Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung I
A-3434/2015

Urteil vom 15. Dezember 2015

Besetzung

Richter Maurizio Greppi (Vorsitz),
Richterin Marianne Ryter, Richter Jürg Steiger,
Gerichtsschreiber Bernhard Keller.

Parteien

Gewerkschaft des Verkehrspersonals (SEV),
Steinerstrasse 35, Postfach, 3000 Bern 6,
vertreten durch Dr. Marco Donatsch, Rechtsanwalt,
Donatsch Rechtsanwälte, Kreuzplatz 1, Postfach 2016,
8032 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

Crossrail AG,
Hofackerstrasse 1, 4132 Muttenz,
vertreten durch Prof. Dr. Daniel Staehelin, Advokat
und/oder MLaw Daniel Rüdin, Kellerhals Carrard Basel,
Hirschgässlein 11, Postfach 257, 4010 Basel,
Beschwerdegegnerin,

Bundesamt für Verkehr BAV, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Entzug der Netzzugangsbewilligung / Einhaltung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen.

Sachverhalt:

A.
Die Crossrail AG ist ein schweizerisches Unternehmen, das eine schweizerische Netzzugangsbewilligung innehat und im internationalen Eisenbahngüterverkehr tätig ist. Sie bietet u.a. Schienengüterverkehr zwischen Holland bzw. Belgien und Italien an und befährt dabei die Gotthard- und die Lötschberg-Simplon-Linie. Sie hat u.a. in Italien eine Tochtergesellschaft, Crossrail Italia S.r.l., die am Standort Domodossola italienisches Lokpersonal stationiert hat. Die italienischen Lokführer führen die Züge in Italien bis bzw. ab Domodossola bzw. Como; von dort in die Schweiz bzw. aus der Schweiz bis dorthin führen jeweils schweizerische Lokomotivführer der Crossrail AG die Züge.

B.
Als Massnahmen zur Effizienzsteigerung sieht die Crossrail AG vor, dass das Lokpersonal statt in den Güterbahnhöfen von Domodossola bzw. Como neu in Brig bzw. Bellinzona wechselt. Hierzu hat sie einen Standort in Brig eröffnet und will bis zu 41 italienische Lokomotivführer von der Crossrail Italia S.r.l. in die Crossrail AG übernehmen, sie in Brig statt Domodossola stationieren und zuerst während fünf Monaten ausbilden, so dass sie Züge von Italien bis Brig bzw. Bellinzona und umgekehrt führen können. Während der Ausbildung erhalten die italienischen Lokführer einen Lohn von Fr. … brutto, danach von Fr. … brutto zuzüglich 13. Monatslohn und verschiedener Zulagen. Crossrail AG macht geltend, den italienischen Lokführern insgesamt einen durchschnittlichen Bruttolohn von Fr. … zu zahlen. Nach ihren Angaben haben die ersten italienischen Lokführer mittlerweile diese Ausbildung abgeschlossen.

C.
Am 4. April 2014 richtete die Gewerkschaft des Verkehrspersonals SEV, unterstützt von zwei italienischen Gewerkschaften beim Bundesamt für Verkehr (BAV) ein Schreiben ein mit dem Titel "Denuncia cautelativa nei confronti di Crossrail SA, Muttenz, per infrazione all'Art. 8*d* lit. d delle Legge federale sulle ferrovie" und brachte darin vor, mit den vorgesehenen Löhnen verletze die Crossrail AG die Arbeitsbedingungen der Branche und erfülle die Voraussetzungen für den Netzzugang nicht mehr. Die Gewerkschaften forderten das BAV auf, den Entzug der Netzzugangsbewilligung zu prüfen, falls die Crossrail AG ihre Pläne in die Tat umsetze.

D.
Ebenfalls am 4. April 2014 forderte das BAV die Crossrail AG zur Stellungnahme auf. Auf ihren eigenen Wunsch erläuterte die Crossrail AG am 10. April 2014 dem BAV ihre Pläne und reichte anschliessend am 19. Mai 2014 eine Stellungnahme mit Beilagen ein.

E.
Am 17. Juni 2014 reichte der SEV beim BAV eine Anzeige gegen Crossrail AG ein wegen Verletzung von Art. 8*d* Ziff. 1 Bst. d des Eisenbahngesetzes vom 20. Dezember 1957 (EBG, SR 742.101) ein. Sie wies darauf hin, dass in der Zwischenzeit zumindest ein Arbeitsvertrag zu den mit ihrem Schreiben vom 4. April 2014 beanstandeten Bedingungen abgeschlossen worden sei. Das BAV teilte den Parteien am 23. Juni 2014 mit, es sei nicht in der Lage, sofort einen Entscheid in der Sache zu fällen, vielmehr seien umfangreiche Abklärungen erforderlich, u.a. ein Gutachten zu den nun erstmals anzuwendenden Bestimmungen.

F.
Am 14. Januar 2015 reichten die vom BAV mandatierten Experten den Grundlagenbericht "Branchenübliche Arbeitsbedingungen im Schienengüterverkehr – Ergebnisse der rechtlichen und ökonomischen Analyse von Art. 8*d* Abs. 1 Bst. d EBG" ein. Darin kamen die Experten u.a. zum Schluss, es gebe zwei Branchen, eine im Binnenverkehr und eine im grenzüberschreitenden Schienengüterverkehr. Das Gutachten wurde verschiedenen Gewerkschaften und Schienengüterverkehrsunternehmen zugestellt, mit der Möglichkeit bis Ende März 2015 Stellung zu nehmen.

G.
Während die Crossrail AG das Ergebnis des Expertengutachtens begrüsste, bestritt der SEV dieses und reichte ein Gegengutachten ein, das zum Schluss kam, es gäbe nur eine Branche für Unternehmen mit Netzzugangsbewilligung nach schweizerischem Recht.

H.
Mit Verfügung vom 6. Mai 2015 wies das BAV den Antrag des SEV um Entzug der Netzzugangsbewilligung der Crossrail AG ab. Zur Begründung führte das BAV aus, angesichts der Entstehungsgeschichte von Art. 8*d* EBG sei von zwei verschiedenen Branchen im schweizerischen Schienengüterverkehr auszugehen, den Binnenverkehr und dem grenzüberschreitenden. Beim Vergleich der Arbeitsbedingungen seien daher auch die

Löhne ausländischer Unternehmen, die im internationalen Schienengüterverkehr tätig seien, einzubeziehen. Die von der Crossrail AG den italienischen Lokführern bezahlten Löhne lägen über den so ermittelten branchenüblichen Löhnen und stellten daher keine Verletzung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen dar.

I.

