

Erläuternder Bericht zum Entwurf über die Revision der Verordnung über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (EntsV)

Umsetzung der Solidarhaftung

1. Einleitung

Begleitend zur schrittweisen Einführung des freien Personenverkehrs zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft am 1. Juni 2002¹ sind arbeitsmarktliche Massnahmen getroffen worden, mit denen verhindert werden soll, dass die Löhne in der Schweiz durch die Öffnung des Arbeitsmarktes unter Druck geraten. Ein wichtiger Teil dieser flankierenden Massnahmen (FlaM) stellt das Bundesgesetz vom 8. Oktober 1999² über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (Entsendegesetz; EntsG) dar. Das Entsendegesetz räumt den im Rahmen einer Dienstleistungserbringung in die Schweiz entsandten Arbeitnehmern einen Anspruch auf minimale Lohn- und Arbeitsbedingungen ein, welche vor allem in Bundesgesetzen, in allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen (ave GAV) und in Normalarbeitsverträgen (NAV) mit zwingenden Mindestlöhnen im Sinne von Artikel 360a OR festgelegt sind (Art. 2 Abs. 1 EntsG).

Seit Inkrafttreten des EntsG ist dieses wiederholt angepasst worden. Im Jahre 2012 wurden zwei Änderungen vom Parlament verabschiedet:

Am 15. Juni 2012 hat das Parlament neue Bestimmungen zur verbesserten Bekämpfung der Scheinselbstständigkeit ausländischer Dienstleistungserbringer verabschiedet. Neben einer Dokumentationspflicht wurden auch neue Sanktionsmöglichkeiten geschaffen, die unter anderem einen Arbeitsunterbruch ermöglichen, wenn eine Person ihre Selbstständigkeit nicht nachweisen kann (Art. 1b EntsG). Zudem können künftig auch Arbeitgeber, die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Schweiz anstellen und gegen zwingende Mindestlöhne in Normalarbeitsverträgen verstossen, mit Sanktionen belegt werden (Art. 9 Abs. 2 Bst. c EntsG). Die Möglichkeiten zur erleichterten Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen bei Missbräuchen in einer ganzen Branche sind erweitert worden (Art. 1a AVEG³). Zudem wurde eine Verpflichtung ausländischer Arbeitgeber eingeführt, den Lohn der entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Meldeverfahren anzugeben (Art. 6 Abs. 1 Bst. a EntsG). Die Änderungen sind am 1. Januar 2013 in Kraft getreten⁴, mit Ausnahme der Pflicht zur Lohnmeldung, die wegen der technischen Anpassungen im Online Meldesystem erst auf den 1. Mai 2013 in Kraft gesetzt werden kann.

In der Wintersession hat das Parlament am 14. Dezember 2012 den zweiten Teil der Vorlage verabschiedet, welche die bestehende Solidarhaftung des Erstunternehmers für die Nichteinhaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen durch den Subunternehmer verstärkt (Art. 5 EntsG)⁵. Dieser Teil der Vorlage war im Entwurf des Bundesrates⁶ nicht enthalten,

¹ Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit (FZA); SR **0.142.112.681**

² SR **823.20**

³ Bundesgesetz vom 28. September 1956 über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen; SR **221.215.311**

⁴ AS **2012 6703**

⁵ BBI **2012 9725**

sondern wurde im Laufe der Vorberatung in den Kommissionen des Stände- und Nationalrates eingebracht. Allerdings hat das Parlament die Vorlage in der Sommersession 2012 zweigeteilt, um die Verabschiedung der Massnahmen gegen die Scheinselbständigkeit nicht zu verzögern. Im Hinblick auf die Fortsetzung der Beratung der Solidarhaftung im Herbst 2012 wurde während der Sommerpause eine informelle Konsultation unter den betroffenen Kreisen und den Kantonen durchgeführt. In der Wintersession 2012 wurde die Vorlage vom Parlament verabschiedet. Aus diesem Grund ist die Thematik der Solidarhaftung nicht in der Botschaft des Bundesrates vom 2. März 2012⁷ enthalten, allgemeine Informationen zur Solidarhaftung sind jedoch im Bericht des SECO im Rahmen der informellen Konsultation zu finden⁸.

2. Grundzüge der neuen Gesetzesbestimmung

Zweck der solidarischen Haftung ist es, gewisse Missbräuche im Zusammenhang mit Subunternehmerketten zu unterbinden, welche vor allem in der Baubranche zu beobachten sind. Wenn Aufträge nur zum Zweck weitervergeben werden, einen Gewinn daraus zu erzielen, so wirkt sich insbesondere die mehrmalige Weitervergabe reduzierend auf das Preisniveau aus. Durch diese Praxis können auch die Löhne unter Druck geraten, insbesondere wenn die Preise auf ein Niveau fallen, bei welchem der ausführende Unternehmer die minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen nicht mehr ohne Verluste einhalten kann. Das Gesetz soll diesem Phänomen entgegenwirken und bewirken, dass trotz Weitervergabe der gleichen Aufträge die minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen eingehalten werden. Der Erstunternehmer kann dafür haftbar gemacht werden, dass jeder Subunternehmer, der innerhalb einer Vergabekette Arbeiten ausführt, sich an die minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen hält. Im Vergleich zur bestehenden Bestimmung in Art. 5 EntsG weist die neue Regelung damit stärkere Züge auf. Die Bestimmung ermöglicht dem Erstunternehmer jedoch den sog. Befreiungsbeweis. Gelingt ihm der Nachweis, dass er seine Sorgfaltspflicht bei der Weitervergabe der Arbeiten erfüllt hat, ist er von der Haftung befreit. Dazu muss der Erstunternehmer die Einhaltung der minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen nach Artikel 2 EntsG durch die Subunternehmer, welche die Arbeiten ausführen, bei der Vergabe dieser Arbeiten überprüfen. Er muss sich von den Subunternehmern anhand von Dokumenten und Belegen glaubhaft darlegen lassen, dass diese sich an die minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen halten.

Die Haftung wurde auf jene Branchen beschränkt, in welchen nach den Beobachtungen der Vollzugsorgane des Entsendegesetzes und der ave GAV die Gefahr von Lohnunterbietungen durch kettenhafte Weitervergaben am stärksten ist, im Bauhaupt- und Baunebengewerbe. In der informellen Konsultation haben zudem verschiedene Kantone und das Baunebengewerbe einen Handlungsbedarf auch bei inländischen Subunternehmern geltend gemacht. Sie verlangten die Ausdehnung der Solidarhaftung auch auf inländische Subunternehmer, da sich die Problematik auch zunehmend bei inländischen Verhältnissen stelle. Zudem erlauben die Verpflichtungen der Schweiz aus dem FZA keine Diskriminierung von ausländischen Dienstleistungserbringern. Aus diesem Anlass wurde der Geltungsbereich des EntsG, welches sich an Arbeitgeber mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland richtet, in Bezug auf die Solidarhaftung auf inländische Subunternehmer ausgedehnt.

Die neue Sorgfaltspflicht stellt höhere Anforderungen an den Erst- und Subunternehmer. Sie verursacht daher mehr Aufwand als unter der bisherigen Regelung, da sich die Pflicht nicht mehr nur auf eine vertragliche Vereinbarung zur Einhaltung der Minimalbedingungen beschränkt. Ein Erstunternehmer, der kein Haftungsrisiko eingehen will, muss sich

⁶ Bundesgesetz über die Anpassung der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit (BBI 2012 3429)

⁷ BBI 2012 3397

⁸ <http://www.seco.admin.ch/themen/00385/00448/00449/index.html?lang=de>

vergewissern, dass er die Arbeiten einem Subunternehmer überträgt, welcher die Minimalbedingungen respektiert.

Trotz ihrer solidarischen Natur der Haftung wurde im Gesetz vorgesehen, dass der Erstunternehmer subsidiär zum Subunternehmer und Arbeitgeber haftet. Diese Reihenfolge fusst auf dem Gedanken, dass der Arbeitgeber der Schuldner des Lohnes ist und als erster in die Pflicht genommen werden muss. Nur wenn der Subunternehmer erfolglos belangt wurde oder nicht belangt werden kann, ist die Inanspruchnahme des Erstunternehmers möglich.

