

Prof. Dr. Hubert Stöckli / Roger Bieri

Neue Ausfallhaftung von Unternehmen

Teilrevision des Entsendegesetzes vom 14. Dezember 2012

Die am 14. Dezember 2012 vom Parlament verabschiedete Teilrevision des Entsendegesetzes (EntsG) begründet für Unternehmen des Bauhaupt- und Baunebengewerbes eine weitgehende Ausfallhaftung. Das neue Haftungsregime ist dabei nicht nur auf internationale, sondern ebenso auf reine Binnensachverhalte anwendbar und geht über die Haftung für die Einhaltung bestehender Mindestlohnvorschriften hinaus, indem ein Erstunternehmer auch für die Folgen eines Bauunfalls haftet. Die Autoren untersuchen die zentralen Neuerungen und spielen die neue Haftung anhand einiger Fallbeispiele durch.

Rechtsgebiet(e): Bau- und Raumplanungsrecht. Bodenrecht; Schaden. Schadenersatz; Beiträge

Zitiervorschlag: Hubert Stöckli / Roger Bieri, Neue Ausfallhaftung von Unternehmen, in: Jusletter 24. Juni 2013

Inhaltsübersicht

- I. Revision des Entsendegesetzes
 1. Ausgangslage
 2. Die zwei Runden der Teilrevision
 - a. Die erste Revisionsrunde
 - b. Die zweite Revisionsrunde
 3. Konkretisierung auf Verordnungsebene
- II. Ein Grundfall und seine Lösung
 1. Der Grundfall
 2. Überlegungen zur Lösung unseres Grundfalls
 - a. Gerichtsstand
 - b. Anwendbares Recht
 - c. Zweistufiges Vorgehen
 - d. Haftungsbefreiung
- III. Drei Variationen zum Grundfall
 1. Haftung auch für den fehlbaren Subunternehmer mit Sitz in der Schweiz
 2. Haftung auch für die Folgen eines Arbeitsunfalls
 3. Haftung für sämtliche Subunternehmer über die ganze Vertragskette
- IV. Schluss

I. Revision des Entsendegesetzes

1. Ausgangslage

[Rz 1] Im Rahmen der Anpassung der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit¹ wurde das Entsendegesetz (EntsG)² teilrevidiert. Von mehreren von der Bundesverwaltung vorgeschlagenen Varianten³ entschied sich das Parlament für die sog. «Mittelvariante II», die es gegenüber dem von der Verwaltung vorgeschlagenen Text noch leicht modifizierte.⁴ Die gewählte Variante sieht (beschränkt auf

das Bauhaupt- und Baunebengewerbe, in welchem die meisten Entsendungen stattfinden⁵ und die Vollzugsorgane offenbar die meisten Verstösse festgestellt hatten)⁶ eine neue «Solidarhaftung des Erstunternehmers für die Nichteinhaltung der minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen durch die Subunternehmer» vor (Art. 1 Abs. 2 zweiter Satz revEntsG). Dies entspricht im Vergleich zum geltenden Recht (Art. 5 EntsG) einer Verschärfung der Haftung. Gemäss der bisherigen Regelung konnte sich der Erstunternehmer von der Haftung befreien, indem er seinen Subunternehmer vertraglich dazu verpflichtete, die entsenderechtlichen Vorgaben einzuhalten.⁷ Die Revision zielt darauf ab, unerwünschtem **Lohn- und Sozialdumping** effizienter entgegenzuwirken, indem die Unterbietung von Lohn- und die Nichteinhaltung von Arbeitsbedingungen über die ganze Subunternehmerkette hin verhindert werden soll. Das Inkrafttreten der Änderungen ist per 15. Juli 2013 geplant, wobei es Bestrebungen gibt, diesen Termin nach hinten zu verschieben.

[Rz 2] Die neue Haftung von Erstunternehmern für Fälle, in denen ein Subunternehmer die «minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen» nicht einhält, besteht gegenüber den Arbeitnehmern des fehlbaren Subunternehmers, wirft zahlreiche Rechtsfragen auf und ist Gegenstand unseres Beitrages.

2. Die zwei Runden der Teilrevision

[Rz 3] Die Teilrevision des Entsendegesetzes führte über zwei separate Runden: Die Bestimmungen der *ersten Runde* datieren vom 15. Juni 2012 und traten am 1. Januar 2013 bzw. am 1. Mai 2013 in Kraft.⁸ Die Bestimmungen der *zweiten*

¹ Siehe dazu die Botschaft des Bundesrates vom 2. März 2012 zum Bundesgesetz über die Anpassung der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit (BBl 2012 3397; nachfolgend «Botschaft»). Die Frage der «Solidarhaftung» wurde in der Folge von den übrigen Themen abgekoppelt. Der erste Teil der Revision trat bereits per 1. Januar 2013 und per 1. Mai 2013 in Kraft. Vgl. zu den zwei Runden der Teilrevision Rz 3 ff.

