

## JAAC 70.86

Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 6. Juni  
2006

---

***Législation sur le transport des personnes. Admissibilité, sur le plan juridique, du transfert d'une unité d'affaire de la Poste Suisse (Transport de personnes) dans une société du groupe (CarPostal Suisse SA).***

***Art. 92 al. 2 Cst. Art. 2, art. 2a et art. 4 LTV. Art. 4 OCTV.***

***- L'art. 92 al. 2 Cst. confère à la Confédération le mandat de veiller à ce qu'un service universel suffisant en matière de services postaux soit assuré à des prix raisonnables dans toutes les régions du pays. Le service universel en matière de services postaux comprend entre autres le transport régulier et professionnel de personnes. La Confédération et les cantons assument la responsabilité stratégique de ces transports. Ils commandent des offres de transport auprès de la Poste et d'autres entreprises de transport concessionnaires et les indemnisent pour les coûts non couverts occasionnés par ces prestations (ch. 2a-b).***

***- La loi sur le transport de voyageurs charge la Poste d'assurer le transport régulier de personnes. Cette disposition n'oblige pas la Poste à faire les offres de transport correspondantes à partir de la maison mère. La Poste peut également remplir son devoir en faisant les offres à travers des filiales qu'elle possède. La loi sur le transport de voyageurs permet ainsi le transfert de l'unité d'affaire «transport de personnes» dans CarPostal Suisse SA (ch. 2c).***

***- Le transfert de l'unité d'affaire «transport de personnes» dans CarPostal Suisse SA entraîne, pour le personnel de la Poste, un transfert correspondant du droit public vers le droit privé du travail. Les dispositions sur le personnel de la loi sur l'organisation de la Poste et la loi sur le personnel de la Confédération ne s'opposent pas à un tel transfert de personnel. Malgré ce déplacement, la grande majorité du personnel de la Poste reste dans la maison mère. En outre, force est de supposer que, compte tenu des modifications qu'ont subies les***

*conditions-cadre propres à l'entreprise et celles qui découlent de la législation, le service des cars postaux ne fait plus partie de l'activité centrale de la Poste (ch. 3-4).*

---

*Gesetzgebung über die Personenbeförderung. Rechtliche Zulässigkeit der Auslagerung eines Geschäftsbereichs der Schweizerischen Post (Personenverkehr) in eine Konzerngesellschaft (PostAuto Schweiz AG).*

*Art. 92 Abs. 2 BV. Art. 2a und Art. 4 PBG. Art. 4 VPK.*

*- Art. 92 Abs. 2 BV erteilt dem Bund den Auftrag, für eine ausreichende und preiswerte Grundversorgung mit Postdiensten in allen Landesgegenden zu sorgen. Zur Grundversorgung mit Postdiensten gehört u. A die regelmässige und gewerbmässige Personenbeförderung auf der Strasse. Für diese tragen die Verwaltungen in Bund und Kantonen die strategische Verantwortung. Sie bestellen bei der Post und bei anderen konzessionierten Transportunternehmungen Verkehrsangebote und gelten die damit verbundenen ungedeckten Kosten ab (E 2a-b).*

*- Das Personenbeförderungsgesetz beauftragt die Post, die regelmässige Personenbeförderung sicherzustellen. Diese Bestimmung verpflichtet die Post nicht dazu, entsprechende Verkehrsangebote im Stammhaus zu erbringen. Die Post kann ihre Sicherstellungspflicht auch erfüllen, indem sie Verkehrsangebote durch von ihr beherrschte Tochtergesellschaften erbringen lässt. Das Personenbeförderungsgesetz lässt damit eine Auslagerung des Geschäftsbereichs «Personenverkehr» in die PostAuto Schweiz AG zu (E 2c).*

*- Eine Auslagerung des Geschäftsbereichs «Personenverkehr» in die PostAuto Schweiz AG bedingt eine entsprechende Überführung von Postpersonal aus dem öffentlichen ins private Arbeitsrecht. Die personalrechtlichen Bestimmungen im Postorganisationsgesetz und das Bundespersonalgesetz stehen einer solchen Personalüberführung nicht entgegen. Trotz der Auslagerung bleibt der weit überwiegende Teil des Postpersonals im Stammhaus. Zudem ist anzunehmen, dass angesichts der veränderten unternehmerischen und gesetzlichen Rahmenbedingungen die Postautodienste nicht mehr zum Kerngeschäft der Post gezählt werden können (E 3-4).*

---

*Legislazione sul trasporto di persone. Ammissibilità giuridica del trasferimento di un settore commerciale della Posta svizzera (trasporto di persone) ad una società del gruppo (Autopostale Svizzera SA).*

*Art. 92 cpv. 2 Cost. Art. 2a e art. 4 LTV. Art. 4 OCTV.*

*- L'art. 92 cpv. 2 Cost. conferisce alla Confederazione il mandato di assicurare servizi postali di base sufficienti e a prezzo ragionevole in tutte le regioni della Svizzera. Il servizio di base con servizi postali*

**comprende fra le altre cose il trasporto stradale regolare e commerciale di persone. La responsabilità strategica di tale trasporto è delle amministrazioni della Confederazione e dei cantoni. Esse ordinano presso la Posta e le altre aziende di trasporti che dispongono della concessione le offerte di trasporto e coprono i relativi costi scoperti (consid 2a-b).**

**- La legge sul trasporto di viaggiatori incarica la Posta di garantire il regolare trasporto di persone. Questa disposizione non obbliga la Posta a fornire le relative prestazioni di trasporto in seno alla casa madre. La Posta può rispettare l'obbligo di garantire il servizio anche incaricando dei trasporti le società figlie da lei controllate. La legge sul trasporto di viaggiatori permette quindi un trasferimento del settore commerciale «trasporto di viaggiatori» all' AutoPostale Svizzera SA (consid 2c).**

**- Un trasferimento del settore commerciale «trasporto di viaggiatori» all' AutoPostale Svizzera SA esige il relativo spostamento di personale postale dal settore del diritto pubblico a quello del diritto privato. Le disposizioni di diritto del personale nella legge sull'organizzazione della Posta e nella legge sul personale federale non impediscono un simile trasferimento. Malgrado lo spostamento, la grande maggioranza del personale della Posta resta nella casa madre. Inoltre, occorre ammettere che, considerate le modificate condizioni-quadro aziendali e legali, i servizi di autopostale non possono più essere considerati come un'attività centrale della Posta (consid. 3-4).**

---

## 1 Fragestellung und Vorgehen

Im Zusammenhang mit der in Durchführung begriffenen Auslagerung des Geschäftsbereichs Personenverkehr in die PostAuto Schweiz AG gelangte die Schweizerische Post in Abstimmung mit den Sozialpartnern am 18. Mai 2006 mit folgender Rechtsfrage an das Bundesamt für Justiz: «Ist die Überführung des Personals des Bereichs Personenverkehr in die PostAuto Schweiz AG und der damit verbundene Wechsel der Anstellungsbedingungen vom öffentlichen ins private Arbeitsrecht in Beachtung der dafür anwendbaren gesetzlichen Grundlagen zulässig?» Das Bundesamt für Justiz erweiterte die Fragestellung und klärte in seinem Gutachten vom 6. Juni 2006 ab, ob die Auslagerung des Geschäftsbereichs Personenverkehr generell zulässig ist.

