Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössisches Departement für
Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation UVEK

Bundesamt für Verkehr BAV
Abteilung Finanzierung

Aktenzeichen: BAV / BAV-240.0-00001/00003/00010/00008
Ihr Zeichen:
Unser Zeichen: [redacted]
Sachbearbeiter/in: [redacted]
Bern, 10. Januar 2017

DAS BUNDESAMT FÜR VERKEHR

hat in der Angelegenheit

SEV Gewerkschaft des Verkehrspersonals, 3006 Bern

und

Crossrail AG, 4132 Muttenz

betreffend

Einhaltung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen durch die Crossrail AG

I. festgestellt:

1. Am 4. April 2014 richtete die Gewerkschaft des Verkehrspersonals SEV, unterstützt von den italienischen Gewerkschaften UIL Frontalieri und UIL Trasporti Lombardia - settore Ferrovie, ein mit "Denuncia cautelativa nei confronti di Crossrail SA, Muttenz, per infrazione all'Art. 8d lit. d della Legge federale sulle ferrovie" überschriebenes Schreiben an das Bundesamt für Verkehr (BAV). Darin wird vorgebracht, die Crossrail AG sehe vor, ungefähr siebzig italienische Lokomotivführer neu in Brig zu stationieren. Die Arbeitsverträge sähen für die Zeit nach der abgeschlossenen Ausbildung einen Monatslohn von ungefähr Fr. 3'350.- vor. Der Anfangslohn für einen Lokomotivführer sei in der Schweiz wesentlich höher (SBB Fr. 5'358.-, BLS Fr. 5'780). Damit verletze die Crossrail AG Art. 8d Abs. 1 Bst. d des Eisenbahngesetzes vom 20. Dezember 1957 (EBG; SR 742.101), wonach die Netzzugangsbewilligung unter anderem nur erteilt wird, wenn das Eisenbahnverkehrsunternehmen die arbeitsrechtlichen Vorschriften und die Arbeitsbedingungen der Branche einhält. Das BAV wurde aufgefordert, den Entzug der Netzzugangsbewilligung zu prüfen, sofern die Crossrail AG ihre Pläne in die Tat umsetze. Am 15. April 2014 übermittelte der SEV dem BAV zusätzliche Unterlagen.

Bundesamt für Verkehr BAV
Postadresse: 3003 Bern
Standortadresse: Mühlestrasse 6, Ittigen
[redacted]
www.bav.admin.ch

2. Das BAV forderte die Crossrail AG am 4. April 2014 zu einer Stellungnahme auf.

3. Am 10. April 2014 fand auf Wunsch der Crossrail AG zwischen Vertretern des Unternehmens und des BAV eine Besprechung statt, an der die Crossrail AG Gelegenheit erhielt, ihre Haltung darzulegen. Sie wurde bei dieser Gelegenheit aufgefordert, dem BAV bis Mitte Mai 2014 einen ausführlichen Bericht zu erstatten. Das BAV hielt fest, dass es daraufhin die ihm übermittelten Unterlagen prüfen und der Crossrail AG seinen Befund mitteilen werde.

4. Nebst allgemeinen Erläuterungen zur Struktur des Unternehmens sowie zum Güterverkehrsmarkt auf der Schiene erläuterte die Crossrail AG ihr Vorhaben am 19. Mai 2014 wie folgt:

   a. Die schweizerischen Lokomotivführer (d.h. in der Schweiz wohnhafte und von der Crossrail AG (d.h. nicht von ihrer italienischen oder belgischen Tochtergesellschaft) angestellten Lokomotivführer mit schweizerischem Ausweis sind zu Konditionen angestellt, die mit denjenigen von SBB und BLS vergleichbar sind.

   b. Um die Wirtschaftlichkeit und Effizienz zu verbessern, beabsichtigt die Crossrail AG, ihre von der italienischen Tochtergesellschaft Crossrail Italia S.r.l. angestellten und in Domodossola stationierten Lokomotivführern zur Crossrail AG zu überführen und ihnen schweizerische Arbeitsverträge und den Dienstort Brig anzubieten. Nach der Ausbildung sollen diese Lokomotivführer statt wie bisher nur in Italien bzw. nur bis Como und Domodossola neu bis nach Bellinzona und Brig fahren können. Weitergehende Einsätze auf dem schweizerischen Schienennetz sind nicht vorgesehen. Die betroffenen Personen werden weiterhin in Italien wohnen.

   c. Die Crossrail AG hat die schweizerischen Arbeitsverträge einundvierzig Mitarbeitern angeboten. Einundzwanzig davon haben zugesagt (Stand 19. Mai 2014). Während der Ausbildung erhalten die betroffenen Lokomotivführer einen Basislohn von brutto Fr. 3'100. Danach steigt der Lohn auf brutto Fr. 3'600.-. Der dreizehnte Monatslohn wird gewährt. Zu diesen Grundlöhnen kommen verschiedene Zulagen. Insgesamt wird ein durchschnittlicher Bruttolohn von Fr. 4'945.75 ausbezahlt.

   d. Die aufgezeigten Arbeitsbedingungen entsprechen nach Auffassung der Crossrail AG denjenigen der Branche. Insbesondere zeige ein Vergleich mit dem von den kantonalen Arbeitsämtern verwendeten Lohnbuch, dass Lokomotivführer der Kategorie B100 einen orts- und branchenüblichen Bruttolohn von Fr. 4'463.- erhalten, womit dieser unter demjenigen liege, der die Crossrail AG ausbezahlt.

