



Erläuternder Bericht zur Subunternehmerhaftung

Konsultation der betroffenen Verbände und der Kantone zur Änderung bzw. Einführung einer Subunternehmerhaftung im Rahmen der flankierenden Massnahmen zum Abkommen über die Personenfreizügigkeit und im Beschaffungsrecht des Bundes

Inhaltsverzeichnis

1	Auftrag der WAK-SR an die Verwaltung	3
2	Ausgangslage	3
3	Handlungsbedarf	4
4	Varianten einer Subunternehmerhaftung	6
4.1	Mögliche Varianten einer Subunternehmerhaftung im EntsG.....	7
4.2	Erläuterungen zu den einzelnen Varianten	8
4.2.1	Minimalvariante	8
4.2.2	Mittelvariante I.....	8
4.2.3	Mittelvariante II.....	10
4.2.4	Maximalvariante	11
5	Volkswirtschaftliche Auswirkungen	11
5.1	Allgemeines	11
5.2	Nutzen-Kosten Analyse	12
5.2.1	Nutzen.....	12
5.2.2	Kosten.....	12
6	Rechtliche Aspekte / Frage der Diskriminierung	14
7	Varianten einer Solidarhaftung im Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen	16
7.1	Handlungsbedarf	16
7.2	Varianten	16
7.3	Auswirkungen auf das Beschaffungswesen	17
7.4	Rechtliche Aspekte	17
8	Weiteres Vorgehen	18

1 Auftrag der WAK-SR an die Verwaltung

Anlässlich der Beratung der Vorlage zur Teilrevision des Entsendegesetzes¹ (Bundesgesetz über die Anpassung der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit) in den Kommissionen des National- und Ständerates für Wirtschaft und Abgaben (WAK-SR und WAK-NR) wurde auch die Thematik einer solidarischen Haftung² des Erstunternehmers für die Einhaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen durch die Subunternehmer in die Diskussion eingebracht. Die WAK-NR beantragte dem Rat auf Basis der bestehenden Regelung im Entsendegesetz eine Verschärfung der Solidarhaftung sowie eine Neuregelung im Beschaffungsrecht des Bundes, während die WAK-SR die Abkoppelung der Thematik von der Vorlage des Bundesrates beantragte, damit die Verabschiedung der Massnahmen gegen die Scheinselbständigkeit nicht verzögert wird.

Die Räte beschlossen in der Sommersession 2012 die Abtrennung der Solidarhaftung im Hinblick auf die Fortführung der Beratung im Herbst 2012. Im Sinne des Auftrages der WAK-SR vom 20. März 2012 wird die Verwaltung der Kommission Mitte August Varianten für eine gesetzliche Regelung im Bundesgesetz über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (EntsG; SR. 823.20) sowie im Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1) vorlegen. Zudem wird sie Bericht erstatten über die wirtschaftlichen Auswirkungen und die rechtlichen Fragen im Zusammenhang mit der Solidarhaftung.

Mit dem vorliegenden Bericht werden im Rahmen einer informellen Konsultation bei Interessenskreisen verschiedene Varianten für gesetzliche Regelungen im EntsG und im BöB sowie eine Abschätzung der wirtschaftlichen Auswirkungen unterbreitet. Zudem werden die rechtlichen Aspekte im Zusammenhang mit dem Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der EU (FZA; SR 0.142.112.681) diskutiert.

2 Ausgangslage

Das geltende EntsG sieht in Artikel 5 bereits heute eine solidarische Haftung des Erstunternehmers für Subunternehmer mit Sitz im Ausland vor (vgl. Minimalvariante; Kapitel 4.1). Der Erstunternehmer kann sich auf einfache Weise von der Haftung befreien, indem er den Subunternehmer vertraglich verpflichtet, das EntsG einzuhalten, wobei für diese Verpflichtung keine Schriftlichkeit verlangt wird. Bis heute ist der Verwaltung allerdings kein Anwendungsfall bekannt, in welchem ein Erstunternehmer für die Subunternehmer für die Nichteinhaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen haften musste. Es dürfte unbestritten sein, dass mit der aktuellen Regelung keine grosse Wirkung zur Bekämpfung von Verstössen gegen die Lohn- und Arbeitsbedingungen erzielt wird.

Die Forderung nach einer (verstärkten) solidarischen Haftung wurde in jüngerer Zeit verschiedentlich vorgebracht. So verlangten die Konferenz der Kantonsregierungen, einige politische Parteien sowie diverse Verbände der Arbeitnehmerseite im Vernehmlassungsverfahren von 2011 zum EntsG eine Untersuchung, wie Mehrfach-Subkontrakt-Strukturen wirkungsvoll begegnet werden kann, um die Generalunternehmer verstärkt in die Pflicht zu nehmen und forderten teilweise die Einführung einer generellen Solidarhaftung.

Auf parlamentarischer Ebene sind derzeit zwei Vorstösse pendent, welche die Prüfung der Einführung einer solidarischen Haftung bei privaten und öffentlichen Aufträgen verlangen.

¹ BBI 2012 3397

² Die geltende Regelung im Entsendegesetz ist als solidarische Haftung ausgestaltet. Im Folgenden werden auch Haftungsvarianten diskutiert, die aber nicht einer Solidarhaftung im rechtlichen Sinne entsprechen.

Die Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates (GPK-NR) hat dem Bundesrat im Rahmen ihrer Evaluation der Aufsicht über die flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit und deren Wirkungen ein Postulat³ überwiesen, welches ihn u.a. einlädt, die Problematik der Subunternehmerketten vertieft abzuklären. Der Bundesrat hat das Postulat der GPK-NR am 18. Januar 2012 zur Annahme beantragt.

Die WAK-NR hat zudem die Motion 11.4040 (Stopp dem Lohndumping und dem Missbrauch von Unteraufträgen) verabschiedet, welche vom Bundesrat die Bekämpfung von Lohnmissbräuchen in Subunternehmerketten bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen verlangt. In seiner Stellungnahme vom 2. März 2012 hat der Bundesrat die Auffassung vertreten, dass das Phänomen der Subunternehmerketten nicht gesondert für das öffentliche Beschaffungswesen, sondern auf genereller Ebene betrachtet werden sollte.

Die in den Vorstössen verfolgten Anliegen werden in der parlamentarischen Beratung der Solidarhaftung im Herbst 2012 aufgenommen.

3 Handlungsbedarf

Die Vergabe von Aufträgen an Subunternehmer ist in verschiedenen Branchen eine gängige Praxis. Sie erlaubt eine Spezialisierung der Firmen auf bestimmte Tätigkeiten und eine verbesserte Arbeitsteilung. Im Zusammenhang mit der Öffnung und der Flexibilisierung der Märkte und einem damit einhergehenden verstärkten Wettbewerb hat sich die Situation bei der Akquirierung und Ausführung von Aufträgen verändert. Dazu gehört auch die vermehrte Vergabe von Aufträgen an Subunternehmer.

Mit der Einführung der Personenfreizügigkeit zwischen der Schweiz und der EU wurde es möglich, Aufträge bis zu 90 Tagen pro Kalenderjahr an ausländische Dienstleistungserbringer zu vergeben, ohne nachweisen zu müssen, dass die Aufträge nicht auch durch Inländer wahrgenommen werden können und die in der Schweiz üblichen Arbeitsbedingungen eingehalten werden. Deshalb wurden gleichzeitig die flankierenden Massnahmen (FlaM) eingeführt unter anderem mit dem Ziel, dass ausländische Unternehmungen in der Schweiz die orts- und branchenüblichen Löhne einhalten müssen. Damit sollte einerseits der Wettbewerb erhöht, andererseits aber sichergestellt werden, dass die in der Schweiz üblichen Arbeitsbedingungen nicht durch ausländische Unternehmungen unterlaufen werden.

Seit der Einführung der Personenfreizügigkeit werden tatsächlich vermehrt Aufträge an Firmen aus dem europäischen Ausland vergeben. Ein Teil dieser Aufträge dürfte direkt durch die Endkunden (beispielsweise ein Bauherr, der einen ausländischen Küchenbauer engagiert) und ein Teil durch inländische Unternehmen vergeben werden. Während im Jahr 2005 noch insgesamt rund 35'000 entsandte Arbeitskräfte für einen Einsatz bis zu 90 Tagen gemeldet wurden, waren es im Jahr 2011 insgesamt rund 66'000 Entsandte. Die meisten Entsendungen finden im Baunebengewerbe (2005: 17'900; 2011: 28'400), im verarbeitenden Gewerbe (2005: 5'000; 2011: 11'400) und im Bauhauptgewerbe (2005: 5'200; 2011: 7'300) statt.

