---

<sup>54</sup> Vgl. Art. 8d Abs. 1 Bst. e EBG

bahnverkehrsunternehmen mit Sitz in einem EU-Staat, weiter nicht von der Schweiz überprüft werden dürfen. Etwas anderes lässt sich weder aus dem – vorliegend nicht anwendbaren – Entsendegesetz<sup>55</sup>, noch aus Artikel 8d Absatz 1 Buchstabe d EBG ableiten.

#### **Exkurs Entsendegesetz**

Im Zusammenhang mit dem Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (Freizügigkeitsabkommen, SR 0.142.112.681) beschlossen die Eidgenössischen Räte eine Reihe flankierender Massnahmen, darunter auch das Entsendungsgesetz (EntsG, SR 823.20). Es bezweckt die Ausdehnung der Anwendbarkeit bestimmter schweizerischer Arbeits- und Lohnbedingungen auf ausländische Arbeitnehmer, sofern sie von einem ausländischen Arbeitgeber in die Schweiz "entsendet" werden, um in einem bestimmten Zeitraum auf seine Rechnung und unter seiner Leitung im Rahmen eines Vertragsverhältnisses zwischen ihm und dem Leistungsempfänger eine Arbeitsleistung erbringen oder in einer Niederlassung oder einem Betrieb arbeiten, der zur Unternehmensgruppe des Arbeitgebers gehört (Art. 1 EntsG). Die Anwendbarkeit des Entsendegesetzes auf Sachverhalte im grenzüberschreitenden Schienengüterverkehr wurde in der Rechtsauskunft 2005 richtigerweise verneint, weil im grenzüberschreitenden Schienengüterverkehr eingesetzte Lokführer gar nicht in der Schweiz im Sinne des Entsendungsgesetzes arbeitstätig sind; sie erbringen ihre Arbeitsleistung grenzüberschreitend im Rahmen eines internationalen Schienengütertransports in zwei (oder mehreren) Ländern. Ihr Einsatz in der Schweiz beruht auch nicht auf dem Freizügigkeitsabkommen, sondern auf den gegenseitig verankerten Marktzugangsrechten des Landverkehrsabkommens. Netzzugangsgenehmigungen müssen (gegenseitig) – ohne weitere Prüfungen – anerkannt werden.

---

<sup>55</sup> Eine Anwendbarkeit des Entsendegesetzes müsste erst dann geprüft werden, wenn der Markt derart geöffnet würde, dass auch ausländische Eisenbahnverkehrsunternehmen Schienengüterverkehrsdienstleistungen im schweizerischen Binnenverkehr anbieten dürften.

### 7.3 Position der Gewerkschaften zur räumlichen Bezugsbasis und zur Bestimmung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen und deren Geltungsbereich

Die Position der Gewerkschaften wird aus der Anzeige gegen die Crossrail AG sowie durch das Interview mit dem SEV deutlich und lässt sich wie folgt zusammenfassen:

- Für die Bestimmung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen sind die Verhältnisse in der Schweiz bzw. die Schweizer Löhne massgebend;
- Diese müssen von allen im Marktgebiet operierenden Unternehmen angewendet werden.

In der nachstehenden Abbildung wird diese Position der Gewerkschaften in die grundsätzlichen Ausgestaltungsmöglichkeiten eingeordnet (vgl. rot markierten Felder in Abbildung 7-3).

Abbildung 7-3: Position der Gewerkschaften

	Räumliche Bezugsbasis der branchenüblichen Arbeitsbedingungen	Anwendbarkeit der branchenüblichen Arbeitsbedingungen auf:	Variante Code
<b>Internationaler Güterverkehr</b>	Arbeitsbedingungen im internationalen Marktgebiet	Schweizer Unternehmen	I1: K / CH-U
		Alle Unternehmen	I2: K / Alle-U
	Arbeitsbedingungen in der Schweiz	Schweizer Unternehmen	I3: CH / CH-U
		Alle Unternehmen	I4: CH / Alle-U
<b>Binnenverkehr</b>	Arbeitsbedingungen in der Schweiz	Schweizer Unternehmen	B1: CH / CH-U

Die Gewerkschaften vertreten damit den Grundgedanken, der dem Entsendegesetz zugrunde liegt<sup>56</sup>. Da sich die Position der Gewerkschaften nicht auf das geltende Regulativ abstützen lässt, stellt sich die Frage, welche Anpassungen vorgenommen werden müssten, damit die Interpretation und Wirkung von Artikel 8d Absatz 1 Buchstabe d EBG der Position der Gewerkschaften entsprechen:

- In erster Linie wäre das Landverkehrsabkommen anzupassen. Die gegenseitige (bedingungslose) Anerkennung von Netzzugangsbewilligungen im Rahmen der liberalisierten Bereiche des grenzüberschreitenden Schienengüterverkehrs müsste aufgehoben werden. Da diese Anerkennung indessen Grundpfeiler der gegenseitigen Marktöffnung bildet, würde sich eine Reihe von Folgeproblemen ergeben, deren antizipierte Lösung den Umfang der vorliegenden Studie sprengen würde.
- Eine Anpassung der entsprechenden eisenbahnrechtlichen Bestimmung (Artikel 8d Absatz 3 EBG) betreffend gegenseitiger Anerkennung fällt vorliegend nicht in Betracht, da es sich dabei lediglich um den nationalen Vollzug des Landverkehrsabkommens handelt.

