

BVGer B-2702/2011 vom 6. Dezember 2011

Bundesverwaltungsgericht, 2011-12-06, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-2702_2011

FR: TAF B-2702/2011 du 6 décembre 2011

IT: TAF B-2702/2011 del 6 dicembre 2011

Regeste

Handelsregister- und Firmenrecht

Erwägungen

E. 1.1

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und entsprechend auf die Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (BVGE 2007/6, E. 1 mit Hinweisen; BVGE 2008/61, nicht publizierte E. 2.1).

E. 1.2

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (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 sie von einer Vorinstanz nach Art. 33 VGG stammen und keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Der Entscheid des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister vom 30. März 2011, die Eintragung der Fusion zwischen der Beschwerdeführerin und der SBB Transportpolizei Schweiz AG in das Handelsregister des Kantons Bern nicht zu genehmigen, stellt eine Verfügung nach Art. 5 Abs. 1 Bst. c VwVG dar (vgl. auch Art. 33 Abs. 4 Handelsregisterverordnung vom 7. Juni 1937 [HRegV, SR 221.411]). Ferner gehört das EHRA zu den Behörden nach Art. 33 Bst. d VGG. Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG liegt zudem nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist somit zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

E. 1.3

In ihrer Rechtsschrift vom 11. Mai 2011 rügt die Beschwerdeführerin nebst der unvollständigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes in Bezug auf die Entstehungsgeschichte des geltenden Rechts die Verletzung von Bundesrecht durch Überschreitung der Kognitionsbefugnis sowie durch Nichtanwendung des Bundesgesetzes vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (FusG, SR 221.301) und des Bundesgesetzes vom 20. März 1998 über die Schweizerischen Bundesbahnen (SBBG; SR 742.31). Dies ist gemäss Art. 49 Bst. a und b VwVG zulässig.

E. 1.4

Die Beschwerde wurde innert der gesetzlichen Frist von Art. 50 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) eingereicht und der verlangte Kostenvorschuss rechtzeitig geleistet.

E. 1.5

Art. 48 VwVG setzt zur Begründung der Legitimation voraus, dass eine Partei durch Teilnahme am Verfahren vor der Vorinstanz formell beschwert sowie durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung hat (sog. materielle Beschwerde; vgl. Isabelle Häner in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich 2008, Art. 48 N 6 und 10 f.). Als Verfügungsadressatin ist die Beschwerdeführerin im Sinne von Art. 48 VwVG formell beschwert. Die Vorinstanz zweifelt indessen im Schreiben vom 6. Juli 2011 die Legitimation der Beschwerdeführerin an, weil diese ohne die SBB Transportpolizei Schweiz AG Beschwerde gegen die beiden Parteien eröffnete Verfügung erhoben hat. Die SBB Transportpolizei Schweiz AG nahm hierzu mit Eingabe vom 26. Juli 2011 Stellung, wobei sie vortrug, sie sei bereit, als Beschwerdeführerin oder Beigeladene in das Verfahren einzutreten. Ferner stimme sie der von der Beschwerdeführerin eingereichten Beschwerde sowohl hinsichtlich der gestellten Rechtsbegehren als auch der Begründung zu und verzichte auf eine weitere Anhörung in der Sache, da ihr Anspruch auf rechtliches Gehör hinreichend gewahrt worden sei. Damit erweisen sich die Vorbringen der Vorinstanz zur Legitimation als unbegründet. Offen bleiben kann, ob die Sachlage anders wäre, wenn die Beschwerdeführerin und die SBB Transportpolizei Schweiz AG unterschiedliche Interessen verfolgen würden. Dies ist in casu nicht der Fall, was einerseits aus dem Schreiben der SBB Transportpolizei Schweiz AG vom 26. Juli 2011 hervorgeht und sich andererseits aus der von beiden Parteien gewünschten Eintragung der Absorptionsfusion ins Handelsregister des Kantons Bern ergibt. Im Übrigen ist auch das Bundesgericht in dem als BGE 132 III 470 publizierten Urteil Nr. 4A.4/2006 vom 20. April 2006 davon ausgegangen, dass die Beschwerdeführerin ohne die zu übernehmende privatrechtliche Aktiengesellschaft Beschwerde führen kann. Auf die Beschwerde ist demnach einzutreten.

E. 1.6

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

E. 1.7

Die kantonalen Handelsregisterämter übermitteln ihre Einträge an das EHRA zur Prüfung und Genehmigung (Art. 31 HRegV). Gemäss Art. 32 Abs. 1 HRegV genehmigt das EHRA die Eintragungen, wenn diese die Voraussetzungen des Gesetzes und der Verordnung erfüllen. Dabei wird dem Handelsregisteramt in Bezug auf die als formelle Voraussetzungen bezeichneten Aspekte volle Kognition eingeräumt, also beispielsweise hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit, der Legitimation des Anmelders, die Eintragungsfähigkeit des Angemeldeten oder das Vorliegen der erforderlichen Belege (Jean Nicolas Druey, Gesellschafts- und Handelsrecht, Zürich, 2010, § 23 Rn. 30). Wo nicht Registerrecht, sondern materielles Recht in Frage steht, ist die Prüfungsbefugnis des Registerführers indessen beschränkt. Nach Art. 940 Abs. 2 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) und Art. 21 Abs. 2 HRegV prüft er bei der Eintragung juristischer Personen insbesondere, ob die Statuten keinen zwingenden Vorschriften widersprechen und den vom Gesetz verlangten Inhalt aufweisen. Er hat bloss auf die Einhaltung jener zwingenden Gesetzesbestimmungen zu achten, die im öffentlichen Interesse oder zum Schutze Dritter aufgestellt worden sind, während die Betroffenen zur Durchsetzung von Vorschriften, die dem dispositiven Recht angehören oder nur private Interessen berühren, den Zivilrichter anzurufen haben. Da die Abgrenzung im Einzelfall schwierig sein kann, ist

