

APH 10 209, publiziert Januar 2011

Urteil der 2. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern,

unter Mitwirkung von Oberrichter Messer, Oberrichterin Apolloni Meier und Oberrichter Bähler
sowie Kammerschreiber Wilhelm

vom 4. August 2010

in der Streitsache zwischen

A AG

vertreten durch Fürsprecher Z

Klägerin/Appellantin

und

Gemeinwesen B

vertreten durch Fürsprecher X

Beklagte/Appellatin

Regeste:

1) Art. 18 OR; Durchsetzung von Arbeitsschutzbestimmungen bei öffentlichen Aufträgen im Rahmen eines privatrechtlichen Werkvertrags
2) Auslegung einer Vertragsklausel betreffend Konventionalstrafe. Das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) wird vom Grundsatz beherrscht, dass Aufträge nur an Anbieter vergeben werden sollen, welche die Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen für Arbeitnehmer gewährleisten. Im Sinne der Zweistufentheorie ist jedoch zwischen dem Zuschlag des Auftrags und dem Abschluss des Vertrags zu unterscheiden. Der vorliegend zwischen den Parteien geschlossene Vertrag ist privatrechtlicher Natur, entsprechend ist der wirkliche Wille der Parteien zu ermitteln. Aus dem Werkvertrag geht kein eindeutiger übereinstimmender Parteiwille betreffend den Geltungsbereich der Konventionalstrafe hervor, so dass nach dem Vertrauensprinzip zu fragen ist, wie der Vertragspartner eine Willenserklärung in guten Treuen verstanden haben durfte und musste. Nach dem Grundsatz „in dubio contra stipulatorem“ ist im Zweifel diejenige Bedeutung einer Vertragsbestimmung vorzuziehen, die für den Verfasser der auszulegenden Bestimmung ungünstiger ist. Vorliegend ist die Kammer zum Schluss gelangt, dass der Appellant nicht davon ausgehen musste, dass die Appellatin eine Konventionalstrafe vereinbaren wollte, die sowohl in zeitlicher als auch in sachlicher Hinsicht über das Vertragsverhältnis hinaus geht. Die flächendeckende Einhaltung von Arbeitsschutzbestimmungen (über das jeweilige Vertragsverhältnis hinaus) ist mit den Mitteln des Vergaberechts durchzusetzen.

Redaktionelle Vorbemerkungen:

B vergab nach der Durchführung des Submissionsverfahrens, welches gemäss Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen durchgeführt wurde, Arbeiten an die

A AG. Gemäss Angebotsübersicht wurde von den Anbietern verlangt, für Leistungen in der Schweiz die am Ort der Leistung geltenden Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen für ArbeitnehmerInnen einzuhalten. Für den Fall, dass die massgebenden Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen nicht eingehalten werden, sah der Werkvertrag eine Konventionalstrafe von CHF 5'000.00 pro Verstoss vor. Im Rahmen von Kontrollen wurde Lohndumping bei der A AG festgestellt, wobei die Verstösse u.a. auch Arbeitnehmer auf anderen Baustellen betrafen und solche, die über ein Temporärbüro beigezogen wurden. Teilweise wurden die Verstösse überdies vor Vertragsabschluss begangen. Umstritten war, ob die vereinbarte Konventionalstrafe in allen Fällen geschuldet ist.

Auszug aus den Erwägungen:

I.

(...)

II.

(...)

III.

1. Rechtliche Grundlagen

1.1 Vorliegend haben die Parteien unbestrittenermassen einen privatrechtlichen Vertrag geschlossen. Dem Vertragsschluss ging allerdings ein Submissionsverfahren voraus, für welches Art. 8 BöB folgende Verfahrensgrundsätze vorschreibt:

¹ Bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen sind folgende Grundsätze zu beachten:

a. Die Auftraggeberin achtet in allen Phasen des Verfahrens auf die Gleichbehandlung der inländischen und der ausländischen Anbieter und Anbieterinnen.

b. Sie vergibt den Auftrag für Leistungen in der Schweiz nur an einen Anbieter oder eine Anbieterin, welche die Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen und der Arbeitsbedingungen für die Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen gewährleisten. Massgebend sind die Bestimmungen am Ort der Leistung.

c. Sie vergibt den Auftrag nur an Anbieter oder Anbieterinnen, welche für jene Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, die Leistungen in der Schweiz erbringen, die Gleichbehandlung von Frau und Mann in Bezug auf die Lohngleichheit gewährleisten.

d. Sie wahrt den vertraulichen Charakter sämtlicher vom Anbieter oder der Anbieterin gemachten Angaben. Vorbehalten bleiben die nach der Zuschlagserteilung zu publizierenden Mitteilungen und die im Rahmen von Artikel 23 Absätze 2 und 3 zu erteilenden Auskünfte.

