

# **BVGer C-5426/2015 vom 1. Juni 2017**

Bundesverwaltungsgericht, 2017-06-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-5426\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-5426_2015)

FR: TAF C-5426/2015 du 1 juin 2017

IT: TAF C-5426/2015 del 1 giugno 2017

## **Regeste**

Verhütung Unfälle und Berufskrankheiten

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

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 keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Als Vorinstanzen gelten die in Art. 33 VGG genannten Behörden. Die SUVA ist eine Vorinstanz im Sinne von Art. 33 Bst. e VGG. Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen der SUVA über Anordnungen zur Verhütung von Unfällen, die nicht durch Einsprache anfechtbar sind, ergibt sich aus Art. 109 Bst. c in Verbindung mit Art. 105a des Bundesgesetzes vom 20. März 1981 über die Unfallversicherung (UVG, SR 832.20).

### **E. 1.2**

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz, soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG). Vorbehalten bleiben gemäss Art. 3 Bst. dbis VwVG die besonderen Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1).

### **E. 1.3**

Nach Art. 59 ATSG ist zur Beschwerde berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung (oder den angefochtenen Einspracheentscheid) berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (vgl. auch Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG). Schutzwürdig ist das Interesse grundsätzlich nur dann, wenn es nicht nur bei der Beschwerdeeinreichung, sondern auch im Zeitpunkt der Urteilszeitfällung aktuell und praktisch ist (BGE 123 II 285 E. 4, Urteil des Bundesgerichts [BGer] 2C\_166/2009 vom 30. November 2009 E. 1.2.1, Urteil des BGer 8C\_622/2009 vom 3. Dezember 2009 E. 1.1; zu den Ausnahmen vgl. bspw. Urteil des BGer 2C\_166/2009 vom 30. November 2009 E. 1.2.1, vgl. auch BGE 135 I 79 E. 1.1). Aktuell ist das Interesse, wenn der durch die angefochtene Verfügung erlittene Nachteil im Zeitpunkt des Entscheids der Beschwerdeinstanz noch besteht. Ein praktisches Interesse setzt voraus, dass dieser Nachteil bei Gutheissung der Beschwerde beseitigt werden kann. Das Interesse ist somit dann schutzwürdig, wenn durch den Ausgang des Verfahrens die tatsächliche oder rechtliche Situation der beschwerdeführenden Person noch beeinflusst werden kann. Demgegenüber fehlt es an einem aktuellen praktischen Interesse, wenn der Nachteil auch

bei Gutheissung der Beschwerde nicht mehr behoben werden könnte (BVGE 2009/31 E. 3.1 mit Hinweisen). Fällt das schutzwürdige Interesse im Laufe des Verfahrens dahin, wird die Sache als erledigt erklärt; fehlte es schon bei der Beschwerdeeinreichung, ist auf die Eingabe nicht einzutreten (Urteil des BGer 2C\_1025/2014 vom 3. Dezember 2014 E. 2.2 mit Hinweis auf BGE 137 I 23 E. 1.3 mit Hinweisen).

#### **E. 1.4**

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde anfechtbar sind Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG (Art. 44 VwVG, vgl. auch Art. 56 Abs. 1 ATSG). Als Verfügungen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VwVG gelten individuelle, an den Einzelnen gerichtete Hoheitsakte, durch die eine konkrete verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung rechtsgestaltend oder feststellend in verbindlicher und erzwingbarer Weise geregelt wird. Für das Vorliegen einer Verfügung ist dabei nicht massgebend, ob sie als solche gekennzeichnet ist oder den gesetzlichen Formvorschriften für eine Verfügung entspricht. Massgebend ist vielmehr, ob die Strukturmerkmale einer Verfügung vorhanden sind (Urteil des BVGer A-8518/2007 vom 18. September 2008 E. 4.4 mit Hinweisen).

#### **E. 1.5.1.1**

Angefochten ist einerseits die Verfügung "Arbeitseinstellung" der SUVA vom 15. Juli 2015 (act. 1). Diese ohne vorgängige Ermahnung gestützt auf Art. 62 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 64 Abs. 1 VUV erlassene Verfügung vom 15. Juli 2015 enthält die Feststellung, dass der Graben mit einer Tiefe von mehr als 1.5 m weder abgestützt, abgebösch noch mit anderen geeigneten Massnahmen gesichert sei, und ordnet als Sofortmassnahme die Einstellung der Arbeiten im Graben an, bis die notwendigen Sicherheitsmassnahmen umgesetzt seien.

#### **E. 1.5.1.2**

Mit E-Mail vom 16. Juli 2015 meldete die Beschwerdeführerin der Suva den Vollzug der Grabensperrung und bat um eine diesbezügliche Bestätigung. Obwohl eine solche nicht aktenkundig ist, ist insbesondere auch mit Blick auf die entsprechenden Fotos (act. 3) davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin die gemäss angefochtener Verfügung vom 15. Juli 2015 geforderten Massnahmen umgesetzt hatte, was im Übrigen auch die Vorinstanz in ihrer Duplik vom 5. Januar 2015 (B-act. 10) sowie in der Vernehmlassung vom 30. Oktober 2015 (B-act. 6) bestätigte. Da die Umsetzung im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung vom 4. September 2015 (B-act. 1) bereits erfolgt war, ist zu prüfen, ob im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung ein schutzwürdiges Interesse bestanden hatte.