Am 28. Mai 2015 erhebt der SEV (Beschwerdeführer) Beschwerde gegen die Verfügung des BAV (Vorinstanz) und beantragt deren Aufhebung sowie die Androhung an die Crossrail AG (Beschwerdegegnerin), die Netzzugangsbewilligung zu widerrufen bzw. diese nur unter der Auflage zu belassen, dass sämtliche angestellte Lokführer entsprechend den Arbeitsbedingungen der Branche, d.h. namentlich den Lohnverhältnissen der schweizerischen Eisenbahnverkehrsunternehmen (EVU) entlöhnt würden. Eventuell sei die Angelegenheit an die Vorinstanz zurückzuweisen zur Ermittlung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen, namentlich der Entlöhnung bei den schweizerischen Eisenbahnverkehrsunternehmen um gestützt darauf über die Einhaltung der gesetzlichen EVU der Netzzugangsbewilligung durch die Beschwerdegegnerin neu zu befinden. Zur Begründung macht er geltend, die Beschwerdegegnerin zahle keine branchenüblichen Löhne im Vergleich zu SBB, SBB Cargo, BLS und BLS Cargo. Die Vorinstanz habe Art. 8*d* Abs. 1 Bst. d EBG falsch angewandt. Aus der Entstehungsgeschichte der Vorgängerbestimmung, Art. 9 Abs. 2 Bst. e aEBG, ergebe sich, dass der Gesetzgeber entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht nach Branchen differenziert habe, insbesondere keine unterschiedliche Regelung für den Binnen- und den grenzüberschreitenden Verkehr wollte, sondern einen Schutz vor Sozialdumping und die Einhaltung des schweizerischen Arbeitsrechts und der Lohnbedingungen der Branche auch von ausländischen EVU bezweckt habe. Mit dem Inkrafttreten des Landverkehrsabkommens mit der EU sei jene Bestimmung bzw. Art. 8*d* EBG bloss noch auf schweizerische EVU anwendbar, da EVU mit Sitz in der EU keine schweizerische Netzzugangsbewilligung mehr benötigten, sondern deren ausländische Netzzugangsbewilligung anerkannt werde.

J.

Die Vorinstanz beantragt in ihrer Vernehmlassung vom 10. Juli 2015 die Abweisung der Beschwerde und hält an ihrer Verfügung und ihrer Begründung fest.

K.
Die Beschwerdegegnerin beantragt in ihrer Beschwerdeantwort vom 7. August 2015 die Abweisung der Beschwerde. Sie bringt vor, es gäbe zwei zu unterscheidende Branchen. Die italienischen Lokführer würden einzig im grenzüberschreitenden Schienengüterverkehr eingesetzt, weshalb sie für die Schweiz auch bloss für die Strecken Como – Bellinzona und Domodossola – Brig zugelassen würden. Die Löhne seien branchenüblich bzw. würden diejenigen anderer grenzüberschreitender Konkurrenzunternehmen überschreiten, teilweise sogar deutlich.

L.
Der Beschwerdeführer hält in seiner Replik vom 24. August 2015 an seinen Anträgen und Begründungen fest und betont, das vorinstanzliche Auslegungsergebnis sei politisch motiviert.

M.
In ihrer Duplik vom 8. September 2015 hält die Beschwerdegegnerin an ihrem Antrag und ihren Argumenten fest.

N.
Am 21. Oktober 2015 forderte das Bundesverwaltungsgericht bei den Parlamentsdiensten die Protokolle zum Geschäft Nr. 96.090 "Bahnreform" der Kommissionen für Verkehr und Fernmeldewesen des National- und Ständerates ein, soweit diese den Themenbereich Netzzugang, Bewilligung zur Benützung der Infrastruktur betreffen. Diese langten am 4. November 2015 ein.

O.
Auf die weiteren Vorbringen der Parteien und die sich in den Akten befindenden Schriftstücke wird in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen, soweit sie entscheidrelevant sind.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
1.1 Gemäss Art. 31 VGG des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG vorliegt und eine der in Art. 33 VGG aufgeführten Vorinstanzen entschieden hat. Das BAV ist eine Vorinstanz im Sinne von Art. 33 Bst. d VGG und hat in

Anwendung von Art. 8*f* EBG über das Gesuch des Beschwerdeführers betreffend Widerruf bzw. Einschränkung des Netzzugangs der Beschwerdegegnerin entschieden. Die Beurteilung der dagegen erhobenen Beschwerde obliegt demzufolge dem Bundesverwaltungsgericht, zumal eine sich auf das Sachgebiet beziehende Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG nicht besteht.

1.2 Das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht richtet sich, soweit das VGG nichts anderes vorsieht, nach dem VwVG (Art. 37 VGG). Danach ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG).

1.2.1 Das vorinstanzliche Verfahren ist aufsichtsrechtlicher Natur (vgl. Art. 8*f* und Art. 10 EBG) und betrifft die Frage, ob die Beschwerdegegnerin die Arbeitsbedingungen der Branche einhält und damit die Voraussetzungen für die Netzzugangsbewilligung nach wie vor erfüllt. Der Beschwerdeführer hatte diesbezüglich eine Aufsichtsanzeige eingereicht.

In seinem Urteil A-5664/2014 vom 18. November 2015 E. 8.5 hatte sich das Bundesverwaltungsgericht ausführlich mit der Rechtsprechung zur Legitimation desjenigen, der bei einer Aufsichtsbehörde eine Anzeige erstattet oder ein aufsichtsrechtliches Vorgehen gegen einen Dritten fordert, befasst. Gemäss der Rechtsprechung erhält der Anzeiger Parteistellung, wenn er die Voraussetzungen von Art. 48 Abs. 1 Bst. b und c erfüllt, d.h. durch die Verfügung oder Handlung der beaufsichtigten Stelle besonders berührt bzw. aufgrund einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache stärker als die Allgemeinheit betroffen ist sowie zusätzlich ein schutzwürdiges Interesse daran hat, dass sich die angerufene Instanz mit der Sache befasst (vgl. BGE 139 II 279 E. 2.3; Urteil des BGer 2C_959/2014 vom 24. April 2015 E. 3.1; Urteil des BVGer C-4863/2012 vom 20. August 2014 E. 5.4.1 mit Verweis auf Art. 48 Abs. 1 Bst. b und c VwVG; ferner BENOÎT BOVAY, Procédure administrative, 2. Aufl. 2015, S. 167; für nichtstreitige Verfahren: BGE 138 II 162 E. 2.1.2, 135 II 145 E. 6.1 S. 151; Urteil des BGer 2C_885/2014 vom 28. April 2015 E. 5.3). Der Anzeiger muss einen praktischen Nutzen aus einer allfälligen Aufhebung oder Änderung des beanstandeten Entscheides ziehen, das heisst seine Situation muss durch den Ausgang des Verfahrens in relevanter Weise be-

einflusst werden können. Das schutzwürdige Interesse besteht im Umstand, einen materiellen oder ideellen Nachteil zu vermeiden, den der bemängelte Entscheid mit sich bringen würde (BGE 139 III 504 E. 3.3, 139 II 279 E. 2.2; Urteil des BGer 2C_73/2014 vom 28. Januar 2015 E. 2.1).

Ob ein Anzeiger diese Voraussetzungen erfüllt, ist für jedes Rechtsgebiet und in jedem Einzelfall gesondert zu beurteilen. Es gibt keine rechtslogisch stringente, sondern nur eine praktisch vernünftige Abgrenzung zur Popularbeschwerde oder zur blossen Aufsichtsbeschwerde/-anzeige, die dem Anzeiger keine Parteistellung verschafft. Massgebend sind namentlich einerseits die Möglichkeit für den Interessierten, den angestrebten Erfolg auf anderem – z.B. zivil- oder strafrechtlichem – Weg zu erreichen, und andererseits das Anliegen, die Verwaltungstätigkeit nicht übermässig zu erschweren (BGE 139 II 279 E. 2.3; Urteil des BGer 2C_959/2014 vom 24. April 2015 E. 3.1). Der Umstand, dass allenfalls zahlreiche Personen besonders berührt sein können, ist für sich allein kein Grund, diesen die Parteistellung abzusprechen. Trotzdem soll der Kreis der Personen mit Parteistellung nicht derart weit gezogen werden, dass dadurch die Verwaltungstätigkeit ausserordentlich erschwert würde (zum Ganzen Urteil des BGer 2C_762/2010 vom 2. Februar 2011 E. 4.4; Urteile des BVGer A-5664/2014 vom 18. November 2015 E. 8.5.1, C-4863/2012 vom 20. August 2014 E. 5.4.3 und B-3311/2012 vom 13. Dezember 2012 E. 3.1).