Eine Unterauftragsvergabe weist diverse positive Aspekte auf. Sie ermöglicht beispielsweise eine Steigerung der Produktionskapazität (insbesondere eine der Nachfrage entsprechenden Flexibilität - wie sie beispielsweise im Bau oft gefragt ist) und eine Spezialisierung auf einen einzelnen Produktionsschritt sowie die Delegation eines Produktionsschritts an einen effizienteren Anbieter, um Kosten einzusparen. Die Motivation für eine Unterauftragsvergabe kann somit entweder in einer Kapazitätsanpassung, einer Spezialisierung oder einer Kosteneinsparung bestehen. Die vermehrte Unterauftragsvergabe könnte zu einer effizienteren Wirtschaftstätigkeit geführt haben. Mit der Einführung der Personenfreizügigkeit haben sich

³ Postulat 11.4055 der GPK-NR: flankierende Massnahmen zur Personenfreizügigkeit. Postulat 1 "Prüfung einer gesetzlichen Lösung" zwecks Behebung gewisser Rechtsmängel in diesem Bereich

die Möglichkeiten zur Unterauftragsvergabe auf das europäische Ausland erweitert. Die damit verbundene Angebotsausweitung und Erhöhung der Konkurrenz hat sich zum Vorteil der Dienstleistungsnachfrager in der Schweiz in Form günstigerer Preise und/oder gesteigerter Qualität ausgewirkt.

Falls jedoch Aufträge an ausländische Unternehmungen nur deshalb erteilt werden, weil sie die in der Schweiz üblichen oder verbindlichen Löhne unterbieten, hat dies eine wirtschaftliche Benachteiligung der inländischen Unternehmungen zur Folge, welche die in den allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen (ave GAV) festgeschriebenen Löhne einzuhalten haben. Um einen unverzerrten Wettbewerb sicherstellen zu können und die schweizerischen GAV nicht zu unterlaufen, verfolgen die FlaM das Ziel, die Respektierung der inländischen Arbeitsbedingungen durch die ausländischen Leistungserbringer durchzusetzen.

Falls das Ziel der gleichen Arbeitsbedingungen nicht durchgesetzt werden kann, kann die Unterauftragsvergabe Ungleichheiten zwischen Arbeitnehmenden verursachen und eine Verschlechterung der generellen Arbeitsbedingungen begünstigen, weil der Hauptauftragsnehmer keine direkte Verantwortung für die Lohn- und Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer der Unterauftragsnehmer übernimmt. Diese Problematik stellt sich insbesondere, wenn ein Auftrag an einen Dienstleistungserbringer im (europäischen) Ausland weitervergeben wird. Im Vergleich zur Schweiz werden in vielen Mitgliedsstaaten der EU tiefere Löhne bezahlt. Für Einsätze in der Schweiz sind deshalb Entsendezulagen vorgesehen, um die Löhne der Entsandten dem Schweizerischen Lohngefüge anzupassen. Durch die Bezahlung einer Entsendezulage werden somit die verbindlichen Mindestlöhne in der Schweiz von den ausländischen Dienstleistungserbringern eingehalten.

Die Kontrollorgane und die Arbeitsmarktbehörden stellen bei ihrer Kontrolltätigkeit zunehmend fest, dass insbesondere im Baunebengewerbe die mehrmalige Weitervergabe von Aufträgen verbreitet ist. In diesem Sektor sind auch die meisten meldepflichtigen Dienstleister (entsandte Arbeitnehmende und Selbständige) zu verzeichnen (vgl. FlaM-Bericht 2012 S. 13f. und S. 47)⁴.

Das EntsG sieht bereits heute verschiedene Massnahmen vor, um die minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen bei ausländischen Arbeitgebern durchzusetzen. Neben der Vereinbarung bzw. Leistung von Konventionalstrafen, Kontrollkosten und Verwaltungsbussen müssen seit dem Jahr 2011 in einzelnen Branchen des Baunebengewerbes⁵ auch Kauttionen hinterlegt werden, welche in ave GAV vorgesehen sind. Die Kauttionen dienen dazu, die Ansprüche der paritätischen Kommissionen (PK) auf Konventionalstrafen, Kontrollkosten und Vollzugskostenbeiträge sicherzustellen. Sie können jedoch nicht für die Lohnforderungen der Arbeitnehmenden in Anspruch genommen werden.

Trotz des mittlerweile ausgebauten Systems zur Sicherstellung und Durchsetzung von Verpflichtungen aus dem EntsG im grenzüberschreitenden Kontext hat die Erfahrung gezeigt, dass bei einer Feststellung von Verstössen gegen die zwingenden Lohn- und Arbeitsbedingungen durch Entsendebetriebe die Durchsetzung der Mindestlöhne für Arbeitnehmer schwierig ist. Insbesondere ist es auch schwierig, Forderungen aufgrund fehlbaren Verhaltens gemäss ave GAV durchzusetzen. Diese Forderungen haben die Einhaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen zum Ziel. Eine solidarische Haftung würde beim Erstunternehmer ansetzen und ihn bei einer Unterauftragsvergabe in die Verantwortung nehmen, sich für die Einhaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen einzusetzen. So betrachtet würde eine Soli-

⁴ [FlaM-Bericht des SECO vom 27. April 2012: Umsetzung der Flankierungen Massnahmen zum freien Personenverkehr Schweiz-EU](#)

⁵ Folgende Branchen kennen zum Teil eine Kautionspflicht: Dach- und Wandgewerbe, Elektro-Installationsgewerbe, Gärtnergewerbe, Gebäudetechnikbranche, Gerüstbaugewerbe, Gipsergewerbe, Isoliergewerbe, Malergewerbe, Metallgewerbe, Plattenlegergewerbe, Parket- und Bodenlegergewerbe. In den meisten Branchen ist die Kauttion nicht für die gesamte Schweiz allgemeinverbindlich erklärt. Die Kautionspflicht gilt somit zum Teil nur in einem Einsatzkanton.

darhaftung eine Ergänzung der bestehenden Massnahmen darstellen, allerdings sind der Nutzen und die Kosten dieser Massnahme vorsichtig abzuwägen (siehe Kapitel 5).

Falls eine Solidarhaftung bzw. eine Subunternehmerhaftung eingeführt würde, müsste sie dazu beitragen, die orts- und branchenüblichen Löhne durchzusetzen und gleichzeitig die Arbeitsteilung zwischen den Unternehmungen nicht zu verhindern, welche eine effizientere Produktion zum Ziel haben.

4 Varianten einer Subunternehmerhaftung

Die Regelung einer solidarischen Haftung kann je nach Zweck, den sie erfüllen muss, unter verschiedenen Gesichtspunkten strenger oder milder ausgestaltet werden. Vor dem Spannungsfeld zwischen dem Anliegen des Arbeitnehmerschutzes und dem Interesse des Unternehmers nach grösstmöglicher Vertragsfreiheit sind insbesondere die folgende Aspekte abzuwägen:

- **Gegenstand der Haftung:** Die Haftung kann sich auf die *minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen* gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst. a - f EntsG beschränken oder auch Ansprüche Dritter gegen den Arbeitgeber wie Sozialabgaben und Steuern, die Ansprüche der PK auf Konventionalstrafen, Vollzugskostenbeiträge und Kontrollkosten umfassen.
- **Umfang der Haftung:** Sie kann auf das Verhältnis zwischen dem Unternehmer und seinem *direkten Unterauftragnehmer* beschränkt sein oder auf jeden weiteren Subunternehmer in einer Vertragskette ausgeweitet werden (*Kettenhaftung*). Gemäss der Interpretation des Bundesrates des geltenden Art. 5 EntsG gilt die Haftung nur direkt zwischen dem Auftragnehmer und seinem Subauftragnehmer, d.h. die Solidarhaftung "wandert" bei der Weitervergabe des Auftrags mit. Wenn der Subunternehmer den Auftrag seinerseits einem weiteren Subunternehmer vergibt, wird der erste Subunternehmer zum Erstunternehmer und haftet gemäss Art. 5 EntsG für die Forderungen gegen den Sub-Subunternehmer.
- **betrieblicher Geltungsbereich:** Der Geltungsbereich kann alle Arten von Dienstleistungen oder nur bestimmte gefährdete Branchen wie das *Bauhaupt- und Baunebengewerbe* erfassen. Im Anwendungsbereich des EntsG können nur die in *ave GAV*, in Normalarbeitsverträgen (NAV) und in Gesetzen festgelegten minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen Gegenstand einer Solidarhaftung bzw. Subunternehmerhaftung sein (Art. 2 Abs. 1 EntsG), aber nicht die orts- und branchenüblichen Löhne;
- **Art der Haftung:** Die Haftung kann im Sinne einer *Kausalhaftung* (d.h. Anknüpfung an die Eigenschaft als Erstunternehmer, ohne eigenes Verschulden) oder als *Verschuldenshaftung* ausgestaltet sein. Das Verschulden bezieht sich *nicht* direkt auf die Nichteinhaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen, sondern auf die mangelnde Sorgfaltspflicht bei der Auftragserteilung bezüglich Einhaltung der Arbeitsbedingungen.
- **Befreiungsmöglichkeit:** Die Haftung für die Nichteinhaltung der Löhne durch den Subunternehmer könnte eine Befreiungsmöglichkeit vorsehen, indem der Auftraggeber den Nachweis erbringen kann, dass er seinen *Sorgfaltspflichten* nachgekommen ist. Der Umfang der Sorgfaltspflicht kann von einer blossen vertraglichen Verpflichtung des Subunternehmers auf Einhaltung der minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen bis hin zum *Nachweis* der inhaltlichen Prüfung der Arbeitsbedingungen mittels Lohnabrechnungen usw. reichen.
- **Solidarität oder Subsidiarität:** Die Haftung kann als Solidarhaftung im Sinne von Art. 144 OR ("Der Gläubiger kann nach seiner Wahl von allen Solidarschuldnern je nur einen Teil oder das Ganze fordern.") ausgestaltet werden oder ähnlich einer "Schadlosbürgschaft" gemäss Art. 495 Abs. 3 OR, d.h. der Bürge haftet nur für den dem Gläubiger entstehenden definitiven Ausfall, wenn der Hauptschuldner nicht belangt werden kann oder zahlungsunfähig ist.