Das Gutachten stellt als erstes die verfassungsrechtliche und gesetzliche Ordnung der Personenbeförderung dar, soweit sie für die Gutachtensfrage von Bedeutung ist (Kap. 2). Anschliessend wird die Frage diskutiert, ob die Auslagerung des Geschäftsbereichs Personenverkehr rechtlich zulässig ist. Die entsprechenden Beurteilungsmassstäbe ergeben sich im Wesentlichen aus der Gesetzgebung über den öffentlichen Verkehr (Kap. 3). Schliesslich ist die Zulässigkeit der Personalüberführung selber anhand der personalrechtlichen

Vorschriften im Postorganisationsgesetz und im Bundespersonalgesetz zu beurteilen (Kap. 4). Am Schluss wird das Ergebnis des Gutachtens festgehalten (Kap. 5).

## 2 Verfassungsrechtliche und gesetzliche Ordnung der Personenbeförderung

### a) Verfassungsrechtlicher Regulierungsauftrag

Art. 92 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) verleiht dem Bund - wie bereits der entsprechende Art. 36 Abs. 1 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (aBV<sup>[1]</sup>) - eine umfassende Kompetenz zur Regelung des Postwesens. Die Bestimmung schafft die Voraussetzung dafür, dass auf dem Gebiet des Postwesens ein umfassendes Leistungsangebot bereitgestellt werden kann. Zum Postwesen gehören in erster Linie die Brief- und Paketpost sowie der Postzahlungsverkehr. Eingeschlossen ist auch die Personenbeförderung, soweit sie regelmässig und gewerbsmässig betrieben wird und nicht unter die Verfassungsbestimmungen über Schifffahrt, Eisenbahnverkehr oder Luftfahrt fällt. Von Art. 92 Abs. 1 BV erfasst ist damit die regelmässige und gewerbsmässige Personenbeförderung auf der Strasse. Der allgemeine Güterverkehr und das Bankgeschäft fallen nicht unter das Postwesen im Sinne von Art. 92 Abs. 1 BV<sup>[2]</sup>.

Bei der Ausübung der Postkompetenz ist der Bund nicht völlig frei, sondern namentlich in zweierlei Hinsicht an verfassungsrechtliche Vorgaben gebunden (verfassungsrechtlicher Regulierungsauftrag): Indem Art. 92 Abs. 1 BV das Postwesen zur Bundessache erklärt, verleiht er zum einen dem Bund nicht nur eine Zuständigkeit, sondern auch eine politische und wirtschaftliche Verantwortung für diese Materie; der Bund hat diese Verantwortung in Form einer ausreichend dichten Regelung wahrzunehmen<sup>[3]</sup>. Zum andern hat der Bund den Verfassungsauftrag zur Sicherstellung einer ausreichenden und preiswerten Grundversorgung mit Postdiensten in allen Landesgegenden gemäss Art. 92 Abs. 2 BV zu erfüllen. Im Bereich der zu den Postdiensten gehörenden regelmässigen und gewerbsmässigen Personenbeförderung besteht damit ein verfassungsrechtlicher Grundversorgungsauftrag.

Art. 92 Abs. 1 BV lässt prinzipiell offen, wer im Postbereich Leistungen erbringen soll. Als Leistungsträger können der Bund selber, eine öffentlichrechtliche Anstalt, ein staatlich beherrschtes Unternehmen oder Private wirken, je nachdem, in welcher Form der verfassungsrechtliche Regulierungsauftrag nach Auffassung des Gesetzgebers am besten wahrgenommen werden kann<sup>[4]</sup>. Spielraum hat der Gesetzgeber auch in der Wahl des Systems der Leistungserbringung: Es ist eine Zweckmässigkeitsfrage, ob der Gesetzgeber ein Bundesmonopol errichtet, dieses einem Staatsunternehmen überträgt, ein Konzessionssystem vorsieht,

Bewilligungspflichtigen anordnet, sich mit dem Erlass von Verhaltensnormen begnügt oder gemischte Systeme vorsieht<sup>[5]</sup>. Art. 92 Abs. 1 BV legt keine bestimmte Wirtschaftsstruktur im Postwesen fest<sup>[6]</sup>.

## b) Gesetzliche Regulierung der Leistungserbringung

Die regelmässige Personenbeförderung ist primär im Bundesgesetz vom 18. Juni 1993 über die Personenbeförderung und die Zulassung als Strassentransportunternehmung (Personenbeförderungsgesetz, PBG, SR 744.10) normiert. Gemäss Art. 2 PBG hat der Bund grundsätzlich das ausschliessliche Recht, Reisende mit regelmässigen Fahrten zu befördern. Von diesem Recht ausgenommen ist die regelmässige Personenbeförderung, die nicht gewerbsmässig betrieben wird (Art. 3 Abs. 1 PBG). Auf Grund von Art. 3 Abs. 2 und Art. 6 Abs. 1 PBG hat der Bundesrat in der Verordnung über die Personenbeförderungskonzession vom 25. November 1998 (VPK, SR 744.11) weitere Ausnahmen vom ausschliesslichen Recht des Bundes gemäss Art. 2 PBG festgelegt. Zu diesen Ausnahmen gehören Behinderten- und Armeetransporte, der Mitfahr- und Gelegenheitsverkehr, die Personenbeförderung durch Fahrzeuge und Schiffe ohne motorischen Antrieb sowie gewisse Beförderungsarten im ausschliesslich grenzüberschreitenden Verkehr (Art. 7 VPK). Abgesehen von diesen Ausnahmen besteht damit ein Bundesregal für die regelmässige und gewerbsmässige Personenbeförderung.

Bis zur gesetzlichen Neuordnung des Postwesens auf den 1. Januar 1998 war das Personenbeförderungsregal im Besitz der damaligen Post-, Telefon- und Telegrafienbetriebe (PTT-Betrieb)<sup>[7]</sup>. Mit dem Postgesetz vom 30. April 1997 (PG, SR 783.0) wurde das Regal dem Bund zugeteilt, während die neu konstituierte Schweizerische Post einen gesetzlichen Leistungsauftrag erhielt<sup>[8]</sup>. Dieser Leistungsauftrag ist in Art. 2a Abs. 1 PBG definiert. Danach stellt die Schweizerische Post im Rahmen der Gesetzgebung über den öffentlichen Verkehr die regelmässige Personenbeförderung sicher.

Der Bund übt das Personenbeförderungsregal nicht selber aus, sondern sieht dafür ein Konzessionssystem vor. Gemäss Art. 4 Abs. 1 PBG kann das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) nach Anhören der betroffenen Kantone für die gewerbsmässige Beförderung von Reisenden mit regelmässigen Fahrten Konzessionen erteilen. Gemäss Art. 4 Abs. 2 VPK lautet die Konzession auf eine oder mehrere Linien (Linienkonzession). Für die regelmässige und gewerbsmässige Personenbeförderung innerhalb eines bestimmten Gebietes können Gebietskonzessionen erteilt werden (Art. 4 Abs. 3 VPK). Einer Konzession bedarf grundsätzlich jede Transportunternehmung, die regelmässig und gewerbsmässig Reisende befördert. Soweit ausschliesslich die Personenbeförderung im grenzüberschreitenden Verkehr betroffen ist, verlangt der Bundesrat lediglich eine Bewilligung (Art. 6 Abs. 1 VPK). Die Schweizerische Post ist weder von der Konzessions- noch von der Bewilligungspflicht ausgenommen.

Der Schweizerischen Post und den anderen konzessionierten Transportunternehmungen (KTU) können durch die Leistungserbringung im regionalen Personenverkehr ungedeckte Kosten entstehen. Art. 2a Abs. 2 PBG bestimmt, dass die ungedeckten Kosten des Verkehrsangebots der

Schweizerischen Post nach den Vorschriften des Eisenbahngesetzes vom 20. Dezember 1957 (EBG, SR 742.101) und des Transportgesetzes vom 4. Oktober 1985 (TG, SR 742.40) abgegolten werden.

