

POSTCOM VFG-20-2023 vom 19. Oktober 2023

PostCom, 2023-10-19, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/postcom_VFG-20-2023

FR: POSTCOM VFG-20-2023 du 19 octobre 2023

IT: POSTCOM VFG-20-2023 del 19 ottobre 2023

Erwägungen

E. 14

Gemäss Art. 22 Abs. 1 PG trifft die PostCom Entscheide und erlässt Verfügungen, die nach dem Postgesetz und dessen Ausführungsbestimmungen in ihrer Kompetenz liegen. Die Aufgaben der PostCom umfassen nach Art. 22 Abs. 2 Bst. b PG die Überwachung der Einhaltung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b PG sowie deren Durchsetzung mittels Aufsichtsmaßnahmen oder Verwaltungssanktionen nach Art. 24 f. PG (vgl. Verfügung 2/2020 in Sachen Epsilon SA vom 30. Januar 2020, E. 17, 23 f.; Botschaft zum Postgesetz vom 20. Mai 2009, BBl 2009 5229). Auf das Verfahren vor der PostCom ist das Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) anwendbar (Art. 1 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. d VwVG).

E. 15

Die C._____ ist Partei im Sinne von Art. 6 VwVG, da durch die zu erlassende Verfügung ihre Rechte und Pflichten berührt sind. Ihre Parteirechte umfassen u.a. den Anspruch auf rechtliches Gehör und das Recht auf Äusserung zu allfälligen Massnahmen nach Art. 24 f. PG.

E. 16

Das Fachsekretariat hat der C._____ mit Schreiben vom 8. Juni 2023 Gelegenheit zur Stellungnahme zum Sachverhalt und zu allfälligen Aufsichtsmaßnahmen gegeben. Dem Anspruch auf rechtliches Gehör ist damit hinreichend Rechnung getragen worden.

E. 17

Ebenso hat die C._____ als Adressatin der zu erlassenden Verfügung eine verfahrensrechtliche Mitwirkungspflicht nach Art. 13 VwVG in Ergänzung zur Feststellung des rechterheblichen Sachverhalts durch die Entscheidbehörde (Art. 12 VwVG). Indem sie die vom Fachsekretariat verlangten Unterlagen eingereicht und die geforderten Auskünfte erteilt hat, ist sie ihrer verfahrensbezogenen Mitwirkungspflicht nachgekommen.

5/9 PostCom-D-A5B23401/1 Aktenzeichen: PostCom-412-10/7

III. Einhaltung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen

E. 18

Art. 4 Abs. 3 Bst. b PG legt fest, dass meldepflichtige Anbieterinnen von Postdiensten die Einhaltung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen gewährleisten müssen. Ordentlich meldepflichtige Anbieterinnen im Sinne von Art. 3 der Postverordnung vom 29. August 2012 (VPG, SR 783.01) müssen jährlich den Nachweis erbringen, dass sie die branchenüblichen Arbeitsbedingungen respektieren (Art. 5 Abs. 1 und Art. 59 Abs. 2 Bst.

e VPG). Vereinfacht meldepflichtige Anbieterinnen im Sinne von Art. 8 VPG sind zwar von der jährlichen Nachweispflicht befreit (Art. 9 Bst. a VPG), aber dennoch verpflichtet, die branchenüblichen Arbeitsbedingungen einzuhalten. Hat eine Anbieterin für den Bereich der Postdienste einen Gesamtarbeitsvertrag abgeschlossen, gilt die Vermutung, dass die branchenüblichen Arbeitsbedingungen eingehalten werden (Art. 5 Abs. 2 VPG). Hat sie keinen GAV abgeschlossen, muss sie als vereinfacht meldepflichtige Anbieterin in Anwendung von Art. 3 Abs. 2 der Verordnung der Postkommission über die Mindeststandards für die Arbeitsbedingungen im Bereich der Postdienste vom 30. August 2018 (VMAP, SR 783.016.2) auf Verlangen der PostCom den Nachweis erbringen, dass sie die Mindeststandards nach Art. 2 VMAP einhält.

