



Verfügung Nr. 3/2022

vom 17. März 2022

der Eidgenössischen Postkommission PostCom

in Sachen

F._____ AG

vertreten durch R._____

betreffend

Verletzung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen nach Art. 4 Abs. 3 Bst. b Postgesetz



I. Sachverhalt

1. Die F. _____ AG mit Sitz in G. _____ bezweckt {...}. Die Firma ist seit {...} als vereinfacht meldepflichtige Anbieterin von Postdiensten bei der Eidgenössischen Postkommission PostCom (nachfolgend: PostCom) registriert (Art. 4 Abs. 1 Postgesetz vom 17. Dezember 2012 [PG, SR 783.0]). Die Firma beschäftigte im September 2020 {...} Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter (vgl. Beilagen zum Schreiben vom 16. November 2020).
2. Mit Schreiben vom 23. Oktober 2020 forderte das Fachsekretariat der PostCom die F. _____ auf, den Fragebogen zur «Einhaltung der Mindeststandards für die Arbeitsbedingungen» auszufüllen und zusammen mit den aufgelisteten Nachweisen sowie Informationen bis am 27. November 2020 zu retournieren.
3. Am 16. November 2020 retournierte die F. _____ das Formular zur Kontrolle der Arbeitsbedingungen zusammen mit den eingeforderten Nachweisen und Informationen.
- 3.1 Nach Angabe unter Ziff. 2 Bst. a des Fragebogens betrug der tiefste im September 2020 ausbezahlte Stundenlohn {...} Franken. Die von der Firma übermittelten Lohnabrechnungen zeigen weiter, dass F. _____ neben Monatslöhnen auch Stundenlöhne sowie Lohnpauschalen mit einzelnen Mitarbeitenden vereinbart hat. Die Stundenlöhne betragen mindestens {...} Franken. Die ausgezahlten Pauschalen betragen {...} Franken für «Pikett Weekend» oder {...} Franken für «Pikett Kalenderwoche». In diesen Pauschalen waren die Zuschläge für Ferien und Feiertage inbegriffen. Weiter vereinbarte die Firma mit gewissen Fahrern Vergütungsmodelle in Form von Fixbeträgen (z.B. {..., ...} Franken) oder Kilometerpauschalen von {...} Franken. Kilometerpauschalen haben zwei Fahrer der Firma im September 2021 für ihre Arbeit erhalten (Mitarbeiter mit Personal-Nrn. {...} und {...}). Ein Mitarbeiter (mit Personal-Nr. {...}) erhielt an 22 Tagen eine Pauschale von {...} Franken für die Arbeit am Nachmittag. Für die Arbeit an neun Vormittagen im gleichen Monat wurde demselben Mitarbeiter ein Stundenlohn von {...} Franken bezahlt.
- 3.2 Unter Ziff. 3 Bst. a des Fragebogens gab die F. _____ als höchste vereinbarte wöchentliche Arbeitszeit {...} Stunden an. Bei den Arbeitsverhältnissen auf Abruf sind keine Regelarbeitszeiten oder wöchentlichen Höchstarbeitszeiten vereinbart worden (vgl. Arbeitsvertrag des Mitarbeiters mit Personal Nr. {...}). Für die Fahrten, die mittels Pauschalen vergütet wurden, wurde die Arbeitszeit nicht erfasst. Auf den Zeiterfassungsblättern wurde in der Regel einzig das Datum der Arbeiten angegeben.
4. Mit Schreiben vom 25. Mai 2021 forderte das Fachsekretariat weitere Angaben und Nachweise zur Kontrolle der Arbeitsbedingungen bis zum 18. Juni 2021 nach. Erfragt wurden insbesondere nähere Angaben zur Einhaltung des Mindestlohnes und zur Arbeitszeit, auch mit Bezug auf die Einhaltung der Mindeststandards bei Nacht- und Sonntagsarbeit.
5. Mit Schreiben vom 8. Juni 2021 informierte der Rechtsvertreter von F. _____ das Fachsekretariat, dass er die Interessen der Firma vertrete. Gleichzeitig ersuchte er das Fachsekretariat um eine Fristerstreckung. Die Frist wurde bis zum 9. Juli 2021 sowie auf zweites Gesuch hin bis zum 16. August 2021 erstreckt.
6. Mit Schreiben vom 11. August 2021 übermittelte die F. _____ verschiedene Angaben und Unterlagen, insbesondere:
 - den Arbeitsvertrag des Mitarbeiters mit Personal-Nr. {...};
 - die Zeiterfassung des Mitarbeiters mit Personal-Nr. {...} für das Geschäftsjahr 2022;
 - den Arbeitsvertrag des Mitarbeiters mit Personal-Nr. {...};
 - die handschriftlichen Stundenerfassungen der Mitarbeiter mit Personal-Nrn. {...} und {...}; für die Monate September bis November 2020.
- 6.1 Darin präzierte sie ebenfalls, dass die F. _____ ein Logistikunternehmen sei, dessen Kernkompetenzen im Bereich der Transportdienstleistungen liege. Die weitaus meisten Leis-

tungen fielen somit nicht unter das Postgesetz und seien deshalb auch nicht der Aufsicht der PostCom unterstellt. Die F. _____ beabsichtige zudem, das postalische Angebot zu einem grossen Teil, allenfalls sogar vollständig aufzugeben.