² Der Auftraggeberin steht das Recht zu, die Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen, der Arbeitsbedingungen und der Gleichbehandlung von Frau und Mann zu kontrollieren oder kontrollieren zu lassen. Auf Verlangen hat der Anbieter oder die Anbieterin deren Einhaltung nachzuweisen.

1.2 Art. 6 VöB konkretisiert unter dem Titel Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen und der Arbeitsbedingungen:

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

a. die Verfahrensgrundsätze nach Artikel 8 Absatz 1 Buchstaben b und c des Gesetzes einhalten müssen;

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

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

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

⁴ Sie kann im Bereich der Gleichbehandlung von Frau und Mann Kontrollen veranlassen. Sie kann die Aufgabe insbesondere dem Eidgenössischen, den kantonalen oder den kommunalen Gleichstellungsbüros übertragen.

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

1.3 Art. 7 VöB statuiert unter dem Marginale: Arbeitsbedingungen:

¹ Als Arbeitsbedingungen gelten die Gesamtarbeitsverträge und die Normalarbeitsverträge und, wo diese fehlen, die tatsächlichen orts- und berufsüblichen Arbeitsbedingungen.

² Wird die Leistung im Ausland erbracht, so hat die Anbieterin oder der Anbieter zumindest die Einhaltung der Kernübereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation nach Anhang 2a zu gewährleisten.

2. (...)

3. Vertragsauslegung im Allgemeinen

Das Ziel der richterlichen Vertragsauslegung besteht in der Feststellung des übereinstimmenden wirklichen Willens der Parteien, den die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend erklärt haben (subjektive Auslegung). Lässt sich dieser nicht mehr mit Sicherheit feststellen, so ist durch objektivierte (normative) Auslegung der Vertragswille zu ermitteln, den die Parteien mutmasslich gehabt haben. Hierbei hat der Richter als Vertragswille anzusehen, was vernünftige und redlich handelnde Parteien unter den gegebenen Umständen durch die Verwendung der auszulegenden Worte oder ihr sonstiges Verhalten ausgedrückt und folglich gewollt haben würden¹.

Primäres Auslegungsmittel ist der Wortlaut. Mangels anderer Anhaltspunkte ist anzunehmen, die Parteien hätten die Worte nach dem allgemeinen Sprachgebrauch zur Zeit des Vertragsschlusses verwendet. Wird ein Wort verwendet, dem ein juristisch-technischer Sinn zukommt, so ist zu vermuten, dass die Parteien dieses Wort entsprechend seinem juristischen Sinn verstanden haben, sofern jedenfalls der juristische Sinn eindeutig und allgemein ist.

¹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Schweizerisches Obligationenrecht AT, 7. Auflage, N 1200 ff

Bei der Auslegung von Verträgen ist immer auch das systematische Element zu berücksichtigen d.h. der einzelne Ausdruck ist im Zusammenhang, indem er steht, als Teil eines Ganzen aufzufassen (op. cit. N. 1206 ff und dort cit. BGE).

Verträge sind ferner nach Treu und Glauben auszulegen. Entscheidend ist also, was die Parteien unter einer Bezeichnung verstehen durften und mussten. Auf eine Branchenunsatz ist dann abzustellen, wenn beide Parteien einem entsprechenden Verkehrskreis angehören würden (BGE 116 II S. 434 f und dortige Hinweise).

Oder mit den Worten eines neueren BGE 4A_453/2009: Kann ein übereinstimmender wirklicher Parteiwille nicht ermittelt werden, sind vertragliche Vereinbarungen nach dem Vertrauensprinzip so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen, die ihnen vorausgegangen und unter denen sie abgegeben worden sind, verstanden werden durften und mussten (BGE 132 III 24 E. 4 S. 27 f., mit weiteren Hinweisen). Dabei ist vom Wortlaut der Erklärungen auszugehen, welche jedoch nicht isoliert, sondern aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen sind (BGE 123 III 165 E. 3a). Selbst wenn der Wortlaut einer Vereinbarung auf den ersten Blick klar erscheint, kann nicht darauf abgestellt werden, wenn sich aus dem Zweck des Vertrages und den Umständen, unter denen er geschlossen wurde, ergibt, dass er den Sinn der Vereinbarung nicht exakt wiedergibt (BGE 133 III 61 E. 2.2.1 S. 67, mit Hinweisen). Demnach ist der vom Erklärenden verfolgte Regelungszweck, wie ihn der Erklärungsempfänger in guten Treuen verstehen durfte und musste, massgebend (BGE 132 III 24 E. 4 S. 28). Dabei ist zu berücksichtigen, was sachgerecht ist, weil nicht anzunehmen ist, die Parteien hätten eine unangemessene Lösung gewollt (BGE 122 III 420 E. 3a S. 424, mit Hinweisen). Nach der sogenannten Unklarheitsregel sind mehrdeutige Wendungen in vorformulierten Vertragsbedingungen im Zweifel zu Lasten jener Partei auszulegen, welche sie verfasst hat (BGE 124 III 155 E. 1b S. 158, mit Hinweisen).