E. 19

Die C._____ ist als vereinfacht meldepflichtige Anbieterin bei der PostCom registriert und damit verpflichtet, die branchenüblichen Arbeitsbedingungen im Bereich der Postdienste einzuhalten. Die Firma hat keinen Gesamtarbeitsvertrag abgeschlossen. Somit muss sie nachweisen, dass sie die Mindeststandards gemäss der VMAP einhält.

E. 20

Aus den von der Firma übermittelten Unterlagen (vgl. Lohnabrechnung Mai 2022, Mitarbeiter mit Personal-Nr. 29) geht hervor, dass die Fahrtätigkeit des Aushilfsmitarbeiters in Form von unselbstständiger Arbeit erledigt wird. Damit sind auf das Arbeitsverhältnis mit Tätigkeit im Bereich der Postdienste gemäss Art. 1 Abs. 2 Bst. a VMAP die Mindeststandards der PostCom anwendbar.

E. 21

Im vorliegenden Fall ist zu beurteilen, ob die provisionsbasierte Entlohnung des Fahrers sowie das Verzichten auf eine Erfassung der Arbeitszeit und die vereinbarte Ferienregelung den Mindeststandards nach VMAP genügen. Als Mindeststandards gelten nach Art. 2 VMAP insbesondere die Einhaltung eines Mindeststundenlohnes von Fr. 18.27 (Fr. 19.00 seit dem 1. Juli 2023) sowie einer vertraglich vereinbarten Arbeitszeit von höchstens 44 Stunden pro Woche.

E. 22

Bezüglich der Einhaltung des Mindestlohns schreiben die Mindeststandards der PostCom kein spezifisches Lohnmodell vor, es gelten daher die allgemeinen Bestimmungen zum Einzelarbeitsvertrag nach OR. Unabhängig von der Entlohnungsform ist aber die Einhaltung der Mindeststundenlohns nach Art. 2 Abs. 1 VMAP durch die meldepflichtige Anbieterin zu gewährleisten. Bei der von C._____ mit dem Aushilfsfahrer vereinbarten Provision handelt es sich um eine Entschädigung für die ausgeführte Arbeit nach dem Geschäftsabschluss mit den Kunden und nicht um eine Vermittlungs- oder Abschlussprovision. Somit besteht ein direkter Zusammenhang zwischen der bezahlten Provision und den vom Mitarbeiter ausgeführten Fahrten. Ebenfalls leistet der Aushilfsfahrer keinen Bereitschaftsdienst, der vom Arbeitgeber zu vergüten wäre, da der Mitarbeiter die vorgeschlagenen Einsätze jederzeit und ohne Begründung ablehnen kann (BGE Urteil 4A_509/2009 vom 7. Januar 2010 E. 2.3).

E. 23

Sofern die Entlohnung nicht in Form eines Zeitlohns vereinbart wurde, hat die PostCom in ihren Erläuterungen vom 30. August 2018 zur VMAP präzisiert, dass es der Firma obliegt,

die Einhaltung des Mindestlohns nachzuweisen (S. 2). Die von C._____ mit Schreiben vom 13. April 2023 übermittelten Zusatzinformationen zur Arbeitszeit im Oktober 2022 suggerieren, dass der Aushilfefahrer einen Stundenlohn weit über dem Mindestlohn nach VMAP erhalten habe. Dabei sei nach Meinung der Firma unmissverständlich zu entnehmen, dass der Mindestlohn somit bei weitem übertroffen wäre. Nach Durchsicht der Angaben hinterfragte jedoch das Fachsekretariat die Plausibilität der Daten (vgl. Schreiben vom 8. Juni 2023). Dies betraf insbesondere Tage, an welchen der Fahrer nur vormittags oder nachmittags arbeitete und dennoch eine «Mittagszeit»