- **sachlicher Geltungsbereich:** Die Haftung kann sich auf *grenzüberschreitende Dienstleistungserbringungen* (Arbeitgeber mit Sitz im Ausland) beziehen oder auch inländische Auftragsverhältnisse erfassen. In diesem Zusammenhang stellt sich im Rahmen unserer Verfahrenspflicht aus dem Personenfreizügigkeitsabkommen die Frage nach einer allfälligen *Diskriminierung* von ausländischen Dienstleistern, wenn sich die Haftung nur auf Arbeitnehmerentsendungen aus dem Ausland beschränkt (vgl. Kapitel 6).

4.1 Mögliche Varianten einer Subunternehmerhaftung im EntsG

Auf Grundlage der oben erwähnten Aspekte werden nachfolgend vier Varianten vorgeschlagen, welche hinsichtlich der Strenge der Haftung abgestuft sind. Die entsprechenden Gesetzesentwürfe finden sich im Anhang. Das EntsG wurde für Dienstleistungserbringer aus dem Ausland eingeführt. Ausgehend vom bestehenden Gesetzestext (Art. 5 EntstG) sehen die unter dieser Ziffer vorgestellten Varianten lediglich die Erfassung von ausländischen Dienstleistungserbringern vor. Eine Subunternehmerhaftung könnte aber auch Schweizer Unternehmer miteinbeziehen (vgl. Kapitel 6).

Minimalvariante

Die mildeste Form sieht nur eine direkte Haftung zwischen dem Erstunternehmer und seinem Subunternehmer vor. Der Erstunternehmer kann sich von der Haftung befreien, indem er den Subunternehmer mittels schriftlichem Vertrag zur Einhaltung der minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen verpflichtet. Es handelt sich um eine solidarische Haftung, die nur bei Aufträgen an ausländische Subunternehmer anwendbar sein soll. Der Umfang der Haftung ist auf die Lohn- und Arbeitsbedingungen beschränkt. Sie ist auf alle Dienstleistungen anwendbar. Zusätzlich kann der Erstunternehmer für seine Pflichtverletzungen mit den im EntsG vorgesehenen Verwaltungsbussen belangt werden. Diese Variante entspricht weitgehend der heutigen Regelung in Artikel 5 EntsG, mit dem Zusatz der Schriftlichkeit und der Nachweispflicht der Vereinbarung am Einsatzort.

Mittelvariante I

Mittlere Varianten sind in zahlreichen Kombinationen denkbar. Die hier vorgeschlagene Form sieht eine direkte Haftung vor, jedoch nur als Verschuldenshaftung. Dies bedeutet, dass sich der Erstunternehmer bei Erfüllen seiner Sorgfaltspflicht von der Haftung befreien kann. Die Sorgfaltspflicht beinhaltet, dass sich der Erstunternehmer bei der Vergabe des Auftrages von seinem Subunternehmer die Einhaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen anhand von Dokumenten und Belegen glaubhaft darlegen lassen muss. Zur Begrenzung des Haftungsrisikos handelt es sich nur um eine subsidiäre Haftung, d.h. der Erstunternehmer haftet nur für die Forderungen der Arbeitnehmenden, wenn der Subunternehmer zuvor erfolglos belangt wurde oder nicht belangt werden kann. Die Haftung besteht nur für ausländische Subunternehmer und beschränkt sich auf das Bauhaupt- und Baunebengewerbe.. Der Erstunternehmer kann zudem mit den Verwaltungssanktionen nach Artikel 9 EntsG belangt werden.

Mittelvariante II

Als weitere Mittelvariante wird eine Kettenhaftung vorgeschlagen, kombiniert mit einer Verschuldenshaftung und mit Befreiungsmöglichkeit bei Erfüllen der Sorgfaltspflicht gemäss Mittelvariante I. Die Kettenhaftung bewirkt, dass der Erstunternehmer für sämtliche Subunternehmer haftet, jedoch wie bei Mittelvariante I subsidiär zum fehlbaren Subunternehmer. Im Gegensatz zur Mittelvariante I umfasst die Haftung nicht nur die Lohn- und Arbeitsbedingungen, sondern auch die Konventionalstrafen gemäss Art. 2 Abs. 2^{quater} EntsG. Die Haftung besteht nur für ausländische Subunternehmer und beschränkt sich auf das Bauhaupt- und Baunebengewerbe.

Maximalvariante

Die strengste Form stellt eine Kettenhaftung für jeden beteiligten Subunternehmer dar, verbunden mit einer Kausalhaftung, d.h. keine Befreiungsmöglichkeit durch den Nachweis der Sorgfaltspflicht. Bei dieser Variante haftet der Erstunternehmer solidarisch, d.h. neben dem Arbeitgeber und nicht subsidiär zu diesem. Sie ist auf Aufträge an ausländische Subunternehmer beschränkt. Die Haftung umfasst wie Mittelvariante II die Minimallöhne und die Konventionalstrafen, ist hingegen auf alle Branchen anwendbar.

4.2 Erläuterungen zu den einzelnen Varianten

Alle Varianten sehen eine Haftung vor, die lediglich bei Aufträgen an ausländische Subunternehmer anwendbar wäre. Die Beschränkung der Haftung für Forderungen gegen ausländische Entsendebetriebe könnte von der EU als diskriminierend gegenüber inländischen Betrieben beurteilt werden. Allerdings kann die Massnahme auch als verhältnismässiges Instrument zur Durchsetzung der inländischen Lohnvorschriften bezeichnet werden. Diese können heute gegenüber inländischen Unternehmungen einfach durchgesetzt werden, nicht hingegen gegenüber ausländischen. Die heutige Situation könnte somit die Auftragsvergabe ins Ausland begünstigen. Gemäss den Aussagen der Vollzugsorgane der FlaM, die oftmals Mühe bekunden, Forderungen gegenüber ausländischen Unternehmen durchzusetzen, ist deshalb eine Solidarhaftung vor allem bei Aufträgen an ausländische Subunternehmer gerechtfertigt.

Bei einer Anwendung der Solidarhaftung auf in- und ausländische Unternehmen könnte ein Erstunternehmer, der für Forderungen gegen einen Schweizer Unterakkordanten entstehen müsste, die Forderungen wieder beim Schweizer Unterakkordanten geltend machen (mit einer hohen Erfolgswahrscheinlichkeit). Ein zusätzliches Risiko, dass der Erstunternehmer für Lohnnachzahlungen oder allenfalls Bussen aufkommen müsste, wäre somit in der Regel nicht zu befürchten. Eine nichtdiskriminierende Anwendung der Solidarhaftung würde aber zu einem unnötigen administrativen Zusatzaufwand für den Erstunternehmer, der einen Auftrag an einen Schweizer Unternehmer weitergeben möchte, führen. Ausserdem müsste der Subunternehmer allenfalls administrative Lasten auf sich nehmen, beispielsweise in Form einer Zertifizierung, die sein korrektes Verhalten bestätigen und eigens dafür eingerichtet werden müssten.