Damit bewirkt die neue Bestimmung in Art. 5 EntsG einige grundlegende Änderungen gegenüber der bestehenden Regelung. Beibehalten wurde die Möglichkeit, dem Erstunternehmer, welcher seine Sorgfaltspflicht nicht erfüllt, eine Verwaltungsbusse nach Artikel 9 EntsG aufzuerlegen. Die Gesetzesgrundlage soll gleichzeitig mit den Anpassungen in der EntsV am 15. Juli 2013 in Kraft treten.

3. Ausführungsbestimmungen in der EntsV

Trotz ihrer Verankerung im EntsG handelt es sich bei der Solidarhaftung um eine zivilrechtliche Haftungsbestimmung. Dies bedeutet, dass der Arbeitnehmer seine Ansprüche gegen den Erstunternehmer auf dem zivilrechtlichen Gerichtsweg durchsetzen muss. Dies bedeutet aber auch, dass die zivilen Gerichte letztinstanzlich zuständig sind, über die Anwendung der Bestimmung entscheiden. Der Gesetzwortlaut sieht vor, dass der Erstunternehmer die nach den Umständen gebotene Sorgfalt in Bezug auf die Einhaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen nachweisen muss, um sich von der Haftung zu befreien. Das Gericht muss folglich bei der Frage, ob ein Erstunternehmer seine Sorgfaltspflicht erfüllt hat, die konkreten Umstände im Einzelfall berücksichtigen. Die Bestimmung räumt dem Richter in dieser Frage ein Ermessen ein. Artikel 4 zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (ZGB)⁹ sieht vor, dass das Gericht seine Entscheidung nach Recht und Billigkeit zu treffen hat, wo das Gesetz ihm ein Ermessen einräumt.

Diese Ausgangslage hat auch Auswirkungen auf die Umsetzung der Solidarhaftung. Aufgrund seiner allgemeinen Kompetenz zum Erlass von Vollziehungsverordnungen (Art. 182 Abs. 2 BV)¹⁰ und aufgrund von Ermächtigungen in einzelnen Gesetzesartikeln hat der Bundesrat die Verordnung über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (Entsendeverordnung; EntsV)¹¹ verabschiedet. Der Bundesrat hat zwar die Kompetenz, gewisse Ausführungsbestimmungen zur Solidarhaftung zu erlassen, jedoch reicht diese Kompetenz nicht so weit, die Umsetzung der Gesetzesbestimmung in einem umfassenden und abschliessenden Sinne auf Verordnungsebene zu regeln. Dies würde im Widerspruch stehen zum oben erwähnten Ermessensspielraum der zivilen Gerichte.

Auf der anderen Seite steht das Bedürfnis der betroffenen Erst- und Subunternehmer nach einer gewissen Rechtssicherheit. Als Adressaten der FlaM und des EntsG haben sie Interesse daran zu erfahren, welches die Auswirkungen des Gesetzes sind und welche Vorkehrungen sie zu treffen haben, um die Sorgfaltspflicht zu erfüllen. Dabei ist der Hintergrund der Regelung zur Solidarhaftung zu beachten: Sie wurde im Rahmen der FlaM zur Bekämpfung von Lohnunterbietungen erlassen. Zu diesem Zweck können Verordnungsbestimmungen hilfreiche Leitplanken setzen.

⁹ SR 210

¹⁰ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft; SR 101

¹¹ SR 823.201

Wie oben erwähnt, entscheidet im Einzelfall immer das Gericht darüber, ob die Voraussetzungen für eine Befreiung von der Haftung erfüllt sind oder nicht. Dies könnte in einem gerichtlichen Verfahren auch bedeuten, dass der Richter die EntsV vorfrageweise auf ihre Gesetzes- und Verfassungsmässigkeit hin überprüft. Dabei besteht ein gewisses Risiko, dass das Gericht zum Schluss gelangt, dass die Verordnungsbestimmung nicht gesetzes- oder verfassungsmässig ist und diese nicht anwendet. Ein solches Urteil hätte dann unter Umständen auch Auswirkungen auf alle weiteren Anwendungsfälle.

Dieser rechtlichen Ausgangslage ist mit den vorliegenden Verordnungsbestimmungen zur Solidarhaftung Rechnung zu tragen. Sie sollen Möglichkeiten aufzeigen, wie nach Ansicht des Bundesrates die Bestimmung umzusetzen ist und insbesondere die Sorgfaltspflicht erfüllt werden kann. Auf der anderen Seite beanspruchen die Verordnungsbestimmungen nicht, die Solidarhaftung umfassend zu regeln, sodass den Gerichten Spielraum für einen Ermessensentscheid im Einzelfall offen bleibt.

4. Erläuterungen zu den einzelnen Bestimmungen

Der vorliegende Verordnungsentwurf bezweckt, gewisse Aspekte der Solidarhaftung in Art. 5 EntsG zu präzisieren. Den Erst- und Subunternehmern sollen Möglichkeiten aufgezeigt werden, wie sichergestellt werden kann, dass die minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen eingehalten werden. Damit soll dem Erstunternehmer in einem gerichtlichen Verfahren der Nachweis erleichtert werden, dass er die nach den Umständen gebotene Sorgfaltspflicht erfüllt hat.

Die Grundlagen für den vorliegenden Entwurf wurden im Rahmen einer Expertengruppe bestehend aus Vertretern der Sozialpartner, der betroffenen Unternehmerkreise, der Baubranche, der Kantone und der SUVA unter der Leitung des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) ausgearbeitet. Die Vorschläge werden den interessierten Kreisen in einer konferenziellen Anhörung unterbreitet. In der EntsV werden wie erwähnt nur einzelne Aspekte zur Präzisierung der Sorgfaltspflicht geregelt. Ergänzend zu den Verordnungsbestimmungen plant das SECO in Zusammenarbeit mit den betroffenen Kreisen Informationen und Mustervorlagen zur Verfügung zu stellen.

Auf Verordnungsebene wird geregelt, aufgrund welcher Dokumente und anderer Nachweismöglichkeiten sich der Erstunternehmer vergewissern kann, dass der Subunternehmer die minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen in Art. 2 EntsG einhält. Diese Prüfung soll im Normalfall bei der Vergabe der Arbeiten stattfinden und bezieht sich auf das künftige Verhalten des Subunternehmers. Aufgrund der gesamten Umstände muss dem Erstunternehmer glaubhaft erscheinen, dass der Subunternehmer die minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen während der Ausführung der Arbeiten respektieren wird.

Des Weiteren wird definiert, was der Begriff des Netto-Mindestlohnes in Art. 5 Abs. 1 EntsG beinhaltet. Insbesondere bei Anstellungen im Monatslohn stellt sich die Frage nach der Definition des Mindestlohnes im Zusammenhang mit der Haftung. Bei diesen Anstellungen fallen in der Regel keine Zuschläge für den anteilmässigen Ferienlohn, den anteilmässigen 13. Monatslohn, oder die Entschädigung für Überstunden an.

Schliesslich wird die EntsV um eine Bestimmung ergänzt, die in keinem direkten Zusammenhang mit der Solidarhaftung steht. Es handelt sich um die Einführung einer rechtlichen Grundlage für die Weiterleitung der bewilligungspflichtigen Arbeitnehmer-Entsendungen nach dem Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG)¹² an die paritätischen Vollzugskommissionen (PK) von ave GAV. Dazu zählen alle Aufenthalte

¹²

von entsandten Arbeitnehmenden im Rahmen von grenzüberschreitenden Dienstleistungen, welche nicht dem Meldeverfahren nach Art. 6 EntsG unterstehen. Im Rahmen des FZA sind dies die Arbeitnehmer-Entsendungen von mehr als 90 Tagen im Kalenderjahr. Bei Drittstaatsangehörigen, die im Auftrag eines ausländischen Arbeitgebers in die Schweiz entsandt werden, gilt die Bewilligungspflicht bei mehr als acht Tagen Erwerbstätigkeit im Kalenderjahr (Art. 14 Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit; VZAE)¹³. Dazu zählen auch die Bewilligungen für eine kurzfristige Erwerbstätigkeit nach Art. 12 VZAE, welche insgesamt vier Monate innerhalb eines Zeitraumes von 12 Monaten dauern (sog. 120-Tage-Bewilligungen). Die Weiterleitung der Bewilligungen wird es den PK unter anderem ermöglichen, bei ausländischen Entsendebetrieben, welche nicht dem Meldeverfahren unterstehen, die Beiträge für Vollzugs- und Weiterbildungskosten zu erheben.