6/9 PostCom-D-A5B23401/1 Aktenzeichen: PostCom-412-10/7

von der Bruttoarbeitszeit abgezogen wurde (6 Tage im Oktober 2022). Wegen diesen Inkonsistenzen, zu denen die C._____ in ihrer Stellungnahme vom 22. Juni 2023 keine weiteren Angaben machte, sind die übermittelten Angaben zur Arbeitszeit für die abschliessende Prüfung der Einhaltung des Mindestlohnes ungeeignet. Aufgrund der Höhe der Provision ist jedoch davon auszugehen, dass der Mindestlohn von der C._____ im Mai 2022 in der Regel eingehalten war, dies jedoch unter der Bedingung, dass die vom Arbeitnehmer durchgeführten Fahrten zum Beispiel wegen Verkehrsbehinderungen nicht unüblich lange dauerten. Für die Prüfung der Einhaltung des Mindeststundenlohnes sind detaillierte Angaben zur Arbeitszeit der Angestellte unerlässlich. Die C._____ war infolge der fehlenden Aufzeichnung der Arbeitszeit ihrer Mitarbeiter im Mai 2022 nicht im Stand, solche Angaben der PostCom vorzulegen.

E. 24

Die im Bereich der Postdienste von der PostCom erlassenen Mindeststandards enthalten zusätzlich zum Mindestlohn verschiedene Vorgaben bezüglich der Arbeits- und Ruhezeiten. Dazu gehören insbesondere die Einhaltung einer wöchentlichen Regelarbeitszeit von höchstens 44 Stunden nach Art. 2 Abs. 2 VMAP sowie der allgemeinen arbeitsrechtlichen Bestimmungen, insbesondere zu den Überstunden, zur Überzeit sowie zur täglichen Ruhezeit. Da die C._____ keine systematischen sowie nachvollziehbaren Unterlagen zur geleisteten Arbeitszeit dem Fachsekretariat übermittelte und nach eigenen Angaben die Arbeitszeit gar nicht aufzeichnet, war keine abschliessende Prüfung der Einhaltung dieser Vorgaben möglich. Indessen ist zu beanstanden, dass die Firma die individuell geleistete Arbeitszeit nicht dokumentiert und demnach den Nachweis zur Einhaltung der entsprechenden Mindeststandards erst gar nicht erbringen konnte. Insbesondere bei unregelmässigen Arbeitszeiten wie im Fall von Arbeit auf Abruf, ist eine Erfassung der Arbeitszeit für eine Kontrolle der Arbeitsbedingung im Bereich der Postdienste unerlässlich. Die Pflicht zur Erfassung der Arbeitszeit ergibt sich aus Art. 46 des Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 13. März 1964 (Arbeitsgesetz, ArG, SR 822.11) i.V.m. Art. 73 Abs. 1 Bst. c der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz vom 10. Mai 2000 (ArG 1, SR 822.111), wonach der Arbeitgeber über Unterlagen zur geleisteten Arbeitszeit verfügen muss und auf Aufforderung der Kontrollbehörden auch vorlegen muss.

E. 25

Weiter als Mindeststandard im Bereich der Postdienste gilt der Anspruch auf Ferien. Die PostCom hat diesbezüglich keine Branchenvorgaben erlassen, es gelten die allgemeinen Bestimmungen nach OR. Gemäss Angabe der Firma wurde mit dem Fahrer vereinbart, dass er diese beziehen könne, wann er wolle. Weitere Ferienregelungen wie zum Beispiel

zur Feriendauer oder zum Ferienlohn wurden nicht getroffen. Gemäss Art. 329d Abs. 1 OR hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer für die Ferien den gesamten darauf entfallenden Lohn und eine angemessene Entschädigung zu entrichten. Insbesondere darf gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts ein Arbeitnehmer während der Ferien lohnmässig nicht schlechter gestellt werden, als wenn er in dieser Zeit gearbeitet hätte (BGE 136 III 283 E. 2.3.5 S. 287). Im Fall von Arbeit auf Abruf gilt die Zeit ohne Arbeit keineswegs als Ferien, da der Arbeitnehmer für diese Zeit auch keinen Lohn erhält. Das Bundesgericht hielt zudem fest, dass diese Rechtsprechung auch bei Lohn auf Provisionsbasis gelte (BGE 129 III 664 E. 7.3). Hier ist der Ferienlohn grundsätzlich aufgrund der durchschnittlichen Einkünfte einer geeigneten Zeitperiode zu berechnen. Soweit unüberwindbare Schwierigkeiten vorliegen, die eine Auszahlung während der Ferien als praktisch nicht durchführbar erscheinen lassen, kann der Ferienlohn ausnahmsweise auch laufend mit dem Lohn ausgerichtet werden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_357/2022 vom 30. Januar 2023, E. 2.2.3). In diesem Fall muss aber der Ferienlohn auf jeder periodischen Lohnabrechnung oder Lohnquittung betragsmässig ausgewiesen werden. Wurde ein schriftlicher Arbeitsvertrag abgeschlossen, muss zudem die Vereinbarung über die laufende Ferienlohnabgeltung in diesem Rahmen schriftlich festgehalten werden (BGE 129 III 493 E. 3.3). Die C._____ hat den Auslieferungsfahrern keinen Ferienlohn bezahlt. Damit hat sie gegen die Mindeststandards für die Arbeitsbedingungen im Bereich der Postdienste verstossen.

