

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00014 vom 10. Juni 2015

ZH Verwaltungsgericht, 2015-06-10, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2015.00014

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00014 du 10 juin 2015

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00014 del 10 giugno 2015

Regeste

Verletzungen des Arbeitsgesetzes | [Ermahnung eines Betriebs nach Art. 51 Abs. 1 ArG zur Einhaltung der Vorschriften des Arbeitsgesetzes] Obschon eine Verwarnung nach Art. 51 Abs. 1 ARG den Vorwurf rechtswidrigen Verhaltens in sich schliesst und notwendige Voraussetzung für spätere schärfere Massnahmen bildet, ist fraglich, ob ihr Verfügungscharakter zukommt. Die Frage wird vorliegend mit Blick auf die spezielle Ausgangslage offengelassen und ein schützwürdiges Interesse der Beschwerdeführerin an der Klärung der Frage angenommen, ob sie als verantwortlicher Betrieb im Sinn des Arbeitsgesetz anzusehen sei (E. 1.2). Entscheidend für die sachliche Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes auf ein Unternehmen ist die Frage, wessen Direktionsgewalt ein unselbständig Erwerbstätiger im Arbeitsvollzug unterstellt ist. Auf eine Direktions- bzw. Weisungsgewalt schliessen lassen dabei unter anderem das Vorliegen einer Rapportpflicht der Arbeitnehmenden gegenüber vorgesetzten Personen, das Recht zur Erteilung von (Fach-)Anweisungen, wann (fixe Arbeitszeiten, Pikett-, Nacht-, Schichtdienste, Anordnung von Überstundenarbeit etc.), wie oder wo die Arbeiten auszuführen sind, sowie zur Bestimmung, mit welchen Arbeitsmitteln die Arbeiten auszuführen sind, und das Bestehen eines Kontrollrechts gegenüber den Arbeitnehmenden bezüglich der geleisteten Arbeit (E. 4.2). Nachdem es gemäss ausdrücklicher Vereinbarung zwischen der Beschwerdeführerin und ihren Auftraggebern Sache der Beschwerdeführerin ist, die Arbeitsschutzbestimmungen und die Arbeitsbedingungen am Ort der Leistung einzuhalten, sie die Dispositionsbefugnis bezüglich der Arbeitseinsätze der einzelnen Arbeitnehmenden behält und nur sie als Arbeitgeberin gegenüber ihren Angestellten Fachweisungen erteilen kann, ist mit dem Beschwerdegegner und der Vorinstanz davon auszugehen, dass sie unter den Betriebsbegriff des Arbeitsgesetzes fällt und daher auch die richtige Adressatin der Verwarnung des Beschwerdegegners ist (E. 4.3 ff.). Insofern, als jedoch sowohl derBeschwerdegegner wie auch die Vorinstanz die Annahme der Beschwerdeführerin teilen, bei zweien ihrer Arbeitnehmenden habe während des überprüften Zeitraums zeitweise eine rechtfertigende Notfallsituation vorgelegen, erweist sich die Verwarnung des Beschwerdegegners als fehlerhaft. Der Rekurs der Beschwerdeführerin hätte daher teilweise gutgeheissen werden müssen (E. 5). Teilweise Guttheissung der Beschwerde.

Erwägungen

E. 4

Abteilung VB.2015.00014 Urteil der 4. Kammer vom 10. Juni 2015 Mitwirkend: Abteilungspräsident Jso Schumacher (Vorsitz) , Verwaltungsrichter Peter Sprenger, Verwaltungsrichter André Moser, Gerichtsschreiberin Sonja Güntert. In Sachen A, vertreten durch B, Beschwerdeführerin, gegen Amt für Wirtschaft und Arbeit,