- 6.2 Gemäss Arbeitsvertrag ist der Mitarbeiter mit Personal-Nr. {...} als Fahrer im Fracht- und Expressbereich tätig und arbeitet auf Abruf. Der Arbeitnehmer erhielt eine Grundpauschale von {...} Franken für einen «Pikettendienst» von Freitag (ab 18.00 Uhr) bis Montag (8.00 Uhr). Für den Pikettendienst von Montag ab 18.00 Uhr bis Freitag 08.00 Uhr betrug die Pauschale {...} Franken. Für «Extrafahrten» erhielt der Mitarbeiter einen Kilometeransatz von {...} Franken. Bezüglich der Ferien wurden im Arbeitsvertrag keine Bestimmungen vereinbart und in der Lohnabrechnung dieses Mitarbeiters sind auch keine Zuschläge für Ferien aufgeführt (vgl. Beilagen zum Schreiben vom 16. November 2020, Lohnabrechnung September 2020, Arbeitsverhältnis mit Personal-Nr. {...}).
7. Mit Schreiben vom 12. Oktober 2021 gewährte das Fachsekretariat der F. _____ die Möglichkeit, sich bis zum 5. November 2021 zum Sachverhalt und zu allfälligen Aufsichtsmaßnahmen nach Art. 24 f. PG schriftlich zu äussern. Diese Frist wurde auf Antrag der Firma bis zum 25. November und anschliessend nochmals bis zum 20. Dezember 2021 erstreckt. Weiter ersuchte das Fachsekretariat die Firma um Angaben zu ihrer Finanzlage in den letzten drei Jahren zwecks Bemessung einer allfälligen Verwaltungssanktion nach Art. 25 PG.
8. Ihre Stellungnahme zum Sachverhalt übermittelte die F. _____ mit Schreiben vom 3. Januar 2022 innert einer Nachfrist. Dem Unternehmen zufolge wurden die Arbeitsbedingungen der F. _____ seit September 2020 nicht grundlegend geändert, mit Ausnahme der in ihrer Stellungnahme aufgeführten Änderungen. Dem Fachsekretariat wurden folgenden Anpassungen mitgeteilt:
- 8.1 - Das {...}-Geschäft habe die F. _____ per Ende August 2021 vollständig aufgegeben. Seit dem 1. Oktober 2021 gebe es daher bei der F. _____ keinen «Pikettendienst» oder Arbeit auf Abruf mehr. Die entsprechenden Arbeitsverhältnisse mit sämtlichen Pikettendienst-Fahrern seien auf diesen Zeitpunkt beendet worden.
- Seit dem 1. Oktober 2021 beschäftige die F. _____ keine Aushilfsmitarbeiter bzw. -fahrer mehr im Stundenlohn.
- Das Auftragsverhältnis mit der Firma F. _____ sei per Ende November 2021 beendet worden. Seit dem 1. Dezember 2021 gebe es bei der F. _____ weder Nacharbeit noch irgendwelche Piketteinsätze.
- 8.2 Zu den vom Fachsekretariat eingeforderten Informationen bezüglich der Mitarbeiter mit den Personal-Nrn. {...} teilte die F. _____ Folgendes mit:
- Mitarbeiter Nr. {...} sei im September 2020 ausschliesslich nachts mit einem Lieferwagen (bis 3,5 t) und einem Anhänger gefahren. Dabei seien nur Sendungen für einen der grösseren Kunden der F. _____, mithin die {...} transportiert worden. Er habe die Ware in {...} abgeholt, wo diese mehrheitlich aus dem Ausland angeliefert worden sei. Alsdann habe er die Ware in jener Region im Auftrag der {...} verteilt. Bei den Sendungen habe es sich überwiegend um {...} gehandelt. Diese Sendungen seien wegen der Dimensionen, des Formats bzw. des Gewichts nicht als Postsendung zu qualifizieren. Für das Einladen wie auch die Auslieferungen bei den Kunden benötige der Fahrer aufgrund der Ausmasse oder Sperrigkeit und/oder des Gewichts der Sendungen regelmässig einen Palettenhubwagen. Diese Transporte und Güter unterständen damit gleich in mehrfacher Hinsicht nicht der Postgesetzgebung. Als Nachweis übermittelte die F. _____ dem Fachsekretariat die Tourenliste des Mitarbeiters für den September 2020 samt detaillierten Angaben zu den Sendungen.
- Der Mitarbeiter Nr. {...} habe ausschliesslich auf Abruf gearbeitet und mit dem eigenen Fahrzeug schweizweit Expressfahrten ab dem Lager der F. _____ ausgeführt und dabei {...} geliefert. Diese Fahrten, die weder dem reservierten Bereich und noch der Grundversorgung (Monopol) angehören würden, würden nicht in den Anwendungsbereich der Postgesetzgebung fal-

len. Auftraggeberin gegenüber der F. _____ sei die {...}. Bezüglich des Gebrauchs des eigenen Fahrzeuges sei dies vom Mitarbeiter so gewünscht worden, was die F. _____ so akzeptiert habe. Dem Fachsekretariat wurde der Stundennachweis September 2020 dieses Mitarbeiters übermittelt. Darauf ist eine einzige Fahrt aufgeführt.

- Für den Mitarbeiter Nr. {...} hätten die exakt gleichen Bedingungen wie diejenigen des Mitarbeiters Nr. {...} gegolten. Auch dieser Fahrer habe auf Abruf gearbeitet und – ebenfalls auf seinen ausdrücklichen Wunsch – mit dem eigenen Fahrzeug ausschliesslich Expressdienste ausgeführt, die nicht zum Monopolbereich der Grundversorgung gehört hätten und damit nicht der Postgesetzgebung unterstehen würden. Der Stellungnahme vom 3. Januar 2021 legte die F. _____ den «Stundennachweis September 2020» des Mitarbeiters Nr. {...} sowie die dazugehörigen Formulare «Fahrtenkontrolle – Fahrtenabrechnung» und die «Pick-Listen» jeder einzelnen Expresslieferung bei.