#### **E. 1.5.1.3**

Die am 15. Juli 2015 verfügte Feststellung des Verstosses gegen Vorschriften betreffend die Arbeitssicherheit bleibt auch nach der Behebung des Mangels bestehen und sie kann - wie bei einer Ermahnung - im Hinblick auf eine spätere Prämienhöhung zu Lasten der Beschwerdeführerin berücksichtigt werden. Das aktuelle Rechtsschutzinteresse ist daher gegeben (vgl. BVGE 2010/37 E. 2.4.4 mit Hinweis auf Urteil C-3183/2006 vom 6. Juli 2007 E. 3.6).

#### **E. 1.5.2.1**

Angefochten ist weiter auch die Ermahnung Stufe 1 der SUVA vom 16. Juli 2015, worin die Beschwerdeführerin aufgefordert wurde, die Mitarbeitenden und Vorgesetzten über die gesetzlichen Bestimmungen bezüglich Schutzhelmtragepflicht zu instruieren und dafür zu

sorgen, dass die persönliche Schutzausrüstung jederzeit und bestimmungsgemäss verwendet werde; darüber hinaus erwähnte die Vorinstanz - wie bereits in der Verfügung vom 15. Juli 2016 - als Sofortmassnahme die Arbeitseinstellung bis zur Umsetzung der notwendigen Sicherheitsmassnahmen und präziserte die von der Versicherten umzusetzenden Massnahmen im Zusammenhang mit dem Graben (act. 2). Nachfolgend ist zu prüfen, ob der Ermahnung Stufe 1 vom 16. Juli 2015 Verfügungscharakter zukommt.

#### **E. 1.5.2.2**

Nach der Rechtsprechung ist eine behördliche Mahnung einer Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG gleichzustellen, wenn diese die Rechtsstellung der Betroffenen verschlechtert (BGE 103 Ib 350 E. 2, vgl. auch BGE 125 I 119 E. 2a). Im Bereich des Disziplinarrechts liegt insbesondere dann eine anfechtbare Verfügung vor, wenn eine Ermahnung als Disziplinarmassnahme ausgestaltet ist (BGE 125 I 119 E. 2a). Verwarnungen, Mahnungen und die Androhung belastender Anordnungen sind anfechtbar, wenn sie notwendige Voraussetzung für spätere, schärfere Massnahmen bilden (Urteil des BGer 5P.199/2003 vom 12. August 2003 E. 1.1), sofern sich die aktuelle Rechtsstellung der betroffenen Person allein dadurch verschlechtert (vgl. Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 28 N. 27; Urteil des BGer 1P.555/2001 vom 3. Januar 2002 E. 4.2 ff.). Im Falle einer Belehrung, eines Verweises, einer Mahnung oder dergleichen gilt es zu prüfen, ob diesem Akt Sanktionscharakter zukommt; dies trifft dann zu, wenn er den Vorwurf rechtswidrigen Verhaltens in sich schliesst, dem Betreffenden nahe legt, dieses in Zukunft zu unterlassen, und objektiv eine Massregelung darstellt. Von Bedeutung ist sodann, inwiefern sich die früher verhängte Massnahme bei der Beurteilung in einem allfällig später eingeleiteten Disziplinarverfahren auswirken würde (Urteil des BGer 5P.199/2003 vom 12. August 2003 E. 1.1 mit Hinweisen).

#### **E. 1.5.2.3**

Nach Art. 62 Abs. 1 VUV macht das für die Kontrolle zuständige Durchführungsorgan, wenn sich aufgrund eines Betriebsbesuches herausstellt, dass Vorschriften über die Arbeitssicherheit verletzt sind, den Arbeitgeber darauf aufmerksam und setzt ihm eine angemessene Frist zur Einhaltung der Vorschrift. Diese Ermahnung ist dem Arbeitgeber schriftlich zu bestätigen. Wird der Ermahnung keine Folge geleistet, so ordnet das zuständige Durchführungsorgan, nach Anhörung des Arbeitgebers und der unmittelbar betroffenen Arbeitnehmer, die erforderlichen Massnahmen durch Verfügung an und setzt dem Arbeitgeber eine angemessene Frist zum Vollzug der Massnahmen (Art. 64 Abs. 1 VUV). In dringenden Fällen ist die Verfügung ohne vorgängige Ermahnung zu erlassen (vgl. Art. 62 Abs. 2 VUV). Leistet der Arbeitgeber einer vollstreckbaren Verfügung keine Folge oder handelt er auf andere Weise Vorschriften über die Arbeitssicherheit zuwider, kann sein Betrieb nach Art. 66 Abs. 1 VUV in Verbindung mit Art. 92 Abs. 3 UVG in eine höhere Stufe des Prämientarifs versetzt werden (Prämienerrhöhung). Ermahnungen des Kontrollorgans sind in der Regel notwendige Voraussetzung für eine spätere Sanktionierung in Form einer Prämienerrhöhung nach Art. 92 Abs. 3 UVG in Verbindung mit Art. 66 Abs. 1 VUV und verschlechtern die aktuelle Rechtsstellung eines betroffenen Betriebs.