<sup>56</sup> Vgl. Exkurs Entsendegesetz in Abschnitt 7.2, S. 39.

## 8 Beurteilung der Handlungsempfehlungen

In der schweizerischen Schienengüterverkehrslandschaft sind für die Bestimmung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen im Rahmen von Artikel 8d Absatz 1 Buchstabe d EBG zwei voneinander unabhängige Branchen zu unterscheiden:

- EVU, die Traktionsleistungen im Binnenverkehr (Ganzzüge oder Einzelwagenladungsverkehr) anbieten. Die Erbringung solcher Traktionsleistungen steht den ausländischen Eisenbahnverkehrsunternehmen nicht offen. Für diese Branche sind daher ausschliesslich die Arbeitsbedingungen der Schweizer Konkurrenzunternehmen massgebend.
- EVU, die Traktionsleistungen im grenzüberschreitenden Schienengüterverkehr anbieten. In diesem Bereich, der sowohl schweizerischen wie auch ausländischen Anbietern mit entsprechender Schweizer Sicherheitsbescheinigung offensteht, definieren sich die Arbeitsbedingungen der Branche nach den in- und ausländischen Eisenbahnverkehrsunternehmen, die entsprechende Dienstleistungen anbieten.

Die Bandbreite, innerhalb derer die Arbeitsbedingungen einer Branche als eingehalten gelten, kann nicht anhand einer Gesetzesauslegung abstrakt festgelegt werden, sondern sie muss vom BAV als vollziehender Behörde (z.B. im Rahmen der zu erarbeitenden Richtlinie) definiert werden. Ebenso sollte sich die Richtlinie dazu äussern, auf welche Weise die Arbeitsbedingungen durch das BAV erhoben werden (insbesondere betreffend ausländischer EVU, die grenzüberschreitende Traktionsleistungen anbieten). Dabei steht primär der um die tatsächliche Jahresarbeitszeit bereinigte Bruttostundenlohn (exkl. Zulagen) im Vordergrund.

Zudem ist sicherzustellen, dass sich die Arbeitsbedingungen im Rahmen der wirtschaftlichen Entwicklung und der entsprechenden Situation auf dem Arbeitsmarkt anpassen können.

Gleichzeitig ist aber auch sicherzustellen, dass die EVU, die über schweizerische Netzzugangsbewilligungen verfügen, die Bedingungen auch während der gesamten Bewilligungsdauer (nicht nur zum Zeitpunkt der Erteilung) einhalten. Hierzu sind geeignete Instrumente vorzusehen, die eine periodische Überprüfung seitens des BAV ermöglichen. In diesem Bereich liegt das grösste Missbrauchspotential: Ein EVU könnte beispielsweise geltend machen, die dem BAV dargelegten Löhne im grenzüberschreitenden Schienengüterverkehr zu bezahlen und in der Folge das entsprechende Personal auch für Binnenschienengüterverkehrsdienstleistungen einsetzen, was unter dem Lichte von Artikel 8d Absatz 1 Buchstabe d EBG als nicht zulässig zu erachten wäre.

Betreffend Geltungsbereich der Richtlinie zu den branchenüblichen Arbeitsbedingungen muss Folgendes gelten:

- Schweizerische EVU, die um eine Netzzugangsbewilligung nachsuchen, müssen – neben den zwingenden arbeitsrechtlichen Vorschriften – die Bedingungen der Branche, zu der sie aufgrund ihres Angebots zu zählen sind, einhalten.
- EVU mit Sitz in einem EU-Staat müssen im Rahmen der von ihnen erbrachten grenzüberschreitenden Schienengüterverkehrsdienstleistungen gegenüber den schweizerischen Vollzugsbehörden die Gewährleistung der Arbeitsbedingungen der Branche nicht nach-

weisen und zwingende Vorschriften des Schweizer Rechts nur einhalten, sofern deren Geltung auch für ausländische Unternehmen gesetzlich vorgesehen ist. Die Bedingungen, die sie ihren Triebfahrzeugführern gewähren, prägen aber die Branchenüblichkeit im grenzüberschreitenden Schienengüterverkehr mit.