- Die Mitarbeiter mit Personal-Nrn. {...} und {...} seien im September 2020 zusammen mit den beiden Mitarbeitern {Nrn. ...} Aushilfsfahrer im Expressbereich gewesen, die nicht der Aufsicht und Kontrolle der PostCom unterstünden. Für ihre Einsätze hätten diese Mitarbeiter einen Stundenlohn von {...} Franken erhalten zuzüglich Ferien- und Feiertagsentschädigungen. Für die Nacharbeit dieser Angestellten würde kein Zeitzuschlag gewährt (vgl. Beilagen zum Schreiben vom 16. November 2020). Der Mitarbeiter mit Personal-Nr. {...} habe im September 2020 insgesamt 11,5 Stunden für die Firma gearbeitet. Zusätzlich sei er zweimal unter der Woche und einmal am Wochenende auf Abruf gewesen, ohne während dieser Zeiten auch nur einen einzigen Transporteinsatz gehabt zu haben. Dabei habe er die vereinbarte Pauschale für den Bereitschaftsdienst erhalten. Bei diesem Mitarbeiter sei die Entschädigung für den Abruf-Dienst von {...} Franken (vgl. Arbeitsvertrag vom {...}) auf {...} Franken erhöht worden; beim Lohnblatt sei für September 2020 ein geringfügiger Fehler passiert, indem eine pauschale Entschädigung von {...} Franken anstatt der korrekten Entschädigung von {...} Franken ausgerichtet worden sei.

8.3 Zu den Arbeitsbedingungen der Mitarbeiter auf Abruf mit Pikettdienst präzisierte die F. _____, dass diese die Möglichkeit gehabt hätten, die Transportaufträge abzulehnen (unechte Arbeit auf Abruf). Um der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts Rechnung zu tragen, hätten diese Mitarbeitenden in jedem Fall die vereinbarte Grundpauschale erhalten, um dem Anspruch auf Lohnfortzahlung – auch bei unregelmässigem und damit nicht gesichertem Arbeitsabruf – gerecht zu werden. Hinzu sei die Abgeltung von {...} Franken per Kilometer bei einem durchgeführten Arbeitseinsatz gekommen, die sowohl eine Spesen- wie auch eine Lohnkomponente enthalten habe (Mitarbeiter mit Personal-Nrn. {...} und {...}) oder einen Stundenlohn von {...} Franken (Mitarbeiter mit Personal-Nrn. {...} und {...}). Bezüglich des «Pikett-» oder «Bereitschaftsdienstes» sei es zulässig, eine Entlohnung zu vereinbaren, die nicht der Höhe einer sogenannten Haupttätigkeit entspreche, weil die «arbeitsfreie» Zeit für arbeitsfremde Verrichtungen genutzt werden könne und dürfe (vgl. BGE 124 III 249).

8.4 Neben den Fixbeträgen für den Bereitschaftsdienst habe die Firma auch Pauschalen für regelmässige Touren mit einzelnen Mitarbeitern vereinbart. Für den internen Warenverkehr im Auftrag von {...} sei pro Fahrt eine Pauschale von {...} Franken ausbezahlt worden (Mitarbeiter mit Personal-Nr. {...}). Der Mitarbeiter Nr. {...} habe jeweils nachmittags ab 16.00 Uhr für {...} einen {...}-internen Warenschuttle erledigt, indem er ab {...} {...} – in Boxen mit einem Gewicht zwischen mind. 35 kg und 200 kg – nach {...} transportiert habe. Auch ein Teilzeitmitarbeiter im Frachtbereich habe eine Pauschale von {...} Franken für seine Arbeit am Nachmittag erhalten (Mitarbeiter mit Personal Nr. {...}). Er habe jeweils nachmittags um ca. 13.15 Uhr begonnen und um ca. 18.30 Uhr – 19.00 Uhr die Arbeit beendet. Sein Arbeitsbereich habe regionale Abholungen sowie Zustellungen von Paletten-Sendungen im Frachtbereich und vorabendliche Sammelfahrten zur Einspeisung der Paletten-Sendungen auf die Bahn beim {...} umfasst. Die Arbeitszeiten dieser beiden Mitarbeiter Nrn. {...} und {...} seien einer gewissen Volatilität unterworfen gewesen. Aus diesen Gründen sei unter Einbezug einer angemessenen zeitlichen Reserve mit pauschalen Entschädigungen gearbeitet worden, damit nicht wöchentlich oder sogar täglich über die effektive Arbeitszeit und/oder die effektiven Wegleistungen Diskussionen hätten geführt werden müssen. Bei zusätzlichen Leistungen sei ein Stundenlohn von {...} Franken bezahlt wor-

den. Der Mindestlohn von 18.27 Franken brutto pro Stunde sei in jedem Fall eingehalten worden, wobei die weitaus meisten Dienst- bzw. Transportleistungen nach Meinung der Firma ohnehin nicht der Postgesetzgebung und damit nicht der Aufsicht und Kontrolle der PostCom unterstehen würden.