die Eintragung nur dann abzulehnen, wenn sie offensichtlich und unzweideutig dem Recht widerspricht, nicht dagegen, falls sie auf einer ebenfalls denkbaren Gesetzesauslegung beruht, deren Beurteilung dem Richter überlassen bleiben muss (vgl. BGE 132 III 470, E. 2.1).

E. 2.1

Zunächst ist die Rüge der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe durch die Nichtanwendung des FusG und des SBBG Bundesrecht verletzt, zu behandeln. Hierzu ist einleitend festzuhalten, dass sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Vorinstanz darin übereinstimmen, dass die im Zuge der Bahnreform 2 vorgenommenen Änderungen des FusG und SBBG eine Folge des Entscheidens BGE 132 III 470 waren (vgl. Beschwerde vom 11. Mai 2011, Rn. 67 f.; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. Februar 2011, Bst. B. und insb. B.5.e; Schreiben des Handelsregisters des Kantons Bern vom 4. Februar 2011; Verfügung des EHRA vom 30. März 2011, E. 3.1). Von vornherein unproblematisch ist die vorliegende Absorptionsfusion unbestrittenermassen im Hinblick auf Art. 7 Abs. 3 SBBG betreffend die Vorgaben zu den Mehrheitsverhältnissen, da sich diese bei einer Übernahme einer 100%-igen Tochtergesellschaft durch die SBB nicht verändern.

E. 2.2

Ferner ist festzustellen, dass die Beschwerdeführerin wie auch die Vorinstanz davon ausgehen, Ziel der Bahnreform 2 sei es gewesen, die Beschwerdeführerin in organisatorischer und struktureller Hinsicht den privatrechtlichen Kapitalgesellschaften anzunähern (vgl. Beschwerde, Ziffern III.C.5 und 6; angefochtene Verfügung, E. 2.1).

E. 3

Strittig ist die Frage, wie die revidierten Bestimmungen des FusG und SBBG in Bezug auf die Aussagen zur besonderen Rechtsnatur der Beschwerdeführerin zu verstehen sind und insbesondere ob sie einer Absorptionsfusion einer privatrechtlichen AG durch die Beschwerdeführerin entgegenstehen.

E. 3.1

Die Vorinstanz führt hierzu in der angefochtenen Verfügung aus, Institute des öffentlichen Rechts i.S.v. Art. 2 Bst. d FusG dürften nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung keine privatrechtlichen Kapitalgesellschaften durch Absorptionsfusion übernehmen. Auch wenn durch die Bahnreform 2 die Beschwerdeführerin in organisatorischer und struktureller Hinsicht den privatrechtlichen Kapitalgesellschaften weiter angeglichen worden sei, habe der Gesetzgeber an der rechtlichen Qualifikation der Beschwerdeführerin als "spezialgesetzliche Aktiengesellschaft" im Sinne von Art. 2 Abs. 1 SBBG festgehalten (angefochtene Verfügung, E. 2.1). Der Gesetzgeber habe zwar mit der Ausklammerung der Beschwerdeführerin vom Anwendungsbereich der für Institute des öffentlichen Rechts geltenden Bestimmungen erreichen wollen, dass diese mit sämtlichen privatrechtlich organisierten konzessionierten Verkehrs- und Infrastrukturunternehmen gleichgestellt werde. Daraus könne aber noch nicht abgeleitet werden, das FusG sei sinngemäss auf die Beschwerdeführerin anwendbar. Aus Art. 22 Abs. 1 SBBG ergebe sich lediglich, dass Umstrukturierungsvorhaben der Beschwerdeführerin sinngemäss nach dem FusG zu beurteilen seien. Da das FusG jedoch für den vorliegenden Fall keine Regelung enthalte, sei gestützt auf den Numerus Clausus der zulässigen Strukturanpassungstatbestände die Übernahme einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft durch einen öffentlich-rechtlichen Rechtsträger auf dem Weg der Fusion nicht möglich (angefochtene Verfügung, E. 3.2 f.).