   e. Es stelle sich die Frage, ob und inwiefern von einer normalen Branche gesprochen werden kann. Neben der Crossrail AG sei nur die SBB auch im internationalen Bereich tätig. Die BLS arbeite vorwiegend national. Ob sich deshalb die Löhne in dieser Branche mit nur zwei bis drei Marktteilnehmern aufgrund von normalen Marktbedingungen einpendeln und ob diese als Vergleichswerte herangezogen werden können, sei unklar.

   f. Die Crossrail AG macht geltend, dass die SBB Cargo International AG aufgrund einer Vereinbarung mit der Gewerkschaft des Verkehrspersonals SEV ebenfalls italienische Lokomotivführer in die Schweiz fahren lässt (vornehmlich bis Bellinzona). Dies jedoch mit italienischen Verträgen, d.h. zu Bedingungen und Löhnen, die weit unter dem Schweizer Niveau und auch unter dem Niveau der von der Crossrail AG ihren italienischen Lokomotivführern angebotenen Verträge liegt. Ein solches Vorgehen scheine branchenüblich zu sein.

Auf Grund dieser Darlegungen kommt die Crossrail AG zum Schluss, dass sie mit ihren Arbeitsbedingungen die entsprechende Anforderung des EBG nicht verletzt.

5. Am 17. Juni 2014 reichte der SEV beim BAV ein als "Anzeige gegen Crossrail AG, Hofackerstrasse 1, 4132 Muttenz / Verletzung von Art. 8d Ziff. 1 lit d des Eisenbahngesetzes (EBG) vom 20. Dezember 1957" bezeichnetes Schreiben ein.

6. Mit Schreiben vom 23. Juni 2014 an den SEV teilte das BAV mit, dass es nicht in der Lage sei, in dieser Angelegenheit einen sofortigen Entscheid zu fällen. Es begründete dies damit, dass es sich um den ersten Anwendungsfall des am 1. Januar 2010 in Kraft getretenen Art. 8d Abs. 1 Bst. d EBG handle, und dass deshalb umfangreichere Abklärungen nötig seien. Vor diesem Hintergrund habe das BAV am 11. Juni 2014 verschiedene Unternehmen aufgefordert, eine Offerte für eine entsprechende Studie zu unterbreiten.

7. Am 14. Januar 2015 legten die vom BAV beauftragten Experten (Arbeitsgemeinschaft Ecoplan/Kurt Moll - Advokatur und Projektmanagement) den Grundlagenbericht "Branchenübliche Arbeitsbedingungen im Schienengüterverkehr - Ergebnisse der rechtlichen und ökonomischen Analyse von Art. 8d Abs. 1 Bst. d des Eisenbahngesetzes" vor.

8. Das BAV übermittelte den Bericht der Experten am 20. Januar 2015 der Crossrail AG, dem SEV, dem Verband schweizerischer Lokführer und Anwärter VSLF, der Gewerkschaft transfair sowie den Schienengüterverkehrsunternehmen BLS Cargo AG, SBB Cargo AG und SBB Cargo International AG. Mit E-Mail vom 3. März 2015 wurden die Empfängerinnen des Berichts eingeladen, bis Ende März 2015 eine Stellungnahme dazu einzureichen. Es gingen folgende Stellungnahmen ein:

   a. Die Crossrail AG begrüsste das Ergebnis des Expertenberichts.

   b. Der VSLF verfasste eine Resolution an die Vorsteherin des UVEK und forderte sie darin auf, sich dafür zu verwenden, dass die Löhne für Lokführer in der Schweiz entsprechend dem Branchendurchschnitt definiert würden.

   c. Die BLS Cargo AG erklärte, dass sie, sofern das Vorgehen der Crossrail AG nicht zu beanstanden wäre, zunehmend ausländische Lokführer anstellen würde, und ersuchte das BAV um eine rasche Klärung der Rechtslage.

   d. Der SEV liess durch Dres. Marco Donatsch und Stefan Schürer, Zürich, ein Gegengutachten erstellen.

   e. Auch die SBB nahm zum Bericht Stellung. Sie brachte vor, dass die SBB Cargo AG und die SBB Cargo International AG gegenüber ausländischen Eisenbahnunternehmen im Nachteil seien, und dass festzulegende branchenübliche Arbeitsbedingungen sowohl für die Strasse wie die Schiene gelten müssten. Im Weiteren führe der getrennte Einsatz von Personal im nationalen und internationalen Verkehr zu gravierenden Schwierigkeiten. Beim EBG handle es sich um reines Landesrecht, das nicht im internationalen Kontext ausgelegt werden dürfe.

9. Das BAV entschied am 6. Mai 2015, dass die vom SEV kritisierten Arbeitsbedingungen mit dem EBG konform seien. Es begründete seinen Entscheid vor allem damit, dass auf Grund der Entstehungsgeschichte der einschlägigen Bestimmung davon auszugehen sei, dass die Unter-

nehmen des internationalen Schienengüterverkehrs eine eigene Branche bildeten und deren Arbeitsbedingungen mithin im internationalen Zusammenhang zu beurteilen seien.

10. Gegen diesen Entscheid erhob der SEV Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (BVGer). Dieses stützte die Auffassung des BAV in Bezug auf die Existenz verschiedener Branchen und stellte fest, dass sich die Branchenüblichkeit im Sinne von Art. 8d Abs. 1 Bst. d EBG an den schweizerischen Verhältnissen zu orientieren habe. Das BVGer rügte, dass die Verfügung des BAV keine konkreten Feststellungen zu den Arbeitsbedingungen der Branche der grenzüberschreitend tätigen schweizerischen EVU enthält. Da diese jedoch massgebend und entscheidwesentlich seien, wies es das BAV an, die Arbeitsbedingungen zu erheben, diese zu bewerten und in der Sache neu zu verfügen.