- 8.5 Bezüglich der vereinbarten Höchst-Regelarbeitszeit präziserte die F. _____, dass die angegebenen 45 Stunden für alle Mitarbeitenden im Betrieb als maximale Arbeitszeit gelten würden. Bei den Mitarbeitern ohne feste wöchentliche Arbeitszeiten seien die 44 Stunden nach Art. 2 Abs. 2 VMAP ohnehin nicht erreicht, geschweige denn überschritten.
- 8.6 In Bezug auf das Leisten von Nachtarbeit machte die F. _____ weiter geltend, dass die vom Fachsekretariat näher untersuchten Arbeitsverhältnisse (Mitarbeiter Nrn. {..., ..., ..., ..., ... und ...}) nicht der Aufsicht der PostCom unterstehen würden. Der Mitarbeiter Nr. {...} (vgl. den mit Schreiben vom 3. Januar übermittelten Arbeitsvertrag vom 16. Oktober 2018) sei ausschliesslich im hauseigenen Dienst bzw. in der hauseigenen Logistik tätig gewesen. Er habe mit einem «Wiesel» genannten Spezialfahrzeug ausschliesslich im Management bzw. Handling der (Wechsel-) Container auf dem eigenen Firmenareal gearbeitet und habe keine Dienstleistungen, die der Postgesetzgebung bzw. der Aufsicht und Kontrolle der PostCom unterstehen würden, erbracht. Der Vollständigkeit halber sei zu erwähnen, dass dieser Mitarbeiter seit dem 1. Oktober 2021 bei der F. _____ fest angestellt sei. Bezüglich des Mitarbeiters Nr. {...} könne auf die Ausführungen oben verwiesen werden (vgl. Ziff. 8.2). Die vorgedruckten Arbeitszeitrapporte würden zwar tatsächlich eine «Nachtarbeit» von 23.00 bis 05.00 Uhr vorsehen (mit entsprechender Zeitgutschrift). Tatsächlich bzw. faktisch komme dies jedoch gar nie vor, wie den eingereichten Arbeitszeitrapporten zu entnehmen sei. Sofern ein Fehler im Rapport-Formular sei, würde dieser korrigiert. Bezüglich der Mitarbeiter mit Personal-Nrn. {... und ...} sei es zu keinen Einsätzen über sieben Stunden am Stück gekommen.
- 8.7 Der Mitarbeiter mit Personal-Nr. {...} habe im September 2020 regelmässig seine Arbeit gegen 20.00 Uhr begonnen, eine Stunde Pause gemacht und seine Arbeit üblicherweise zwischen ca. 05.30 und 06.00 Uhr, teilweise aber auch erst um 06.00 oder 06.30 Uhr beendet. Im September 2020 sei die Arbeit einmal tatsächlich erst um 08.00 Uhr abgeschlossen worden (vgl. Stundenachweis und Zeiterfassung des Mitarbeiters für September 2020). Die unterschiedlichen Zeiten für die Beendigung der Arbeit würden daher rühren, dass der betreffende Mitarbeiter mehr oder weniger lange warten müsse, bevor er die Ware übernehmen könne, was wiederum von der Pünktlichkeit der Transporteure abhängig sei. Die geleistete Nachtarbeit dieses Mitarbeiters sei entsprechend der SECO-Richtlinie mit zusätzlichen drei Wochen, mithin 15 Arbeitstagen Ferien abgegolten worden (vgl. Ziffer 1.9 letzter Satz des Arbeitsvertrages vom 9. September 2019). Schliesslich präziserte die Firma, dass das früher eingereichte Formular Zeiterfassung Nr. {...} irrtümlicherweise nicht vom Mitarbeiter Nr. {...} sondern von einem anderen Mitarbeiter sei, der in der Nacht unterwegs gewesen sei (teilweise in Kurzarbeit). Auf diesem Zeiterfassungsblatt seien im September 2020 zehn Arbeitseinsätze aufgeführt, die um 20.00 Uhr begonnen und um 8.00 Uhr am nächsten Tag geendet hätten (vgl. Beilage zum Schreiben vom 16. November 2020).
- 8.8 Die Firma habe im Schnitt höhere Löhne als branchenüblich bezahlt. Sie würde auch je nach Beschäftigungsbereich statt der üblichen vier Ferienwochen fünf Wochen und einen Feiertagszuschlag von {...%} gewähren. Auch würde die F. _____ ab dem 3. Dienstjahr einen nicht branchenüblichen 13. Monatslohn bezahlen. Deshalb seien Aufsichtsmaßnahmen im Sinne von Art. 24 f. PG nicht gerechtfertigt.
9. Mit Schreiben vom 3. Januar 2022 erteilte die F. _____ dem Fachsekretariat Auskünfte zu ihren finanziellen Verhältnissen.

II. Erwägungen

10. Gemäss Art. 22 Abs. 1 PG trifft die PostCom die Entscheide und erlässt die 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 nach 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, Erw. 17, 23 f.; Botschaft zum Postgesetz vom 20. Mai 2009, BBl 2009 5229). Auf das Verfahren vor der PostCom ist das Verwaltungsverfahrensgesetz vom 12. Dezember 1968 anwendbar (Art. 1 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. d VwVG, SR 172.021).
11. F. _____ 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 nach Art. 29 VwVG sowie das Recht auf Äusserung nach Art. 30 Abs. 1 VwVG zu allfälligen Massnahmen nach Art. 24 f. PG. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ergibt sich zudem direkt aus Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101) als Teilgehalt des Rechts auf ein faires Verfahren (vgl. Art. 29 Abs. 1 BV).
12. Das Fachsekretariat hat der F. _____ mit Schreiben vom 12. Oktober 2021 Gelegenheit zur Stellungnahme zum ihr vorgeworfenen Sachverhalt eingeräumt und ihr die Möglichkeit zur Äusserung zu allfälligen Aufsichtsmaßnahmen oder Verwaltungssanktionen gegeben. Mit Schreiben vom 3. Januar 2022 hat die F. _____ zum Sachverhalt Stellung genommen.
13. Ebenso hat die F. _____ als Adressatin der zu erlassenden Verfügung eine verfahrensrechtliche Mitwirkungspflicht nach Art. 13 VwVG in Ergänzung zur Feststellung des rechnerheblichen Sachverhalts durch die Entscheidbehörde (Art. 12 VwVG). Da sie den Fragebogen zur «Einhaltung der Mindeststandards für die Arbeitsbedingungen» ausgefüllt und zusammen mit den eingeforderten Nachweisen dem Fachsekretariat am 16. November 2020 retourniert und die nachträglich zur Ergänzung des Sachverhaltes verlangten Angaben sowie Nachweise am 11. August 2021 übermittelt hat, ist sie ihrer verfahrensbezogenen Mitwirkungspflicht nachgekommen.