Die Beschwerdeführerin dürfe demnach aufgrund des Verweises von Art. 22 Abs. 1 SBBG auch nicht wie eine Kapitalgesellschaft mit der Transportpolizei Schweiz AG fusionieren. Der anlässlich der Bahnreform 2 im SBBG eingeführte Verweis auf das FusG laufe ins Leere, so dass die Beschwerdeführerin wegen der expliziten Ausklammerung der Art. 99 bis 101 FusG gänzlich vom Anwendungsbereich des FusG ausgenommen werde. Demnach fehle für die vorliegende Fusion eine gesetzliche Grundlage (angefochtene Verfügung, E. 3.5). Daran ändere auch die Auslegung der massgebenden Gesetzesbestimmungen nichts, weswegen die Eintragung der Tagesregistereinträge Nrn. 19778 und 19806 nicht genehmigt werde.

E. 3.2

Die Beschwerdeführerin trägt ihrerseits vor, das Bundesgericht habe sie in BGE 132 III 470 vor dem Hintergrund der ehemals geltenden Rechtslage als Institut des öffentlichen Rechts qualifiziert. Durch die Revisionen im Zuge der Bahnreform 2 habe der Gesetzgeber jedoch zum Ausdruck gebracht, dass die Beschwerdeführerin im Anwendungsbereich des Fusionsgesetzes nicht mehr unter den Begriff des "Instituts des öffentlichen Rechts" nach Art. 2 Bst. d FusG falle (vgl. Beschwerde, Rn. 38 f.). Als spezialgesetzliche Aktiengesellschaft des Bundesrechts bewege sich die Beschwerdeführerin im Übergangsbereich zwischen privatem und öffentlichem Recht. Es stelle sich daher nicht die Frage, ob die Beschwerdeführerin generell im Rechtsverkehr dem öffentlichen oder privaten Recht zuzuordnen sei, sondern einzig, ob die SBB im Anwendungsbereich des Fusionsgesetzes wie ein "Institut des öffentlichen Rechts" nach Art. 2 Bst. d FusG oder wie eine "Kapitalgesellschaft" i.S.v. Art. 2 Bst. c FusG zu behandeln sei (Beschwerde, Rn. 41 f.). Der Unternehmenszweck sowie das Ziel der Bahnreform - namentlich die Gleichbehandlung der Beschwerdeführerin mit den anderen (privaten) Transportunternehmen - sprächen für eine Gleichstellung der Beschwerdeführerin mit der Kapitalgesellschaft (Beschwerde, Rn. 44 ff.). Auch sei die Beschwerdeführerin weitgehend wie eine private Aktiengesellschaft nach Art. 620 ff. OR organisiert (Beschwerde, Rn. 50 ff.). Um das Ziel, die Beschwerdeführerin gleich zu behandeln wie die konzessionierten Privatbahnen, zu erreichen, habe der Bundesrat in der Zusatzbotschaft zur Bahnreform 2 weitere Anpassungen im SBBG und FusG vorgenommen. Dies um klarzustellen, dass der Beschwerdeführerin künftig dieselben Formen der Strukturveränderung nach Fusionsgesetz zur Verfügung stehen sollten, die auch den anderen als "Kapitalgesellschaften" i.S.v. Art. 2 Bst. c FusG konstituierten Transportunternehmen offen stünden (Beschwerde, Rn. 67 f.). Insofern sei das auf die Beschwerdeführerin anwendbare Recht lückenlos geregelt. Soweit dem SBBG für einen konkreten Tatbestand keine Regelung zu entnehmen sei, würden die Art. 620 ff. OR sowie die des Fusionsgesetzes sinngemäss gelten (Beschwerde, Rn. 53). Schliesslich führten mehrere Auslegungsmethoden zum Schluss, dass die Beschwerdeführerin durch die Revisionen im Zuge der Bahnreform 2 ihre Struktur wie eine Kapitalgesellschaft im Sinne von Art. 2 Bst. c FusG nach Massgabe der allgemeinen Bestimmungen von Art. 3 ff. FusG anpassen können solle (Beschwerde, Rn. 119, vgl. insbesondere auch Rn. 83 ff.).

E. 4.1

In casu hat das Bundesverwaltungsgericht demnach zu ermitteln, ob nach der geltenden Rechtslage eine Absorptionsfusion einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft durch die Beschwerdeführerin zulässig ist. Hierfür sind die massgebenden Bestimmungen des SBBG und des FusG auszulegen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung muss das Gesetz

in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis. Dabei befolgen das Bundesgericht wie auch das Bundesverwaltungsgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnen es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen. Die Gesetzesmaterialien können beigezogen werden, wenn sie auf die streitige Frage eine klare Antwort geben (vgl. BGE 135 V 50, E. 5.1; BGE 132 III 707, E. 2; BVGE 2010/48, E. 3).