² Bis zum 31. Dezember 2012 trug das Gesetz, datierend vom 8. Oktober 1999, den Titel «Bundesgesetz über die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und flankierende Massnahmen» oder kürzer «Bundesgesetz über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer» (SR 823.20). Wenn wir im Folgenden schlicht und ohne weitere Präzisierung vom «Entsendegesetz» (oder kurz «EntsG») sprechen, beziehen wir uns auf den Stand des Gesetzes am 1. Mai 2013 (das Gesetz trägt diese Kurzform bzw. Abkürzung seit 1. Januar 2013 offiziell im Titel). Sofern wir hingegen vom «revidierten Entsendegesetz» (oder kurz «revEntsG») sprechen, meinen wir das EntsG unter Berücksichtigung der Teilrevision vom 14. Dezember 2012, welche demnächst (frühestens am 15. Juli 2013) in Kraft treten wird.

³ Das SECO hatte mit Schreiben vom 27. Juni 2012 den betroffenen Verbänden und den Kantonen vier verschiedene Modelle zu einer informellen Konsultation unterbreitet: Eine «Minimalvariante», eine «Mittelvariante I», die beschlossene «Mittelvariante II» sowie eine «Maximalvariante». Vgl. zu diesen Varianten SECO, Erläuternder Bericht zur Subunternehmerhaftung vom 5. Juni 2012 (nachfolgend «SECO-Bericht»), S. 7 ff.

⁴ Art. 5 revEntsG wurde von den Räten gegenüber dem vom SECO vorgeschlagenen Text im Wesentlichen in zwei Punkten abgeändert: (i) Die Haftung besteht künftig nicht nur für Verstösse durch ausländische, sondern

auch für solche durch Schweizer Subunternehmer. Siehe dazu Rz 19 ff.; (ii) Die Haftung besteht nunmehr nur für die Einhaltung von Lohn- und Arbeitsbedingungen gemäss Art. 2 Abs. 1 revEntsG, nicht auch für die Bezahlung einer allfälligen Konventionalstrafe gemäss Art. 2 Abs. 2 quarter revEntsG.

⁵ Im Jahr 2011 wurden in der Schweiz im Bauhauptgewerbe 7'300, im Baunebengewerbe 28'400 Entsendungen registriert (SECO-Bericht [Fn. 3], S. 4). Die für die Schweiz aktuellsten Daten zur Umsetzung der flankierenden Massnahmen zum freien Personenverkehr mit der EU finden sich detailliert im FlaM-Bericht des SECO vom 26. April 2013. In Deutschland wurden im Bauhaupt- und Baunebengewerbe im Jahr 2012 26'775 Arbeitgeber auf Einhaltung der Mindestlohnvorschriften kontrolliert, wobei in gut 6,3% dieser Fälle (1'690) ein Ermittlungsverfahren wegen Verstössen eingeleitet und Geldbussen von insgesamt EUR 11'589'280.76 festgesetzt wurden (vgl. Antwort der Bundesregierung vom 19. April 2013 auf eine Kleine Anfrage der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, Drucksache 17/13206, abrufbar über die Suche unter <http://www.bundestag.de/dokumente/drucksachen>, zuletzt aufgerufen am 13. Juni 2013).

⁶ Die vom SECO vorgeschlagene Maximalvariante hingegen hätte die Haftung für Dienstleistungen aller Branchen eingeführt (siehe SECO-Bericht [Fn. 3], S. 11 und den zugehörigen Gesetzesentwurf auf S. 3 des Anhangs).

⁷ «Werden die Arbeiten von Subunternehmern mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland ausgeführt, so muss der Erstunternehmer ... die Subunternehmer vertraglich verpflichten, dieses Gesetz einzuhalten» (Art. 5 Abs. 1 EntsG).

⁸ Vgl. AS 2012 6703 (darüber hinaus wurde per 1. Januar 2013 Art. 7a Abs. 3 EntsG infolge Namensänderung des Volkswirtschaftsdepartements in «Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung»

Runde, auf welche wir unser Augenmerk richten, wurden am 14. Dezember 2012 verabschiedet und treten voraussichtlich am 15. Juli 2013 in Kraft.

a. Die erste Revisionsrunde

[Rz 4] Sie diene vor allem der Bekämpfung der Scheinselbstständigkeit und dem Ausbau der Sanktionsmöglichkeiten, was mit einer Aufblähung des Gesetzestitels einherging. Seinem neuen, sperrigen Volltitel nach will das Entsendegesetz seit dem 1. Januar 2013 als «Bundesgesetz über flankierende Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne» angesprochen werden. Bemerkenswert ist die Ergänzung um die «Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne» deshalb, weil der Gesetzgeber schon im Titel signalisieren wollte, dass das «Gesetz nicht mehr nur für entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gilt»⁹ – was uns zum Gehalt der zweiten Revisionsrunde führt.

b. Die zweite Revisionsrunde

[Rz 5] Die zweite Runde beschlug zwar nur einige wenige Bestimmungen, hatte es aber in sich:

[Rz 6] **Art. 1 revEntsG** umschreibt den Regelungsgegenstand. In **Abs. 2** der Bestimmung wurde ein **zweiter Satz** eingefügt, so dass sich die Bestimmung wie folgt liest:

«Es [das Entsendegesetz] regelt ebenfalls die Kontrolle der Arbeitgeber, die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Schweiz anstellen, und die Sanktion gegen solche Arbeitgeber, wenn sie gegen Bestimmungen über den Mindestlohn verstossen, die in einem Normalarbeitsvertrag im Sinne von Artikel 360a des Obligationenrechts (OR) vorgeschrieben sind. Das Gesetz regelt zudem die solidarische Haftung des Erstunternehmers für die Nichteinhaltung der minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen durch die Subunternehmer» (Hervorhebung durch uns).