11. Am 4. Februar 2016 stellte das BAV den zehn im internationalen Schienengüterverkehr tätigen EVU einen Fragebogen zur Erhebung der jeweiligen Arbeitsbedingungen zu. Der Fragebogen bezog sich ausschliesslich auf Lokomotivpersonal und enthielt Fragen

    - zur Anzahl der vom Unternehmen selbst angestellten und von fremden Unternehmen gemieteten Personen,
    - zur Anzahl Standorte mit Lokomotivpersonal,
    - zur Jahres-Sollarbeitszeit,
    - zum Ferienanspruch,
    - zu den Anfangs- und Maximallöhnen für Berufseinsteiger,
    - zu den Maximallöhnen für Lokführer mit mehrjähriger Berufserfahrung,
    - zu den Zulagen,
    - zur Lohnfortzahlung bei Krankheit,
    - zur beruflichen Vorsorge, und
    - zur obligatorischen Unfallversicherung.

    Der Fragebogen wurde von sämtlichen angefragten Unternehmen beantwortet. Auf dieser Grundlage besteht eine vollständige Übersicht über die von den schweizerischen Unternehmen des internationalen Schienengüterverkehrs angebotenen Arbeitsbedingungen.

12. Das BAV betraute mit der Auswertung der Fragebogen ein externes Unternehmen. Dieses legte am 28. November 2016 seinen Schlussbericht vor. Damit ist das BAV in die Lage versetzt, im Sinne des Auftrags des BVGer neu zu entscheiden.

II. in Erwägung gezogen:

A Formelles:

1. Gemäss Art. 8c Abs. 1 EBG werden für die Durchführung des Eisenbahnverkehrs eine Netzzugangsbewilligung und eine Sicherheitsbescheinigung benötigt.

2. Um eine Netzzugangsbewilligung zu erhalten, muss das Eisenbahnverkehrsunternehmen verschiedene Voraussetzungen erfüllen. Unter anderem muss es nachweisen, dass es die arbeitsrechtlichen Vorschriften und die Arbeitsbedingungen der Branche einhält (Art. 8d Abs. 1 Bst. d EBG). Die Netzzugangsbewilligung wird vom BAV erteilt.

3. Art. 8f EBG bestimmt, dass das BAV die Netzzugangsbewilligung und die Sicherheitsbescheinigung jederzeit ohne Anspruch auf Entschädigung ganz oder teilweise widerruft, wenn die Voraussetzungen für die Erteilung nicht mehr erfüllt sind oder wenn das Eisenbahnverkehrsunternehmen wiederholt oder in schwerer Weise gegen das Gesetz, die Bewilligung oder die Bescheinigung verstossen hat.

4. Art. 10 Abs. 2 EBG sieht das BAV als Aufsichtsbehörde vor. Seine Befugnisse sind im Art. 12 EBG geregelt. Demnach ist das BAV befugt, Beschlüsse und Anordnungen von Organen oder Dienststellen des Eisenbahnunternehmens aufzuheben oder ihre Durchführung zu verhindern, wenn sie gegen das Gesetz, die Konzession oder internationale Vereinbarungen verstossen oder wichtige Landesinteressen verletzten.

5. Das BAV kann auch nach der Erteilung der Netzzugangsbewilligung und bei Zweifeln an der Einhaltung der gesetzlichen Anforderungen überprüfen, ob die Voraussetzungen noch immer erfüllt sind. Zudem es das Verhalten eines Eisenbahnunternehmens einer aufsichtsrechtlichen Untersuchung zu unterziehen, um dessen gesetzeskonformes Verhalten sicherzustellen. Dennoch ist die Eingabe des SEV nicht bloss als aufsichtsrechtliche Anzeige zu behandeln: Dem SEV, als Gewerkschaft eines grossen Teils des Eisenbahn-Personals in der von Art. 8d Abs. 1 Bst. d erfassten "Branche", steht das Recht zu, dessen Interessen wahrzunehmen. Die Eingabe ist daher als Gesuch um Erlass allfälliger Massnahmen zu behandeln. Gestützt darauf prüft das BAV die Einhaltung der Voraussetzung einer Netzzugangsbewilligung durch die Crossrail AG. Sollten diese nicht bzw. nicht mehr gegeben sein, wäre über allfällige Massnahmen zu entscheiden.

6. Die Zuständigkeit des BAV zum Erlass der vorliegenden Verfügung ist gegeben.

B Materielles:

1. In der Botschaft zur Bahnreform vom 13. November 1996[1] führte der Bundesrat aus, dass Unternehmen, die den Netzzugang beantragen wollen, nachweisen müssen, dass die Bestimmungen betreffend Gesundheit, Sozialbedingungen sowie Rechte der Arbeitnehmer (z.B. die Bestimmungen des Arbeitszeitgesetzes [AZG; SR 822.21]) eingehalten werden und die Anstellung zu vergleichbaren Bedingungen erfolgt. Er schlug deshalb vor, im EBG (damals Art. 9) die Unternehmen zu verpflichten, in der Schweiz eingesetztes ausländisches Personal zu "landesüblichen Bedingungen" anzustellen; dabei gehe es um die Verhinderung des sogenannten "Sozialdumpings". Darunter ist hier insbesondere das Zahlen zu tiefer Löhne zu verstehen.

2. Im Parlament - sowohl in den Kommissionen wie auch im Plenum - wurde dieser Vorschlag eingehend diskutiert. Der Entwurf des Bundesrats wurde schliesslich auf Antrag der Kommission für Verkehr und Fernmeldewesen des Ständerats (KVF-S) dahingehend abgeändert, dass den Unternehmen auferlegt wurde, branchenübliche statt wie vom Bundesrat vorgeschlagen landesübliche Arbeitsbedingungen anzubieten. Die Protokolle der KVF-S sind nicht öffentlich und können daher nur eingeschränkt als Grundlage der historischen Auslegungsmethode herangezogen werden.