7/9 PostCom-D-A5B23401/1 Aktenzeichen: PostCom-412-10/7

IV. Aufsichtsmaßnahmen

E. 26

Art. 24 Abs. 2 PG listet die aufsichtsrechtlichen Massnahmen auf, welche die PostCom bei Rechtsverletzungen ergreifen kann. Die Massnahmen dienen dazu, Rechtsverletzungen zu beheben und Vorkehrungen zu treffen, damit sich solche nicht wiederholen. Im Vordergrund steht dabei die Sicherung und/oder die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands (vgl. TOBIAS JAAG, Sanktionen, in: Biaggini/Häner/Saxer/Schott, Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich 2015, Rz. 23.63).

E. 27

Die PostCom verpflichtet die C._____ hiermit gestützt auf Art. 24 Abs. 2 Bst. a PG, so bald als möglich und bis spätestens sechs Monate nach Rechtskraft dieser Verfügung alle Massnahmen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu treffen. Ausgehend vom obigen Sachverhalt wird die C._____ verpflichtet, künftig über die erforderlichen Unterlagen zur Prüfung der tatsächlichen Arbeitszeit ihrer Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter zu verfügen. Ebenfalls wird die Firma verpflichtet, sämtlichen Angestellten einen Ferienlohn zu gewährleisten und, sofern die Voraussetzungen für die laufende Zahlung erfüllt sind, den Betrag in den periodischen Lohnabrechnungen separat auszuweisen. Über die getroffenen Massnahmen muss die Firma das Fachsekretariat bis spätestens sechs Monate nach Rechtskraft dieser Verfügung informieren. V. Verwaltungssanktionen

E. 28

Verstösst eine Anbieterin gegen das Postgesetz, dessen Ausführungsbestimmungen oder eine rechtskräftige Verfügung, so kann sie in Anwendung von Art. 25 Abs. 1 PG mit einem

Betrag von bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren durchschnittlich in der Schweiz mit Postdiensten erzielten Umsatzes belastet werden. Die Sanktionen werden gestützt auf Art. 25 Abs. 3 PG insbesondere nach der Schwere des Gesetzesverstosses und den finanziellen Verhältnissen der Anbieterin bemessen.

E. 29

Die C._____ hat die Vorgabe zur Einhaltung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen missachtet. Im vorliegenden Fall wurde die Ferienvorgabe nicht eingehalten. Weiter konnte die Firma wegen fehlender Erfassung der Arbeitszeit die Nachweise zur Einhaltung des Mindestlohnes sowie der Vorgaben zu Arbeits- und Ruhezeiten nicht erbringen. Bei der Beurteilung der Schwere des Verstosses ist zu berücksichtigen, dass die Anbieterin von kleiner Grösse ist und nur sehr wenige Mitarbeiter beschäftigt, was sich mildernd auf die Schwere der Verstösse auswirkt. Diese Elemente zeigen, dass der Verstoss gegen die Postgesetzgebung von mittlerer Schwere ist, was bei der Festsetzung der Höhe der Sanktion berücksichtigt werden muss.

E. 30

Für die Berechnung der Sanktionsobergrenze nach Art. 25 Abs. 1 PG sind die Umsatzzahlen mit Postdiensten für die Jahre 2020, 2021 und 2022 zu berücksichtigen. In den letzten drei Geschäftsjahren hat die C._____ mit Postdiensten folgende Umsätze erzielt: {...} Franken (2020); {...} Franken (2021); {...} Franken (2022). Folglich beträgt der maximale Sanktionsbetrag {...} Franken, was 10 Prozent des durchschnittlichen Umsatzes für die Jahre 2020 – 2022 entspricht.

