



Département de la santé, des affaires sociales et de la culture
Departement für Gesundheit, Soziales und Kultur

**CANTON DU VALAIS
KANTON WALLIS**

**Bericht
zum Gesetzesvorentwurf zur Änderung des kantonalen
Ausführungsgesetzes zum Entsendegesetz und zum
Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit (AGEntsGBGSA)**

April 2019

Sehr geehrte Damen und Herren

Der vorliegende Bericht begleitet den Gesetzesvorentwurf zur Änderung des kantonalen Ausführungsgesetzes zum Entsendegesetz und zum Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit (AGEntsGBGSA – SGS/VS 823.1).

Mit diesem Gesetzesvorentwurf sollen Bestimmungen eingeführt werden, um Schwarzarbeit, Wettbewerbsverzerrungen sowie Lohn- und Sozialdumping effizienter bekämpfen zu können. Ausserdem soll mit dieser Gesetzesänderung einer entsprechenden Forderung des Grossen Rates entsprochen werden.¹ Die Änderung fügt sich insbesondere in den Kontext einer immer schnelleren Entwicklung der neuen Informationstechnologien und damit einhergehend der Gesetzgebung im Bereich des Datenschutzes. Nur der Staat allein kann gewährleisten, dass auf dem Arbeitsmarkt Kontrollen Unabhängigkeit herrscht und dass der Arbeitsfrieden und der soziale Zusammenhalt aufrechterhalten bleiben. In diesem Zusammenhang hat er eine dreifache Aufgabe: die Handlungsmöglichkeiten an die neuen wirtschaftlichen Gegebenheiten anpassen, eine Vorbildfunktion einnehmen und dafür sorgen, dass alle in diese Aufgabe involvierten Einheiten die Grundfreiheiten und die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Verhältnismässigkeit respektieren.

Der vorliegende Gesetzesvorentwurf fügt sich als prioritäre Massnahmen in das Regierungsprogramm ebenso wie in die Agenda 2030 in Bezug auf die nachhaltige Entwicklung ein. Die Optimierung der Kontrolle des öffentlichen Beschaffungswesens und der Massnahmen zur Bekämpfung von Lohndumping und Schwarzarbeit sowie die Beibehaltung einer Vorbildfunktion des Staates in seiner Rolle als Auftraggeber zählen zu den prioritären Projekten, mit denen die Wettbewerbsfähigkeit der kantonalen Wirtschaft verbessert werden soll. Abgesehen von den Ressourcen, die für diese Aufgaben eingesetzt werden, und den selbstfinanzierten Stellen haben die vorgeschlagenen Bestimmungen keine direkten finanziellen Auswirkungen auf den Haushalt des Staates oder auf die Personalressourcen.

1. Ausgangslage

1.1 **Bekämpfung von unterlauterem Wettbewerb und Sozialdumping**

Wie bereits in der Botschaft des Bundesrates von 2002² präzisiert wurde, ist Schwarzarbeit eine strafbare Handlung, deren Bedeutung nicht zu unterschätzen ist. Sie bringt verschiedene Probleme mit sich, darunter erhebliche Einkommensverluste für die Steuerbehörden und die Sozialversicherungen. Sie führt zu Wettbewerbsverzerrungen und gefährdet den Schutz der Arbeitnehmer* (Arbeitsbedingungen, Lohn- und Sozialdumping).

Die Missachtung der Gesetze beeinträchtigt ausserdem die Glaubwürdigkeit des Staates in den Augen der Steuerpflichtigen und verstärkt das allgemeine Misstrauen gegenüber den Institutionen und dem gesetzlichen Rahmen der formellen Wirtschaft. Schwarzarbeit muss also sowohl aus wirtschaftlichen und juristischen, als auch aus sozialen und ethischen Gründen bekämpft werden. Das ist eine komplexe und langwierige Aufgabe. Dabei müssen die ergriffenen Massnahmen koordiniert werden und zahlreiche Organisationen und Behörden müssen eng zusammenarbeiten. Schwarzarbeit lässt sich nur durch einen echten politischen