Das Eisenbahngesetz regelt die Finanzierung der ungedeckten Kosten der regelmässigen Personenbeförderung in Art. 49 ff. Diese Bestimmungen gehen zurück auf eine am 1. Januar 1996 in Kraft gesetzte Teilrevision des Eisenbahngesetzes, mit der die Finanzströme im Regionalverkehr neu geordnet wurden. Bis anhin wurden die ungedeckten Kosten des Postautodienstes durch Quersubventionierungen innerhalb der damaligen PTT (für «alte» Linien bis 1972) bzw. durch Abgeltungen des Bundes für gemeinwirtschaftliche Leistungen (für «neue» Linien ab 1972) finanziert<sup>[9]</sup>. Nach dem neuen Finanzierungsregime bezahlen Bund und Kantone den Transportunternehmungen die ungedeckten Kosten des Verkehrsangebotes, das von Bund und Kantonen gemeinsam bestellt worden ist (Art. 49 Abs. 1 EBG). Abgeltungsberechtigt sind diejenigen Unternehmungen, deren Rechnungslegung den besonderen Vorschriften in Art. 63 ff. EBG und der dazugehörigen Verordnung des EVED (heute UVEK) über das Rechnungswesen der konzessionierten Transportunternehmungen vom 18. Dezember 1995 (REVO, SR 742.221) genügt. Art. 50 Abs. 1 EBG verlangt insbesondere, dass die Rechnung nach Sparten gegliedert ist und mindestens den regionalen Personenverkehr sowie die Eisenbahninfrastruktur, soweit vorhanden, je als eigene Sparte führt.

Das Transportgesetz sieht Entschädigungen vor für den Fall, dass Bund, Kantone oder Gemeinden von einer Transportunternehmung Tariferleichterungen verlangen. Nach Art. 11 Abs. 1 TG können Tariferleichterungen verlangt werden, wenn ein kulturelles, soziales, umwelt- oder energiepolitisches, volkswirtschaftliches oder sicherheitspolitisches Ziel anders nicht oder nur mit einem wesentlich grösseren Aufwand erreicht werden kann. Art. 11 Abs. 2 TG gewährleistet der betroffenen Unternehmung das Recht auf volle Entschädigung.

Mit der Neuordnung der Finanzströme im Eisenbahngesetz wurde auch das Leistungsangebot im Regionalverkehr neu geregelt. Art. 51 Abs. 1 EBG bestimmt, dass das Leistungsangebot in Vereinbarungen zwischen Bund bzw. Kantonen (Besteller) und konzessionierten Transportunternehmungen verbindlich festgelegt wird. Gemäss Art. 51 Abs. 2 EBG ist bei der Festlegung des Leistungsangebots in erster Linie die Nachfrage zu berücksichtigen. In Betracht zu ziehen sind aber darüber hinaus Kriterien der Grundversorgung: eine angemessene Grunderschliessung, Anliegen der Regionalpolitik, der Raumordnungspolitik, des Umweltschutzes und der Behinderten.

Die Grundsätze des Leistungsangebots sowie das Bestellverfahren werden in der Verordnung vom 18. Dezember 1995 über Abgeltungen, Darlehen und Finanzhilfen nach Eisenbahngesetz (Abgeltungsverordnung [ADFV] SR 742.101.1) geregelt. Art. 5 und 6 ADFV definieren relativ präzise Parameter zum Angebot im regionalen Personenverkehr. Dieses bundesrechtliche Grundversorgungsangebot wird durch kantonale Regelungen ergänzt. Im Einzelnen wird das Angebot im regionalen Personenverkehr auf Grund von Bestellungen durch die Verwaltungen in Bund und Kantonen festgelegt (Art. 6 Abs. 1 ADFV). Das Bestellverfahren wird jedes Jahr durchgeführt (Art. 10 Abs. 1 ADFV). Konzessionierte Transportunternehmungen können

unaufgefordert Offerten einreichen (Art. 14 Abs. 3 ADFV). Gemäss Art. 14 Abs. 1 ADFV kann der Bund oder ein Kanton eine Transportunternehmung aber auch auffordern, eine Offerte oder Offertvarianten zu unterbreiten. Die zur Offertstellung aufgeforderte Transportunternehmung kann gemäss Art. 16 ADFV nur auf eine Offerte verzichten, wenn andere Unternehmungen Zugang zur Infrastruktur erhalten, um die gleiche Leistung erbringen zu können. Art. 15 ADFV sieht die Möglichkeit vor, Aufträge für bestimmte Verkehrsleistungen auszuschreiben. Nehmen die Besteller eine Offerte an, so schliessen sie mit der Transportunternehmung eine Angebotsvereinbarung ab (Art. 20 Abs. 1 ADFV). Mit dieser Vereinbarung entsteht für die Transportunternehmungen gegenüber dem Besteller ein Rechtsanspruch auf Abgeltung der ungedeckten Kosten (Art. 51 Abs. 3 EBG).

Der Umfang der Grundversorgung im Regionalverkehr wird damit durch den Gesetzgeber generell-abstrakt definiert und im Einzelnen durch die Verwaltungen in Bund und Kantonen als Leistungsbesteller festgelegt. Die Transportunternehmungen können mittels Planrechnungen auf die Besteller Einfluss nehmen, haben aber keinen Rechtsanspruch auf eine Bestellung (vgl. Art. 51 Abs. 1 EBG; Art. 10 Abs. 4 ADFV). Insofern bestehen Unterschiede zwischen der Grundversorgung im Personenverkehr und dem Universaldienst im Post- und Zahlungsverkehr gemäss Postgesetz. Der Universaldienst im Post- und Zahlungsverkehr wird nicht durch das Gemeinwesen, sondern durch einen bestimmten Leistungserbringer - die Schweizerische Post - unmittelbar gestützt auf die Leistungsaufträge in Art. 2 PG im Rahmen der allgemeinen gesetzlichen Vorgaben konkretisiert.

### c) Die Post als Leistungserbringerin

Wie erwähnt beauftragt der Gesetzgeber in Art. 2a Abs. 1 PBG die Schweizerische Post mit der Sicherstellung der regelmässigen Personenbeförderung im Rahmen der Gesetzgebung über den öffentlichen Verkehr. Die Unternehmensform der Post wird im Postorganisationsgesetz vom 30. April 1997 (POG, SR 783.1) definiert. Gemäss Art. 2 Abs. 1 POG ist die Post eine selbständige Anstalt des öffentlichen Rechts mit Rechtspersönlichkeit und Sitz in Bern. Die Post erbringt die Dienstleistungen nach der Postgesetzgebung und der Gesetzgebung über den öffentlichen Verkehr (Art. 3 Abs. 1 POG).

Im Einzelnen hat der Gesetzgeber insbesondere folgende organisatorische Regelungen vorgesehen: Die Post ist mit einem unverzinslichen Dotationskapital ausgestattet (Art. 5 POG), führt eine eigene Tresorerie (Art. 11a POG)<sup>[10]</sup> und untersteht der Staatshaftung (Art. 16 Abs. 2 POG). Für die Verbindlichkeiten der Post besteht demzufolge eine umfassende Staatsgarantie<sup>[11]</sup>. Der Bundesrat steuert die Post, indem er ihr jeweils für vier Jahre strategische Ziele vorgibt (Art. 6 POG). Organe der Post sind der Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung (Art. 7 ff. POG). Der Verwaltungsrat legt unter anderem im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben die Organisation der Post fest (Art. 9 Bst. b POG).