4. GAV-Verletzungen auf anderen Baustellen

- 4.1 Die Appellantin bringt vor, die Vorinstanz sei von Art. 8 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) ausgegangen und habe dieses ausgelegt. Dies sei methodisch falsch, da es vorliegend um die Auslegung des zwischen den Parteien geschlossenen Werkvertrages gehe. Es dürfe nicht der Bund in der Rolle als Gesetzgeber mit jener als Auftraggeber verwechselt werden. Normadressat von Art. 8 BöB sei nicht der Auftragnehmer. Die Vertragsauslegung kenne die teleologische Methode nicht. Wesentlich sei vielmehr der Parteiwille. Vorliegend sei jedoch gerade nicht erwiesen, dass die Parteien auch GAV-Verletzungen auf anderen Baustellen mittels Konventionalstrafe ahnden wollten.

Da aus dem Vertrag nicht klar hervorgehe, dass auch GAV-Verstösse auf anderen Baustellen erfasst werden sollten, sei nach dem Grundsatz „in dubio pro mitius“ im Zweifelsfall die weniger weit gehende Regelung anzuwenden, d.h. diejenige, welche für den Verpflichteten die geringere Belastung darstelle. Zum selben Ergebnis komme man, wenn man den Grundsatz „in dubio contra stipulatorem“ (Unklarheitsregel)

anwende, wonach die für den Verfasser ungünstigere Regelung anzuwenden sei.² Wollte die Appellatin eine Konventionalstrafe für GAV-Verletzungen auf allen Baustellen vereinbaren, müsste sie dies nach Auffassung der Appellantin im Vertrag deutlich zum Ausdruck bringen.

Doch selbst wenn man den Gesetzestext von Art. 8 BöB auslegen wolle und nach dem Sinn und Zweck der entsprechenden Bestimmung frage, komme man zum Schluss, dass der Gesetzgeber mit dieser Bestimmung nicht Arbeitnehmer schützen wollte, die nicht auf einer öffentlichen Baustelle arbeiten. Entsprechend werde auch im Standardwerk zum öffentlichen Beschaffungswesen von den Autoren GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER die Auffassung vertreten, dass die Pflichten betreffend Arbeitnehmerschutz „selbstverständlich“ nur für den entsprechenden öffentlich-rechtlichen Auftrag gelten würden³. Diese Lehrmeinung sei begründet, da die Submissionsgesetzgebung nicht den umfassenden Arbeitnehmerschutz anstrebe. Vielmehr verfolge das Vergaberecht das Ziel, für sämtliche Anbieter gleich lange Spiesse zu schaffen und Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden. Dieses Ziel werde schon erreicht, wenn die Einhaltung der GAV-Bestimmungen auf Bundesbaustellen gewährt sei. Die öffentliche Hand solle letztlich nicht von Arbeitnehmerschutzverletzungen profitieren. Der Staat profitiere nicht, wenn auf anderen Baustellen Vorschriften verletzt würden, da die Unternehmen keine Mischrechnungen machten, sondern pro Baustelle kalkulierten. Defizitäre Bundesaufträge, die durch private Aufträge finanziert werden müssen, würden betriebswirtschaftlich keinen Sinn machen.

Der GAV selbst sehe eine Konventionalstrafe für den Fall von Vertragsverletzungen vor, welche bezahlt worden sei (30 % von CHF 6'726.20, Nachzahlungen an Arbeitnehmer gemäss Lohnbuchkontrolle). Es gehe nun nicht an, wenn der Bund für dieselben Verstösse – ausserhalb des Bundesauftrags – nochmals eine Konventionalstrafe einfordern könne. Ein solches Vorgehen würde im Übrigen zu Wettbewerbsverzerrungen führen, was dem Sinn und Zweck des Submissionsrechts widerspreche. Grössere Unternehmen mit einer grossen Anzahl von Mitarbeitern würden ein nicht mehr zu kalkulierendes Risiko tragen, wenn sie öffentliche Aufträge annehmen würden.

