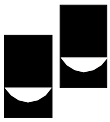
Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung II
B-5092/2009
{T 0/2}

Urteil vom 12. November 2009

Besetzung

Richter Philippe Weissenberger (Vorsitz),
Richter David Aschmann, Richterin Eva Schneeberger,
Gerichtsschreiberin Anita Kummer.

Parteien

X._____ AG,
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Frank Zellweger,
Beschwerdeführerin,

gegen

Bundesamt für Verkehr BAV,
Vorinstanz.

Gegenstand

Auflagen zur Einhaltung des Arbeitszeitgesetzes.

Sachverhalt:

A.
Anlässlich des Audits 2009 führte das Bundesamt für Verkehr (nachfolgend: Vorinstanz, BAV) am 3. Februar 2009 eine Betriebskontrolle bei der X._____ AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) durch. In einer Stichprobe wurden die Dienstpläne und Diensteinteilungen einzelner Arbeitnehmer (Lokomotivführer) der Standorte A._____, B._____ und C._____ für den Monat November 2008 geprüft.

Mit Überwachungsbericht vom 24. März 2009 teilte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin mit, aus den Feststellungen ergäben sich u.a. zwei Auflagen 1. Priorität (Vorgaben gesetzlicher Art würden nicht eingehalten und/oder die Sicherheit sei unmittelbar bzw. in hohem Mass gefährdet):

"- Die Dienstpläne zeigen Verfehlungen gegen die Pausenregelung des AZG. Vereinzelt sind durchgehende Arbeitszeiten von mehr als fünf Stunden geplant. Andere zeigen eine unkorrekte Zuteilung von Arbeitsunterbrechungen. (...). Die durchgehende Arbeitszeit darf, bei zu voraus geplanten Diensten, fünf Stunden nicht überschreiten. Möglich ist dies einzig in Ausnahmefällen und wenn es operativ unabwendbar ist. Auflage 901: Die X._____ greift korrigierend ein und gestaltet die Dienstpläne im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben des Vollzugs durch das BAV. Geplante Dienste weisen keine durchgehende Arbeitszeit von mehr als fünf Stunden auf. Termin: 31. Mai 2009
- Die X._____ AG unterscheidet in der Diensteinteilung nicht zwischen Ruhe- und Ausgleichstagen. (...). Auflage 902: Die X._____ AG kennzeichnet in den Diensteinteilungen die Ruhe- und die Ausgleichstage unterschiedlich. Termin: 31. August 2009".

Mit Stellungnahmen vom 2. April 2009 und 18. Mai 2009 machte die Beschwerdeführerin geltend, eine ununterbrochene Arbeitszeit von mehr als 5 Stunden sei im Grundsatz zulässig. Sollte die Vorinstanz an ihren Auflagen festhalten, ersuche sie um eine anfechtbare Verfügung.

B.
Am 10. Juli 2009 erliess die Vorinstanz eine anfechtbare Verfügung. Die Ziffern 1 und 2 des Dispositivs lauten:

"1. Die X._____ AG hat dafür zu sorgen, dass bei zum Voraus geplanten Diensten kein Dienstteil die Dauer von höchstens fünf Stunden ununterbrochener Arbeitszeit übersteigt.
2. Die X._____ AG hat in den Diensteinteilungen zwischen Ruhe- und Ausgleichstagen zu unterscheiden."

Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, weder das Gesetz noch die Verordnung enthalte eine Obergrenze für die maximale Dauer

einer ununterbrochenen Arbeitszeit. Auch die Gründe für eine ununterbrochene Arbeitszeit von mehr als 5 Stunden seien nicht aufgeführt. Ein Abweichen von der ununterbrochenen Arbeitszeit von 5 Stunden sei nur zulässig, wenn zwingende Gründe wie höhere Gewalt oder Betriebsstörungen dies erforderten, d.h. die Ausdehnung nicht planbar, beeinflussbar und vorhersehbar sei. Die Formulierung "wenn möglich" in Art. 11 Abs. 4 der Verordnung vom 26. Januar 1972 zum Arbeitszeitgesetz (AZGV, SR 822.211) sei somit äusserst restriktiv auszulegen. Soweit die Dienste zum Voraus planbar seien, könnten ununterbrochene Arbeitszeiten von mehr als 5 Stunden vermieden werden und seien deshalb nicht zulässig.

C.
Mit Beschwerde vom 11. August 2009 beantragt die Beschwerdeführerin, es sei Ziffer 1 des Dispositivs der Verfügung vom 10. Juli 2009 aufzuheben.

D.
Mit Vernehmlassung vom 17. September 2009 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde.

E.
Mit Replik vom 7. Oktober 2009 hält die Beschwerdeführerin an ihrem Antrag und der Begründung der Beschwerde vom 11. August 2009 vollumfänglich fest.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Die Beschwerdeführerin ist als Inhaberin einer Eisenbahnkonzession dem Bundesgesetz vom 8. Oktober 1971 über die Arbeit in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs (Arbeitszeitgesetz, AZG, SR 822.21) unterstellt (Art. 1 Abs. 1 Bst. b AZG). Die angefochtene Verfügung stützt sich auf das AZG und damit auf öffentliches Recht des Bundes. Sie stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) dar und kann im Rahmen der allgemeinen Bestimmungen der Bundesverwaltungsrechtspflege beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden (Art. 31 und 33 Bst. d des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR. 173.32]). Es liegt keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vor.

Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin der angefochtenen, sie berührenden Verfügung zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 und Art. 52 Abs. 1 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 44 ff. VwVG). Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2.
Die Beschwerde ist nur im Rahmen des Streitgegenstands zulässig. Dieser wird durch den Gegenstand des angefochtenen Entscheids und durch die Parteibegehren bestimmt, wobei der angefochtene Entscheid den möglichen Streitgegenstand begrenzt (BGE 133 II 35 E. 2).

Angefochten und damit Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist lediglich die Ziffer 1 des Dispositivs der Verfügung vom 10. Juli 2009, wonach bei zum Voraus geplanten Diensten kein Dienstteil die Dauer von 5 Stunden ununterbrochener Arbeitszeit überschreiten darf. Die Ziffer 2 des Dispositivs betreffend die Unterscheidung zwischen Ruhe- und Ausgleichstagen ist unangefochten geblieben und damit in Rechtskraft erwachsen.

3.
Die Betriebszeiten der Unternehmungen des öffentlichen Verkehrs stellen in Anbetracht dessen, dass an allen Wochentagen und zum Teil auch nachts gearbeitet wird, besonders belastende Anforderungen an die dort tätigen Arbeitnehmenden. Der Arbeitnehmerschutz im Bereich des öffentlichen Verkehrs wird durch das AZG und die AZGV spezialgesetzlich geregelt. Diese haben zum Ziel, die Arbeitnehmenden vor gesundheitlichen Beeinträchtigungen, die mit der Arbeit verbunden sein können, zu schützen und die Verkehrs- und Betriebssicherheit zu gewährleisten. Das AZG und die AZGV enthalten Vorschriften über Arbeits- und Ruhezeiten sowie Vorschriften über den allgemeinen Gesundheitsschutz (vgl. Botschaft vom 17. Februar 1971 zum AZG, BBl 1971 440 ff.; JÜRG BRÜHWILER, Die Arbeitszeit- Ruhezeitvorschriften in Unternehmen des Öffentlichen Verkehrs, Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht [ArbR], Bern 2008, S. 36).

3.1 In Unternehmungen des öffentlichen Verkehrs, zu denen auch die Beschwerdeführerin zählt, beträgt die tägliche Arbeitszeit im Durchschnitt von 28 Tagen höchstens 7 Stunden. Die Höchstarbeitszeit innerhalb einer einzelnen Dienstschicht beträgt 10 Stunden, sie darf jedoch im Durchschnitt von 7 aufeinanderfolgenden Arbeitstagen 9 Stun-

den nicht überschreiten (Art. 4 Abs. 1 und 3 AZG). Gemäss Art. 7 AZG ist nach ungefähr der Hälfte der Arbeitszeit eine Pause zu gewähren, welche die Einnahme einer Mahlzeit erlaubt; sie soll in der Regel wenigstens eine Stunde betragen und, soweit es der Dienst gestattet, am Wohnort zugebracht werden können. In einer Dienstschicht sind drei Pausen zulässig; wo durch Verordnung zu umschreibende, aussergewöhnliche Verhältnisse vorliegen, kann diese Zahl auf vier erhöht werden. Eine Pause soll mindestens 30 Minuten dauern. Pausen ausserhalb des Dienstortes sind zu wenigstens 30 Prozent als Arbeitszeit anzurechnen. Pausen am Dienstort sind zu wenigstens 20 Prozent anzurechnen, sofern in einer Dienstschicht mehr als zwei Pausen zugeteilt werden. Auf die Gewährung einer Pause kann nach Anhören der Arbeitnehmer oder ihrer Vertreter verzichtet werden, wenn die Dienstschicht neun Stunden nicht überschreitet und der Arbeitnehmer die Möglichkeit hat, eine Zwischenverpflegung einzunehmen; dafür ist eine Arbeitsunterbrechung von 20 Minuten einzuräumen, die als Arbeitszeit gilt. Art. 11 Abs. 4 AZGV hält konkretisierend fest, dass eine ununterbrochene Arbeitszeit von mehr als 5 Stunden wenn möglich zu vermeiden ist. Vorbehalten bleibt Art. 7 Abs. 4 AZG.

Erfordern zwingende Gründe wie höhere Gewalt oder Betriebsstörungen eine Überschreitung der in Art. 4 Abs. 3 AZG festgesetzten Höchstarbeitszeit um mehr als 10 Minuten, so ist die gesamte über 10 bzw. 63 Stunden hinausgehende Arbeitszeit innerhalb der folgenden 3 Arbeitstage durch Freizeit von gleicher Dauer auszugleichen (Art. 5 Abs. 3 AZG, vgl. auch Art. 6 Abs. 3 AZG).

3.2 Aufsicht und Vollzug des Gesetzes obliegen den Amtsstellen des Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (vgl. Art. 18 Abs. 1 AZG und Art. 27 Abs. 1 AZGV). Das BAV ist jederzeit berechtigt, bei den Unternehmen und den Nebenbetrieben die richtige Einhaltung der Vorschriften des Gesetzes und der Verordnung an Ort und Stellen nachzuprüfen (Art. 27 Abs. 2 AZGV). Nach Art. 20 AZG sind die Unternehmen verpflichtet, den Aufsichtsorganen die erforderlichen Auskünfte über den Vollzug des Gesetzes und dessen Verordnung zu erteilen sowie die Dienstpläne und Diensteinteilungen zur Verfügung zu halten.

4.