[Rz 7] **Dreh- und Angelpunkt** der zweiten Revisionsrunde aber war **Art. 5 revEntsG**. Hier wird die Haftung des Erstunternehmers begründet und näher ausgestaltet. Was die Subunternehmer selber anbelangt, ist – obwohl die Artikelüberschrift dies suggeriert – nicht Art. 5, sondern Art. 2 revEntsG einschlägig, wo das Gesetz ausführt, welche Minimalpflichten Subunternehmer in ihren Arbeitsverträgen mit «entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern» hinsichtlich der «Arbeits- und Lohnbedingungen» treffen. Während Art. 2 revEntsG beide Revisionsrunden praktisch unverändert überstand,¹⁰ wurde der entsenderechtliche Art. 5 völlig neu

gefasst. Er lautet folgendermassen (unkorrigierte Fassung gemäss Referendumsvorlage):

«¹ Werden im Bauhaupt- oder Baunebengewerbe Arbeiten von Subunternehmern ausgeführt, so haftet der Erstunternehmer (Total- General- oder Hauptunternehmer) zivilrechtlich für die Nichteinhaltung der Netto-Mindestlöhne und der Arbeitsbedingungen gemäss Artikel 2 Absatz 1 durch die Subunternehmer.

² Der Erstunternehmer haftet solidarisch für sämtliche ihm nachfolgenden Subunternehmer in einer Auftragskette. Er haftet nur, wenn der Subunternehmer zuvor erfolglos belangt wurde oder nicht belangt werden kann.

³ Der Erstunternehmer kann sich von der Haftung gemäss Absatz 1 befreien, wenn er nachweist, dass er bei jeder Weitervergabe der Arbeiten die nach den Umständen gebotene Sorgfalt in Bezug auf die Einhaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen angewendet hat. Die Sorgfaltspflicht ist namentlich erfüllt, wenn sich der Erstunternehmer von den Subunternehmern die Einhaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen anhand von Dokumenten und Belegen glaubhaft darlegen lässt.

⁴ Der Erstunternehmer kann zudem mit den Sanktionen nach Artikel 9 belegt werden, wenn er seine Sorgfaltspflichten gemäss Absatz 3 nicht erfüllt hat. Artikel 9 Absatz 3 ist nicht anwendbar.»

[Rz 8] Dazu kommt eine übergangsrechtliche Regel in Art. 14a revEntsG, wonach den Erstunternehmer keine Haftung trifft, wenn der «Vertrag, mit dem er die betreffenden Arbeiten an den ersten Subunternehmer der Auftragskette übertragen hat, vor dem Inkrafttreten dieser Änderung abgeschlossen worden ist». Mit anderen Worten gilt die neue Haftungsordnung dann nicht, wenn zwar nach Inkrafttreten des revidierten Entsendegesetzes weitere Untervergaben in der Kette stattfinden, der ursprüngliche Vertrag zwischen Erst- und Subunternehmer jedoch vor dem Inkrafttreten abgeschlossen wurde.

3. Konkretisierung auf Verordnungsebene

[Rz 9] Sekundiert werden die neuen Haftungsregeln (Art. 5 revEntsG) durch eine Teilrevision der *Entsendeverordnung* (EntsV)¹¹, die seit Januar 2013 von zwei Expertengruppen (einer Kern- und einer Arbeitsgruppe) ausgearbeitet wird und zeitgleich mit den Gesetzesbestimmungen der zweiten Revisionsrunde (d.h. frühestens am 15. Juli 2013) in Kraft treten soll. Die revidierte Entsendeverordnung (revEntsV) – welche in einem Entwurf vom 12. April 2013 vorliegt – äussert sich in ihren hier relevanten Teilen zur Frage, wie der Erstunternehmer seiner Sorgfaltspflicht nachleben und so einer Haftung entgehen kann.

angepasst, vgl. AS 2012 3655).

⁹ Botschaft (Fn. 1), S. 3421. Vgl. dazu Rz 19 ff.

¹⁰ In Art. 2 Abs. 1 lit. a EntsG kam in der ersten Runde «inklusive Zuschläge» hinzu.

¹¹ Verordnung vom 21. Mai 2013 über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (SR 823.201).

II. Ein Grundfall und seine Lösung

1. Der Grundfall

[Rz 10] Für die erste Annäherung an Art. 5 revEntsG wählen wir den folgenden Grundfall:

Ein Baumeister mit Sitz in der Schweiz, der in einem Bauwerkvertrag mit einem Bauherrn steht, schliesst mit einem Subunternehmer mit Sitz im Ausland einen Werkvertrag ab. Der ausländische Subunternehmer erbringt Leistungen in der Schweiz, wobei er aber seinen in die Schweiz entsandten Arbeitnehmern Löhne bezahlt, die unter den in einem allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag (aveGAV) festgelegten Mindestlöhnen liegen. Einer der vom Subunternehmer entsandten Arbeitnehmer wendet sich gerichtlich gegen den Baumeister und verlangt den Ausgleich der Differenz zu den Mindestlöhnen.