- 4.2 Dem hält die Appellatin entgegen, der Werkvertrag könne nicht isoliert betrachtet werden. Vielmehr müsse Art. 8 BöB zur Auslegung des Vertrags herangezogen werden. Das BöB habe eine Reflexwirkung auf den Vertrag, unabhängig davon, wer Adressat des BöB sei. Bei der Vertragsauslegung sei das Vertrauensprinzip massgebend. Die Appellantin habe wissen müssen, dass sich der Bund an Art. 8 BöB zu halten habe und die Arbeitnehmer GAV-konform zu beschäftigen seien. Der Wille des Auftraggebers sei transparent gewesen, gerade wegen der Bestimmungen im BöB. Es sei nicht unüblich, dass arbeitsrechtliche Aspekte auch ausserhalb des Arbeitsrechtes Eingang fänden. Der Werkvertrag, welcher auf Grundlage des BöB abgeschlossen worden sei, habe nicht anders verstanden werden können, als dass die Regeln des Arbeitnehmerschutzes immer anzuwenden seien, nicht bloss beim konkreten Auftrag, denn Ziel der Appellantin bei der Vergabe von Aufträgen sei es,

² BUCHER, OR AT 1988, S. 185

³ GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, N 239, FN 60a

gleich lange Spiesse für alle Bewerber zu schaffen. (BBl 1994 IV 1186). Vor diesem Hintergrund könne es nicht angehen, dass die GAV-konformen Löhne nur für Arbeitnehmer auf der Bundesbaustelle bezahlt würden und auf anderen Baustellen nicht. Anders als von der Appellantin geltend gemacht, würden die Unternehmer sehr wohl eine Mischrechnung machen, da ein Unternehmen als Ganzes rentieren müsse. Es gelte das Prinzip der „kommunizierenden Röhren“. Würden die Aufträge der öffentlichen Hand durch billige Arbeitskräfte auf anderen Baustellen quersubventioniert, widerspräche dies dem Prinzip der gleich langen Spiesse. Sich an den GAV zu halten bedeute demnach, dass die Arbeitnehmerschutzbestimmungen immer und überall einzuhalten seien.

Es sei im Weiteren unerheblich, wenn die Appellantin bereits eine Konventionalstrafe an die Paritätische Landeskommission bezahlt habe, da diese nicht auf derselben Rechtsgrundlage beruhe. Die Konventionalstrafe, welche an die Paritätische Landeskommission bezahlt worden sei, stütze sich auf den Gesamtarbeitsvertrag; jene, welcher gegenüber der Appellantin geschuldet sei, auf den Werkvertrag.

- 4.3 Das Vergaberecht unterscheidet im Sinne der Zweistufentheorie klar zwischen dem Zuschlag des Auftrags und dem Abschluss des Vertrags. Der Zuschlag ist eine Verfügung des öffentlichen Rechts, die dem Vertragsabschluss vorausgeht und mit der sich die Vergabebehörde entscheidet, mit wem und worüber ein Vertrag abgeschlossen werden soll⁴. Diese Verfügung kann mittels Beschwerde angefochten werden, mit der sämtliche Rechtsfehler geltend gemacht werden können (Art. 26 ff. BÖB). Ein Vertrag, der im Rahmen eines Submissionsgeschäfts alsdann abgeschlossen wird, ist dagegen in der Regel privatrechtlicher Natur; dies im Unterschied etwa zu einer Sondernutzungskonzession. Entsprechend richten sich insbesondere Abschluss, Form, Abänderung, Beendigung – und auch Vereinbarungen betreffend eine Konventionalstrafe – nach dem anwendbaren Privatrecht. Der Beschaffungsvertrag wird folglich durch die privatrechtlichen Regeln des OR und seiner Nebengesetze beherrscht.

Beim zwischen den Parteien abgeschlossenen Werkvertrag handelt es sich demnach – trotz dem vom öffentlichen Recht beherrschten vorgelagerten Submissionsverfahren – unbestrittenermassen um einen privatrechtlichen Vertrag, welcher die Privatautonomie der Parteien nicht verdrängt⁵. Fest steht, dass aus dem Werkvertrag kein eindeutiger übereinstimmender Parteiwille betreffend den Geltungsbereich der Konventionalstrafe hervorgeht. Es bedarf diesbezüglich deshalb der Auslegung des Vertrags. Auszulegen ist in dieser privatrechtlichen Auseinandersetzung primär der Vertrag, den die Parteien geschlossen haben, nach den Regeln wie sie unter Ziffer 3 oben dargelegt wurden.