4.2.1 Minimalvariante

Die Minimalvariante bewirkt nur eine Haftung zwischen einem Unternehmer und seinem direkten Subunternehmer, da eine vertragliche Verpflichtung zur Einhaltung der Löhne nur zwischen den direkt beteiligten Parteien getroffen werden kann. Für weitere Subunternehmer in vertikaler Richtung ist die Haftung des Unternehmers folglich ausgeschlossen. Der Subunternehmer haftet seinerseits für Forderungen gegen den von ihm direkt beauftragten Sub-Subunternehmer. Diese direkte Haftung entspricht der geltenden Fassung von Art. 5 EntSG. Versäumt es der Erstunternehmer, den Subunternehmer vertraglich zur Einhaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen zu verpflichten, so kann er mit einer Verwaltungssanktion nach Artikel 9 bestraft werden. Bereits das geltende Recht kennt eine solche Sanktionierungsmöglichkeit des Erstunternehmers (Art. 5 Abs. 2 EntSG).

Der Erstunternehmer kann sich mit einem geringen administrativen Aufwand von der Haftung befreien. Die Erfahrung hat allerdings gezeigt, dass diese Ausgestaltung der Solidarhaftung, insbesondere in Bezug auf Entsendebetriebe, wenig Einfluss auf die Wahrnehmung der Verantwortung des Erstunternehmers zur Sicherstellung der Einhaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen hat.

4.2.2 Mittelvariante I

Die mildere Form der Mittelvariante beinhaltet eine Sorgfaltspflicht des Erstunternehmers, verbunden mit einer Befreiungsmöglichkeit. Damit der Erstunternehmer seine Sorgfaltspflicht

erfüllt, müsste er die Lohn- und Arbeitsbedingungen aller eingesetzter Arbeitnehmer des Subakkordanten auf Konformität mit den Mindestbestimmungen der Einsatzbranche (vorgängig) überprüfen, wobei sich in dieser Variante die Haftung auf den direkten Subunternehmer beschränkt. Dies wäre mit einem administrativen Aufwand verbunden und würde somit die Weitervergabe eines Auftrags verteuern. Die Sorgfaltspflicht bezieht sich auf den Zeitpunkt der Vergabe des Auftrages und stellt somit eine vorgängige Prüfung der Einhaltung der Mindestbedingungen dar. Bei und nach der Ausführung der Arbeiten sind die Kontrollorgane zuständig, die Einhaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen zu überprüfen. Diese Pflicht sollte nicht dem Erstunternehmer aufgebürdet werden. Hält sich der Subunternehmer im Nachhinein nicht an seine gegenüber dem Erstunternehmer deklarierten Lohn- und Arbeitsbedingungen, kann Letzterer nicht haftbar gemacht werden.

Die Haftung geht auf den Subunternehmer über, wenn dieser den Auftrag weitervergibt. In diesem Fall haftet der Subunternehmer für die Nichteinhaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen durch den Sub-Subunternehmer. Hat der haftende Subunternehmer seinen Sitz im Ausland, ist die Durchsetzung der Haftung allerdings ungewiss, weil diese entweder vom Herkunftsstaat anerkannt oder der Subunternehmer im Ausland verklagt werden müsste. Insofern besteht mit der direkten Haftung die Gefahr der Umgehung durch Zwischenschaltung eines ausländischen Subunternehmers.

Bei Verletzung der Sorgfaltspflichten kann zudem eine Verwaltungsbusse nach Artikel 9 Absatz 2 EntsG ausgesprochen werden. Auch die Kontrollkosten werden in die Sanktion miteinbezogen (Art. 9 Abs. 2 Bst. c EntsG). Diese Bestimmung ist allerdings nicht anwendbar, wenn die Kontrollkosten dem fehlbaren Arbeitgeber bereits aufgrund eines ave GAV auferlegt werden (Art. 7 Abs. 4^{bis} EntsG).

Soll die Verletzung der Sorgfaltspflicht mit einer Busse nach Artikel 9 EntsG sanktioniert werden, stellen sich gewisse verfahrensrechtliche Fragen. Es wird nicht Aufgabe der Kontrollorgane des EntsG sein, den Erstunternehmer auf die Erfüllung seiner Sorgfaltspflichten hin zu überprüfen. Die Kontrollorgane haben zwar die Pflicht, den kantonalen Behörden Verstöße gegen das EntsG zu melden, der Erstunternehmer ist gegenüber den Kontrollorganen jedoch nicht auskunftspflichtig. Vor dieser Ausgangslage dürfte es Aufgabe der kantonalen Behörden sein, - beispielsweise anlässlich einer Meldung wegen Verstosses gegen die Minimalbedingungen - vom Erstunternehmer den Nachweis der Sorgfaltspflichten zu verlangen. In dieser Hinsicht erweist sich die Minimalvariante (gegenüber der Mittelvariante I) effizienter, weil der Nachweis der Sorgfaltspflicht aufgrund einer schriftlichen Vereinbarung gegenüber den Kontrollorganen am Einsatzort erbracht werden muss.

Der Nachweis der Erfüllung der Sorgfaltspflicht obliegt dem Erstunternehmer. Die Beweislast des Erstunternehmers gilt sowohl im zivilrechtlichen Verfahren zur Geltendmachung der Haftung als auch im verwaltungsrechtlichen Verfahren zur Sanktionierung. Die Verwaltungs-sanktion kann unabhängig vom Vorliegen eines zivilrechtlichen Urteils ausgesprochen werden. Ist kein zivilrechtliches Verfahren hängig oder abgeschlossen, so muss die Einhaltung der Sorgfaltspflicht im Rahmen des Verwaltungsverfahrens geprüft werden. Die Prüfung von zivilrechtlichen Fragen stellt im Vollzug des EntsG jedoch nichts Neues dar, auch bei Meldungen wegen Verstössen gegen die Lohn- und Arbeitsbedingungen werden diese zivilrechtlichen Fragen von den Verwaltungsbehörden im Verwaltungsverfahren geprüft.

Die Haftung ist auf grenzüberschreitende Dienstleistungen im Bauhaupt- und Baunebengewerbe beschränkt. Artikel 5 der Verordnung über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (EntsV; SR 823.201) definiert die Bereiche des Bauhaupt- und Baunebengewerbes. Betriebe, welche keine Arbeiten auf Baustellen, an Gebäuden oder deren Umgebung ausführen, gehören nicht zum Baunebengewerbe. Diese Abgrenzungsfrage dürfte sich z.B. im Metallgewerbe und im Schreinergerberbe stellen. Der SECO-Kommentar zu den FlaM enthält eine Liste der GAV, welche zum Baunebengewerben zählen⁶ (siehe

⁶ [Kommentar Flankierende Massnahmen zur Personenfreizügigkeit](#)

Kommentar zu Art. 5 EntsV). Die Weitervergabe von Aufträgen ist im Bauhaupt- und Baunebengewerbe besonders gebräuchlich. Die Vollzugsorgane der FlaM melden vor allem in diesem Bereich Probleme mit Subakkordanten, welche die Mindestbestimmungen nicht einhalten. Die Beschränkung der Solidarhaftung auf das Bauhaupt- und Baunebengewerbe liesse sich somit dadurch rechtfertigen. Allerdings scheint die Weitervergabe von Aufträgen auch in anderen Branchen, wie beispielsweise dem Reinigungsgewerbe vermehrt vorzukommen. Diesbezüglich wurden aber weder von der Branche noch von den betroffenen Vollzugsorganen keine Missbräuche gemeldet.

4.2.3 Mittelvariante II

Diese Variante kombiniert eine Kettenhaftung mit Befreiungsmöglichkeit durch den Nachweis der Sorgfaltspflicht. Diese Befreiungsmöglichkeit bei Erfüllung der Sorgfaltspflicht in Kombination mit einer Kettenhaftung bedingt, dass der Erstunternehmer über jegliche Weitervergabe eines Auftrags durch einen Subakkordanten informiert werden muss. Gleichzeitig bedeutet dies auch, dass der Erstunternehmer die Lohn- und Arbeitsbedingungen bei jeder zusätzlichen Weitervergabe erneut überprüfen muss, um seiner Sorgfaltspflicht nachzukommen. Dies wäre im Vergleich zur Mittelvariante I mit einem zusätzlichen administrativen Aufwand verbunden und könnte dazu führen, dass der Erstunternehmer eine Weitervergabe durch den Subakkordanten vertraglich ausschliesst. Grössere Unternehmen (inkl. des Erstunternehmers) könnten ihre Fertigungstiefe vergrössern, damit sie weniger Aufträge weitergeben müssen, was sich auf die Auftragslage von kleineren und mittleren Unternehmen und auf die Produktivität der Branche auswirken könnte.