Die Post hat in Ausübung ihrer Organisationsautonomie ihre Tätigkeiten in verschiedene Geschäftsbereiche (Geschäftsfelder bzw. Geschäftseinheiten) gegliedert. Es handelt sich um die Bereiche Mail, Logistics,

Finanzdienstleistungen, Personenverkehr, International, Poststellennetz und Philatelie<sup>[12]</sup>. Des Weiteren hat die Post eine Reihe juristisch selbständiger Unternehmen gegründet, über welche sie direkt oder indirekt die Kontrolle ausübt. Diese Konzerngesellschaften sind in insgesamt zehn Ländern inkorporiert. Die Konzerngesellschaften mit Sitz in der Schweiz sind zum allergrössten Teil Aktiengesellschaften, an denen die Post zu 100% beteiligt ist. Eine dieser Aktiengesellschaften ist die PostAuto Schweiz AG, in welche nach Absicht der Post der Geschäftsbereich Personenverkehr ausgelagert werden soll.

Das Personal der Post ist kraft Art. 15 POG grundsätzlich der Gesetzgebung über das Bundespersonal unterstellt. In begründeten Fällen kann die Post Bedienstete nach dem Obligationenrecht anstellen (Art. 15 Abs. 2 POG). In Übereinstimmung mit Art. 15 POG wird das Personal der Post bzw. die Post als Arbeitgeberin durch das Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (BPG, SR 172.220.1) grundsätzlich dem Anwendungsbereich dieses Gesetzes unterstellt (Art. 2 Abs. 1 Bst. c bzw. Art. 3 Abs. 1 Bst. c BPG). Soweit das Postpersonal im Bereich des öffentlichen Verkehrs tätig ist, gilt des Weiteren das Arbeitszeitgesetz vom 8. Oktober 1971 (AZG, SR 822.21). Sodann verpflichtet Art. 38 Abs. 1 BPG die Post, mit den Personalverbänden Gesamtarbeitsverträge (GAV) abzuschliessen<sup>[13]</sup>. In Ausübung dieser Verpflichtung ist die Post den GAV Post eingegangen<sup>[14]</sup>, welcher grundsätzlich auf das gesamte Personal der Post Anwendung findet. Ziff. 130 GAV Post bestimmt, dass bei der Übertragung von Betriebsteilen an Dritte Art. 333 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) analog anzuwenden ist. Dabei sollen die arbeitsvertraglichen Bestimmungen des GAV Post unter Vorbehalt zwingender gesetzlicher Bestimmungen für mindestens ein Jahr weiterhin gelten. Die Konzerngesellschaften der Post haben demgegenüber mit ihren Angestellten privatrechtliche Einzelarbeitsverträge abgeschlossen. In Bezug auf ihre Konzerngesellschaften hat die Post auf freiwilliger Basis mit den Sozialpartnern eine Reihe von Vereinbarungen getroffen, welche im Gesamtarbeitsvertrag für ausgegliederte Geschäftseinheiten der Schweizerischen Post (GAV KG<sup>[15]</sup>) resultierten. Der GAV KG hat indessen nur die Funktion eines Grundvertrags, das heisst, er gilt nur dann, wenn eine Konzerngesellschaft eine Anschlussvereinbarung eingeht<sup>[16]</sup>.

#### d) Zwischenergebnis

Der Verfassungsgeber erteilt dem Bund im Postwesen den Auftrag, für eine ausreichende und preiswerte Grundversorgung im Bereich der Personenbeförderung auf der Strasse zu sorgen. Der Bundesgesetzgeber stellt die Grundversorgung in Form eines Konzessions- und Abgeltungssystems sicher. Unternehmen, die Reisende gewerbsmässig mit regelmässigen Fahrten befördern wollen, müssen sich beim UVEK um eine Konzession für eine bestimmte Linie oder ein bestimmtes Gebiet bewerben. Die Verkehrsangebote der konzessionierten Transportunternehmungen werden von Bund und Kantonen bestellt. Die Grundversorgung im Personenverkehr wird damit in Vereinbarungen zwischen den Bestellern und den Transportunternehmungen festgelegt. In diesen Vereinbarungen werden zudem die Abgeltungen der öffentlichen Hand für die ungedeckten Kosten von Verkehrsangeboten geregelt.

Die Schweizerische Post muss sich wie andere Transportunternehmungen um Konzessionen und Abgeltungen für die regelmässige und gewerbsmässige Personenbeförderung bewerben. Zugleich hat der Gesetzgeber der Post den Auftrag erteilt, die regelmässige Personenbeförderung sicherzustellen. Die Post ist als Anstalt des öffentlichen Rechts organisiert, ihre Anstellungsverhältnisse unterstehen grundsätzlich dem Bundespersonalrecht.

### 3 Zulässigkeit der Auslagerung des Geschäftsbereichs Personenverkehr

#### a) Fragestellung

Das Postorganisationsgesetz gewährt dem Unternehmen Post weitgehende Organisations- und Finanzautonomie<sup>[17]</sup>. Es ist grundsätzlich Sache der Unternehmensführung der Post, die Leistungserbringung im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben optimal zu organisieren (vgl. Art. 9 Bst. b POG). Der Gesetzgeber räumte der Post zudem Möglichkeiten ein, für die Leistungserbringung mit Dritten zusammenzuarbeiten. Zu diesem Zweck bestimmt Art. 3 Abs. 2 POG generell, dass die Post eigene Gesellschaften gründen, sich an Gesellschaften beteiligen oder auf andere Weise mit Dritten zusammenarbeiten kann. In Bezug auf die Personenbeförderung findet sich eine analoge Bestimmung in Art. 2c PBG.

Der Post steht es damit prinzipiell frei, für das Erbringen ihrer Dienstleistungen Tochtergesellschaften zu gründen. Damit ist aber die Frage noch nicht beantwortet, wie weit die Post ihre Dienstleistungen durch solche Tochtergesellschaften erbringen lassen darf. Art. 3 Abs. 2 POG und Art. 2c PBG enthalten diesbezüglich keine Beschränkungen. Eine Beschränkung könnte sich jedoch aus dem gesetzlichen Leistungsauftrag gemäss Art. 2a PBG ergeben. Diese Bestimmung beauftragt die Schweizerische Post als Anstalt des öffentlichen Rechts mit der Sicherstellung der regelmässigen Personenbeförderung. Es stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber damit von der Post verlangt, Dienstleistungen im Bereich des Personenverkehrs selber, d. h. im Rahmen der Anstalt, zu erbringen. Die Frage ist mit Hilfe der üblichen Auslegungsmethoden zu beantworten.

#### b) Grammatikalische Auslegung

Ausgangspunkt der Auslegung ist der Wortlaut des Gesetzes. Art. 2a Abs. 1 PBG trägt die Überschrift «Auftrag der Schweizerischen Post» und lautet wie folgt:

«Die Schweizerische Post stellt im Rahmen der Gesetzgebung über den öffentlichen Verkehr die regelmässige Personenbeförderung sicher.»

Es fragt sich, was mit «Sicherstellen» der regelmässigen Personenbeförderung gemeint ist. Im Französischen wird das Verb «assurer», im Italienischen das Verb «assicurare» verwendet. Sicherstellen heisst Verantwortung für eine bestimmte Aufgabe übernehmen. Wer eine Aufgabe sicherstellt, trifft die notwendigen Vorkehrungen, damit die Aufgabe erfüllt wird. Dabei kann der

Verantwortliche die Aufgabe selber ausführen oder durch Dritte ausführen lassen. Wenn Dritte die Aufgabe korrekt erfüllen, hat der Verantwortliche seine Sicherstellungspflicht erfüllt.