E. 4.2.1

Im vorliegenden Fall legt der Gesetzeswortlaut der fraglichen Normen den Schluss nahe, dass eine Absorptionsfusion einer privatrechtlichen AG durch die Beschwerdeführerin rechtlich zulässig ist. Art. 22 Abs. 1 SBBG sieht vor, dass für die Beschwerdeführerin das Fusionsgesetz sinngemäss gilt, mit Ausnahme der Art. 99 bis 101 FusG. Damit wird das 8. Kapitel mit der Überschrift "Fusion, Umwandlung und Vermögensübertragung unter Beteiligung von Instituten des öffentlichen Rechts" von der Anwendung ausdrücklich ausgenommen. Dies wird durch die Neufassung von Art. 100 Abs. 1 FusG unterstrichen. Während Art. 100 Abs. 1 FusG in der ursprünglichen Fassung vorgesehen hat, dass die Artikel 99 bis 101 in jedem Fall Anwendung finden, lautet Art. 100 Abs. 1 Satz 2 FusG in der Fassung vom 20. März 2009 (in Kraft seit 1. Januar 2010, AS 2009 5597 5629) wie folgt: "Die Artikel 99-101 finden jedoch in jedem Fall Anwendung, ausgenommen für konzessionierte Verkehrs- und Infrastrukturunternehmen, soweit das öffentliche Recht eine abweichende Regelung vorsieht." Wie die Beschwerdeführerin zutreffend ausführt, spricht der Wortlaut von Art. 22 Abs. 1 SBBG dafür, dass diese eine abweichende öffentlichrechtliche Regelung im Sinne von Art. 100 Abs. 1 letzter Satz FusG formuliert (Beschwerde, Rn. 84 ff.). Dabei ist wohl davon auszugehen, dass eine derartige abweichende Regelung nur in Form eines formellen Gesetzes getroffen werden darf (vgl. dazu Beatrice Wagner Pfeifer/Thomas Gelzer, in: Frank Vischer et. al. [Hrsg.], Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Zürich 2004, Art. 100 N 15). Da dieses Erfordernis vorliegend mit Art. 22 Abs. 1 SBBG erfüllt ist, kann diese Frage aber letztlich offen bleiben.

E. 4.2.2

Selbst die Vorinstanz ist der Ansicht, dass der Gesetzgeber die Beschwerdeführerin vom Anwendungsbereich der für Institute des öffentlichen Rechts geltenden Bestimmungen ausklammern wollte (angefochtene Verfügung, E. 3.1), sowie dass Umstrukturierungsmassnahmen der Beschwerdeführerin im Sinne des Art. 22 Abs. 1 SBBG sinngemäss nach dem Fusionsgesetz zu beurteilen seien (angefochtene Verfügung, E. 3.3). Ihrer Meinung nach enthält jedoch das Fusionsgesetz für eine Fusion wie die vorliegende keine konkrete Regelung, weswegen sie mit Blick auf den Numerus Clausus der zulässigen Strukturanpassungstatbestände nicht möglich sei. Statt des generellen Verweises auf das gesamte Fusionsgesetz hätte der Gesetzgeber präzisieren müssen, dass die Bestimmungen, welche für Kapitalgesellschaften i.S.v. Art. 2 Bst. c FusG gelten, sinngemäss auf die Beschwerdeführerin anzuwenden seien (angefochtene Verfügung, E. 3.3 f.). Der Gesetzgeber hätte demnach nach Ansicht der Vorinstanz die Beschwerdeführerin im

Bereich des Fusionsgesetzes explizit den privatrechtlichen Aktiengesellschaften gleichstellen müssen.

E. 4.2.3

Die Vorinstanz verkennt, dass der sinngemässe Verweis auf das Fusionsgesetz in Art. 22 Abs. 1 SBBG gerade bedeutet, dass das Gesetz dem Sinn (und nicht dem Wortlaut) nach auf die Beschwerdeführerin anzuwenden ist. Selbst wenn man demnach, wie die Vorinstanz dies tut, annimmt, dass das Fusionsgesetz für die vorliegende Fusion keine konkrete Regelung enthält, bedeutet das nicht, dass es überhaupt nicht anwendbar wäre. Vielmehr soll der Verweis gerade bewirken, dass für Sachverhalte, für welche das Fusionsgesetz keine explizite Regelung vorsieht, eine sinngemässe Regelung getroffen werden kann. Im vorliegenden Zusammenhang bedeutet der Verweis auf das FusG in Art. 22 Abs. 1 SBBG, dass eine Übernahme wie die vorliegende entweder erlaubt und damit eintragungsfähig, oder unzulässig und nicht eintragungsfähig ist. Die vom Gesetzgeber statuierte sinngemässe Anwendung des Fusionsgesetzes spricht dem Wortlaut nach eher dafür, dass eine Fusion wie die in casu interessierende erlaubt ist und folglich ins Handelsregister eingetragen werden kann.