Es ist jedoch davon auszugehen, dass innerhalb einer Vergabekette oftmals erst der letzte Subunternehmer die Arbeiten tatsächlich ausführt und Arbeitnehmer entsendet. Vor diesem Hintergrund dürfte die Erfüllung der Sorgfaltspflicht gegenüber der gesamten Auftragskette zwar komplizierter und anspruchsvoller sein, müsste jedoch nicht zwingend einen höheren administrativen Aufwand verursachen. Zur Sorgfaltspflicht gehört unter Umständen auch, die Anstellungsverhältnisse im Herkunftsland zu überprüfen, denn andernfalls besteht die Gefahr, dass die Solidarhaftung durch die Beschäftigung von Scheinselbständigen umgangen wird. Die Kettenhaftung wird etwas relativiert, indem der Arbeitnehmende zuerst seinen Arbeitgeber ohne Erfolg belangt haben muss, bevor er den Ersatz seines Schadens beim Erstunternehmer einfordern kann. Gemäss Artikel 115 Absatz 3 des Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht (IPRG; SR 291) steht dem entsandten Arbeitnehmenden für seine Lohnforderung im Zusammenhang mit der Entsendung ein Gerichtsstand in der Schweiz zur Verfügung. Rein rechtlich gesehen ist es also möglich, die Lohnansprüche gegen den ausländischen Arbeitgeber vor einem Schweizer Gericht geltend zu machen.

Die Kettenhaftung dürfte wohl im Gegensatz zur direkten Haftung (Erstunternehmer haftet lediglich für den direkten Vertragspartner) zu höheren administrativen Kosten führen. Die Umgehung der Haftung durch Zwischenschaltung eines (ausländischen) Unternehmens kann bei einer Kettenhaftung jedoch ausgeschlossen werden. Mit der Einführung einer Kettenhaftung könnte das Ziel, dass der Erstunternehmer seine Verantwortung bei der Unterauftragsvergabe nachkommt und sich für die Einhaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen beim Subakkordanten einsetzt, also besser erreicht werden.

Der Erstunternehmer haftet zusätzlich für die Ansprüche der PK auf Zahlung von Konventionalstrafen. Die Haftung für Konventionalstrafen ist ebenfalls subsidiär, d.h. wenn die Vollzugsorgane den Subunternehmer nicht belangen können oder erfolglos belangt haben. Zudem haftet er nur, wenn und soweit die Konventionalstrafe nicht durch eine vom Subunternehmer hinterlegte Kautionsicherung sichergestellt ist. Die Haftung Dritter für Konventionalstrafen ist allerdings im Privatrecht unüblich, weil die Höhe der Konventionalstrafe sich nicht nach seinem Verschulden, sondern nach dem Verschulden des Subunternehmers bemisst. Als Alternative zur Haftung für die Konventionalstrafe ist denkbar, analog der Mittelvariante I eine Verwaltungsstrafe gemäss Artikel 9 EnstG für die **mangelnde Sorgfaltspflicht** des Erstunternehmers vorzusehen.

Die Höhe der Konventionalstrafe wird in der Regel vom Umfang der Lohnunterbietungen und von allfälligen zusätzlichen Verletzungen des GAV abhängig gemacht. Verschiedene ave GAV sehen Konventionalstrafen bis zur Höhe der vorenthaltenen Leistungen (Löhne) vor.⁷ Der Einbezug der Konventionalstrafen in die Haftung würde dazu führen, dass der Erstunternehmer einerseits für die Konventionalstrafe haftet und andererseits die betroffenen Arbeitnehmer die vorenthaltene Lohnsumme beim Erstunternehmer einklagen könnten. Dies würde im Extremfall bedeuten, dass der Erstunternehmer für Forderungen haften müsste, die das Doppelte der durch den Subunternehmer vorenthaltenen Lohnsumme (Lohnnachzahlung und Konventionalstrafe) übersteigen können. Weil dadurch die zu erwartenden Risiken steigen, würden sich damit auch Kosten zur Absicherung der Haftung erhöhen.

4.2.4 Maximalvariante

Die Haftung umfasst wie Mittelvariante II neben den Lohn- und Arbeitsbedingungen aus ave GAV, NAV und anderen Bundesgesetzen auch die Konventionalstrafen bei Verstössen gegen Bestimmungen aus ave GAV.

Mit einer solidarischen Kettenhaftung für alle Dienstleistungen wird ein erhebliches wirtschaftliches Risiko auf den Erstunternehmer überwältzt. Bei einer Kettenhaftung verbunden mit einer Kausalhaftung hätte der Erstunternehmer die grössten Anreize, sicherzustellen, dass sich die Subunternehmer an alle Mindestbedingungen halten. Die Überprüfung der Lohn- und Arbeitsbedingungen bei allen Subunternehmern wäre aber mit einem zusätzlichen administrativen Aufwand verbunden und würde ausserdem zukünftige Forderungen gleichwohl nicht ausschliessen. Eine solche Ausgestaltung der Solidarhaftung würde im Vergleich zu den anderen Varianten wohl die Weitervergabe von Aufträgen an Subakkordanten am meisten einschränken.

Die Einführung der Solidarhaftung in allen Branchen würde die administrativen Kosten für Firmen erhöhen, die in Bereichen tätig sind, in denen die Einhaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen keineswegs problematisch ist und wäre somit wenig verhältnismässig.

5 Volkswirtschaftliche Auswirkungen

5.1 Allgemeines

Mit der Einführung der Personenfreizügigkeit wurde es möglich, Aufträge bis zu 90 Tagen pro Kalenderjahr an ausländische Subakkordanten zu vergeben. Ausländische Dienstleistungserbringer müssen aber die in der Schweiz üblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen einhalten. Erfüllen sie diese Bedingungen nicht, profitieren sie von einem Konkurrenzvorteil, wie er bei der Einführung der Personenfreizügigkeit nicht gewollt war.

Eine Solidar- oder Subunternehmerhaftung sollte verhindern, dass ungerechtfertigte Kostenvorteile entstehen. Hält sich ein Subunternehmer nicht an die verbindlichen Lohn- und Arbeitsbedingungen, kann eine Solidarhaftung dazu beitragen, dass ungerechtfertigte Kostenvorteile internalisiert werden. Gelingt diese "Internalisierung" nicht, weil beispielsweise ohnehin nicht zu erwarten ist, dass ein Arbeitnehmer seinen Lohn einklagt und deshalb auch die Kosten für eine Absicherung der Risiken (die der Erstunternehmer wegen einer Solidarhaftung trägt) nicht hoch genug sind, bleibt der Vorteil der ausländischen Unternehmungen bestehen. Sind die Absicherungskosten hingegen hoch, werden Erstunternehmer versuchen, mit ihnen vertrauten Unternehmungen zusammenzuarbeiten, welche die Arbeitsbedingungen einhalten. Auftraggeber und Subakkordanten würden enger zusammenarbeiten, wie das in Branchen mit hohen Qualitätsanforderungen an die Arbeit üblich ist.

⁷ Der ave GAV für das Maler- und Gipsergewerbe sieht aber beispielsweise explizit auch höhere Konventionalstrafen vor.

Generell lässt sich sagen, dass die Bilanz für die Solidarhaftung dann am besten ausfällt, wenn diese gezielt für Problemfälle ausgestaltet wird, denn eine Solidarhaftung kann je nach Ausgestaltung einen starken Eingriff in die Geschäftstätigkeit darstellen. Je gezielter die Ausrichtung auf Problemfälle desto besser fällt das Kosten - Ertragsverhältnis aus. Es ist zu betonen, dass die Einführung einer Solidarhaftung zu Veränderungen in der Arbeitsteilung zwischen den Unternehmen führen kann, die je nach Ausgestaltung der Haftung unterschiedlich sein können. Wird die Solidarhaftung bzw. die Subunternehmerhaftung auf ausländische Unternehmen beschränkt, ist davon auszugehen, dass diese den grenzüberschreitenden Dienstleistungshandel im Vergleich zur heutigen Regelung einschränkt, was unter anderem zu Kritik seitens der EU und der Nachbarstaaten führen würde. Andererseits kann die Tatsache, dass die Lohnvorschriften heute durch ausländische Unternehmungen zu einfach umgangen werden können, als Bevorzugung der ausländischen Dienstleistungsanbieter bezeichnet werden.

5.2 Nutzen-Kosten Analyse

5.2.1 Nutzen

Eine Solidarhaftung ist dann als erfolgreich einzustufen, wenn sie einerseits dazu führt, dass der Erstunternehmer seiner Verantwortung bei der Unterauftragsvergabe nachkommt und sich für die Einhaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen beim Subakkordanten einsetzt. Dies sollte dazu führen, dass die Lohn- und Arbeitsbedingungen generell besser eingehalten werden. Der Anreiz Löhne zu unterbieten bzw. einen Auftrag zu einem Preis zu vergeben, der die Einhaltung der Mindestbestimmungen nicht zulässt, sollte somit abnehmen.