[Rz 11] Welche Überlegungen sind zur Lösung dieses Falles anzustellen?

2. Überlegungen zur Lösung unseres Grundfalls

a. Gerichtsstand

[Rz 12] Die Klage des in die Schweiz entsandten Arbeitnehmers gegen den Erstunternehmer beschlägt einen zivilrechtlichen Anspruch, was sich aus Art. 5 Abs. 1 revEntsG ergibt. Der Gerichtsstand (gemeint ist sowohl die internationale als auch die örtliche Zuständigkeit) bestimmt sich nach Art. 115 Abs. 3 IPRG¹². Die Haftung des Erstunternehmers und die damit einhergehende Klage sind allerdings subsidiär (vgl. unten Rz 14 ff.). Deshalb ist zunächst zu fragen, wie es mit der Zuständigkeit schweizerischer Gerichte für Klagen steht, die der entsandte Arbeitnehmer unmittelbar gegen seinen ausländischen Arbeitgeber (in unserem Grundfall gegen den Subunternehmer) führt. Art. 115 Abs. 3 IPRG begründet auch für diese Klage eine Zuständigkeit in der Schweiz. So steht also dem entsandten Arbeitnehmer – zusätzlich zum Gerichtsstand nach dem Recht des Herkunftslandes – nach dem schweizerischen IPRG auch für die Klage gegen seinen Arbeitgeber ein Gerichtsstand am schweizerischen Entsendeort zur Verfügung, wobei diese Zuständigkeit lediglich für die in Art. 2 Abs. 1 revEntsG enumerierten Forderungen besteht.¹³ Sie ist selbst dann zu bejahen, wenn eine Streitigkeit

in den Anwendungsbereich des LugÜ¹⁴ fällt,¹⁵ obwohl das LugÜ – als völkerrechtlicher Vertrag – dem IPRG in aller Regel vorgeht.¹⁶ Die Ausnahme rechtfertigt sich, da die EU-Staaten (in Umsetzung von Art. 6 der Entsenderichtlinie¹⁷ in das jeweilige nationale Recht) und die Schweiz (mit Art. 115 Abs. 3 IPRG) einheitliche Regeln aufgestellt haben. In Anwendung von Art. 67 LugÜ i.V.m. Ziff. 3 des Protokolls Nr. 3 zum LugÜ kann ein Schweizer Gericht seine Zuständigkeit direkt auf Art. 115 Abs. 3 IPRG stützen, der sich seinem Gehalt nach als autonome Umsetzung von Art. 6 ERL erweist.¹⁸ Urteile, die gestützt auf Art. 115 Abs. 3 IPRG ergehen, können insbesondere gegen Entsendeunternehmen (Subunternehmer), die ihren Sitz in der EU haben, nach Massgabe des LugÜ anerkannt und vollstreckt werden.¹⁹

b. Anwendbares Recht

[Rz 13] Nach dem Gerichtsstand das anwendbare Recht. Welches sind nun die Arbeits- und Lohnbedingungen, auf deren Einhaltung der entsandte Arbeitnehmer in der Schweiz klagen kann? Auf eine allfällige Rechtswahl kommt es hier nicht an. Vielmehr hat man bei Art. 18 IPRG anzusetzen und davon auszugehen, dass Art. 2 revEntsG zu jenen «Bestimmungen des schweizerischen Rechts» gehört, «die wegen ihres besonderen Zweckes, unabhängig von dem durch dieses Gesetz bezeichneten Recht, zwingend anzuwenden sind» (Art. 18 IPRG). Art. 2 revEntsG erweist sich als «loi d'application immédiate», die zwingend anwendbar ist.²⁰

¹² Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (SR 291).

¹³ Zur Beurteilung übriger Ansprüche ist das Schweizer Gericht – vorbehaltlich anderer Abrede – nicht zuständig. Es kommt mithin zu einer Zuständigkeitsspaltung; vgl. FURRER ANDREAS/SCHRAMM DOROTHEE, Die Auswirkungen des neuen Entsendegesetzes auf das schweizerische IZPR, SZIER 2003, S. 37 ff., S. 46 f.; PORTMANN WOLFGANG, Entsendegesetz, in: Kellerhals Andreas/Portmann Wolfgang/Thürer Daniel/Weber Rolf H. (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU, Zürich 2007, S. 367 ff., N 128.

¹⁴ Übereinkommen vom 30. Oktober 2007 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen; SR 0.275.12).

¹⁵ Stämpfli Handkommentar LugÜ-MÜLLER THOMAS, 2. Aufl., Bern 2011, N 18 zu Art. 19; FURRER/SCHRAMM (Fn. 13), S. 50 ff.; PORTMANN (Fn. 13), N 129 m.w.H.

¹⁶ Dieser Vorbehalt zu Gunsten völkerrechtlicher Verträge findet sich in Art. 1 Abs. 2 IPRG.