Wird einem Anzeiger Parteistellung eingeräumt, nähert sich das Aufsichtsverfahren einem ordentlichen Verwaltungsverfahren an. Die Aufsichtsbehörde dürfte in einem solchen Fall verpflichtet sein, mittels Verfügung über die Aufsichtsbeschwerde/-anzeige zu entscheiden (vgl. MARANTELLI-SONANINI/HUBER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], VwVG Praxiskommentar [nachfolgend: VwVG Praxiskommentar], 2009, Art. 6 N 60). Selbst wenn die allgemeinen Voraussetzungen erfüllt sind, sind Anzeiger gemäss Rechtsprechung schliesslich nur dann zur Beschwerdeerhebung befugt, wenn die Vorinstanz zur Ausübung der Aufsicht verpflichtet ist (BGE 135 II 145 E. 6.1; BERNHARD WALDMANN, in: Niggli/Übersax/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, Rz. 27 zu Art. 89 BGG).

1.2.2 Die Aufsichtspflicht der Vorinstanz ist gestützt auf Art. 8*f* EBG ohne weiteres zu bejahen. Zu prüfen bleiben die übrigen der zuvor dargelegten Voraussetzungen. Die Vorinstanz hatte der Beschwerdeführerin die Parteistellung zuerkannt.

1.2.3 Der Beschwerdeführer ist eine Gewerkschaft in der Rechtsform des Vereins im Sinn von Art. 60 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210). Mitglied des Beschwerdeführers sind gemäss Art. 2 seiner Statuten insbesondere die in der Schweiz tätigen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des öffentlichen Verkehrs, worunter er in erster Linie Unternehmen des Personen- und Gütertransportes sowie transportverwandte Betriebe mit öffentlichem oder privatem Charakter versteht. Ferner zählt er Tochter-, Beteiligungs- und Auftragsunternehmen dieser Betriebe sowie ihre im Ausland eingesetzten Bediensteten zum öffentlichen Verkehr im Sinn der Statuten. Er wahrt und fördert die sozialen, materiellen, beruflichen und kulturellen Interessen seiner Mitglieder und regelt die Löhne, Anstellungs- und Arbeitsbedingungen durch Gesamtarbeitsverträge und ähnliche Vereinbarungen (Art. 3 Ziff. 1 und 2 der Statuten).

Gemäss Lehre und Rechtsprechung steht Vereinigungen das Beschwerderecht insbesondere zur Wahrung der eigenen Interessen zu. Ein Verband kann aber auch die Interessen seiner Mitglieder geltend machen, wenn es sich um solche handelt, die er nach seinen Statuten zu wahren hat, die der Mehrheit oder doch einer Grosszahl seiner Mitglieder gemeinsam sind und zu deren Geltendmachung durch Beschwerde jedes dieser Mitglieder befugt wäre. Dabei geht es jeweils um private, häufig wirtschaftliche Interessen der Mitglieder, weshalb sie auch als "egoistische Verbandsbeschwerde" bezeichnet wird (BGE 136 II 539 E. 1.1; 130 II 514 E. 2.3.3 S. 519 mit Hinweisen; BVGE 2007/20 E. 2.3). In Bezug auf die Legitimation von Gewerkschaften hatte das Bundesgericht festgehalten, die angefochtene Verfügung müsse die beschwerdeführende Gewerkschaft unmittelbar in ihrer eigenen rechtlichen oder tatsächlichen Stellung berühren; mit der Beschwerde müsse sie bei einem Obsiegen einen materiellen oder ideellen Nachteil abwenden können, den der angefochtene Entscheid für sie zur Folge hätte. Eine Verfügung zu den Ladenöffnungszeiten im Hauptbahnhof Zürich berührte die Gewerkschaft Verkauf, Handel, Transport, Lebensmittel (VHTL) und den Kaufmännischen Verband Zürich (KVZ), die u.a. die Interessen der Verkaufsangestellten vertreten, nicht in ihrer eigenen rechtlichen oder tatsächlichen Stellung; sie hätten mit erfolgreicher Beschwerde weder einen materiellen noch einen ideellen Nachteil von sich selbst abwenden können. Es reiche nicht aus, dass sie die Interessen des Verkaufspersonals zu schützen suchen und als Vertragspartner an einer Vielzahl von Gesamtarbeitsverträgen beteiligt sind (BGE 119 Ib 374 E. 2.a).

1.2.4 Der Beschwerdeführer sieht seine eigenen Interessen dadurch betroffen, dass das um Netzzugang ersuchende Unternehmen gemäss Art. 7 der Eisenbahn-Netzzugangsverordnung vom 25. November 1998 (NZV, SR 742.122) für den Nachweis der Einhaltung der Arbeitsbedingungen grundsätzlich einen Gesamtarbeitsvertrag vorlegen müsse. Dadurch sei eine besondere Beziehungsnähe zum Streitgegenstand der angefochtenen Verfügung – die Bewilligungsvoraussetzung, dass die Arbeitsbedingungen der Branche eingehalten sind – gegeben.

Weder Art. 8*d* EBG noch Art. 7 NZV sehen eine Pflicht der EVU vor, einen Gesamtarbeitsvertrag abzuschliessen, dieser wird in der NZV zwar als erste, aber nicht einzige Möglichkeit genannt, die Einhaltung der Arbeitsbedingungen nachzuweisen. Die angefochtene Verfügung äussert sich denn auch weder zu Gesamtarbeitsverträgen noch wird die Möglichkeit, einen abzuschliessen, beschränkt.

Gegenstand des Verfahrens ist, ob die Arbeitsbedingungen im Sinn von Art. 8*d* Abs. 1 Bst. d EBG eingehalten sind. Gerade für künftige Verhandlungen über die Arbeitsbedingungen erscheint der angefochtene Entscheid und die Auslegung der erwähnten Bestimmung bedeutsam, da mit dem aufsichtsrechtlichen Entscheid über das branchenübliche Lohnniveau befunden wird. Es liegt auf der Hand, dass für den Abschluss allfälliger zukünftiger Gesamtarbeitsverträge und das Aushandeln von Mindestlöhnen die vorinstanzlichen Feststellungen über den branchenüblichen Lohn die Vertragsverhandlungen bestimmen können. Im Gegensatz zum Sachverhalt in BGE 119 Ib 374 betrifft die angefochtene Verfügung unmittelbar Kernanliegen des Beschwerdeführers, ist er doch gemäss Art. 3 Ziff. 2 seiner Statuten bestellt, um u.a. die materiellen Interessen seiner Mitglieder zu wahren und zu fördern und die Löhne, Anstellungs- und Arbeitsbedingungen durch Gesamtarbeitsverträge und ähnliche Vereinbarungen zu regeln. Unter Würdigung aller Umstände ist daher ein hinreichendes Berührtsein und ein schutzwürdiges tatsächliches Interesse des Beschwerdeführers zu bejahen.