A. Einhaltung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen

14. Art. 4 Abs. 3 Bst. b PG legt fest, dass meldepflichtige Anbieterinnen von Postdiensten die Einhaltung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen gewährleisten müssen. Ordentlich meldepflichtige Anbieterinnen nach 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 nach Art. 8 VPG sind von der jährlichen Nachweispflicht befreit (Art. 9 Bst. a VPG), sie sind dennoch verpflichtet, die branchenüblichen Arbeitsbedingungen einzuhalten. Hat eine Anbieterin für den Bereich der Postdienste einen Gesamtarbeitsvertrag abgeschlossen, so gilt die Vermutung, dass die branchenüblichen Arbeitsbedingungen eingehalten werden (Art. 5 Abs. 2 VPG). Hat sie keinen GAV abgeschlossen, muss die Anbieterin den Nachweis erbringen, dass sie die Mindeststandards für die Arbeitsbedingungen gemäss der Verordnung der Postkommission über die Mindeststandards für die Arbeitsbedingungen vom 30. August 2018 (VMAP, SR 783.016.2) einhält (vgl. Verfügung 2/2020 in Sachen Epsilon SA vom 30. Januar 2020, Erw. 18).
15. Die F. _____ 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.
16. Die F. _____ war im September 2020 hauptsächlich im Stückguttransport tätig, der nicht unter die Aufsicht der PostCom fällt. Im Warenverkehr ist für die Marktabgrenzung insbesondere das Gewicht einer Sendung massgebend (Pakete als Sendung bis 30 kg, gemäss Art. 2 Bst. d

PG). Der Angestellte mit Personal-Nr. {...} zum Beispiel wurde im September 2020 nur mit Lieferungen ausserhalb des postalischen Bereiches beauftragt, da die Sendungen nach Angabe der Firma stets über 30 kg wogen, was mit den übermittelten Sendungslisten belegt ist (vgl. Beilage zum Schreiben vom 3. Januar 2022).

17. Weiter wurden Transporte im Auftrag der {...} getätigt, die selber bei der PostCom als Anbieterin von Postdiensten registriert ist. In diesem Fall ist die {...} somit als Subunternehmerin tätig. Art. 5 Abs. 3 VPG legt fest, dass die Postanbieterinnen mit ihren Subunternehmerinnen, die mehr als 50% ihres Umsatzes mit Postdiensten erzielen, schriftlich vereinbaren, dass diese die branchenüblichen Arbeitsbedingungen einhalten. Sofern die Subunternehmer keinen BranchengAV abgeschlossen haben, müssen sie die Mindeststandards der PostCom einhalten (Art. 1 Abs. 2 Bst. b VMAP). Vorliegend geht es aber nicht darum, ob die F. _____ die branchenüblichen Arbeitsbedingungen in den Fällen einhält, in denen sie die Postdienste als Subunternehmerin erbringt, denn die Anbieterin untersteht nur für ihr Angebot im eigenen Namen der Aufsicht der PostCom. Dementsprechend ist das Arbeitsverhältnis des Mitarbeiters mit Personal-Nr. {...} nicht Gegenstand des vorliegenden Aufsichtsverfahrens (vgl. Ziff. 8.2 oben).
18. Auch die Lastwagenfahrer der F. _____ (mit Personal Nrn. {...}), deren Arbeitsbedingungen vorwiegend durch andere Bestimmungen ausserhalb des Postbereichs geregelt sind, unterstehen nicht den Mindeststandards nach der VMAP.
19. Die F. _____ bot im September 2021 sogenannte Expressdienste an, bei denen das Gewicht der beförderten Sendungen unter 30 kg lag. Die Beförderung dieser Sendungen ist nach Ansicht der F. _____ nicht als Postdienstleistung zu betrachten, da diese Sendungen weder zum reservierten Bereich (Monopol) noch zur postalischen Grundversorgung gehörten. Gemäss Art. 2 Bst. a PG gilt das Annehmen, Abholen, Sortieren, Transportieren und Zustellen von Postsendungen in Form von Briefen, Paketen sowie Zeitungen und Zeitschriften als Postdienst. Ob die Sendungen zur Grundversorgung oder zum reservierten Dienst gehören, ist diesbezüglich irrelevant. Betreffend die Arbeitsbedingungen der Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen, die im September 2021 im postalischen Bereich tätig waren, hatte die F. _____ deshalb im Rahmen der Kontrolle der Arbeitsbedingungen den Nachweis zu erbringen, dass diese die branchenüblichen Arbeitsbedingungen einhalten.
20. Ebenso wenig trifft es zu, dass Lagermitarbeiter nicht der Postgesetzgebung unterstehen, da diese mit technischen Hilfsmitteln arbeiten (vgl. Ausführungen zum Mitarbeiter mit Personal-Nr. {...} oben, Ziff. 8.6 oben). Entscheidend für den Aufsichtsbereich ist, ob die Lagertätigkeit die Verarbeitung von Postsendungen beinhaltet oder nicht. In Lagern sowie bei der Beladung und Entladung der Transportfahrzeuge ist der Gebrauch von Hilfsmitteln im postalischen Bereich jedenfalls sehr verbreitet, weshalb die Art der verwendeten technischen Mittel keinen Einfluss auf die Qualifikation als Postdienste hat.
21. Weiter sind die von F. _____ vorgebrachten «internen» Transporte für die Firma {...} alleine aus diesem Grunde nicht vom postalischen Bereich auszuschliessen (vgl. Ausführungen zum Mitarbeiter mit Personal-Nr. {...}, Ziff. 8.4 oben). Diesbezüglich ist einzig massgebend, ob der Versender oder die Versenderin die Postsendungen der Anbieterin für die Zustellung an eine bestimmte Adresse übergibt. Bei der Zustelladresse kann es sich auch um eine Niederlassung des Versenders oder eine Konzerngesellschaft der Versenderin handeln.
22. Auch die Übergabe von Postsendungen der eigenen Kundinnen und Kunden an Subunternehmerinnen zur Weiterverarbeitung (z.B. Zustellung) gilt grundsätzlich als meldepflichtige postalische Tätigkeit im eigenen Namen (Art. 4 Abs. 1 PG).
23. Gestützt auf die von F. _____ übermittelten Angaben und Unterlagen stellt die PostCom fest, dass folgende Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, die im September 2020 für das Erbringen von