Die Verwendung des Wortes «sicherstellen» in anderen Normtexten bestätigt die umschriebene Bedeutung. Erwähnt seien nur zwei Stellen in der Bundesverfassung. Gemäss Art. 83 Abs. 1 BV stellt der Bund die Errichtung eines Netzes von Nationalstrassen und deren Benützbarkeit sicher. Offensichtlich wird damit vom Bund nicht verlangt, dass er selber das Nationalstrassennetz baut. Vielmehr muss er die geeigneten gesetzgeberischen und administrativen Vorkehrungen treffen, damit im Ergebnis ein funktionierendes Nationalstrassennetz vorhanden ist. Ebenso verhält es sich mit der Bestimmung in Art. 102 Abs. 1 BV, wonach der Bund im Hinblick auf besondere Notlagen die Versorgung des Landes mit lebenswichtigen Gütern und Dienstleistungen sicherstellt. Der Bund trägt zwar die Verantwortung für die Landesversorgung, ist aber selbstverständlich nicht gehalten, die Versorgung in Eigenproduktion sicherzustellen.

Der Wortlaut von Art. 2a Abs. 1 PBG spricht somit dafür, dass die Schweizerische Post die regelmässige Personenbeförderung auch durch Dritte erbringen lassen kann. Mit der Sicherstellungspflicht überträgt der Gesetzgeber der Post die Verantwortung für die Dienstleistung, verlangt von ihr aber nicht die eigenhändige Ausführung der Dienstleistung. Die Post muss die Verantwortung auf geeignete Weise wahrnehmen. Falls die Post die Dienstleistung durch Dritte ausführen lässt, hat sie mittels Kontroll- und Weisungsrechten gegenüber dem Leistungserbringer sicherzustellen, dass sie ihre Verantwortung wahrnehmen kann. Gegenüber einer Aktiengesellschaft hat die Post in umfassender Weise Kontroll- und Weisungsrechte, soweit sie diese Gesellschaft mit mindestens zwei Drittel der Stimmen und der absoluten Mehrheit der Aktiennennwerte beherrscht (vgl. Art. 704 OR). Die PostAuto Schweiz AG wird zu 100% von der Post beherrscht. Damit ist es der Post möglich, die regelmässige Personenbeförderung «sicherzustellen», indem sie die Leistungserbringerin uneingeschränkt kontrollieren kann. Der Wortlaut von Art. 2a Abs. 1 PBG steht insofern einer Auslagerung des Geschäftsbereichs Personenverkehr in die PostAuto Schweiz AG nicht entgegen.

### c) Systematische Auslegung

Es bleibt zu klären, ob der dargelegte Wortsinn von Art. 2a Abs. 1 PBG durch die weiteren Auslegungselemente bestätigt wird. Unter dem Gesichtspunkt der systematischen Auslegung ist der Leistungsauftrag in Art. 2a Abs. 1 PBG mit den Leistungsaufträgen in Art. 2 PG zu vergleichen. Art. 2 Abs. 1 PG verpflichtet die Post, einen ausreichenden Universaldienst, bestehend aus Dienstleistungen des Post- und Zahlungsverkehrs, zu erbringen. Gemäss Art. 2 Abs. 3 PG muss die Post landesweit ein flächendeckendes Poststellennetz betreiben. Im Gutachten vom 20. April 2006 betreffend die Paketbeförderung ist das Bundesamt für Justiz zum Ergebnis gekommen, dass die Post gehalten ist, die Leistungsaufträge in Art. 2 PG primär selber zu erfüllen<sup>[18]</sup>. Damit drängt sich die Frage auf, ob der Leistungsauftrag im Bereich des Personenverkehrs nicht in gleicher Weise auszulegen ist.

Die Leistungsaufträge im Personenbeförderungsgesetz und im Postgesetz unterscheiden sich in mehrfacher Hinsicht. Unterschiedlich ist zunächst der Wortlaut. Während Art. 2a Abs. 1 PBG den Begriff «sicherstellen» verwendet, spricht Art. 2 PG von der «Erbringung» bzw. «Besorgung» der fraglichen Dienste. Sodann stehen die Leistungsaufträge je in einem anderen regulatorischen Gesamtzusammenhang. Im Fall des Post- und Zahlungsverkehrs überträgt der Bundesgesetzgeber der Post die in Art. 92 Abs. 2 BV festgehaltene Staatsaufgabe der Grundversorgung. Die Post bestimmt im Rahmen der gesetzlichen und administrativen Vorgaben (Postgesetzgebung, strategische Ziele des Bundesrates, Anforderungen der Postregulationsbehörde) im Einzelnen über den Umfang der Grundversorgung an Post- und Zahlungsverkehrsdiensten sowie über die Art und Weise ihrer Erbringung. Entsprechend liegt es grundsätzlich auch an der Post, die ungedeckten Kosten der Grundversorgung insbesondere mittels Monopolrenten zu finanzieren. Demgegenüber sind im Bereich des Personenverkehrs die Verwaltungen in Bund und Kantonen mit der Erfüllung der Grundversorgungsaufgabe betraut. Bund und Kantone konkretisieren in Form von Bestellungen bei konzessionierten Transportunternehmungen den Umfang der Grundversorgung und finanzieren die ungedeckten Kosten der Unternehmungen mittels Abgeltungen. Die Post ist im Bereich des Personenverkehrs nur im Auftrag Dritter ausführend tätig, und zwar neben anderen Transportunternehmungen<sup>[19]</sup>.

Die Post trägt damit im Bereich des Personenverkehrs nur eine operationelle Verantwortung - dies im Unterschied zum Post- und Zahlungsverkehr, wo sie für die Erbringung der Grundversorgung strategisch verantwortlich ist. Von daher lässt sich begründen, weshalb zwar der Universaldienst im Bereich des Post- und Zahlungsverkehrs, nicht aber unbedingt die regelmässige Personenbeförderung durch die Post als öffentlichrechtliche Anstalt selber erbracht werden soll. Mit der Leistungspflicht im Post- und Zahlungsverkehr bezweckt der Gesetzgeber die optimale Wahrnehmung des verfassungsrechtlichen Grundversorgungsauftrags durch die Post. Der Gesetzgeber ging davon aus, dass sich dieses Ziel im Post- und Zahlungsverkehr am besten mit der Rechtsform der öffentlichrechtlichen Anstalt erreichen lässt<sup>[20]</sup>. Demgegenüber hat der Gesetzgeber im Bereich des Personenverkehrs zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Grundversorgungsauftrags ein anderes System gewählt. Die strategische Verantwortung für die Grundversorgung tragen wie gesagt die Verwaltungen in Bund und Kantonen, nicht aber die Post. Insofern entfallen auf dem Gebiet des Personenverkehrs die Motive des Gesetzgebers, die Grundversorgung innerhalb einer öffentlichrechtlichen Anstalt erbringen zu lassen.