- 4.4 In Bezug auf eine vereinbarte Konventionalstrafe bedeutet dies, dass eine solche für den Fall der nicht gehörigen Erfüllung einer bestimmten Schuld – im vorliegenden Fall konkret umschriebene Dachdeckerleistungen – stipuliert wurde. Konventionalstrafe ist die Leistung, die der Schuldner durch Rechtsgeschäft unter Lebenden dem Gläubiger

⁴ vgl. BGE 2D_64/2008 Erw. 2.1 vom 05.11.2008; GALLI/MOSER/LANG/CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2. Auflage, Zürich 2007, N 701; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich 2006, N 287 f.

⁵ BEYELER, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Diss. 2004, AISUF 233, N. 418 ff S. 328 ff und dort cit. Autoren

für den Fall der Nichterfüllung oder der nicht gehörigen Erfüllung einer bestimmten Schuld verspricht. Sie dient der Sicherstellung der (richtigen) Erfüllung der Hauptschuld; daneben bezweckt sie aber auch einen wirtschaftlichen Ausgleich für Nachteile der Nicht- oder Schlechterfüllung der Primärverpflichtung⁶. Die Geltendmachung der Konventionalstrafe setzt die Erfüllung der Bedingung, d.h. die durch die vertragliche Abrede konkretisierte Nichterfüllung oder nicht richtige Erfüllung der gesicherten Hauptverpflichtung voraus⁷. Die Konventionalstrafe tritt zu der Hauptleistung hinzu in dem Sinne, dass sie von dieser grundsätzlich abhängig ist. Dieses akzessorische Moment ist begriffstypisch für die Konventionalstrafe.⁸ Wenn die Appellantin auf anderen Baustellen Arbeiten ausführte, die in keinem Zusammenhang standen mit dem mit der Appellatin geschlossenen Werkvertrag, dann erfüllte sie gerade nicht eine Primärverpflichtung, mit der die vereinbarte Konventionalstrafe in Zusammenhang steht. Bei der Konventionalstrafe handelt es sich um ein privatrechtliches Institut, zu deren Auslegung öffentliche Interessen grundsätzlich keine Rolle spielen.

Der privatrechtliche Werkvertrag grenzt sich insofern vom vorausgegangenen Submissionsverfahren – welches auf die generelle Einhaltung von Arbeitsschutzbestimmungen ausgerichtet ist, ansonsten ein Anbieter den Zuschlag nicht erhält - ab, als ihm nicht dieselbe Breitenwirkung zukommen kann. Dem Schutz der bei öffentlichen Aufträgen zweifellos involvierten öffentlichen Interessen kann das Privatrecht keine Hand bieten. Diesen öffentlichen Interessen muss durch die vergaberechtliche Regelung in der Vergabephase Rechnung getragen werden⁹.

Bereits dies spricht dafür, dass die Konventionalstrafe nur in Bezug auf Arbeitnehmer geschuldet sein kann, welche in Erfüllung des vorliegenden Vertrages Leistungen erbracht haben. Diese Auffassung deckt sich mit derjenigen im mehrfach zitierten „Standardwerk“ zum öffentlichen Beschaffungswesen von GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER¹⁰.

- 4.5 In der Angebotsübersicht (KB 4) – auf welche allerdings im Vertrag nicht ausdrücklich verwiesen wird - werden unter dem Titel „Allgemeines“, Ziff. 4, die Grundsätze bezüglich Arbeitnehmerschutz, welche dem Vertrag zugrunde liegen sollen, wie folgt definiert:

„Der Anbieter verpflichtet sich für Leistungen in der Schweiz, die am Ort der Leistung geltenden Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer einzuhalten.

[...]

Bei Missachtung vorstehender Verpflichtungen hat der Anbieter der Auftraggeberin eine Konventionalstrafe in der Höhe von Fr. 5'000.-- pro Verstoß zu entrichten.“

⁶ BSK-OR I – EHRAT, Art. 160 OR N. 1

⁷ BSK-OR I – EHRAT, Art. 160 OR N. 14

⁸ BUCHER, a.a.O., S. 523

⁹ BEYELER, a.a.O., N. 418

¹⁰ GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, a.a.O., N. 239, FN 60a: „Und selbstverständlich gilt diese Pflicht nur für den entsprechenden (öffentlichen) Auftrag und nicht auch für andere Arbeiten (private Aufträge), die der betreffende Arbeitgeber mit seinen Beschäftigten an diesem Ort ausführt.“

Aus dem Wortlaut dieser vertraglichen Bestimmung ergibt sich in keiner Weise, dass Verstösse gegen Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen ausserhalb des Vertragsverhältnisses unter die Konventionalstrafe fallen sollten. Die Formulierung „für Leistungen in der Schweiz“ deutet nicht darauf hin, dass sämtliche Baustellen in der Schweiz erfasst sein sollen. Die Kammer erblickt darin vielmehr den Hinweis, dass Bundesbaustellen im Ausland (Bsp. Botschaften, Anschlussstrassen etc.) nicht unter die Regelung fallen.