¹⁷ Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (nachfolgend «ERL»). Der hier interessierende Art. 6 über die gerichtliche Zuständigkeit hat folgenden Wortlaut: «Zur Durchsetzung des Rechts auf die in Artikel 3 [ERL] gewährleisteten Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen kann eine Klage in dem Mitgliedstaat erhoben werden, in dessen Hoheitsgebiet der Arbeitnehmer entsandt ist oder war; dies berührt nicht die Möglichkeit, gegebenenfalls gemäß den geltenden internationalen Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit in einem anderen Staat Klage zu erheben.»

¹⁸ FURRER/SCHRAMM (Fn. 13), S. 51 f., insb. Fn. 42 zur inzwischen geltenden Rechtslage; s. auch SPÜHLER KARL/RODRIGUEZ RODRIGO, Internationales Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Zürich 2013, N 178 Fn. 224.

¹⁹ SPÜHLER/RODRIGUEZ (Fn. 18), N 178 Fn. 224.

²⁰ BSK IPRG-BRUNNER ALEXANDER, 2. Aufl., Basel 2007, N 37 zu Art. 121; PORTMANN (Fn. 13), N 115. Von der unmittelbaren Wirkung von Art. 2 revEntsG ist die Rezeptionsklausel in Art. 342 Abs. 2 OR miterfasst, weshalb dem Arbeitnehmer auch dann ein zivilrechtlicher Erfüllungsanspruch zusteht, wenn die Parteien den Arbeitsvertrag durch Rechtswahl einem andern Recht unterstellt haben (Art. 121 Abs. 3 IPRG). Vgl. ZK IPRG-VISCHER FRANK, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2004, N 15 zu Art. 18.

Wollte man diese Frage anders entscheiden, hätte man in Kauf zu nehmen, dass Art. 2 revEntsG zumindest immer dann toter Buchstabe bliebe, wenn die Leistungsklage von einem Arbeitnehmer angestrengt wird, dessen Einzelarbeitsvertrag nicht der schweizerischen, sondern einer ausländischen Rechtsordnung untersteht (vgl. Art. 121 IPRG).

c. Zweistufiges Vorgehen

[Rz 14] Die Klage des Arbeitnehmers richtet sich *primär gegen den ausländischen Arbeitgeber* (den Subunternehmer), wobei der Arbeitnehmer in diesem Fall ausnahmsweise einseitig auf das Schlichtungsverfahren verzichten kann (Art. 199 Abs. 2 lit. a ZPO²¹).

[Rz 15] Erst *subsidiär* kann der Arbeitnehmer (in unserem Grundfall) Klage *gegen den Baumeister* führen, der direkt mit dem Bauherrn verbunden ist und somit als **«Erstunternehmer»** im Sinne von Art. 5 Abs. 1 revEntsG gilt. Das revidierte Entsendegesetz drückt sich in seinem Art. 5 Abs. 2 zwar so aus, dass der Erstunternehmer «solidarisch» mit dem Subunternehmer hafte, doch sieht die Bestimmung überdies vor, dass diese Haftung erst greife, *«wenn der Subunternehmer zuvor erfolglos belangt wurde oder nicht belangt werden kann»*. In den Materialien finden sich keine verlässlichen Anhaltspunkte dafür, wie diese zugleich «solidarische» und subsidiäre Haftung rechtlich zu deuten ist. Nach unserem Verständnis handelt es sich bei diesem Arrangement entgegen des Wortlauts der neuen Bestimmung gar nicht um eine Solidarhaftung, weil der Arbeitnehmer gerade nicht die freie Wahl hat, seine Leistungsklage gegen seinen Arbeitgeber oder gegen den Erstunternehmer zu führen (vgl. Art. 144 Abs. 1 OR). Vielmehr hat man es mit einer gesetzlichen Bürgschaft zu tun, auf die das Bürgschaftsrecht sinngemäss anwendbar ist. Ihrem Inhalt nach ist diese gesetzliche Bürgschaft als einfache, nicht als Solidarbürgschaft ausgestaltet worden.

[Rz 16] Welcher Massstab an die im revidierten Entsendegesetz (und nicht im Bürgschaftsrecht) statuierten Belangbarkeitsvoraussetzungen anzulegen ist, wird für die Wirksamkeit der neuen Haftungsregeln von entscheidender Bedeutung sein. Mit Blick auf die vom Gesetzgeber für Art. 5 Abs. 2 revEntsG gewählte Umschreibung der Belangbarkeitsvoraussetzungen wird ein eher strenger Massstab anzulegen sein. Wie auch immer die Kriterien gewählt werden: die Beweislast dafür, dass sie erfüllt sind, liegt beim Arbeitnehmer, der den Erstunternehmer gestützt auf das revidierte Entsendegesetz ins Recht fassen will.

d. Haftungsbefreiung

[Rz 17] Die Haftung des Erstunternehmers bedingt überdies, dass den Subunternehmer aus der «Nichteinhaltung der Netto-Mindestlöhne und der Arbeitsbedingungen gemäss Artikel