1. Kapitel: Entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer

Art. 7 Abs. 3 (neu) Ausnahmen von der Meldepflicht

Der heutige Art. 7 EntsV enthält eine Regelung für die Entsendung eines Arbeitnehmers, welcher der Bewilligungspflicht nach AuG untersteht (Abs. 1). In diesen Fällen übergibt die Bewilligungsbehörde der kantonalen Behörde, die für den Erhalt der Meldungen zuständig ist, eine Kopie der erteilten Bewilligungen (Abs. 2). Neu sollen auch die PK eine Kopie des Bewilligungsentscheides erhalten.

Dadurch können die PK die Einhaltung der minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen, welche in den ave GAV geregelt sind, bei den bewilligungspflichtigen Entsendungen überprüfen. Zudem können sie die im ave GAV vorgesehenen Weiterbildungs-, Kontroll- und Vollzugskostenbeiträge erheben. Aufgrund von Art. 2 Abs. 2bis EntsG und bisheriger Art. 8a EntsV sind diese Beiträge an den Vollzug des GAV auch für ausländische Arbeitgeber anwendbar, welche Arbeitnehmer in die Schweiz entsenden. Dies gilt sowohl für melde- als auch für bewilligungspflichtige Entsendungen. Im Gegensatz zu den Meldungen (Art. 6 Abs. 4 EntsG) gibt es bisher keine rechtliche Grundlage für die Weiterleitung der Bewilligungen an die PK. Der neue Absatz 3 soll diese Lücke schliessen.

Gliederungstitel vor Artikel 8a

4. Abschnitt: Sorgfaltspflicht des Erstunternehmers bei der Weitervergabe von Arbeiten an Subunternehmer

Die Sorgfaltspflicht in Kombination mit einer Haftung für die ganze Subunternehmerkette verlangt vom Erstunternehmer gewisse präventive Massnahmen bei der Weitervergabe der Arbeiten. Dabei ist zu beachten, dass der Erstunternehmer nur mit seinem ersten Subunternehmer in einem vertraglichen Verhältnis steht, nicht aber mit dem zweiten und den folgenden Subunternehmern. Der erste Subunternehmer steht wiederum nur mit dem zweiten in einem vertraglichen Verhältnis usw. Dieser Umstand ist bei der Definition der Sorgfaltspflicht zu berücksichtigen. Die Solidarhaftung soll aber auch nicht verhindern, dass Arbeiten nach der Weitervergabe noch an weitere Subunternehmer gehen können.

Nach mehrheitlicher Auffassung der Expertengruppe besteht die Sorgfaltspflicht des Erstunternehmers grundsätzlich aus drei Elementen, die je nach den Umständen mehr oder weniger Gewicht haben können. Der Erstunternehmer muss im Einzelfall entscheiden, welches Mass an Sorgfalt er gegenüber einem bestimmten Subunternehmer anwenden

¹³

muss und welchen der nachfolgenden Elemente er mehr oder weniger Gewicht geben muss. Diese drei Elemente lauten:

1. Darlegung der Einhaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen: dieser Schritt erfolgt im Normalfall anlässlich der Vergabe der Arbeiten. Der Erstunternehmer muss sich vom Subunternehmer anhand von aussagekräftigen Dokumenten glaubhaft darlegen lassen, dass dieser sich an die minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen hält.

2. Vertragliche Vorkehrungen: der Erstunternehmer muss im Werkvertrag mit dem Subunternehmer die allfällige Weitervergabe an einen zweiten und dritten Subunternehmer regeln. Er kann sich vertraglich zusichern lassen, dass jede Weitervergabe von ihm genehmigt werden muss. Zudem kann er sich einen vertraglichen Anspruch auf die Angaben zu den Löhnen zur Anwendung der Sorgfaltspflicht einräumen lassen.

3. Organisatorische Massnahmen ("Compliance"): Zusätzlich sind organisatorische Massnahmen erforderlich um sicherstellen, dass der Erstunternehmer anlässlich jeder Weitervergabe von Arbeiten innerhalb seines Bauprojekts den jeweils ausführenden Subunternehmer vorgängig überprüfen kann. Zu diesem Zweck muss er sich vor Ort auf der Baustelle eine Übersicht verschaffen, um sicherzustellen, dass kein Subunternehmer auf der Baustelle tätig ist, den er nicht überprüft hat.

Zur Definition der erwähnten Elemente der Sorgfaltspflicht werden in der EntsV neue Bestimmungen aufgenommen. Sie sollen die Aspekte der Sorgfaltspflicht konkretisieren, bezwecken jedoch nicht, die Solidarhaftung vollständig und abschliessend auf Verordnungsstufe zu regeln. Zudem soll der Begriff "Netto-Mindestlohn" in Art. 5 Abs. 1 EntsG definiert werden.

Art. 8a (neu) Netto-Mindestlohn

Die solidarische Haftung des Erstunternehmers für ausländische Subunternehmer war schon vor ihrer Anpassung vom 14. Dezember 2012 in der Entsendegesetzgebung verankert. Im Rahmen der Debatte des Bundesgesetzes über die Anpassung der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit wurde die Solidarhaftung verstärkt und insbesondere auf inländische Subunternehmer ausgedehnt. Trotz ihrer Erstreckung auf Binnenverhältnisse ist zu beachten, dass die Solidarhaftung im Entsendegesetz eingeordnet und im Zusammenhang mit diesem Gesetz auszulegen ist. Das EntsG bezieht sich auf die minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen, die in Bundesgesetzen, Verordnungen des Bundesrates, allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen und Normalarbeitsverträgen im Sinne von Artikel 360a OR vorgeschrieben sind (Art. 2 Abs. 1 EntsG). Dies hat zur Folge, dass nur die in den erwähnten Erlassen geregelten Lohn- und Arbeitsbedingungen von der Solidarhaftung erfasst sind. Demnach fallen weitergehende als die minimalen Ansprüche des Arbeitnehmers mit Lohncharakter, welche nicht in den erwähnten Erlassen geregelt sind, nicht unter den Geltungsbereich des EntsG und unter die solidarische Haftung. Dies können z.B. vertraglich vereinbarte Erfolgsprämien oder eine Gratifikation sein. Diese haben gemäss den Art. 6 und 7 der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV)¹⁴ zwar Lohncharakter, fallen aber nicht unter den Geltungsbereich des EntsG.

In Artikel 8a wird der Haftungsbetrag definiert, welcher in einem Haftungsfall nach den Arbeitnehmerabzügen resultiert.

Im Bereich der ave GAV wird der Begriff "Mindestlohn" oft als der Basislohn ohne Zuschläge verwendet. Die minimale Entlöhnung umfasst neben dem erwähnten Mindestlohn

¹⁴

verschiedene Zuschläge, die sich aus Gesetz oder aus dem GAV ergeben können. In der EntsV ist in Art. 1 aufgelistet, welche Bestandteile zur minimalen Entlohnung zählen. Der neue Art. 8a verweist für die Definition des "Netto-Mindestlohnes" auf die Auflistung in Art. 1 EntsV. Je nach Entschädigungsart, ob im Stunden- oder Monatslohn, kommen zum Basislohn die Zuschläge nach Art. 1 EntsV hinzu. Bei der Vergütung im Monatslohn hängt es wiederum von den Umständen im Einzelfall ab, ob und welche Geld-Zuschläge im Zusammenhang mit der Solidarhaftung hinzukommen.