Nach dem Vertrauensprinzip ist zu fragen, wie der Vertragspartner eine Willenserklärung in guten Treuen verstanden haben durfte und musste. Massgebend ist der objektive Sinn des Erklärungsverhaltens und nicht der wirkliche (den „empirischen, „inneren“ Willen) des Erklärenden¹¹. Würde die Appellatin in objektiv erkennbarer Weise gewollt haben, dass auch Verstösse ausserhalb des Vertragsverhältnisses unter die Konventionalstrafe fallen, so würde die Sanktion ausserordentlich weit reichen. Insbesondere für grosse Unternehmen bedeutete dies, dass sie selbst für allfällige Verstösse gegen Arbeitsschutzbestimmungen in beliebigen anderen Betriebsbereichen mittels Konventionalstrafen belangt werden könnten. Davon musste der Appellant nicht ausgehen, als er den Werkvertrag abschloss, da sich Vertragsbestimmungen nach allgemeiner Lebenserfahrung – wie es eine vernünftig und redlich handelnde Partei unter den gegebenen Umständen durch die Verwendung der auszulegenden Worte oder ihr sonstiges Verhalten ausgedrückt und folglich gewollt haben würde - auf die vertragliche Leistung beziehen und nicht auf anderweitige Rechtsgeschäfte der Vertragspartner. Im Besonderen gilt dies für die Konventionalstrafe, welche ihrer Natur nach in einem engen Verhältnis zur vertraglichen Primärleistungspflicht (vgl. Ziff. 4.4 oben) steht.

Der Appellatin ist zwar darin beizupflichten, dass die (direkte) Auslegung des Gesetzestextes von Art. 8 BöB zu einem anderen Schluss führt. Der Gesetzestext hat jedoch mit dem hier zu beurteilenden privatrechtlichen Vertrag wenig gemein, zumal er sich auf das vorgelagerte Submissionsverfahren bezieht und nicht auf den mit dem Anbieter geschlossenen Vertrag. Im (öffentlichrechtlichen) Vergabeverfahren bestehen griffige Instrumente, um die Einhaltung von Arbeitsschutzbestimmungen durchzusetzen. Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang vor allem Art. 11 lit. d BöB, wonach die Auftraggeberin den Zuschlag widerrufen oder Anbieter vom Verfahren ausschliessen sowie aus dem Verzeichnis nach Artikel 10 streichen kann, insbesondere wenn er den Verpflichtungen aus Art. 8 nicht nachkommt. Gestützt auf Art. 11 BöB können somit Anbieter, welche die Bedingungen nicht einhalten, vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden oder von einer Liste qualifizierter Anbieter gestrichen werden, welche die Eignungskriterien nicht erfüllen (BBl 1994 IV 1988). Demgegenüber soll das BöB im Rahmen des Vollzugs von Werkverträgen nicht Tür und Tor für die Sanktionierung von GAV-Verletzungen etc. bei privatrechtlichen Vertragsverhältnissen öffnen, in welche der Bund nicht involviert ist.

Zu diesem Zweck sehen die Gesamtarbeitsverträge regelmässig selber Konventionalstrafen für den Fall vor, dass der Arbeitgeber Arbeitsschutzbestimmungen verletzt. Dies steht zwar einer zusätzlichen im Werkvertrag geregelten

¹¹ GAUCH/SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, N 207 ff.

Konventionalstrafe nicht entgegen (vgl. dazu Motiv S. 15 = pag. 189), es erscheint jedoch nachvollziehbar, wenn der Laie die Strafe damit als abgegolten erachtet.