Die Überprüfung der Lohn- und Arbeitsbedingungen durch die Vollzugsorgane der FlaM könnte allenfalls mittels einer Solidarhaftung (abhängig von der Ausgestaltung) erleichtert werden, indem auch der Erstunternehmer einen gewissen Druck auf den zu kontrollierenden Subunternehmer ausübt, seiner Auskunftspflicht gegenüber den Vollzugsorganen nachzukommen. Je nach Ausgestaltung der Haftung könnte der Erstunternehmer auch verpflichtet werden, beispielsweise Lohnabrechnungen der zu kontrollierenden Personen einzureichen. Insbesondere für PK, die für den Vollzug der FlaM in Branchen mit ave GAV zuständig sind, könnten Forderungen (bei Nichteinhaltung der Bestimmungen aus ave GAV) mit einem geringeren administrativen Aufwand durchgesetzt werden.

Die Einführung einer Solidar- bzw. Subunternehmerhaftung sollte dazu führen, dass die Lohn- und Arbeitsbedingungen bei allen Arbeitnehmenden eingehalten werden und eine Konkurrenz durch Unternehmen, welche sich nicht an die geltenden Mindestbestimmungen halten, abnimmt (Verminderung von unlauterem Wettbewerb).

5.2.2 Kosten

Eine Solidarhaftung ist aber auch mit Kosten verbunden und könnte dadurch einen Einfluss auf die Arbeitsteilung der Branche haben. Kosten für eine Auftragsvergabe an einen Subunternehmer entstehen, wenn der Erstunternehmer für Forderungen Dritter gegenüber dem Subunternehmer haften muss und er sich nicht rein vertraglich von dieser Haftung entbinden kann (wie es in der Minimalvariante vorgesehen ist). Haftet der Erstunternehmer nicht nur für seinen direkten Subakkordanten, entstehen für ihn zusätzliche Kosten.

Abhängig von der Ausgestaltung der Solidarhaftung (beispielsweise bei einer Haftung, wie sie in Mittelvariante II oder der Maximalvariante vorgesehen ist) muss sich der Erstunternehmer über alle Auftragsvergaben informieren, insbesondere darüber, welche Subunternehmer innerhalb der Auftragskette tätig sind und zu welchen Arbeitsbedingungen diese ihre Arbeitnehmer einstellen. Zur Sorgfaltspflicht gehört unter Umständen auch die Überprüfung der Anstellungsverhältnisse im Herkunftsland bei Entsendebetrieben. Diese Überprüfungen innerhalb der Unternehmerkette würde somit zu administrativen Kosten bei Erstunternehmer wie auch bei Subakkordanten führen. Der Erstunternehmer muss seinerseits die Unterlagen prüfen und sicherstellen, dass die Anstellungsbedingungen des Subakkordanten den gelten-

den Mindeststandards entsprechen. Dazu muss er sich über die geltenden Mindeststandards der Einsatzbranche des Subakkordanten informieren (beispielsweise ob ein ave GAV existiert und ob die Arbeitsbedingungen beim Subakkordanten den verbindlichen Bestimmungen des ave GAV entsprechen).

Der Auftragnehmer muss je nach Ausgestaltung der Haftung (Mittelvariante I, Mittelvariante II und Maximalvariante) dem Erstunternehmer alle relevanten Unterlagen zur Verfügung stellen und ihm glaubwürdig versichern, dass er sich an die geltenden Mindeststandards halten wird. Der Auftragnehmer müsste also administrative Lasten auf sich nehmen, beispielsweise in Form einer Zertifizierung oder durch Hinterlegen einer Sicherheitsleistung (Kaution). Ein solcher administrativer Aufwand hat oft Fixkostencharakter und könnte einerseits 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.

Um den administrativen Aufwand der Überprüfung der Lohn- und Arbeitsbedingungen zu umgehen, könnte der Erstunternehmer andererseits von einer Weitervergabe des Auftrags absehen und diesen (allenfalls aus Kapazitätsgründen, verzögert) selber auszuführen oder Aufträge bevorzugt an Selbständigerwerbende weitergeben, weil Selbständigerwerbende keinen verbindlichen Mindestlohn ausbezahlen müssen. Durch eine Solidarhaftung könnte somit insbesondere im Baugewerbe die Arbeitsteilung verändert werden. Es gibt Bauunternehmen (Generalunternehmen), die schwergewichtig die Verantwortung und die Organisation eines Projekts übernehmen, aber kaum eigene Arbeitskräfte für den Bau verwenden. Eine nicht effizient ausgestaltete Solidarhaftung könnte unter Umständen dazu führen, dass solche Unternehmen vermehrt ihre eigenen Arbeitskräfte einsetzen (bzw. eigene Arbeitskräfte einstellen) und dadurch ihre Fertigungstiefe vergrössern. Dies könnte unter Umständen die Produktivität verringern. Ein solches Ausweichverhalten ist jedoch erst zu erwarten, wenn die Kosten eine gewisse Schwelle übersteigen.

i. Folgen bei Nichteinhaltung der verbindlichen Lohn- und Arbeitsbedingungen

Werden die Bestimmungen eines ave GAV durch ein Unternehmen verletzt, so sehen die ave GAV im Allgemeinen Konventionalstrafen und die Auferlegung der Kontrollkosten vor. Ausserdem könnten die betroffenen Arbeitnehmer die vorenthaltene Lohnsumme einklagen. In einem Extremfall könnten somit die Kosten das Doppelte (Konventionalstrafe plus Lohnnachzahlung) der vorenthaltenen Leistungen übersteigen.

Das finanzielle Risiko, das der Erstunternehmer im Falle eines Verstosses gegen einen ave GAV des Subunternehmers trägt, hängt stark von der Ausgestaltung der Solidarhaftung ab. Müssen die Arbeitnehmer zuerst versuchen, ihre Unternehmung für die fehlenden Lohnzahlungen während ihres Arbeitseinsatzes in der Schweiz einzuklagen, bevor sie die Lohn Differenz vom Erstunternehmer in der Schweiz einverlangen, dürfte das Risiko eines Prozesses gering sein.

Handelt es sich beim betroffenen Subunternehmer um einen Entsendebetrieb, so können die kantonalen Behörden zusätzlich zu den Konventionalstrafen der Vollzugsbehörden des ave GAV Administrativbussen in der Höhe von bis zu CHF 5'000.- (bei geringfügigen Verstössen gegen Art. 2 EntsG und bei Verstössen gegen Art. 3 und 6 EntsG) verhängen. Verletzt ein Entsendebetrieb seine Auskunftspflicht oder verhindert er die Kontrolle, so können die kantonalen Strafgerichte ausserdem Bussen von bis zu CHF 40'000.- verhängen (strafrechtliche Sanktionen).

Im Rahmen der jährlichen Berichterstattung des SECO über die Umsetzung der FlaM haben die PK Konventionalstrafen, die Entsendebetrieben auferlegt wurden, in der Höhe von durchschnittlich CHF 1'129.- und Kontrollkosten von durchschnittlich CHF 582.- gemeldet. Die kantonalen Behörden haben zusätzlich im Jahr 2011 Bussen gegenüber Entsendebetrieben, die gegen die Mindestlöhne aus ave GAV verstossen haben, von durchschnittlich CHF 920.-

sowie Kontroll- und Verwaltungskosten von durchschnittlich 530.- pro Entsendebetrieb ausgesprochen.

- ii. Allfällige Möglichkeiten zur Absicherung der Risiken bei einer Untervergabe durch den Erstunternehmer

Um sich gegenüber solchen Kosten abzusichern, werden Erstunternehmer gewisse Sicherheiten von den Subakkordanten verlangen (beispielsweise die Hinterlegen einer Kautions). Das Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG; SR 221.215.311) sieht bereits die Möglichkeit vor, dass Firmen in einer betroffenen Branche eine Kautions hinterlegen müssen, die für die Begleichung von Forderungen von PK (Kontrollkosten und Konventionalstrafen aus ave GAV) verwendet werden kann.