Beschwerdegegner, betreffend Verletzungen des Arbeitsgesetzes, hat sich ergeben: I. A führt im Auftrag diverser Bahnunternehmen Bau- und Unterhaltsarbeiten an Gleistrassees durch. Anlässlich einer Kontrolle des Betriebs betreffend die Einhaltung der gesetzlichen Arbeits- und Ruhezeiten im Januar 2014 stellte das Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Zürich (AWA) fest, dass A die notwendigen Schritte zur Umsetzung des Arbeitsgesetzes vom 13. März 1964 (ArG, SR 822.11) nicht eingeleitet habe. Am 20. März 2014 verfügte es daher, A habe umgehend die Vorschriften des Arbeitsgesetzes einzuhalten, insbesondere dessen Art. 9, 10, 15, 15a, 17a und 21 sowie Art. 13 und 18 der Verordnung 1 vom 10. Mai 2000 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1, SR 822.111) und Art. 48 der Verordnung 2 vom 10. Mai 2000 zum Arbeitsgesetz (SR 822.112). Für den Fall der Nichtbeachtung dieser Anordnung drohte das AWA dem Unternehmen ein Vorgehen nach Art. 51 Abs. 2 ArG an, wies auf Art. 52 ArG hin und behielt sich eine Anzeigeerstattung nach Massgabe der Art. 59 ff. ArG vor. Weiter verpflichtete es A, ihm bis spätestens 15. Oktober 2014 eine Liste der von ihr von Juli bis September 2014 im Bereich Gleisbau beschäftigten Arbeitnehmenden einzureichen. II. Mit Rekurs vom 24. April 2014 beantragte A der Volkswirtschaftsdirektion die Aufhebung der Verwarnung des AWA vom 20. März 2014 unter Entschädigungsfolge. Mit Verfügung vom 25. November 2014 wies die Volkswirtschaftsdirektion das Rechtsmittel ab (Dispositiv-Ziff. I), auferlegte die Rekurskosten von insgesamt Fr. 1'250.- A (Dispositiv-Ziff. II) und sprach dieser keine Parteientschädigung zu (Dispositiv-Ziff. III). III. A erhob am 12. Januar 2015 Beschwerde beim Verwaltungsgericht und beantragte, unter Entschädigungsfolge seien die Verfügung der Volkswirtschaftsdirektion vom 25. November 2014 sowie jene des AWA vom 20. März 2014 aufzuheben. Mit Präsidialverfügung vom 14. Januar 2015 wurde dem AWA sowie der Volkswirtschaftsdirektion eine Frist von 30 Tagen zur Beschwerdebeantwortung bzw. -vernehmlassung angesetzt. Tags darauf nahm der Postdienst der kantonalen Verwaltung die Verfügung in Empfang. Die Volkswirtschaftsdirektion teilte am 27./28. Januar 2015 – unter Hinweis auf die Begründung des angefochtenen Entscheids – ihren Verzicht auf eine Vernehmlassung mit. Das AWA reichte am 18. Februar 2015 eine Beschwerdeantwort ein. Die Kammer erwägt: 1. 1.1 Das Verwaltungsgericht prüft seine Zuständigkeit nach § 70 in Verbindung mit § 5 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG, LS 175.2) von Amtes wegen. Erstinstanzliche Rekursentscheide einer Direktion betreffend Anordnungen zum Vollzug des Arbeitsgesetzes können beim Verwaltungsgericht mit Beschwerde angefochten werden (§ 41 in Verbindung mit §§ 19 Abs. 1 lit. a und Abs. 3 Satz 1 sowie 19a und §§ 42–44 e contrario VRG; vgl. ferner § 1 Abs. 1 in Verbindung mit § 2 lit. b der [kantonalen] Verordnung zum Arbeitsgesetz vom 23. Oktober 2002 [kantonale Verordnung zum Arbeitsgesetz, LS 822.1]). 1.2 Ebenfalls von Amtes wegen zu prüfen hat das Verwaltungsgericht, ob die Prozessvoraussetzungen bei der unteren Rechtsmittelinstanz gegeben waren (vgl. Martin Bertschi in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], Vorbemerkungen zu §§ 19–28a N. 57; Marco Donatsch, Kommentar VRG, § 63 N. 25). Dem Rekursverfahren lag als Anfechtungsobjekt das mit einer Rechtsmittelbelehrung versehene, als Verfügung betitelte Schreiben des Beschwerdegegners vom 20. März 2014 vor, mit welchem Verstösse der Beschwerdeführerin gegen das Arbeitsgesetz festgestellt werden und sie unter Androhung von Nachteilen zur künftigen Einhaltung der missachteten Gesetzesbestimmungen ermahnt wird. 1.2.1 Gemäss § 19 Abs. 1 VRG sind mit Rekurs (wie auch mit verwaltungsgerichtlicher Beschwerde, vgl. § 41 VRG) nur Anordnungen anfechtbar. Der Begriff der Anordnung entspricht grundsätzlich