#### d) Teleologisch-historische Auslegung

Des Weiteren ist zu fragen, ob die Wortbedeutung von Art. 2a Abs. 1 PBG mit dem Zweck dieser Bestimmung übereinstimmt. Der Zweck des Leistungsauftrags in Art. 2a Abs. 1 PBG wird in der Botschaft zum Postgesetz wie folgt umschrieben:

«Artikel 2<sup>bis</sup> ist für die Post die gesetzliche Grundlage für den Betrieb eines Personentransportdienstes. Mit der Erteilung eines Unternehmensauftrags wird zum Ausdruck gebracht, dass die Post der Öffentlichkeit auch weiterhin ein Instrument für die Sicherstellung der Grundversorgung im öffentlichen Regionalverkehr zur Verfügung stellen muss.»<sup>[21]</sup>

Der erste Satz der zitierten Stelle verdeutlicht, dass die Post als öffentlichrechtliche Anstalt wie jede staatliche Institution für ihre Tätigkeit eine gesetzliche Grundlage braucht. Entsprechend soll Art. 2a Abs. 1 PBG der Post für die regelmässige Personenbeförderung eine gesetzliche Grundlage bereitstellen. Aus dem zweiten Satz der zitierten Stelle geht indes hervor, dass sich der Sinn von Art. 2a Abs. 1 PBG nicht in der Funktion einer gesetzlichen Grundlage erschöpft. Vielmehr sollte die Post verpflichtet werden, im Bereich der regelmässigen Personenbeförderung ein Angebot bereitzustellen. Die Überschrift von Art. 2a («Auftrag» der Schweizerischen Post) und die nicht modale Formulierung («stellt ... sicher» - im Unterschied zur Kann-Formulierung in Art. 2b PBG) bestätigen den Verpflichtungscharakter der Bestimmung.

Der Leistungsauftrag gemäss Art. 2a Abs. 1 PBG verpflichtet also die Post, für die Grundversorgung der Bevölkerung mit Personenverkehrsdiensten entsprechende Angebote bereitzustellen. Man kann sich fragen, ob es der Post auf Grund ihrer Sicherstellungspflicht in Abweichung von Art. 16 ADFV sogar verwehrt wäre, im Fall einer Aufforderung von Bund und Kantonen und in Ermangelung eines Leistungsangebots anderer Transportunternehmungen auf eine Offerte zu verzichten<sup>[22]</sup>. Soweit ersichtlich hat sich aber diese Frage in der Praxis bisher nicht gestellt, weil in der Aussicht auf genügend hohe Abgeltungen jeweils mindestens eine Offerte unterbreitet worden ist. In jedem Fall sorgt der Gesetzgeber mit der Sicherstellungspflicht gemäss Art. 2a Abs. 1 PBG dafür, dass die Post als ehemalige Monopolistin ihre Dienstleistungen im Personenverkehr nicht aufgibt und dadurch die Grundversorgung im Bereich der regelmässigen Personenbeförderung gefährdet. Es soll in der Schweiz mindestens ein starkes Transportunternehmen geben, bei dem Bund und Kantone Verkehrsangebote bestellen können. Der Post wird die Verantwortung dafür auferlegt, dass es ein solches Transportunternehmen gibt. Ob dieses Unternehmen als finanziell und betrieblich selbständiger Geschäftsbereich der Post oder als rechtlich selbständiges Tochterunternehmen der Post ausgestaltet ist, spielt im Hinblick auf den Zweck des Leistungsauftrags in Art. 2a Abs. 1 PBG keine Rolle.

## e) Zwischenergebnis

Auf Grund des Leistungsauftrags in Art. 2a Abs. 1 PBG muss die Post sicherstellen, dass zuhanden von Bund und Kantonen im Bereich der regelmässigen Personenbeförderung Transportleistungen angeboten werden. Diese Sicherstellungspflicht kann wahrgenommen werden, indem die Post solche Leistungen wie bisher in Form eines finanziell und betrieblich eigenständigen Geschäftsbereichs innerhalb der Anstalt selber erbringt. Möglich ist aber auch, die entsprechenden Leistungen durch eine Tochtergesellschaft erbringen zu lassen. Vorausgesetzt ist, dass die Post gegenüber der Tochtergesellschaft hinreichende Kontroll- und Weisungsrechte

hat. Gegenüber der PostAuto Schweiz AG, die zu 100% der Post gehört, ist diese Voraussetzung erfüllt. Das Personenbeförderungsgesetz lässt damit eine Auslagerung des Geschäftsbereichs Personenverkehr in die PostAuto Schweiz AG zu.

#### 4 Zulässigkeit der Überführung von Personal des Geschäftsbereichs Personenverkehr

##### a) Schranken auf Grund des Postorganisationsgesetzes?

Das Personenbeförderungsgesetz steht einer Auslagerung des Geschäftsbereichs Personenverkehr in die PostAuto Schweiz AG wie gesagt nicht entgegen. Die Auslagerung bedingt jedoch die Überführung von Postpersonal vom öffentlichen ins private Arbeitsrecht. Diese Überführung von Postpersonal könnte in Konflikt geraten mit der personalrechtlichen Vorschrift in Art. 15 POG, wonach die Dienstverhältnisse der Post grundsätzlich dem Bundespersonalrecht unterstehen<sup>[23]</sup>.

Formal betrachtet steht Art. 15 POG einer Überführung von Postpersonal in Konzerngesellschaften nicht entgegen. Art. 15 POG ist anwendbar, wenn ein Angestellter mit der Post ein Dienstverhältnis hat. Ist dies nicht mehr der Fall, findet Art. 15 POG keine Anwendung mehr. Ausgehend von dieser formalen Betrachtungsweise kann aus Art. 15 POG einzig geschlossen werden, dass Personalüberführungen mit den einschlägigen Vorschriften des Bundespersonalrechts übereinstimmen müssen. Eine substantielle Schranke für Personalüberführungen wird nicht errichtet.

Zu bedenken ist allerdings, dass der Gesetzgeber bei der Aufteilung der ehemaligen PTT Mitte der 1990er Jahre eine Post vor Augen hatte, welche als staatliches Grossunternehmen wie bis anhin zahlreiche Leute beschäftigt. Für dieses Grossunternehmen wollte der Gesetzgeber stabile Anstellungsbedingungen gewährleisten. Aus den Materialien zum Postorganisationsgesetz geht hervor, dass sich der Gesetzgeber insbesondere angesichts seiner Beurteilung der Marktsituation bewusst dafür entschied, nur die Angestellten im Fernmeldebereich dem privaten Arbeitsvertragsrecht, die Angestellten im Postbereich hingegen dem öffentlichen Arbeitsrecht zu unterstellen<sup>[24]</sup>. Diese personalrechtliche Zielsetzung des Postorganisationsgesetzes würde unterlaufen, falls die Post praktisch ihr gesamtes oder zumindest den Grossteil ihres Personals an privatrechtliche Konzerngesellschaften überführen würde.

Eine Auslagerung des Geschäftsbereichs Personenverkehr in die PostAuto Schweiz AG bedingt jedoch nur die Überführung eines kleineren Teils des Postpersonals<sup>[25]</sup>. Der weit überwiegende Teil des Postpersonals bleibt auf Grund der geltenden Postgesetzgebung im Stammhaus. Wie das Bundesamt für Justiz in seinem Gutachten vom 20. April 2006 festgehalten hat, ist eine Auslagerung und entsprechende Personalüberführung im Bereich der Universaldienste gemäss Postgesetz nicht zulässig<sup>[26]</sup>. Damit setzt die Postgesetzgebung einer personellen Ausdünnung des Stammhauses Schranken.

Der personalrechtliche Zweck des Postorganisationsgesetzes bleibt gewahrt, auch wenn der Geschäftsbereich Personenverkehr ausgelagert und das entsprechende Postpersonal überführt wird.

## b) Schranken auf Grund des Bundespersonalgesetzes?

In Entsprechung zu Art. 15 POG bestimmen Art. 2 Abs. 1 Bst. c und Art. 3 Abs. 1 Bst. c BPG, dass die Schweizerische Post und ihre Angestellten dem Bundespersonalgesetz unterstehen. Das zu Art. 15 POG Gesagte gilt grundsätzlich auch in Bezug auf Art. 2 Abs. 1 Bst. c und Art. 3 Abs. 1 Bst. c BPG: Diese Vorschriften stehen als solche weder in formaler Hinsicht noch im Blick auf ihre personalrechtliche Zielsetzung einer Überführung von Postpersonal in die PostAuto Schweiz AG entgegen.