2 Absatz 1 [revEntsG]» eine Haftung trifft (Art. 5 Abs. 1 revEntsG). Hat der Subunternehmer seinen Arbeitnehmer in aveGAV-konformer Höhe entlohnt, so hat der Arbeitnehmer gar keinen Anspruch, den er gegen den Erstunternehmer durchzusetzen vermöchte. Der Erstunternehmer haftet nur dann und nur insoweit, als eine **Haftung auch des Subunternehmers** besteht. Den Bestand seines Anspruchs hat nach Art. 8 ZGB der Arbeitnehmer zu beweisen, der sich beim Erstunternehmer befriedigen will. Zudem kann der Erstunternehmer sich dann befreien, «wenn er nachweist, dass er bei jeder Weitervergabe der Arbeiten die nach den Umständen gebotene Sorgfalt in Bezug auf die Einhaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen angewendet hat» (Art. 5 Abs. 3 revEntsG). Den Erstunternehmer trifft also – im Unterschied etwa zum deutschen Recht²² – *keine Kausalhaftung* dafür, dass der Subunternehmer die nach Art. 2 Abs. 1 revEntsG geschuldeten minimalen «Arbeits- und Lohnbedingungen» unterschreitet. Allerdings ist nicht ohne weiteres klar, worin die **entsenderechtlich «gebotene Sorgfalt»** im Einzelnen besteht.

[Rz 18] Fest steht immerhin, dass die Aufwendung der nötigen Sorgfalt für den Erstunternehmer mit einem erheblichen administrativen Aufwand verbunden ist. In der Sache soll es ausreichen, wenn sich der Erstunternehmer die «Einhaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen anhand von Dokumenten und Belegen glaubhaft darlegen lässt» (Art. 5 Abs. 3 revEntsG). Konkretisierungen werden in der *revidierten Entsendeverordnung* enthalten sein. Kritisch ist anzumerken, dass diese (in der Entwurfsfassung vom 12. April 2013) bloss «Dokumente» erwähnt, in denen ein Subunternehmer deklariert, er halte die Lohn- und Arbeitsbedingungen ein, während sich das Gesetz augenscheinlich nicht mit solchen Selbstdeklorationen zufrieden gibt, sondern überdies von «Belegen» spricht und damit offenbar voraussetzt, dass sich der Erstunternehmer nicht mit blossen Deklarationen begnügt, sondern auch Belege für erfolgte Lohnzahlungen verlangt. Unsere Kritik richtet sich indes weniger gegen die Verordnung als gegen Art. 5 Abs. 3 revEntsG, der die Latte für die dem Erstunternehmer abverlangte Sorgfalt allzu hoch setzt.

III. Drei Variationen zum Grundfall

1. Haftung auch für den fehlbaren Subunternehmer mit Sitz in der Schweiz

[Rz 19] Unsere weiteren Fälle sind allesamt Variationen

²¹ Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272).

²² § 14 des Gesetzes vom 20. April 2009 über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmässig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen (Arbeitnehmer-Entsendegesetz; AEntG) sieht nämlich eine Kausalhaftung des «Auftraggebers» vor, welche jedoch auf die Einhaltung des Mindestlohns (sowie die hier nicht interessierende «Zahlung von Beiträgen an eine gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien») beschränkt ist.

unseres Grundfalls, für den wir einen Lösungsweg skizziert haben. Die *erste Variation* besteht darin, dass wir den **Sitz des fehlbaren Subunternehmers in die Schweiz** verlegen. Mithin liegt nicht länger ein internationales Verhältnis vor, in das auch das IPRG hineinspielte (Art. 1 IPRG), sondern ein Binnensachverhalt. Man hört zuweilen, das Entsendegesetz komme hier gar nicht zum Tragen. Das war auch unser eigenes Vorverständnis – das wir allerdings zu revidieren hatten. Die Ausfallhaftung des Erstunternehmers greift nämlich künftig auch bei Subunternehmern mit Sitz in der Schweiz. Zwar trifft es zu, dass Art. 2 Abs. 1 revEntsG nur von den «Arbeits- und Lohnbedingungen» spricht, die gegenüber «entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern» (Hervorhebung durch uns) einzuhalten sind. So richtet sich diese Bestimmung also nur gegen Arbeitgeber (zu denen auch Subunternehmer gehören), die aus dem Ausland operieren, indem sie Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in die Schweiz entsenden. Arbeitgeber, die ihren Sitz in der Schweiz haben, werden von Art. 2 revEntsG nicht getroffen, haben allerdings die Bedingungen, von denen dort die Rede ist, auch sonst einzuhalten. Art. 2 Abs. 1 revEntsG, auf den Art. 5 Abs. 1 revEntsG ausdrücklich verweist, erfasst also nur die ausländischen Arbeitgeber (Subunternehmer). Weiter ist zuzugeben, dass auch der bis anhin geltende Art. 5 Abs. 1 EntsG²³ nur jene Verhältnisse aufgriff, in denen «Arbeiten von Subunternehmern mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland» ausgeführt wurden, um (im Umkehrschluss) die inländischen Subunternehmerverhältnisse auszusparen.