E. 4.3

Auch eine systematische Auslegung spricht - unter besonderer Berücksichtigung der Frage nach dem sogenannten Spezialitätsverhältnis (Ernst A. Kramer, Juristische Methodenlehre, 3. Auflage, Bern/München/Wien 2010, S. 108 mit Hinweisen) - für die Annahme, dass eine Absorptionsfusion einer privatrechtlichen AG durch die Beschwerdeführerin zulässig und somit eintragungsfähig ist. Sowohl Art. 100 FusG als auch Art. 22 SBBG stehen unter dem Titel "Anwendbares Recht", wobei Art. 22 SBBG das anwendbare Recht für das gesamte Gesetz, Art. 100 FusG hingegen das anwendbare Recht nur für die Fusion, Umwandlung und Vermögensübertragung unter Beteiligung von Instituten des öffentlichen Rechts regelt. Die Ausklammerung der Art. 99 bis 101 FusG in Art. 100 Abs. 1 FusG sowie Art. 22 Abs. 1 SBBG bedeutet, dass mit Ausnahme der erstgenannten Vorschriften der Rest des Fusionsgesetzes sinngemäss auf die Beschwerdeführerin anwendbar ist. Insofern sieht das Fusionsgesetz ein System vor, nach dem eine Unternehmung entweder eine reguläre Struktur i.S.v. Art. 2 Bst. b und c FusG hat, oder als ein Institut des öffentlichen Rechts ausgestaltet ist. Für letztere gelten zwar im Sinne einer Sonderregel die Vorschriften von Art. 99 bis 101 FusG, wonach eine Übernahme einer privatrechtlichen AG durch ein Institut des öffentlichen Rechts nicht möglich ist. Durch die Ausklammerung ebendieser Artikel in Art. 22 Abs. 1 SBBG in Verbindung mit Art. 100 Abs. 1 letzter Satz FusG, welcher ausdrücklich die Möglichkeit einer lex specialis bzw. Gegen Ausnahme vorsieht, wie sie in Art. 22 Abs. 1 SBBG statuiert wird, ist die Beschwerdeführerin aber explizit vom Kapitel betreffend Strukturanpassungen unter Beteiligung von Instituten des öffentlichen Rechts ausgenommen. Ist das gesamte 8. Kapitel des Fusionsgesetzes nicht auf die Beschwerdeführerin anwendbar, spricht dies im Sinne der systematischen Auslegung dafür, dass es ihr erlaubt ist, wie eine Kapitalgesellschaft im Sinne von Art. 2 Bst. c FusG zu fusionieren.

E. 4.4.1

Zum selben Ergebnis gelangt man schliesslich auch durch eine subjektiv-historische Auslegung der Bestimmungen des SBBG und des FusG. Bereits in der Botschaft zur Bahnreform vom 13. November 1996 wird wiederholt ausgeführt, Ziel der Reform sei eine

Gleichbehandlung aller Unternehmungen und ein Ausbau des Wettbewerbs im öffentlichen Verkehr (BBl 1997 I 909 ff., S. 911, 913, 941, 944). Dies "erforder[e] aber gleich lange Spiesse und durchgehend Reziprozität" (Botschaft zur Bahnreform, a.a.O., S. 940). Die Beschwerdeführerin müsse "ihr Leistungsangebot in einem sich öffnenden Markt [...] in direkter Konkurrenz zu anderen Unternehmen anbieten" (Botschaft zur Bahnreform, a.a.O., S. 941). Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber sich auch bewusst für die Rechtsform der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft des öffentlichen Rechts entschieden, da "[m]it der Übernahme des aktienrechtlichen Instrumentariums [...] die unternehmerische Verantwortung aber auch die Autonomie der Unternehmung gestärkt werden [können]. Zudem erfolgt eine Angleichung an die Organisationsform der KTU und die ausländischen Bahnen, was die Gleichbehandlung aller Unternehmungen im öffentlichen Verkehr fördert" (Botschaft zur Bahnreform, a.a.O., S. 944).

E. 4.4.2

Das Ziel der Gleichbehandlung der Transportunternehmen bildet auch einen inhaltlichen Schwerpunkt der Bahnreform 2 (vgl. Botschaft zur Bahnreform 2 vom 23. Februar 2005, BBl 2005 I 2415 ff., S. 2435), von dem der Gesetzgeber ausgeht, es wirke sich dahingehend aus, dass "die unternehmerische Freiheit [...] der Transportunternehmen [...] gestärkt" werde (Botschaft zur Bahnreform 2, a.a.O., S. 2537).

E. 4.4.3

Entscheidend ist aber insbesondere die Zusatzbotschaft zur Bahnreform 2 vom 9. März 2007 (BBl 2007 I 2681 ff.). Als Schwerpunkt für die Revision der Erlasse über den öffentlichen Verkehr nennt die Botschaft die Gleichbehandlung der Transportunternehmen (Zusatzbotschaft zur Bahnreform 2, a.a.O., S. 2691). Hierfür wurden neue Regelungen u.a. betreffend die Infrastrukturkonzession, die Genehmigung der Rechnung und des Budgets sowie der Steuerpflicht der Beschwerdeführerin eingeführt, da die damals bestehenden Vorschriften "dem Ziel der Gleichbehandlung" widersprachen (vgl. Zusatzbotschaft zur Bahnreform 2, a.a.O., S. 2700 bis 2702). Schliesslich wird in der Botschaft eindeutig festgehalten, dass "die SBB [...] gestützt auf ein Bundesgerichtsurteil vom 20. April 2006 als Institut des öffentlichen Rechts im Sinne des FusG [gelten]. Somit fallen sie unter die Artikel 99-101 FusG. Das führt zu einer Ungleichbehandlung gegenüber den anderen konzessionierten Transportunternehmen. Damit die SBB vom Geltungsbereich dieser Bestimmungen ausgenommen werden können, muss Artikel 100 Absatz 1 FusG angepasst werden" (Zusatzbotschaft zur Bahnreform 2, a.a.O., S. 2731). Insbesondere aus diesem Absatz erhellt, dass mit der Revision des FusG und des SBBG der Beschwerdeführerin im Gegensatz zur ehemals geltenden Rechtslage das Recht verliehen werden sollte, wie eine Kapitalgesellschaft i.S.v. Art. 2 Bst. c FusG zu fusionieren.