1.2.5 Weiter macht der Beschwerdeführer geltend, die Arbeitnehmerinteressen von rund 3000 Lokführern in der Schweiz zu vertreten und jedes einzelne Mitglied sei ebenfalls zur Beschwerde legitimiert. Es komme nicht darauf an, ob sie Angestellte der Beschwerdegegnerin seien und damit direkt von den streitgegenständlichen Lohnbedingungen betroffen wären. Die Verfügung wirke sich vielmehr auf die Lokführer anderer Eisenbahnverkehrsunternehmen mit Sitz in der Schweiz aus, die grenzüberschreitend

tätig sind. Die einschlägige Norm, Art. 8*d* Abs. 1 Bst. d EBG, stelle eine Schutznorm zugunsten der Angestellten des um eine Netzzugangsbewilligung ersuchenden Eisenbahnverkehrsunternehmens dar; daraus ergebe sich die besondere Beziehungsnähe zum Streitgegenstand.

In Bezug auf die Legitimationsfrage hielt das Bundesgericht in BGE 119 Ib 374 E. 2.a.cc fest, eine virtuelle Betroffenheit der Gewerkschaftsmitglieder, d.h., dass sie potenzielles Verkaufspersonal im Hauptbahnhof Zürich bildeten, genüge nicht. Ebenso wenig war in jenem Fall erwiesen, dass eine Mehrheit oder zumindest eine grosse Zahl der Mitglieder betroffen war.

Es erscheint unter Berücksichtigung der einschlägigen Rechtsprechung vorliegend zweifelhaft, ob der Beschwerdeführer eine Beschwerdebefugnis gestützt auf die Interessen der einzelnen Mitglieder geltend machen kann. Weder ist dargetan und wird auch nicht geltend gemacht, dass eine Mehrheit oder zumindest ein grosser Teil der Mitglieder bei der Beschwerdegegnerin angestellt ist noch dass ein grosser Teil grenzüberschreitend tätig ist oder aufgrund ihrer Aus- und Weiterbildung sein könnte. Es ist nicht ersichtlich, dass sich die Verfügung direkt auf die Mitglieder auswirkt, also ihre Situation durch den Ausgang des Verfahrens direkt in relevanter Weise beeinflusst wird. Nachdem die Legitimation des Beschwerdeführers selbst zu bejahen ist, kann diese Frage jedoch offen bleiben.

1.3 Auf die im Übrigen frist- (Art. 50 VwVG) und formgerecht (Art. 52 VwVG) eingereichte Beschwerde ist demnach einzutreten.

2.

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung grundsätzlich auf Rechtsverletzungen, einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens, sowie auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG). Die Rechtsanwendung erfolgt von Amtes wegen, ohne Bindung an die Parteibegehren (Art. 62 Abs. 4 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt sich allerdings dann eine gewisse Zurückhaltung, wenn der Entscheid besondere Fachkenntnisse voraussetzt, denen es nichts Gleichwertiges entgegenzusetzen hat. In solchen Fällen weicht es nicht ohne zwingende Gründe von der Einschätzung von Fachbehörden und Sachverständigen ab, sofern diese nicht offensichtlich widersprüchlich erscheint oder auf irrtümlichen tatsächlichen Feststellungen beruht (BVGE 2013/9 E. 3.9; JÉRÔME CANDRIAN, Introduction à la procédure administrative fédérale, Basel 2013, S. 113 N. 191).

3.
Die rechtliche Ausgangslage für die vorliegende Streitsache ist vorab darzulegen.

Art. 2 EBG unterscheidet zwei Arten von Eisenbahnunternehmen, die Infrastrukturbetreiberinnen (Bst. a) und die Eisenbahnverkehrsunternehmen, die den Verkehr auf der Infrastruktur durchführen (EVU; Bst. b). Die Beschwerdegegnerin ist Letzteres.

Gemäss Art. 8*c* Abs. 1 EBG werden zur Durchführung von Eisenbahnverkehr eine Genehmigung als Eisenbahnverkehrsunternehmen (Netzzugangsbewilligung) und eine Sicherheitsbescheinigung benötigt. Die Voraussetzungen für die Erteilung und Erneuerung der Netzzugangsbewilligung sind in Art. 8*d* EBG geregelt. Gemäss Art. 8*d* Abs. 1 EBG erteilt das BAV die Netzzugangsbewilligung, wenn das Unternehmen über eine genügende Organisation und über die erforderlichen Kenntnisse und Erfahrungen verfügt, um einen sicheren und zuverlässigen Betrieb zu gewährleisten (Bst. a), finanziell leistungsfähig ist und über einen genügenden Versicherungsschutz verfügt (Bst. b), die Anforderungen an die Zuverlässigkeit der für die Geschäftsführung verantwortlichen Personen erfüllt (Bst. c), die arbeitsrechtlichen Vorschriften und die Arbeitsbedingungen der Branche einhält (Bst. d) und seinen Sitz in der Schweiz hat (Bst. e). Die Netzzugangsbewilligung wird für höchstens zehn Jahre erteilt und kann erneuert werden (Art. 8*c* Abs. 2 EBG). Besteht mit anderen Staaten eine Vereinbarung über die gegenseitige Anerkennung, so gelten die von diesen Staaten erteilten Genehmigungen auch in der Schweiz (Art. 8*c* Abs. 3 EBG). Gemäss Art. 8*f* EBG widerruft das BAV die Netzzugangsbewilligung und die Sicherheitsbescheinigung jederzeit ohne Anspruch auf Entschädigung ganz oder teilweise, 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.
Die Vorinstanz erwog in ihrer Verfügung vom 6. Mai 2015, durch die Änderung des Wortlauts im Entwurf von Art. 9 Abs. 1 Ziff. 3 EBG, der vom 1. Januar 1999 bis am 30. Juni 2013 in Kraft gewesenen war (AS 1998 2835; nachfolgend aArt. 9 EBG), von landesüblich zu branchenüblich habe das Parlament zwar einen Schutz vor Sozialdumping beschlossen, aber gleichzeitig zum Ausdruck gebracht, dass sich dieser nicht an rein schweizeri-

schen, landesüblichen Gegebenheiten orientieren könne und die Bestimmung auf die jeweils betroffene Branche angewendet werden müsse. Im Schweizer Schienengüterverkehr gebe es zwei Branchen, den grenzüberschreitenden und den Binnenverkehr. In Ersterer definierten sich die Arbeitsbedingungen nach denjenigen EVU, die entsprechende Dienstleistungen erbrächten, neben schweizerischen also auch ausländische Unternehmen. Die von der Beschwerdegegnerin angebotenen Löhne seien im internationalen Schienengüterverkehr branchenüblich und es gebe keinen Anlass, die Löhne zu beanstanden und Massnahmen anzudrohen.

4.1 Der Beschwerdeführer macht geltend, Art. 8*d* EBG gelte nur für schweizerische EVU und es gebe nur eine Branche. Der Gesetzgeber habe nicht nach verschiedenen Branchen differenziert, ebenso wenig der Wortlaut. Massgebend seien daher einzig die von schweizerischen EVU bezahlten Löhne, die Arbeitsbedingungen in Drittstaaten seien unerheblich. Die Prämisse des Gesetzgebers, die Bestimmung finde auch auf europäische EVU Anwendung, finde aufgrund des bilateralen Landverkehrsabkommens keine Grundlage mehr. Indessen habe der Gesetzgeber damals die nun Tatsache gewordene Möglichkeit der gegenseitigen Anerkennung von Netzzugangsbewilligungen nicht in Betracht gezogen. Der Gesetzgeber habe die Arbeitsbedingungen nicht verschlechtern wollen. Seit der Gesetzesrevision von 2012 finde Art. 8*d* EBG einzig auf schweizerische Unternehmen Anwendung, es seien daher die hierzulande üblichen Arbeitsbedingungen massgebend.