Die Haftung des Erstunternehmers umfasst den Netto-Mindestlohn, d.h. den Brutto-Lohn nach Abzug der gesetzlichen Beträge zulasten des Arbeitnehmers für Sozialversicherungen Steuern und Quellensteuern sowie die aufgrund von dem GAV geschuldeten Vollzugs- und Weiterbildungskostenbeiträge des Arbeitnehmers. Für diese Abzüge haftet der Erstunternehmer nicht. In einigen europäischen Staaten werden die Steuern direkt vom Lohn abgezogen. In diesen Fällen sind sie vom Netto-Mindestlohn in Art. 8a nicht erfasst, da der Erstunternehmer die Steuern nicht anstelle des Arbeitgebers abführen kann. Bei inländischen Arbeitsverhältnissen wird hingegen nur die Quellensteuer direkt vom Lohn abgezogen und ist somit nicht vom Haftungsbetrag erfasst.

Die Abgrenzung zwischen minimalen und weitergehenden Lohnansprüchen könnte im Einzelfall kompliziert werden. Es jedoch zu bedenken, dass insbesondere die ausländischen Entsendefirmen sich an den Betrag des Mindestlohnes halten und keine höheren Löhne oder zusätzlichen Lohnansprüche für den Einsatz in der Schweiz gewähren. Deshalb dürften in der Regel keine Schwierigkeiten zu erwarten sein.

Art. 8b (neu) Einhaltung der minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen

Artikel 8b soll anhand einer nicht abschliessenden Liste von Dokumenten aufzeigen, wie der Erstunternehmer überprüfen kann, dass der Subunternehmer sich an die minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen hält. Im Einzelfall kann der Subunternehmer dies dem Erstunternehmer auch aufgrund anderer Dokumente und Belege glaubhaft machen, z.B. aufgrund von Arbeitsverträgen und Lohnabrechnungen. Die Liste ist deshalb nicht abschliessend zu verstehen. Sie liefert jedoch anschauliche Hinweise, welche Dokumente und Belege sich der sorgfältige Erstunternehmer aus Sicht der Expertengruppe vorlegen lassen sollte.

Im Rahmen der Vorarbeiten wurde die gebotene Sorgfalt anhand unterschiedlicher Situationen des Subunternehmers diskutiert. Als Kriterien haben sich insbesondere herausgestellt, ob ein Subunternehmer schon eine gewisse Zeit auf dem Markt tätig ist oder nicht, ob er bereits mehrmals mit dem Erstunternehmer zusammengearbeitet hat und sich bezüglich Einhaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen als zuverlässig erwiesen hat und ob eine PK bereits eine Lohnbuchkontrolle bei ihm durchgeführt hat oder nicht. Dementsprechend ist der administrative Aufwand zur Erfüllung der Sorgfaltspflicht je nach Situation unterschiedlich hoch. Wie vorne unter Kap. 3 erwähnt, hängt die gebotene Sorgfalt immer von den Umständen im Einzelfall ab, weshalb sie auf Verordnungsebene nicht systematisch und abschliessend definiert werden kann. Wenn der Erstunternehmer ein Haftungsrisiko vermeiden will, muss er sich fragen, ob er bezogen auf den einzelnen Subunternehmer die erforderlichen Massnahmen getroffen hat, um davon ausgehen zu können, dass dieser sich an die minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen hält.

Dazu müssen ihm die vom Subunternehmer vorgelegten Dokumente und Belege in Bezug auf Einhaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen glaubhaft erscheinen. Im Zivilprozess und im materiellen Recht wird zur Erleichterung der Beweislast für bestimmte behauptete Tatsachen nur die Glaubhaftmachung und nicht ein strikter Beweis oder ein sog.

„Wahrscheinlichkeitsbeweis“¹⁵ verlangt (z.B. Art. 261 ZPO¹⁶). Im Zusammenhang mit der Solidarhaftung ist die Glaubhaftmachung das Kriterium für das Ausmass der anzuwendenden Sorgfalt des Erstunternehmers. Die Einhaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen muss glaubhaft erscheinen, jedoch nicht strikte bewiesen werden.

In einzelnen Urteilen des Bundesgerichtes zur Glaubhaftmachung von Tatsachen im Zivilprozess wurde diese wie folgt umschrieben:

- „Eine blossе Behauptung genügt nicht. Es bedarf des Belegs von Tatsachen, welche die glaubhaft zu machenden Tatbestände objektiv wahrscheinlich machen“ (BGE 4P.64/2003 E.3.3);
- "Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache schon dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte" (BGE 132 III 715);
- „Ungenügend für ein Glaubhaftmachen sind blossе Parteibehauptungen, auch wenn diese plausibel erscheinen. Vielmehr muss ein Beweisanfang vorliegen. Erforderlich ist eine Beweisführung mindestens den Grundzügen nach“ (Praxis 2003, Nr. 71, S. 375).

Übertragen auf die Glaubhaftmachung der Einhaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen bedeutet dies, dass eine blossе Zusicherung des Subunternehmers alleine nicht genügt, sondern dass er mit den geeigneten Dokumenten darlegen muss, dass er sich an die Vorschriften hält. Auf der anderen Seite kann auch kein strikter Beweis erwartet werden, denn die Prüfung durch den Erstunternehmer bezieht sich ja auf einen Sachverhalt in der Zukunft. Aus diesem Grund verlangt die Gesetzesbestimmung für das Erfüllen der Sorgfaltspflicht nur die Glaubhaftmachung und nicht den vollen Beweis.

Art. 8b Abs. 1

Absatz 1 enthält eine Auflistung von möglichen Dokumenten, mit welchen die Einhaltung der minimalen Lohnbedingungen dargelegt werden kann. Für den Begriff "minimale Lohnbedingungen" ist die Definition der minimalen Entlöhnung in Art. 1 EntsV heranzuziehen. Diese umfasst neben dem Mindestlohn die obligatorischen Zuschläge für Überstunden, Akkordarbeit, Schicht-, Nacht-, Sonntags- und Feiertagsarbeit sowie beschwerliche Arbeit. Hinzu kommt der anteilmässige Ferienlohn und 13. Monatslohn, die bezahlten Feier- und Ruhetage, die Lohnfortzahlung bei unverschuldeter Verhinderung der Arbeitnehmenden im Sinne von Art. 324a OR sowie der Lohn bei Verzug des Arbeitgebers. Der Lohnanspruch beim Annahmeverzug des Arbeitgebers ist im OR geregelt und (Art. 324 Abs. 1 OR).

Buchstabe a richtet sich an ausländische Subunternehmer, welche noch über keine PK-Bestätigung (siehe Bst. c und d) verfügen. Sie können die Einhaltung der minimalen Lohnbedingungen mittels einer Entsendebestätigung darlegen. Zu diesem Zweck können sie sich nach dem bestehenden Berechnungsschema richten, welches von den Vollzugsorganen des EntsG im Rahmen des internationalen Lohnvergleichs verwendet wird. Darin sind der Mindestlohn und alle Zuschläge für den Einsatz in der Schweiz aufgeführt. Dieses im Internet verfügbare Berechnungsschema wird bereits heute von den Entsendebetrieben als Hilfsmittel zur Berechnung des Lohnes für den Einsatz in der Schweiz verwendet. Der für entsandte Arbeitnehmende massgebende Lohn lässt sich mit Hilfe der Entsendeplattform des SECO berechnen. Zusätzlich zum Lohn muss die Entsendebestätigung Angaben zur Einreihung in die Lohnklasse, zu den Mindestlöhnen und Arbeitszeiten gemäss dem für den

¹⁵ Beim Wahrscheinlichkeitsbeweis ist lediglich eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dazulegen.

¹⁶ Schweizerische Zivilprozessordnung; SR 272

Einsatz in der Schweiz anwendbaren allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag enthalten.