E. 4.5

Entsprechend den vorstehenden Erwägungen äussert sich auch das BAV. Im der Vorinstanz von der Beschwerdeführerin vorgelegten Schreiben vom 18. Februar 2011 wird ausgeführt, im Rahmen der Konsultation zur Bahnreform 2 habe die Beschwerdeführerin die Aufhebung der Art. 99 bis 101 FusG verlangt, da diese Einschränkungen aufstellten, welche vor Erlass des Fusionsgesetzes nicht bestanden hätten. Neben Art. 101 FusG seien deshalb in Art. 22 Abs. 1 SBBG die Art. 99 bis 101 FusG ausdrücklich ausgenommen worden. Diese Änderungen seien von Parlament und Bundesrat gutgeheissen worden. Mit Eingabe vom 29. August 2011 erklärt das BAV zuhanden des Gerichts ergänzend, aus der

Zusatzbotschaft zur Bahnreform 2 gehe hinlänglich klar hervor, dass Anlass zur Gesetzesänderung das bereits erwähnte Urteil des Bundesgerichts BGE 132 III 470 gewesen sei, welches auf eine materiell nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung zwischen der Beschwerdeführerin und übrigen konzessionierten Transportunternehmen hinauslaufe. Zu deren Behebung sei als "abweichende Regelung" nach Art. 101 Abs. 1 FusG der Art. 22 Abs. 1 SBBG so angepasst worden, dass die Art. 99 bis 101 FusG klar von der Geltung für die Beschwerdeführerin ausgenommen würden. Wegen der ausdrücklichen Ausklammerung der Art. 99 bis 101 FusG sei die Beschwerdeführerin hinsichtlich der zulässigen Fusionstatbestände den normalen Kapitalgesellschaften gleichgestellt. Somit hätten die von der Vorinstanz vorgetragene Bedenken hinsichtlich des Numerus Clausus der zulässigen Strukturanpassungsmassnahmen keine Bedeutung. Auch sei der Vorschlag der Vorinstanz, der Verweis in Art. 22 Abs. 1 SBBG hätte auf einzelne Bestimmungen statt auf das gesamte Gesetz erfolgen müssen, nicht im Sinne der Rechtssicherheit. Wie bereits die Botschaft zur Bahnreform vom 13. November 1996 erhelle, habe der Gesetzgeber mit der Form der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft eine Sonderstellung für die Beschwerdeführerin schaffen wollen. Diese Form beeinträchtigt nicht die Anwendbarkeit des Fusionsgesetzes auf die Beschwerdeführerin. Auch seien aufgrund der höchst begrenzten Anzahl spezialgesetzlicher Aktiengesellschaften die präjudiziellen Befürchtungen der Vorinstanz nicht stichhaltig. Daran ändere auch die Tatsache nichts, dass die Vorinstanz den vom Gesetzgeber eingeschlagenen Weg - wie sie durchblicken lasse - für falsch halte.

E. 4.6

Zusammenfassend ergibt sich, dass die grammatikalische, die systematische sowie die subjektiv-historische Auslegung zum klaren Ergebnis führen, dass die Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 22 Abs. 1 SBBG in Bezug auf die Art. 99 bis 101 FusG wie eine Kapitalgesellschaft i.S.v. Art. 2 Bst. c FusG fusionieren darf. Dazu kommt als teleologisches Element, dass Art. 22 Abs. 1 SBBG partiell leerlaufen würde, wenn man diese Norm nicht im Sinne der vorstehenden Erwägungen interpretieren würde (vgl. dazu insb. E. 4.2 in fine). Damit kann offen bleiben, ob, wie die Beschwerdeführerin in Rn. 40 ff. der Beschwerde vorträgt, bereits die objektiv-zeitgemässe bzw. teleologische Auslegung allein zum selben Schluss führen würden. Fest steht in jedem Fall, dass - entgegen den Ausführungen der Vorinstanz in E. 3.5 f. der angefochtenen Verfügung - keine unüberbrückbare Normenkollision vorliegen kann, wenn die systematische und subjektiv-historische Auslegung zu einem Ergebnis führen, welches in sich kohärent ist (vgl. dazu insb. E. 4.3 hiervor).

E. 4.7

Nach dem Gesagten kann zudem offen bleiben, ob die Beschwerdeführerin, wie das Bundesgericht unter der ehemals geltenden Rechtslage festgehalten hat, aufgrund ihrer "öffentlich-rechtlichen Prägung" (BGE 132 III 470, E. 3.3) immer noch überwiegend als Unternehmen des öffentlichen Rechts anzusehen ist, was die Beschwerdeführerin bestreitet (Beschwerde, Rn. 69). Es ist im vorliegenden Zusammenhang auch nicht zu vertiefen, ob die Beschwerdeführerin eine Kapitalgesellschaft i.S.v. Art. 2 lit. c FusG ist, solange klar ist, dass sie jedenfalls wie eine solche zur Absorptionsfusion befugt ist womit auch der entsprechende Handelsregistereintrag vorzunehmen ist.