** Im vorliegenden Bericht gilt jede Bezeichnung der Person, des Status oder der Funktion in gleicher Weise für Mann oder Frau.*

¹ [Dringliche Motion 2.0237 vom 14. Mai 2018](#)

² [Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit vom 16. Januar 2002 \(02.010\), veröffentlicht im BBI 2002, S. 3605 und 3609 \(2002-0223\)](#)

Willen auf allen Ebenen der Verwaltung und der Exekutive bekämpfen. Der Bund unterstützt die prioritär auf kantonaler Ebene ergriffenen Massnahmen. Im Juni 2018 hat er der hälftigen Finanzierung der Stelle eines zusätzlichen Beschäftigungsinspektors zugestimmt, über die das Walliser Parlament im Dezember 2017 abgestimmt hatte. In seinen neuen Leistungsverträgen hat er allerdings unterstrichen, dass Observationen (Bildaufnahmen und Befragung der Nachbarschaft) oder Vorermittlungen (bei den Sozialeinrichtungen und den verschiedenen Steuer- und Migrationsbehörden) im Bereich der Schwarzarbeit nicht finanziert werden würden, da ein solches Vorgehen im Bundesrecht formell nicht vorgesehen sei.

Um das Vertrauen des Bürgers in das Steuer- und das Sozialversicherungssystem zu festigen und damit deren Glaubwürdigkeit aufrechtzuerhalten, müssen unbedingt geeignete Massnahmen eingeführt werden, um Missbräuche verfolgen zu können.

Das Ausmass und die Folgen der Schwarzarbeit sind vor allem ab den Neunzigerjahren in den Fokus gerückt. 1999 hat der Walliser Grosse Rat Pionierarbeit geleistet und ein Dekret zur Bekämpfung der Schwarzarbeit erlassen, womit ein spezialisiertes Kontrollorgan geschaffen wurde. Im selben Jahr hat auch das Bundesparlament im Rahmen der Umsetzung von flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit legiferiert. Es hat die kantonalen Behörden und paritätischen Berufskommissionen mit den Gesetzesgrundlagen und Ressourcen ausgestattet, um den Arbeitsmarkt beobachten und darauf achten zu können, ob die in unser Land entsandten europäischen Arbeitnehmer die Arbeits- und Lohnbedingungen einhalten.

Im Juni 2005 wurden schliesslich Bundesbestimmungen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit verabschiedet, um einen gesunden und fairen Wettbewerb sicherzustellen und nicht angemeldete Arbeiten zu verhindern. Nach verschiedenen Phasen zur Optimierung dieser Gesetzgebung wurden die diesbezüglichen kantonalen Gesetzesbestimmungen einer Totalrevision unterzogen und sind am 1. Oktober 2016 in Kraft getreten. Leider hatte der Bundesrat am 1. Juni desselben Jahres die Pflicht für die Arbeitgeber, neue Arbeitnehmer innert eines Monats nach Stellenantritt bei der AHV-Ausgleichskasse anzumelden, aufgehoben. Damit ging eine wichtige Schutzmassnahme gegen Schwarzarbeit verloren.³ Aufgrund dieser Gesetzesänderung und der Entwicklung der Situation vor Ort sind heutzutage verstärkte Massnahmen nötig.

1.2 Tendenzen und aktuelle Feststellungen

Seit Monaten schon läuten Gewerkschaften und Arbeitgeber trotz optimistischer Wirtschaftsprognosen die Alarmglocken: Bei Arbeitnehmern und Unternehmen wird immer mehr Betrug festgestellt, hauptsächlich auf Baustellen, aber auch im Gastgewerbe, im Verkauf, in der Hauswirtschaft (Reinigung und Betreuung/Pflege zu Hause) oder auch bei Saisoniers (Gärtnerei und Ernte).