#### **E. 1.5.2.4**

Da der Ermahnung Stufe 1 vom 16. Juli 2015 Sanktionscharakter im Sinne der oben erwähnten Rechtsprechung zukommt, kann diese beim Bundesverwaltungsgericht

grundsätzlich angefochten werden (BVGE 2010/37 E. 2.4.3 ff. mit Hinweisen).

### **E. 1.5.3**

Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist zusammenfassend festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin durch die angefochtene Verfügung vom 15. Juli 2015 bzw. die Ermahnung Stufe 1 vom 16. Juli 2015 berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (vgl. auch Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG). Als Verfügungs- resp. Ermahnungsadressatin ist die Beschwerdeführerin demnach beschwerdelegitimiert. Da auch die übrigen Eintretensvoraussetzungen (vgl. Art. 60 in Verbindung mit Art. 38 ff. ATSG, Art. 49 ff. VwVG) zweifellos erfüllt sind und darüber hinaus der Kostenvorschuss fristgerecht geleistet wurde, ist auf die Beschwerden einzutreten.

### **E. 1.6**

Die Beschwerdeführerin vertrat die Auffassung, dass die Vorinstanz betreffend die angeblich fehlende Abstützung, Böschung oder Sicherung des Grabens nicht gleichzeitig eine Verfügung nach Art. 64 Abs. 1 VUV sowie eine Ermahnung nach Art. 62 Abs. 1 VUV hätte erlassen dürfen. Die Vorinstanz hingegen stellte sich auf den gegenteiligen Standpunkt. Es trifft zwar zu, dass dem Entscheid des Bundesverwaltungsgericht BVGE 2010/37 nicht zu entnehmen ist, dass neben einer Verfügung keine Ermahnung erlassen werden darf. Jedoch ist - analog zu diesem Entscheid (E. 2.4.4) - auch betreffend das vorliegende Beschwerdeverfahren darauf hinzuweisen, dass bezüglich des in der Verfügung vom 15. Juli 2015 angeführten Sicherheitsmangels eine (zusätzliche) Ermahnung nicht erforderlich gewesen wäre und es genügt hätte, in der Verfügung - wie bei Ermahnungen mit Hinweis auf Art. 92 Abs. 3 UVG (vgl. EKAS-Leitfaden Ziff. 5.3.3 f.) - auf die mögliche Sanktion einer Prämienhöhung zufolge Versetzung in eine höhere Gefahrenstufe hinzuweisen.

### **E. 1.7**

Hinsichtlich der weiteren Ausführungen der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz hätte die kantonale Behörde gemäss Art. 68 VUV darum ersuchen müssen, vorsorgliche Massnahmen nach Art. 86 Abs. 2 UVG zu treffen, was jedoch nicht geschehen sei, ist festzuhalten, dass die Zwangsmassnahmen gemäss dem unmissverständlichen Wortlaut von Art. 67 VUV nur in denjenigen Fällen greifen, in welchen vollstreckbaren Verfügungen keine Folge geleistet wird, was vorliegend nicht der Fall gewesen war. Der Passus in Art. 67 Abs. 2 Satz 1 VUV "so ersucht das zuständige Durchführungsorgan die kantonale Behörde (Art. 68), die in Artikel 86 Absatz 2 des Gesetzes vorgesehenen vorsorglichen Massnahmen zu treffen" steht aufgrund des klaren Wortlauts eindeutig im Zusammenhang mit dem Passus in Art. 67 Abs. 1 VUV "wenn nötig unter Beizug der kantonalen Behörde (Art. 68)" und dieser wiederum im Zusammenhang mit einer Sanktion für den Fall, dass ein Arbeitgeber einer vollstreckbaren Verfügung keine Folge leistet. Unter diesen Aspekten und mit Blick auf den Umstand, dass die Beschwerdeführerin - wie bereits dargelegt und von der Vorinstanz bestätigt (vgl. E. 1.5.1.2 hiervor) - der Verfügung vom 15. Juli 2015 Folge geleistet hat, lässt sich nicht beanstanden, dass die Vorinstanz die kantonale Behörde gemäss Art. 68 VUV nicht beigezogen hat.