4.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, das Gesetz selber enthalte keine exakte Angabe zur maximal möglichen Dauer von ununterbro-

chener Arbeitszeit. Art. 4 Abs. 1 AZG gehe auf der Basis von 6 Arbeitstagen von einer durchschnittlichen Arbeitszeit von 7 Stunden aus, nach Art. 6 Abs. 4 AZGV sei aber, sofern es die betrieblichen Verhältnisse erlaubten, die Fünftagewoche einzuhalten. Unter Berücksichtigung von Art. 7 Abs. 1 AZG sei demnach im Normalfall – entgegen der Behauptung der Vorinstanz – nach 4.5 bis 5 Stunden eine Pause zu gewähren. Zu beachten sei ausserdem, dass sich die Arbeitszeit von Lokomotivführenden im Wesentlichen aus 4 Phasen zusammensetze (Führen des Zuges, Vorbereitung/Remisieren/Rangieren des Zuges, Wegzeiten/Dienstfahrten und Wartezeiten). Die Beschwerdeführerin habe wenn immer möglich auf die Ansetzung von länger als 5 Stunden dauernden ununterbrochenen Einsätzen verzichtet. In mehr als 90 % aller gefahrenen Schichten habe sie die 5 Stunden-Grenze eingehalten. Zudem sei die ununterbrochene Arbeitszeit von 5 Stunden in keinem Fall um mehr als 30 Minuten überschritten worden. Bei allen diesen Dienstschichten seien die Arbeitnehmenden in den Genuss von Wartezeiten von teilweise über 1.5 Stunden Dauer gekommen, welche die Arbeitsphasen unterbrochen hätten. Fast immer habe dabei dem Mehr an ununterbrochener Arbeitszeit ein Vielfaches an Wartezeit gegenüber gestanden. Festzuhalten sei im Weiteren, dass Überschreitungen immer nur im Einzelfall und im klar umrissenen Umfang von maximal 10 % aller gefahrenen Schichten sowie unter Vorbehalt des Einverständnisses des Personals angeordnet worden sei (vgl. Ziff. 2.1.1 des Gesamtarbeitsvertrags Lokführerinnen und Lokführer [bereichsspezifische Arbeitszeitregelung] der Beschwerdeführerin vom 8. Mai 2002 [nachfolgend: GAV]).

Es sei nicht gerechtfertigt und rechtswidrig, die Formulierung "wenn möglich" von Art. 11 Abs. 4 AZGV mit "in allen planbaren Situationen" gleichzusetzen und daraus zu schliessen, dass nur nicht Planbares eine ununterbrochene Arbeitszeit von mehr als 5 Stunden Dauer zulasse. Auch vorhersehbare Ereignisse könnten eine ununterbrochene Arbeitszeit von weniger als 5 Stunden Dauer verunmöglichen. Nach dem Wortlaut von Art. 11 Abs. 4 AZGV seien ununterbrochene Arbeitszeiten von mehr als 5 Stunden grundsätzlich möglich und nicht abhängig von betrieblichen Ausnahmesituationen. Im Bereich des öffentlichen Verkehrs seien viele Faktoren bei der Arbeits- und Einsatzplanung zu berücksichtigen, weshalb eine gewisse Flexibilität bei der Planung unverzichtbar sei. Andere Gründe seien beispielsweise Sachzwänge aus Fahrplänen, Verfügbarkeit von Rollmaterial, Arbeitswege und unterschiedliche bzw. wechselnde Einsatzorte des Personals. Ins-

besondere bringe es der Taktfahrplan mit sich, dass die Züge der Beschwerdeführerin an den Knoten kurz nach der vollen oder halben Stunde abführen resp. wieder zurückkämen. Das Einhalten der 5 Stunden-Grenze würde somit bedeuten, dass die Arbeitnehmenden wegen eines Überschreitens von 5 bis 30 Minuten nur für kürzere Schichten eingeteilt werden könnten. Als Folge davon hätten sie weniger Anspruch auf freie Tage, was von den Arbeitnehmenden nicht gewünscht werde. Die Nichteinhaltung der 5 Stunden-Grenze beruhe demnach nicht auf einem Belieben der Beschwerdeführerin, sondern entspreche den Wünschen des eigenen Personals.

Zwingende Gründe wie in Art. 5 Abs. 3 AZG und Art. 6 Abs. 3 AZG seien weder in Art. 7 AZG noch Art. 11 Abs. 4 AZGV aufgeführt. Da es an einer solchen Regelung fehle, könne nicht davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber die ununterbrochene Arbeitszeit derart restriktiv habe regeln wollen. Werde Art. 11 Abs. 4 AZGV im Sinne der Vorinstanz ausgelegt, entspreche er nicht dem Rechtssinn der Norm und stehe im Widerspruch zu Art. 7 Abs. 1 AZG. Er dürfe deshalb für sich keine Geltung beanspruchen und sei nicht anwendbar. Als durchaus rechtmässig anzusehen sei Art. 11 Abs. 4 AZGV, wenn er gesetzes- und wortlautkonform ausgelegt werde. Die angegebenen maximalen 5 ununterbrochenen Arbeitsstunden stellten eine Richtschnur dar, an der sich der die Einsätze planende Arbeitgeber im Grundsatz und nach Möglichkeit zu halten habe. Die Zielsetzungen der Gesetzgebung, wie die Wahrung der Bestriebssicherheit und der Schutz der Arbeitnehmer vor Überbeanspruchungen, seien auch bei einer solchen Auslegung von Art. 11 Abs. 4 AZGV gewahrt. Somit schlössen weder das AZG noch die AZGV jegliche Planung und Anordnung von Dienstteilen von mehr als 5 ununterbrochen aufeinander folgenden Arbeitsstunden aus. Die Dispositivziffer 1 der angefochtenen Verfügung verstosse somit gegen Art. 7 Abs. 1 AZG und Art. 11 Abs. 4 AZGV. Da der GAV nur eine nicht klare Verordnungsbestimmung konkretisiere, stehe er mit der Gesetzgebung im Einklang.