Rechtswidrige Schwarzarbeit wurde in der Schweiz bereits 2001 auf rund 37 Milliarden Franken pro Jahr geschätzt (d.h. 9,3 % des BIP)⁴. In einer jüngeren Studie⁵ von 2014 wird sogar von 45 Milliarden Franken ausgegangen. Auf das Walliser BIP hochgerechnet, bedeutet das

³ [Aufhebung von Artikel 136 AHVV](#) infolge der [Motion Niederberger](#), **obschon die online-Meldepflicht vor jeglichem Stellenantritt in Ländern wie Frankreich und Brasilien seit Jahren eine zentrale abschreckende Wirkung hat.**

⁴ [Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit vom 16. Januar 2002 \(02.010\), veröffentlicht im BBI 2002, S. 3605 und 3609 \(2002-0223\)](#)

⁵ [Der österreichische Ökonom Friedrich Schneider hat die Zahl der Schwarzarbeiter in der Schweiz 2014 auf 427'000 Vollzeitstellen geschätzt. Hinzu kommen 63'000 illegale ausländische Arbeitskräfte, in Die Grösse der Schattenwirtschaft: Methodik und Berechnungen für das Jahr 2016, Johannes Kepler Universität Linz u. Institut für Angewandte Wirtschaftsforschung, Tübingen, Prof. Dr. Friedrich Schneider u. Bernhard Boockmann, Februar 2016](#)

für unseren Kanton 1,2 Milliarden nicht deklarierten Umsatz und entsprechende direkte Auswirkungen auf die Beschäftigung. Die diesbezüglichen Verluste im Rahmen der Steuern und Sozialabgaben sind enorm. Folglich heisst es proaktiv und innovativ zu sein, um dieses Phänomen durch effiziente Präventionsmassnahmen zu bekämpfen.

Im Bau- und Bauhandwerkergewerbe ist der Einsatz von Arbeitskräften unter Arbeitsbedingungen und zu Löhnen, die weit von der aktuellen Mindestnorm abweichen, ein Übel, über das sich alle beklagen. Wenn beispielsweise Bauten von irgendwelchen «Pseudo-Fachleuten» erstellt werden, die oft weder die nötigen Strukturen noch das nötige Fachwissen mitbringen, ohne Garantie bei Mängeln, dann treten nicht selten plötzlich schwere Mängel auf, was wiederum ein schlechtes Licht auf die betroffene Berufsgattung wirft.

Diese Feststellung wird von verschiedenen Phänomenen begleitet: Lohndumping im Zusammenhang mit dem Preisdruck und den Fristen für die Ausführung der Arbeiten, vor allem im Baugewerbe⁶, Arbeitnehmer ohne Vertrag, die bar bezahlt werden oder fragwürdige Lohnabrechnungen erhalten, Scheinteilzeit, Scheinselbstständige, Scheinpraktikanten, Nichteinhaltung der Gesamtarbeitsverträge (nachstehend: GAV), Dumping im Zusammenhang mit dem branchenüblichen Lohn, wiederholte Konkurse usw.

So hat die kantonale Beschäftigungsinspektion (nachstehend: Beschäftigungsinspektion) im Jahr 2016 insgesamt 469 Anfragen um Kontrollen bezüglich Schwarzarbeit und 76 bezüglich ausländischer Unternehmen erhalten, was 10 % mehr sind als 2015. Mit dem verfügbaren Personal konnten 280 Ermittlungen eingeleitet werden.

2017 ist die Zahl der Meldungen von mutmasslichen Betrugsfällen bei der Beschäftigungsinspektion erneut in die Höhe geschneit (+30 %) und hat fast 700 erreicht, wobei 600 Schwarzarbeit und 100 europäische entsandte Arbeitnehmer betrafen. Die meisten dieser Meldungen stammen von den Sozialpartnern, aber auch und vor allem von zahlreichen Arbeitgebern, die nicht nachvollziehen können, dass die Behörde nicht immer sofort eingreifen und einen sofortigen Arbeitsunterbruch anordnen kann (was gemäss Bundesgesetzgebung ausschliesslich für europäische Scheinselbstständige möglich ist).