### **E. 1.8.1**

Betreffend die gerügte Verletzung des rechtlichen Gehörs liess die Beschwerdeführerin ausführen, die Vorinstanz habe die Verfügung vom 15. Juli 2015 erlassen, ohne den Rückruf des Bauführers der Baustelle abzuwarten. Die Beschwerdeführerin habe deshalb

entgegen den Behauptungen der Vorinstanz zu deren Feststellungen keine Stellungnahme abgeben können. Der Vorinstanz müsste klar sein, dass das rechtliche Gehör weder durch eine kurze Besprechung mit einem zufällig angetroffenen Mitarbeiter der Beschwerdeführerin vor Ort noch durch ein Telefongespräch mit dem Verwaltungsratspräsidenten, welcher mit der betroffenen Baustelle überhaupt nicht vertraut gewesen sei, gewährt werden könne. Die Vorinstanz hingegen vertrat den Standpunkt, dass weder Gesetz noch Verordnung die Möglichkeit für die direkte Besprechung mit dem Bauführer vorsehen würden. Die Suva habe der Beschwerdeführerin mehrfach Gelegenheit eingeräumt, sich zu den Feststellungen zu äussern. Dass die Beschwerdeführerin, aus welchen Gründen auch immer, davon keinen Gebrauch gemacht habe, könne nicht der Vorinstanz angelastet werden. Von einer Verletzung des rechtlichen Gehörs könne somit keine Rede sein.

### **E. 1.8.2**

Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]). Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht der Verfahrensbeteiligten beim Erlass von Verfügungen dar, die ihre Rechtsstellung betreffen. Dazu gehört insbesondere das Recht der Betroffenen, sich vor Erlass eines in ihre Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 132 V 368 E. 3.1; Entscheid des BGer 8C\_834/2013 vom 18. Juli 2014 E. 5.1). Im Verwaltungsverfahren gilt das Mitwirkungs- und Äusserungsrecht der betroffenen Person namentlich im Zusammenhang mit der Durchführung eines Augenscheins, der Befragung von Zeugen sowie bezüglich eines Expertengutachtens. Auf diese Beweismittel darf im Verwaltungsverfahren nicht abgestellt werden, ohne den Betroffenen Gelegenheit zu geben, an der Beweisabnahme teilzunehmen oder wenigstens nachträglich zum Beweisergebnis Stellung zu nehmen (BGE 125 V 332 E. 3a). Nach der Rechtsprechung kann eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie die Rechtslage frei überprüfen kann. Die Heilung eines allfälligen Mangels soll aber die Ausnahme bleiben. Von einer Rückweisung der Sache zur Gewährung des rechtlichen Gehörs an die Verwaltung ist im Sinne einer Heilung des Mangels selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 137 I 195 E. 2.3.2, 126 V 130 E. 2b; SVR 2013 IV Nr. 26 S. 76 E. 4.2).

### **E. 1.8.3**

In dringenden Fällen ordnet das zuständige Durchführungsorgan, nach Anhörung des Arbeitgebers und der unmittelbar betroffenen Arbeitnehmer, ohne vorgängige Ermahnung die erforderlichen Massnahmen durch Verfügung an (Art. 62 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 64 Abs. 1 VUV).

#### **E. 1.8.4**

Unter den Parteien ist nicht strittig, dass ein sich auf der Baustelle befindlicher Mitarbeiter der Beschwerdeführerin und der Verwaltungsratspräsident der Beschwerdeführerin Gelegenheit zur Stellungnahme gehabt und keine Einwände erhoben hatten. Dass im vorliegenden - gemäss der Auffassung der Vorinstanz dringlichen - Fall lediglich eine mündliche Anhörung erfolgt war, erscheint ohne Weiteres nachvollziehbar. Art. 29 Abs. 2 BV verleiht nicht den Anspruch, sich in einer bestimmten - von der betroffenen Person gewünschten - Form zu äussern (vgl. Michele Albertini, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Bern 2000, S. 336 f.). Unter diesen Umständen kann der Vorinstanz nicht die Verletzung des Rechts auf Gewährung des rechtlichen Gehörs vorgeworfen werden, auch wenn sie den Rückruf des Bauführers der Baustelle nicht abgewartet hatte. Die Vorgehensweise der Vorinstanz lässt sich somit nicht beanstanden.

#### **E. 1.8.5**

Die Frage nach der Verletzung des rechtlichen Gehörs kann jedoch offengelassen werden, denn selbst wenn davon ausgegangen würde, dass die Vorinstanz den Anspruch auf rechtliches Gehör im Sinne von Art. 29 Abs. 2 BV verletzt hätte, könnte dieser Mangel im vorliegenden Verfahren als geheilt gelten. Dies insbesondere auch unter den Aspekten, dass sich der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin vor dem Bundesverwaltungsgericht - welches über eine volle Kognition verfügt (vgl. E. 1.9 hiernach) - im Rahmen der Beschwerde vom 4. September 2015 (B-act. 1), der Replik vom 4. Dezember 2015 (B-act. 8) sowie der Eingabe vom 30. März 2017 (B-act. 16) ausführlich hatte äussern können und die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem Interesse der Beschwerdeführerin an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären.

#### **E. 1.9**

Das Bundesverwaltungsgericht prüft die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich der Überschreitung oder des Missbrauchs des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und die Unangemessenheit (Art. 49 VwVG).

