

Haftung des Hauptunternehmers für seine Subunternehmer

Die Frage der Haftung des Hauptunternehmers für den Subunternehmer für dessen Einhaltung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen ist auch auf europäischem Niveau aktuell. Die Problematik taucht denn auch regelmässig im Rahmen gewerkschaftlicher Forderungen auf.



Patrick Hauser

Nachfolgend wird die Kernfrage geklärt, ob und inwiefern der Hauptunternehmer für Verstösse seiner Subunternehmer gegen gesamtarbeitsvertragliche Regelungen nach schweizerischem Recht haftet. In einem zweiten Schritt wird zum Vergleich die geltende Regelung nach deutschem Recht skizziert und abschliessend die heutige Rechtslage in der Schweiz aus Sicht des SBV beurteilt.

1. Regelung nach schweizerischem Recht

1.1 Keine Haftung für den Beizug von Hilfspersonen (Art. 101 OR)

Im Verhältnis zum Bauherrn ist der Subunternehmer Erfüllungsgelhilfe des Hauptunternehmers. In dieser Konstellation trägt der Hauptunternehmer das sogenannte «Nahtstellenrisiko», das heisst das Risiko nicht aufeinander abgestimmter Vertragsinhalte im Haupt- und im Subunternehmervertrag. Deshalb kann ihn die Obliegenheit oder je nach Ausgestaltung des Hauptvertrags die Pflicht zur Koordination treffen. Aus diesem Grund versuchen die Unternehmer regelmässig, mit ihren Sub-

unternehmern sogenannte Verknüpfungsklauseln zu vereinbaren, das heisst in irgendeiner Weise den Subunternehmervertrag mit dem Hauptvertrag zu «verknüpfen». Dem Besteller/Bauherrn können daher Einsatz und Wahl von Subunternehmern nicht gleichgültig sein.

Bei erlaubtem Beizug eines Subunternehmers hat der Hauptunternehmer für diesen, weil er zum Bauherrn nicht in ein Vertragsverhältnis tritt, bzw. für den Arbeitserfolg dieses Subunternehmers oder Unterakkordanten (Erfüllungsgelhilfe) einzustehen. Der Hauptunternehmer haftet kausal (das heisst verschuldensfrei) gegenüber den unmittelbaren Gewährleistungsansprüchen des Bestellers und gegenüber Ansprüchen auf Ersatz von Mangelfolgeschäden gemäss Art. 101 OR.

Art. 101 OR bezieht sich (nur) auf die Haftung aus Schuldverhältnissen. Grundmerkmal von Art. 101 OR ist daher, dass die Hilfsperson (Subunternehmer) bei der Erfüllung mitwirkt und dabei einen Schaden beim Gläubiger des Schuldners (beim Bauherrn) verursacht. Die Subunternehmer werden aber gerade nicht zur Erfüllung und zum Vollzug von Einzelarbeitsverträgen herangezogen, sondern zur Erstellung eines Bauwerks (Werkvertrag). Zweifelsfrei sind demnach die Subunternehmer keine Hilfspersonen des Hauptunternehmers beim Vollzug von Arbeitsverhältnissen.

Dem Bauherrn entsteht durch arbeitsvertragliche Verfehlungen

der Subunternehmer kein «Schaden» im Sinne von Art. 101 OR. Seine allfälligen Ansprüche gegenüber dem Hauptunternehmer beruhen (je nach vertraglicher Regelung) maximal auf dem Recht der Einforderung von Konventionalstrafen und nicht auf demjenigen des Schadensrechts. Auch aufgrund des Ausbleibens eines Schadens beim Bauherrn kann daher keine Haftung des Hauptunternehmers für die korrekte Einhaltung der gesamtarbeitsvertraglichen Bestimmungen durch den Subunternehmer über Art. 101 OR begründet werden; insbesondere ist eine solche nicht gegenüber den kontrollierenden Instanzen (Dritten wie PBK, Tripartiten Kommissionen usw.) ersichtlich. Für die Handlungen der Subunternehmer ist der Hauptunternehmer aus dem Werkvertrag ausschliesslich gegenüber dem Bauherrn verantwortlich. Gegenüber Dritten hat der Hauptunternehmer hingegen keinerlei vertragliche Verpflichtungen übernommen. Über Art. 101 OR kann der Hauptunternehmer also nicht haftbar gemacht werden für die arbeitsvertraglichen Versäumnisse seiner Subunternehmer.

1.2 Haftung aus Art. 5 Entsendegesetz (EntsG)

Gemäss Art. 5 EntsG muss der Erstunternehmer (nachfolgend Hauptunternehmer genannt) seine Subunternehmer mit Sitz im Ausland vertraglich verpflichten, die sich aus dem EntsG ergebenden Verpflichtungen einzuhalten. Fehlt eine dementsprechende vertragliche Verpflichtung, so kann der Hauptunternehmer für Verstösse von →

Subunternehmern mit entsprechenden Sanktionen belegt werden. Zudem haftet der Hauptunternehmer zivilrechtlich für die Nichteinhaltung der Mindestbedingungen nach Art. 2 EntsG. Es handelt sich in diesem Fall um eine solidarische Haftung von Hauptunternehmer und Subunternehmer (vgl. dazu Art. 5 Abs. 2 EntsG). Dem Wortlaut in Art. 5 Abs. 1 EntsG nach gilt diese Haftungsregel ausschliesslich für Fälle, in denen die Subunternehmer ihren Sitz im Ausland haben. Der Bundesrat hat beschlossen, dass die allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen des LMV über die Arbeits- und Lohnbedingungen im Sinne von Art. 2 EntsG sowie Art. 1 und 2 der Verordnung zum EntsG nicht nur für Arbeitgeber (bzw. Subunternehmer) mit Sitz im Ausland, sondern auch für solche mit Sitz in der Schweiz sowie deren Arbeitnehmer gelten.