3. In diesem Zusammenhang ist an den Sinn und Zweck der Bahnreform hinsichtlich des Güterverkehrs zu erinnern: Gemäss Botschaft sollte mit der Liberalisierung des Netzzugangs die Voraussetzungen für den Güterverkehr auf der Schiene verbessert werden. Die Bahnen sollten ih-

[1] BBl **1997** 909

ren Herausforderungen mit einer Produktivitätssteigerung und einer stärkeren Ausrichtung an die Bedürfnisse des Marktes entgegentreten. Der im Schienengüterverkehr mögliche Wettbewerb sollte die Bahnen dazu bringen, bessere Leistungen anzubieten und sich gegenüber den ausländischen Bahnen behaupten zu können. Da sich zum Zeitpunkt der Beratung der Bahnreform im Parlament der mit dem Landverkehrsabkommen zwischen der Schweiz und der EU über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse verstärkte Konkurrenzdruck bereits abzeichnete, sollten die schweizerischen Güterbahnen soweit als möglich befähigt werden, in diesem neuen Umfeld zu bestehen. Von Vertretern der SBB wurde dem Parlament gegenüber deutlich gemacht, dass die Personalkosten einen deutlichen Einfluss auf die Wettbewerbsfähigkeit haben. Die Änderung von "landesüblich" zu "branchenüblich" ist als Kompromiss zu werten, der dem Personal einen gewissen Schutz vor Sozialdumping gewähren, aber die schweizerischen Unternehmen gegenüber den ausländischen nicht übermässig benachteiligen sollte. Mit anderen Worten: Dieser Schritt der Bahnreform verfolgte zwei Ziele, die sich inhaltlich zum Teil zuwiderlaufen:

a. Zum einen sollte der Wettbewerb auf der Schiene ermöglicht werden.

b. Zum anderen sollte dies nicht auf Kosten des Personals erfolgen; dieses sollte gegen Sozialdumping in Form allzu tiefer Löhne geschützt werden.

Zu diesem Schluss kommt auch das BVGer in seinem Urteil vom 15. Dezember 2015, wenn es ausführt:

"Aus den Materialien ergibt sich zusammenfassend kein eindeutiger Wille des Gesetzgebers; die abgegebenen Voten sind äusserst unterschiedlich und die angenommene Variante ein letztlich nicht näher definierter Kompromiss zwischen der Schaffung von Wettbewerb im Schienengüterverkehr und dem Schutz vor Sozialdumping, insbesondere Lohndumping. ... Als gesichert kann gelten, dass den übrigen EVU nicht die Bedingungen, namentlich die Löhne der SBB oder deren Gesamtarbeitsvertrag auferlegt werden sollten, dass umgekehrt aber Lohndumping verhindert werden sollte. Zudem gibt es Anzeichen, dass "branchenüblich" weiter gefasst ist als "landesüblich" und allenfalls auch die Bedingungen von Bahnen aus der EU als branchenüblich erachtet worden sind" (E. 4.3.3.5, Seite 19).

4. Das BVGer kommt zum Schluss, dass die verschiedenen Auslegungsmethoden letztlich übereinstimmend ergeben, dass sich die Branchenüblichkeit im Sinn von Art. 8d Abs. 1 Bst. d EBG an den schweizerischen Verhältnissen orientiert. Die Auffassung des BAV, die Arbeitsbedingungen definierten sich nach allen schweizerischen und europäischen EVU, die grenzüberschreitenden Schienengüterverkehr anbieten, folgt das Gericht nicht. Seiner Auffassung nach sind allein die Verhältnisse bei den schweizerischen EVU massgebend. Vor diesem Hintergrund und der Anweisung des BVGer folgend, hat das BAV die Arbeitsbedingungen bei den einschlägigen EVU erhoben (s.a. I.11).

5. Aus ökonomischer Sicht kann argumentiert werden, dass „branchenüblich“ diejenigen Arbeitsbedingungen sind, die zu einem bestimmten Zeitpunkt tatsächlich bestehen. Aufgrund des Umstands, dass heute die Nachfrage nach Lokomotivführern grösser ist als die Anzahl verfügbarer Personen, können aus ökonomischer Sicht die folgenden Schlussfolgerungen gezogen werden:

   – Wenn das Angebot an Lokomotivführern knapp ist, verfügen diese über eine entsprechend grössere Marktmacht bei der Aushandlung der Arbeitsbedingungen. Dies gilt unter den Annahmen eines vollkommenen Marktes, dh. vollständige Information, genügende Zahl

von Nachfragern und Anbietern, keine wirtschaftlichen Abhängigkeiten und kein Marktteilnehmer kann den Preis einseitig beeinflussen.

- Alle Arbeitsverträge, die unter diesen Voraussetzungen im gegenseitigen Einvernehmen zwischen Personal und Arbeitgebern geschlossen wurden, sind in diesem Sinne aus ökonomischer Sicht als branchenüblich zu betrachten.
- Im Falle von "unüblichen" Arbeitsbedingungen würde mutmasslich kein Vertrag zwischen Personal und Arbeitgeber zustande kommen.
- Als branchenüblich ist demnach unter ökonomischen Gesichtspunkten grundsätzlich die gesamte Bandbreite zwischen den minimalen und den maximalen Arbeitsbedingungen zu betrachten.