Vor diesem Hintergrund musste der Appellant nicht davon ausgehen, dass die Appellatin zusätzlich eine Konventionalstrafe vereinbaren wollte, die sich flächendeckend auf sämtliche Verstösse gegen Arbeitsschutzbestimmungen bezieht. Die Kammer geht zwar mit der Appellantin einig, dass ausservertragliche Verstösse gegen Arbeitsschutzbestimmungen zu einer Wettbewerbsverzerrung führen können. Dem ist jedoch in erster Linie mit den Mitteln der Submissionsgesetzgebung zu begegnen. Andernfalls wären inländische Anbieter, welche einfacher zu kontrollieren sind, gegenüber der ausländischen Konkurrenz im Nachteil. Die Gleichbehandlung von in- und ausländischen Anbietern ist jedoch gerade ein Hauptprinzip des GATT-Übereinkommens und des BöB (BBL 119 IV 1176).

- 4.6 Nach dem Grundsatz „in dubio contra stipulatorem“ ist überdies im Zweifel diejenige Bedeutung einer Vertragsbestimmung vorzuziehen, die für den Verfasser der auszulegenden Bestimmung ungünstiger ist¹². Vorliegend geht aus dem Vertrag – und insbesondere aus Ziffer 4 der Angebotsübersicht – nicht klar hervor, ob auch ausservertragliche Verletzungen von Arbeitsschutzbestimmungen erfasst werden sollen. Zu Gunsten der Appellantin ist deshalb davon auszugehen, dass nur Verstösse im Rahmen des Vertragsverhältnisses unter die Konventionalstrafe fallen. Hätte die Appellantin eine andere, für sie günstigere, Vereinbarung treffen wollen, so hätte dies ausdrücklich vereinbart werden müssen.

5. GAV-Verletzungen vor Vertragsschluss

- 5.1 Die Appellantin bringt vor, was für die GAV-Verletzungen auf anderen Baustellen gelte, treffe auch für GAV-Verletzungen vor Vertragsschluss zu. Massgebend sei nicht die Auslegung von Gesetzesbestimmungen, sondern des konkreten zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages. Die Rückwirkung der Konventionalstrafe auf vorvertragliche GAV-Verletzungen sei jedoch auch dogmatisch fehlerhaft. Es sei begrifflich nicht möglich, eine Konventionalstrafe zu vereinbaren, die sich auf die Vergangenheit beziehe, denn wesentliches Begriffsmerkmal der Konventionalstrafe sei die Akzessorietät zur Hauptleistungspflicht¹³. Soweit sich die Konventionalstrafe auch auf vorvertragliche Sachverhalte beziehen sollte, so handelte es sich um einen anfänglich unmöglichen Vertragsinhalt, was gemäss Art. 20 OR zu Nichtigkeit führe. Eine Umdeutung der vereinbarten Konventionalstrafe in ein Garantieverprechen gemäss Art. 111 OR sei nicht möglich, da es hierfür eines übereinstimmenden Parteiwillens bedürfte (Art. 18 OR).
- 5.2 Die Auslegung des Vertrags, wie sie die Appellatin vornimmt, führt dagegen zum Ergebnis, dass die Arbeitnehmerschutzbestimmungen auch vor Abschluss des Werkvertrags der Parteien eingehalten worden sein mussten. Es würde Sinn und Zweck und damit dem Parteiwillen der Appellatin widersprechen, wenn vor und nach der Erfüllung des Bundesauftrags die Arbeitnehmerschutzvorschriften verletzt werden

¹² GAUCH/SCHLUEP, a.a.O., N. 1231

¹³ BUCHER, a.a.O., S. 521

dürften. Dies würde den Grundsatz der gleich langen Spiesse unter den Bewerbern ebenso verletzen. Es gehe dabei nicht um eine Rückwirkung. Vielmehr sei mit der Konventionalstrafe abgesichert worden, dass die geltenden Gesamtarbeitsverträge eingehalten würden.

- 5.3 Das unter Ziffer 4 oben bezüglich GAV-Verletzungen auf anderen Baustellen Ausgeführte, gilt ebenso betreffend die GAV-Verletzungen vor Vertragsschluss, da es sich auch bei den Letzteren um Verstösse gegen Arbeitnehmerschutzbestimmungen handelt, die in keinem Zusammenhang mit dem zwischen den Parteien geschlossenen Werkvertrag stehen.