Postdiensten im Namen von F. _____ beauftragt waren, die brancheüblichen Arbeitsbedingungen einhalten mussten: Mitarbeiter mit Personal-Nrn. {...}.

24. Für diese Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter hatte die F. _____ den Nachweis zu erbringen, dass die brancheüblichen Arbeitsbedingungen eingehalten und insbesondere der Mindestlohn (18.27 Franken, Art. 2 Abs. 1 VMAP) sowie die höchstzulässige wöchentliche Regelarbeitszeit (44 Stunden, Art. 2 Abs. 2 VMAP) respektiert wurden.
25. Gestützt auf die dem Fachsekretariat übermittelten Angaben und Unterlagen, auf welche im Sachverhalt detailliert eingegangen wurde, stellt die PostCom fest, dass die F. _____ die brancheüblichen Arbeitsbedingungen nicht eingehalten hat.
- 25.1. Dies zeigt sich erstens darin, dass sie mit zwei Angestellten (Mitarbeiter mit Personal-Nrn. {...}) eine Kilometerentschädigung von {...} Franken pro Kilometer vereinbart hat, ohne dabei die tatsächliche Arbeitszeit, die für die Ausführung der Fahrten erforderlich war, zu berücksichtigen. Bei diesen Arbeitsverhältnissen wurde einzig die Zeit für den Bereitschaftsdienst (Wochenende, Wochentage) mit festen Pauschalen vereinbart (inkl. Zuschläge für Ferien und Feiertage), aus welchen sich ein Stundenlohn von {...} Franken ergibt (vgl. Schreiben vom 12. Oktober 2021). Für tatsächlich durchgeführte Fahrten wurde zusätzlich die Distanz bis zum Lieferstandort und retour mit der Kilometerentschädigung vergütet.

Die mit den betroffenen Mitarbeitenden vereinbarten Pikett- und Kilometerpauschalen beinhalten auch die gesetzlichen Zuschläge für die Ferien wie auch eine Spesenkomponente. Betreffend die Auslagen zulasten der Mitarbeitenden hat die Firma das Fachsekretariat informiert, dass die Lieferungen mit Privatfahrzeugen ausgeführt werden. In den Erläuterungen zur VMAP präziserte die PostCom, dass die Zuschläge für Ferien, Feiertage und Krankheit zusätzlich zum Mindestlohn gemäss den Bestimmungen des OR zu entschädigen sind (vgl. Erläuterungen der Postkommission vom 30. August 2018 zur VMAP, S. 2; Fundstelle: <https://www.postcom.admin.ch/inhalte/PDF/Mindeststandards/Erlaeuterungen-Postkommission-VerordnungMindeststandards-20180830-DE.pdf>). Für die Ermittlung des massgebenden Stundenlohns müssen neben den Ferienzuschlägen auch sämtliche Aufwände, die vom Arbeitnehmer zur Erledigung der Arbeit getragen werden müssen, zusätzlich vom Arbeitgeber kompensiert werden. Im vorliegenden Fall von Bedeutung ist die fehlende bzw. nicht angegebene Entschädigung für den Gebrauch des eigenen Fahrzeugs. Die von F. _____ übermittelten Unterlagen zeigen dabei ein uneinheitliches Bild. Das Dokument «Fahrtenkontrolle-Fahrtenabrechnung» zum Mitarbeiter mit Personal Nr. {...} suggeriert, dass die Treibstoffkosten von der Entlohnung des Mitarbeiters in Abzug gebracht wurden (insgesamt Benzinkosten von {...} Franken im September 2020). Tatsächlich wurden in der Lohnabrechnung von September 2021 Sozialbeiträge auf den Gesamtbetrag der Kilometerpauschalen ohne Bezugnahme auf die Treibstoffkosten zulasten des Mitarbeiters erhoben.

Die PostCom hat für den Gebrauch des eigenen Fahrzeugs keine besonderen Regeln erlassen. Es gelten die allgemeinen Grundsätze nach dem Obligationenrecht vom 30. März 1911 (OR, SR 220). Gemäss Art. 327b Abs. 1 OR besteht ein Ersatzanspruch zugunsten des Mitarbeiters, wenn die Verwendung des Motorfahrzeugs für die Arbeit und mit Einverständnis des Arbeitgebers geschieht. Ein solcher Anspruch besteht, wenn der Arbeitgeber mit dem Einsatz eines Fahrzeugs rechnen muss und dies nicht von Anfang an ausgeschlossen hat. Nach Angabe der F. _____ hatten die Mitarbeiter auf eigenen Wunsch das Privatfahrzeug benutzt und die Firma habe dem zugestimmt (vgl. Schreiben vom 3. Januar 2022). Für die Ermittlung des massgebenden Stundenlohns nach Art. 2 Abs. 1 VMAP sind somit die Kosten für den Betrieb und Unterhalt des eigenen Fahrzeugs von der vereinbarten Kilometerpauschale in Abzug zu bringen. Für die Schätzung dieser Kosten können bekannte Branchenlösungen, die im Postsektor sozialpartnerschaftlich vereinbart wurden, oder anerkannte Kostengrundlagen, die von Arbeitgebern verbreitet angewendet werden, berücksichtigt werden. Im Gesamtarbeitsvertrag «Velokuriere und Urbane Kurierdienstleistung» wurde etwa beim Gebrauch des eigenen Autos eine Entschädigung