Allerdings könnte eine historische Auslegung des Bundespersonalgesetzes zu einem anderen Schluss führen. In den parlamentarischen Debatten zum Bundespersonalgesetz in den Jahren 1999 und 2000 betonten mehrere Parlamentarier sowie der zuständige Bundesrat, dass eine Auslagerung der «angestammten Tätigkeitsgebiete» bzw. des «Kerngeschäfts» der Post sowie der Schweizerischen Bundesbahnen SBB (SBB) in privatrechtliche Konzerngesellschaften gesetzeswidrig wäre. Das Bundesamt für Justiz hat diese Debatte im Gutachten vom 20. April 2006 im Detail dargestellt<sup>[27]</sup>. An dieser Stelle werden die wichtigsten Aussagen wiedergegeben (Hervorhebungen in kursiver Schrift durch das Bundesamt für Justiz):

«Un autre aspect de la proposition Pelli est à rechercher du côté des événements récents qui se sont passés et des projets à court terme visant à séparer des éléments des entreprises Poste et CFF pour en faire des unités autonomes. Le saucissonnage des entreprises pourrait en quelques années enlever tout son sens à la loi que nous discutons et la transformer en coquille vide»<sup>[28]</sup>.

«Die Kommission hat sich mit den Anträgen nicht befasst, aber die Grundüberlegungen bezüglich des Geltungsbereiches des BPG diskutiert. Mit anderen Worten: Es muss Post und Bahnen möglich sein, Firmen zu gründen, insbesondere Firmen über die Grenze hinweg, die nachher nicht dem BPG unterstehen, aber zur Mehrheit der Post oder den SBB gehören. Ganz konkret muss es möglich sein, dass die SBB mit den Italienischen Staatsbahnen eine gemeinsame Gesellschaft gründen, worin die SBB einen Anteil von 51 Prozent und die Italienischen Staatsbahnen einen solchen von 49 Prozent haben, ohne dass mit diesem Entscheid bereits definiert ist, dass diese Unternehmung nachher dem BPG untersteht. (...) Aber - da verstehe ich vielleicht die Bedenken, die vorhin von Herrn Béguelin auch geäußert wurden - es ist auch ganz klar, dass es nicht so sein soll, dass Post und Bahnen ihre angestammten Tätigkeitsgebiete einfach ausgliedern, Untergesellschaften gründen und sich so dem BPG entziehen. Das ist nicht der Sinn und Zweck des BPG!»<sup>[29]</sup>

«Die beiden Bundesunternehmen müssen auch weiterhin die Möglichkeit haben, für Tätigkeiten, die ausserhalb ihres Kernbereiches liegen, Tochterunternehmungen zu gründen und Beteiligungen einzugehen, auch an privaten Unternehmen. Das können sie natürlich nur, wenn sie dort

privatrechtliche Anstellungsverhältnisse eingehen können. Ich weiss woher die Ängste kommen, die man in diesem Zusammenhang hat - dafür habe ich Verständnis -: Es darf natürlich nicht sein, dass sich Post und SBB sozusagen auf eine Holdingfunktion zurückziehen und alle ihre Kernbereiche auslagern, damit diese nicht mehr dem Bundespersonalrecht unterliegen. Die Kompetenz, die Sie beiden Betrieben gegeben haben, nämlich Joint ventures und Allianzen einzugehen, ermächtigt zu ergänzenden Beteiligungen, nicht zur Auslagerung des Kerngeschäftes. Es ist auch nicht so, wie Herr Pelli gesagt hat, dass z. B. die SBB nirgends mit dem Markt in Konkurrenz stehen. Sie werden das sehen: Mit dem free access, der durch die Schweiz führt und mit dem alle anderen das Schienennetz auch nutzen dürfen, ist natürlich ein knallharter Wettbewerb zu erwarten. Der betrifft zum Teil das Kerngeschäft. Ich mache mir heute schon etwas Sorgen darüber, ob die SBB dann konkurrenzfähig sein werden. Ich sage hier aber ausdrücklich: Die Auslagerung des Kerngeschäftes ist damit nicht gemeint, sondern es geht um diese Allianzen, die in der heutigen Zeit nötig sind, damit ein Betrieb überhaupt leistungsfähig bleibt»<sup>[30]</sup>.

Angesichts dieser parlamentarischen Voten lautet die entscheidende Frage, ob die regelmässige Personenbeförderung zu den «angestammten Tätigkeitsgebieten» bzw. zum «Kerngeschäft» der Post gehört. Aus historischer Sicht sind die Postautodienste zweifellos ein angestammtes Tätigkeitsgebiet der Post<sup>[31]</sup>. Allerdings wurde der Ausdruck «angestammte Tätigkeitsgebiete» in den parlamentarischen Debatten zum Bundespersonalgesetz nur in einem Votum isoliert gebraucht. Wiederholt verwendet wurde dagegen der Ausdruck «Kerngeschäft». Ob die regelmässige Personenbeförderung zum Kerngeschäft der Post gehört, ist weniger eindeutig. Wird unter Kerngeschäft der strategische Kernbereich des Unternehmens Post verstanden, fällt die Personenbeförderung kaum darunter. Einerseits hat der Geschäftsbereich Personenverkehr innerhalb des Stammhauses bezüglich Umsatz und Personaletat eine untergeordnete Bedeutung<sup>[32]</sup>. Andererseits gehört die regelmässige Personenbeförderung nicht zum postalischen Universaldienst, für den die Post die strategische Verantwortung trägt. Vielmehr liegt die strategische Verantwortung für die Grundversorgung im Bereich Personenverkehr seit der Revision der Eisenbahn- und Postgesetzgebung Mitte der 90er-Jahre bei den Verwaltungen in Bund und Kantonen<sup>[33]</sup>. Insofern versteht der Gesetzgeber selber die regelmässige Personenbeförderung nicht mehr als Kernbereich der Post. Aus zeitgemässer Sicht ist damit anzunehmen, dass die Postautodienste - obwohl historisch zu den angestammten Tätigkeitsgebieten gehörend - nicht mehr zum Kerngeschäft der Post gerechnet werden können. Das Bundespersonalrecht vermag deshalb einer Überführung von Postpersonal in die PostAuto Schweiz AG keine Schranken zu setzen.

### c) Zwischenergebnis

Die personalrechtlichen Bestimmungen im Postorganisationsgesetz und im Bundespersonalgesetz stehen einer mit der Auslagerung des Geschäftsbereichs Personenverkehr verbundenen Überführung von Postpersonal an die Konzerngesellschaft PostAuto Schweiz AG nicht entgegen. Trotz der Auslagerung bleibt der weit überwiegende Teil des Postpersonals im Stammhaus. Zudem ist anzunehmen, dass angesichts der

veränderten unternehmerischen und gesetzlichen Rahmenbedingungen die Postautodienste nicht mehr zum Kerngeschäft der Post gezählt werden können.

## 5 Ergebnis

Somit kommt das Gutachten zum Ergebnis, dass die in Durchführung begriffene Auslagerung des Geschäftsbereichs Personenverkehr in die PostAuto Schweiz AG und die damit verbundene Personalüberführung gesetzeskonform sind.