Daraus folgt, dass bereits nach geltendem Recht der Hauptunternehmer seine Subunternehmer vertraglich ausdrücklich auf die

Einhaltung der wichtigsten arbeitsrechtlichen Minimalbedingungen verpflichten muss. Gemäss Entsendegesetz betrifft dies die folgenden Bereiche (vgl. Art. 2 EntsG), sofern diese entweder in Bundesgesetzen und Verordnungen und/oder allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen geregelt sind:

- Minimallöhne
- Bestimmungen über Arbeits- und Ruhezeiten
- Mindestdauer der Ferien, Bestimmungen über Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz
- Bestimmungen über den Schutz von Schwangeren, Wöchnerinnen, Kindern und Jugendlichen
- Bestimmungen über die Nichtdiskriminierung, namentlich über die Gleichbehandlung von Mann und Frau.

Die geltende Rechtslage geht in Art. 5 Abs. 2 EntsG sogar noch weiter, indem sie den Hauptunter-

nehmer (mindestens) solidarisch haftbar für allfällige Verfehlungen seiner Subunternehmer macht, sofern die vertragliche Verpflichtung des Subunternehmers zur Einhaltung der sich aus dem EntsG ergebenden Verpflichtungen nicht vorgenommen wurde.

2. Regelung nach deutschem Recht

2.1 Haftung für Sozialversicherungsbeiträge

Nach § 283 Abs. 3a SGB (Deutsches Sozialgesetzbuch) haftet ein Hauptunternehmer des Bauwesens für die Zahlungsverpflichtungen eines von ihm eingesetzten Subunternehmers für den Gesamtsozialversicherungsbeitrag, das heisst für alle Sozialversicherungsbeiträge mit Ausnahme der Beiträge zur Unfallversicherung. Diese Haftung kommt (nur) für den Zeitraum in Frage, in welchem der Subunternehmer für den Hauptunternehmer tätig geworden ist. Beauftragt beispielsweise ein Bauunternehmer einen anderen Baubetrieb im Rahmen eines Werkvertrags für drei Kalendermonate, muss der Hauptunternehmer im Haftungsfall für maximal diese drei Kalendermonate die Sozialversicherungsbeiträge tragen, wenn der Subunternehmer diese nicht oder nicht in vollem Umfang gezahlt hat. Diese Haftung ist verschuldensabhängig ausgestaltet worden, und das Verschulden wird vermutet, und dem Hauptunternehmer steht allenfalls der Exkulpationsbeweis offen. Die Haftung entfällt daher, wenn der Hauptunternehmer nachweist, dass er ohne eigenes Verschulden davon ausgehen konnte, dass der Subunternehmer seine Zahlungspflichten gegenüber den Sozialversicherungen erfüllt. In der Praxis gelingt dieser Beweis jedoch nur sehr schwer.

Fazit aus Sicht des SBV

Während in der Schweiz keine Haftung des Hauptunternehmers für Hilfspersonen (Art. 101 OR) für deren arbeitsrechtliche Verfehlungen besteht, auferlegt Art. 5 Abs. 1 EntsG dem Hauptunternehmer eine eindeutige Pflicht, seine Subunternehmer vertraglich ausdrücklich auf die Einhaltung der wichtigsten arbeitsrechtlichen Minimalbedingungen zu verpflichten. Bei Fehlen einer entsprechenden Verpflichtungsregelung im Werkvertrag kann der Hauptunternehmer für Verstösse seiner Subunternehmer gegen das Entsendegesetz mit Sanktionen gemäss Art. 9 EntsG belegt werden. Dementsprechend kann die zuständige kantonale Behörde beispielsweise eine Verwaltungsbusse bis 5000 Franken aussprechen. Darüber hinaus haftet der Hauptunternehmer auch zivilrechtlich für die Nichteinhaltung der Mindestbedingungen nach Art. 2 EntsG, sofern die vertragliche Verpflichtung des Subunternehmers zur Einhaltung der sich aus dem EntsG ergebenden Verpflichtungen nicht vorgenommen wurde.

Die geltende Rechtslage geht insbesondere in Art. 5 EntsG tatsächlich bereits sehr weit. Von der Einführung einer weitergehenden Haftungsbestimmung nach deutschrechtlichem Vorbild, wonach der Hauptunternehmer überdies hinaus sogar zur effektiven Einhaltungskontrolle gegenüber seinen Subunternehmern verpflichtet wird und/oder sogar im Sinne einer Kausalhaftung auch verschuldensfrei für jegliche arbeitsrechtliche Verstösse und Verfehlungen seiner Subunternehmer einzustehen hat, ist entschieden abzusehen. ■