[Rz 20] Und doch sind wir zur Auffassung gelangt, dass neu auch Binnensachverhalte, soweit es um die Haftung des Erstunternehmers geht, dem revidierten Entsendegesetz unterworfen sind. Dazu verweisen wir zum einen auf den schon zitierten²⁴ Art. 1 Abs. 2 zweiter Satz revEntsG, der im Zuge der zweiten Revisionsrunde ins Gesetz gekommen ist, zum anderen auf die Protokolle der parlamentarischen Beratungen. Diese Materialien²⁵ belegen, dass Art. 1 Abs. 2 zweiter Satz revEntsG (auf Antrag einer Kommissionminderheit Levrat, Fetz, Recordon, Zanetti) bewusst eingefügt wurde, um damit auch den inländischen Subunternehmer zu erfassen. Auch beim Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 revEntsG setzte sich die genannte Minderheit durch. Die hier interessierende «Mittelvariante II» sah eine entsprechende Beschränkung der Haftung des Erstunternehmers auf Verstösse von «Subunternehmern mit Sitz im Ausland» vor (Hervorhebung durch uns).²⁶ Im Rahmen der parlamentarischen Beratungen wurde diese Beschränkung jedoch fallen gelassen und der

Minderheitsantrag unterstützt, weshalb ein «Erstunternehmer ... solidarisch für sämtliche ihm nachfolgenden Subunternehmer in einer Auftragskette» haftet (Art. 5 Abs. 2 erster Satz revEntsG). Mithin ist egal, zu welchem Zeitpunkt (und ob überhaupt) ein ausländischer Subunternehmer involviert wird.

[Rz 21] Vordergründig ging es bei dieser Ausweitung darum, eine nach FZA²⁷ unzulässige Diskriminierung abzuwenden. Einen solchen Vorwurf hätte man machen können, wenn Erstunternehmer nur für ausländische, nicht auch für inländische Subunternehmer hätten einstehen müssen. Denn die Erstunternehmer hätten (jedenfalls in der Tendenz) von einer Vergabe an ausländische Subunternehmer abgesehen, um diesem zusätzlichen Haftungsrisiko zu begegnen.²⁸ Vor allem aber läuft diese Ausweitung auf eine Stärkung auch inländischer Arbeitnehmer hinaus, die sich fortan auch an einen Erstunternehmer halten können, der ihnen als gesetzlicher Bürge für die Einhaltung von Arbeits- und Lohnbedingungen einzustehen hat.

2. Haftung auch für die Folgen eines Arbeitsunfalls

[Rz 22] In der *zweiten Variation* hat der Subunternehmer zwar den geschuldeten Lohn bezahlt, weshalb der Arbeitnehmer den Erstunternehmer denn auch gar nicht auf Erfüllung offener Lohnforderung, sondern für die **Folgen eines Arbeitsunfalls** und damit **auf Schadenersatz belangt**. Dass auch dies möglich ist, mag überraschen, da mit dem Entsendegesetz gemeinhin die Vorstellung verbunden wird, es gehe ihm einzig um die Abwehr von Lohndumping und damit um den Schutz des hiesigen Lohnniveaus. Diese Vorstellung war schon unter dem bisherigen Entsendegesetz falsch – und bleibt es auch nach neuem Recht. Denn einzuhalten sind (neben den Netto-Mindestlöhnen) auch die «Arbeitsbedingungen gemäss Artikel 2 Absatz 1», was Art. 5 Abs. 1 revEntsG festhält. Dazu gehören auch die Vorschriften zu «Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz» (Art. 2 Abs. 1 lit. d revEntsG), die in «Bundesgesetzen [und in] Verordnungen des Bundesrates ... vorgegeschrieben sind» (Art. 2 Abs. 1 revEntsG). Zu denken ist dabei an das Arbeits-²⁹ und das Unfallversicherungsgesetz³⁰, jeweils unter Einschluss der zugehörigen Verordnungen, also auch der Bauarbeitenverordnung³¹. Versäumnisse des

²³ Für den Wortlaut vgl. AS 2003 1370 sowie Fn. 7.

²⁴ Vgl. Rz 1.

²⁵ Vgl. etwa das Votum Zanetti, AB 2012 S 873 f., sowie die Ausführungen von Bundesrat Schneider-Ammann, AB 2012 N 2031 und AB 2012 S 878. Der Ständerat schloss sich in der Abstimmung mit 22 gegen 18 Stimmen dem Minderheitsantrag der Kommission an (AB 2012 S 880).

²⁶ Gesetzesentwurf betreffend Art. 5 EntsG, abgedruckt auf S. 2 des Anhangs zum SECO-Bericht (Fn. 3).

²⁷ Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (SR 0.142.112.681). Das Diskriminierungsverbot findet sich in Art. 2 FZA.

²⁸ Siehe SECO-Bericht (Fn. 3), S. 14 f.

²⁹ Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (ArG; SR 822.11).

³⁰ Bundesgesetz vom 20. März 1981 über die Unfallversicherung (UVG; SR 832.20).