Der Gesetzgeber hat die Zielsetzungen der Liberalisierung und Marktöffnung im Schienengüterverkehr sowie der Stärkung des Schienengüterverkehrs gegenüber dem Strassengüterverkehr in den Vordergrund gestellt. Die zu erarbeitende Richtlinie muss dieser Gewichtung Rechnung tragen und gleichzeitig die Ergebnisse der vorliegenden Studie berücksichtigen bzw. die formulierten Anforderungen erfüllen.

Dem BAV als vollziehender Behörde steht beim Erlass der Richtlinie ein nicht unwesentlicher Ermessensspielraum zu, der selbstverständlich pflichtgemäss auszunutzen ist.

## Literaturverzeichnis

- ALE – Autonome Lokführergewerkschaften Europa (2006)  
Arbeitsbedingungen für Lokführer in Europa. Im Internet:  
[http://www.vslf.com/uploads/media/2006-05-30\\_Lokf\\_hrer-Europa-Daten.xls](http://www.vslf.com/uploads/media/2006-05-30_Lokf_hrer-Europa-Daten.xls)  
[31.10.2014]
- BAV – Bundesamt für Verkehr (2004)  
Railion erhält Sicherheitsbescheinigung für die Schweiz. Medienmitteilung vom  
03.12.2004. Bern.
- BAV – Bundesamt für Verkehr (2014)  
Richtlinie Arbeitsbedingungen der Branche BUS des subventionierten  
Binnenpersonenverkehrs. Im Internet:  
<http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/34256.pdf> [31.10.2014]
- BBI 1997 I 909  
Botschaft zur Bahnreform.
- BBI 2005 I 2415  
Botschaft zur Bahnreform 2
- BBI 2011 I 911  
Botschaft zum zweiten Schritt der Bahnreform 2
- BBI 2014 I 3827  
Botschaft zur Totalrevision des Gütertransportgesetzes
- BFS – Bundesamt für Statistik (2008)  
Allgemeine Systematik der Wirtschaftszweige. Struktur. Im Internet:  
<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/news/publikationen.Document.103931.pdf>  
[31.10.2014]
- BFS – Bundesamt für Statistik (2008)  
NOGA 2008. Allgemeine Systematik der Wirtschaftszweige. Einführung. Im Internet:  
<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/news/publikationen.Document.110262.pdf>  
[31.10.2014]
- Booz Allen Hamilton (2005)  
Branchenübliche Arbeitsbedingungen im Schienengüterverkehr. Gutachten im Auftrag  
des Bundesamts für Verkehr.
- Credit Suisse (2011)  
Swiss Issues Regionen. Wohnen und Pendeln: Wo lebt sich's am günstigsten? Das  
verfügbare Einkommen in der Schweiz. Im Internet:  
[http://www.ur.ch/dl.php/de/5097cc3c859fa/20110524\\_SIRegionen\\_RDI2011\\_DE%5B3%5D.pdf](http://www.ur.ch/dl.php/de/5097cc3c859fa/20110524_SIRegionen_RDI2011_DE%5B3%5D.pdf) [31.10.2014]

Ecoplan / Kurt Moll (2013), Zielsystem im Güterverkehr. Forschungspaket UVEK/ASTRA Strategien zum wesensgerechten Einsatz der Verkehrsmittel im Güterverkehr der Schweiz – Teilprojekt G. Forschungsbericht 1441\_2. Forschungsauftrag SVI 2009/010 auf Antrag der Schweizerischen Vereinigung der Verkehrsingenieure und Verkehrsexperten SVI. Im Internet:

<http://www.mobilityplatform.ch/de/webviewer/download/14629/dHash/6af4dcadd26ca5121b6443805962b93fe15330ba/> [31.10.2014]

Jost Andreas, Streit Walter (2005)

Rechtsauskunft zur Bedeutung schweizerischer Arbeitsvorschriften und –bedingungen im internationalen Schienengüterverkehr. Im Auftrag des Bundesamts für Verkehr.

SBB (2010)

Innovatives Geschäftsmodell für neue Cargo-Bahn. Im Internet:

[http://www.sbbcargo.com/content/news/de/2010/7/27071/\\_jcr\\_content/relatedPar/contextmenu/downloadList/100705foliensetcargodpdf.spooler.download.pdf](http://www.sbbcargo.com/content/news/de/2010/7/27071/_jcr_content/relatedPar/contextmenu/downloadList/100705foliensetcargodpdf.spooler.download.pdf) [31.10.2014]

Schweizerische Eidgenossenschaft (ohne Datum)

Personenfreizügigkeit Schweiz – EU. Im Internet:

<http://www.personenfreizuegigkeit.admin.ch/fza/de/home.html> [31.10.2014]

Tschannen Pierre und Zimmerli Ulrich (2005)

Allgemeines Verwaltungsrecht. 2. Auflage. Bern

UVEK (ohne Datum)

Das Landverkehrsabkommen mit der EU. Im Internet:

<http://www.uvek.admin.ch/verkehrspolitikdesbundes/02761/02843/?lang=de> [31.10.2014]