Die Entsendebestätigung muss von den in der Schweiz entsandten Mitarbeitern unterzeichnet werden. Stehen im Zeitpunkt der Vergabe der Arbeiten die Namen der für den Einsatz in der Schweiz vorgesehenen Mitarbeiter noch nicht fest, so kann der Subunternehmer eine provisorische Liste mit den möglichen oder voraussichtlich entsandten Mitarbeitern vorlegen. Allerdings gehört es in diesen Fällen zur Sorgfaltspflicht, dass der Erstunternehmer vom Subunternehmer eine aktualisierte Entsendebestätigung mit den effektiv in die Schweiz entsandten Mitarbeitern verlangt. Im Meldeverfahren gemäss Art. 6 EntSG muss der Subunternehmer die Namen der entsandten Mitarbeiter ohnehin bis spätestens acht Tage vor der Arbeitsaufnahme angeben (Art. 6 Abs. 3 EntSG). Im Bewilligungsverfahren muss der Subunternehmer die Namen der entsandten Mitarbeiter bereits beim Einreichen des Bewilligungsgesuchs angeben. Vor diesem Hintergrund dürfte dem ausländischen Subunternehmer kein oder nur wenig zusätzlicher administrativer Aufwand entstehen, welchen er nicht ohnehin schon bei einer Arbeitnehmerentsendung in die Schweiz tätigen muss.

Buchstabe b richtet sich an inländische Subunternehmer, die keine Bestätigungen von PK nach Bst. c und d vorweisen können. Mit der Deklaration bestätigt der Subunternehmer, dass er sich an die minimalen Lohnbedingungen gemäss den Vorgaben des anwendbaren ave GAV und allenfalls ergänzend anwendbaren Gesetzen hält. Die Bestätigung muss von den für den Einsatz vorgesehenen Mitarbeitern unterzeichnet sein. Stehen diese im Zeitpunkt der Auftragsvergabe noch nicht fest, so kann der Subunternehmer die Namenliste seiner Stammebelegschaft vorlegen.

Bezüglich der Lohnbedingungen sollte die Deklaration die eingangs zu Absatz 1 erwähnten Elemente der minimalen Entlöhnung enthalten: der Mindestlohn sowie die obligatorischen Zeit- oder Geldzuschläge für Überstunden, Akkordarbeit, Schicht-, Nacht-, Sonntags- und Feiertagsarbeit sowie beschwerliche Arbeit. Hinzu kommt der anteilmässige Ferienlohn und 13. Monatslohn, die bezahlten Feier- und Ruhetage, die Lohnfortzahlung bei unverschuldeter Verhinderung der Arbeitnehmenden im Sinne von Art. 324a OR. Schreibt ein ave GAV den Abschluss einer Krankentaggeldversicherung vor, so kann der Subunternehmer diese dem Erstunternehmer anhand eines Versicherungsausweises belegen.

Die erwähnte Auflistung gilt grundsätzlich sowohl für Beschäftigungen im Stunden- als auch im Monatslohn, bei letzterem ist jedoch zu beachten, dass die Ferienansprüche und die bezahlten Feier- und Ruhetage in Form von freier Zeit und nicht durch Geldzuschläge gewährt werden. Bei Entrichtung eines Monatslohnes sollte es daher genügen, wenn der Subunternehmer die vorgeschriebene minimale Feriendauer, sowie die gewährten Ruhe- und Feiertage deklariert. Dies gilt ebenso für den 13. Monatslohn. Bei Ausrichtung eines Stundenlohnes sind diese Ansprüche als Geldzuschläge aufzuführen.

Zur Deklaration gehört auch die Einreihung jedes Mitarbeiters in die Lohnklasse des anwendbaren ave GAV. Die Lohnklassen sind in jedem ave GAV gesondert definiert und richten sich in der Regel nach Beruf, Qualifikation, Funktion und/oder nach der praktischen Berufserfahrung. Zusätzlich muss der Subunternehmer den für die Lohnklasse geltenden Mindestlohn und die Arbeitszeiten gemäss ave GAV angeben. Die ave GAV enthalten die Mindestlöhne in Form von Stunden- oder häufiger von Monatslöhnen. Schliesslich muss die Deklaration mit der schriftlichen Bestätigung jedes einzelnen Mitarbeiters versehen sein, dass er die für seine Lohnklasse vorgeschriebene minimale Entlöhnung erhält. Die Unterschrift des Mitarbeiters muss sich also auf sämtliche zur minimalen Entlöhnung geltenden Lohnelemente beziehen.

Buchstabe c: Als Nachweis über die Einhaltung der minimalen Lohnbedingungen gilt auch die Bestätigung einer PK, welche eine Lohnbuchkontrolle beim Subunternehmer durchgeführt hat. In der Expertengruppe bestand Einigkeit darin, dass die Bestätigung einer PK über eine Lohnbuchkontrolle die Voraussetzungen der Glaubhaftmachung erfüllen kann und daher als Nachweis geeignet ist. Es gibt jedoch keine allgemeine Definition an die qualitativen und quantitativen Anforderungen einer Lohnbuchkontrolle. Diese kann umfassend sein, auf bis zu fünf Jahre zurückreichen und sämtliche Elemente der Lohnbuchhaltung wie Arbeitszeiten, Ferien, Zuschläge etc. sowie alle Mitarbeiter beinhalten, oder sie kann auch nur stichprobeweise durchgeführt werden. Stichprobenkontrollen beschränken sich nur auf gewisse Fragen der Lohnbuchhaltung, auf einen Anteil der Mitarbeiter und reichen ca. 1 oder zwei Jahre zurück.

Die Organisation der Lohnbuchkontrollen liegt in der Vollzugsautonomie der PK. Dies soll auch unter der Solidarhaftung nicht ändern. Folglich muss jede PK für ihren ave GAV definieren, für welche Art von positiv verlaufenen Kontrollen sie Bestätigungen ausstellen will. Es besteht keine Pflicht zum Ausstellen von Bestätigungen und auch kein Anspruch auf ein solche. Die PK müssen bei ihrer künftigen Praxis zu den Bestätigungen jedenfalls das Gleichbehandlungsgebot beachten und dürfen Aussenseiter eines ave GAV, auch jene aus dem Ausland, gegenüber den Verbandsfirmen nicht benachteiligen. Unterschiedliche Behandlungen sind nur zulässig, wenn sie auf objektiven Gründen beruhen und dürfen sich nicht diskriminierend auswirken.

Offen gelassen im Rahmen der Expertengruppe wurde die Frage der Gültigkeitsdauer der Bestätigungen, da eine Lohnbuchkontrolle mehr oder weniger gründlich durchgeführt werden kann. Einigkeit bestand darin, dass die Bestätigung aufgrund einer umfassenden Lohnbuchkontrolle eine höhere Aussagekraft über die Zuverlässigkeit des Subunternehmers haben und deshalb auch etwas länger zurückliegen kann als eine Stichprobenkontrolle. So soll nach einer umfassenden Lohnbuchkontrolle, welche einen Zeitraum von drei Jahren umfasst, die Bestätigung der PK ebenfalls drei Jahre Gültigkeit haben. Die Bestätigung aufgrund einer blossen Stichprobenkontrolle hingegen sollte eine kürzere Gültigkeitsdauer haben. Verneint wurde die Aussagekraft einer sog. "Baustellenkontrolle" ohne nachfolgende Überprüfung von Lohnabrechnungen, da diese im Wesentlichen auf der Befragung der anwesenden Mitarbeiter beruht und eher dazu dient, die Notwendigkeit einer vertieften Kontrolle abzuklären. Es wird Aufgabe der Verbände sein, Richtlinien und Empfehlungen zu den Details der PK-Bestätigungen und zu deren Handhabung im Rahmen der Ausübung der Sorgfaltspflicht des Erstunternehmers abzugeben. Vor dem Hintergrund der heutigen Zahlen über durchgeführte Kontrollen im Vollzug der ave GAV dürfte ohnehin nur eine Minderheit der Subunternehmer über eine PK-Bestätigung verfügen. Eine PK-Bestätigung macht die Deklaration über die öffentlich-rechtlichen Vorschriften zur Arbeitssicherheit und zum Gesundheitsschutz (Abs. 2) nicht überflüssig. Diese ist also auch bei Vorliegen einer PK-Bestätigung erforderlich, da die Kontrolle der PK die Einhaltung des öffentlichen Arbeitsrechts nicht oder nur teilweise beinhaltet.