#### **E. 2**

Nach dem vorstehend Dargelegten bilden Anfechtungsobjekte die Verfügung Arbeitseinstellung vom 15. Juli 2015 und die Ermahnung Stufe 1 vom 16. Juli 2015. In materieller Hinsicht streitig und zu prüfen ist im Folgenden insbesondere, ob sich im fraglichen Zeitpunkt der Graben auf der Baustelle "MFH D. \_\_\_\_\_" in einem sicherheitswidrigen Zustand befunden und ob die Beschwerdeführerin die Schutzhelmtragepflicht verletzt hat. Hinsichtlich der Ausführungen der Vorinstanz, wonach das seitlich deponierte Aushubmaterial eine Gefahrenquelle darstelle resp. dass zumindest auf der linken Seite des Grabens der Abstand nicht eingehalten worden sei, ergibt sich, dass diese Beurteilung weder Gegenstand der angefochtenen Verfügung vom 15. Juli 2015 noch der Ermahnung Stufe 1 vom 16. Juli 2015 war, weshalb darauf nicht näher einzugehen ist. Zu erwähnen ist immerhin, dass Baugruben aufgrund von Art. 55 Abs. 1 und 6 BauAV so auszugestalten sind, dass niemand durch herabfallende oder abrutschende Massen gefährdet wird, und Deponien von Aushub- und Baumaterial so zu erstellen sind, dass niemand gefährdet wird. Insofern sind die entsprechenden, ausserhalb der Anfechtungsobjekte

vorgebrachten Argumente der Vorinstanz nachvollziehbar.

### **E. 2.1**

Gemäss Art. 82 Abs. 1 UVG ist der Arbeitgeber verpflichtet, zur Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten alle Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den gegebenen Verhältnissen angemessen sind. Gestützt auf Art. 83 Abs. 1 UVG hat der Bundesrat neben der VUV weitere Verordnungen erlassen, in welchen die Anforderungen an die Arbeitssicherheit für bestimmte Tätigkeiten konkretisiert werden. Dazu gehört namentlich die Verordnung vom 29. Juni 2005 über die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bei Bauarbeiten (Bauarbeitenverordnung [BauAV], SR 832.311.141).

### **E. 2.2**

Gemäss Art. 55 Abs. 2 BauAV sind Gräben, Schächte und Baugruben von mehr als 1.5 m Tiefe, die nicht verspriesst werden, gemäss Art. 56 BauAV abzuböschten oder durch andere geeignete Massnahmen zu sichern. Nach Art. 56 BauAV sind Böschungsneigungen der Standfestigkeit des Baugrundes anzupassen (Abs. 1). In Sprengfels sowie in homogenem Fels, der mit mechanischen Geräten abbaubar ist (z.B. Sandstein oder Mergel), können die Wände senkrecht ausgebildet werden (Abs. 3). Gemäss Art. 56 Abs. 4 BauAV muss ein Sicherheitsnachweis erbracht werden, wenn: a. die folgenden Verhältnisse zwischen Senkrechte und Waagrechte nicht eingehalten werden können: 1. höchstens 3 : 1 bei gutem verfestigtem, standfestem Material, 2. höchstens 2 : 1 bei mässig verfestigtem, jedoch noch standfestem Material, 3. höchstens 1 : 1 bei rolligem Material; b. die Höhe der Böschung mehr als 4 m beträgt; c. die Böschung voraussichtlich durch Fahrzeuge, Baumaschinen oder Materialdepots zusätzlich belastet wird; d. Hangwasser Zutritt oder der Böschungsfuss sich im Grundwasserbereich befindet.

#### **E. 2.3.1**

Bezüglich des Grabens vertrat die Beschwerdeführerin den Standpunkt, der zu erstellende Graben sei mehr als einen Meter tief gewesen und die lichte Breite habe 80 cm betragen. Die von Art. 55 Abs. 3 Bst. b BauAV geforderte lichte Breite von mindestens 60 cm sowie die Breite des Arbeitsraums gemäss Art. 55 Abs. 4 BauAV von mindestens 60 cm seien stets eingehalten worden. Art. 55 Abs. 2 BauAV verlange ausserdem, dass Gräben von mehr als 1.5 m Tiefe, die nicht verspriesst würden, gemäss Art. 56 BauAV abzuböschten seien. Die Beschwerdeführerin bestreite ausdrücklich die Feststellung der Vorinstanz, der zu erstellende Graben sei nicht abgeböschert gewesen. Der Baugrund, in welchem sich der zu erstellende Graben befunden habe, habe aus hinterfülltem und verdichtetem Material bestanden. Gemäss Art. 56 Abs. 4 Bst. a Ziff. 1 BauAV sei bei gut verfestigtem, standfestem Baugrund kein Sicherheitsnachweis erforderlich, wenn die Böschungsneigung ein Verhältnis zwischen Senkrechte und Waagrechte von 3:1 einhalte. Dieses Verhältnis sei deutlich eingehalten worden. Indem die Vorinstanz behaupte, der von der Beschwerdeführerin zu erstellende Graben mit einer Tiefe von mehr als 1.5 m sei weder abgestützt, abgeböschert noch mit anderen geeigneten Massnahmen gesichert, habe sie den rechtserheblichen Sachverhalt unrichtig festgestellt. Auch sei die Erstellung des Grabens im Zeitpunkt der Baustellenkontrolle noch nicht abgeschlossen gewesen. Die von der Vorinstanz deshalb vorgefundene Böschung des Grabens sei nur vorübergehender Natur gewesen und dürfe nicht als rechtserheblicher Massstab genommen werden. Weiter sei aus dem Fotodossier in der Ermahnung Stufe 1 klar ersichtlich, dass der Graben auf der