Tatsächlich lässt sich feststellen, dass die kaskadenartige Weitervergabe von Aufträgen und die Beschäftigung illegaler Arbeitnehmer quasi ausschliesslich einheimische Unternehmen betreffen. Die zentralen Bemühungen sollten also prioritär auf die Prävention dieses ebenso schädlichen wie endemischen Phänomens ausgerichtet werden, mit Fokus auf die Unternehmen, die geradezu systematisch Arbeiten zu Billigpreisen anbieten.

Ebenso bekommen die im Bauhandwerkergewerbe, insbesondere im Holz- und Malersektor, tätigen lokalen Unternehmen immer mehr die Auswirkungen der Angebote von ausländischen Konkurrenten zu spüren. Tatsächlich zeigt sich, dass 2018 im Wallis in allen Wirtschaftsbranchen zusammen insgesamt 3'676 europäische entsandte Arbeitnehmer (darunter 159 Frauen) angemeldet wurden, 1'550 davon allein in den Bereichen des Baugewerbes. Das entspricht insgesamt 52'127 Arbeitstagen (von schweizweit insgesamt 1'511'384), darunter 26'111 im Bauhaupt- und Baunebengewerbe. Allein in den Jahren 2017 und 2018 hat die Dienststelle für Arbeitnehmerschutz und Arbeitsverhältnisse (nachstehend: DAA) infolge der Kontrollen der paritätischen Kommissionen und der Koordinatorin des Verbands zur Verstärkung der Baustellenkontrollen (VVBK), die für die Kontrollen in diesem

⁶ Insbesondere eine schlechte Anwendung der Eignungskriterien im öffentlichen Beschaffungswesen und das alles überragende, um nicht zu sagen das ausschliessliche Kriterium «Preis» führen heutzutage dazu, dass quasi systematisch auf einen Wildwuchs an Unteraufträgen zurückgegriffen wird.

Sektor zuständig sind, nicht weniger als 122 beziehungsweise 147 ausländischen Unternehmen verboten, in der Schweiz ihre Dienste anzubieten⁷.

2017 und 2018 wurde im Wallis ausserdem 12 beziehungsweise 6 einheimischen Unternehmen der Zugang zum öffentlichen Beschaffungswesen verboten⁸, von den insgesamt 38 beziehungsweise 22 in der Schweiz, also fast ein Drittel beziehungsweise ein Viertel der Verbote.

2017/2018 haben sechs Beschäftigungsinspektoren, die für die Bekämpfung der Schwarzarbeit vor Ort zuständig sind, strafbare Handlungen aufgedeckt, die 209/114 Arbeitnehmer, die keiner Sozialversicherung angeschlossen waren, 30/21 Arbeitslose, 180/114 Vergehen im Bereich der Quellensteuer, 16/20 Vergehen im Bereich der Mehrwertsteuer sowie 84/143 Arbeitnehmer ohne Arbeitsgenehmigung, die der Fremdenkontrolle gemeldet wurden, betrafen. Gerade Arbeitnehmer ohne Arbeitsgenehmigung werden im Allgemeinen auf missbräuchliche Weise unterbezahlt und verfügen über keinerlei Sozialleistungen, wodurch die Unternehmen, die sie beschäftigen oder die sie als Subunternehmer anstellen, die Preise drücken können. 2018 hat die Beschäftigungsinspektion der Staatsanwaltschaft 141 Dossiers⁹ zukommen lassen, gegenüber 117 im Jahr 2017 und 86 im Jahr 2016.

Allerdings ist leider darauf hinzuweisen, dass die Massnahmen für einen verhinderten Zugang zum schweizerischen Arbeitsmarkt und zum öffentlichen Beschaffungswesen leicht umgangen werden können, da die betroffenen Unternehmen lediglich eine neue Einheit bilden oder ihre Firmenbezeichnung ändern müssen, um weiterhin ihre Dienste anbieten zu können.

Will man sich diesen Herausforderungen wirklich stellen, so muss die Botschaft klar und deutlich sein: Schwarzarbeit lohnt sich nie! Anders gesagt: Die Personen, die das System umgehen wollen, müssen sich bewusst werden, dass sie riskieren erheblich grössere Bussen zu verzeichnen als Gewinne einzustreichen.