4.2 Die Vorinstanz führt aus, die Rechtsbegriffe von Art. 7 Abs. 1 AZG "ungefähr" und Art. 11 Abs. 4 AZGV "wenn möglich" seien nicht vollumfänglich bestimmt. Wenn das Gesetz verlange, nach ungefähr der Hälfte der Arbeitszeit sei eine Pause einzulegen, gehe es nicht von der Höchstarbeitszeit pro Dienstschicht aus, sondern von den durchschnittlichen täglichen Arbeitszeiten zwischen 7 und 9 Stunden. Normalerweise sei deshalb nach 3.5 bis 4.5 Stunden eine Pause ange-

zeigt, weshalb eine ununterbrochene Arbeitszeit von 5 Stunden bereits ein Extremfall darstelle. Der Zweck des AZG sei es, einen sicheren Betrieb und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer im öffentlichen Verkehr sicherzustellen. Gerade Pausen hätten für die Sicherheit und die Erholung der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen eine wichtige Bedeutung, weshalb eine derart offene Handhabung wie sie die Beschwerdeführerin verfolge fatale Folgen haben könnte. Dass der Verordnungsgeber keine Obergrenze für die Ausdehnung der ununterbrochenen Arbeitszeit festgelegt habe, mache einzig Sinn, wenn das Mass der Ausdehnung nicht planbar, beeinflussbar und vorhersehbar sei. Die Formulierung "wenn möglich" von Art. 11 Abs. 4 AZGV sei somit äusserst restriktiv auszulegen. Für eine ununterbrochene Arbeitszeit von mehr als 5 Stunden müssten zwingende Gründe wie höhere Gewalt (z.B. Naturkatastrophen) oder Betriebsstörungen (z.B. infolge Maschinenschadens, Energieunterbruchs, unvermeidbaren Personalmangels) vorliegen. Ununterbrochene Arbeitszeiten von mehr als 5 Stunden dürften regelmässig nur eine vorübergehende Massnahme darstellen und nicht unbefristet im Rahmen des Normalbetriebs eingeführt werden. Die Formulierung "wenn möglich" könne nicht bedeuten, dass der Arbeitgeber jeweils evaluieren könne, ob es ihm möglich sei, ununterbrochene Arbeitszeiten von mehr als 5 Stunden zu vermeiden. Hinzu komme, dass es im regionalen Eisenbahnverkehr keine Fahrstrecken von mehr als 2 Stunden gebe und das Rollmaterial der Beschwerdeführerin nicht sonderlich diversifiziert sei. Dementsprechend seien die Fahrzeuge der Beschwerdeführerin auf allen Strecken und die Arbeitnehmenden auf allen Fahrzeugen einsetzbar. Bei den von der Beschwerdeführerin genannten Sachzwängen handle es sich ausserdem um Fakten, die zum Zeitpunkt der Erstellung der Dienstpläne bereits bekannt seien und bei der Planung berücksichtigt werden könnten. Es bestünden demnach keine Gründe, weshalb ununterbrochene Arbeitszeiten von mehr als 5 Stunden bei planbaren Diensten nicht vermieden werden könnten. Aus dem Umstand, dass das Gesetz in Art. 5 Abs. 3 AZG und Art. 6 Abs. 3 AZG explizit zwingende Gründe wie höhere Gewalt oder Betriebsstörungen nenne, diese bei der Pausenregelung aber fehlten, könne nicht abgeleitet werden, dass die Auslegung von "wenn möglich" nicht restriktiv gehandhabt werden könne. Eine ununterbrochene Arbeitszeit von mehr 5 Stunden sei somit einzig bei unplanbaren, unerwarteten und unbeeinflussbaren Ereignissen möglich. Soweit die Dienste zum Voraus planbar seien, dürften ununterbrochene Arbeitszeit von mehr als 5 Stunden nicht zugelassen werden. Die Argumentation der Beschwerdeführerin beruhe nur

auf der ausnahmsweise möglichen Höchstarbeitszeit von 10 Stunden. Bei den 31 beanstandeten Diensten, bei welchen eine ununterbrochene Arbeitszeit von mehr als 5 Stunden vorgelegen habe, wiesen nur 7 eine Arbeitszeit von mehr als 9 Stunden auf. Die restlichen 24 Dienste seien kürzer und entsprächen dem Grundsatz nicht, dass nach ungefähr der Hälfte der Arbeitszeit eine Pause zu gewähren sei. Die Nichtbeachtung des Art. 11 Abs. 4 AZGV durch die Beschwerdeführerin bestehe weder auf der Betrachtung des Gesetzes noch auf einem betrieblichen Sachzwang. Es sei anzunehmen, dass die ununterbrochenen Arbeitszeiten von mehr als 5 Stunden einzig aus wirtschaftlichen Interessen und zu Lasten des Arbeitnehmerschutzes sowie der Sicherheit im öffentlichen Verkehr erfolgt seien. Die angefochtene Verfügung sei demnach nicht in Verletzung von Bundesrecht ergangen, sondern entspreche den Anforderungen des AZG und der AZGV voll und ganz. Schliesslich sei es irrelevant, dass ununterbrochene Arbeitszeiten von mehr als 5 Stunden im Einverständnis mit dem Personal und gemäss den Bestimmungen des GAV zustande gekommen seien. Soweit die Bestimmungen des GAV die übergeordneten Bestimmungen des AZG oder AZGV verletzten, seien sie nichtig.