von 0.70 Franken pro Kilometer vereinbart (vgl. Ziff. 18 S. 14 Gesamtarbeitsvertrag Velokuriere und Urbane Kurierdienstleistung). Um die tatsächlichen Kilometerkosten eines bestimmten Fahrzeuges zu ermitteln, kommen oft die vom TCS geschätzten Kilometerkosten zur Anwendung. Bei einer jährlichen Fahrleistung von 30 000 Kilometer und einem Fahrzeugneupreis von 22 000 Franken wären gestützt auf diese Berechnungen Kilometerkosten von ca. 0.40 Franken fällig. Abhängig von der durchschnittlichen Fahrgeschwindigkeit, den Betriebs- und Investitionskosten des Fahrzeuges sowie den Warte- und Ladezeiten wurde der Mindestlohn vermutlich in gewissen Fällen mit dem vereinbarten Kilometeransatz eingehalten. Da indessen die effektive Arbeitszeit von der Arbeitgeberin nicht systematisch erfasst wurde, lässt sich dies nicht nachweisen. Mit dem in der Kurierbranche verbreitet angewendeten Kilometeransatz von 0.70 Franken würden die Mitarbeitenden einzig die Pauschale zum «Pikettendienst» als Stundenlohn in Höhe von {...} Franken erhalten (oder {...} Franken exkl. Ferienzuschlag von 8.33 %). Kilometerpauschalen sind als Entlohnungsmodell im postalischen Bereich nicht per se ausgeschlossen. Die Anbieterinnen müssen jedoch in der Lage sein, den Nachweis zu erbringen, dass dabei der Mindestlohn gemäss Art. 2 Abs. 1 VMAP eingehalten wurde (vgl. Erläuterungen der Postkommission vom 30. August 2018 zur VMAP, S. 2). Im Fall von {...} bestehen zusätzlich zum nicht erbrachten Nachweis klare Hinweise, dass die bezahlten Löhne für die Tätigkeit der Mitarbeiter mit «Pikettendienst» und Kilometerpauschalen den Mindestlohn nicht einhielten.

- 25.2 Die Nichteinhaltung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen zeigt sich zweitens darin, dass mit den Mitarbeitenden im Monatslohn in mehreren Fällen eine wöchentliche Arbeitszeit von 45 Stunden vereinbart wurde. Im postalischen Bereich darf jedoch die Regelarbeitszeit höchstens 44 Stunden betragen (Art. 2 Abs. 2 VMAP). Nach Angabe der Firma würden die Mitarbeitenden im Monatslohn keine Tätigkeiten im postalischen Bereich ausüben. Die übermittelten Angaben und zum Teil umfangreiche Nachweise bestätigen diese Aussage weitgehend, sodass diesbezüglich kein Verstoß gegen die Postgesetzgebung festgestellt wird. Die vom Mitarbeiter mit Personal-Nr. {...} im September 2020 geleisteten Schichten mit Nacharbeit in sechs Nächten betragen im Durchschnitt weniger als sieben Stunden pro Nacht (vgl. Bemerkungen im Dokument Fahrtenkontrolle-Fahrtenabrechnung, Anhang zum Schreiben vom 3. Januar 2022). Eine Ausgleichsruhezeit musste die Arbeitgeberin somit nicht gewähren (Art. 17b, Abs. 3 Bst. b ArG).

B. Aufsichtsmassnahmen

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).
27. Die PostCom verpflichtet die F. _____ hiermit, so bald als möglich und bis spätestens am 30. September 2022 alle Massnahmen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu treffen.
- 27.1 Betreffend die Löhne der Mitarbeitenden im Pikettendienst hat die F. _____ dem Fachsekretariat mitgeteilt, dass sie in der Zwischenzeit auf dieses Geschäft verzichtet und sich entsprechend von den Mitarbeitenden, die mit Kilometerpauschalen entlohnt wurden, getrennt hat. Unter diesen Umständen sind keine Massnahmen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands erforderlichlich.
- 27.2 Die F. _____ wird verpflichtet, dem Fachsekretariat bis spätestens am 30. September 2022 eine vollständige Mitarbeiterliste einzureichen und für jede einzelne Person anzugeben, ob diese Aufgaben im postalischen Bereich (Annehmen, Abholen, Sortieren, Transportieren und Zustellen von Postsendungen gemäss Art. 2 Bst. a PG) erledigt oder nicht. Für die im postalischen Bereich tätigen Angestellten ist zwecks Einhaltung der Höchstarbeitszeit gemäss Art. 2 Abs. 2

VMAP eine Regelarbeitszeit von höchstens 44 Stunden pro Woche zu vereinbaren. Die entsprechenden Einzelarbeitsverträge sind beizulegen.

- 27.3 Soweit die F. _____ nach Anpassung ihres Geschäftsmodells gemäss Schreiben vom 3. Januar 2021 aktuell keine Postdienste anbietet oder kein eigenes Personal für die angebotenen Postdienste beschäftigt, wird sie aufgefordert, dies ebenfalls bis spätestens am 30. September 2022 dem Fachsekretariat zu melden und unter Beilage von entsprechenden Belegen zu begründen.

