

Arbeit und Arbeitsrecht

Festschrift
für Thomas Geiser
zum 65. Geburtstag

Herausgegeben von

Roland Müller Kurt Pärli Isabelle Wildhaber



Die Grafik für das Vorsatzpapier wurde freundlicherweise von der Seidenmann AG, Zürich, zur Verfügung gestellt.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (grafisch, technisch, elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und downloading) teilweise oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen, zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

© 2017 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen
ISBN 978-3-03751-969-1

www.dike.ch

<p>© 2017 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen; ISBN 978-3-03751-969-1 Dieses digitale Separatum wurde der Autorenschaft vom Verlag zur Verfügung gestellt. Die Autorenschaft ist berechtigt, das Separatum ein Jahr nach Erscheinen des gedruckten Werks unter Hinweis auf die Erstpublikation weiterzuveröffentlichen.</p>

Inhaltsverzeichnis

ROLAND BACHMANN

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Zürich

Leitende Angestellte (Executives) – Ausnahmen zum Grundsatz
der Einheit des Arbeitsvertragsrechts 1

ALFRED BLESİ

Dr. rer. publ. et lic. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht

Erwerbstätige Nichterwerbstätige
Zu den möglichen Implikationen eines länger andauernden Bezuges von
Krankentaggeldern im Sozialversicherungsrecht und im Arbeitsrecht 17

WOLFGANG DÄUBLER

*Professor für Deutsches und Europäisches Arbeitsrecht, Bürgerliches Recht und
Wirtschaftsrecht an der Universität Bremen*

Angriffe auf den Arbeitnehmer im Internet 31

JEAN-LOUIS DUC

Prof. Dr. iur., em. Professor der Universität St.Gallen, Lausanne

Réflexions sur une assurance-maladie d'indemnités journalières
permettant à un employeur d'être libéré de son obligation de verser
le salaire durant un temps limité en vertu de l'article 324b alinéa 4 CO 45

JEAN-PHILIPPE DUNAND

Prof. Dr. iur., Avocat, Professeur de droit du travail à l'Université de Neuchâtel

L' exécution des peines conventionnelles notifiées par les
commissions paritaires 55

MARTIN FARNER

lic. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Zürich

Arbeitsrechtlicher Datenschutz am Beispiel der Übermittlung ins
datenschutzrechtlich unsichere Ausland 69

HEINZ HELLER

Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Fachanwalt SAV Familienrecht

Leistungslohn und Minderleistung – Denkanstösse zu guter und schlechter Arbeitsleistung	99
---	----

ANGELA HENSCH/ROBERTO FORNITO

lic. iur., Rechtsanwältin, Fachanwältin SAV Arbeitsrecht, Partnerin bei Bratschi Wiederkehr & Buob AG, St.Gallen/Dr. iur., Fachanwalt SAV Erbrecht, Partner bei Bratschi Wiederkehr & Buob AG, St.Gallen

Erbrechtliche Zuwendungen im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis	121
--	-----

ROGER HISCHIER

Dr. iur., Fürsprecher, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Zürich

Arbeitnehmerschutz und zwingende Bestimmungen im internationalen Arbeitsrecht	141
---	-----

UELI KIESER

Prof. Dr., Titularprofessor an den Universitäten Bern und St.Gallen, Rechtsanwalt bei KSPartner, Zürich

Arbeitsrecht und berufliche Vorsorge: Gemeinsamkeiten – Unterschiede – Folgerungen	159
--	-----

THOMAS KOLLER

Prof. Dr. iur., Ordinarius für Privatrecht und Sozialversicherungsrecht, unter Berücksichtigung des Steuerrechts, an der Universität Bern

Die Hauswartin mit «Dienstwohnung» – unter besonderer Berücksichtigung des Kündigungsrechts: Ein brisantes Rechtsproblem an einer Schnittstelle zwischen Arbeitsrecht und Mietrecht	175
---	-----

MICHAEL KULL

Dr. iur., Rechtsanwalt, Basel

Die Anwendbarkeit des Arbeitsvermittlungsgesetzes (AVG) in Konzernverhältnissen	193
---	-----

HARDY LANDOLT

Prof. Dr. iur., LL.M., Titularprofessor für Haftungs-, Privat- und Sozialversicherungsrecht an der Universität St.Gallen, Rechtsanwalt und Notar, Glarus

Innerfamiliäre Betreuungs- und Pflegeleistungen – Unklare Rechtsnatur und heterogene Entschädigungspflicht	209
--	-----

GÜNTHER LÖSCHNIGG

Prof. Dr. iur. et Dr. rer. soc. oec., Vorstand des Instituts für Arbeits- und Sozialrecht der Universität Graz und Professor für Universitätsrecht an der Universität Linz

Schweizerisches und österreichisches Arbeitsrecht	
Beispiele struktureller und inhaltlicher Unterschiede	227

ANNE MEIER/ZOÉ SEILER

Dr. iur., Avocate, Chargée d'enseignement / Dr. iur., LL.M., Avocate

Des usages au salaire minimum ? Réflexions sur l'avenir d'une vieille idée	245
--	-----

PETER MOSIMANN

Dr. iur., Advokat, Basel, Lehrbeauftragter für Immaterialgüterrecht und Kunstrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Basel (2005–2014), Präsident der Kunstkommision der Öffentlichen Kunstsammlung Basel (2008–2017), Syndikus Schweizerischer Bühnenverband (1981–2012)

Der Intendantenvertrag – Rechte und Pflichten	259
---	-----

ROLAND MÜLLER

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt und Notar, Titularprofessor an den Universitäten St.Gallen und Bern, Staad/SG

Konsequenzen einer missbräuchlichen Kündigung	275
---	-----

ROLAND A. MÜLLER/CHRISTIAN MADUZ

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Titularprofessor an der Universität Zürich für Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, Direktor des Schweizerischen Arbeitgeberverbandes / MLaw, Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Projektleiter Direktion beim Schweizerischen Arbeitgeberverband

Arbeitszeit und Arbeitszeiterfassung: Debatte zur zeitgemässen Anpassung des Arbeitsgesetzes	291
--	-----

HARRY F. NÖTZLI

Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht

Verfassungsrechtliche Schranken der Anwendbarkeit des
Obligationenrechts im öffentlichen Personalrecht 307

KURT PÄRLI

Prof. Dr. iur., Professor für Soziales Privatrecht, Universität Basel, Basel

Das (entschädigungslose) Konkurrenzverbot gehört abgeschafft 323

THOMAS PIETRUSZAK

lic. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht

Bezahlte Stillzeit – oder doch (noch) nicht? Versuch einer
Auslegeordnung von Art. 60 Abs. 2 ArGV 1 339

WOLFGANG PORTMANN

Prof. Dr. iur., Ordinarius für Privat- und Arbeitsrecht an der Universität Zürich

Aktuelle Entwicklungen in der bundesgerichtlichen
Rechtsprechung zur fristlosen Kündigung des Arbeitsvertrags 349

MANFRED REHBINDER

*Prof. Dr. iur. Dr. h.c., em. Ordinarius, vormals Lehrstuhl für Arbeits-, Immaterialgüter-,
Medienrecht und Rechtssoziologie an der Universität Zürich, Wiss. Direktor des
Europäischen Instituts für Rechtspsychologie, Zürich*

Zur sogenannten Frauenfrage 367

VITO ROBERTO/ROMAN SCHISTER

*Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Professor für Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht,
Direktor am Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Zürich/M.A. HSG
am Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, St.Gallen*

Eingeschränkte Arbeitnehmerhaftung 381

ROGER RUDOLPH

*Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Lehrbeauftragter
an der Universität Zürich*

Fünf Mysterien des Arbeitsgesetzes 401

IVO SCHWANDER

Prof. Dr. iur. Dr. h.c. (Universität Zürich), ehemaliger Professor für Internationales Privatrecht, Rechtsvergleichung und schweizerisches Privatrecht an der Universität St.Gallen, Rechtskonsulent in Zürich

Spezifische Probleme des IPR-Kollisionsrechts in Arbeitsrechtsfällen – Zum Umgang mit den Artikeln 13, 15, 18, 19 IPRG im Kontext mit Art. 121 IPRG	415
---	-----

CHRISTOPH SENTI

Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Altstätten, Lehrbeauftragter an der Universität St.Gallen

Gemischte Verträge im Arbeitsrecht	431
------------------------------------	-----

JEAN-FRITZ STÖCKLI

Prof. Dr. iur., em. Ordinarius für Privatrecht an der Universität Basel

Subsidiarität und Dezentralisierung im Arbeitsrecht	445
---	-----

KAI-PETER UHLIG

Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich

Engagement in der Filmproduktion – Flexible Zeitplanung im befristeten Arbeitsverhältnis	461
---	-----

ADRIAN VON KAENEL

Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Lehrbeauftragter an der Universität Zürich

Neuere Entwicklungen in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Kündigungsschutz	481
--	-----

CORINNE WIDMER LÜCHINGER/KEVIN P. MACCABE

Prof. Dr. iur., Professorin für Privatrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung, Universität Basel / MLaw, wissenschaftlicher Mitarbeiter

Die Haftung des Erstunternehmers nach schweizerischem Entsendegesetz – Materiell- und kollisionsrechtliche Fragen	503
--	-----

ISABELLE WILDHABER/SILVIO HÄNSENBERGER

*Prof. Dr., Ordinaria für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität St.Gallen /
M.A. HSG, wissenschaftlicher Assistent*

Social Media-Kontakte im Arbeitsverhältnis – Wem «gehören»
Accounts, Kontakte und Zugangsdaten?

529

Die Haftung des Erstunternehmers nach schweizerischem Entsendegesetz

Materiell- und kollisionsrechtliche Fragen

CORINNE WIDMER LÜCHINGER/KEVIN P. MACCABE

Inhaltsübersicht

I.	Einführung	504
II.	Anwendungsbereich von Art. 5 EntsG	507
	A. Räumlicher Anwendungsbereich	507
	B. Sachlicher und persönlicher Anwendungsbereich	508
III.	Die Haftungsvoraussetzungen	510
	A. Überblick	510
	B. Die Rechtsnatur der Haftung	510
	1. Das Problem	510
	2. Relevanz der Fragestellung	512
	3. Art. 5 EntsG als Haftung sui generis	512
	C. Die Forderung des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber	514
IV.	Ausgewählte Fragen	515
	A. Die durch Art. 5 EntsG gesicherten Forderungen	515
	B. Der Sorgfaltsbeweis des Erstunternehmers	516
	1. Grundlagen	516
	2. Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens	518
	C. Die Subsidiarität der Erstunternehmerhaftung	520
	D. Anwendbarkeit von Art. 5 EntsG im internationalen Verhältnis	521
	E. Verjährung der Forderung gegen den Erstunternehmer	523
	1. Grundlagen	523
	2. Anwendbares Recht	524
	F. Regress der SUVA und Regressprivileg nach Art. 75 Abs. 2 ATSG	525
V.	Zusammenfassung	526

Vorbemerkung

Als die Anfrage an die Erstautorin herangetragen wurde, zur Festschrift ihres geschätzten Kollegen und Freundes Thomas Geiser beizutragen, stand für sie vor allem eines fest: Der Beitrag sollte nicht nur einen fachlichen Bezug zum Jubilaren

haben, sondern möglichst auch einen persönlichen. Nun mag der persönliche Bezug von Thomas Geiser zum Entsendegesetz im Allgemeinen und zur Haftung des Erstunternehmers im Besonderen nicht augenfällig sein. Die Erstautorin meint aber, dass er sehr wohl besteht. Das Gesetz hat eine soziale Zielsetzung und soll die typischerweise schwächere Partei schützen – beides Ausrichtungen, die auch Thomas Geiser auszeichnen. Und zumindest im übertragenen Sinne hat der Jubilar auch einen Bezug zum Baugewerbe, auf das sich die Haftung des Erstunternehmers nach Art. 5 EntsG bezieht. Thomas ist nämlich ein Brückenbauer. Er baut Brücken zwischen Theorie und Praxis, zwischen Wissenschaft und Öffentlichkeit, zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Vor allem aber baut er Brücken zwischen Menschen, und zwar mit Humor, Neugierde, Grosszügigkeit und einem (fast) unendlichen Fundus an Geschichten. Dafür, lieber Thomas, sei Dir an dieser Stelle herzlich gedankt.

I. Einführung

Als flankierende Massnahme zu den bilateralen Verträgen I, insbesondere zum Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999,¹ wurde am 8. Oktober 1999 das Entsendegesetz (EntsG)² erlassen. Das Entsendegesetz regelt in erster Linie die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die ein Arbeitgeber mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland für einen bestimmten Zeitraum in die Schweiz entsendet (Art. 1 Abs. 1 EntsG). Damit soll ein Lohn- und Sozialdumping zulasten der Arbeitnehmer in der Schweiz verhindert werden.³

Seit der am 15. Juli 2013 in Kraft getretenen Teilrevision vom 14. Dezember 2012 regelt das Gesetz darüber hinaus aber auch «die solidarische Haftung des Erstunternehmers für die Nichteinhaltung der minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen durch die Subunternehmer» (Art. 1 Abs. 2 S. 2 EntsG). Grundlage dieser Haftung ist Art. 5 EntsG. Zwar hatte das EntsG schon zuvor eine solidarische Haftung des

¹ SR 0.142.112.681.

² Bundesgesetz über die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und flankierende Massnahmen vom 8. Oktober 1999, SR 823.20. Im Zuge der Revision vom Juni 2012 wurde das Gesetz umbenannt; seit dem 1. Januar 2013 heisst es nun Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (Entsendegesetz, EntsG).

³ Botschaft des Bundesrates zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG vom 23. Juni 1999, BBl 1999, 6128, 6394.

Erstunternehmers statuiert; diese wurde jedoch mit der Teilrevision wesentlich verschärft.

Gemäss der ursprünglichen Fassung von Art. 5 Abs. 1 EntsG musste der Erstunternehmer lediglich die *von ihm herangezogenen Subunternehmer vertraglich verpflichten*, das EntsG einzuhalten, und auch dies nur dann, wenn die Arbeiten von Subunternehmern mit *Wohnsitz oder Sitz im Ausland* ausgeführt wurden. Fehlte eine solche Verpflichtung, konnte der Erstunternehmer für Verstösse von Subunternehmern verwaltungsrechtlich sanktioniert werden. Zudem haftete er zivilrechtlich für die Nichteinhaltung der in Art. 2 EntsG umschriebenen minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen, wobei es sich nach Gesetzeswortlaut um eine solidarische Haftung handelte (aArt. 5 Abs. 2. EntsG).

Seit der Teilrevision kann der Erstunternehmer nicht mehr bereits dadurch der Haftung entgehen, dass er seinen Subunternehmer vertraglich zur Einhaltung der Mindestbedingungen verpflichtet hat. Er muss vielmehr nachweisen, dass er «bei jeder Weitervergabe der Arbeiten die nach den Umständen gebotene Sorgfalt in Bezug auf die Einhaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen angewendet hat» (Art. 5 Abs. 3 S. 1 EntsG). Dabei haftet der Erstunternehmer nicht nur für die Nichteinhaltung der Mindestbedingungen durch seinen Vertragspartner, sondern für *sämtliche* Subunternehmer in der Kette, also auch für Sub-Subunternehmer, mit denen er keine vertragliche Beziehung hat (Art. 5 Abs. 2 S. 1 EntsG).⁴ Die Sorgfaltspflicht wird im 4. Abschnitt der Entsendeverordnung⁵ näher umschrieben;⁶ die entsprechenden Bestimmungen traten ebenfalls am 15. Juli 2013 in Kraft. Art. 5 EntsG erfasst seit der Teilrevision auch *reine Binnensachverhalte*, d.h. Sachverhalte, bei denen Erstunternehmer, Arbeitgeber und Arbeitnehmer ihren Wohnsitz resp. Sitz in der Schweiz haben.⁷

Gleich wie die ursprüngliche Gesetzesfassung spricht auch der revidierte Art. 5 EntsG davon, dass der Erstunternehmer bei Misslingen des Sorgfaltsbeweises «solidarisch» hafte (Art. 5 Abs. 2 S. 1 EntsG). Gleich anschliessend hält das Gesetz jedoch – in direktem Widerspruch zum Wesen der Solidarhaftung – fest, dass der Erstunternehmer nur dann hafte, wenn der Subunternehmer «zuvor erfolglos belangt wurde oder nicht belangt werden kann» (Art. 5 Abs. 2 S. 2 EntsG).⁸

⁴ Dazu unten *sub* IV.B.

⁵ Verordnung über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (EntsV) vom 21. Mai 2003, SR 823.201.

⁶ Dazu unten *sub* IV.B.

⁷ Dazu unten *sub* II.A.

⁸ Siehe unten *sub* III.B.1 und IV.C.

Art. 5 EntsG wirft eine Reihe von Fragen auf, die in der Lehre kontrovers diskutiert werden. Unklar ist zunächst die *Rechtsnatur* der Erstunternehmerhaftung.⁹ Die Frage ist nicht nur von theoretischem Interesse, sondern hat unmittelbare Auswirkungen, insbesondere auf die Frage der Verjährung.¹⁰ Qualifiziert man die Haftung nach Art. 5 EntsG (wie dies zum Teil gemacht wird) als deliktische Haftung, fragt sich, ob sich der Erstunternehmer gegen den ihn belangenden Arbeitnehmer auf die Herabsetzungsgründe nach Art. 44 OR berufen kann.¹¹

Fraglich ist weiter, ob der Erstunternehmer sich (direkt oder sinngemäss) auf den *Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens* berufen kann, also darauf, dass der Subunternehmer auch dann die Mindestbedingungen nicht eingehalten hätte, wenn der Erstunternehmer seinen Sorgfaltspflichten nachgekommen wäre.¹²

Unklar ist auch, wann davon die Rede sein kann, dass der Subunternehmer i.S.v. Art. 5 Abs. 2 EntsG «erfolglos belangt wurde oder nicht belangt werden kann».¹³ Im Falle einer Kette von Subunternehmerverhältnissen ist streitig, ob der Erstunternehmer bereits dann belangt werden kann, wenn der Subunternehmer, der den betroffenen Arbeitnehmer angestellt hat, erfolglos belangt wurde resp. nicht belangt werden kann, oder ob der Arbeitnehmer vielmehr erst dann gegen den Erstunternehmer vorgehen kann, wenn *alle* dazwischengeschalteten Subunternehmer erfolglos belangt wurden resp. wenn keiner von ihnen belangt werden kann.¹⁴

Untersteht der Arbeitnehmer dem UVG¹⁵ und hat er einen Berufsunfall erlitten, weil sein Arbeitgeber die Mindestbedingungen zur Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz (Art. 2 Abs. 1 lit. d EntsG) nicht eingehalten hat, fragt sich, ob die SUVA nicht nur auf den Arbeitgeber, sondern gegebenenfalls auch auf den Erstunternehmer Regress nehmen kann (Art. 72 ATSG¹⁶) und, falls ja, ob sich der Erstunternehmer auf das Regressprivileg nach Art. 75 Abs. 2 ATSG berufen kann.¹⁷

Hat der Erstunternehmer seinen Sitz resp. Wohnsitz im Ausland, muss schliesslich geprüft werden, ob die schweizerischen Gerichte zur Beurteilung von Ansprüchen

⁹ Siehe unten *sub* III.B.

¹⁰ Siehe unten *sub* IV.E.

¹¹ Dazu unten *sub* III.B.3.

¹² Siehe unten *sub* IV.B.2.

¹³ Dazu unten *sub* IV.C.

¹⁴ Dazu unten *sub* IV.C.

¹⁵ Bundesgesetz über die Unfallversicherung vom 20. März 1981, SR 832.20.

¹⁶ Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000, SR 830.1.

¹⁷ Siehe unten *sub* IV.F.

zuständig sind, die sich auf Art. 5 EntsG abstützen, und ob Art. 5 EntsG überhaupt zur Anwendung kommt.¹⁸

II. Anwendungsbereich von Art. 5 EntsG

A. Räumlicher Anwendungsbereich

Ursprünglich waren vom EntsG einzig solche Arbeitnehmer erfasst, die ein Arbeitgeber mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland in die Schweiz entsandt hatte. Reine Binnensachverhalte waren vom Anwendungsbereich ausgeschlossen.

Seit dem 1. Januar 2013 regelt das EntsG nun auch die Kontrolle inländischer Arbeitgeber, die Arbeitnehmer in der Schweiz beschäftigen, sowie deren Sanktionierung, wenn sie gegen Bestimmungen über den Mindestlohn verstossen, die in einem Normalarbeitsvertrag vorgeschrieben sind (Art. 1 Abs. 2 S. 1 EntsG). Ausserdem erfasst auch Art. 5 EntsG in der am 15. Juli 2013 in Kraft getretenen Fassung reine Binnensachverhalte. Bis zu diesem Zeitpunkt war die Haftung des Erstunternehmers ausdrücklich auf Fälle beschränkt, in denen der Subunternehmer seinen Sitz resp. Wohnsitz im Ausland hatte.¹⁹ Seit der Revision ist dies nach wohl einhelliger Ansicht nicht mehr der Fall.²⁰

Dass die Haftung nach Art. 5 EntsG auf reine Binnensachverhalte ausgedehnt werden sollte, zeigen die parlamentarischen Beratungen. Während die Kommissionsmehrheit im Ständerat die Haftung des Erstunternehmers weiterhin auf Fälle beschränken wollte, in denen der Subunternehmer im Ausland seinen Sitz oder Wohnsitz hatte, und ausserdem den Erstunternehmer lediglich dazu verpflichten wollte, seine direkten Subunternehmer in einem schriftlichen Vertrag zur Einhaltung des Gesetzes zu verpflichten, stellte die Kommissionsminderheit (Levrat, Fetz, Recordon, Zanetti) den Antrag auf Einführung einer «Solidarhaftung mit Exkulpationsmöglichkeit», die

¹⁸ Unten *sub* IV.D.

¹⁹ Art. 5 Abs. 1 EntsG in der bis zum 14. Juli 2013 geltenden Fassung lautete wie folgt: «Werden die Arbeiten von Subunternehmern mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland ausgeführt, so muss der Erstunternehmer, wie beispielsweise Total-, General- oder Hauptunternehmer, die Subunternehmer vertraglich verpflichten, dieses Gesetz einzuhalten.»

²⁰ HUBERT STÖCKLI/ROGER BIERI, Neue Ausfallhaftung von Unternehmen, Jusletter 24. Juni 2013, Rz. 20; DAVID EQUEY, La responsabilité solidaire des entrepreneurs de la construction dans le cadre des détachements de travailleurs étrangers, Jusletter 15. Juli 2013, Rz. 12; ERIC RAMEL/MARC-ETIENNE FAVRE, La sous-traitance, in: Zufferey (Hrsg.), Journées suisses du droit de la construction 2015 – Pour tous ceux qui construisent, 117, 132.

inländische und ausländische Subunternehmer gleichermaßen erfassen sollte.²¹ Der Ständerat folgte dem Antrag der Minderheit. Diese Fassung wurde in der Folge vom Nationalrat angenommen und wurde schliesslich zum Gesetz.

Dass die Haftung des Erstunternehmers vom Sitz des Subunternehmers unabhängig sein soll, folgt auch aus dem systematischen Zusammenhang von Art. 1 Abs. 2 S. 2 EntsG, der ebenfalls auf Antrag der Kommissionsminderheit vom Ständerat eingefügt wurde.²² Im Unterschied zu Art. 1 Abs. 1 EntsG, der den Gegenstand des Gesetzes hinsichtlich der in die Schweiz entsandten Arbeitnehmer regelt, hält Art. 1 Abs. 2 EntsG zunächst fest, dass auch (inländische) Arbeitgeber, die Arbeitnehmer im Inland beschäftigen, der Kontrolle (und gegebenenfalls der Sanktionierung) unterstehen. Gleich im Anschluss an diesen reinen Binnensachverhalt (und gerade nicht in Abs. 1, der die ausländischen Arbeitgeber betrifft) hält das Gesetz fest, dass es «zudem die solidarische Haftung des Erstunternehmers für die Nichteinhaltung der minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen durch die Subunternehmer» regelt.

Für die Haftung des Erstunternehmers spielt es demnach keine Rolle, ob irgendwo in der Kette der Subunternehmer ein ausländischer Arbeitgeber involviert war oder nicht.²³ Gleiches gilt sinngemäss für den Erstunternehmer: Es ist unerheblich, ob dieser seinen Sitz in der Schweiz oder im Ausland hat.²⁴

B. Sachlicher und persönlicher Anwendungsbereich

Art. 5 Abs. 1 EntsG beschränkt den sachlichen Anwendungsbereich der Erstunternehmerhaftung auf das Bauhaupt- und Baunebengewerbe. Die Ausdehnung der Haftung auf alle Dienstleistungen war in der Kommission des Ständerats gestützt auf einen Bericht der Verwaltung diskutiert, jedoch nicht weiterverfolgt worden.²⁵ Gemäss SECO, welches im Rahmen einer Konsultation der Verbände und Kantone vier verschiedene Haftungsvarianten zur Diskussion gestellt hatte,²⁶ liess sich diese Einschränkung damit rechtfertigen, dass vor allem in diesem Bereich Missbräuche

²¹ AB SR 2012, 874 (Votum Zanetti), 879 (BR Schneider-Ammann) (Beratung vom 25.9.2012; Geschäftsnummer 12.039).

²² AB SR 2012, 879, 880 (Beratung vom 25.9.2012; Geschäftsnummer 12.039).

²³ EQUEY (Fn. 20), Rz. 12; RAMEL/FAVRE (Fn. 20), 133 f.

²⁴ EQUEY (Fn. 20), Rz. 11.

²⁵ AB SR 2012, 869 (Votum Graber) (Beratung vom 25.9.2012; Geschäftsnummer 12.039).

²⁶ SECO, 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, Juni 2012, 7 (die Mittelvarianten I und II beschränken sich auf das Bauhaupt- und Baunebengewerbe).

festgestellt worden seien.²⁷ Gemäss Art. 5 EntsV gelten «alle Tätigkeiten, welche die Fertigstellung, die Wiederinstandstellung, den Unterhalt, die Änderung oder den Abbruch von Bauten umfassen» als Dienstleistungserbringung auf dem Sektor des Bauhaupt- oder Baunebengewerbes. Der Definition folgt eine nicht abschliessende Liste von Arbeiten, die typischerweise darunter fallen, so z.B. Umbau, Renovierung oder Abbrucharbeiten.²⁸

Mögliches Haftungssubjekt gemäss Art. 5 Abs. 1 EntsG ist der Erstunternehmer, der Arbeiten an einen Subunternehmer vergeben hat. Unter dem «Erstunternehmer» versteht das Entsendegesetz nach seinem Wortlaut den «Total-, General- oder Hauptunternehmer».²⁹ Hier fragt sich, ob auch jener Unternehmer haftet, dessen Dienstleistungen nicht ausschliesslich werkvertraglicher Natur, sondern bspw. dem Auftragsrecht zuzuordnen sind (gemischte Verträge). Gemäss einem Teil der Lehre ist darauf abzustellen, ob die werkvertraglichen oder vielmehr die auftragsrechtlichen Leistungspflichten überwiegen.³⁰

Damit verbunden ist die weitere Frage, ob Art. 5 EntsG nur dann ins Spiel kommt, wenn mit dem fehlbaren Subunternehmer ein Werkvertrag i.S.v. Art. 363 OR abgeschlossen wurde,³¹ oder ob auch die Weitervergabe aufgrund eines gemischten Vertrags oder gar aufgrund eines reinen Auftrags i.S.v. Art. 394 OR erfasst ist. Für die Qualifikation als Subunternehmer spielt es jedenfalls keine Rolle, ob dieser den Vertrag unmittelbar mit dem Erstunternehmer geschlossen hat. Art. 5 Abs. 2 EntsG stellt klar, dass der Erstunternehmer nicht nur für seine unmittelbaren Subunternehmer, sondern für sämtliche ihm nachfolgenden (Sub-)Subunternehmer in einer Auftragskette haftet.³²

Die Aktivlegitimation zur Geltendmachung der Ansprüche aus Art. 5 EntsG steht dem Arbeitnehmer zu.³³

²⁷ SECO-Bericht 2012 (Fn. 26), 9 f.; kritisch EQUEY (Fn. 20), Rz. 9.

²⁸ Vgl. dazu RAMEL/FAVRE (Fn. 20), 132.

²⁹ Dazu EQUEY (Fn. 20), Rz. 10 f.

³⁰ Vgl. RAMEL/FAVRE (Fn. 20), 132; EQUEY (Fn. 20), Rz. 11.

³¹ So wohl EQUEY (Fn. 20), Rz. 12.

³² Die Ausgestaltung der Erstunternehmerhaftung als Kettenhaftung entspricht der vom SECO unterbreiteten Mittelvariante II; siehe SECO-Bericht 2012 (Fn. 26), 7.

³³ Zum Begriff des Arbeitnehmers nach dem EntsG siehe RÉMY WYLER/BORIS HEINZER, *Droit du travail*, 3. Aufl., Bern 2014, 919 f.

III. Die Haftungsvoraussetzungen

A. Überblick

Nach dem Wortlaut von Art. 5 EntsG haftet der Erstunternehmer dann, wenn vier Voraussetzungen erfüllt sind: *Erstens* müssen Arbeiten an einen Subunternehmer weitervergeben worden sein, der *zweitens* die Netto-Mindestlöhne oder die Arbeitsbedingungen gemäss Art. 2 Abs. 1 EntsG nicht eingehalten hat (Art. 5 Abs. 1 EntsG). Die Haftung setzt *drittens* voraus, dass der Erstunternehmer sich nicht nach Art. 5 Abs. 3 EntsG entlasten kann. *Viertens* haftet der Erstunternehmer nur, wenn der Subunternehmer erfolglos belangt worden ist oder nicht belangt werden kann (Art. 5 Abs. 2 S. 2 EntsG). Ob darüber hinaus weitere Voraussetzungen erfüllt sein müssen und wenn ja, welche, hängt in erster Linie davon ab, wie man die Haftung nach Art. 5 EntsG qualifiziert. Dieser Frage ist nun nachzugehen.

B. Die Rechtsnatur der Haftung

1. Das Problem

Die Rechtsnatur des Art. 5 EntsG ist nicht leicht zu erfassen und wird in der Lehre unterschiedlich beurteilt.³⁴

Für Verwirrung sorgt zunächst der Gesetzeswortlaut. Gemäss Art. 5 Abs. 2 EntsG handelt es sich bei der Haftung des Erstunternehmers um eine «solidarische» Haftung, was zur Annahme verleiten könnte, dass die Art. 143 ff. OR einschlägig sind. Merkmal der Solidarhaftung ist, dass mehrere Schuldner dem Gläubiger für die ganze Forderung haften, und zwar so, dass der Gläubiger wählen kann, gegen welchen Solidarschuldner er vorgehen und ob er je nur einen Teil oder das Ganze fordern will. Würde der Erstunternehmer gestützt auf Art. 5 Abs. 2 EntsG tatsächlich mit dem Arbeitgeber solidarisch haften, so würde dies bspw. in Bezug auf die Einhaltung der Netto-Mindestlöhne bedeuten, dass er dem Arbeitnehmer ebenso die Lohndifferenz schulden würde wie der Arbeitgeber selber, und dass der Arbeitnehmer gestützt auf Art. 144 Abs. 1 OR die Wahl hätte, ob er gegen den Arbeitgeber oder gegen den Erstunternehmer vorgehen will.

An sich wäre durchaus denkbar, dass das Gesetz eine eigentliche Solidarhaftung zulasten des Erstunternehmers vorsieht (vgl. allg. Art. 143 Abs. 2 OR). Dass dies aber nicht die Absicht des Gesetzgebers war, folgt aus dem zweiten Satz von Art. 5 Abs. 2

³⁴ Vgl. auch RAMEL/FAVRE (Fn. 20), 135.

EntsG. Dieser hält nämlich fest, dass der Erstunternehmer nur dann haftet, wenn der Subunternehmer zuvor erfolglos belangt wurde oder nicht belangt werden kann. Die Haftung des Erstunternehmers ist mit anderen Worten subsidiär und entspricht von ihrer Funktion her einer Ausfallhaftung.

Dass die rechtlichen Konzepte der «Subsidiarität» und «Solidarität» sich gegenseitig ausschliessen, hält das SECO in seinem Bericht³⁵ zu Recht fest.³⁶ In den parlamentarischen Beratungen wurde der Widerspruch jedoch offenbar nicht erkannt, und es wurde nicht erläutert, was unter der «solidarischen Haftung» zu verstehen sei. Angesichts des klaren Wortlauts von Art. 5 Abs. 2 S. 2 EntsG muss jedoch davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber den Begriff der Solidarität nicht im technischen Sinne verstanden hat. Die Bestimmungen des Obligationenrechts über die Solidarität, insbesondere Art. 144 Abs. 1 OR, wonach der Gläubiger frei wählen kann, gegen welchen Schuldner er vorgehen möchte, finden deshalb keine Anwendung.³⁷

Dass Art. 5 EntsG nicht eine Solidarhaftung i.S.v. Art. 143 ff. OR statuiert, entspricht der wohl überwiegenden Lehre.³⁸ Damit ist jedoch noch nicht gesagt, wie die Haftung zu qualifizieren ist. Teils wird vertreten, dass es sich um eine Art gesetzliche Schadlosbürgschaft handle, die mit der Bürgschaft gemäss Art. 495 Abs. 3 OR vergleichbar sei und sinngemäss dem Bürgschaftsrecht unterstehe.³⁹ Andere weisen zwar auf die Parallele zu Art. 495 Abs. 3 OR hin, ordnen Art. 5 EntsG jedoch als deliktische Haftung ein.⁴⁰ Wiederum andere sprechen schlicht von einer subsidiären gesetzlichen Haftung.⁴¹

Unbestritten ist jedenfalls, dass es sich bei der Haftung nach Art. 5 EntsG nicht um eine vertragliche Haftung handeln kann. Kennzeichnend für Art. 5 EntsG ist das zugrunde liegende Dreipersonenverhältnis. Der Erstunternehmer ist mit dem Subunternehmer durch einen Werkvertrag, der Subunternehmer mit seinen Arbeitnehmern durch einen Arbeitsvertrag verbunden. Das Verhältnis zwischen Erst- und Subunternehmer kann durch Zwischenschaltung weiterer Unternehmer beliebig erweitert werden. So oder so besteht zwischen dem Erstunternehmer und dem

³⁵ Dazu oben im Text nach Fn. 25.

³⁶ SECO-Bericht 2012 (Fn. 26), 6.

³⁷ STÖCKLI/BIERI (Fn. 20), Rz. 15.

³⁸ STÖCKLI/BIERI (Fn. 20), Rz. 15; RAMEL/FAVRE (Fn. 20), 135; ROGER BIERI, Lagebericht zur entsenderechtlichen Ausfallhaftung, Baurecht 2014, 124; BK/KRATZ, Vorbem. zu Art. 143–150 OR N 310; weniger deutlich EQUEY (Fn. 20), Rz. 20 und WYLER/HEINZER (Fn. 33), 932 f., die allerdings die Subsidiarität der Haftung hervorheben und auf die Parallele zur Bürgschaft nach Art. 495 Abs. 3 OR verweisen.

³⁹ So STÖCKLI/BIERI (Fn. 20), Rz. 15; vgl. auch SECO-Bericht 2012 (Fn. 26), 6.

⁴⁰ So von EQUEY (Fn. 20), Rz. 7, 8, 13 ff., 20 sowie WYLER/HEINZER (Fn. 33), 933 f. («responsabilité objective simple»).

⁴¹ So RAMEL/FAVRE (Fn. 20), 135.

Arbeitnehmer, sei dieser nun vom Sub- oder vom Sub-Subunternehmer angestellt, keine vertragliche Verbindung. Das Vertragsverhältnis zwischen Subunternehmer und Arbeitnehmer ist für den Erstunternehmer nicht haftungsbegründend, denn Verträge zulasten Dritter kennt das Obligationenrecht nicht.⁴² Es gilt der Grundsatz der Relativität der Obligation.⁴³

2. Relevanz der Fragestellung

Von der Rechtsnatur der Haftung nach Art. 5 EntsG hängt insbesondere ab, ob neben den im Gesetz ausdrücklich erwähnten Voraussetzungen noch weitere erfüllt sein müssen. Qualifiziert man Art. 5 Abs. 1 EntsG als deliktische Haftung, dann haftet der Erstunternehmer nur bei Vorliegen eines Schadens und einer widerrechtlichen Handlung (resp. Unterlassung). Ist Art. 5 EntsG als eigentliche Schadenersatzhaftung zu verstehen, so hat dies zur Folge, dass sich der Arbeitnehmer allfällige Reduktionsgründe nach Art. 44 OR entgegenhalten lassen muss. Zu denken ist weiter an die Verjährungsfrist. Für den Gläubiger ist es von zentraler Bedeutung, ob seine Forderung gegen den Erstunternehmer der allgemeinen zehnjährigen Verjährungsfrist nach Art. 127 OR oder einer kürzeren Verjährungsfrist untersteht. Ist Art. 5 EntsG tatsächlich als deliktische Haftung zu qualifizieren, folgt daraus, dass die Forderung gegen den Erstunternehmer nach Art. 60 OR verjährt.⁴⁴

3. Art. 5 EntsG als Haftung *sui generis*

Nach hier vertretener Auffassung handelt es sich bei der Haftung nach Art. 5 EntsG nicht um eine deliktische Haftung i.S.v. Art. 41 ff. OR, sondern um eine gesetzliche Haftung *sui generis*. Zwar kann es durchaus sein, dass der Erstunternehmer dafür einstehen muss, dass der Subunternehmer für einen dem Arbeitnehmer verursachten Schaden nicht belangt werden kann. Dies wäre insbesondere dann denkbar, wenn der Subunternehmer, bei dem der Arbeitnehmer angestellt war, die Vorschriften zur Arbeitssicherheit (Art. 2 Abs. 1 lit. d EntsG) nicht eingehalten hat und der Arbeitnehmer in der Folge einen Berufsunfall erleidet. Entsteht dem Arbeitnehmer daraus eine Schadenersatzforderung und kann der Subunternehmer nicht belangt werden, so haftet der Erstunternehmer für den Ausfall, wenn die weiteren Voraussetzungen nach Art. 5 EntsG erfüllt sind. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Leistungspflicht des Erstunternehmers als deliktische Schadenersatzpflicht zu qualifizieren wäre. Ins-

⁴² BGer 5A_732/2010 vom 17.01.2011, E. 3.

⁴³ ANDREAS VON TUHR/HANS PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I (mit Supplement), 3. Aufl., Zürich 1984, 9.

⁴⁴ So denn auch WYLER/HEINZER (Fn. 33), 933 f.; EQUEY (Fn. 20), Rz. 7, 8 ff.

besondere kann es nicht darauf ankommen, ob das Verhalten des Erstunternehmers widerrechtlich ist i.S.v. Art. 41 Abs. 1 OR.⁴⁵

Dass es sich bei der Haftung nach Art. 5 EntsG nicht um eine deliktische Haftung handelt, wird besonders im Fall der Nichteinhaltung der Netto-Mindestlöhne deutlich. Dass es diese Konstellation war, die der Gesetzgeber bei der Revision von Art. 5 EntsG vor Augen hatte, geht aus den parlamentarischen Beratungen hervor, wo vor allem die Gefahr des Lohndumping als Grund für den Revisionsbedarf angeführt wurde.⁴⁶ Hält der Subunternehmer die Netto-Mindestlöhne nicht ein und kann er vom Arbeitnehmer nicht für die Differenz belangt werden, so lässt sich zwar durchaus sagen, dass dem Arbeitnehmer aufgrund des Lohnausfalls ein Schaden entsteht. «Widerrechtlich» i.S.v. Art. 41 Abs. 1 OR ist diese Schadenszufügung jedoch nicht. Gemäss ständiger Praxis des Bundesgerichts ist eine reine Vermögensschädigung nur dann widerrechtlich, wenn der Schädiger gegen eine Norm verstossen hat, die den Schutz vor ebensolchen Schäden bezweckt.⁴⁷ Die Sorgfaltspflicht des Erstunternehmers, die ihm in Art. 5 EntsG auferlegt wird, nun aber als Schutznorm zu qualifizieren, wie dies zum Teil vorgeschlagen wird,⁴⁸ mutet künstlich an. Art. 5 EntsG statuiert selber die Haftung des Erstunternehmers und kann daher nicht zugleich (auch nicht i.V.m. Art. 8b f. EntsV) eine Schutznorm im Rahmen ebendieser Haftung darstellen. Dieser Kunstgriff wäre nur dann notwendig, wenn die Erstunternehmerhaftung nach Art. 5 EntsG zwingend in eine bestehende Haftungskategorie eingeordnet werden müsste. Dafür besteht jedoch kein Grund; schliesslich steht es dem Gesetzgeber offen, eine neue Haftung *sui generis* einzuführen. Weder dem Wortlaut noch den Materialien lässt sich entnehmen, dass der Gesetzgeber mit Art. 5 EntsG beabsichtigte, eine deliktische Einstandspflicht im Sinne der Art. 41 ff. OR einzuführen. Zwar erinnert Art. 5 Abs. 3 EntsG, der dem Erstunternehmer ermöglicht, sich durch Erbringung des Sorgfaltsbeweises von der Haftung zu befreien,⁴⁹ an den Exzeptionsbeweis bei der Geschäftsherrenhaftung (Art. 55 Abs. 1 OR). Dies genügt aber nicht, um Art. 5 Abs. 1 EntsG als Anwendungsfall der ausservertraglichen Haftung nach Art. 41 ff. OR zu qualifizieren.

Gegen die deliktische Qualifikation spricht auch die funktionelle Vergleichbarkeit von Art. 5 EntsG mit der Schadlosbürgschaft nach Art. 495 Abs. 3 OR. Die Haftung des Erstunternehmers dient, ähnlich einer Bürgschaft, der Sicherung der Forderung des Arbeitnehmers. Gemäss Art. 495 Abs. 3 OR kann der Bürge erst belangt werden, «wenn gegen den Hauptschuldner ein definitiver Verlustschein vorliegt, oder wenn

⁴⁵ A.A. EQUEY (Fn. 20), Rz. 13.

⁴⁶ Vgl. etwa die Beratung im Ständerat vom 25. September 2012 (AB SR 2012, 870 ff.).

⁴⁷ BGE 133 III 323, 330.

⁴⁸ So von EQUEY (Fn. 20), Rz. 13.

⁴⁹ Dazu unten *sub* IV.B.

der Hauptschuldner den Wohnsitz ins Ausland verlegt hat und in der Schweiz nicht mehr belangt werden kann, oder wenn infolge Verlegung des Wohnsitzes im Ausland eine erhebliche Erschwerung der Rechtsverfolgung eingetreten ist». Gleich wie Art. 5 EntsG zeichnet sich die Schadlosbürgschaft dadurch aus, dass der Bürge «zum vornherein nur die Haftung für den dem Gläubiger entstehenden (definitiven) Ausfall»⁵⁰ übernimmt.⁵¹ Die Leistungspflicht des Bürgen geht nun aber nicht auf Schadenersatz, sondern stellt eine eigene vertragliche Leistungspflicht dar.⁵² Auf die Haftung des Erstunternehmers übertragen bedeutet dies, dass dessen Leistungspflicht ebenfalls nicht auf Schadenersatz geht, sondern eine eigene *gesetzliche* Leistungspflicht darstellt, und zwar auf Deckung des Ausfalls des Arbeitnehmers.

Wollte man die Einstandspflicht des Erstunternehmers als Schadenersatzpflicht qualifizieren, so hätte dies zur Folge, dass sich der Arbeitnehmer eine Reduktion der Ersatzpflicht nach Art. 44 OR entgegenhalten lassen müsste, soweit der Schaden, der ihm durch den Ausfall entstanden ist, durch sein eigenes Verschulden verursacht wurde. Wenn bspw. der Arbeitnehmer zu lange zugewartet hat, bis er von seinem Arbeitgeber die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten Lohn und dem ihm zustehenden Mindestlohn (Art. 2 Abs. 1 EntsG) forderte, könnte sich der Erstunternehmer unter Umständen darauf berufen, dass den Arbeitnehmer ein Selbstverschulden trifft. Eine solche Reduktion stünde jedoch im Widerspruch zum Sicherungszweck von Art. 5 EntsG.

C. Die Forderung des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber

Für die Haftung nach Art. 5 EntsG reicht es noch nicht aus, dass die im Gesetz ausdrücklich erwähnten Voraussetzungen⁵³ erfüllt sind. Art. 5 Abs. 1 EntsG setzt weiter implizit voraus, dass der Arbeitnehmer infolge der Nichteinhaltung der Netto-Mindestlöhne oder der Mindestarbeitsbedingungen gemäss Art. 2 Abs. 1 EntsG eine Forderung gegen seinen Arbeitgeber hat. Die Forderung kann unterschiedlicher Natur sein. Im Falle der Nichteinhaltung der Netto-Mindestlöhne⁵⁴ handelt es sich um eine Forderung auf die Lohndifferenz, also um eine Lohnforderung. Bei der Nichteinhaltung der Vorschriften zur Arbeitssicherheit (Art. 2 Abs. 1 lit. d EntsG) wird es

⁵⁰ BSK/PESTALOZZI, Art. 495 OR N 9.

⁵¹ Siehe unten *sub* IV.C.

⁵² BSK/PESTALOZZI, Art. 492 OR N 2.

⁵³ Siehe oben *sub* III.A.

⁵⁴ Als Netto-Mindestlohn gilt der Mindestlohn nach Art. 2 Abs. 1 lit. a EntsG abzüglich der Beträge zulasten des Arbeitnehmers, welche der Arbeitgeber für Sozialversicherungen, Steuern (namentlich Quellensteuern) und weitere Beiträge (insbesondere für Vollzugs- und Weiterbildungskosten aufgrund von allgemeinverbindlich erklärten GAV) entrichtet (Art. 8a EntsV).

sich um eine Forderung auf Schadenersatz oder Genugtuung handeln. Wurde dem Arbeitnehmer die Mindestdauer der Ferien nicht zugestanden (Art. 2 Abs. 1 lit. c EntsG) und können diese nicht mehr in natura bezogen werden, wird es um die Abgeltung des Ferienanspruchs gehen.⁵⁵ Stets handelt es sich um Ansprüche des Arbeitnehmers, die auf eine Geldleistung gerichtet sind. Ob eine solche Forderung gegen den Subunternehmer überhaupt entstanden ist (und welche Voraussetzungen hierfür erfüllt sein müssen), muss im Einzelfall geprüft werden.

Unklar ist, ob die Haftung nach Art. 5 EntsG weiter voraussetzt, dass die Sorgfaltpflichtverletzung des Erstunternehmers für das Fehlverhalten des Subunternehmers kausal war. Darauf wird im Zusammenhang mit dem Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens zurückzukommen sein.

IV. Ausgewählte Fragen

A. Die durch Art. 5 EntsG gesicherten Forderungen

Im Unterschied zur Regelung in anderen Staaten⁵⁶ beschränkt sich die Haftung des Erstunternehmers nach Entsendegesetz nicht auf die Einhaltung des Netto-Mindestlohns, sondern erfasst auch die Einhaltung der minimalen Arbeitsbedingungen gemäss Art. 2 Abs. 1 EntsG. Um die Haftung nach Art. 5 Abs. 1 EntsG auszulösen, muss dem Arbeitnehmer aufgrund der Nichteinhaltung dieser Bedingungen eine Forderung gegen den Arbeitgeber zustehen, die auf Schadenersatz gerichtet sein kann, aber nicht muss.⁵⁷

Gemäss Art. 2 Abs. 1 EntsG müssen die Arbeitgeber den entsandten Arbeitnehmern mindestens die Arbeits- und Lohnbedingungen garantieren, die in Bundesgesetzen, Verordnungen des Bundesrates, allgemein verbindlich erklärten GAV und Normalarbeitsverträgen i.S.v. Artikel 360a OR vorgeschrieben sind, soweit sie die folgenden Bereiche betreffen: (1) die minimale Entlöhnung; (2) die Arbeits- und Ruhezeit; (3) die Mindestdauer der Ferien; (4) Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz; (5) den Schutz von Schwangeren, Wöchnerinnen, Kindern und Jugendlichen; oder (6) die Nichtdiskriminierung, namentlich Gleichbehandlung

⁵⁵ Vgl. WYLER/HEINZER (Fn. 33), 925 f. sowie allg. FRANK VISCHER/ROLAND MÜLLER, *Der Arbeitsvertrag*, 4. Aufl., Basel 2014, 228.

⁵⁶ Vgl. § 14 des deutschen AEntG (Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen) sowie § 7c Abs. 3 des österreichischen AVRAG (Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz).

⁵⁷ Siehe oben *sub* III.C.

von Frau und Mann.⁵⁸ Nach dem Wortlaut der Bestimmung ist der Arbeitgeber einzig dazu verpflichtet, den *entsandten* Arbeitnehmern die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen in den genannten Bereichen zu garantieren. Da Art. 5 Abs. 1 EntsG ausdrücklich auf Art. 2 Abs. 1 EntsG verweist, könnte man sich fragen, ob der Anwendungsbereich von Art. 5 EntsG dadurch indirekt doch wieder auf grenzüberschreitende Sachverhalte eingeschränkt wird.⁵⁹ Die Frage ist zu verneinen. Die Verpflichtung der inländischen Arbeitgeber zur Einhaltung der in Art. 2 Abs. 1 EntsG genannten Bedingungen folgt direkt aus den einschlägigen Bundesgesetzen, Verordnungen, allgemein verbindlich erklärten GAV und Normalarbeitsverträgen. Art. 2 Abs. 1 EntsG stellt lediglich sicher, dass diese Bedingungen auch von ausländischen Subunternehmern eingehalten werden. Zur Einhaltung der entsprechenden Mindestbedingungen sind inländische und ausländische Arbeitgeber gleichermassen verpflichtet.

B. Der Sorgfaltsbeweis des Erstunternehmers

1. Grundlagen

Gemäss Art. 5 Abs. 3 EntsG kann sich der Erstunternehmer von der Haftung befreien, wenn er nachweist, dass er bei jeder Weitervergabe die nach den Umständen gebotene Sorgfalt in Bezug auf die Einhaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen angewendet hat (Art. 5 Abs. 3 S. 1 EntsG). Der Nachweis ist namentlich dann erbracht, wenn sich der Erstunternehmer von den Subunternehmern «die Einhaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen anhand von Dokumenten und Belegen glaubhaft darlegen lässt» (Art. 5 Abs. 3 S. 2 EntsG). Dem Gericht steht bei der Beurteilung ein Ermessensspielraum (Art. 4 ZGB) zu.⁶⁰

Die Sorgfaltspflicht wird in Art. 8a bis 8c EntsV näher umschrieben. Die EntsV zählt beispielhaft⁶¹ auf, mit welchen Dokumenten sich der Erstunternehmer die Einhaltung der minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen darlegen lassen kann. Genannt werden die vom Subunternehmer und Arbeitnehmer unterzeichnete Entsendebestätigung, welche u.a. Angaben zum Lohn enthält (Art. 8b Abs. 1 lit. a EntsV), die Selbstdeklaration des Subunternehmers, dass er die massgeblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen einhält (Art. 8b Abs. 1 lit. b, Abs. 2 lit. a EntsV), die Kontroll-

⁵⁸ Siehe dazu WYLER/HEINZER (Fn. 33), 923 ff.; THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 2015, Rz. 983 f.

⁵⁹ Zum räumlichen Anwendungsbereich siehe oben *sub* II.A.

⁶⁰ WYLER/HEINZER (Fn. 33), 934 f.

⁶¹ SECO, Erläuternder Bericht zum Entwurf über die Revision der Verordnung über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (EntsV) vom 15. Mai 2013, 7.

bestätigung der paritätischen Vollzugsorgane von allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen (Art. 8b Abs. 1 lit. c EntsV), der Eintrag des Subunternehmers in bestimmten Registern (Art. 8b Abs. 1 lit. d EntsV) sowie anerkannte Zertifizierungen insbesondere zur Arbeitssicherheit und zum Gesundheitsschutz (Art. 8b Abs. 2 lit. b EntsV). Besondere Bestimmungen gelten, wenn der Erstunternehmer schon mehrmals mit dem betreffenden Subunternehmer zusammengearbeitet hat (Art. 8 Abs. 4, 5 EntsV).

Im Unterschied zu Art. 5 Abs. 3 S. 2 EntsG ist in Art. 8b Abs. 1 und 2 EntsV lediglich von «Dokumenten» die Rede, nicht aber von «Belegen» (wie z.B. Lohnabrechnungen).⁶² Daraus folgt jedoch nicht, dass der Erstunternehmer, der sich die in der EntsV genannten Dokumente unterbreiten lässt, automatisch auch seiner Sorgfaltspflicht i.S.v. Art. 5 Abs. 3 EntsG nachgekommen ist. Ob die Dokumente oder Belege, in die der Erstunternehmer Einsicht genommen hat, genügen, um die Einhaltung der Mindestbedingungen glaubhaft erscheinen zu lassen, lässt sich nur im konkreten Fall beurteilen.⁶³ Unter Umständen wird der Erstunternehmer auch Einsicht in Zahlungsbelege und Lohnabrechnungen nehmen müssen, obwohl diese in der EntsV nicht genannt werden. Die in der EntsV aufgezählten Dokumente stellen nicht mehr als «anschauliche Hinweise»⁶⁴ für den Erstunternehmer dar.⁶⁵ Für den Erstunternehmer ist damit eine Rechtsunsicherheit verbunden, der er nur mit einem hohen administrativen Aufwand beikommen kann.⁶⁶

Was den in Art. 5 Abs. 3 S. 2 EntsG verwendeten Begriff des «Glaubhaftmachens» betrifft, so kann man sich an der Praxis des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht orientieren.⁶⁷ Danach ist eine Tatsache glaubhaft gemacht, «wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte».⁶⁸ Das Vorliegen der Tatsache muss wahrscheinlicher sein als das Gegenteil.⁶⁹ Auf Art. 5 Abs. 3 EntsG übertragen bedeutet dies, dass der Erstunternehmer die von den Subunternehmern vorgelegten Unterlagen einzig daraufhin zu prüfen hat, ob die Einhaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen wahrscheinlicher erscheint als deren Nichteinhaltung. Ist dies der Fall, so ist er nicht verpflichtet, weitere Abklärungen vorzunehmen.

⁶² Vgl. auch STÖCKLI/BIERI (Fn. 20), Rz. 18.

⁶³ Vgl. auch SECO-Bericht EntsV (Fn. 61), 7.

⁶⁴ SECO-Bericht EntsV (Fn. 61), 7.

⁶⁵ Vgl. auch WYLER/HEINZER (Fn. 33), 934 f.

⁶⁶ Kritisch auch STÖCKLI/BIERI (Fn. 20), Rz. 18.

⁶⁷ Vgl. SECO-Bericht EntsV (Fn. 61), 7 f.; EQUEY (Fn. 20), Rz. 21.

⁶⁸ BGE 130 III 321, E. 3.3; 120 II 393, E. 4c.

⁶⁹ THOMAS SUTTER-SOMM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017, Rz. 908.

Die Sorgfaltspflicht des Erstunternehmers erstreckt sich nicht nur auf seine eigenen Vertragspartner, sondern auf sämtliche (Sub-)Subunternehmer in «seiner» Kette. Um einer Sorgfaltspflicht nachkommen zu können, muss er organisatorische und vertragliche Vorkehrungen treffen. Insbesondere muss er die Möglichkeit haben, auch bei Subunternehmern, die nicht seine direkten Vertragspartner sind, Einblick in die notwendigen Unterlagen zu erhalten (Art. 8c EntsV). Dies erreicht er am besten, indem er seinen direkten Subunternehmer vertraglich dazu verpflichtet, bei jeder Weitervergabe der Aufträge ein Einsichtsrecht zu seinen Gunsten auszubedingen. Ausserdem muss er dafür besorgt sein, dass dieses Einsichtsrecht bei jeder Weitervergabe von Arbeiten erneut ausbedungen wird. Entsprechende Klauseln im Vertrag zwischen Sub- und Sub-Subunternehmer, die dem Erstunternehmer ein Einsichtsrecht einräumen, sind als (echte) Verträge zugunsten Dritter i.S.v. Art. 112 Abs. 2 OR zu verstehen.⁷⁰

Trotz dieser Vorkehrungen lässt sich nicht ausschliessen, dass der Subunternehmer ohne Wissen des Erstunternehmers Aufträge an Dritte weitervergibt. Ob daraus bereits auf eine Sorgfaltspflichtverletzung des Erstunternehmers geschlossen werden kann, lässt sich nicht abstrakt, sondern nur anhand der konkreten Umstände entscheiden. Zwar ist der Erstunternehmer verpflichtet, sich vor Ort eine Übersicht über die auf der Baustelle tätigen Personen zu verschaffen. Er muss grundsätzlich (z.B. mittels Zugangskontrollen) sicherstellen, dass keine Subunternehmer auf der Baustelle tätig sind, die er nicht überprüft hat.⁷¹ Welche Massnahmen dem Erstunternehmer dabei zugemutet werden können, hängt insbesondere von der Grösse der Baustelle ab. Hat er aber die notwendigen und zumutbaren Massnahmen ergriffen, so ist er auch dann seiner Sorgfaltspflicht nachgekommen, wenn die Massnahmen von einem Subunternehmer umgangen werden.

2. Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens

Art. 5 Abs. 3 EntsG äussert sich nicht dazu, ob die Sorgfaltswidrigkeit des Erstunternehmers für die Nichteinhaltung der Mindestbedingungen durch den Subunternehmer kausal gewesen sein muss oder ob der Erstunternehmer sinngemäss den Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens erheben darf. Kann sich der Erstunternehmer mit anderen Worten entlasten, wenn er nachweisen kann, dass die Mindestbedingungen auch dann verletzt worden wären, wenn er seiner Sorgfaltspflicht nachgekommen wäre?

⁷⁰ WYLER/HEINZER (Fn. 33), 936; EQUEY (Fn. 20), Rz. 29; SECO-Bericht EntsV (Fn. 61), 14.

⁷¹ SECO-Bericht EntsV (Fn. 61), 6; EQUEY (Fn. 20), Rz. 30; RAMEL/FAVRE (Fn. 20), 136 f.

Der Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens wird typischerweise im vertraglichen und deliktischen Haftpflichtrecht erhoben. Dabei beruft sich der Schädiger darauf, dass der Schaden auch dann eingetreten wäre, wenn er sich rechtmässig verhalten hätte.⁷² Nun statuiert Art. 5 EntsG nach hier vertretener Ansicht zwar keine deliktische (oder gar vertragliche) Haftung; der Erstunternehmer schuldet dem Arbeitnehmer keinen Schadenersatz.⁷³ Dennoch sollte es dem Erstunternehmer gestattet sein, diesen Einwand sinngemäss zu erheben. Die Haftung nach EntsG soll letztlich sicherstellen, dass die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen gemäss Art. 2 Abs. 1 EntsG durchgesetzt werden, indem der Erstunternehmer die notwendigen vertraglichen und organisatorischen Vorkehrungen trifft. Steht fest, dass diese Vorkehrungen das gewünschte Ziel nicht herbeigeführt hätten, dann entfällt auch der Grund für die Haftung. Hat der Erstunternehmer beispielsweise nicht in genügendem Umfang Einblick in die Dokumente des Subunternehmers genommen, stellt sich aber nachträglich heraus, dass der Subunternehmer die betreffenden Dokumente gefälscht hatte, so hat der Erstunternehmer zwar seine Sorgfaltspflicht verletzt, doch ist dies nicht kausal für die Nichteinhaltung der Mindestbedingungen. Unter diesen Umständen rechtfertigt sich eine Haftung des Erstunternehmers nicht.⁷⁴

Bezüglich der Beweislastverteilung kann die Regelung von Art. 55 Abs. 1 OR sinngemäss herangezogen werden. Danach haftet der Geschäftsherr, «wenn er nicht nachweist, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat [...] oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre». Eine entsprechende Regel kennt auch Art. 56 Abs. 1 OR zur Tierhalterhaftung. Dadurch wird klargestellt, dass die Kausalität zwischen der Pflichtverletzung des Geschäftsherrn resp. des Tierhalters und dem Schaden vermutet wird.⁷⁵ Der Hinweis in Art. 55 Abs. 1 und Art. 56 Abs. 1 OR wird von der wohl überwiegenden Lehre als überflüssig betrachtet, weil der Nachweis des rechtmässigen Alternativverhaltens auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung möglich wäre.⁷⁶

Auf Art. 5 EntsG übertragen bedeutet dies, dass der Kausalzusammenhang zwischen der Sorgfaltspflichtverletzung des Erstunternehmers und der Nichteinhaltung der

⁷² Vgl. INGBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016, Rz. 21.07; WALTER FELLMANN/ANDREA KOTTMANN, Schweizerisches Haftpflichtrecht Bd. I, Bern 2012, Rz. 807 ff.

⁷³ Siehe oben *sub* III.B.3.

⁷⁴ So auch EQUEY (Fn. 20), Rz. 19, der allerdings (im Unterschied zur hier vertretenen Auffassung) davon ausgeht, dass es sich bei der Haftung nach Art. 5 EntsG um eine deliktische Haftung i.S.v. Art. 41 ff. OR handelt.

⁷⁵ KARL OFTINGER/EMIL STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zweiter Band: Besonderer Teil – Erster Teilband: Verschuldenshaftung, gewöhnliche Kausalhaftungen, Haftung aus Gewässerverschmutzung, 4. Aufl., Zürich 1987, 350.

⁷⁶ FELLMANN/KOTTMANN (Fn. 72), Rz. 809, 886 m.w.H.

Mindestbedingungen durch den Subunternehmer vermutet wird. Der Erstunternehmer kann sich jedoch entlasten, wenn er nachzuweisen vermag, dass die Mindestbedingungen auch dann nicht eingehalten worden wären, wenn er sich sorgfältig verhalten hätte. Diese Beweislastverteilung ist sachgerecht. Dem Arbeitnehmer dürfte es kaum gelingen nachzuweisen, dass der Subunternehmer gerade deshalb die Mindestbedingungen nicht eingehalten hat, weil der Erstunternehmer seine Sorgfaltspflicht verletzt hat. Wollte man anders entscheiden, hätte dies faktisch zur Folge, dass der Arbeitnehmer den Beweis der Sorgfaltspflichtverletzung erbringen müsste, da ein Nachweis der Kausalität ohne Nachweis des kausalen Verhaltens gar nicht erbringbar ist. Dies stünde jedoch im Widerspruch zur Regelung in Art. 5 Abs. 3 EntsG, wonach der Sorgfaltsbeweis dem Erstunternehmer obliegt.

C. Die Subsidiarität der Erstunternehmerhaftung

Dass Art. 5 EntsG eine subsidiäre Haftung statuiert, wurde bereits erörtert.⁷⁷ Das Gesetz bringt dies dadurch zum Ausdruck, dass der Erstunternehmer gemäss Art. 5 Abs. 2 S. 2 EntsG nur dann haftet, wenn der Subunternehmer zuvor «erfolglos belangt» wurde oder «nicht belangt werden kann». Das Gesetz äussert sich allerdings nicht zur Frage, wann dies der Fall ist. In der Lehre ist streitig, ob ein strenger oder eher grosszügiger Massstab anzulegen ist.⁷⁸

Zur Beantwortung drängt es sich aufgrund der funktionellen Vergleichbarkeit der beiden Rechtsinstitute⁷⁹ auf, die Regelung zur Schadlosbürgschaft in Art. 495 Abs. 3 OR heranzuziehen.⁸⁰ Danach kann der Bürge erst belangt werden, «wenn gegen den Hauptschuldner ein definitiver Verlustschein vorliegt, oder wenn der Hauptschuldner den Wohnsitz ins Ausland verlegt hat und in der Schweiz nicht mehr belangt werden kann, oder wenn infolge Verlegung des Wohnsitzes im Ausland eine erhebliche Erschwerung der Rechtsverfolgung eingetreten ist». Im Unterschied zu Art. 495 Abs. 3 OR wird Art. 5 EntsG allerdings regelmässig Sachverhalte erfassen, in denen der Subunternehmer von Anfang an seinen (Wohn-)Sitz im Ausland hat, sodass eine «Sitzverlegung» i.S.v. Art. 495 Abs. 3 OR nicht vorliegen wird. Der ausländische Sitz des Subunternehmers alleine kann nicht genügen, um die Haftung des Erstunterneh-

⁷⁷ Siehe oben *sub* III.B.1.

⁷⁸ STÖCKLI/BIERI (Fn. 20), Rz. 16, sprechen von einem «eher strengen Massstab», während RAMEL/FAVRE (Fn. 20), 136, dafür einstehen, dass die Belangbarkeitsvoraussetzung «ne devra pas être interprétée trop restrictivement, au risque sinon de rendre la responsabilité illusoire».

⁷⁹ Siehe oben *sub* III.B.3.

⁸⁰ So auch RAMEL/FAVRE (Fn. 20), 135; EQUEY (Fn. 20), Rz. 20; WYLER/HEINZER (Fn. 33), 932.

mers auszulösen,⁸¹ zumal dem Arbeitnehmer gestützt auf Art. 115 Abs. 3 IPRG⁸² ein Forum in der Schweiz offensteht, um gegen seinen Arbeitgeber vorzugehen.⁸³

Streitig ist weiter, ob der Arbeitnehmer im Falle einer «Auftragskette» nur seinen eigenen Arbeitgeber⁸⁴ oder vielmehr sämtliche diesem vorgeschalteten (Sub-)Subunternehmer belangt haben muss,⁸⁵ bevor er gegen den Erstunternehmer vorgehen kann. Nach hier vertretener Auffassung verdient Ersteres den Vorzug. Der Arbeitnehmer wird regelmässig gar keine rechtliche Grundlage haben, um gegen den seinem Arbeitgeber übergeordneten Subunternehmer vorzugehen. Weder steht er mit diesem in einem Vertragsverhältnis noch liegt eine unerlaubte Handlung vor. Auch Art. 5 EntsG bietet hier keine Handhabe; die Bestimmung statuiert nur eine Haftung des Erstunternehmers, nicht aber der dazwischengeschalteten Subunternehmer. Darüber hinaus ist dem Arbeitnehmer unter Umständen gar nicht bekannt, wie viele und welche Subunternehmer seinem Arbeitgeber überhaupt vorgelagert sind.

D. Anwendbarkeit von Art. 5 EntsG im internationalen Verhältnis

Liegt ein internationaler Sachverhalt vor, muss zunächst geprüft werden, ob Art. 5 EntsG überhaupt anwendbar ist. Angesichts des räumlichen Anwendungsbereichs des EntsG,⁸⁶ das insbesondere auch die minimalen Arbeitsbedingungen für entsandte Arbeitnehmer regeln will, ist dies grundsätzlich zu bejahen. Die in Art. 2 EntsG genannten Lohn- und Arbeitsvorschriften des schweizerischen Rechts stellen *lois d'application immédiate* i.S.v. Art. 18 IPRG dar.⁸⁷ Der Durchsetzung dieser Vorschriften dient auch die Haftung des Erstunternehmers nach Art. 5 EntsG, sodass diese Bestimmung ebenfalls als *loi d'application immédiate* zu qualifizieren ist.

Zur Anwendbarkeit von Art. 5 EntsG käme man auch über Art. 117 IPRG. Aus Art. 117 Abs. 3 lit. e IPRG folgt, dass die Bürgschaft vermutungsweise dem Recht des Staates untersteht, in dem der Bürge seinen gewöhnlichen Aufenthalt oder, wenn der Vertrag aufgrund einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit geschlossen wurde, seine Niederlassung hat.⁸⁸ Zwar handelt es sich bei der Forderung gegen den Erst-

⁸¹ Ebenso WYLER/HEINZER (Fn. 33), 933.

⁸² Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987, SR 291.

⁸³ Aufgrund von Ziff. 3 des Protokolls 3 zum LugÜ i.V.m. Art. 67 Abs. 1 LugÜ gilt Art. 115 Abs. 3 IPRG auch im Verhältnis zu LugÜ-Staaten.

⁸⁴ So RAMEL/FAVRE (Fn. 20), 135 f.; BIERI (Fn. 38), 127, Fn. 34.

⁸⁵ So EQUEY (Fn. 20), Rz. 20 («[L]e travailleur doit avoir successivement actionné et, le cas échéant, mis aux poursuites tous les sous-traitants de la chaîne [...]»).

⁸⁶ Dazu oben *sub* II.A.

⁸⁷ VISCHER/MÜLLER (Fn. 55), 517; ZK/VISCHER, Art. 18 IPRG N 17 f.

⁸⁸ KUKO/ERNST/ZELGER, Vor Art. 492–512 OR N 9.

unternehmer gerade nicht um einen *vertraglichen* Anspruch. Aufgrund der funktionellen Vergleichbarkeit mit der Bürgschaft⁸⁹ könnte die Forderung des Arbeitnehmers aber durchaus als Forderung aus einem Bürgschaftsvertrag i.S.v. Art. 117 Abs. 3 lit. e IPRG qualifiziert werden. Hat der Erstunternehmer seine Niederlassung in der Schweiz, würde daraus folgen, dass der Anspruch des Arbeitnehmers gegen den Erstunternehmer schweizerischem Recht untersteht (Art. 117 Abs. 1, 2 IPRG). Hat der Erstunternehmer seine Niederlassung dagegen im Ausland, unterstünde die Forderung des Arbeitnehmers in Anwendung von Art. 117 IPRG vermutungsweise diesem ausländischen Recht. Dies wäre vor allem dann problematisch, wenn das entsprechende Recht gar keine Haftung des Erstunternehmers vorsieht. Um den Schutz der in die Schweiz entsandten Arbeitnehmer zu gewährleisten und die Haftung nach Art. 5 EntsG nicht ins Leere laufen zu lassen, liesse sich argumentieren, dass das bürgschaftsähnliche Verhältnis zwischen dem Erstunternehmer und dem Arbeitnehmer viel enger mit dem Staat zusammenhängt, in den der Arbeitnehmer entsandt worden ist, als mit dem Niederlassungsstaat des Erstunternehmers. Damit könnte die Vermutung nach Art. 117 Abs. 2 IPRG entkräftet werden. Der Weg über Art. 117 IPRG erübrigt sich allerdings, wenn man Art. 5 EntsG als *loi d'application immédiate* qualifiziert.

Ob Art. 5 EntsG in internationalen Verhältnissen zum Tragen kommt, hängt massgeblich davon ab, ob die schweizerischen Gerichte zur Beurteilung entsprechender Klagen zuständig sind. In der Lehre wird zum Teil vertreten, dass dem Arbeitnehmer gestützt auf Art. 115 Abs. 3 IPRG ein Gerichtsstand in der Schweiz offensteht, um seine Forderung gegen den ausländischen Erstunternehmer geltend zu machen.⁹⁰ Gemäss Art. 115 Abs. 3 IPRG sind für Klagen bezüglich der auf die Arbeitsleistung anzuwendenden Arbeits- und Lohnbedingungen die Schweizer Gerichte am Ort zuständig, an den der Arbeitnehmer für einen begrenzten Zeitraum und zur Verrichtung auch nur eines Teils seiner Arbeit aus dem Ausland entsandt worden ist. Die subsidiäre Haftung des Erstunternehmers gemäss Art. 5 EntsG lässt sich durchaus als «Klage bezüglich der auf die Arbeitsleistung anzuwendenden Arbeits- und Lohnbedingungen» qualifizieren. Allerdings ist zu beachten, dass Art. 115 Abs. 3 IPRG systematisch auf Ansprüche aus *Vertrag* zugeschnitten ist, um die es sich bei der Haftung nach Art. 5 EntsG gerade nicht handelt. Rückt man jedoch wiederum die funktionelle Vergleichbarkeit mit der Bürgschaft in den Vordergrund, so lässt sich die Zuständigkeit schweizerischer Gerichte auf Art. 115 Abs. 3 IPRG abstützen.

⁸⁹ Dazu oben *sub* III.B.3.

⁹⁰ STÖCKLI/BIERI (Fn. 20), Rz. 12, WYLER/HEINZER (Fn. 33), 933.

E. Verjährung der Forderung gegen den Erstunternehmer

1. Grundlagen

Zum Teil wird vertreten, dass Ansprüche gegen den Erstunternehmer aus Art. 5 EntsG nach Art. 60 OR verjähren.⁹¹ Prämisse ist dabei, dass es sich bei Art. 5 EntsG um eine deliktische Haftung handelt. Geht man jedoch davon aus, dass die Haftung nach Art. 5 EntsG eine Haftung *sui generis* darstellt,⁹² bedarf die Frage nach der anwendbaren Verjährungsbestimmung einer genaueren Untersuchung.

Als Orientierungshilfe kann die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Verjährungsfrist bei der Vertrauenshaftung dienen.⁹³ Bei der Vertrauenshaftung handelt es sich um eine zwischen Vertrag und Delikt angesiedelte Haftung *sui generis*. Entsprechend sind auch die Lehrmeinungen zur Verjährung geteilt. Während gewisse Autoren die Anwendung der zehnjährigen Verjährungsfrist von Art. 127 OR fordern, treten andere für die deliktische Verjährungsfrist nach Art. 60 OR ein.⁹⁴ Die Befürworter der zehnjährigen Frist stützen sich insbesondere auf den Wortlaut von Art. 127 OR, wonach mit Ablauf von zehn Jahren alle Forderungen verjähren, «für die das Bundeszivilrecht nicht etwas anderes bestimmt».⁹⁵ Dieser Argumentation entgegnet das Bundesgericht, es handle sich bei der Vertrauenshaftung nicht «um eine gesetzlich geregelte, sondern eine von der Rechtsprechung entwickelte Rechtsfigur, auf welche die vom Gesetzgeber vorgesehene allgemeine Verjährungsbestimmung nach Art. 127 OR nicht unbesehen angewendet werden kann.»⁹⁶

Im Gegensatz zur Vertrauenshaftung handelt es sich bei der Haftung nach Art. 5 EntsG nicht um eine von der Rechtsprechung entwickelte, sondern um eine gesetzlich vorgesehene Haftung. Deshalb greift die bei der Vertrauenshaftung aufgeführte Begründung, weshalb Art. 127 OR nicht zur Anwendung komme, gerade nicht. Vielmehr legt die Argumentation des Bundesgerichts *e contrario* den Schluss nahe, die Ansprüche des Arbeitnehmers gegen den Erstunternehmer der allgemeinen Verjährungsfrist von Art. 127 OR zu unterstellen.

⁹¹ WYLER/HEINZER (Fn. 33), 933 f.

⁹² Dazu oben *sub* III.B.3.

⁹³ BGE 134 III 390.

⁹⁴ Für eine Übersicht über den Stand der Lehrmeinungen siehe BGE 134 III 390, E. 4.3.1.

⁹⁵ So z.B. EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988, 287.

⁹⁶ BGE 134 III 390, E. 4.3.3. Damit hat das Bundesgericht das Tor zur deliktischen Verjährungsfrist von Art. 60 OR geöffnet.

Wird der Gedanke der gesetzlichen Bürgschaft⁹⁷ konsequent umgesetzt, ist jedoch zu beachten, dass die Forderung gegen den Erstunternehmer unter Umständen bereits vor Ablauf von zehn Jahren verjährt. Dies zeigt sich dann, wenn der Subunternehmer die Netto-Mindestlöhne nicht einhält. Gemäss Art. 133 OR verjähren mit dem Hauptanspruch auch allfällige Nebenansprüche. Zu diesen Nebenansprüchen zählt auch die Bürgschaft.⁹⁸ Lohnforderungen unterliegen der fünfjährigen Verjährungsfrist von Art. 128 Ziff. 3 OR.⁹⁹ Verjährt nun die Lohnforderung des Arbeitnehmers gegen seinen Arbeitgeber bereits nach fünf Jahren, so gilt dies gemäss Art. 133 OR auch für die Forderung gegenüber dem Erstunternehmer. Hier bleibt kein Raum für eine zehnjährige Verjährungsfrist.

Soll der Anspruch gegen den Erstunternehmer nach Art. 5 EntsG grundsätzlich gemeinsam mit der Forderung gegen den Arbeitgeber verjähren, so muss allerdings auch Art. 136 Abs. 2 OR sinngemäss anwendbar sein.¹⁰⁰ Danach bewirkt eine Unterbrechung der Verjährung der Hauptschuld auch eine Unterbrechung der Verjährung der Bürgschaftsschuld. Die Anwendbarkeit dieser Bestimmung ist für den Arbeitnehmer zentral. Bevor er den Erstunternehmer belangen kann, muss er nämlich regelmässig bereits seinen eigenen Arbeitgeber erfolglos belangt haben.¹⁰¹ Bei einem lange dauernden Prozess zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber bestünde ohne Art. 136 Abs. 2 OR das Risiko, dass der Anspruch gegen den Erstunternehmer bereits verjährt ist, bevor der Arbeitnehmer gegen ihn vorgehen konnte.

2. Anwendbares Recht

Die vorangehenden Ausführungen bauen auf der Prämisse auf, dass die Verjährung nach schweizerischem Recht zu beurteilen ist. In internationalen Verhältnissen ist dies nur dann der Fall, wenn auch die Forderung des Arbeitnehmers gegen den Erstunternehmer schweizerischem Recht untersteht, denn die Verjährung wird unselbstständig angeknüpft (Art. 148 Abs. 1 IPRG).¹⁰² Wie oben dargelegt, kommt Art. 5 EntsG auch im internationalen Verhältnis zur Anwendung.¹⁰³ Folge ist, dass die Verjährung ebenfalls dem schweizerischen Recht untersteht.

⁹⁷ Dazu oben *sub* III.B.3.

⁹⁸ KUKO/DÄPPEN, Art. 133 OR N 3.

⁹⁹ KUKO/DÄPPEN, Art. 128 OR N 14.

¹⁰⁰ KUKO/DÄPPEN, Art. 136 OR N 4.

¹⁰¹ Zu den Belangbarkeitsvoraussetzungen siehe oben *sub* IV.C.

¹⁰² CHK/MÖCKLIN-DOSS/SCHNYDER, Art. 148 IPRG N 3.

¹⁰³ Siehe oben *sub* IV.D.

F. Regress der SUVA und Regressprivileg nach Art. 75 Abs. 2 ATSG

Wie bereits ausgeführt,¹⁰⁴ beschränkt sich die Haftung des Erstunternehmers nicht auf die Einhaltung der Netto-Mindestlöhne, sondern erfasst auch die Einhaltung der minimalen Arbeitsbedingungen gemäss Art. 2 Abs. 1 EntsG. Der Erstunternehmer haftet deshalb auch dann, wenn der Arbeitnehmer eine Schadenersatzforderung gegen seinen Arbeitgeber hatte, diesen aber nicht belangen kann.¹⁰⁵ Der Arbeitnehmer selber wird in diesem Fall regelmässig nur den sogenannten Direktschadensanspruch (d.h. den Anspruch, der nicht auf die Sozialversicherer übergegangen ist) gegen den Erstunternehmer geltend machen können.¹⁰⁶

Bei Berufsunfällen ist es aus Sicht des Erstunternehmers viel entscheidender, ob er auch für einen allfälligen Regressanspruch der Unfallversicherung nach Art. 72 ATSG einzustehen hat und, falls ja, ob für ihn auch das Regressprivileg gemäss Art. 75 Abs. 2 ATSG gilt. Dabei muss stets zuerst geprüft werden, ob der betroffene Arbeitnehmer zum Zeitpunkt des Arbeitsunfalls überhaupt der Unfallversicherung unterstellt war. In die Schweiz entsandte Arbeitnehmer sind für das erste Jahr grundsätzlich nicht versichert (Art. 6 Abs. 2 UVV¹⁰⁷).

Besteht eine Versicherungspflicht gemäss UVG und werden dem Arbeitnehmer entsprechende Leistungen ausgerichtet, tritt der Versicherungsträger «[g]egenüber einem Dritten, der für den Versicherungsfall haftet, [...] im Zeitpunkt des Ereignisses bis auf die Höhe der gesetzlichen Leistungen in die Ansprüche der versicherten Person und ihrer Hinterlassenen» ein (Art. 72 Abs. 1 ATSG). Für den Versicherungsfall haftet bei Berufsunfällen in erster Linie der Arbeitgeber; gemäss Art. 72 Abs. 1 ATSG gehen die Ansprüche des Arbeitnehmers gegen diesen auf den Unfallversicherer über.

Gegen den *Erstunternehmer* kann sich der Regressanspruch der Unfallversicherung hingegen nur dann richten, wenn das Recht, den Erstunternehmer gemäss Art. 5 EntsG zu belangen, als Nebenrecht qualifiziert werden kann, das von den Wirkungen der Subrogation erfasst wird und damit vom Arbeitnehmer auf die Unfallversicherung übergeht. Hier können die Bestimmungen über die Zession analog angewandt

¹⁰⁴ Siehe oben *sub* IV.A.

¹⁰⁵ Zur Haftung für die Folgen eines Berufsunfalls vgl. oben *sub* III.B.3 sowie STÖCKLI/BIERI (Fn. 20), Rz. 22 ff.

¹⁰⁶ Vgl. allg. GUSTAVO SCARTAZZINI/MARC HÜRZELER, Bundessozialversicherungsrecht, 4. Aufl., Basel 2012, 738.

¹⁰⁷ Verordnung über die Unfallversicherung vom 20. Dezember 1982, SR 832.202.

werden.¹⁰⁸ Gemäss Art. 170 Abs. 1 OR gehen mit der Forderung grundsätzlich auch die Vorzugs- und Nebenrechte über. Darunter fallen akzessorische, der Sicherung der Forderung dienende Rechte, wie z.B. Pfandrechte und Bürgschaften.¹⁰⁹ Die Haftung des Erstunternehmers dient, ähnlich einer Bürgschaft,¹¹⁰ der Sicherung der Forderung des Arbeitnehmers und geht daher als Nebenrecht i.S.v. Art. 170 Abs. 1 OR auf die Unfallversicherung über.¹¹¹

Gemäss BIERI kann sich nicht nur der Arbeitgeber, sondern auch der Erstunternehmer auf das Regressprivileg des Arbeitgebers gemäss Art. 75 Abs. 2 UVG berufen.¹¹² Dass die Unfallversicherung nicht gegen den Erstunternehmer Rückgriff nehmen kann, wenn der Arbeitgeber selber aufgrund von Art. 75 Abs. 2 ATSG nicht belangt werden könnte, ist im Ergebnis richtig. Um eine Erweiterung des Regressprivilegs auf den Erstunternehmer handelt es sich indes nicht. Der Grund liegt vielmehr darin, dass die durch Art. 5 EntsG bezweckte Sicherung nicht weitergehen kann als die Forderung, die gesichert werden soll. Auf das Verhältnis zwischen Erstunternehmer und Unfallversicherung übertragen bedeutet dies, dass das die Regressforderung sichernde Nebenrecht nicht weitergehen kann als die Regressforderung selber. Ein Anspruch der Unfallversicherung gegen den Erstunternehmer ist deshalb ausgeschlossen, wenn der Versicherungsfall nicht absichtlich oder grobfahrlässig herbeigeführt wurde.

V. Zusammenfassung

Die Haftung des Erstunternehmers nach Art. 5 EntsG wirft zahlreiche Fragen auf, die in der Praxis noch nicht geklärt werden konnten. Diese sind nicht nur auf den missglückten Wortlaut der Bestimmung, sondern vor allem darauf zurückzuführen, dass Art. 5 EntsG sich nicht in die bestehenden Kategorien der deliktischen oder vertraglichen Haftung einreihen lässt. Die dogmatische Einordnung wirkt sich insbesondere auf die Verjährungsfrist und die Anwendbarkeit von Art. 44 OR aus.

Unseres Erachtens statuiert Art. 5 EntsG eine Haftung *sui generis*, die funktionell mit der Schadlosbürgschaft nach Art. 495 Abs. 3 OR vergleichbar ist und auf die grundsätzlich Art. 127 OR, nicht aber Art. 44 OR anwendbar ist. Die Bestimmung greift sowohl in reinen Binnensachverhalten als auch in internationalen Verhältnissen,

¹⁰⁸ Siehe allg. PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, Band II, 10. Aufl., Zürich 2014, Rz. 2064.

¹⁰⁹ BSK-GIRSBERGER, Art. 170 OR N 8.

¹¹⁰ Zur funktionellen Vergleichbarkeit siehe oben *sub* III.B.3.

¹¹¹ So auch BIERI (Fn. 38), 127.

¹¹² BIERI (Fn. 38), 127, Fn. 33.

wobei sie in letzterem Fall als *loi d'application immédiate* i.S.v. Art. 18 IPRG zu qualifizieren ist. Hat der beklagte Erstunternehmer seinen Sitz im Ausland, so lässt sich die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte auf Art. 115 Abs. 3 IPRG abstützen, obwohl der Anspruch des Arbeitnehmers aus Art. 5 EntsG kein arbeitsvertraglicher Anspruch ist.

Die Sorgfaltspflicht des Erstunternehmers erstreckt sich auf sämtliche Subunternehmer in der Auftragskette. Über den Wortlaut von Art. 5 Abs. 3 EntsG hinaus kann sich der Erstunternehmer auch durch den Nachweis entlasten, dass die Mindestbedingungen nach Art. 2 EntsG auch dann nicht eingehalten worden wären, wenn er seine Sorgfaltspflichten erfüllt hätte (Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens).

Im Falle einer Kette von Subunternehmerverhältnissen kann der Arbeitnehmer bereits dann gegen den Erstunternehmer vorgehen, wenn sein eigener Arbeitgeber erfolglos belangt wurde oder nicht belangt werden kann. Ob auch die dazwischengeschalteten Subunternehmer belangt worden sind oder werden könnten, ist unerheblich.

Bei Anwendbarkeit des UVG ist zu beachten, dass die SUVA nicht nur auf den Arbeitgeber, sondern gegebenenfalls auch auf den Erstunternehmer Regress nehmen kann, wobei diesfalls das Regressprivileg nach Art. 75 Abs. 2 ATSG greift.