dem der Verfügung (Martin Bertschi/Kaspar Plüss, Kommentar VRG, Vorbemerkungen zu §§ 4–31 N. 13 ff., auch zum Folgenden). Als Handlungsform der Verwaltung legt die Verfügung bzw. Anordnung das verwaltungsrechtliche Rechtsverhältnis für die Beteiligten verbindlich und erzwingbar fest; sie bildet insoweit ein Institut des materiellen Verwaltungsrechts. Als Anfechtungsgegenstand und Sachentscheidsvoraussetzung ist sie ein Institut des Verwaltungsprozessrechts, das den Zugang zum Rechtsmittelverfahren regelt. Entsprechend der bundesgesetzlichen Legaldefinition in Art. 5 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) ist die Verfügung ein individueller, an den Einzelnen gerichteter Hoheitsakt, durch den eine konkrete verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung rechtsgestaltend oder feststellend in verbindlicher und erzwingbarer Weise geregelt wird (vgl. Bertschi/Plüss, Vorbemerkungen zu §§ 4–31 N. 18). Nach der Rechtsprechung sind behördliche Mahnungen, Belehrungen, Verweise, Verwarnungen oder Androhungen belastender Massnahmen einer Verfügung im Sinn von Art. 5 Abs. 1 VwVG gleichzustellen, wenn diese rechtliche Folgen zeitigen, die Rechtstellung der Betroffenen verschlechtern, den Vorwurf rechtswidrigen Verhaltens in sich schliessen, notwendige Voraussetzung für spätere schärfere Massnahmen bilden oder sonstwie konkrete Handlungsanweisungen beinhalten bzw. direkt eine Disziplinar-massnahme bilden (René Wiederkehr/Paul Richli, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Bd. I, Bern 2012, Rz. 2320 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung). 1.2.2 Der Vollzug des Arbeitsgesetzes obliegt in erster Linie den Kantonen (Art. 41 Abs. 1 Satz ArG, Art. 75 Abs. 1 ArGV 1), welche von Amtes wegen oder auf Antrag hin Kontrollen bei den dem Arbeitsgesetz unterstellten Betrieben vornehmen (Art. 45 ff. ArG). Stellt die kantonale Behörde bei ihrer Kontrolltätigkeit fest, dass die Vorschriften des Arbeitsgesetzes oder einer Verordnung dazu nicht befolgt werden, so macht sie die Fehlbaren entsprechend dem Verhältnismässigkeitsprinzip zunächst darauf aufmerksam und verlangt die Einhaltung der nicht befolgten Vorschrift (Art. 51 Abs. 1 ArG; zum Ganzen Laurent Moreillon [Pierre Siegenthaler] in: Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler [Hrsg.], Arbeitsgesetz, Bern 2005, Art. 51 N. 7 ff.). Dies hat der Beschwerdegegner als im Kanton Zürich zuständige Behörde im Sinn des Arbeitsgesetzes (§ 1 kantonale Verordnung zum Arbeitsgesetz) mit Schreiben vom 20. März 2014 an die Beschwerdeführerin getan. Obschon die Verwarnung nach Art. 51 Abs. 1 ArG zweifelsohne den Vorwurf rechtswidrigen Verhaltens in sich schliesst und notwendige Voraussetzung für spätere schärfere Massnahmen bildet, soll ihr nach der auch in der Lehre geteilten Auffassung des Staatssekretariats für Wirtschaft (Seco) kein Verfügungscharakter zukommen (Seco [Hrsg.], Wegleitung zum Arbeitsgesetz und zu den Verordnungen 1 und 2, Bern März 2012 [Wegleitung], Art. 51 ArG Abs. 1, abrufbar unter www.seco.admin.ch > Themen > Arbeit > Arbeitnehmerschutz > Rechtliche Grundlagen; Roland Müller, Arbeitsgesetz, 7. A., Zürich 2009, S. 157). Ob dieser Auffassung mit Blick auf das oben 1.2.1 Ausgeführte generell zu folgen ist, kann offenbleiben, da jedenfalls vorliegend ein schützenswertes Interesse der Beschwerdeführerin an der Anfechtung der "Ausgangsverfügung" gegeben ist. Namentlich die baldmöglichste Klärung der Frage ihrer arbeitsgesetzlichen Verantwortlichkeit ist für sie von grosser Bedeutung, dürfte diese doch wesentliche Auswirkungen auf ihre weitere Betriebsgestaltung zeitigen. Hiervon scheint auch der Beschwerdegegner ausgegangen zu sein, kleidete er doch seine Verwarnung formell in Verfügungsform. In dem Schreiben des Beschwerdegegners vom 20. März 2014 ist demzufolge ein taugliches Anfechtungsobjekt zu sehen. 1.3 Da auch die übrigen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten. 2. Die mit