Buchstabe d: Ein weitere Möglichkeit zum Nachweis der Einhaltung der minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen ist die Auskunft aufgrund eines Registers bezüglich der Einhaltung von ave GAV. Einzelne Branchen im Baunebengewerbe haben bereits ein solches Register für das öffentliche Beschaffungswesen und auch für private Vergaben eingeführt. Das Register kann auch im Zusammenhang mit der Solidarhaftung genutzt werden, indem der Subunternehmer dem Erstunternehmer seinen Eintrag im Register nachweist. Der Eintrag sollte Auskunft darüber erteilen, dass keine Verstösse gegen den ave GAV vorliegen und auch kein Verfahren wegen eines Verstosses läuft.

Damit der Register-Eintrag als Nachweis im Zusammenhang mit der Wahrnehmung der Sorgfaltspflicht dienen kann, müssen gewisse qualitative Voraussetzungen an das Register

erfüllt sein. So muss es von der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite gemeinsam oder von einer Behörde geführt werden. Zudem muss der Registereintrag aufgrund einer Lohnbuchkontrolle erfolgt sein. Der Registereintrag kann Auskünfte über weitere Kriterien enthalten, welche für die Sorgfaltspflicht nach dem EntsG nicht zwingend relevant sein müssen, so z.B. die Bezahlung von Berufs- und Vollzugskostenbeiträgen. Ob aufgrund eines Registereintrags die Selbstdeklaration nach Absatz 2 noch zusätzlich erforderlich ist, hängt davon ab, ob ein Register auch Auskunft über die Einhaltung der Arbeitsbedingungen des öffentlichen Rechts geben kann.

Nach Meinung der Experten genügt der Nachweis eines Register-Eintrages nicht, welcher aufgrund einer blossen Selbstdeklaration des Subunternehmers erfolgt ist. Der Registereintrag sollte von einer vorangehenden Kontrolle der Vollzugsorgane abhängig sein.

Art. 8b Abs. 2

Das EntsG verweist in Art. 2 Abs. 1 auf die Vorschriften zu den Arbeitsbedingungen in Bundesgesetzen, Bundesratsverordnungen, ave GAV und NAV. Zu den Arbeitsbedingungen zählen die Arbeits- und Ruhezeit, die Mindestdauer der Ferien, die Arbeitssicherheit und der Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz, Schutz von Schwangeren, Wöchnerinnen, Kindern und Jugendlichen sowie die Nichtdiskriminierung, namentlich Gleichbehandlung von Frau und Mann. In der EntsV sind die Regelungen zur Arbeits- und Ruhezeit näher definiert (Art. 2). Die Arbeits- und Ruhezeiten sind insbesondere im öffentlichen Arbeitsrecht¹⁷ und in den ave GAV geregelt.

Nach Auffassung der Expertengruppe lassen sich die erwähnten Arbeitsbedingungen in den meisten Fällen nicht mit Bestätigungen von Dritten wie Kontrollorgane oder Inspektoren belegen. Als Lösung bietet sich deshalb vor allem die Selbstdeklaration des Subunternehmers an. Wenn ein Subunternehmer über eine anerkannte Zertifizierung¹⁸ verfügt, so soll er diese als Beleg verwenden können (Bst. b). Die Verwaltung wird in Zusammenarbeit mit den Experten Mustervorlagen für eine Selbstdeklaration des Subunternehmers zu den Aspekten Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz erarbeiten und veröffentlichen. Zu beachten ist, dass die Solidarhaftung nichts an den Pflichten des Erstunternehmers und des Subunternehmers bezüglich Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz ändert, welche sich aus anderen Quellen wie die Bauarbeitenverordnung, die SIA-Norm 118 oder aus den anerkannten Regeln der Baukunde für sieergeben können.

Ist die Feriendauer bereits in der unter Abs. 1 erwähnten Deklaration zu den Lohnbedingungen enthalten, so braucht sie unter den Arbeitsbedingungen nicht nochmals deklariert zu werden.

Art. 8b Abs. 3

Bei Unternehmen, welche noch nicht lange auf dem Markt tätig sind, ist es nach Auffassung der Expertengruppe schwieriger als bei etablierten Unternehmen, eine Prognose bezüglich Einhaltung der minimalen Bedingungen zu treffen. Bei neuen Unternehmen dauert es oft auch eine gewisse Zeit, bis sie zum ersten Mal von einer PK oder einem Arbeitsinspektor kontrolliert werden. Nach Einschätzung der Experten besteht bei diesen Unternehmen eine etwas höhere Unsicherheit, ob sie sich an die minimalen Bedingungen halten. Vor diesem Hintergrund ist es angezeigt, höhere Anforderungen an die Glaubhaftmachung zu stellen als

¹⁷ Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz; ArG); SR **822.11**, sowie die Verordnungen 1-5 zum ArG

¹⁸ Arbeits- und Gesundheitsschutz-Managementsystem OHSAS 18001

bei Unternehmen, welche schon jahrelang auf dem Markt tätig sind und bei welchen in der Vergangenheit keine Verstösse gegen die Lohn- und Arbeitsbedingungen festgestellt wurden. Für Subunternehmer mit Sitz oder Wohnsitz in der Schweiz, welche weniger als zwei Jahre im Handelsregister eingetragen sind, und noch keine Bestätigung einer PK-Kontrolle im Sinne von Abs. 1 Bst. c oder d vorweisen können, wird deshalb verlangt, dass sie die Deklarationen nach den Absätzen 1 und 2 den zuständigen PK zustellen, damit diese eine Kontrolle bei ihnen durchführen können. Diese Pflicht gilt auch für inländische Unternehmer, welche sich nicht ins Handelsregister eintragen liessen. In diesen Fällen obliegt ihnen der Nachweis gegenüber dem Erstunternehmer, dass sie schon länger als zwei Jahre auf dem schweizerischen Markt tätig sind. Aufgrund dieser Informationen können die PK ihre Kontrollen gezielter planen und müssen sich nicht auf die Suche nach Neufirmen anhand des SHAB, von Telefonverzeichnissen etc. machen. Bei ausländischen Firmen ist diese Information nicht erforderlich, weil sie ja der Meldepflicht (Art. 6 EntsG) unterstehen.

Der Subunternehmer muss nicht bei jedem neuen Auftrag, den er erhält, die PK informieren. Es genügt, wenn er dem jeweiligen Erstunternehmer nachweisen kann, dass er seine Unterlagen bereits einmal der PK zugeschickt hat.

Art. 8b Abs. 4 und 5

Die Absätze 4 und 5 enthalten eine Regelung zur Frage der Sorgfaltspflicht des Erstunternehmers, welcher schon mehrmals oder regelmässig mit demselben Subunternehmer zusammengearbeitet hat und die bisherigen Erfahrungen gezeigt haben, dass der Subunternehmer sich an die minimalen Bedingungen hält. Nach der Auffassung der Expertengruppe ist in solchen Fällen nicht generell bei jeder Auftragsvergabe eine systematische Darlegung der Dokumente erforderlich.

Wenn der Erstunternehmer auf die Zuverlässigkeit des Subunternehmers vertrauen darf, so ist eine erneute Überprüfung der Unterlagen nur aus begründetem Anlass erforderlich. Absatz 5 nennt in nicht abschliessender Weise die Gründe dazu:

- wichtige Änderungen der Lohn- und Arbeitsbedingungen in den allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen;
- Änderungen in einem wesentlichen Teil der Stammebelegschaft in der Schweiz resp. der üblicherweise in die Schweiz entsandten Arbeitnehmenden;
- dem Erstunternehmer ist bekannt, dass der Subunternehmer gegen zwingende Lohn- und Arbeitsbedingungen verstossen hat.