E. 31

Für die Festlegung der Sanktion im Einzelfall berücksichtigt die PostCom die Schwere und die Dauer des Verstosses sowie die finanzielle Situation der Anbieterin (Art. 25 Abs. 3 PG). Darüber hinaus berücksichtigt sie mögliche erschwerende oder mildernde Umstände.

E. 32

Die der PostCom vorliegenden Angaben zeigen, dass die finanzielle Lage der Firma {...} ist. Damit ist {...} erforderlich.

E. 33

Was die Dauer der Rechtsverletzung anbelangt, ist von einer Dauer von vier Jahren auszugehen, was mit einer Erhöhung von 10 % p.a. des Basisbetrages zu berücksichtigen ist.

8/9 PostCom-D-A5B23401/1 Aktenzeichen: PostCom-412-10/7

E. 34

Bei den erschwerenden Umständen berücksichtigt die PostCom unter anderem eine mögliche Behinderung der Untersuchung oder die Verweigerung der Zusammenarbeit. Da die C._____ während des Verfahrens die für die Kontrolle der Arbeitsbedingungen wesentlichen Informationen vorgelegt und im erwartenden Ausmass kooperiert hat, müssen keine erschwerenden Umstände miteinbezogen werden.

E. 35

In Bezug auf die mildernden Umstände werden unter anderem Massnahmen berücksichtigt, die eine Anbieterin ergreift, um die rechtswidrigen Umstände zu beheben, insbesondere vor

der Eröffnung eines Aufsichtsverfahrens. Die C. _____ hat keine Massnahmen zur Behebung des rechtswidrigen Zustandes angegeben. Aus diesem Grund werden keine mildernden Umstände berücksichtigt.

E. 36

Angesichts der Schwere des Verstosses, der finanziellen Lage des Unternehmens sowie der nicht vorhandenen mildernden und erschwerenden Umstände ist die Verwaltungsbusse auf 5 000 Franken festzusetzen.

E. 37

Die PostCom erhebt kostendeckende Verwaltungsgebühren für ihre Verfügungen, die einer bestimmten Anbieterin zugeordnet werden können (Art. 30 Abs. 1 Satz 1 PG; Art. 77 Abs. 1 Bst. c VPG). Die Gebühren werden nach dem Arbeitsaufwand erhoben und richten sich nach den Sätzen von Art. 3 des Gebührenreglements der Postkommission vom 26. August 2013 (SR 783.018). Im vorliegenden Fall werden die Verfahrenskosten gestützt auf Art. 4 Abs. 1 Bst. e des Gebührenreglements auf 2 500 Franken festgesetzt und der C. _____ auferlegt, da sie die aufsichtsrechtliche Untersuchung verursacht und die vorliegende Verfügung veranlasst hat (Art. 2 Abs. 1 AllgGebV; SR 172.041.1).

9/9 PostCom-D-A5B23401/1 Aktenzeichen: PostCom-412-10/7

VI. Entscheid 1. C. _____ wird verpflichtet, bis spätestens sechs Monate nach Rechtskraft dieser Verfügung die mit den Angestellten vereinbarte Ferienregelung so anzupassen, dass künftig den Angestellten ein Ferienlohn ausgerichtet wird. 2. Ebenso wird die C. _____ verpflichtet, die von den Mitarbeitenden tatsächlich geleisteten Arbeitszeit zu erfassen und entsprechend den arbeitsrechtlichen Vorgaben zu dokumentieren. 3. Über die zur Einhaltung der Mindeststandards getroffenen Massnahmen hat sie das Fachsekretariat bis spätestens sechs Monate nach Rechtskraft dieser Verfügung zu informieren. 4. C. _____ wird eine Verwaltungssanktion im Betrag von 5 000 Franken auferlegt. 5. Die Verfahrenskosten werden auf 2 500 Franken festgesetzt und C. _____ auferlegt.

Eidgenössische Postkommission PostCom Georges Champoud Vizepräsident

Michel Noguét Leiter Fachsekretariat

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