Präsidialverfügung vom 14. Januar 2015 angesetzte 30-tägige Frist zur Beschwerdebeantwortung fing mit Empfang der Verfügung durch den Postdienst am 15. Januar 2015 an zu laufen und endete am (Montag,) 16. Februar 2015. Der Beschwerdegegner gab die Beschwerdeantwort jedoch erst am (Mittwoch,) 18. Februar 2015 und damit verspätet bei der Post auf. Entsprechend ist diese Eingabe aus dem Recht zu weisen. 3. 3.1 Bereits im vorinstanzlichen Verfahren war unbestritten, dass es in Zusammenhang mit der Erbringung von Gleisbauarbeiten durch die Beschwerdeführerin während der Monate Juli bis September 2013 zu zahlreichen Verstössen gegen das Arbeitsgesetz gekommen war. So offenbarte die stichprobenweise Prüfung der dem Beschwerdegegner anlässlich einer Betriebskontrolle im Januar 2014 vorgelegten Arbeitszeitaufzeichnungen der Arbeitnehmenden der Beschwerdeführerin mehrfache – mit über 70 Stunden teilweise massive – Überschreitungen der wöchentlichen Arbeitszeit (Art. 9 Abs. 1 lit. b ArG und Art. 13 ArGV 1), aber auch der täglichen Arbeitszeit (Art. 10 Abs. 3 ArG) sowie der Dauer der Nachtarbeit (Art. 17a ArG), wiederholtes Nichteinhalten der gesetzlich vorgeschriebenen Pausen (Art. 15 ArG und Art. 18 ArGV 1) sowie der täglichen Ruhezeit (Art. 15a ArG) und schliesslich den Umstand, dass zwei Arbeitnehmer Art. 21 Abs. 1 ArG zuwider im Juli 2013 an acht Tagen in Folge gearbeitet hatten. 3.2 Der Beschwerdegegner war daher gestützt auf Art. 51 Abs. 1 ArG grundsätzlich gehalten, die von ihm anlässlich der Kontrolle des Betriebs der Beschwerdeführerin festgestellten Zuwiderhandlungen gegen das Arbeitsgesetz und die dazugehörigen Verordnungen zu rügen und gegenüber dem fehlbaren Betrieb eine Verwarnung auszusprechen (vgl. oben 1.2). Dies stellt auch die Beschwerdeführerin zu Recht nicht in Abrede. Die Beschwerdeführerin wendet jedoch ein, die falsche Adressatin der Verwarnung zu sein, da aufgrund der mit den einzelnen Bahnunternehmen bestehenden Verträge die Verantwortung für die Einhaltung der relevanten Bestimmungen des Arbeitsgesetzes nicht bei ihr, sondern bei den Bahnen liege. Aufgrund ihrer vertraglichen Verpflichtungen in den entsprechenden Verträgen habe sie ihre Mitarbeitenden sozusagen an diese "verliehen", sodass der ihr verbleibende Handlungsspielraum hinsichtlich der Länge der Einsätze ihrer Angestellten verschwindend klein sei. Die von ihr eingegangenen Vertragsverhältnisse wiesen insofern Parallelen zum klassischen Personalverleih auf, was es erlaube, die Pflichten aus dem Arbeitsgesetz analog zum Personalverleih auf die Vertragspartner zu verteilen.