6. Soll im vorliegenden Fall die Branchenüblichkeit überprüft werden, kann es nicht ausschliesslich um die „Üblichkeit“ der Arbeitsbedingungen im ökonomischen Sinn gehen. Vielmehr muss bestimmt werden, welcher Schwellenwert den Ausgleich zwischen den verschiedenen abzuwägenden Interessen am besten repräsentiert und der darum durch die in den Arbeitsverträgen festgelegten Arbeitsbedingungen nicht unterschritten werden darf. Hätte sich der Gesetzgeber mit dem Marktlohn einverstanden erklärt, hätte er keine gesetzliche Bestimmung zur Festlegung der Branchenüblichkeit erlassen. Bei den abzuwägenden Interessen handelt es sich, wie weiter oben dargelegt, einerseits um den Schutz des Personals vor Dumpinglöhnen und andrerseits das Bedürfnis, den im grenzüberschreitenden Güterverkehr auf der Schiene tätigen Unternehmen möglichst günstige Wettbewerbsbedingungen zu bieten.

   Wie das BVGer in seinem Urteil ausführt, stellt die Formulierung von Art. 8d Bst. Abs. 1 Bst. d EBG einen letztlich nicht näher definierten Kompromiss zwischen der Schaffung von Wettbewerb im Schienengüterverkehr und dem Schutz vor Sozialdumping, insbesondere Lohndumping, dar, also zwischen zwei grundsätzlich unterschiedlichen Zielsetzungen. Anlässlich der Revision des Fernmeldegesetzes (Totalrevision, Geschäftsnummer 96.048), die hinsichtlich der Ausgestaltung der Vorschriften über die Arbeitsbedingungen bei der EBG-Revision als Vorbild diente, wurde festgehalten, dass eine Konkurrentin ihre Dienste nicht allein deswegen günstiger anbieten können solle, weil sich ihre Arbeitsbedingungen deutlich von denen der übrigen Unternehmen unterscheide. Damit wurde ausgedrückt, dass gewisse Lohnunterschiede zwar zulässig sein sollen, dass sich diese aber auf ein sozialverträgliches Mass beschränken müssen; ein Unternehmen soll sich auch aus anderen Gründen, z.B. der von ihm angebotenen Qualität, von der Konkurrenz abheben können. Diese Grundsätze sind auch im Fall des grenzüberschreitenden Güterverkehrs auf der Schiene sachgerecht. Die vom Volk mehrmals bejahte Verlagerungspolitik des alpenquerenden Gütertransitverkehrs von der Strasse auf die Schiene erfordert eine Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit der Bahnen. Ausgelöst durch die verschiedenen vor diesem Hintergrund vom Bund ergriffenen Massnahmen - insbesondere durch die Einführung des Netzzugangs – haben sich nebst den bisherigen Unternehmen verschiedene neue Marktteilnehmer (darunter die Crossrail AG) etabliert. Die Entwicklung des Modalsplits belegt den Erfolg dieser Massnahmen. Heute stehen verschiedene Unternehmen des internationalen Güterverkehrs auf der Schiene in Konkurrenz zueinander. Sie versuchen, einerseits durch bessere Qualität einen grösseren Marktanteil zu erhalten, sind aber andrerseits gehalten, ihre Kosten so tief als möglich zu halten. Eine gewisse Flexibilität bei den Arbeitsbedingungen ist daher unabdingbar, wenn Wettbewerb überhaupt ermöglicht werden soll. Diese zulässige Abweichung von den Standardbruttolöhnen soll nicht dazu führen, dass Personal zu Dumpinglöhnen angestellt wird.

7. Das BVGer gesteht dem BAV bei der Festlegung des branchenüblichen Lohns ein technisches Ermessen zu (E. 5.2, Seite 21). Aus diesem Grund hat das BAV ein Modell entwickelt, wie sich die Beurteilung des branchenüblichen Lohns im grenzüberschreitenden Güterverkehr aus verschiedenen Parametern ableiten lässt.

Das Modell zieht drei Elemente zur Beurteilung bei:

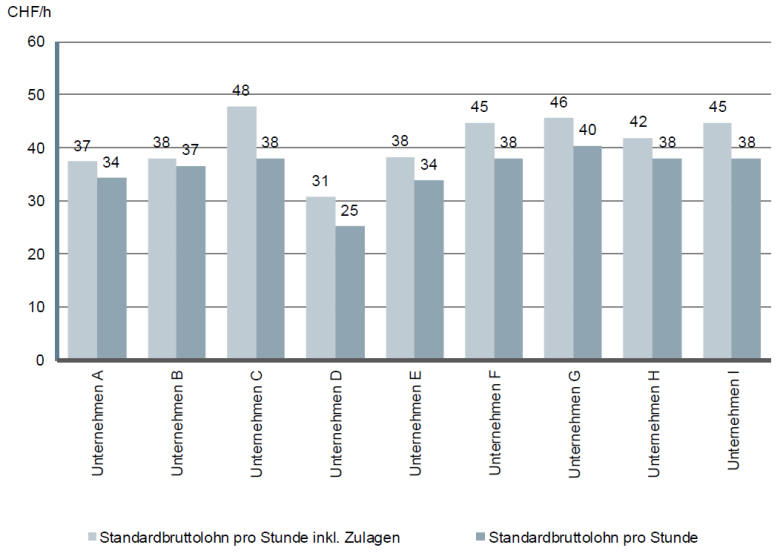
- Die empirisch erhobenen Löhne von schweizerischen Unternehmen, welche im grenzüberschreitenden Güterverkehr tätig sind
- Die Kaufkraftunterschiede zu den Nachbarländern
- Der Berücksichtigung des länderspezifischen Streckenanteils

Das Modell erlaubt eine dynamische Beurteilung des jeweils gültigen branchenüblichen Lohns. Die Höhe ist abhängig von den Lohnabschlüssen im Inland, der Kaufkraftparität zum Ausland sowie dem Streckenanteil im In- und Ausland des jeweiligen Unternehmens.