Als eine weitere Möglichkeit könnte sich der Erstunternehmer über eine Versicherung gegen diese Risiken absichern. Wenn die Weitervergabe eines Auftrags an einen Subakkordanten einen Abschluss einer Versicherung bedingt, wird durch die Solidarhaftung der Produktionspreis verteuert, was sich auch auf den Preis für den Kunden niederschlagen wird. Weil die Höhe der Prämien von der Schadenwahrscheinlichkeit abhängt, kann diese auch als Internalisierung der durch die Nichteinhaltung der orts- und branchenüblichen Löhne eingesparten Lohnkosten betrachtet werden. Darüber hinaus müssen jedoch auch die Verwaltungskosten der Versicherung abgegolten werden, dieser Teil der Prämie kann als eigentliche Verteuerung der Produktion betrachtet werden. Allerdings fällt dieser nur an, wenn die Aufträge an eine Firma vergeben wird, welcher das Risiko nicht überbürdet werden kann.

Eine weitere Möglichkeit, die Risiken für den Erstunternehmer zu minimieren, besteht darin, dass der Erstunternehmer mit verschiedenen Firmen ein Vertrauensverhältnis aufbaut und nur noch an solche Firmen Aufträge vergibt. Ein solches Verhalten könnte positive Aspekte auf die Arbeitsbedingungen und die Qualität der Leistungserbringungen haben, würde es aber wohl neuen Unternehmen erschweren, in den Markt einzutreten. Dies könnte durch die Etablierung eines Zertifizierungssystems umgangen werden, wobei eine Zertifizierung einen Fixkostencharakter hat, was den Markteintritt für kleine Firmen ebenfalls erschwert.

Aus den oben erwähnten Überlegungen kann somit geschlossen werden, dass die Einführung einer Solidarhaftung zu einem administrativen Mehraufwand, zu einer Reduktion der Handelsbeziehungen mit dem (europäischen) Ausland und damit möglicherweise zu einem Effizienzverlust führen wird, der sich auch in höheren Kosten für den Auftraggeber niederschlagen könnte.

6 Rechtliche Aspekte / Frage der Diskriminierung

Ausgehend vom bestehenden EntsG sehen die im vorliegenden Bericht vorgestellten Varianten lediglich eine Erfassung der ausländischen Dienstleistungserbringer vor. Dies könnte als Diskriminierung von ausländischen Subunternehmern kritisiert werden. Alle Varianten könnten allerdings so ausgestaltet werden, dass sie auch Schweizer Unternehmer miteinbeziehen würden. Sollen Schweizer Unternehmer ebenfalls in die Solidar- bzw. Subunternehmerhaftung miteinbezogen werden, müsste allerdings der persönliche Geltungsbereich des EntsG (welches Fragen in Zusammenhang mit ausländischen Dienstleistungserbringern regelt) ausgeweitet werden oder die Haftung in einem anderen Gesetz eingeführt werden.

Die Frage der Diskriminierung ist auch in der EU selbst noch nicht geklärt und hat in jüngster Zeit an Aktualität gewonnen. Im Hinblick auf eine verstärkte Durchsetzung der Entsenderichtlinie der EU (Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen), hat die Europäische Kommission eine Studie⁸ zum Thema „Schutz der Rechte von Arbeitnehmern bei Untervergabeverfahren in der Europäischen Union“ in Auftrag gegeben. Die Studie zeigt die Heterogenität der nationalen Regelungen in-

⁸ Studie zum Schutz der Rechte von Arbeitnehmern bei Untervergabeverfahren in der Europäischen Union, Universität Gent (noch nicht publiziert).

nerhalb der Union und die verschiedenen Formen der Solidarhaftung auf, die sich hauptsächlich in ihrer Natur, ihren Zielen, dem Geltungsbereich und den Befreiungsmöglichkeiten unterscheiden.

Sieben EU-Mitgliedsstaaten⁹ und Norwegen kennen ein mehr oder weniger ausgearbeitetes, allgemeines System einer Solidarhaftung für bestimmte Aspekte wie Löhne und Lohnnebenkosten. In einigen Staaten ist die Solidarhaftung auf wenige Branchen (Baugewerbe, Personalverleih) beschränkt und an das öffentliche Beschaffungsrecht gebunden. Die Haftung beschränkt sich teilweise nur auf den direkten Unterakkordanten oder umfasst mehrere oder alle Subakkordanten einer Vergabe. Es existieren auch Befreiungsmöglichkeiten oder Möglichkeiten zur Verringerung der Haftung. Die bestehenden Systeme der Solidarhaftung wurden vorwiegend im nationalen Kontext entwickelt und beziehen sich auf inländische und ausländische Unterauftragsnehmer.

In der Studie wird auch die Effizienz der Subunternehmerhaftung insbesondere im grenzüberschreitenden Kontext bezweifelt, weil die Durchsetzung schwierig ist. Allerdings existieren laut Studie keine verlässlichen Indikatoren, die eine klare Antwort auf diese Frage, vor allem auch in einem grenzüberschreitenden Kontext, erlauben würden.

Die Studie erörtert zudem die Argumente, die für oder gegen die Einführung einer Solidarhaftung sprechen. Dagegen sprechen hauptsächlich die zusätzlichen administrativen und finanziellen Aufwendungen, insbesondere für die KMU, und die damit verbundenen längeren Verfahren für die Auftragsvergabe. Für eine Solidarhaftung spricht hingegen die Verminderung von unlauterem Wettbewerb. Laut Studie wäre eine Kettenhaftung effizienter als eine direkte Haftung, gibt allerdings auch zu bedenken, dass die Erfüllung der Sorgfaltspflicht dadurch erschwert wird und eine Kettenhaftung ohne Massnahmen zur verbesserten Durchsetzung der Arbeitnehmerforderungen unverhältnismässig sein könnte. Die Studie betont, dass eine Solidarhaftung auch künftig begleitende Massnahmen zum Arbeitnehmerschutz nicht ersetzen kann.

Der Entwurf der Durchsetzungsrichtlinie wurde am 21. März 2012 von der Kommission verabschiedet. Er enthält in Artikel 12 einen Vorschlag für eine gesamtschuldnerische Haftung des Unternehmers im Baugewerbe. Der Unternehmer haftet für die Einhaltung der Mindestlöhne durch seinen direkten Subunternehmer. Er kann sich von der Haftung befreien, wenn er nachweist, dass er seiner Sorgfaltspflicht nachgekommen ist. Noch nicht geklärt im Entwurf ist die Frage der Diskriminierung, da die EU ihren Mitgliedstaaten nicht vorschreiben kann, im innerstaatlichen Verhältnis eine gesamtschuldnerische Regelung einzuführen. Weil der Entwurf der Kommission im Gegensatz zu den bestehenden Regelungen zur Solidarhaftung einzelner Mitgliedsstaaten der EU lediglich eine Solidarhaftung bei grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringungen vorsieht, ist Kritik am Entwurf aufgekommen.

Artikel 2 des FZA sieht ein Verbot der Diskriminierung auf Grund der Nationalität vor. Eine schärfere Haftungsregelung im EntsG als der heutige Artikel 5, welche nur für ausländische Subunternehmer zum Tragen kommt, wirft somit die Frage der Konformität mit dem FZA auf. Beschränkt sich die Haftung des Erstunternehmers auf Subunternehmer mit Sitz im Ausland, so könnten schweizerische Erstunternehmer zurückhaltend auf die Auftragsvergabe an ausländische Unternehmer reagieren, wodurch diesen der Zugang zum schweizerischen Markt erschwert würde.

Der Gerichtshof der EU konnte sich aber noch nicht zu einem Fall äussern, bei dem eine Solidar- bzw. Subunternehmerhaftung nur für grenzüberschreitende Dienstleistungserbringungen vorgesehen war. Falls in der EU eine Subunternehmerhaftung, die nur grenzüberschreitend gilt, als diskriminierend erachtet würde, dann würde eine solche schweizerische Haftung auch von der EU als FZA-widrig erkannt.

⁹ AT, DE, ES, FI, FR, IT, NL.

7 Varianten einer Solidarhaftung im Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen

7.1 Handlungsbedarf

Das Beschaffungsrecht des Bundes unterscheidet sich in wesentlichen Punkten vom EntsG:

- Es gilt für öffentliche Beschaffungen sowohl von inländischen als auch von ausländischen Anbietern.
- Beschaffungen von privaten Auftraggebern und solche von Kantonen und Gemeinden sind dem Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) nicht unterstellt.
- Nicht nur die minimalen Bestimmungen gemäss Art. 2 EntsG, sondern sämtliche Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen werden erfasst (insbesondere auch die orts- und branchenüblichen Löhne)

Das öffentliche Beschaffungswesen bewegt sich an der Schnittstelle zwischen öffentlichem und privatem Recht. Es regelt primär die erste Phase, in welcher nach öffentlichem Recht ein Anbieter evaluiert wird. Mit diesem wird in einer zweiten Phase ein privatrechtlicher Vertrag geschlossen. Eine allfällige Haftungsregelung kommt aber nur in dieser zweiten – privatrechtlichen - Phase zum Tragen. Eine gesetzliche Haftungsregelung zwischen Haupt- und Subunternehmern fände - aus beschaffungsrechtlicher Sicht - mit Vorteil Eingang in das EntsG oder in das Obligationenrecht. So wäre die Haftung automatisch auch auf das Vertragsverhältnis anwendbar, das im Anschluss an eine öffentliche Vergabe abgeschlossen wird.