E. 4.8

Schliesslich kann offen bleiben, ob die Vorinstanz in Bezug auf die Entstehungsgeschichte des geltenden Rechts den rechtserheblichen Sachverhalt unvollständig festgestellt hat, da jedenfalls eine Bundesrechtsverletzung bezüglich der Nichtanwendung des FusG und SBBG vorliegt. Somit ist auch nicht näher zu erörtern, ob die Vorinstanz, wie die Beschwerdeführerin geltend macht, ihre Kognitionsbefugnis überschritten hat.

E. 4.9

Aufgrund der vorstehenden Ausführungen kommt das Bundesverwaltungsgericht insgesamt zum Schluss, dass das Resultat der Auslegung der massgebenden Bestimmungen des FusG und SBBG klar ist. Die Normen sind zwar durchaus interpretationsbedürftig. Die Auslegung führt jedoch zum Ergebnis, dass das Fusionsgesetz im vorliegend zu beurteilenden Zusammenhang auf die Beschwerdeführerin im Sinne einer Spezialregelung anzuwenden ist. Die Beschwerde ist demnach gutzuheissen und die angefochtene Verfügung antragsgemäss aufzuheben.

E. 5.1

Die Beschwerdeführerin beantragt nebst der Aufhebung der Verfügung der Vorinstanz die Genehmigung der Eintragung der Fusion zwischen der Beschwerdeführerin und der SBB Transportpolizei Schweiz AG in das Handelsregister des Kantons Bern. Ihre Hauptanträge lauten demnach auf Erlass eines reformatorischen Urteils, eventualiter verlangt sie die Rückweisung an die Vorinstanz.

E. 5.2

Gemäss Art. 61 Abs. 1 VwVG entscheidet die Rechtsmittelinstanz in der Sache selbst. Ausnahmsweise weist sie die Sache mit verbindlicher Weisung an die Vorinstanz zurück. Der Beschwerdeinstanz wird dabei die Befugnis eingeräumt bzw. die Pflicht auferlegt, verbindliche Weisungen an die Vorinstanz zu erteilen. Unter welchen Voraussetzungen die Beschwerdesache an die Vorinstanz zurückzuweisen ist, geht hingegen weder aus der Norm selbst noch aus den Materialien hervor (Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Verwaltungsverfahren vom 24. September 1965, BBl 1965 II 1348 ff; vgl. insbesondere S. 1372).

E. 5.3

Das reformatorische Urteil hat den Vorteil der Verfahrensökonomie, weil der Streit mit demselben beendet wird, ohne dass sich die erste Instanz mit der Sache wieder beschäftigen muss. Sie führt aber zugleich zu einer unmittelbaren Einmischung der Beschwerdeinstanz in die Angelegenheiten der Vorinstanz (Madeleine Camprubi, Kommentar VwVG, Art. 61 N. 2).

E. 5.4

Das Eintragsverfahren für Handelsregistereinträge weist die Spezialität auf, dass es ein Zusammenspiel zwischen den kantonalen Handelsregistern und der Vorinstanz vorsieht. Gemäss Art. 31 f. HRegV übermitteln die kantonalen Handelsregisterämter der Vorinstanz ihre Einträge zur Genehmigung. Es rechtfertigt sich deshalb, die Sache zur Neu beurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen. Dies bedeutet, dass die Eintragung nicht mit der Begründung verweigert werden darf, der Absorptionsfusion fehle es an einer gesetzlichen Grundlage.

E. 6.1

Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist die Beschwerdeführerin obsiegend, weshalb ihr keine Kosten aufzuerlegen sind. Unterliegende Vorinstanzen haben keine Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG). Der geleistete Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 3'000. ist der Beschwerdeführerin zurückzuerstatten.

E. 6.2

Die Vorinstanz hat der obsiegenden Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung im Umfang der ihr erwachsenen, notwendigen Kosten auszurichten (Art. 64 Abs. 1 und 2 VwVG i.V.m. Art. 7 ff. des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]). Diese umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere notwendige Auslagen der Parteien (Art. 8 ff. VGKE). Das Anwaltshonorar wird nach dem notwendigen Zeitaufwand des Rechtsvertreters bemessen. Für Anwälte beträgt der Stundenansatz mindestens Fr. 200. und höchstens Fr. 400. , exklusive Mehrwertsteuer (Art. 10 Abs. 2 VGKE). Ist dem bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahren ein Beschwerdeverfahren vorgelagert, können auch die vorinstanzlichen Aufwendungen zu berücksichtigen sein. Lässt sich hingegen die Beschwerdeführerin - wie vorliegend - bereits im Rahmen eines erstinstanzlichen Verfahrens oder eines Einsprachverfahrens vor einer Verwaltungsbehörde des Bundes vertreten, kann das Bundesverwaltungsgericht selbst bei Obsiegen im Beschwerdeverfahren nur bei Vorliegen einer entsprechenden spezialgesetzlichen Grundlage eine Parteientschädigung zusprechen (BGE 132 II 47, E. 5.2; vgl. André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rn. 4.87).