Baustelle im von Art. 56 BauAV geforderten Verhältnis abgeböscht gewesen sei. Die Vorinstanz lasse jegliche Ausführungen dazu vermissen, um welchen Untergrund es sich beim Graben gehandelt habe und wie stark der Graben von der gemäss Art. 56 Abs. 4 Bst. a BauAV zulässigen Abböschung abweichen soll. Die Begründung in der Vernehmlassung der Vorinstanz, das seitlich deponierte Aushubmaterial stelle eine Gefahrenquelle dar, sei weder in der Ermahnung noch in der Verfügung gerügt worden, sondern sei bloss nachgeschoben worden. Allerdings lasse auch hier die Vorinstanz die Ausführungen dazu vermissen, inwiefern das seitlich deponierte Aushubmaterial gegen Art. 55 BauAV verstossen soll. Die Beschwerdeführerin bestreite ausdrücklich, dass das seitlich deponierte Aushubmaterial eine Gefahrenquelle darstelle. Die vagen Ausführungen der Vorinstanz mit Bezug auf die angeblichen Verletzungen der Vorschriften der BauAV durch die Beschwerdeführerin widersprechen der Berechenbarkeit und Voraussehbarkeit staatlichen Handelns und verletzen letztlich das Gesetzmässigkeitsprinzip. Sie dürften der Beschwerdeführerin nicht zum Nachteil gereichen.

#### **E. 2.3.2**

Die Vorinstanz hingegen stellte sich auf den Standpunkt, gemäss Art. 55 Abs. 2 BauAV seien alle Gräben, die nicht verspriesst seien, nach Art. 56 BauAV abzuböschten oder durch andere geeignete Massnahmen zu sichern. Die festgestellten Regelverletzungen seien fotografisch dokumentiert. Die Bilder 1 und 2 zeigten klar auf, dass der Graben weder abgestützt, abgeböscht noch mit anderen Massnahmen gesichert gewesen sei, obwohl die Grabentiefe 4 m betragen und ein Arbeitnehmer im Graben Arbeiten ausgeführt habe. Ferner habe das seitlich deponierte Aushubmaterial eine zusätzliche Gefahrenquelle dargestellt. Ein Vergleich mit der Grösse des sich im Graben befindlichen Mitarbeiters zeige, dass die Grabentiefe mehrere Meter betragen habe und überhaupt keine Böschung vorhanden gewesen sei. Es brauche nicht viel Vorstellungsvermögen, um zu merken, dass bei einem Wandsturz das auf der Seite des Grabens gelagerte Material eine zusätzliche Gefahrenquelle darstelle.

#### **E. 2.3.3**

Mit Blick auf die Abbildungen 1 und 2 laut Fotodossier der Suva besteht kein Zweifel, dass der Graben von über 1.5 m bis zum 15. Juli 2015 nicht verspriesst war. Dieser Umstand hat in Anwendung von Art. 55 Abs. 2 BauAV zur Folge, dass der Graben gemäss Art. 56 BauAV abzuböschten oder durch andere geeignete Massnahmen zu sichern ist. Eine zentrale Rolle im Zusammenhang mit einer Abböschung bzw. mit Böschungsneigungen nimmt dabei die Standfestigkeit des Baugrundes ein (Art. 56 Abs. 1 BauAV).

#### **E. 2.3.4.1**

Die Beschwerdeführerin liess ausführen, die Ausmasse des von der ihr zu erstellenden Grabens hätten wie folgt gelautet: "Tiefe von 4.0 m, Breite an der Oberkante von 5.0 m". Die später am 30. Mai 2017 erfolgte Beurteilung, in Bezug auf die Grabentiefe handle es sich um eine blosser Schätzung seitens der Vorinstanz (B-act. 16), ist nicht weiter von Relevanz, denn aus der Abbildung 1 resp. aufgrund des Vergleichs mit der Grösse des sich im Graben befindenden Mitarbeiters - was unbestritten geblieben ist - ergibt sich, dass die Tiefe des Grabens jedenfalls mehr als 1.5 m betragen hatte. Gemäss Art. 55 Abs. 2 BauAV ist ein solcher Graben - wenn er nicht verspriesst wird - gemäss Art. 56 BauAV abzuböschten oder durch andere geeigneten Massnahmen zu sichern.