Die heute bereits bestehende Regelung in der Beschaffungsverordnung (VöB) enthält deshalb gewissermassen eine Anweisung für die zweite Phase. Die Umsetzung dieser Anweisung erfolgt im abzuschliessenden Vertrag, welcher rein privatrechtlicher Natur ist. Es geht dabei darum, den Vertragspartner zu verpflichten, die Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen einzuhalten. Zur Durchsetzung werden Konventionalstrafen vorgesehen:

Art. 6 VöB Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen und der Arbeitsbedingungen

¹ Die Auftraggeberin legt im Vertrag fest, dass Anbieter oder Anbieterinnen:

- a. die Verfahrensgrundsätze nach Artikel 8 Absatz 1 Buchstaben b und c des Gesetzes einhalten müssen;
- b. Dritte, denen sie Aufträge weitergeben, vertraglich verpflichten, die Verfahrensgrundsätze nach Artikel 8 Absatz 1 Buchstaben b und c des Gesetzes einzuhalten.

² Die spezialgesetzlichen Vollzugsbehörden kontrollieren die Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen. Die Auftraggeberin kann diese Behörden vor dem Zuschlag konsultieren.

³ Die Auftraggeberin kann im Bereich der Arbeitsbedingungen Kontrollen veranlassen. Sie kann die Aufgabe einer spezialgesetzlichen Aufsichtsbehörde oder einer anderen geeigneten Instanz übertragen, insbesondere paritätischen Kontrollorganen, die aufgrund von Gesamtarbeitsverträgen gebildet worden sind.

⁴ ...

⁵ Zur Durchsetzung der Verfahrensgrundsätze nach Artikel 8 des Gesetzes sieht die Auftraggeberin beim Vertragsabschluss Konventionalstrafen vor.

7.2 Varianten

Variante 1 Kettenverpflichtung im Vertrag

Diese Variante ergänzt die bestehende Regelung von Art. 6 VöB. Es sollen zusätzliche Anweisungen an die Verwaltung erlassen werden, die sich auf den Vertragsabschluss mit der Zuschlagsempfängerin in der zweiten Phase beziehen (als Ausführungsbestimmung von Art. 8 BöB). Diese Anweisungen beinhalten eine Weiterüberbindungspflicht der vertraglichen Verpflichtung, die Verfahrensgrundsätze nach Art. 8 Abs. 1 Bst. b und c BöB einzuhalten („Kettenverpflichtung“). Des weitern sollen die Anbietenden in ihren Verträgen mit Dritten analoge Konventionalstrafen für die Durchsetzung der Verfahrensgrundsätze vereinbaren.

Variante 2a Verantwortlichkeit

Der Wortlaut dieser Variante entspricht einer gesetzlichen Bestimmung des Kantons Basel-land (§ 6 Abs. 4 des Gesetzes über die öffentlichen Beschaffungen).

Variante 2b Verantwortlichkeit

In der Variante 2b wird – wie an anderer Stelle im Beschaffungsrecht des Bundes – der Begriff „Dritte“ vorgeschlagen. Die beiden Begriffe „Subunternehmer“ und „Subakkordant“ in der Variante 2a überschneiden sich, sind aber keine Synonyme. In Rechtsprechung, Lehre und Praxis wird der Subunternehmer oft als „Subakkordant“ oder als „Unterakkordant“ bezeichnet. Die Bezeichnung ist mehrdeutig, da sie (namentlich im Bauwesen) auch für gewisse (temporäre) Arbeitnehmer verwendet wird, die im Akkordlohn arbeiten. Der Subunternehmer ist hingegen gerade kein Arbeitnehmer, der im Einzelarbeitsvertrag (Art. 319 OR) steht (vgl. Peter Gauch, Werkvertrag, 2011, Randziffer 139). Die Verantwortlichkeit gemäss dieser Bestimmung bezieht sich auf Dritte im Sinne von Subunternehmern, nicht aber auf (temporäre) Arbeitnehmer.

Variante 3 Verantwortlichkeit, auch für alle weiteren Dritten

Diese Kettenverpflichtung erweitert die Verantwortlichkeit nach Variante 2b auf die gesamte Kette von nachgelagerten Subunternehmern.

Variante 4 Solidarhaftung

Die Anbietenden treten in eine solidarische Haftung für beigezogene Dritte im Beschaffungsverfahren ein. Nicht mitumfasst sind Dritte, welche reine Lieferanten (ohne weitergehende Auftragserfüllungshandlungen) sind.

7.3 Auswirkungen auf das Beschaffungswesen

Die Anbietenden übernehmen die Verantwortung für beigezogene Dritte im Beschaffungsverfahren durch eine sorgfältige Auswahl, Unterweisung und Überwachung. Sie werden fallweise von der Beschaffungsstelle eingeladen, frühzeitig die beigezogenen Subunternehmer zu benennen oder zusätzliche finanzielle Sicherheiten zu leisten, insbesondere bei Variante 4. Für die Anbietenden ist dies mit höheren Kosten verbunden, welche sich wiederum auf den offerierten Preis niederschlagen dürften.

Auf Seite der Verwaltung dürfte die Einführung einer Haftung zu einem administrativen Mehraufwand führen.

7.4 Rechtliche Aspekte

Geltungsbereich: Das Beschaffungsrecht des Bundes hat – wie bereits in Kapitel 7.1 erwähnt – einen anderen Geltungsbereich als das EntsG:

- Das Beschaffungsrecht gilt für öffentliche Beschaffungen sowohl von in- als auch von ausländischen Anbietenden. Der (in- oder ausländische) Anbieter würde dementsprechend für alle seine Subunternehmer, in- und ausländische, haften. Ausländische Anbieter dürfen gegenüber inländischen nicht diskriminiert werden.
- Beschaffungen von privaten Auftraggebern und solche von Kantonen und Gemeinden sind dem BÖB nicht unterstellt und könnten mit einer Haftungsregelung im BÖB nicht erfasst werden.

Umfang der Haftung: Anders als beim EntsG würde der Hauptunternehmer für seine inländischen Subunternehmer nicht nur für die minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen gemäss Art. 2 Abs. 1 EntsG haften, sondern darüber hinaus auch für die weiteren Arbeitsbedingungen, etwa für die orts- und branchenüblichen Löhne (vgl. Art. 7 Abs. 1 VöB). Massgebend sind jeweils die Arbeitsbedingungen und -bestimmungen am Ort der Leistung (Art. 8 Bst. b BÖB). Hauptunternehmer mit inländischen Subunternehmern könnten dadurch benachteiligt

werden gegenüber solchen mit ausländischen Subunternehmern. Das übergeordnete WTO-Übereinkommen zum Beschaffungsrecht verbietet eine „Inländerdiskriminierung“ nicht.

Gegenstand des geltenden Beschaffungsrechts: Das Beschaffungsrecht enthält Anweisungen an die Bundesverwaltung, wie die Auswähl der Anbieter bis zum Zuschlag ablaufen hat. Es ist dem späteren Vertragsabschluss und der Vertragserfüllung immer vorgelagert. Die Einhaltung von Arbeitsschutzbestimmungen, Arbeitsbedingungen und des Gebots von gleichem Lohn für Frau und Mann betreffen hingegen primär die spätere Phase der Vertragserfüllung. Aus dieser Perspektive hat im Beschaffungsrecht eine Norm zur Verantwortlichkeit für die Einhaltung dieser Bestimmungen stets Präventivcharakter. Sie soll der Verletzung der Arbeitsbestimmungen bei der Vertragserfüllung entgegenwirken.

Bei Verstößen gegen Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen (Art. 8 Abs. 1 Bst. b und c BÖB) kann mit der heutigen Regelung der Zuschlag widerrufen und der Vertrag aufgelöst werden. Darüber hinaus ist das Vertragsverhältnis und damit das Haftungsverhältnis zwischen dem siegreichen Anbieter (Zuschlagsempfänger) und den von ihm beigezogenen Dritten nicht Gegenstand des geltenden öffentlichen Beschaffungsrechts.

8 Weiteres Vorgehen

Die Stellungnahmen der Konsultation werden ausgewertet und anschliessend in den Bericht zuhanden der WAK-SR einfließen. Die weitere Auseinandersetzung zur Thematik erfolgt im Rahmen der parlamentarischen Beratung.

Anhang: Gesetzesentwürfe