E. 4.1

Das Arbeitsgesetz ist – unter Vorbehalt der hier nicht einschlägigen Art. 2–4 ArG – auf alle öffentlichen und privaten Betriebe anwendbar (Art. 1 Abs. 1 ArG; vgl. Thomas Geiser in: derselbe/von Kaenel/Wyler, Art. 1 N. 2 und 6). Der Begriff des Betriebs ist dabei bewusst sehr weit gefasst (Geiser, Art. 1 N. 7, auch zum Folgenden). Als Betrieb gilt jede Arbeitsorganisation, in der mindestens ein Arbeitnehmer dauernd oder vorübergehend beschäftigt wird. Daraus darf aber nicht geschlossen werden, dass der Betrieb im Sinn des Arbeitsgesetzes mit dem Arbeitgeber identisch ist. Es ist nämlich sehr wohl möglich, dass das Arbeitsverhältnis nicht mit dem Betriebsinhaber, sondern mit einem Dritten besteht, wie eben beispielsweise bei der Leiharbeit. Der Betrieb ist dann jenes Unternehmen, welches die Direktionsgewalt ausübt. Die Aufspaltung der Arbeitgeberfunktion bewirkt insofern, dass die Pflichten, welche den Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer treffen, auf Betriebsinhaber und Dritten aufgeteilt werden. So treffen die Schutzpflichten des Arbeitsgesetzes (Art. 6 ArG) nicht bloss den rechtlichen Arbeitgeber, sondern jeden Betrieb, der Arbeitnehmer beschäftigt. Dabei wird hauptsächlich auf das Unterordnungsverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Betrieb abgestellt. Nicht

entscheidend ist, ob zwischen dem Drittbetrieb und dem Arbeitnehmer eine vertragliche Beziehung besteht (vgl. Wegleitung, Art. 1 ArG Abs. 2). Damit wird die Verantwortlichkeit des tatsächlichen bzw. konkreten Arbeitgebers unterstrichen.

E. 4.2

Entscheidend für die sachliche Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes auf ein Unternehmen ist demzufolge die Frage, wessen Direktionsgewalt ein unselbständig Erwerbstätiger im Arbeitsvollzug unterstellt ist. Auf eine Direktions- bzw. Weisungsgewalt schliessen lassen dabei unter anderem das Vorliegen einer Rapportpflicht der Arbeitnehmenden gegenüber vorgesetzten Personen, das Recht zur Erteilung von (Fach-)Anweisungen, wann (fixe Arbeitszeiten, Pikett-, Nacht-, Schichtdienste, Anordnung von Überstundenarbeit etc.), wie oder wo die Arbeiten auszuführen sind, sowie zur Bestimmung, mit welchen Arbeitsmitteln die Arbeiten auszuführen sind, und das Bestehen eines Kontrollrechts gegenüber den Arbeitnehmenden bezüglich der geleisteten Arbeit (vgl. Roland Bachmann, Verdeckter Personalverleih: Aspekte zur rechtlichen Ausgestaltung, zur Bewilligungspflicht, zum Konzernverleih und zum Verleih mit Auslandsberührung, in: ArbR 2010, S. 53 ff., 59 f. mit Hinweisen). Insgesamt begründet die Weisungsgewalt eine rechtliche Unterordnung, wobei das Mass der Abhängigkeit nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen ist.

E. 4.3

Die Beschwerdeführerin pflegt nun im Rahmen ihres Unternehmenszwecks Verträge mit Bahnunternehmen abzuschliessen, deren wesentlicher Regelungsinhalt die entgeltliche Überlassung von Maschinen und Fachpersonal für Gleisbaumaschinenleistungen ist. Dies geht aus den von der Beschwerdeführerin der Vorinstanz als Anschauungsbeispiele eingereichten Verträgen mit D hervor. Ein Blick in diese als Werkverträge betitelten Rahmenverträge vom 30. April 2007 offenbart darüber hinaus, dass die Beschwerdeführerin richtig in der Annahme geht, die damit begründeten Vertragsverhältnisse seien nicht als Personalverleih zu qualifizieren. So garantiert die Beschwerdeführerin mit Vertragsschluss einen vertraglich vereinbarten Erfolg und haftet sie insofern D gegenüber nicht nur für die sorgfältige Auswahl ihres Fachpersonals wie beim Personalverleih, sondern für die vertragsgemässe Ausführung der geschuldeten Leistung (siehe auch den Hinweis auf SIA-Norm 118). Gegen das Vorliegen eines Personalverleihs spricht daneben auch, dass gestützt auf die beiden Rahmenverträge mit Maschinen und Werkzeug der Beschwerdeführerin gearbeitet wird, keine Weisungskompetenz von D hinsichtlich der näheren Wahl der Hilfsmittel besteht und dass in Bezug auf die Entlohnung neben leistungsabhängigen und somit erst nach Abnahme der Arbeiten geschuldeten Schichtpauschalen Jahrespauschalen vereinbart werden.