8. Der branchenübliche Lohn leitet sich aus den empirisch erhobenen Löhnen bei Schweizer Transportunternehmen im grenzüberschreitenden Güterverkehr ab. Damit stützt sich das BAV wie vom BVGer vorgegeben allein auf die Verhältnisse bei den schweizerischen EVU.

Die Ergebung ergab folgende Ergebnisse.

Abbildung 3-1: Standardbruttolohn pro Stunde



Die Erhebung zeigt eine Bandbreite von Fr. 31.- bis Fr. 48.- gemessen am Standardbruttolohn pro Stunde inkl. Zulagen. Die Mehrheit der festgestellten Löhne bewegt sich in einem Band über Fr. 37.-.

Ein Unternehmen weist mit Fr. 31.- einen augenscheinlich deutlich tieferen Lohn aus. Wie vorstehend ausgeführt, kommt dem BAV ein gewisses Ermessen bei der Abwägung zwischen dem Marktlohn und dem Schutz vor Dumping-Löhnen zu. Es ist deshalb zu beurteilen, wie weit die Bandbreite der Branchenüblichkeit zu setzen ist.

Zuerst ist festzustellen, dass drei von neun Unternehmen einen Lohn zwischen Fr. 37.- und Fr. 38.- kennen. Damit kann davon ausgegangen werden, dass diese Lohnhöhe eine gewisse Branchenüblichkeit aufweist.

Weiter ist im Inland eine gewisse Lohndifferenz akzeptiert. Das zeigt, dass selbst der SEV mit einer Tochterfirma der SBB im Regionalverkehr einen Gesamtarbeitsvertrag unterzeichnet hat, welcher einen um 20% tieferen Maximallohn erlaubt als im entsprechenden Gesamtarbeitsvertrag mit der SBB. Eine Abweichung von 20% vom höchsten festgestellten Lohn (Fr. 48.-) entspricht einem Lohn von Fr. 38.40.

Das BAV hat sich mit der Festlegung von Mindesteinstiegslöhnen bei Buschauffeuren mit einer ähnlichen Fragestellung befasst.[2] Bei dieser Festlegung wurde aufgrund einer empirischen Erhebung der Branchenlöhne argumentiert, dass die tiefsten im Markt festgestellten Löhne als nicht branchenüblich gelten. Die Limite wurde bei den untersten fünf Prozent der Löhne festgelegt. Diese Richtlinie hat sich bewährt und wird in der Praxis angewendet.

Das BAV betrachtet jenen Lohn als mindestens branchenüblichen Standardbruttolohn pro Stunde inkl. Zulagen, welcher bei der überwiegenden Mehrheit der Unternehmen angewendet wird. Dieser beträgt nach der vom BAV durchgeführten Erhebung rund Fr. 37.-.

9. Es bleibt zu prüfen, welche Abweichungen von den branchenüblichen Arbeitsbedingungen – im Sinne des empirisch erhobenen Standardbruttolohns von Fr. 37.- pro Stunde – bei besonderen Verhältnissen zulässig sind.

9.1. Anpassung des errechneten Bruttolohns unter Berücksichtigung der Kaufkraft

In diesem Verfahren ist von Bedeutung, dass die Lokomotivführer, deren Löhne Gegenstand der Kritik des SEV sind, in Italien wohnhaft sind. Wieviel die ihnen ausbezahlten Löhne "wert" sind, kann nicht ohne Einbezug der Beurteilung ihrer Kaufkraft beantwortet werden. Die Kaufkraftunterschiede zwischen der Schweiz und Italien sind in dieser Hinsicht wesentlich. Dabei ist die Höhe der Löhne nicht als absoluter Wert zu vergleichen, sondern immer nur im Hinblick darauf, welche Lebenshaltung ebendiese Löhne im jeweiligen Land zulassen. Auskunft über das Verhältnis zwischen Preisen und Löhnen gibt eine Studie der UBS zum Thema[3]. Der in dieser Studie betrachtete Warenkorb für Lebensmittel kostet in einer italienischen Stadt 54,9% des Wertes in der vergleichbaren schweizerischen Stadt. Eine unmöblierte Dreizimmerwohnung kann in Italien zu 1'380 Euro gemietet werden, während dem sie in der Schweiz 2'210 Euro kostet. Die Studie vergleicht weitere Waren und Dienstleistungen, aber die wesentliche Aussage ist klar: Die Lebenshaltungskosten sind in Italien für den Grundbedarf, aber auch für weitere Güter, bedeutend geringer als in der Schweiz.