4.2 Die Beschwerdegegnerin schliesst sich der Auffassung der Vorinstanz an, es gebe zwei verschiedene Branchen, was sich im Übrigen auch aus Art. 22 Abs. 1 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit vom 24. Oktober 2007 (VZAE, SR 142.201) ergebe, die sich allgemein zu orts- und berufsüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen äussere. Sie betont, dass die italienischen Lokführer einzig im grenzüberschreitenden Schienengüterverkehr eingesetzt würden und daher eine Fahrberechtigung in der Schweiz für die Strecken ab der Landesgrenze zu Italien bis Brig und Bellinzona erhalten würden, zu 90 % würden sie in Italien eingesetzt und nur zu 10 % auf den erwähnten schweizerischen Strecken. Schliesslich werde ein monatlicher Bruttolohn von Fr. … bezahlt, dieser liege deutlich über demjenigen der grenzüberschreitend tätigen Konkurrenzunternehmen und sei daher mehr als branchenüblich. Selbst wenn nur von einer Branche auszugehen sei, sei der Lohn branchenüblich, es müssten beim Lohnvergleich nicht nur SBB und BLS, sondern alle EVU mit Sitz in der Schweiz einbezogen werden, also auch bloss regional tätige EVU.

4.3 Strittig ist die Auslegung von Art. 8*d* Abs. 1 Bst. d EBG, bzw. was unter den "Arbeitsbedingungen der Branche" zu verstehen ist. Ausgangspunkt jeder Gesetzesauslegung ist der Wortlaut einer Bestimmung (vgl. zu diesem auch im Verwaltungsrecht geltenden Grundsatz Art. 1 Abs. 1 ZGB; HEINZ HAUSHEER/MANUEL JAUN, Die Einleitungstitel des ZGB, Bern 2003, N. 6 zu Art. 1). Ist der Text nicht ohne Weiteres klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss unter Berücksichtigung aller Auslegungsmethoden (grammatikalische, systematische, historische und teleologische) nach seiner wahren Tragweite gesucht werden; dabei kommt es namentlich auf den Zweck der Regelung, die dem Text zu Grunde liegenden Wertungen sowie auf den Sinnzusammenhang an, in dem die Norm steht. Im Sinne eines pragmatischen Methodenpluralismus ist es abzulehnen, einzelne Auslegungsmethoden einer hierarchischen Prioritätenordnung zu unterstellen (vgl. BGE 131 III 33 E. 2 und BGE 130 II 202 E. 5.1).

Die grammatikalische Auslegung stellt auf Wortlaut, Wortsinn und Sprachgebrauch ab. Bei der systematischen Auslegung wird der Sinn einer Rechtsnorm bestimmt durch ihr Verhältnis zu anderen Rechtsnormen und durch den systematischen Zusammenhang, in dem sie sich in einem Gesetz präsentiert. Die historische Auslegung stellt auf den Sinn und Zweck ab, den man einer Norm zur Zeit ihrer Entstehung gab. Dabei ist eine Abgrenzung zur teleologischen Auslegung, die auf den Regelungszweck abstellt, bei jüngeren Erlassen kaum möglich. Es gilt somit insgesamt, die mit den Normen verbundenen Zweckvorstellungen (ratio legis) zu ermitteln (vgl. Urteile des BVGer A-8666/2010 vom 2. Mai 2013 E. 8, A-2812/2010 vom 11. Februar 2013 E. 5.3 und A-2607/2009 vom 8. Juli 2010 E. 9.3.1 [publiziert in: BVGE 2010/49]).

4.3.1 Art. 8*d* Abs. 1 Bst. d EBG lautet wie folgt: Das BAV erteilt die Netzzugangsbewilligung, wenn das Unternehmen die arbeitsrechtlichen Vorschriften und die Arbeitsbedingungen der Branche einhält. Der Wortlaut in der französischen und italienischen Fassung entspricht diesem: "… lorsque l'entreprise …respecte les dispositions du droit du travail et les conditions de travail de la branche" bzw. "… se l'impresa di trasporto ferroviario osserva le prescrizioni in materia di diritto del lavoro e le condizioni di lavoro abituali nel settore". Der Begriff Branche hat die Bedeutung Wirtschafts- oder Geschäftszweig sowie, eher umgangssprachlich, Fachgebiet. Das dazugehörige Adjektiv branchenüblich bezieht sich nur auf die beiden erstgenannten Bedeutungen (Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 6. Aufl., 2007).

Der Begriff Branche bzw. Wirtschaftszweig wird auch in anderen Rechtsgebieten verwendet, namentlich im Zusammenhang mit Gesamtarbeitsverträgen, die allgemeinverbindlich erklärt worden sind (Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen vom 28. September 1956 [AVEG, 221.215.311]), wobei der Geltungsbereich – und damit der Begriff Branche – gerichtlich zu beurteilen war. Zum selben Wirtschaftszweig sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Betriebe zu zählen, die zueinander insofern in einem direkten Konkurrenzverhältnis stehen, als sie Erzeugnisse oder Dienstleistungen gleicher Art anbieten (BGE 134 III 11 E. 2.2 m.w.H.). Massgebend für die Frage, was eine Branche umfasst, sind demnach die wirtschaftlichen Verhältnisse bzw. die angebotenen Leistungen.

Auch wenn der Gesetzeswortlaut den Begriff Branche jeweils in der Einzahl verwendet, lässt nichts zur Frage ableiten, ob es für die Tätigkeiten der Beschwerdegegnerin eine oder mehrere Branchen gibt oder ob eine Branche auch EVU aus der EU umfasst. Der Wortlaut ist daher nicht eindeutig.

4.3.2 Art. 8*d* EBG findet sich im zweiten Kapitel des EBG mit dem Titel "die Eisenbahnunternehmen" und dort im zweiten Abschnitt zu den Eisenbahnverkehrsunternehmen. Wie Art. 8*c* EBG, dem ersten Artikel dieses Gesetzesabschnitts zu entnehmen ist, stellt die Netzzugangsbewilligung eine Voraussetzung dar, um Eisenbahnverkehr durchzuführen. Als weitere Voraussetzung ist zudem eine (streckenbezogene) Sicherheitsbescheinigung erforderlich und allenfalls eine Personenbeförderungskonzession gemäss Art. 6 ff. des Personenbeförderungsgesetzes vom 20. März 2009 (PBG, SR 745.1). Arbeitsbezogene Aspekte werden im Übrigen weder im betreffenden Kapitel noch anderswo im EBG thematisiert. Hervorzuheben bleibt, dass Art. 8*d* Abs. 1 Bst. e EBG für die Erteilung der Netzzugangsbewilligung verlangt, dass das EVU seinen Sitz in der Schweiz hat, die Regelung demnach nur auf schweizerische EVU anwendbar ist. Für EVU mit Sitz in der EU gelten gemäss Art. 8*d* Abs. 3 EBG i.V.m. dem Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse (Landverkehrsabkommen, SR 0.740.72) die von deren Sitzstaat erteilten Genehmigungen auch in der Schweiz. Der Kreis der möglichen Bewilligungsinhaber im Sinn von Art. 8*c* f. EBG ist demnach eingeschränkt, woraus zu schliessen ist, dass die Branchenüblichkeit im Sinn des EBG sich eher auf schweizerische EVU beschränkt. Die Parteien sind sich im Übrigen einig, dass die erste der beiden Voraussetzungen, die Einhaltung der arbeitsrechtlichen Vorschriften, sich auf die schweizerischen

bezieht, also insbesondere auf die zwingenden Bestimmungen des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) und des Bundesgesetz über die Arbeit in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs vom 8. Oktober 1971 (Arbeitszeitgesetz, AZG, SR 822.219).