1.3 Aktuelles Dispositiv und nötige Verbesserungen

Mit einem Personalbestand von sechs Inspektoren, die in der Bekämpfung der Schwarzarbeit tätig sind, zwei Vollzeitstellen (VZS), die sich der Kontrolle der Sozialhilfe widmen¹⁰ und zweieinhalb VZS, die für die Kontrolle der europäischen entsandten Arbeitnehmer und für die Arbeitsmarktbeobachtung zuständig sind, zu denen 2,8 VZS für die paritätischen Kontrolleure des VVBK (Kontrolle der Einhaltung der GAV im Baugewerbe vor Ort, namentlich bei entsandten Arbeitnehmern) hinzu kommen, ist es unmöglich, das gesamte Kantonsgebiet so zu überwachen, dass jeder Meldung von Schwarzarbeit nachgegangen, der Grossteil der ausländischen Unternehmen überprüft und jede Art von illegaler Arbeit kontrolliert werden kann.

Parallel zur Personalfrage und damit verhindert werden kann, dass Zuwiderhandelnde ihrer gerechten Strafe entkommen, liegt es im allgemeinen Interesse, dass die Vollzugsorgane über eine effiziente Organisation und effiziente Instrumente verfügen können, mit denen Missbräuche rechtzeitig aufgedeckt werden können. Die umgesetzten Massnahmen dürfen

⁷ Im Wesentlichen wegen der Weigerung, Auskunft über die Arbeitsbedingungen und den Lohn zu erteilen, sowie wegen der Missachtung der Mindestlöhne oder Verletzung der Sorgfaltspflicht.

⁸ Im Falle einer rechtskräftigen Verurteilung eines Arbeitgebers wegen erheblicher oder wiederholter Missachtung der in der Gesetzgebung über die Sozialversicherungen oder die Ausländer vorgesehenen Melde- und Bewilligungspflichten.

⁹ 23 % im Gastgewerbe, 22 % im Baunebengewerbe, 8 % im Bauhauptgewerbe, 14 % im Reinigungsgewerbe und in der Hauswirtschaft, 8 % im Detailhandel, 6 % in der Landwirtschaft/Gärtnerei sowie 3 % im Transportgewerbe.

¹⁰ Ihre Ermittlungen beziehen sich auf Situationen von Schwarzarbeit.

nicht unverhältnismässig erscheinen, da ansonsten ein allgemeines Misstrauensklima geschaffen wird, obschon sich eine grosse Mehrheit der erwerbstätigen Personen ehrlich verhält. Es muss also unbedingt ein klares und deutlich begrenztes Kontrolldispositiv eingeführt werden.

Dieses muss vor allem auf qualitativ hochstehenden Informationen, gründlichen Ermittlungen und einem Arsenal glaubwürdiger Massnahmen beruhen, damit wirklich abschreckende Ergebnisse erzielt werden können und nicht bloss «Alibi-Kontrollen» durchgeführt werden. Daher scheint es vor diesem Hintergrund wichtig:

1. sich auf die Meldungen von Situationen, die **a priori unregelmässig zu sein scheinen**, aus der Zivilbevölkerung stützen zu können, dank welchen die zuständigen Behörden die Informationen überprüfen und gegebenenfalls gezielt eingreifen können und in diesem Sinne über abschreckende Mittel verfügen;
2. den Beschäftigungsinspektoren ermöglichen zu können, **Observationen und Vorermittlungen durchzuführen**, durch die eine nicht angemeldete Tätigkeit aufgedeckt werden kann¹¹;
3. in den deutlichsten Fällen Unternehmen, die sich einer Kontrolle widersetzen oder offensichtliche Widerhandlungen begehen, einen **Arbeitsunterbruch** auferlegen zu können.

Eine Prüfung der aktuellen Gesetzesbestimmungen hat gezeigt, dass die Bestimmungen, auf denen die Tätigkeit der Beschäftigungsinspektoren und der paritätischen Kontrolleure beruht, teilweise ungenügend sind und daher ausgebaut werden müssen.