E. 4.4

Unabhängig von der Qualifikation der von der Beschwerdeführerin eingegangenen Vertragsverhältnisse etwa als Werkverträge, Aufträge oder gemischte Verträge mit Elementen des Personalverleihs sowie der Miete ist für die Beurteilung der Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes auf die Beschwerdeführerin jedoch nach dem Gesagten (4.2) von Relevanz, inwieweit diese mit Eingehen einer Vertragsverpflichtung jeweils ihre arbeitsvertraglichen Weisungsbefugnisse gegenüber ihren Angestellten auf ihre Vertragspartner überträgt. In den als Muster beigegebenen Rahmenverträgen mit D finden sich dabei folgende (gleichlautende) Bestimmungen zur Aufteilung der Weisungsbefugnisse: In den beiden Rahmenwerkverträgen wird zunächst statuiert, dass D

das Jahreseinsatzprogramm des Ausführungsjahres festlegt, welches Programm als Einsatzplan für die Maschinen sowie für die diese handhabenden Personen dient. In den Verträgen wiederum findet sich die Regeldauer der Arbeitsschichten der Arbeitnehmenden der Beschwerdeführerin bestimmt, wobei für den Fall einer von D verschuldeten Überschreitung der maximalen Schichtlänge der Beschwerdeführerin eine Vergütung auszurichten ist. Gemäss den Rahmenwerkverträgen wird sodann die Bauleitung im Sinn von Art. 33 ff. der SIA-Norm 118 von D bzw. von einer Eisenbahnverkehrsunternehmung ausgeübt, welcher auch die Sicherheitsleistung (Baustellenleitung) obliegt; entsprechend werden sowohl der Sicherheitschef und der Sicherheitsdienst (Sicherheitswärter und Vorwarner) wie auch die Schienenfahrzeugführer von D gestellt. Dabei wird ausdrücklich betont, dass die Beschwerdeführerin bei Arbeiten in und neben den Gleisen und elektrischen Anlagen strikt alle sie betreffenden Sicherheitsbestimmungen sowie entsprechende Weisungen der Fachdienste zu befolgen hat und einzelne Arbeitsphasen überhaupt erst begonnen werden dürfen, wenn für diese ein Sicherheitsdispositiv der Sicherheitsleitung vorliegt und die Sicherheitsverantwortlichen durch die Sicherheitsleitung instruiert worden sind. Die Verträge verpflichten die Beschwerdeführerin schliesslich, die Arbeitsschutzbestimmungen und die Arbeitsbedingungen am Ort der Leistung einzuhalten, wobei sie bei Verletzung der genannten Pflichten D eine Konventionalstrafe schuldet.