#### **E. 2.3.4.2**

Da die Beschwerdeführerin anfänglich den Graben nicht verspriesst hatte, ist zu prüfen, ob die Bestimmungen von Art. 56 BauAV eingehalten worden sind. Die Abbildungen 1 und 2 zeigen - nebst der Tiefe - weiter, dass es sich beim Baugrund nicht um Sprengfels oder homogenen Fels gehandelt hat, weshalb die Wände der Grube nicht senkrecht ausgebildet werden durften (Art. 56 Abs. 3 BauAV). Somit muss - sollten die entsprechenden Verhältnisse zwischen Senkrechte und Waagrechte nicht eingehalten werden können - ein Sicherheitsnachweis erbracht werden (Art. 56 Abs. 4 Bst. a Ziff. 1 bis 3 BauAV). Die entsprechenden Verhältniszahlen ergeben sich aus der Beschaffenheit des Materials. Es trifft in Übereinstimmung mit der Beschwerdeführerin zu, dass gemäss Art. 56 Abs. 4 Bst. a Ziff. 1 BauAV bei gut verfestigtem, standfestem Baugrund kein Sicherheitsnachweis erforderlich ist, wenn die Böschungsneigung ein Verhältnis zwischen Senkrechte und Waagrechte von 3:1 einhält. Hinsichtlich dieses Verhältnisses ergibt sich aus den Akten was folgt:

#### **E. 2.3.4.3**

Entgegen der Auffassung der Vorinstanz zeigen die Bilder 1 und 2 eine Abböschung. Da sich die Vorinstanz weder zur Beschaffenheit des Baugrunds auf der betreffenden Baustelle noch zur Abweichung der gemäss Art. 56 Abs. 4 Bst. a BauAV zulässigen Abböschung geäussert und keine verlässlichen Aufzeichnungen eingereicht hatte, kann die Frage, ob der Graben richtig abgeböschet war resp. ob die Beschwerdeführerin allenfalls aufgrund einer Nichteinhaltung der Verhältnisse zwischen Senkrechte und Waagrechte einen Sicherheitsnachweis gemäss Art. 56 Abs. 4 BauAV hätte erbringen müssen, nicht rechtsgenügend beantwortet werden. Mit anderen Worten lässt sich der rechtserhebliche Sachverhalt, welcher der vorliegend angefochtenen Verfügung vom 15. Juli 2015 zugrunde liegt, nicht anhand entsprechender vorinstanzlicher Beweismittel erheben. Da die Nichterbringung dieser Beweise nicht von der Beschwerdeführerin, sondern von der Vorinstanz zu verantworten ist (vgl. hierzu BGE 138 V 218 E. 8.1.1 mit zahlreichen Hinweisen), wirkt sich die Beweislosigkeit im Zusammenhang mit dem unvollständig ermittelten Sachverhalt zu deren Ungunsten aus.

### **E. 3**

Betreffend die Schutzhelmtragepflicht ergibt sich weiter was folgt:

#### **E. 3.1**

Gemäss Art. 5 Abs. 1 BauAV müssen die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bei allen Arbeiten, bei denen sie durch herunterfallende Gegenstände oder Materialien gefährdet werden können, einen Schutzhelm tragen. Abs. 2 bestimmt zudem, bei welchen Tätigkeiten in jedem Fall ein Schutzhelm getragen werden muss. Dies gilt gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. c BauAV beim Graben- und Schachtbau sowie beim Erstellen von Baugruben.

#### **E. 3.2**

Hinsichtlich der Schutzhelmtragepflicht liess die Beschwerdeführerin geltend machen, nur ein Arbeitnehmer der Beschwerdeführerin habe keinen Schutzhelm getragen. Sie bestreite, in diesem Zusammenhang ihre Pflichten gemäss Art. 82 Abs. 1 UVG verletzt zu haben. Sie habe ihre Arbeitnehmer durch präzise Anweisungen, regelmässige Schulungen, Kontrollen und Ermahnungen ausdrücklich zum Tragen der Schutzhelme bei jeder Tätigkeit und zu jedem Zeitpunkt auf allen Baustellen angewiesen. Die Feststellung der Verletzung der Schutzhelmtragepflicht in einem isolierten Ausnahmefall begründe jedoch keineswegs eine Verletzung der Pflichten des Arbeitgebers gemäss Art. 82 Abs. 1 UVG.

### **E. 3.3**

Die Vorinstanz vertrat die Ansicht, dass gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. c BauAV beim Graben- und Schachtbau in jedem Fall ein Schutzhelm zu tragen sei. Es sei anerkennenswert, wenn die Beschwerdeführerin ihre Arbeitnehmer durch präzise Anweisungen etc. ausdrücklich zum Tragen der Schutzhelme anweise. Dies entbinde sie jedoch nicht von der in Art. 6 Abs. 3 VUV statuierten Pflicht, dafür zu sorgen, dass die Mitarbeitenden die Massnahmen der Arbeitssicherheit einhielten.