5.

5.1 Bei der Auslegung einer Gesetzes- oder Verordnungsbestimmung ist in erster Linie von ihrem Wortlaut auszugehen. An einen klaren und unzweideutigen Wortlaut ist die rechtsanwendende Behörde gebunden, sofern dieser den wirklichen Sinn der Norm wiedergibt (vgl. BGE 125 II 57 E. 2b, BGE 120 II 112 E. 3a). Bei der Auslegung sind alle herkömmlichen Auslegungselemente zu berücksichtigen (grammatikalische, historische, systematische und teleologische), wobei das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus befolgt und es ablehnt, die einzelnen Auslegungselemente einer Prioritätsordnung zu unterstellen (vgl. BGE 127 III 318 E. 2b, 124 III 266 E. 4, mit weiteren Hinweisen; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 217). Die teleologische Auslegungsmethode steht gemäss bundesgerichtlicher Praxis jedoch im Vordergrund. Dabei ist auf den Sinn und Zweck der Norm, mithin auf die Wertungen, die einer Gesetzesbestimmung zu Grunde liegen, abzustellen (BGE 128 I 34 E. 3b; BGE 125 II 206 E. 4a; BGE 124 III 266 E. 4; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 218).

5.2 Bei den in Art. 7 Abs. 1 AZG und Art. 11 Abs. 4 AZGV genannten Begriffen "ungefähr" und "wenn möglich" handelt es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe (vgl. PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 26 Rz. 25 f.). Unbestimmte Rechtsbegriffe gebieten eine auf den Einzelfall bezogene Auslegung. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bildet deren Auslegung und Anwendung eine Rechtsfrage, die grundsätzlich ohne Beschränkung der richterlichen Kognition zu überprüfen ist (BGE 119 Ib 33 E. 3b). Nach konstanter Praxis und Lehrmeinung hat die Rechtsmittelbehörde bei der Überprüfung der Auslegung und Anwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen jedoch Zurückhaltung auszuüben und der Behörde einen gewissen Beurteilungsspielraum zuzugestehen, wenn diese den örtlichen, technischen oder persönlichen Verhältnissen näher steht. Der Richter hat nicht einzugreifen, solange die Auslegung der Verwaltungsbehörde vertretbar ist (vgl. statt vieler: BGE 119 Ib 254 E. 2b, mit Hinweisen; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 446c f.).

Mit der Verwendung der unbestimmten Rechtsbegriffe "ungefähr" in Art. 7 Abs. 1 AZG und "wenn möglich" in Art. 11 Abs. 4 AZGV hat der Gesetzgeber bzw. Verordnungsgeber der Bundesverwaltung im Rahmen der Aufsicht und des Vollzugs (siehe oben E. 3.2) insoweit einen Beurteilungsspielraum eingeräumt, als sie namentlich darüber zu befinden hat, in welchen Fällen ununterbrochene Arbeitszeiten von mehr als 5 Stunden unzulässig sind.

5.3 Die Beschwerdeführerin beanstandet nur die restriktive Auslegung des Art. 11 Abs. 4 AZGV, nicht aber die Gesetzeswidrigkeit der Verordnungsbestimmung an sich. Gemäss Art. 23 AZG erlässt der Bundesrat Verordnungsbestimmungen in den vom Gesetz ausdrücklich bezeichneten Fällen und zum Vollzug des Gesetzes. Die Verordnungsbestimmung von Art. 11 Abs. 4 AZGV, wonach ununterbrochene Arbeitszeiten von mehr als 5 Stunden wenn möglich zu vermeiden sind, konkretisiert lediglich Art. 7 Abs. 1 AZG, der vorschreibt, dass eine Pause nach ungefähr der Hälfte der Arbeitszeit zu gewähren ist. Da Arbeitszeiten zwischen 9 und 10 Stunden nach dem Willen des Gesetzgebers die Ausnahme bilden (vgl. oben E. 3.1), und die Verordnungsbestimmungen nicht festlegt, unter welchen Voraussetzungen ununterbrochene Arbeitszeiten von mehr als 5 Stunden geleistet werden können,

liegt die erwähnte Verordnungsbestimmung offensichtlich im Rahmen der Verordnungskompetenz des Bundesrats.

5.3.1 Der Sinn und Zweck einer Pausenregelung besteht darin, aus physiologischen und psychologischen Gründen den Arbeitnehmenden keine allzu langen zusammenhängenden Arbeitszeiten zuzumuten. Um eine Überbeanspruchung und damit eine Gefährdung der Arbeitnehmenden und der Sicherheit am Arbeitsplatz zu vermeiden, soll deshalb die Arbeitszeit durch Pausen, die der Erholung, Entspannung und der Verpflegung dienen, unterbrochen werden (vgl. THOMAS GEISER/ADRIAN VON KAENEL/RÉMY WYLER, Arbeitsgesetz: Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel, Bern 2005, S. 241; BRÜHWILER, a.a.O., S. 44). Für den hier zu beurteilenden Bereich des öffentlichen Verkehrs nimmt das AZG diesen Grundsatz in Art. 7 Abs. 1 AZG auf. Danach ist den Arbeitnehmern nach ungefähr der Hälfte der Arbeitszeit eine Pause zu gewähren. Die gesetzliche Vorgabe verlangt grundsätzlich, dass unabhängig von der Dauer der Arbeitszeit in jedem Dienst eine Pause einzuschalten ist.