E. 6.3

Nach dem Gesagten fällt eine Parteientschädigung im Umfang der Rechnung vom 17. März 2011, lautend auf Fr. 44'240.15, von vornherein ausser Betracht, weil mit derselben unter dem Titel "Stellungnahme an das Eidg. Amt für das Handelsregister betreffend Fusion SBB mit SBB Transportpolizei AG" Aufwand im vorinstanzlichen Verfahren geltend gemacht wird. Die beiden anderen Rechnungen vom 17. Mai 2011 und vom 19. September 2011 in Höhe von Fr. 44'084.30 bzw. Fr. 20'213.45 sind nach den Grundsätzen der VGKE zu beurteilen. Dabei ist zunächst festzustellen, dass teilweise ein Stundenansatz geltend gemacht wird, der den Höchstsatz von Fr. 400. übersteigt. In diesem Umfang kann die Honorarnote von vornherein nicht genehmigt werden. Ausserdem erreicht der vorliegende Fall nicht die Komplexität, welche vorausgesetzt wird, wenn ein Stundenansatz von Fr. 400. zur Anwendung kommen soll. Indessen ist ein Stundenansatz von Fr. 350. ohne Weiteres angemessen. In Bezug auf den notwendigen Aufwand hat die Vorinstanz zu Recht Vorbehalte angebracht. Hinzu kommt, dass die Rechtsvertreter auch den im Auftrag der Klientschaft vorgeleisteten Kostenvorschuss in diesem Zusammenhang in Anschlag bringen. Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, dass die Vorinstanz das Verfahren kompliziert hat, indem sie die Prozessrolle der SBB Transportpolizei AG insbesondere mit Blick auf die Eintretensfrage thematisiert hat, kann ihrem Hinweis eine gewisse Berechtigung nicht abgesprochen werden (vgl. dazu E. 1.5 hiervor), wobei sich dieser Umstand namentlich auf die Parteientschädigung zugunsten der SBB Transportpolizei AG auswirkt, wie nachfolgend zu zeigen sein wird. Demnach wird den SBB basierend auf 70 Stunden notwendigen Aufwands zulasten der Vorinstanz ein Honorar in Höhe von Fr. 24'500. zugesprochen zuzüglich Kleinspesenzuschlag nebst Mehrwertsteuer, was insgesamt eine Parteientschädigung von Fr. 27'253.80 (inkl. MWST) ergibt.

E. 6.4

In ihrem Schreiben vom 6. Juli 2011 meldete die Vorinstanz Zweifel an der Parteistellung der Beschwerdeführerin an, da diese ohne Beteiligung der SBB Transportpolizei Schweiz AG Beschwerde gegen die beiden Parteien eröffnete Verfügung erhoben hat. Die SBB Transportpolizei Schweiz AG stellte mit Eingabe vom 26. Juli 2011 den Antrag auf Anerkennung als Verfahrenspartei bzw. eventualiter die Beiladung zum vorliegenden Beschwerdeverfahren. Das Bundesverwaltungsgericht verzichtete in der Verfügung vom 28. Juli 2011 darauf, prozessleitende Anordnung hinsichtlich der Parteistellung der SBB Transportpolizei Schweiz AG zu treffen. Es stellt sich die Frage, ob sie vorliegend als Beigeladene anzusehen ist, womit sie grundsätzlich ebenfalls einen Anspruch auf Parteientschädigung hätte (vgl. Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, 1983 Bern, S. 184; BGE 97 V 28, E. 5). In der Bundesverwaltungsrechtspflege wird die Beiladung nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt, sie erfolgt in der Praxis jedoch regelmässig und auf prozessuale Anordnung hin, was sich insbesondere aus dem Recht auf vorgängige Anhörung ergibt (vgl. Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., Rn. 3.2; Isabelle Häner, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Zürich 2000, Rn. 301, 322; Gygi, a.a.O., S. 184). Im vorliegenden Fall hat das Bundesverwaltungsgericht der SBB Transportpolizei Schweiz AG aufgrund der Vorbringen der Vorinstanz mit Verfügung vom 8. Juli 2011 Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt, woraufhin diese erklärte, sie habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör hinreichend wahren können und verzichte deshalb auf eine weitere Anhörung in der Sache (vgl. dazu E. 1.5 hiavor). Mit Blick auf diesen Umstand hat das Bundesverwaltungsgericht davon abgesehen, die SBB Transportpolizei Schweiz AG zum Verfahren beizuladen. Indessen ist sie im vorliegenden Verfahren in Bezug auf die Regeln betreffend Kostenersatz wie eine Beigeladene zu behandeln. Demnach rechtfertigt es sich, auch ihr eine Entschädigung zuzusprechen. Der in der Kostennote geltend gemachte Betrag ist im Sinne des in Erwägung 6.3 hiavor Gesagten angemessen anzupassen und der SBB Transportpolizei Schweiz AG ist ausgehend von einem Aufwand von 30 Stunden ein Honorar von Fr. 10'500. zuzusprechen zuzüglich Kleinspesenzuschlag nebst Mehrwertsteuer, was eine Parteientschädigung in Höhe von Fr. 11'680.20 ergibt.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.