Nach dem Vertrauensprinzip kann ein Vertrag kaum so verstanden werden, dass durch die Vereinbarung einer Konventionalstrafe, Handlungen eines Vertragsbeteiligten bestraft werden sollen, welche in der Vergangenheit (d.h. vor Vertragsschluss) liegen und die überhaupt nichts mit den konkret vereinbarten Vertragsleistungen zu tun haben. Zu Recht hat die Appellantin in ihrer Klageschrift darauf hingewiesen, dass der Zweck von Konventionalstrafen darin besteht, Druck auf den Schuldner auszuüben, seine Verpflichtungen aus dem Vertrag ordnungsgemäss zu erfüllen¹⁴. Eine Konventionalstrafe, welche zurückliegendes (aber noch nicht bekanntes) Verhalten sanktionieren soll, verfehlt ihren Zweck, der letztlich darin besteht, zur Einhaltung von Regeln zu motivieren. Zu welchen Folgen dies führen könnte, hat die Appellantin in der Klage aufgezeigt: Eine sachgerechte, vernünftige Beschränkung von GAV-Verstössen in der Vergangenheit, welche – evt. mehrfach – zu Konventionalstrafen führen könnten, wäre nicht möglich. Für auswärtige und vor allem ausländische Anbieter würde dies zu unhaltbaren Zuständen führen. So könnten sich beispielsweise ausländische Anbieter, welche die lokal anwendbaren GAV-Bestimmungen in den Jahren vor dem in Frage stehenden Auftrag nicht erfüllt haben, aufgrund der dafür drohenden Konventionalstrafen gar nie um den Auftrag bewerben. Das gleiche gilt für inländische Anbieter, wenn am Leistungsort höhere Anforderungen zu erfüllen sind, als anderswo. Für einen Unternehmer, der regelmässig öffentliche Aufträge ausführt, bedeutete dies, dass er jederzeit damit rechnen müsste, auch nachträglich noch belangt zu werden. Überdies wäre unklar, wie weit zurück Verstösse gegen Arbeitsschutzbestimmungen noch geahndet werden könnten, was mit Blick auf die Rechtssicherheit problematisch erschiene¹⁵. Eine Auslegung des Vertrages nach dem Wortlaut und den Umständen sowie dem Vertrauensprinzip ergibt, dass mit der von den Parteien vereinbarten Konventionalstrafe nur Verstösse gegen GAV-Bestimmungen sanktioniert werden können, welche in Bezug auf Mitarbeitende, welche an der Erfüllung des vorliegenden Vertrages mitgewirkt haben, begangen wurden.

Dies bedeutet nicht, dass frühere Verstösse gegen Arbeitsbedingungen i.S. des BöB ohne Folgen bleiben sollen. Es trifft zu, dass die Grundsätze von Art. 8 BöB – als Vergabebedingungen – in Bezug auf alle Arbeitnehmer eines Anbieters gelten. Anbieter, die sich nicht darüber ausweisen können, dass sie die Arbeitsbedingungen einhalten, sollen bei öffentlichen Aufträgen gar nicht zum Zug kommen, wie Art. 8 Abs. 1 lit. b BöB unmissverständlich festhält. Die Auftraggeberin kann jederzeit von einem Anbieter einen Nachweis erfordern, dass die Arbeitsbedingungen eingehalten werden

¹⁴ SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, N 71.02

¹⁵ vgl. GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, a.a.O., N. 242

(Art. 8 Abs. 2 BöB). Deshalb werden offenbar von den Anbietern auch regelmässig entsprechende Bescheinigungen der Paritätischen Kommissionen verlangt. Zudem werden Verstösse gegen allgemein verbindliche GAV regelmässig durch die zuständigen Kontrollorgane, d.h. die Paritätischen Kommissionen, geahndet.

Die weitgehend zutreffenden Ausführungen der Appellatin zu Sinn und Zweck des BöB vermögen jedoch nichts daran zu ändern, dass im vorliegenden privatrechtlichen Vertragsverhältnis von den vertraglichen Leistungen bzw. den diesbezüglichen Konsequenzen bei Schlechterfüllung auszugehen ist. Für weitergehendes Fehlverhalten von Anbietern stehen andere – öffentlichrechtliche – Sanktionsmöglichkeiten zur Verfügung.

6. (...)

7. (...)

8. (...)

9. Schlussfolgerung

Insgesamt ergibt sich, dass in den neun im oberinstanzlichen Verfahren noch zu prüfenden Fällen keine Konventionalstrafe geschuldet ist, da die der Appellantin zur Last gelegten Verstösse gegen Arbeitsschutzbestimmungen nicht im Rahmen des zwischen den Parteien geschlossenen Werkvertrags begangen wurden. Die Appellatin ist demzufolge zu verurteilen, den noch offenen und unbestrittenen Werklohn von CHF 45'000.00 an die Appellantin zu bezahlen. Verzugszins ist ab 6. Dezember 2008 zu bezahlen. Soweit weitergehend ist die Klage abzuweisen.

(...)

Hinweis:

Der Entscheid ist in Rechtskraft erwachsen.