Wichtige Änderungen der Lohn- und Arbeitsbedingungen können sich insbesondere ergeben, wenn ein neu verhandelter GAV allgemeinverbindlich erklärt wurde. Dies dürften in erster Linie Änderungen in den Bestimmungen über das individuelle Arbeitsverhältnis sein (normative Bestimmungen), z.B. ein neuer Anspruch auf einen 13. Monatslohn, andere Arbeitszeiten, neu vereinbarte Mindestlöhne, eine neue Regelung über die lohnwirksamen Zuschläge oder auch ein anderer Geltungsbereich des ave GAV. Die jährliche Anpassung der Mindestlöhne an die Lohn- und Teuerungsentwicklung stellt hingegen nicht generell eine wichtige Änderung dar, welche in jedem Fall eine erneute Überprüfung erfordert. Der Erstunternehmer muss sich jedoch über die Änderungen in den ave GAV informieren und abwägen, ob Anlass besteht, sich die Dokumente erneut vorlegen zu lassen.

Ein weiterer Grund könnte ein wesentlicher Wechsel in der Belegschaft des Subunternehmers sein. Beim inländischen Subunternehmer dürfte im Normalfall auf die Stammebelegschaft abgestellt werden, beim ausländischen Subunternehmer auf die üblicherweise in die Schweiz entsandten Arbeitnehmenden. Der Erstunternehmer muss den Subunternehmer vertraglich verpflichten, ihm wesentliche Wechsel in der Belegschaft zu melden.

Für die Definition des "wesentlichen Wechsels" kann die Fluktuationsrate¹⁹ des Bauhaupt- und Baunebengewerbes herangezogen werden. Im Baugewerbe liegt die Fluktuationsrate über dem schweizerischen Durchschnitt. So betrug die Rate im Baugewerbe im Jahr 2007 12.3 Prozent, während der gesamtschweizerische Schnitt bei 9.7 Prozent lag. Im Jahr 2011 betrug die Fluktuationsrate im Bauwesen 13.1 Prozent und der schweizerische Durchschnitt lag bei 11.6 Prozent. Eine hohe Fluktuationsrate ist in der Regel bei überschüssiger Personalkapazität effizient oder wenn die Unternehmung neues Know-How durch die Anstellung von externen Fachpersonen generiert. Welche Schwelle also genau als wesentlicher Wechsel bezeichnet werden kann, ist vom Einzelfall abhängig. Der generelle Richtwert dürfte bei etwa 20 Prozent liegen. Diese Rate soll unabhängig davon gelten, ob sie jährlich oder über eine längere Periode erfüllt ist. Wenn die Belegschaft zu etwa 20 Prozent neu besetzt ist, sollte eine erneute Überprüfung der Lohn- und Arbeitsbedingungen erfolgen.

Als weiterer Anlass zu erhöhter Vorsicht wird genannt, wenn dem Erstunternehmer bekannt ist, dass der Subunternehmer gegen die minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen verstossen hat. Dann muss der Erstunternehmer bei der folgenden Auftragsvergabe den Subunternehmer erneut überprüfen. Absatz 5 bezieht sich jedoch nicht auf die Frage nach dem Vorgehen des Erstunternehmers, wenn er erfährt, dass der Subunternehmer während der Ausführung der Arbeiten gegen die minimalen Bedingungen verstösst. Absatz 5 bezieht sich lediglich auf die Sorgfaltspflicht des Erstunternehmers bei einer neuen Auftragsvergabe.

In der Expertengruppe wurde auch die Frage diskutiert, ob und wie der Erstunternehmer vorgehen soll, wenn er während der Durchführung der Arbeiten Hinweise erhält, dass der Subunternehmer gegen die Lohn- und Arbeitsbedingungen verstösst, welche er ihm anlässlich der Vergabe der Arbeiten glaubhaft dargelegt hat. Obwohl die Sorgfaltspflicht des Erstunternehmers nichts am bestehen Vollzugssystem des EntsG und an den Zuständigkeiten für die Kontrolltätigkeit ändert, herrschte Einigkeit darin, dass der Erstunternehmer in solchen Situationen handeln soll; schon um das Risiko einer möglichen späteren Haftung zu vermindern. Als erstes soll der Erstunternehmer direkt beim verantwortlichen Subunternehmer intervenieren und ihn zur Verbesserung der Situation auffordern, andernfalls er mit einer Meldung bei den zuständigen Kontrollorganen rechnen müsse. Ist dies nicht möglich oder kommt der Subunternehmer der Aufforderung des Erstunternehmers nicht nach, so soll der Erstunternehmer die zuständigen Kontrollorgane über seine Beobachtungen informieren, damit diese die erforderlichen Massnahmen ergreifen können. Dieses Vorgehen ändert jedoch nichts an den bestehenden Pflichten des Erstunternehmers aus anderen Normen, welche er während der Ausführung der Arbeiten als Unternehmer erfüllen muss, z.B. jene zur Sicherheit auf der Baustelle.

Art. 8c Vertragliche und organisatorische Vorkehrungen

a) Vertragliche Vorkehrungen

Die Erstreckung der Haftung auf eine ganze Vergabekette verlangt nach Auffassung der Expertengruppe gewisse Vorkehrungen, mit denen der Erstunternehmer sicherstellen soll, dass er sämtliche Subunternehmer, welche Arbeiten ausführen, bei der Weitervergabe überprüfen kann. Dabei ist zu beachten, dass der Erstunternehmer nur mit seinem ersten Subunternehmer in einem vertraglichen Verhältnis steht, nicht aber mit den folgenden Subunternehmern. Der erste Subunternehmer steht wiederum nur mit dem zweiten in einem Vertragsverhältnis usw. Dieser Umstand ist bei der Definition der Sorgfaltspflicht zu

¹⁹ Die Nettorotationsquote oder Fluktuationsrate umfasst alle Personen, die ihre Beschäftigung zwischen dem Quartal q des Jahres t-1 und dem entsprechenden Quartal des Jahres t gewechselt haben, im Verhältnis zur Gesamtzahl der Erwerbstätigen zu Beginn des Beobachtungszeitraums

berücksichtigen. Der Erstunternehmer muss dafür sorgen, dass er auch von jenen Subunternehmern die Unterlagen und Belege erhält, mit denen er in keinem direkten Vertragsverhältnis steht.

Die EntsV hält nicht im Detail fest, welche konkreten Vorkehrungen zu treffen sind. Diese Frage hängt wiederum von den Umständen im Einzelfall ab. Die EntsV hält diese zur Sorgfaltspflicht gehörenden Vorkehrungen deshalb in allgemeiner Weise fest.

Bezüglich der vertraglichen Vorkehrungen bestand Einigkeit in der Expertengruppe, dass der Erstunternehmer die Weitervergabe an einen zweiten und an weitere Subunternehmer von seiner Genehmigung abhängig machen muss. Zusätzlich verpflichtet er seinen Subunternehmer, bei der Weitervergabe an einen zweiten Subunternehmer dessen Belege und Dokumente über die Einhaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen dem Erstunternehmer einzureichen. Des Weiteren verpflichtet er den ersten Subunternehmer, dass dieser den zweiten Subunternehmer ebenfalls vertraglich dazu verpflichtet, die Weitervergabe an einen Dritten vom Erstunternehmer genehmigen zu lassen und die Belege des dritten Subunternehmers über die Lohn- und Arbeitsbedingungen dem Erstunternehmer einzureichen. Der Erstunternehmer kann sich auch einen vertraglichen Anspruch einräumen lassen, dass er die Dokumente direkt vom zweiten Subunternehmer einfordern kann (sog. Vertrag zugunsten eines Dritten (Art. 112 OR)). Zusätzlich muss er seinen Subunternehmer verpflichten, diesen Anspruch jedem weiteren Subunternehmer zu übertragen. Das Gesetz enthält keine Formvorschrift zu den vertraglichen Vorkehrungen. Aus Beweisgründen sollten diese in schriftlicher Form vereinbart werden.

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass die Genehmigung der Weitervergabe *vorgängig* eingeholt werden muss. Ob die Genehmigung des Erstunternehmers im Einzelfall auch nachträglich eingeholt werden kann, ist primär eine Frage des Werkvertragsrechts und der individuellen Vereinbarungen zwischen dem Erst- und dem Subunternehmer. Der Erstunternehmer muss jedenfalls dafür sorgen, dass er auch im Falle einer nachträglichen Genehmigung die gebotene Sorgfaltspflicht erfüllen kann.