Mit Blick auf die übrige Rechtsordnung fällt zunächst auf, dass auch in anderen Rechtsgebieten für Tätigkeiten, die einer öffentlich-rechtlichen Bewilligung oder Konzession benötigen, die Einhaltung der arbeitsrechtlichen Vorschriften und der Arbeitsbedingungen eine Bewilligungs- oder Konzessionsvoraussetzung darstellt, beispielsweise in Art. 9 des Personenbeförderungsgesetzes vom 20. März 2009 (PBG, SR 745.1) oder in Art. 6 Bst. c und Art. 15 Bst. d des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG, SR 784.10). Ferner sind gewisse arbeitsrechtliche Vorgaben für sämtliche Eisenbahnunternehmen im AZG geregelt, wobei diese Pflichten u.a. an den Netzzugang anknüpfen (Art. 1bis AZG; vgl. auch Botschaft zur Bahnreform 2 vom 23. Februar 2005, BBl 2005 2415, S. 2530). Die Arbeitszeiten zählen an sich zu den Arbeitsbedingungen, hierzu besteht jedoch eine gesetzliche Sonderregelung und damit eine arbeitsrechtliche Vorschrift.

Den Sachverhalt, dass ein ausländisches Unternehmen seine Arbeitnehmer in die Schweiz zur Verrichtung von Arbeit entsendet, ist für gewisse Tätigkeiten im Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne vom 8. Oktober 1999 (Entsendegesetz, EntsG, SR 823.20) geregelt. Jenes Gesetz verpflichtet die Arbeitgeber, ihren entsandten Arbeitnehmenden mindestens die Arbeits- und Lohnbedingungen zu garantieren, die vorgeschrieben sind in Bundesgesetzen, Verordnungen des Bundesrates, allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen und Normalarbeitsverträgen in den Bereichen minimale Entlöhnung inklusive Zuschläge, Arbeits- und Ruhezeit, Mindestdauer der Ferien, Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz, Schutz von Schwangeren, Wöchnerinnen, Kindern und Jugendlichen sowie Nichtdiskriminierung, namentlich Gleichbehandlung von Frau und Mann (Art. 2 Abs. 1 EntsG). Auch wenn dieses Gesetz EVU bzw. deren Tätigkeiten nicht umfasst und für EVU auch kein allgemeinverbindlich erklärter GAV besteht, kodifiziert es ein gesetzgeberisches Anliegen, wonach für in der Schweiz erbrachte Arbeit grundsätzlich die schweizerischen Arbeitsbedingungen einzuhalten sind.

Insgesamt lassen systematische Gesichtspunkte darauf schliessen, dass das schweizerische Recht einen Grundsatz kennt, wonach auf Arbeit, die

in der Schweiz verrichtet wird, die schweizerischen Arbeitsbedingungen anwendbar sind, unabhängig davon, wo die Arbeitnehmer und Arbeitgeber ihren Wohnsitz bzw. Sitz haben.

4.3.3 Der Netzzugang für EVU wurde im Rahmen der ersten Bahnreform eingeführt (Botschaft zur Bahnreform vom 13. November 1996, BBl 1997 I 909 [nachfolgend Botschaft Bahnreform 1]) und trat am 1. Januar 1999 in Kraft (AS 1998 2835), wobei der damalige Art. 9 Abs. 2 EBG die Voraussetzungen für die Bewilligung zur Benützung der Infrastruktur regelte und dessen Bst. e die EVU verpflichtete, die arbeitsrechtlichen Vorschriften einzuhalten und die Arbeitsbedingungen der Branche zu gewährleisten.

4.3.3.1 Der Entwurf des Bundesrats hatte vorgesehen, dass die landesüblichen Arbeitsbedingungen zu gewährleisten seien. In der Botschaft Bahnreform 1, S. 952 wird hierzu ausgeführt, die Unternehmen sollten verpflichtet werden, das in der Schweiz eingesetzte ausländische Personal zu landesüblichen Bedingungen anzustellen. Es gehe um die Verhinderung des sog. "Sozialdumpings". Es solle namentlich verhindert werden, dass ausländische Unternehmungen mit wesentlich schlechteren Anstellungsbedingungen des Personals auf dem schweizerischen Schienennetz eine Verzerrung des Wettbewerbs verursachten.

4.3.3.2 Der Ständerat nahm auf Antrag seiner Kommission für Verkehr und Fernmeldewesen die Formulierung an, die Bewilligung wird erteilt, wenn "die arbeitsrechtlichen Vorschriften eingehalten und die Arbeitsbedingungen der Branche gewährleistet werden". Der Kommissionssprecher führte vor dem Ständerat (AB 1997 S 873) aus, es handle sich um eine Klausel gegen das Sozialdumping – entsprechend vergleichbaren Gesetzen. Die SBB-Verantwortlichen hätten mit aller Deutlichkeit darauf aufmerksam gemacht, dass es zwischen dieser Bestimmung und den Personalkosten einen direkten Zusammenhang gebe (Wettbewerbsfähigkeit). Die Kommission habe schliesslich der Aufnahme dieser Bestimmung zugestimmt, ohne sich Illusionen darüber zu machen, dass damit das Problem der hohen schweizerischen Löhne gelöst sei. Es bestünden wesentliche Lohnunterschiede zwischen den SBB und der Privatwirtschaft und noch grössere zu ausländischen Bahnen. Zudem nahm der Kommissionssprecher Bezug auf die EU-Entsendungsrichtlinie, die zahlreiche Bestimmungen zum Schutz der Mitarbeiter enthält, insbesondere eine Pflicht, die rechtlich festgelegten Mindestlöhne desjenigen Landes, in dem die Arbeit geleistet wird, zu gewährleisten. Der Nationalrat stimmte dem Beschluss des Ständerates diskussionslos zu (AB 1998 N 13).