5.3.2 Nach Art. 4 Abs. 1 AZG beträgt die tägliche Arbeitszeit im Durchschnitt von 28 Tagen höchstens 7 Stunden. Diese Regelung zeigt im Zusammenhang mit Art. 7 Abs. 1 AZG, dass der Gesetzgeber aus gesundheitlichen Gründen und im Interesse der Sicherheit bei einer durchschnittlichen Arbeitszeit grundsätzlich nach ungefähr 3.5 Stunden eine Pause als erforderlich bzw. wünschenswert ansah. Das Gesetz erlaubt freilich tägliche Arbeitszeiten von bis zu 10 Stunden. Solche langen Dienstschichten bilden jedoch die Ausnahme. Um dies sicherzustellen, verlangt Art. 4 Abs. 3 AZG, dass die Höchstarbeitszeit innerhalb einer einzelnen Dienstschicht höchstens 10 Stunden dauert, wobei die Höchstarbeitszeit im Durchschnitt von 7 aufeinander folgenden Arbeitstagen 9 Stunden nicht überschreiten darf. Bei längeren Dienstschichten zwischen 9 und 10 Stunden ist den Arbeitnehmern grundsätzlich nach 4.5 bis 5 Stunden eine Pause zu gewähren. Zu berücksichtigen ist dabei, dass die Pausen nach Art. 7 AZG teilweise als Arbeitszeit angerechnet werden (vgl. oben E. 3.1). Die Regel einer Pause in der Mitte der Dienstschicht von einer Stunde wird (nur) durchbrochen, wenn gestützt auf Art. 7 Abs. 2 AZG während einer Dienstschicht mehrere Pausen eingeteilt werden.

5.3.3 Der Verordnungsgeber konkretisiert Art. 7 Abs. 1 AZG, indem er eine bis zu 5 Stunden dauernde, durchgehende Arbeitszeit ohne wei-

teres gestattet (vgl. Art. 11 Abs. 4 AZVG). Bei Diensten mit Arbeitszeiten von weniger als 9 Stunden können keine Dienstteile mit Arbeitszeiten von mehr als 5 Stunden entstehen, sofern dem Grundsatz entsprochen wird, dass eine Pause nach ungefähr der Hälfte der Arbeitszeit zu gewähren ist. Die Frage einer allfälligen Überschreitung einer durchgehenden Arbeitszeit von 5 Stunden stellt sich somit grundsätzlich nur, wenn die Arbeitszeit innerhalb einer Dienstschicht nahe der täglichen Höchstarbeitszeit von 10 Stunden liegt.

5.3.4 Die Vorinstanz interpretiert die Verpflichtung gemäss Art. 7 Abs. 1 AZG, nach ungefähr der Hälfte einer Dienstschicht eine längere Pause einzuteilen, dahingehend, dass dies (bei langen Schichten) spätestens nach 5 Stunden zu erfolgen hat. Was die konkretisierende Verordnungsbestimmung von Art. 11 Abs. 4 AZGV betrifft, setzt sie in der Sache den Begriff "wenn möglich" mit "soweit planbar" gleich. Sie erlaubt ein Überschreiten der ununterbrochenen Arbeitszeit von 5 Stunden nur im Ausnahmefall, d.h. wenn zwingende, unausweichliche, unvermeidbare Gründe ein Überschreiten ausnahmsweise rechtfertigen. Diese Auslegung ist mit dem Wortlaut der Bestimmungen vereinbar. Sie entspricht auch dem Willen des Gesetzgebers, wie er aus den dargelegten Bestimmungen zum Schutz der Arbeitnehmer und der Verkehrssicherheit hervorgeht (Art. 4 AZG, Art. 7 AZG). Sie erweist sich schliesslich auch als angemessen und sachlich vertretbar und ist nicht zu beanstanden (vgl. BRÜHWILER, a.a.O., S. 45).

Für die von der Vorinstanz vorgenommene restriktive Auslegung spricht insbesondere, dass im öffentlichen Verkehr der Fahrplan zum Voraus für einen längeren Zeitraum festgelegt wird, womit die Arbeiten und Fahrdienste zum Voraus bekannt und planbar sind. Demnach sind ununterbrochene Arbeitszeiten von mehr als 5 Stunden, die der Gesetzgeber unmissverständlich als unerwünscht erklärte, bei der Erstellung der Dienstpläne grundsätzlich vermeidbar. Nur eine restriktive Auslegung gewährleistet, dass ununterbrochene Arbeitszeiten von mehr als 5 Stunden die seltene Ausnahme bleiben und die Verpflichtung zu ihrer Vermeidung im Rahmen des Möglichen von den Unternehmen des öffentlichen Verkehrs einheitlich beachtet wird. Stünde es im Belieben der einzelnen Betriebe, wie sie Art. 7 Abs. 1 AZG bzw. Art. 11 Abs. 4 AZGV umsetzen wollen, und wäre somit die 5-Stunden-Regelung nur als unverbindliche Richtschnur anzusehen, bestünde die Gefahr einer schleichenden Ausweitung von sehr langen, ununterbrochenen Arbeitszeiten, was zu Lasten des Arbeitnehmerschutzes und

der Betriebssicherheit gehen würde. Die umstrittene Auslegung ist die einzige praktisch umsetzbare Regelung, deren Einhaltung von den Aussichtsbehörden überprüft werden kann.