E. 4.5

Aus den Rahmenverträgen zwischen der Beschwerdeführerin und D erhellt demzufolge, dass das Bahnunternehmen jeweils den Ort, die Zeit und die Art der einzelnen Arbeitseinsätze der Maschinen der Beschwerdeführerin und der diese bedienenden Fachkräfte bestimmt. Darüber hinaus müssen die Arbeitnehmenden der Beschwerdeführerin schon allein mit Blick auf Art. 19 des Eisenbahngesetzes vom 20. Dezember 1957 (SR 742.101) bei ihrer Leistungserbringung den Weisungen der Bahnmitarbeitenden bezüglich der Einhaltung der Sicherheits- und Schutzvorschriften folgen. Das Bahnunternehmen ist somit faktisch befugt, den Arbeitsteams der Beschwerdeführerin Zielweisungen bezüglich Arbeitsort und Einsatzzeitpunkt sowie Verhaltensweisungen hinsichtlich Arbeitsbeginn, Arbeitszeit und Unfallverhütung zu geben. Dabei legt die Beschwerdeführerin glaubhaft dar, dass ihre Angestellten – einmal am Einsatzort eingetroffen – jeweils auch Weisungen der Bahnbegleiter bezüglich der Länge und Durchführung von Arbeitspausen zu befolgen haben. Dennoch ist es gemäss der ausdrücklichen Vereinbarung der Vertragsparteien Sache der Beschwerdeführerin, die Arbeitsschutzbestimmungen und die Arbeitsbedingungen am Ort der Leistung einzuhalten. Ein Blick auf die in den Akten befindlichen Arbeitszeitrapporte zeigt denn auch, dass es offensichtlich der Beschwerdeführerin und nicht den Bahnunternehmen obliegt, die Arbeitszeitaufzeichnungen ihrer Angestellten zu kontrollieren und zu unterzeichnen. Selbst ohne eine einschlägige vertragliche Regelung träge sie indes die Verantwortung für die Einhaltung der arbeitsgesetzlichen Vorschriften zur Arbeits- und Ruhezeit. Zudem liegt die Verantwortung für die Planung und Koordination der einzelnen Arbeitseinsätze ihrer Angestellten allein bei der Beschwerdeführerin. Sie behält die Dispositionsbefugnis. Das heisst, die Bahnunternehmen können das von ihr eingesetzte Personal nicht nach Belieben auswechseln oder gar selbst bestimmen, welche Arbeitnehmenden im Einzelnen wann und wie lange auf ihren Baustellen arbeiten. Die Beschwerdeführerin hat vielmehr selbst für einen ausreichenden Bestand an qualifizierten Fachkräften zu sorgen und ihre Mitarbeitende den verschiedenen Schichten zuzuteilen. Sie trägt namentlich auch die Verantwortung dafür, dass selbst bei kurzfristigen Änderungen der Einsatzzeiten – wie sie

in der Gleisbaubranche üblich sind – genügend personelle Ressourcen zur Verfügung stehen, um die arbeitsgesetzlichen Vorschriften einhalten zu können. Überdies hat sie mit ihren Vertragspartnern Vertragsbedingungen auszuhandeln, welche ihr die Planung der einzelnen Arbeitseinsätze erleichtern. Davon, dass ihr eine gewisse Einflussnahme auf den Vertragsinhalt möglich ist, zeugen denn auch die von der Beschwerdeführerin in der aktuellen Ausschreibung "Gleisbaumaschinenleistungen" angebrachten Vorbehalte. Daneben ist – in Ermangelung anderweitiger Angaben in den Rahmenverträgen – davon auszugehen, dass allein die Beschwerdeführerin als Arbeitgeberin gegenüber ihren Angestellten Fachweisungen erteilen kann, zumal sie allein für allfällige Mängel des Arbeitsergebnisses einzustehen hat. Etwas anderes geht – entgegen den diesbezüglichen Vorbringen der Beschwerdeführerin – auch aus Art. 33 Abs. 2 der SIA-Norm 118 nicht hervor. Die Bestimmung umschreibt lediglich die Vertretungsbefugnis des Bauleiters, erweitert jedoch das Weisungsrecht des Bahnunternehmens als Bauherrn gegenüber dem ausführenden Unternehmen bzw. dessen Angestellten nicht. Es ist entsprechend – anderweitige vertragliche Vereinbarungen der Parteien vorbehalten – einzig auf die Herstellung des geschuldeten Werks beschränkt, weshalb die Ausübung werkvertraglicher Weisungsbefugnisse einschliesslich der damit zusammenhängenden Kontroll- und Überprüfungsrechte dem arbeitsvertraglichen Weisungsrecht nicht gleichgesetzt werden kann. Dass vorliegend ein weiter gehendes vertragliches Weisungsrecht von D als Bauherrin vereinbart worden sein soll, wonach sie ermächtigt wäre, gleich der Beschwerdeführerin als Arbeitgeberin Einsatz und Arbeit für die einzelnen Arbeitnehmenden unmittelbar bindend zu organisieren, wird im Übrigen auch von der Beschwerdeführerin nicht substantiiert geltend gemacht.

E. 4.6

Vor diesem Hintergrund ist mit dem Beschwerdegegner und der Vorinstanz festzustellen, dass die Beschwerdeführerin unter den Betriebsbegriff in Art. 1 Abs. 1 bzw. Abs. 2 ArG fällt und sie daher die richtige Adressatin der Verwarnung durch den Beschwerdegegner ist. Durch Begründung eines Vertragsverhältnisses mit einem Bahnunternehmen wird diesem mithin nicht eine faktische Arbeitgeberstellung eingeräumt. Es liegt namentlich keine in ausreichendem Mass mit dem Institut des Personalverleihs vergleichbare Aufteilung der Weisungsbefugnisse unter den Vertragsparteien vor. Die Beschwerdeführerin kann daher ihre Verantwortung als Arbeitgeberin gegenüber ihren Angestellten nicht auf die Bahnunternehmen abwälzen.