Im Bauwesen sind Beschränkungen der Vergabe und Weitervergabe von Aufträgen heute schon üblich. So enthält die SIA-Norm 118 eine Bestimmung, wonach der Unternehmer einen Subunternehmer nur beiziehen darf, wenn der Werkvertrag dies vorsieht oder wenn der Bauherr dies ausdrücklich erlaubt (Art. 29 Abs. 3 SIA-Norm 118).

b) Organisatorische Vorkehrungen

Wie erwähnt, stellt die als Kettenhaftung ausgestaltete Solidarhaftung gewisse Herausforderungen an den Erstunternehmer, weil er ja nur mit seinem direkten Subunternehmer in einem vertraglichen Verhältnis steht. Dennoch soll die Solidarhaftung nicht verhindern, dass Arbeiten während der Bauphase noch auf weitere Subunternehmer weitervergeben werden können.

Zur Erfüllung der Sorgfaltspflicht zählt deshalb auch, dass der Erstunternehmer seinen Anspruch auf Prüfung der Lohn- und Arbeitsbedingungen gegenüber jedem Subunternehmer in einer Kette durchsetzt. Dazu gehört eine Aufsichtspflicht des Erstunternehmers vor Ort auf der Baustelle. Er muss sich einen Überblick darüber verschaffen, ob er tatsächlich von allen Subunternehmern, welche innerhalb oder am Ende der Vergabeketten Arbeiten ausführen, die erforderlichen Unterlagen über die Lohn- und Arbeitsbedingungen erhalten hat. Er muss mit organisatorischen Massnahmen sicherstellen, dass kein Subunternehmer auf der Baustelle tätig ist, von welchem er bei der Weitervergabe nicht die erwähnten Dokumente geprüft hat. Welche organisatorischen Massnahmen im Einzelfall angezeigt sind, kann nicht auf Verordnungsebene geregelt werden. In Frage kommen z.B. die auf Grossbaustellen heute schon üblichen Zutrittskontrollen. Auf kleineren Baustellen dürfte die Präsenz der Erstunternehmers auf der Baustelle, z.B. durch einen Bauleiter oder Vorarbeiter, welcher den

Überblick über die anwesenden Subunternehmer hat, als organisatorische Vorkehrung genügen.

Art. 8d bisheriger Art. 8a

Der bisherige Art. 8a (Kontroll- und Vollzugskostenbeiträge) im 2. Kapitel soll aus systematischen Gründen in einen neuen Art. 8d verschoben werden. Art. 8d bleibt im 2. Kapitel eingeordnet.

5. Finanzielle Auswirkungen

a) Für den Bund und die Kantone

Für den Bund und die Kantone werden zusätzliche finanziellen Aufwendungen erwartet. Der neue Artikel 5 des Entsendegesetzes sieht vor, dass die kantonalen Behörden die Verletzung der Sorgfaltspflicht durch den Erstunternehmer gemäss Artikel 9 Entsendegesetz sanktionieren können. Diese neue Sanktionsmöglichkeit wird voraussichtlich zu mehr Aufwand bei den kantonalen Behörden führen.

Die Sanktionierung der Sorgfaltspflichtverletzung erfolgt im Rahmen des bestehenden Vollzugssystems der flankierenden Massnahmen. Die Einhaltung der Sorgfaltspflicht gehört jedoch nicht zum systematischen Kontrollgegenstand des Entsendegesetzes. Es liegt in der Zuständigkeit und dem Ermessen der kantonalen Behörde, ob es im Einzelfall angezeigt ist, die Einhaltung der Sorgfaltspflicht des Erstunternehmers zu überprüfen. Die paritätischen Kommissionen führen die Kontrollen bei den in- und ausländischen Subunternehmern durch. Stellen sie dabei Verstösse gegen die minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen fest, so müssen sie diese den kantonalen Behörden melden. Dabei können sie auch einen allfälligen Erstunternehmer benennen. Bei Verstössen von inländischen Subunternehmern können die PK den kantonalen Behörden ebenfalls melden, dass ein Verstoss festgestellt wurde und ein Erstunternehmer die Arbeit vergeben hat. Da die Solidarhaftung neu ausländische und Schweizer Subunternehmer erfasst, ist eine Aufwandschätzung schwierig, weil die genaue Anzahl der Subunternehmerverhältnisse nicht ermittelt werden kann. Eine grobe Schätzung der Zusatzkosten für die Sanktionierung von Erstunternehmern geht von 200'000 bis 400'000 Franken jährlich aus. Diese Kosten werden je hälftig vom Bund und den Kantonen getragen (Art. 7 Abs. 3 EntsG).

b) Für die betroffenen Unternehmen

Obwohl die vorgeschlagene Änderung der Entsendeverordnung es den Erstunternehmern ermöglichen sollte, ihre Sorgfaltspflicht auf effiziente Weise und ohne übermässigen zusätzlichen Administrativaufwand erfüllen zu können, ist nicht auszuschliessen, dass die Solidarhaftung gewisse Auswirkungen auf die Baubranche haben wird.

Die Verordnungsänderung sieht vor, dass der Erstunternehmer vertragliche und organisatorische Massnahmen treffen muss, um sicherzustellen, dass er die notwendigen Belege und Dokumente des jeweils ausführenden Subunternehmers erhält und überprüfen kann. Wie er diese Massnahmen konkret ausgestaltet, obliegt dem Erstunternehmer. Die Verordnung verpflichtet ihn lediglich, die Weitervergabe der Arbeiten durch den Subunternehmer von seiner Genehmigung abhängig zu machen. Obwohl solche Bewilligungspflichten für die Weitervergabe von Aufträgen bereits heute existieren, könnte die Solidarhaftung aufgrund dieser Genehmigungspflicht zu einer Verkürzung der Vergabeketten führen. Die in der Expertengruppe vertretenen Fachleute und Sozialpartner

werten dies allerdings eher als eine positive Entwicklung, welche dazu beitragen wird, unlauteren Wettbewerb zu Lasten der Mindestlöhne zu unterbinden. Es ist ebenfalls denkbar, dass Erstunternehmer vermehrt mit Subunternehmern zusammen arbeiten, die sie bereits kennen und zu denen ein Vertrauensverhältnis besteht. Dies stellte eine Eintrittshürde für neue Unternehmungen dar, die sich auf dem Markt etablieren möchten und könnte daher zu einer Benachteiligung von jungen Unternehmungen führen.

Den Subunternehmungen werden ebenfalls gewisse administrative Lasten aufgebürdet. Der Subunternehmer muss seinerseits dem Erstunternehmer alle relevanten Dokumente und Belege zur Verfügung stellen und ihm glaubwürdig darlegen, dass er sich an die geltenden Mindeststandards halten wird. Beispiele für solche Dokumente sind eine Bestätigung der zuständigen paritätischen Kommission oder eine Selbstdeklaration zur Einhaltung der Arbeitsbedingungen. Es ist auch vorstellbar, dass der Erstunternehmer bei der Vertragsausgestaltung Massnahmen zur Minderung seines Haftungsrisikos vorsieht, beispielsweise in Form einer Garantieleistung. Solche Garantien könnten bei kleineren und mittleren Unternehmungen zu Liquiditätsengpässen führen. Derartige administrative und finanzielle Aufwendungen haben oft Fixkostencharakter und könnten dazu führen, dass sich kleinere Unternehmen nicht mehr um solche Aufträge bemühen, weil sie diese Fixkosten scheuen. Aufgrund des Fixkostencharakters des administrativen Aufwands, könnte sich die Solidarhaftung zu Ungunsten der kleinen (in- und ausländischen) Unternehmen auswirken.

Die möglichen Effekte der Solidarhaftung können nicht abschliessend beurteilt werden. Aufgrund der Ausgestaltung der Sorgfaltspflicht darf jedoch erwartet werden, dass die Solidarhaftung in erster Linie die gewünschten positiven Effekte haben wird. Obwohl allfällige negative Auswirkungen nicht vollständig ausgeschlossen werden können, so werden dennoch keine weitreichenden negativen Konsequenzen erwartet.

6. Inkrafttreten

Der vorliegende Entwurf tritt am 15. Juli 2013 in Kraft.