Um die Unterschiede in der Kaufkraft deutlich zu machen, wird in der Regel die Kaufkraftparität herangezogen. Kaufkraftparitäten sind fiktive monetäre Umrechnungsfaktoren, welche es erlauben, länderspezifische volkswirtschaftliche Indikatoren (wie zum Beispiel das Bruttoinlandprodukt) über die Landesgrenzen hinweg vergleichbar zu machen, indem die Differenzen unterschiedlicher Preisniveaus ausgeglichen werden. Gemäss Bundesamt für Statistik lag die schweizerische Kaufkraftparität 2014 im Vergleich mit der Europäischen Union bei 146 Index-

[2] Richtlinie Arbeitsbedingungen der Branche Bus des subventionierten Binnenpersonenverkehrs vom 28. März 2014

[3] Preise und Löhne 2015, UBS Switzerland AG 2015, veröffentlicht auf www.ubs.com/preiseundloehe

punkten. Die Werte für die Nachbarländer der Schweiz sind 104 (Deutschland), 110 (Frankreich), 101 (Italien) und 109 (Österreich)[4]. Werden die Nachbarländer insgesamt betrachtet, ergibt sich ein Wert von 106. Dieser liegt 27% unter dem schweizerischen Niveau. Mit dieser Methode - Berechnung des durchschnittlichen Bruttolohns und dessen Bereinigung um die Kaufkraft - entspricht die Kaufkraftparität eines Bruttolohns von Fr. 37.- in der Schweiz einem Bruttolohn von rund Fr. 27.- in den benachbarten Ländern. Damit wird der branchenübliche Schweizer Lohn rein rechnerisch auf ausländische Verhältnisse übertragen.

9.2. Anpassung des errechneten Standardbruttolohns unter Berücksichtigung des länderübergreifenden Einsatzes

Das BVGer weist in seinem Urteil auf das Entsendegesetz vom 8. Oktober 1999 (EntsG, SR 823.20) hin. Es führt aus, dass das EntsG zwar die Tätigkeit von Eisenbahnverkehrsunternehmen nicht umfasse, hingegen ein gesetzgeberisches Anliegen kodifiziere, nach dem für in der Schweiz erbrachte Arbeit grundsätzlich die schweizerischen Arbeitsbedingungen einzuhalten seien. Die Durchsetzung dieser Rechtsauffassung wurde auch vom SEV wiederholt gefordert, letztmals ausdrücklich vor der Eröffnung des Gotthard-Basistunnels[5].

Den Angaben der Crossrail AG zufolge leisten die in Brig stationierten italienischen Lokomotivführer zum Zeitpunkt des Erlasses dieser Verfügung nur rund dreissig Prozent ihrer produktiven Arbeitsstunden in der Schweiz. Die restlichen rund siebzig Prozent ihrer Arbeit werden in Italien erbracht. Nach dem vom EntsG implizierten und vom SEV geforderten Territorialitätsprinzip müssen also für die auf italienischem Territorium erbrachte Arbeitsleistung italienische Löhne bezahlt werden; die in Italien üblichen Löhne sind jedoch bedeutend tiefer als der oben dargestellte schweizerische Standardbruttolohn[6], und sie sind ebenfalls tiefer als die Löhne, welche den in Brig stationierten italienischen Lokomotivführern der Crossrail bezahlt werden.

Vor diesem Hintergrund ist die maximale mögliche Abweichung zwischen einem in der Schweiz als branchenüblich betrachteten Lohn von Fr. 37.- mit einem kaufkraftbereinigten Lohn von Fr. 28.- in den Nachbarländern nach der effektiven Leistungserbringung zu gewichten. Dabei wird davon ausgegangen, dass die betroffenen Lokführer ihren Lebensunterhalt in etwa entsprechend ihrem länderübergreifenden Einsatz zu bestreiten haben.

Bei einem Verhältnis von 30% in der Schweiz zu 70% in Italien geleisteter Arbeit resultiert im konkreten Fall ein an die speziellen Verhältnisse angepasster branchenüblicher Lohn bei grenzüberschreitendem Einsatz von knapp Fr. 30.-.

10. Die von der Crossrail AG den italienischen Lokomotivführer bezahlten Löhne von Fr. 31.- können folglich unter Berücksichtigung des länderübergreifenden Einsatzgebietes als branchenüblich beurteilt werden. Ändern sich die Rahmenbedingungen wie das Lohnniveau in der Schweiz (ausgedrückt in Form der empirisch feststellbaren Löhne bei der überwiegenden Mehrheit der relevanten Unternehmen), die Kaufkraftunterschiede und die im In- und Ausland erbrachten Streckenanteile, ist eine Neubeurteilung vorzunehmen.

---

[4] https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/preise/kaufkraftparitaeten.html

[5] http://www.textverzeichnisse.ch/Portals/7/SEV/Gotthard-Tunnel.%20Fahrdienstpersonal.%20L%C3%B6hne.%20SEV,%202016-05-27.pdf

[6] Gemäss Bundesamt für Statistik betrug der mittlere jährliche Bruttolohn für eine Vollzeitstelle im 4. Quartal 2015 in Italien € 31'088.-, in der Schweiz € 63'549.-.

11. Letztlich nicht von ausschlaggebender Bedeutung, aber dennoch in die Betrachtung mit einzubeziehen ist die Frage nach möglichen Alternativen, wenn es der Crossrail verwehrt sein sollte, die fraglichen Löhne zu bezahlen. In Frage käme mutmasslich folgende Möglichkeiten:

- Status quo (Einsatz von Personal von Italien her), oder
- die Übernahme des Transitverkehrs durch die Tochtergesellschaften (Crossrail Italia S.r.l. und Crossrail Benelux NV). Da diese Firmen über Lizenzen (Netzzugangsbewilligungen) ihres Heimatstaates verfügen, und diese Lizenzen auf Grund des Landverkehrsabkommens mit der EU von der Schweiz anerkannt werden, wären sie dazu berechtigt, den Transitverkehr durch die Schweiz ohne die Beteiligung eines schweizerischen Unternehmens selbständig durchzuführen. Damit würden sämtliche Arbeitsplätze der (schweizerischen) Crossrail AG aufgehoben, oder
- Gründung einer neuen ausländischen Tochtergesellschaft mit Sitz z.B. in Süddeutschland.