E. 5.1

Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, die beanstandeten Verletzungen des Arbeitsgesetzes betreffend die Arbeitnehmer E und F seien durch eine Notfallkonstellation in der zweiten Julihälfte des Jahres 2013 gerechtfertigt gewesen, was sowohl der Beschwerdegegner als auch die Vorinstanz bejaht hätten, weshalb die Vorinstanz den Rekurs mindestens teilweise hätte gutheissen müssen.

E. 5.2

Den Ausführungen zum Sachverhalt im Schreiben des Beschwerdegegners vom 20. März 2014 kann in diesem Zusammenhang entnommen werden, dass bei F und E Verstösse gegen Art. 9, 15, 15a, 17a sowie 21 ArG und Art. 13 sowie 18 ArGV 1 festgestellt wurden. Dabei fällt auf, dass sämtliche Zuwiderhandlungen – mit Ausnahme jener gegen die Pflicht zur Gewährung eines wöchentlichen freien Halbtags nach Art. 21 ArG – im betrachteten

Zeitraum auch von anderen kontrollierten Arbeitnehmenden begangen wurden. Zudem verstiesse die namentlich Genannten auch im Monat August 2013 bzw. in den Monaten August und September 2013 gegen Art. 15a und 17a ArG. In der Verwarnung wird die Beschwerdeführerin sodann unter dem Titel "Verfügung" ausdrücklich ermahnt, umgehend die Vorschriften des Arbeitsgesetzes einzuhalten, insbesondere Art. 9, 10, 15, 15a, 17a und 21 ArG, Art. 13 und 18 ArGV 1 sowie Art. 48 ArGV 2, wobei die betreffenden Gesetzesbestimmungen im Anschluss wörtlich wiedergegeben werden. Nachdem allerdings sowohl der Beschwerdegegner wie auch die Vorinstanz die Annahme der Beschwerdeführerin teilen, bei F und E habe während des Zeitraums vom 15. Juli 2013 bis zum 25. Juli 2015 eine rechtfertigende Notfallsituation im Sinn von Art. 12 Abs. 2 und Art. 26 Abs. 1 ArG in Verbindung mit Art. 26 Abs. 1 lit. c ArGV 1 vorgelegen, erweist sich der Wortlaut der Verwarnung des Beschwerdegegners bezüglich der während dieses Zeitraums von den beiden Arbeitnehmern begangenen Gesetzesverstösse sowie die Erwähnung von Art. 21 ArG im "Verfügungsteil" als unzutreffend. Der Rekurs der Beschwerdeführerin hätte daher teilweise gutgeheissen werden müssen.

E. 5.3

In diesem Sinn erweisen sich bezogen auf diesen Punkt sowohl die angefochtene Verwarnung des Beschwerdegegners als auch der Entscheid der Vorinstanz über die vollumfängliche Abweisung des Rekurses der Beschwerdeführerin als fehlerhaft, sodass die Beschwerde in diesem Umfang teilweise gutzuheissen ist.

E. 6

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen.

E. 7

Wegen der teilweisen Beschwerdegutheissung sind die Rekurskosten neu zu verlegen (Kaspar Plüss, Kommentar VRG, § 13 N. 66). Das Rechtsmittel wird nur zu einem geringen Teil gutgeheissen. Entsprechend dem Verfahrensausgang sind damit die in ihrer Höhe unverändert zu belassenden Kosten der vorinstanzlichen Verfügung zu 1/10 dem Beschwerdegegner sowie zu 9/10 der nahezu vollständig unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Ausgangsgemäss rechtfertigt es sich auch nach wie vor, der Beschwerdeführerin keine Parteientschädigung für das Rekursverfahren zuzusprechen (§ 17 Abs. 2 VRG; Plüss, § 17 N. 21). Eine entsprechende Regelung ist ausgangsgemäss gestützt auf § 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 sowie § 17 Abs. 2 VRG in Bezug auf die Kosten und Parteientschädigungen auch vor Verwaltungsgericht zu treffen.

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