C. Verwaltungssanktionen

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.
29. Die F. _____ hat die Vorgabe zur Einhaltung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen missachtet. Im vorliegenden Fall wurde bei zwei Mitarbeitenden die Arbeitszeit nicht erfasst, was eine Prüfung der Einhaltung des Mindestlohns sowie weiterer arbeitsrechtlicher Vorgaben, die von der PostCom als Mindeststandard gelten, verunmöglicht. Weiter liegen klare Hinweise vor, dass bei zwei Arbeitsverhältnissen die vereinbarten Löhne teilweise wesentlich unter dem von der PostCom festgelegten Mindestlohn liegen. Bei der Beurteilung der Schwere des Verstosses ist zu berücksichtigen, dass das Anbieten von Postdiensten im Vergleich zu den weiteren Transportdienstleistungen der Firma nur einen geringfügigen Anteil des Geschäfts ausmacht bzw. ausmachte. Auch dürfte die durch die Widerhandlung entstandene Marktstörung im postalischen Bereich geringfügig sein, was sich mildernd auf die Schwere der Verstösse auswirkt. Diese Elemente zeigen, dass der Verstoss gegen die Postgesetzgebung insgesamt mittelschwer ist, was bei der Festsetzung der Höhe der Sanktion berücksichtigt werden muss.
30. Für die Berechnung der Sanktionsobergrenze nach Art. 25 Abs. 1 PG sind die Umsatzzahlen für die Jahre 2018, 2019 und 2020 massgebend. In den letzten drei Geschäftsjahren hat die F. _____ mit Postdiensten folgende Umsätze erzielt: {...} Franken (2018); {...} Franken (2019); {...} Franken (2020). Folglich beträgt der maximale Sanktionsbetrag {...} Franken, was 10 Prozent des durchschnittlichen Umsatzes für die Jahre 2018 – 2020 entspricht. 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.
- 30.1 Die der PostCom vorliegenden Angaben zeigen, dass die finanzielle Lage der Firma {...} ist. Aufgrund der finanziellen Situation der Firma ist damit {...} erforderlich.
- 30.2 Was die Dauer der Rechtsverletzung anbelangt, ist von einer Dauer von einem Jahr auszugehen. Dabei wird die Dauer berücksichtigt, während der die betreffenden Arbeitsverträge in Kraft waren (vgl. Arbeitsverträge der Mitarbeiter mit Personal-Nrn. {...}).
- 30.3 Bei den erschwerenden Umständen berücksichtigt die PostCom unter anderem eine mögliche Behinderung der Untersuchung oder die Verweigerung der Zusammenarbeit. Da die F. _____ während des Verfahrens die für die Kontrolle der Arbeitsbedingungen wesentlichen Informationen vorgelegt und im erwartenden Ausmass kooperiert hat, müssen keine erschwerenden Umstände einbezogen werden.
- 30.4 In Bezug auf die mildernden Umstände werden unter anderem Massnahmen berücksichtigt, die eine Anbieterin ergreift, um die rechtswidrigen Umstände zu beseitigen, insbesondere vor der Eröffnung eines Aufsichtsverfahrens. Nach Angaben der F. _____ trennte sich die

Firma von den betroffenen postalischen Geschäften und löste die Arbeitsverhältnisse erst nach Einleitung des Aufsichtsverfahrens auf. Aus diesem Grund werden keine mildernden Umstände berücksichtigt.

- 30.5 Angesichts der Schwere des Verstosses, der finanziellen Lage des Unternehmens sowie der nicht vorhandenen mildernden und erschwerenden Umstände ist die Verwaltungsbusse auf 5 600 Franken festzusetzen.
31. Der Entscheid wird in Anwendung von Art. 6 Abs. 2 des Geschäftsreglements der PostCom vom 11. Oktober 2012 (SR 783.024) in anonymisierter Form und unter Wahrung der Geschäftsgeheimnisse nach Eintreten der Rechtskraft auf der Homepage der PostCom publiziert. Die Passagen, die im Entscheid abgedeckt werden, sind grau unterlegt und mit geschwungenen Klammern versehen. Sofern Einwände gegen die Schwärzung bestehen, sind diese beim Fachsekretariat innert der Rechtsmittelfrist geltend zu machen.
32. Die PostCom erhebt Gebühren zur Kostendeckung ihrer Verfügungen und Dienstleistungen (Art. 30 Abs. 1 PG; Art. 77 Abs. 2 VPG). Die Gebühren werden je nach Arbeitsaufwand erhoben und betragen 105 - 250 Franken pro Stunde, je nach Hierarchiestufe der Personen, die den Fall in der PostCom bearbeitet haben (Art. 3 und 4 Gebührenreglement der Postkommission vom 26. August 2013 [SR 783.018]). Die Kosten des Verfahrens werden für den vorliegenden Entscheid auf 2 800 Franken festgesetzt und der F. _____ auferlegt.

III. Entscheid

1. Die F. _____ wird aufgefordert, dem Fachsekretariat bis spätestens am 30. September 2022 eine vollständige Mitarbeiterliste einzureichen und für jede einzelne Person anzugeben, ob diese Aufgaben im postalischen Bereich erledigt oder nicht.
2. Die F. _____ wird aufgefordert, für die im postalischen Bereich tätigen Angestellten eine Regelarbeitszeit von höchstens 44 Stunden pro Woche zu vereinbaren. Als Nachweis hat die F. _____ dem Fachsekretariat innert der Frist gemäss Ziff. 1 die entsprechenden Einzelarbeitsverträge einzureichen.
3. Der F. _____ wird eine Verwaltungssanktion im Betrag von 5 600 Franken auferlegt.
4. Die Verfahrenskosten von 2 800 Franken werden der F. _____ auferlegt.

Eidgenössische Postkommission PostCom

Anne Seydoux-Christe
Präsidentin

Michel Noguet
Leiter des Fachsekretariats

Rechtsmittelbelehrung