Für die Rechtsanwendung stehen die Protokolle der vorberatenden Kommissionen zur Verfügung (Art. 7 Abs. 1 Bst. a der Parlamentsverwaltungsverordnung vom 3. Oktober 2003 [ParlVV; SR 171.115]), indessen darf gemäss Art. 7 Abs. 5 ParlVV nicht wörtlich zitiert werden und nicht bekannt gegeben werden, wie einzelne Sitzungsteilnehmende Stellung genommen haben. Wie dem Protokoll der Kommission für Verkehr und Fernmeldewesen des Ständerates vom 3. und 4. Juli 1997 zu entnehmen ist, war ihr bekannt, dass die Schweiz von Ländern mit einem tieferen Lohnniveau umringt und die SBB im internationalen Güterverkehr nicht konkurrenzfähig ist. Der Beamtenstatus des SBB-Personals wurde als problematisch erachtet. Ebenso war der Kommission bewusst, dass die Lohnkosten einen grossen Anteil am Gesamtaufwand haben und es einen Widerspruch zwischen der Schaffung von Wettbewerb, namentlich auf Transitstrecken, und dessen Verhinderung durch Lohnvorgaben gibt. Es gab keine Einigkeit zur Bedeutung der vom Bundesrat zunächst vorgeschlagenen Formulierung "landesübliche Bedingungen"; teilweise wurden diese als die Bedingungen der SBB als Branchenführerin verstanden, teilweise als die durch die zahlreichen schweizerischen Bahnunternehmen konditionierten. Die Formulierung "landesüblichen Bedingungen" stelle angesichts der hohen Löhne in der Schweiz keine Lösung dar. Die Kommission verlangte die Prüfung, ob die Lösung im Fernmeldegesetz übernommen werden könne, weil damals ähnliche Diskussionen geführt worden seien. Der Kommission war auch der Text der sog. Entsendungsrichtlinie der EU bekannt. Deren Artikel 3 verpflichtet die Mitgliedstaaten dafür zu sorgen, dass Unternehmen, die Arbeitnehmer zur Erbringung einer Arbeitsleistung auf ihr Hoheitsgebiet entsenden, die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen garantieren, die im betreffenden Mitgliedstaat durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften und/oder durch für allgemein verbindlich erklärte Tarifverträge oder Schiedssprüche festgelegt sind. Dazu zählen insbesondere Mindestlohnsätze einschliesslich Überstundensätze. Zur Bedeutung der Formulierungen "branchenübliche Arbeitsbedingungen" bzw. "Arbeitsbedingungen der Brache" gab es ebenfalls unterschiedliche Voten; einzelne hielten dafür, auch die ausländische Branchenüblichkeit würde erfasst bzw. diese Formulierung sei weniger einschränkend oder eher flexibler als "landesübliche Bedingungen". Umgekehrt wurde jedoch auch die Auffassung vertreten, dass durch das Abstellen auf das Branchenübliche die Flexibilität eingeschränkt werde und einzig auf die schweizerische Situation abzustellen sei. Zudem seien Deregulierung und Senkung der Löhne im Bahnbereich undenkbar. Die Kommission einigte sich schliesslich darauf, die Formulierung aus dem Fernmeldegesetz zu übernehmen.

4.3.3.3 Zur erwähnten Regelung im Fernmeldegesetz (Totalrevision, Geschäftsnummer 96.048), die ausdrücklich als Vorbild diente, herrschte zwischen den Räten Uneinigkeit, ob und wie der Schutz vor Lohndumping zu erreichen sei. In der Differenzbereinigung wurde eine Einigung gefunden, die von der Regelung im öffentlichen Beschaffungswesen ausgeht und die Gewährleistung der Arbeitsbedingungen der Branche für die Konzessionserteilung voraussetzt. Betont wurde damals im Ständerat (AB 1997 S 331), daraus könne nicht abgeleitet werden, dass alle Konzessionäre einem Gesamtarbeitsvertrag der Telecom PTT unterstellt werden könnten. Die Liberalisierung solle aber auch nicht einfach Lohndruck bedeuten. Was branchenüblich sei, befinde sich im steten Wandel, und es sei klar, dass die Liberalisierung eine Veränderung der Arbeitsbedingungen der Branche mit sich bringen werde. Es könne aber nicht sein, dass Konkurrenten gezwungen seien, den Gesamtarbeitsvertrag der Telecom zu übernehmen. Es gehe darum, dass eine Konkurrentin ihre Dienste deswegen nicht günstiger anbieten können solle, einzig weil sich die Arbeitsbedingungen wesentlich von denjenigen der Branche unterschieden, also eigentliche Dumpinglöhne angeboten würden. Die strengen Kontrollmechanismen und der ausgebaute Apparat aus dem öffentlichen Beschaffungswesen würde im Fernmeldebereich nicht analog ausgestaltet werden.

4.3.3.4 Auch in der Kommission für Verkehr und Fernmeldewesen des Nationalrates herrschte anlässlich der Sitzung vom 3./4. November 1997 Uneinigkeit, was unter den "Arbeitsbedingungen der Branche" im Sinn des EBG zu verstehen sei. Ein Antrag, die Bestimmung zu ergänzen, dass die Arbeitsbedingungen der Branche im Rahmen von Gesamtarbeitsverträgen zu gewährleisten seien, wurde abgelehnt. Anscheinend bestand mehrheitlich die Auffassung, dass sich die Branche auf die Eisenbahn bezieht und nicht auf das gesamte Transportwesen sowie, dass "landesüblich" einschränkender ist als die Fassung des Ständerats. Mehrere Voten hielten dafür, es handle sich bei der Branche um die Bahnen der EU. Mit dieser Erklärung wurde schliesslich ein Streichungsantrag zu dieser Bestimmung zurückgezogen. Es gab aber auch Widerspruch, die (damals) 15 EU-Länder seien kein einheitliches Lohngebiet. Ein Kommissionsmitglied äusserte sich dahingehend, es gebe zwei verschiedene Ebenen, den Verkehr innerhalb der Schweiz und den Transitverkehr. Es sei nicht möglich, dass eine Bahn, die drei oder vier Länder durchquere, die personalrechtlichen Rahmenbedingungen jedes Landes erfülle. Ferner wurde ausgeführt, in der Formulierung "die Arbeitsbedingungen der Branche" seien Gesamtarbeitsverträge inbegriffen; sie seien massgeblich. Im Ausland kenne man diesen Begriff jedoch nicht. Es gäbe aber etwa in Deutschland Tarifverträge, diese

würden natürlich gelten. Eine eher knappe Mehrheit der Kommission schloss sich schliesslich der Fassung des Ständerats an. Der Nationalrat nahm den Antrag seiner Kommission, dem Beschluss des Ständerates zuzustimmen, diskussionslos an (AB 1998 N 13).

4.3.3.5 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. Die Erwartung eines Kommissionsmitglieds, im Rat würde gesagt, was mit dieser Formulierung gemeint sei, erfüllte sich nicht. 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. Die damalige Regelung sah denn auch keinen Sitz in der Schweiz als Erfordernis vor, eine Netzzugangsbewilligung konnte demnach auch ein ausländisches EVU erhalten, worauf im Übrigen auch verschiedene Voten in der Kommission bzw. Bezugnahmen auf konkrete ausländische Eisenbahnen schliessen lassen. Vereinzelte Voten haben zwischen dem Binnenverkehr und dem Transitverkehr unterschieden.

4.3.3.6 Unter historisch-teleologischen Gesichtspunkten ist zu berücksichtigen, dass im Rahmen der Bahnreform 2 das EBG erneut teilrevidiert wurde. Auch die Regelung des Netzzugangs (Bundesgesetz über den zweiten Schritt der Bahnreform 2 vom 16. März 2012, AS 2012 5619) wurde geändert und ist seit dem 1. Juli 2013 nicht mehr in Art. 9 EBG, sondern in Art. 8*c* ff. EBG zu finden. Der Netzzugang war im Rahmen dieser Gesetzesrevision eher ein Nebenpunkt, wobei es in diesem Zusammenhang vor allem darum ging, die EU-Sicherheitsrichtlinie (Richtlinie 2004/49/EG) zu übernehmen (Botschaft zum zweiten Schritt der Bahnreform 2 vom 20. Oktober 2010, BBl 2011 911, S. 944). Die Neuordnung der Voraussetzungen für eine Netzzugangsbewilligung wurde im Parlament diskussionslos angenommen (AB 2011 N 374 f.; AB 2011 S 420 und 422). Wesentlich erscheint aber dennoch, dass die Bewilligung des Netzzugangs nach dem neuem, geltenden Recht den Sitz des EVU in der Schweiz voraussetzt, während EVU aus der EU gestützt auf Art. 8*c* Abs. 3 EBG und auf das am 1. Juni 2002 in Kraft getretene Landverkehrsabkommen Netz-

zugang erhalten. Selbst wenn ursprünglich eine europäische Branchenüblichkeit als Bewilligungsvoraussetzung angestrebt gewesen wäre, lässt der neu auf EVU mit Sitz in der Schweiz eingeschränkte Geltungsbereich der revidierten Art. 8*c* ff. EBG eher auf eine Branchenüblichkeit schliessen, die sich auf die bei den schweizerischen EVU üblichen Arbeitsbedingungen bezieht.