Zwingende Gründe liegen vor bei unvorhersehbaren, unberechenbaren, aussergewöhnlichen, unerwarteten Ereignissen. Darunter können beispielsweise witterungsbedingte Extremverhältnisse, Streik, Unterbrechung der Energieversorgung, Maschinenschaden, Brand sowie allenfalls Krankheitsausfälle und Personalmangel fallen. Dass in Art. 11 Abs. 4 AZGV keine zwingenden Gründe genannt werden, wie dies in Art. 5 Abs. 3 AZG und Art. 6 Abs. 3 AZG der Fall ist, steht dieser Auslegung nicht entgegen. Mit der Formulierung "wenn möglich zu vermeiden" kann der Verordnungsgeber auch an Ausnahmen im Sinne von zwingenden Gründen gedacht haben, auch wenn er dies nicht ausdrücklich formuliert hat. Da der Vorbehalt von Art. 7 Abs. 4 AZG in Art. 11 Abs. 4 AZGV besagt, dass ausnahmsweise auf die Gewährung einer Pause nach Anhören der Arbeitnehmenden verzichtet werden kann, ist bei ununterbrochenen Arbeitszeiten von mehr als 5 Stunden aufgrund von zwingenden Gründen die Zustimmung der Arbeitnehmenden erforderlich. Die von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Auslegung von Art. 7 Abs. 4 AZG, wonach mit Zustimmung der Arbeitnehmer oder ihrer Vertreter bei Dienstschichten bis zu 9 Stunden auf Pausen verzichtet oder Pausen auch nach ununterbrochenen Arbeitszeiten von mehr als 5 Stunden eingeschaltet werden könnten, würde die gesetzliche Pausenregelung aus den Angeln heben und den gesetzlichen Zielen widersprechen. Unbeachtlich sind daher anderslautende Bestimmungen des GAV. Diese haben sich an die zwingenden Bestimmungen der übergeordneten Gesetze und Verordnungen zu halten und sind dahingehend anzupassen. Abweichungen wären grundsätzlich nur zugunsten der Arbeitnehmenden zulässig (vgl. Brühwiler, a.a.O. S. 36, BBl 1971 445). Die Rüge der Beschwerdeführerin erweist sich somit als unbegründet.

5.3.5 Die Beschwerdeführerin nennt im Übrigen keine Sachzwänge, die es ihr verunmöglichten, ununterbrochene Arbeitszeiten von mehr als 5 Stunden zu vermeiden. Inwiefern die Arbeit der Beschwerdeführerin übermässig erschwert oder gar verunmöglicht wird, wenn sie bei geplanten Dienstteilen keine ununterbrochene Arbeitszeiten von mehr als 5 Stunden einteilen darf, ist nicht ersichtlich.

Das Bundesverwaltungsgericht anerkennt zwar, dass es sich bei den

Vorbringen der Beschwerdeführerin (Taktfahrplan, Wartezeiten, Vermeidung von kurzen Dienstschichten und Wunsch der Arbeitnehmenden nach mehr freien Tagen) um legitime Anliegen handelt, die Wünsche der Arbeitnehmenden und die Bequemlichkeit stellen aber keine Gründe für eine ausnahmsweise Überschreitung der durchgehenden Arbeitszeit von 5 Stunden dar. Auch der Hinweis der Beschwerdeführerin auf die in den meisten beanstandeten Diensten eingeteilten Wartezeiten, vermag nicht zu überzeugen. Während der Wartezeiten wird zwar von den Arbeitnehmenden keine tatsächliche Arbeitsleistung verlangt, sie bieten aber auch nicht die gleiche Erholung wie Pausen, in welchen die Arbeitnehmenden frei über die Zeit verfügen können.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass bei den von der Vorinstanz kontrollierten Dienstplänen nur vereinzelt Dienste zwischen 9 und 10 Stunden eingeplant waren und die beanstandeten Dienstschichten mit ununterbrochener Arbeitszeit von mehr als 5 Stunden nicht nur lange Dienste betrafen. Abgesehen davon könnte bei der Planung der Einsätze eine zusätzliche Pause eingeplant werden (vgl. Art. 7 Abs. 2 AZG).

5.3.6 Als Zwischenergebnis ergibt sich, dass weder die restriktive Auslegung noch die Ziffer 1 des Dispositivs der Verfügung vom 10. Juli 2009 Art. 7 Abs. 1 AZG und Art. 11 Abs. 4 AZGV widersprechen. Die angefochtene Verfügung ist insoweit auch sachgerecht, angemessen und verhältnismässig.

6.

Die Beschwerdeführerin macht im Weiteren geltend, die restriktive Haltung der Vorinstanz bei der Auslegung der Art. 7 Abs. 1 AZG und Art. 11 Abs. 4 AZGV stelle eine Änderung der bisherigen Praxis dar, für welche keine stichhaltige Begründung geliefert werde. Seit Inkrafttreten der AZG und AZGV in den frühen 1970er Jahren hätten die fraglichen Bestimmungen keinerlei Änderung erfahren. Bis vor 2 Jahren seien ununterbrochene Arbeitszeiten bei der Beschwerdeführerin relativ regelmässig vorgekommen. Die Vorinstanz habe dies bei vorhergehenden Audits nie als unzulässig erachtet oder als problematisch gerügt.

6.1 Die Vorinstanz bringt vor, es sei fraglich, ob überhaupt von einer Praxis die Rede sein könne. Im Rahmen ihrer Kontrolltätigkeit stelle sie mit Stichproben fest, ob Unregelmässigkeiten bei einem Unterneh-

men bestünden. Inwieweit dabei jahrzehntelang bewusst Verfehlungen toleriert worden sein sollten – notabene bei einem Unternehmen, das erst seit wenigen Jahren bestehe – und damit eine Vertrauensposition begründet worden sei, müsse bezweifelt werden. Die Vorinstanz habe die nun beanstandeten Punkte jedenfalls nie aktiv gutgeheissen oder gar genehmigt. Und selbst wenn von einer langjährigen Praxis auszugehen wäre, sei es zulässig, diese zu ändern. Die umfassende Tätigkeit, stark gestiegene Intensität und Effizienz der Arbeit verbunden mit längeren Arbeitswegen, höherer Signal- und Zugsdichte, höheren Fahrgeschwindigkeiten und auch gestiegenen Ansprüchen der Kunden führten zu einer ungleich höheren Belastung der Arbeitnehmenden als noch in den den 1970er Jahren. Die restriktivere Handhabung bestehender Bestimmungen diene dazu, die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmenden des öffentlichen Verkehrs weiterhin zu erhalten. Damit lägen ernsthafte und sachliche Gründe für eine allfällige Praxisänderung vor.

6.2 Der konstanten Praxis von Verwaltungsbehörden und Gerichten kommt ein grosses Gewicht zu. Das Gleichheitsprinzip und der Grundsatz der Rechtssicherheit verlangen, dass an einer Praxis in der Regel festgehalten wird. Den Behörden ist es aber nicht verwehrt, eine bisher geübte Praxis zu ändern, wenn sie zur Einsicht gelangen, dass eine andere Rechtsanwendung oder Ermessensbetätigung dem Sinn des Gesetzes oder veränderten Verhältnissen besser entspricht. Eine solche Praxisänderung muss sich jedoch auf ernsthafte sachliche Gründe stützen können, muss grundsätzlich erfolgen und darf keinen Verstoss gegen Treu und Glauben darstellen. (BGE 127 I 49 E. 3c, BGE 125 II 152 E. 4c/aa; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 509 ff.).

6.3 Im Rahmen einer Kontrolltätigkeit mit Stichproben kann die Vorinstanz nicht garantieren, dass sich alle dem Gesetz unterstellten Unternehmen an die Bestimmungen des AZG und der AZGV halten. Es handelt sich lediglich um eine punktuelle Kontrolle im Einzelfall und ist keineswegs umfassend. Falls die Vorinstanz in der Vergangenheit teilweise ununterbrochenen Arbeitszeiten von mehr als 5 Stunden bei planbaren Diensten nicht beanstandet hat, kann dies auf die Art der Kontrolle zurückzuführen sein und vermag jedenfalls keine langjährige Praxis zu begründen. Die Vorinstanz hat dadurch nie kundgetan, dass sie ununterbrochene Arbeitszeiten von mehr als 5 Stunden bei planbaren Dienste toleriert oder sogar gutheisst. Die Beschwerdeführerin vermag denn auch nicht zu begründen und zu belegen, dass die Vorinstanz

bisher eine Praxis verfolgt habe, bei der sie ununterbrochene Arbeitszeiten von mehr als 5 Stunden nicht beanstandet bzw. gutgeheissen hat. Indem die Vorinstanz mit Verfügung vom 10. Juli 2009 die Beschwerdeführerin aufforderte, sie habe dafür zu sorgen, dass bei zum Voraus geplanten Diensten kein Dienstteil die Dauer von höchstens 5 Stunden ununterbrochener Arbeitszeit übersteige, hat sie keine Änderung ihrer Praxis vorgenommen, die sie mit ernsthaften und sachlichen Gründen hätte begründen müssen. Aber selbst wenn von einer Praxisänderung der Vorinstanz auszugehen wäre, ist nicht ersichtlich und wird von der Beschwerdeführerin auch nicht näher ausgeführt, inwiefern die Vorinstanz mit ihrer bisherigen Praxis eine Vertrauensgrundlage geschaffen hätte. Die Rüge der Beschwerdeführerin erweist sich somit als unbegründet.

7.
Zusammenfassend ist eine restriktive Auslegung der Verordnungsbestimmung von Art. 11 Abs. 4 AZGV – wie sie die Vorinstanz vorgenommen hat – nicht zu beanstanden. Durch die Auflage, wonach die Beschwerdeführerin dafür zu sorgen habe, dass bei zum Voraus geplanten Diensten kein Dienstteil die Dauer von höchstens 5 Stunden ununterbrochener Arbeitszeit übersteige, wurde weder Bundesrecht verletzt noch eine Praxisänderung bzw. unzulässige Praxisänderung vorgenommen. Die Beschwerde ist deshalb abzuweisen.

8.
Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt die Beschwerdeführerin als unterliegende Partei die Kosten des Verfahrens (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Diese werden auf Fr. 1'600.– festgelegt und mit dem am 9. September 2009 einbezahlten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet.

Die Vorinstanz hat als Bundesbehörde keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 1'600.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden nach Eintritt der Rechtskraft mit dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet.

3.
Es wird keine Parteientschädigung ausgerichtet.

4.
Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 211.1/2009-05-29/303; Gerichtsurkunde)
- das Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter:	Die Gerichtsschreiberin:
Philippe Weissenberger	Anita Kummer

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 17. November 2009