### **E. 3.4**

Unter den Parteien ist unbestritten, dass der Bauarbeiter, der sich im Graben befand, keinen Schutzhelm getragen hatte. Es ist deshalb ohne Weiteres von einer Verletzung der Helmtragpflicht auszugehen, welche der Arbeitgeberin anzulasten ist. Dabei spielt es keine Rolle, ob einer oder mehrere Arbeitnehmende keinen Schutzhelm getragen hat, und es ist der Vorinstanz insofern beizupflichten, als die sprachliche Ungenauigkeit nicht weiter von Relevanz ist. Der Einwand der Beschwerdeführerin, sie habe ihre Arbeitnehmer durch präzise Anweisungen etc. ausdrücklich zum Tragen der Schutzhelme angewiesen, vermag nichts daran zu ändern, dass ihr das Versäumnis des Nichttragens eines Schutzhelms anzulasten ist. In diesem Zusammenhang ist die Beschwerdeführerin an Art. 4 Abs. 1 BauAV zu erinnern. Gemäss dieser Verordnungsbestimmung muss der Arbeitgebende auf jeder Baustelle eine Person bezeichnen, die für die Arbeitssicherheit und den Gesundheitsschutz zuständig ist; diese Person kann den Arbeitnehmenden diesbezügliche Weisungen erteilen. Gemäss Art. 4 Abs. 2 BauAV ist von der Baustelle wegzuweisen, wer durch sein Verhalten oder seinen Zustand sich selbst oder andere gefährdet. Demnach entbinden präzise Anweisungen, regelmässige Schulungen, Kontrollen und Ermahnungen sowie die Übertragung von Aufgaben der Arbeitssicherheit den Arbeitgeber nicht von seiner Verantwortung für die Einhaltung der Arbeitssicherheit (vgl. Art. 82 Abs. 1 UVG, Art. 7 Abs. 2 VUV; Urteil des BVGer C-8135/2010 vom 10. Januar 2013 E. 3.2). Schliesslich ist an dieser Stelle ergänzend darauf hinzuweisen, dass das beharrliche Widersetzen im Zusammenhang mit dem Helmobligatorium arbeitsrechtlich als besonders schwere Verfehlung qualifiziert werden kann, die eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigt (Urteil des BGer 4C.161/2000 vom 28. Juli 2000 E. 2).

### **E. 4**

Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist zusammenfassend festzuhalten, dass aufgrund des vorliegenden Sachverhalts resp. der Akten nicht rechtsgenügend beurteilt werden kann, ob im fraglichen Zeitpunkt auf der Baustelle betreffend Graben ein sicherheitswidriger Zustand vorgelegen hatte. Da sich die - aus dem durch die Vorinstanz unvollständig ermittelten resp. dokumentierten Sachverhalt resultierende - Beweislosigkeit zugunsten der Beschwerdeführerin auswirkt, ist in Gutheissung der Beschwerde vom 4. September 2015 die Verfügung der Suva vom 15. Juli 2015 aufzuheben. Weiter ist die Ermahnung Stufe 1 vom 16. Juli 2016 betreffend die Feststellung 2 (Gräben) und die Sofortmassnahme (entsprechend der Feststellung 1 und der Sofortmassnahme gemäss der Verfügung vom 15. Juli 2015) in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben. Da die Verletzung der Schutzhelmtragpflicht der Beschwerdeführerin anzulasten ist, ist die Beschwerde gegen die Ermahnung Stufe 1, Feststellung 1, abzuweisen. Bei diesem Ergebnis erübrigen sich Weiterungen hinsichtlich der Ausführungen der Beschwerdeführerin, wonach die Erstellung des Grabens im Zeitpunkt der Baustellenkontrolle noch nicht abgeschlossen und die von der Vorinstanz vorgefundene Böschung des Grabens deshalb nur vorübergehender

Natur gewesen seien. Weiter ist auch auf die von der Beschwerdeführerin im Rahmen der Eingabe vom 30. März 2017 vorgebrachten Äusserungen im Zusammenhang mit dem Verfahren gemäss EKAS-Leitfaden (Besuchsprotokoll) nicht weiter einzugehen.

## **E. 5**

Zu befinden bleibt über die Verfahrenskosten sowie eine allfällige Parteientschädigung.

### **E. 5.1**

Der Vorinstanz werden keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Als teilweise unterliegende Partei hat die Beschwerdeführerin nur einen Teil der Verfahrenskosten zu tragen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG). Sie werden unter Berücksichtigung des Umfangs und der Schwierigkeit der Streitsache im vorliegenden Verfahren auf Fr. 1000.- festgesetzt (vgl. Art. 63 Abs. 4bis VwVG sowie Art. 1, 2 und 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]) und dem bereits geleisteten Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 3'000.- entnommen. Die Restanz von Fr. 2'000.- ist der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückzuerstatten.

### **E. 5.2**

Die teilweise obsiegende, anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin hat gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG in Verbindung mit Art. 7 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) Anspruch auf eine reduzierte Parteientschädigung zu Lasten der Vorinstanz (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Da keine Kostennote eingereicht wurde, ist die Entschädigung aufgrund der Akten festzusetzen (Art. 14 Abs. 2 Satz 2 VGKE). Unter Berücksichtigung des Verfahrensausgangs, des gebotenen und aktenkundigen Aufwands, der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des vorliegend zu beurteilenden Verfahrens ist eine Parteientschädigung von Fr. 4'000.- (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer; Art. 9 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 10 Abs. 2 VGKE) gerechtfertigt.

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