³¹ Verordnung vom 29. Juni 2005 über die Sicherheit und den

Subunternehmers mit Bezug auf die Arbeitssicherheit können so auch eine Haftung des Erstunternehmers begründen, und dies selbst in jenen Fällen, in denen der Erstunternehmer an sich gar keine (deliktische) Haftung im Verhältnis zum verunfallten Arbeitnehmer treffen würde (z.B. deshalb nicht, weil er sich nach Art. 55 OR zu entlasten vermag).

[Rz 23] Im Vergleich zu ausländischen Rechtsordnungen geht die Haftung des Erstunternehmers nach Schweizer Recht bemerkenswert weit, indem er auch für die Folgen eines Bauunfalls einzustehen hat. Deutschland und Österreich etwa sind in diesem Punkt zurückhaltender. Zwar hat der Arbeitgeber (Subunternehmer), der einen Arbeitnehmer in einen EU-Staat entsendet, auch dort die minimalen «Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen» zu garantieren, «die in dem Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet die Arbeitsleistung erbracht wird ... festgelegt sind» (Art. 3 Abs. 1 ERL).³² Der entscheidende Unterschied besteht allerdings darin, dass die Haftung des Erstunternehmers in Bezug auf diese minimalen «Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen» gemäss deutschem und österreichischem nationalem Recht nur für den Erhalt des Mindestlohns, nicht aber für die Arbeitssicherheit besteht.³³ Die Schweizer Regelung in Art. 5 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 revEntsG geht demnach bedeutend weiter als das, was nach deutschem und österreichischem Recht gilt.

3. Haftung für sämtliche Subunternehmer über die ganze Vertragskette

[Rz 24] In unserer *dritten Variation* (der vorderhand letzten) ist der fehlbare Arbeitgeber vertraglich nicht unmittelbar mit dem Erstunternehmer verbunden, sondern hängt als Subsubunternehmer am Vertragspartner des Erstunternehmers. Das ändert allerdings nichts an der Haftung des Erstunternehmers, denn Art. 5 Abs. 2 revEntsG sieht vor, dass der Erstunternehmer nicht nur seine eigenen Subunternehmer, sondern «für sämtliche ihm nachfolgenden Subunternehmer in einer Auftragskette» haftet, weshalb es keine Rolle spielt, dass zwischen dem Erstunternehmer und dem Subsubunternehmer keine vertragliche Beziehung besteht. Auch von dieser Haftung kann sich der Erstunternehmer mit dem Nachweis befreien, dass er «in Bezug auf die Einhaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen» die gebotene Sorgfalt

angewendet hat. Diese Sorgfalt hat der Erstunternehmer gegenüber sämtlichen Subunternehmern in der Auftragskette selbst anzuwenden, weshalb es nicht ausreicht, dass er sich von seinem eigenen Vertragspartner entsprechende Zusicherungen machen lässt.

IV. Schluss

[Rz 25] Die neue Ausfallhaftung von Unternehmen, die das teilrevidierte Entsendegesetz begründet, ist der Versuch, die Stellung der Arbeitnehmer von Subunternehmern zu stärken. Ob dieser Versuch gelingt, und die erwünschten Wirkungen zeitigt, ist offen. Dies hängt zum einen davon ab, welche Schritte der Arbeitnehmer gegen seinen Arbeitgeber unternehmen muss, bevor er den Erstunternehmer belangen kann. Zum andern ist entscheidend, welche Anforderungen an den Entlastungsbeweis eines Erstunternehmers gestellt werden. Bei allem bleibt die Frage, warum der Gesetzgeber nur in der Bauindustrie interveniert, während kaum daran zu zweifeln ist, dass entsprechende Missbräuche auch in anderen Branchen vorkommen.

Prof. Dr. HUBERT STÖCKLI, Rechtsanwalt, MCL, ist Inhaber des Lehrstuhls für Zivil- und Handelsrecht der Universität Freiburg und Direktor des Instituts für Schweizerisches und Internationales Baurecht.

ROGER BIERI, MLaw, Rechtsanwalt, ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Zivil- und Handelsrecht der Universität Freiburg.

Wir danken Frau LISA AESCHIMANN, MLaw, wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Zivil- und Handelsrecht der Universität Freiburg, für die kritische Durchsicht unseres Beitrages.

Bemerkungen und Anregungen nehmen wir gerne entgegen (hubert.stoekli@unifr.ch oder roger.bieri@unifr.ch), insbesondere mit Blick auf unsere Folgepublikation, die weitere Fragen aufgreifen und in der Zeitschrift «Baurecht/Droit de la construction» erscheinen wird.

* * *

Gesundheitsschutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bei Bauarbeiten (BauAV; SR 832.311.141).

³² In Deutschland erfolgte die Umsetzung dieser Bestimmung in § 2 AEntG.

³³ Für Deutschland vgl. § 14 AEntG (Haftung des Auftraggebers): «Ein Unternehmer ... haftet für die Verpflichtungen ... zur Zahlung des Mindestentgelts an Arbeitnehmer oder Arbeitnehmerinnen ...». In Österreich findet sich die entsprechende Regelung in § 7c Abs. 3 des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes vom 26. Februar 2013 (AVRAG) über die Haftung des Generalunternehmers: «Der Generalunternehmer haftet ... für Ansprüche auf das ... Entgelt der vom Subunternehmer ... eingesetzten Arbeitnehmer».