4.4 Zusammenfassend ergeben die verschiedenen Auslegungsmethoden letztlich übereinstimmend, dass sich die Branchenüblichkeit im Sinn von Art. 8*d* Abs. 1 Bst. d EBG an den schweizerischen Verhältnissen orientiert. Der Auffassung der Vorinstanz, die Arbeitsbedingungen definierten sich nach allen schweizerischen und europäischen EVU, die grenzüberschreitenden Schienengüterverkehr anbieten, kann demnach nicht gefolgt werden. Massgebend für die Frage, ob die Beschwerdegegnerin die Arbeitsbedingungen der Branche einhält oder nicht, sind die Verhältnisse bei den schweizerischen EVU.

4.5 Ob innerhalb der Unternehmen mit schweizerischem Netzzugang zwischen verschiedenen Branchen zu unterscheiden ist, also zwischen dem Binnenverkehr und dem grenzüberschreitenden Verkehr, beurteilt sich nach den angebotenen Leistungen und damit nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten (vgl. E. 4.3.1). Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers schliesst der Umstand, dass es bloss eine einzige Art von Bewilligung für EVU gibt, keineswegs aus, dass verschiedene Branchen bestehen. Die Vorinstanz ist aufgrund ihrer Fachkenntnis zum Schluss gekommen, im schweizerischen Schienengüterverkehr gebe es in diesem Sinn zwei zu unterscheidende Branchen. Für das Bundesverwaltungsgericht besteht kein Anlass, von dieser Einschätzung der Fachbehörde abzuweichen oder weitere Beweise hierzu zu erheben (vgl. E. 2).

5.

Gestützt auf ihre Auslegung von Art. 8*d* Abs. 1 Bst. d EBG hat die Vorinstanz die Branchenüblichkeit der Löhne auch unter Einbezug der Bedingungen ausländischer Bahnen geprüft und als offensichtlich bejaht. Die Verfügung enthält keine konkreten Feststellungen zu den Arbeitsbedingungen der Branche der schweizerischen EVU, die grenzüberschreitend tätig sind, diese sind jedoch nach dem Gesagten massgebend und entscheidwesentlich. Der Sachverhalt ist daher unvollständig erhoben und die angefochtene Verfügung aufzuheben.

5.1 Gemäss Art. 61 Abs. 1 VwVG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in der Sache selbst oder weist diese ausnahmsweise mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurück. Bei der Wahl zwischen den beiden Entscheidarten steht dem Gericht ein weiter Ermessensspielraum zu. Liegen sachliche Gründe vor, ist eine Rückweisung regelmässig mit dem Untersuchungsgrundsatz und dem Prinzip eines einfachen und raschen Verfahrens vereinbar (vgl. BGE 131 V 407 E. 2.1.1; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-770/2013 vom 8. Januar 2014 E. 1.3). Zur Rückweisung führt insbesondere eine mangelhafte Abklärung des Sachverhalts durch die Vorinstanz, die ohne eine aufwändigere Beweiserhebung nicht behoben werden kann. Ebenso ist eine Rückweisung angezeigt, wenn der Vorinstanz ein Ermessen zukommt, bei dessen Überprüfung sich das Gericht Zurückhaltung auferlegt (vgl. Urteil des BGer 1C_277/2007 vom 30. Juni 2008 E. 2.2; BVGE 2012/21 E. 5.1; Urteil des BVGer A-1305/2012 vom 10. Oktober 2012 E. 1.4; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.194).

5.2 Das Bundesverwaltungsgericht ist nicht ohne Weiteres in der Lage, die erforderlichen Sachverhaltsergänzungen selbst vorzunehmen. Zudem kommt der Vorinstanz bei der Beurteilung der Branchenüblichkeit von Löhnen ein technisches Ermessen zu. Unter diesen Umständen ist es angezeigt, die Angelegenheit zur Ergänzung des massgeblichen Sachverhalts und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.

6.

Die Verfahrenskosten werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt. Unterliegt diese nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Keine Kosten hat die Vorinstanz als Bundesbehörde zu tragen (Art. 63 Abs. 2 VwVG). In der Verwaltungsrechtspflege des Bundes gilt die Rückweisung in der Sache an die Vorinstanz zu weiteren Abklärungen und neuem Entscheid (mit noch offenem Ausgang) praxisgemäss als volles Obsiegen der Beschwerde führenden Partei (vgl. statt vieler BGE 132 V 215 E. 6.1, Urteil des BGer 1C_397/2009 vom 26. April 2010 E. 6 sowie Urteil des BVGer A-1128/2012 vom 24. Oktober 2012 E. 16.1).

6.1 Der Beschwerdeführer gilt somit als obsiegend, weshalb ihm keine Verfahrenskosten aufzuerlegen sind und ihm der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 2'000.— nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückzuerstatten ist. Demgegenüber unterliegt die Beschwerdegegnerin mit ihrem Antrag und wird demzufolge kostenpflichtig für die auf Fr. 2'000.— festzulegenden Verfahrenskosten (Art. 2 f. des Reglements vom 21. Februar 2008

über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [SR 173.320.2]).

6.2 Nach Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 1 VGKE hat die Beschwerdegegnerin den obsiegenden Beschwerdeführer ausserdem für die ihm durch das Verfahren entstandenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten angemessen zu entschädigen (vgl. Art. 8 VGKE). Dem Beschwerdeführer steht demnach eine aufgrund der Akten auf Fr. 4'500.—, inkl. MwSt. und Barauslagen, festzulegende Parteientschädigung zu, die von der Beschwerdegegnerin zu entrichten ist (Art. 14 VGKE). Keine Parteientschädigung steht der Vorinstanz als Bundesbehörde zu (Art. 7 Abs. 3 VGKE; MAILLARD, VwVG Praxiskommentar, Art. 64 N. 14).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde des Beschwerdeführers wird gutgeheissen. Die Verfügung der Vorinstanz vom 6. Mai 2015 wird aufgehoben und die Angelegenheit im Sinne der Erwägungen zur Ergänzung des massgeblichen Sachverhalts und zum neuen Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 2'000.— werden der Beschwerdegegnerin auferlegt. Dieser Betrag ist innert 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zugunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Die Zustellung des Einzahlungsscheins erfolgt mit separater Post.

3.
Dem Beschwerdeführer wird der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 2'000.— nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet. Hierzu hat er dem Bundesverwaltungsgericht seine Post- oder Bankverbindung anzugeben.

4.
Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils eine Parteientschädigung von Fr. 4'500.— zu bezahlen.

5.
Dieses Urteil geht an:

– den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
– die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)
– die Vorinstanz (Ref-Nr. BAV / BAV-240.0-00001/00003/00007; Einschreiben)
– das Generalsekretariat UVEK (Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter:	Der Gerichtsschreiber:
Maurizio Greppi	Bernhard Keller

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). 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 der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: