



SKMR-Newsletter Nr. 10 / Themenbereich Menschenrechte und Wirtschaft

## Verstärkte Solidarhaftung von schweizerischen Unternehmen in der Baubranche

**Seit 15. Juli 2013 ist die verschärfte Solidarhaftung bei Nichteinhaltung von minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen durch Subunternehmen in Kraft.**

Kontakt: [Gabriela Schwarz](#)

### Bedeutung für die Praxis

- Schweizerische Unternehmen im Bauhaupt- und Baunebengewerbe müssen neu überprüfen und sicherstellen, dass die schweizerischen Lohn- und Arbeitsbedingungen über ihre gesamte Subunternehmerkette eingehalten werden.
- Die betroffenen Erstunternehmen sollten zur Verringerung des Haftungsrisikos administrative Vorkehrungen treffen und für sämtliche nach dem 15. Juli 2013 abgeschlossene Untervergabeverträge aussagekräftige Dokumente und Bestätigungen betreffend die Einhaltung der minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen durch die Subunternehmen einholen.

### Hintergrund

Nachdem die Kontrollorgane in den vergangenen Jahren insbesondere im Baugewerbe zahlreiche Lohnunterbietungen und weitere Verstösse gegen schweizerische Arbeitsbedingungen durch Unternehmen und Selbständigerwerbende aus dem EU-Raum festgestellt hatten, beschlossen die Eidgenössischen Räte, die Bestimmungen zu den flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit zu verschärfen. Besonders umstritten war dabei die Ausgestaltung einer verstärkten Solidarhaftung für Erstunternehmer, die Aufträge an Subunternehmen vergeben, welche die schweizerischen Lohn- und Arbeitsbedingungen missachten (siehe dazu den SKMR- [Artikel Solidarhaftung von Schweizer Unternehmen bei Lohndumping](#) vom 27. Juni 2012).

Das Parlament verabschiedete schliesslich am 14. Dezember 2012 eine entsprechende Änderung des Entsendegesetzes, welche eine unbeschränkte Solidarhaftung der Erstunternehmer bei Nichteinhaltung der Netto-Mindestlöhne und minimalen Arbeitsbedingungen für die gesamte Subunternehmerkette vorsieht. Diese ist auf Unternehmen im Bauhaupt- und Baunebengewerbe beschränkt. Die Gesetzesänderung führte auch zu einer Anpassung der Entsendeverordnung, in welcher einige Aspekte der Solidarhaftung zusätzlich konkretisiert werden. Hervorzuheben ist, dass die neuen Bestimmungen zur Solidarhaftung entgegen dem ursprünglichen Geltungsbereich des Entsendegesetzes nicht nur Subunternehmen und entsandte Arbeitnehmende aus dem EU-Raum betreffen, sondern auch auf Subunternehmer mit Sitz oder Wohnsitz in der Schweiz anwendbar sind. Die neuen Regelungen sind seit dem 15. Juli 2013 in Kraft.



## Umfang der verschärften Solidarhaftung

Die [revidierte Fassung des Entsendegesetzes](#) sieht in Art. 5 eine zivilrechtliche Solidarhaftung des Erstunternehmers (Total-, General- oder Hauptunternehmer) für die Nichteinhaltung der Netto-Mindestlöhne und gewisser Arbeitsbedingungen (u.a. Arbeits- und Ruhezeit, Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz, Nichtdiskriminierung, Schutz von Schwangeren, Wöchnerinnen, Kindern und Jugendlichen) durch den ausführenden Subunternehmer vor, wobei sich die Haftung auf sämtliche Subunternehmer in der Auftragskette erstreckt. Die Forderung auf Leistung der vorenthaltenen Lohnsumme muss dabei von den betroffenen Arbeitnehmenden beim zuständigen schweizerischen Zivilgericht eingeklagt werden.

Allerdings haftet der Erstunternehmer nur subsidiär, d.h. wenn der fehlbare Subunternehmer nicht in die Pflicht genommen werden kann. Er kann sich zudem durch den Nachweis von der Haftung befreien, bei jeder Weitervergabe der Arbeiten die nach den Umständen gebotene Sorgfalt in Bezug auf die Einhaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen angewendet zu haben. Diese neue Sorgfaltspflicht kann nicht mehr nur durch eine vertragliche Vereinbarung mit dem beauftragten Subunternehmer erfüllt werden, sondern ist mit konkreten Überprüfungsmaßnahmen des Erstunternehmers verbunden, z.B. mit der Verpflichtung zur Vorlage von aussagekräftigen Belegen und Dokumenten.

Aufwändig ist dies im Zusammenhang mit weiteren Subunternehmen in der Auftragskette, mit welchen der Erstunternehmer nicht in einem direkten Vertragsverhältnis steht. Damit er seiner Sorgfaltspflicht trotzdem nachkommen kann, muss er sich vertraglich präventiv von seinem beauftragten Subunternehmer absichern lassen, dass dieser vor einer Weitervergabe die Genehmigung des Erstunternehmers vorgängig einholt und ihm jeweils die eingereichten Unterlagen der Subsubunternehmer zur Verfügung stellt.

Von der Solidarhaftung sind zudem lediglich die in Bundesgesetzen, Verordnungen des Bundesrates, allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen und Normalarbeitsverträgen im Sinne von [Art. 360a OR](#) vorgeschriebenen minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen erfasst, nicht jedoch darüber hinausgehende Ansprüche der Arbeitnehmenden mit Lohncharakter. Der Erstunternehmer haftet ausserdem nur für den Netto-Mindestlohn, nicht aber für die Sozialversicherungs- und Quellensteuerabzüge zulasten des Arbeitnehmers.

## Präzisierung der Sorgfaltspflicht

Damit die Erst- und Subunternehmer konkrete Anhaltspunkte haben, wie sie ihrer Sorgfaltspflicht nachkommen können, hat der Bundesrat in der [Entsendeverordnung](#) die erforderliche Sorgfaltspflicht insbesondere in Bezug auf die zu überprüfenden Dokumente in einer nicht abschliessenden Liste präzisiert. So können sich die Erstunternehmer die Einhaltung der minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen gemäss Art. 8b der Verordnung unter anderem durch Selbstdeklarationen der Subunternehmer sowie durch unterzeichnete Entsendebestätigungen der entsandten Arbeitnehmenden darlegen lassen. Zudem kann auch eine Bestätigung der paritätischen Vollzugsorgane von allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen oder der Eintrag in ein Berufsregister vorgewiesen werden. Diese Nachweise müssen bestätigen, dass in Kontrollen keine Verstösse gegen minimale Lohn-



und Arbeitsbedingungen festgestellt wurden. Inländische Subunternehmer müssen die aufgezählten Deklarationen unter gewissen Bedingungen sogar zusätzlich den mit der Durchsetzung der Gesamtarbeitsverträge betrauten paritätischen Organen (z.B. Schweizerische Paritätische Vollzugskommission Bauhauptgewerbe [SVK] oder Zentrale Paritätische Berufskommission des Maler- und Gipsergewerbes mit ihren jeweiligen Regionalen Paritätischen Berufskommissionen) zustellen.

Eine gewisse Erleichterung ergibt sich in den Fällen, in denen der Erstunternehmer bereits mehrmals mit demselben Subunternehmer zusammengearbeitet hat und dieser ihm bei früheren Vergaben glaubhaft dargelegt hat, die minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen einzuhalten. In diesem Fall muss sich der Erstunternehmer die erforderlichen Belege nur noch bei begründetem Anlass (z.B. wichtige Änderungen in allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen, Änderung eines wesentlichen Teils der Stammbesellschaft in der Schweiz oder der üblicherweise in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, Kenntnis von Verstössen) erneut vorlegen lassen.

Grundsätzlich muss dem Erstunternehmer aufgrund der gesamten Umstände glaubhaft erscheinen, dass der Subunternehmer die minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen nicht nur im Zeitraum der Vergabe, sondern während der gesamten Ausführung der Arbeiten respektieren wird. Ein voller Beweis, dass die Bedingungen eingehalten werden, ist nicht zu erbringen. Allerdings genügt eine blosser Zusicherung ohne Vorlage von geeigneten Dokumenten nicht für die Glaubhaftmachung. Der umsichtige Erstunternehmer sollte also Vorkehrungen treffen, dass er sich anhand von aussagekräftigen Dokumenten (wie beispielsweise [die beim SECO verfügbaren Musterdeklarationen](#)) und vertraglichen Vorkehrungen schriftlich bestätigen lässt, dass der Subunternehmer die minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen für seine Arbeitnehmenden einhalten und vor der Weitervergabe von Aufträgen an ein weiteres Subunternehmen die Genehmigung des Erstunternehmers einholen wird.

## Offene Fragen

Obwohl der Bundesrat mit den konkretisierenden Bestimmungen zur Sorgfaltspflicht in der Entsendeverordnung eine wichtige Veranschaulichung für die Erfüllung derselben zur Verfügung stellt, unterliegt es letztlich dem richterlichen Ermessen, ob der Erstunternehmer seine Sorgfaltspflicht unter Berücksichtigung der konkreten Umstände im Einzelfall erfüllt hat. Es ist also erforderlich, dass der Erstunternehmer jede Weitervergabe der Arbeiten einzeln überprüft und je nach Umständen zusätzliche Schritte unternimmt, um sein Haftungsrisiko maximal zu reduzieren.

Ob die verschärfte Solidarhaftung tatsächlich eine wirksame Massnahme zur Verbesserung der Lohn- und Arbeitsbedingungen auf den schweizerischen Baustellen darstellt oder die Arbeiten zukünftig möglicherweise vermehrt an nicht dem Mindestlohn unterliegende Selbständigerwerbende vergeben werden, wird sich wohl erst im Laufe der kommenden Jahre offenbaren. Zudem sind die wirtschaftlichen Auswirkungen auf Klein- und Neunternehmen, für welche die Überprüfungs- und Deklarationspflichten einen hohen administrativen und finanziellen Aufwand darstellen und dadurch eventuell den Marktzugang erschweren, noch nicht absehbar.



### Dokumentation:

- [Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne \(EntsG, Stand am 15. Juli 2013, SR 823.20\)](#)
- [Verordnung über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer \(EntsV, Stand am 15. Juli 2013, SR 823.201\)](#)
- [Erläuternder Bericht zum Entwurf über die Revision der Verordnung über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vom 15. Mai 2013](#)
- [Erläuternder Bericht zur Subunternehmerhaftung – Sommer 2012](#)
- [Musterdokumente des SECO für Deklarationen betreffend minimale Lohn- und Arbeitsbedingungen](#)



## **Sind institutionelle Anleger mit Minderheitsbeteiligung gemäss OECD-Leitsätzen in die menschenrechtliche Sorgfaltspflicht eingebunden?**

**Der Schlussbericht des norwegischen nationalen Kontaktpunkts zu einem Pensionskassen-Fall nimmt Stellung zu schwierigen Fragen betreffend den Anwendungsbereich der OECD-Leitsätze.**

*Kontakt: [Jonatan Niedrig](#)*

### **Bedeutung für die Praxis**

- Ein neuer Schlussbericht des norwegischen nationalen Kontaktpunkts (NKP) hält fest, dass Investitionen unter den Begriff der „Geschäftsbeziehung“ gemäss den OECD-Leitsätzen für multinationale Unternehmen fallen.
- Unter gewissen Voraussetzungen kann gemäss den Leitsätzen bereits eine Minderheitsbeteiligung für institutionelle Anleger eine menschenrechtliche Sorgfaltspflicht in Bezug auf die Tätigkeit der Beteiligungsgesellschaft mit sich bringen.
- Nach wie vor sind viele Fragen offen. Deshalb ist es wichtig, diesbezüglich weitere Entwicklungen innerhalb der OECD zu verfolgen – und aus Schweizer Sicht möglichst auch dazu beizutragen.

### **Ausgangslage und Sachverhalt**

Ausgangspunkt des neuen Schlussberichts aus Norwegen waren Beschwerden mehrerer Nichtregierungsorganisationen, die dem südkoreanischen Rohstoffunternehmen POSCO im Zusammenhang mit dem geplanten Bau eines Stahlwerks in Indien Verstösse gegen die OECD-Leitsätze vorwarfen. Konkret wurde in erster Linie die Tatsache bemängelt, dass das Projekt eine Umsiedlung von bis zu 20'000 Menschen vorsieht, die betroffene Bevölkerung aber bislang nicht konsultiert wurde. Darüber hinaus habe POSCO generell die unternehmerische Sorgfaltspflicht, wie sie in den Leitsätzen festgehalten wird, missachtet.

Die eine Beschwerde richtete sich in Südkorea gegen die südkoreanische POSCO und eine zweite Beschwerde in Norwegen gegen die Verwaltung des staatlichen Pensionsfonds Norwegens (Norwegian Bank Investment Management, NBIM), der in seiner Rolle als institutioneller Anleger eine Minderheitsbeteiligung an POSCO hält. Parallel dazu wurde beim niederländischen NKP eine Beschwerde gegen den staatlichen Pensionsfonds APG eingereicht.

Der vorliegende Artikel beschäftigt sich nicht mit dem konkreten Projekt in Indien und dessen menschenrechtlicher Implikationen für die lokale Bevölkerung, sondern mit dem Umstand, dass sich zwei Beschwerden gegen staatliche Fondsverwaltungen richteten, die mit ihren Investitionen in POSCO die mutmasslichen Menschenrechtsverletzungen nicht selber verursacht haben. Der norwegische und – in einem hier nicht behandelten Verfahren – der niederländische NKP mussten entscheiden, ob die beiden Fonds als Investoren mit



Minderheitsbeteiligung eine Sorgfaltspflicht gemäss den OECD-Leitsätzen trifft und ob sie diese im konkreten Fall erfüllt haben. Der hier diskutierte Entscheid des norwegischen NKP befasst sich daher nicht direkt mit dem Verhalten von POSCO, sondern mit der Rolle des norwegischen staatlichen Pensionsfonds in Bezug auf dessen Minderheitsbeteiligung am südkoreanischen Rohstoffunternehmen.

### **Ergebnis des norwegischen Schlussberichts**

Die Fondsverwaltung NBIM stellte sich auf den Standpunkt, dass die OECD-Leitsätze nur auf Geschäftsbeziehungen, die über eine reine Finanzierung hinausgehen und zudem einen direkten Zusammenhang zu den mutmasslichen Verstössen aufweisen, anwendbar seien. Bei einer blossen Minderheitsbeteiligung seien jedoch beide Voraussetzungen nicht erfüllt: Weder stelle das Halten von Wertpapieren eine Geschäftsbeziehung dar – eine solche Beteiligung sei nämlich rein finanzieller Natur und erfülle die geforderte Intensität nicht –, noch bestehe ein direkter Zusammenhang zwischen der Umsiedlung einer lokalen Bevölkerung in Indien und der Tätigkeit der norwegischen Fondsverwaltung. Aus diesen Gründen sei die Anwendbarkeit der OECD-Leitsätze auf Minderheitsaktionäre generell und damit auch auf NBIM zu verneinen.

Kern der Auseinandersetzung war die Auslegung von [Ziff. 3 im Menschenrechtskapitel der Leitsätze \(vgl. S. 31\)](#). Nach dieser Bestimmung, die sich auch in den [UNO-Leitlinien \(Ziff. 13\)](#) findet, sollen Unternehmen sich auch dann bemühen, negative Auswirkungen auf die Menschenrechte zu verhüten oder zu mindern, wenn sie nicht selber dazu beitragen, sondern „auf Grund einer Geschäftsbeziehung mit ihrer Geschäftstätigkeit, ihren Produkten oder Dienstleistungen unmittelbar mit diesen negativen Auswirkungen verbunden sind“.

In den Verhandlungen wurde diese umständliche Formulierung gewählt, um den Verantwortungsbereich von Unternehmen auf Konstellationen einzugrenzen, in denen sie mit der direkt in die Menschenrechtsverletzungen involvierten Firma eine Geschäftsbeziehung unterhalten. Unternehmen sollten mit anderen Worten nicht für jede Menschenrechtsverletzung, die im weiteren Umfeld ihrer Geschäftstätigkeit vorkommt, verantwortlich sein. Das ganz am Ende der Verhandlungsphase zur Verdeutlichung noch eingefügte Wort „unmittelbar“ (direct) erweist sich nun allerdings nicht nur als überflüssig, sondern stiftet – wie die Argumentation von NBIM zeigt – erhebliche Verwirrung, weil es suggerieren könnte, nur besonders qualifizierte Geschäftsbeziehungen würden in den Anwendungsbereich der Leitsätze fallen.

Die Frage war aus verschiedenen Gründen brisant: Zum einen galt der norwegische Pensionsfonds lange als Vorreiter bei der Konzeption und Umsetzung menschenrechtlicher Unternehmensverantwortung. Zum andern würde eine allfällig gewährte „Ausnahmebewilligung“ für den Finanzsektor die Gefahr bergen, dass andere Branchen weitere, ähnlich begründete Begehren stellen könnten, so dass der Geltungsbereich der Leitsätze ausgehöhlt werden könnte.

Der norwegische NKP befasste sich deshalb in seinem Schlussbericht ausführlich mit der sorgfältigen Auslegung der Leitsätze und gelangte zu einem anderen Ergebnis als NBIM: Zunächst hielt er fest, die Leitsätze seien auf sämtliche Branchen anwendbar, mithin auch auf den Finanzsektor. Zudem falle unter den Begriff der Geschäftsbeziehung auch eine





rein finanzielle Beziehung wie die Beteiligung an einem Unternehmen im vorliegenden Fall. Die zentrale Frage sei folglich nicht, ob die Leitsätze anwendbar seien, sondern wie eine unternehmerische Sorgfaltspflicht in einem derart gelagerten Fall zu definieren sei. Dieser Ansicht waren auch der niederländische NKP in seinem (Zwischen-)Bericht betreffend den Pensionsfonds APG, sowie das UN-Hochkommissariat für Menschenrechte in einer zuhause der Nichtregierungsorganisation OECD Watch verfassten Stellungnahme.

### **Due Diligence für institutionelle Investoren?**

Der norwegische NKP bemühte sich anschliessend um eine differenzierte Betrachtung der Sorgfaltspflicht von Minderheitsaktionären. So war er sich der praktischen Schwierigkeiten bewusst, die sich insbesondere bei einer grossen Anzahl von Geschäftsbeziehungen für die menschenrechtliche Sorgfaltspflicht stellen können – im vorliegenden Fall sind es über 7'000 Gesellschaften, an welchen der Pensionsfonds Beteiligungen hält. Dem NKP war klar, dass es in der Praxis unmöglich ist, bei einer so grossen Zahl von Beteiligungen im Einzelfall die Einhaltung der Menschenrechte umfassend zu überprüfen. Hingegen hielt er es für möglich und im Sinne der Leitsätze auch erforderlich, besonders menschenrechtssensible Bereiche in allgemeiner Weise zu identifizieren und gestützt darauf eine Risikoabschätzung spezifischer Zulieferer bzw. Beteiligungsgesellschaften vorzunehmen. Denkbar wäre so etwa eine gezielte Überprüfung von Unternehmenstätigkeiten in Ländern und Regionen, welche menschenrechtlich als besonders heikel eingeschätzt werden, oder auch von Branchen wie etwa dem Bergbau, die besonders anfällig für Menschenrechtsverletzungen sind.

Neben diesen zentralen Ausführungen betreffend die unternehmerische Sorgfaltspflicht hielt der norwegische NKP fest, dass ein Verstoß gegen die OECD-Leitsätze auch deshalb vorliege, weil NBIM – mit Ausnahme bestimmter Bereiche betreffend Kinderarbeit – gegenwärtig über keine Strategie verfügt, bei Bekanntwerden von Menschenrechtsverletzungen von Beteiligungsfirmen entsprechende Massnahmen zu ergreifen. Weiter wurde festgestellt, dass NBIM – allenfalls auch im Verbund mit weiteren Anlegern – POSCO direkt mit den Vorwürfen hätte konfrontieren sollen, um direkt auf Verbesserungen hinzuwirken. Schliesslich wurde angeregt, die Etablierung einer Streitschlichtungs- oder Wiedergutmachungsinstanz bei Beteiligungsgesellschaften einerseits, andererseits aber auch innerhalb von NBIM, voranzutreiben. Im Unterschied zum norwegischen Verfahren liegt der Schlussbericht des niederländischen NKP noch nicht vor.

### **Bedeutung des Entscheids und Implikationen für die Schweiz**

Der Fall ist nicht zuletzt deshalb von besonderem internationalem Interesse, weil zum ersten Mal seit der Revision der Leitsätze – und damit der Einfügung des neuen Menschenrechtskapitels (vgl. dazu den [SKMR-Artikel vom 6. Juli 2011](#)) – der Geltungsbereich der Leitsätze auf Akteure aus der Finanzbranche zu klären war.

Für schweizerische Akteure der Finanzbranche ist der norwegische Fall aus zweierlei Hinsicht relevant: Zum einen trägt der Schlussbericht zur Klärung der Frage bei, ob der Anwendungsbereich der OECD-Leitsätze sämtliche Branchen beinhaltet, indem er deutlich zum Ausdruck bringt, dass die revidierten Leitsätze in ihrem gesamten, seit 2011 erweiterten Umfang auch auf den Finanzsektor anwendbar sind.



Daneben zeigt er aber auch exemplarisch für den gesamten Nexus „Menschenrechte und Wirtschaft“, dass die Herausforderung jeweils darin besteht, allgemein anerkannte Prinzipien branchengerecht und fallspezifisch zu „übersetzen“ und für Unternehmen – im vorliegenden Fall der Finanzbranche – umsetzbar zu machen. Auch wenn die Ausführungen des norwegischen und des niederländischen NKP in diesem konkreten Fall bei den Teilnehmenden des *OECD Global Forum on Responsible Business Conduct* weitgehend auf Zustimmung stiessen, bleiben dennoch wichtige Aspekte, was eine Geschäftsbeziehung im Sinne der Leitsätze beinhaltet, noch klärungsbedürftig. Dies gilt auch für die Ausführungen zur Frage, wie eine diesbezügliche unternehmerische Sorgfaltspflicht im Detail auszugestalten ist.

**Dokumentation:**

- [Schlussbericht NKP Norwegen](#)
- [Zwischenbericht NKP Niederlande](#)
- [Stellungnahme OHCHR](#)
- [OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen](#)
- [UNO-Leitlinien für Wirtschaft und Menschenrechte](#)