Mit diesen Alternativen wäre für niemanden etwas gewonnen. Im Gegenteil hätte das betroffene Personal weiterhin noch tiefere Löhne, der Schweiz gingen Arbeitsplätze verloren und ein inländisches Unternehmen würde bestenfalls im Wettbewerb geschwächt, im schlechteren sogar ins Ausland vertrieben. Es kann davon ausgegangen werden, dass die Verlagerung von Arbeitsplätzen ins Ausland nicht in der Absicht des Gesetzgebers lag.

12. Offen bleiben können hier sachverwandte andere Fragen, wie die Entlöhnung derjenigen Lokführer, die z.B. im Fernverkehr über lange Strecken im Ausland fahren, jedoch einen wenige Kilometer innerhalb der Landesgrenze gelegenen Schweizer Grenzbahnhof ansteuern. Weil sich nach der erneuten Beurteilung durch das BAV der von der Crossrail AG den italienischen Lokführern in Brig angebotene Lohn als branchenüblich erweist, stellt sich auch die Frage nicht, ob das Bezahlen zu tiefer (und damit nicht „branchenüblicher“) Löhne die Voraussetzungen von Art. 8f EBG erfüllen würde. Die Anwendung dieser Bestimmung setzt voraus, dass „… die Voraussetzungen für die Erteilung nicht mehr erfüllt sind oder wenn das EVU wiederholt oder in schwerer Weise gegen das Gesetz, die Bewilligung oder Bescheinigung verstossen hat.“ Nicht erheblich ist ferner die Frage, ob die „Branchenüblichkeit“ – angesichts der dargelegten Erkenntnis, dass diese sich gewissermassen dynamisch jeweils auch aus sich selbst ergibt und festlegt – ein taugliches Kriterium ist. Ebenfalls nicht zu klären ist schliesslich, ob weitere als die hier von der Crossrail realisierten Abweichungen immer noch als „branchenüblich“ gelten könnten.

13. Zusammenfassend wird festgehalten:

Der von der Crossrail AG den italienischen Lokomotivführern mit Dienstort Brig bezahlte Bruttolohn ist nicht zu beanstanden.

- Die Unternehmen des internationalen Schienengüterverkehrs sollen wettbewerbsfähig werden; ihnen ist deshalb eine gewisse Flexibilität bei den Anstellungsbedingungen zuzubilligen, allerdings ohne dass diese so weit geht, dass Dumpinglöhne angeboten würden. De facto sind Unterschiede bei den Bruttolöhnen von 20% von den Sozialpartnern bereits akzeptiert. Eine Spannweite von 20% vom Standardbruttolohn verletzt das EBG nicht.
- Das vom BVGer angesprochene, im schweizerischen Recht verankerte Territorialitätsprinzip verlangt grundsätzlich, dass für die auf schweizerischem Territorium erbrachte Arbeit die schweizerischen Arbeitsbedingungen anwendbar sind. Dieser Grundsatz wird auch vom SEV ausdrücklich unterstützt. Im Umkehrschluss gilt, dass für die auf ausländischen

Territorium geleistete Arbeit die jeweils im Ausland geltenden Bedingungen Geltung haben. Diese ist anteilig über die Kaufkraftunterschiede zum Ausland und zum im Ausland erbrachten Leistungsanteil zu berücksichtigen.

- Mit einem differenzierten Modell basierend auf den bei den relevanten, schweizerischen Unternehmen erfassten Löhnen, den Kaufkraftunterschieden zum benachbarten Ausland sowie des Streckenanteils im In- und Ausland wurde ein Referenzwert für die Branchenüblichkeit hergeleitet.
- Die von der Crossrail AG ihren italienischen Lokomotivführern mit Dienstort Brig angebotenen Arbeitsbedingungen sind branchenüblich im Sinne des EBG.
- Damit verletzt die Crossrail AG Art. 8d EBG nicht. Das Gesuch des SEV um Entzug der Netzzugangsbewilligung der Crossrail AG ist daher abzuweisen.

14. Gemäss Art. 2 der Verordnung über die Gebühren und Abgaben des Bundesamtes für Verkehr (GebV-BAV; SR 742.102) muss eine Gebühr bezahlen, wer eine Dienstleistung oder Verfügung nach Artikel 1 veranlasst. Gestützt auf Art. 9 Abs. 1 GebV-BAV kann das BAV die Gebühren und die Abgaben herabsetzen oder erlassen, wenn wichtige Gründe vorliegen oder der Arbeitsaufwand geringfügig ist. Vorliegend musste das BAV das Gesuch um Entzug einer Netzzugangsbewilligung wegen der Nichteinhaltung der Arbeitsbedingungen der Branche prüfen. Die Beantwortung dieser Frage ist auch für das BAV von erheblicher Bedeutung. Auch liegt die Beurteilung der Frage der Einhaltung der Arbeitsbedingungen der Branche im öffentlichen Interesse. Aus diesem Grund und gestützt auf die erwähnte Bestimmung wird auf die Erhebung eine Gebühr verzichtet.

III. verfügt:

1. Das Gesuch des SEV um Entzug der Netzzugangsbewilligung der Crossrail AG wird abgewiesen.

2. Es werden keine Kosten gesprochen und keine Entschädigungen ausgerichtet.

Bundesamt für Verkehr

Dr. Peter Füglistaler
Direktor

Peter König
Leiter Sektion Recht

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen Eröffnung beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 9023 St. Gallen, Beschwerde geführt werden. Die Rechtsschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 52 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021).

Eingeschrieben zu eröffnen an:

- SEV Gewerkschaft des Verkehrspersonals
  Zentralsekretariat
  Postfach
  3000 Bern 6

- Crossrail AG
  Hofackerstrasse 1
  4132 Muttenz

[redacted]

[redacted]