Die unterschiedliche Beurteilung der Auslagerungsvorhaben in den Bereichen Paketbeförderung und Postautodienste findet ihren Grund im Wesentlichen darin, dass die Post im einen Fall die Verwaltungsaufgabe der Grundversorgung selber zu erfüllen hat, im anderen Fall aber nur ein Leistungsangebot zuhanden Dritter (Bund und Kantone) sicherstellen muss. Auf dem Gebiet der Paketbeförderung hat die Post die strategische Verantwortung für die Grundversorgung sowie die Kompetenz, die ungedeckten Kosten aus eigenen Mitteln (Monopolrenten) zu finanzieren. Im Bereich der Postautodienste ist die Post eine Anbieterin neben anderen konzessionierten Transportunternehmen, denen die ungedeckten Kosten mittels Abgeltungen durch die öffentliche Hand finanziert werden. Diese und weitere Unterschiede führen zur differenzierten Beurteilung der beiden Auslagerungsvorhaben.

[1] Zu lesen auf der Internetseite des Bundesamtes für Justiz unter:[http://www.ofj.admin.ch/etc/medialib/data/staat\\_buerger/gesetzgebung/bundesverfassung.Par.0006.File.tmp/bv-alt-d.pdf](http://www.ofj.admin.ch/etc/medialib/data/staat_buerger/gesetzgebung/bundesverfassung.Par.0006.File.tmp/bv-alt-d.pdf) (letzter Besuch: 24. Juli 2006).

[2] Zum Ganzen: Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 271. Sodann Martin Lendi, Kommentar BV, Basel/Zürich/Bern 1987, Art. 36 aBV, N. 8; Herbert Burkert, St. Galler Kommentar, Zürich etc. 2002, Art. 92 BV, Rz. 2; Jean-François Aubert, Petit commentaire de la Constitution fédérale, Zürich etc. 2003, Art. 92, Rz. 2.

[3] Martin Lendi, Kommentar BV, Basel/Zürich/Bern 1987, Art. 36 aBV, N 4; Herbert Burkert, St. Galler Kommentar, Zürich etc. 2002, Art. 92 BV, Rz. 3.

[4] Vergleiche Botschaft zu einem Postorganisationsgesetz und zu einem Telekommunikationsunternehmensgesetz vom 10. Juni 1996, BBl 1996 III 1365 f., 1474; Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. Nov. 1996, BBl 1997 I 271. Gegen die Zulässigkeit einer vollständigen Privatisierung der staatlichen Post- und Telekommunikationsunternehmen Blaise Knapp, La Constitution et les formes d'organisation des PTT, in: ZBl 1994, 489 503 ff.; Jean-François Aubert, Petit commentaire de la Constitution fédérale, Zürich etc. 2003, Art. 92, Rz. 8.

[5] Botschaft zum revidierten Fernmeldegesetz vom 10. Juni 1996, BBl 1996 III 1474; Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 271; Sodann Martin Lendi, Kommentar BV, Basel/Zürich/Bern 1987, Art. 36 aBV, N 3.

[6] Vgl. Rolf H. Weber, in: Thürer/Aubert/J.P. Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 60, N. 27.

[7] Botschaft zum Postgesetz vom 10. Juni 1996, BBl 1996 III 1255, 1292.

- [8] Vgl. Änderungen des Personenbeförderungsgesetzes gemäss Anhang Ziff. 6 des Postgesetzes.
- [9] Vgl. Botschaft über die Revision des Eisenbahngesetzes vom 17. November 1993, BBl 1994 I 502, 504.
- [10] In Kraft seit 1. Januar 2004.
- [11] Die Staatsgarantie ist nicht ausdrücklich im Gesetz verankert, ergibt sich aber implizit aus Art. 16 Abs. 2 POG, der auf das Verantwortlichkeitsgesetz vom 14. März 1958 (VG, SR 170.32) verweist. Nach Art. 3 VG haftet der Bund für jeden Schaden, den Angestellte in Ausübung ihrer Verwaltungsaufgaben Dritten widerrechtlich zufügen. Zur Staatsgarantie der Post insbesondere Gesamtschau zur weiteren Entwicklung des Postwesens in der Schweiz - Bericht des Bundesrates und Botschaft über die Änderung des Postorganisationsgesetzes vom 22. Mai 2002, BBl 2002 5077 f.
- [12] Der Geschäftsbereich Personenverkehr wird per 1. Juli 2006 in die PostAuto AG, eine Aktiengesellschaft im vollen Eigentum der Post, ausgegliedert.
- [13] Vgl. Botschaft zum Bundespersonalgesetz vom 14. Dezember 1998, BBl 1998 II 1630: Mit dem Gesetz wird der Gesamtarbeitsvertrag (GAV) als neues Normschöpfungs-Verfahren für den öffentlichen Dienst eingeführt.
- [14] In Kraft seit 1. Januar 2002.
- [15] In Kraft seit Juni 2005.
- [16] Vgl. GAV (Konzerngesellschaften) KG Ziff. 11 ff., insbesondere Ziff. 16: «Der GAV KG gilt für die in einem Arbeitsverhältnis zu einer angeschlossenen Konzerngesellschaft stehenden Mitarbeitenden.»
- [17] Vgl. oben Kap. 2c.
- [18] Vgl. VPB 70.87.
- [19] Dazu oben Kap. 2b.
- [20] Vgl. Botschaft zu einem Postorganisationsgesetz und zu einem Telekommunikationsunternehmensgesetz vom 10. Juni 1996, BBl 1996 III 1316.
- [21] Botschaft zum Postgesetz vom 10. Juni 1996, BBl 1996 III 1292.
- [22] Gemäss Art. 16 ADFV können Transportunternehmen auf die Einreichung einer Offerte verzichten, wenn andere Unternehmungen Zugang zur Infrastruktur erhalten, um die gleiche Leistung erbringen zu können.
- [23] Dazu oben Kap. 2c.
- [24] Vgl. Botschaft zu einem Postorganisationsgesetz und zu einem Telekommunikationsunternehmensgesetz vom 10. Juni 1996, BBl 1996 III 1316, 1318. Zur unterschiedlichen Einschätzung der Marktsituation im Post- und Fernmeldemarkt AB 1996 N 2276 (Votum Caccia, Berichterstatter); AB 1997 S 69 (Votum Schüle, Berichterstatter). Sodann Botschaft zum Postgesetz vom 10. Juni 1996, BBl 1996 III 1256 ff.
- [25] Von rund 41'073 Personaleinheiten des Stammhauses waren am 31. Dezember 2005 1'304 Personaleinheiten im Geschäftsbereich Personenverkehr beschäftigt.
- [26] Vgl. VPB 70.87.
- [27] Vgl. VPB 70.87.
- [28] AB 1999 N 2053 (Béguelin Michel).
- [29] AB 1999 N 2053 (David Eugen, Berichterstatter).
- [30] AB 1999 N 2054 (Villiger Kaspar, Bundesrat). Ebenso AB 1999 S 1079; AB 2000 N 3.
- [31] So auch Botschaft zum Postgesetz vom 10. Juni 1996, BBl 1996 III 1255.

[32] Im Jahre 2005 erzielte der Bereich Personenverkehr einen Umsatz von 0.56 Mrd. Franken, das Stammhaus insgesamt einen Umsatz von 7.49 Mrd. Franken. Zum Verhältnis der Personaleinheiten oben FN. 25.

[33] Dazu oben Kap. 3c.

---

## **JAAC 70.86 - Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 6. Juni 2006**

In	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
Dans	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
In	Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione
Jahr	2006
Année	
Anno	
Band	70
Volume	
Volume	
Seite	---
Page	
Pagina	
Ref. No	150 007 460

Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert.

Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale.

Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.