Der Informationsaustausch sowie die Nutzung von Daten oder Hinweisen, die über die Pikett-Hotline (die beim Staat schon seit rund einem Jahrzehnt in Betrieb ist) beziehungsweise über eine Mobile App zur Lokalisierung von potenziellen Baustellen, auf denen rechtswidrig gearbeitet wird, eingehen, müssen Teil der verfügbaren Instrumente sein. In diesem Sinne wurde die dringliche Motion 2.0237 vom 14. Mai 2018 angenommen.¹²

Die Behandlung der so erlangten besonders schützenswerten Daten muss nicht nur effizient und koordiniert ablaufen, sondern auch verhältnismässig sein und die Privatsphäre und die Bestimmungen zum Datenschutz und zur Transparenz einhalten. Ebenso muss die Identität der Personen¹³, welche die Kontrollorgane informieren, geschützt bleiben.

Konkret geht es also darum, im AGENTSGBGSA spezifische Bestimmungen einzuführen, mit denen die Befugnisse jedes einzelnen Akteurs in diesem Dispositiv, die Verfahren, die Beweiserhebung sowie die Pflichten der Personen oder Unternehmen, bei denen Schwarzarbeit oder unlauterer Wettbewerb vermutet wird, präzisiert werden. Unter Beachtung des Grundsatzes des **Vorrangs des Bundesrechts** (derogative Wirkung, Art. 49 BV¹⁴) und des Freizügigkeitsabkommens¹⁵ ergänzt dieses Dispositiv folglich dasjenige des BGSA.

Tatsächlich sind die Kantone nicht dazu befugt, in einem Bereich zu legiferieren, in dem der Bund vorgesehen hat, selbst umfassend und abschliessend zu reglementieren¹⁶. Sie dürfen auch keine Bestimmungen verabschieden, die eine korrekte Anwendung des Bundesrechts

¹¹ Die meisten kontrollierten Personen, bei denen eine strafbare Handlung festgestellt wird, geben nämlich vor, ihre Arbeit eben erst an diesem Tag aufgenommen zu haben.

¹² [Motion](#) «1,2 Milliarden Franken für Schwarzarbeit: Nutzung der neuen Mittel für eine bessere Bekämpfung»

¹³ Insofern sie keine schlechten Absichten verfolgen

¹⁴ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 ([SR 101](#))

¹⁵ Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, in Kraft getreten am 1. Juni 2002 ([SR 0.142.112.681](#))

¹⁶ Existenz eines qualifizierten Schweigens des Gesetzes: Auer, Malinverni, Hottelier, Droit constitutionnel suisse, Genève, 2013, Nr. 1105-1108

beeinträchtigen könnten. Allerdings können kantonale Bestimmungen eingeführt werden, auch wenn der Bund seine Kompetenzen bereits vollkommen ausgeschöpft hat, wenn aufgezeigt werden kann, dass diese ein anderes Ziel verfolgen¹⁷ oder die Effizienz der Bundesreglementierung verstärken würden.¹⁸ In diesem Fall weisen die Botschaften des Bundesrates zum Entsendegesetz (EntsG)¹⁹ und zum BGSA²⁰ in keiner Weise darauf hin, dass der Gesetzgeber die Absicht hätte, eine Erweiterung der in diesen Gesetzen vorgesehenen Kompetenzen der Vollzugsorgane zu verhindern. Folglich spricht nichts klar dagegen, zusätzliche geeignete Massnahmen zur Identifizierung und Sanktionierung von deutlich rechtswidrigen Verhaltensweisen und Situationen einzuführen.²¹

Eines der zentralen Elemente dieser Revision ist die Einführung einer formellen Rechtsgrundlage, in der detailliert aufgeführt wird, unter welchen Umständen und zu welchen Bedingungen die Observation einer Person, bei der eine nicht angemeldete Tätigkeit vermutet wird, ohne ihr Wissen legitim ist. Erfahrungsgemäss führen gezielte Kontrollen, denen diskrete Besuche am Arbeitsplatz vorangehen, nämlich in 65 % der Fälle zur Aufdeckung strafbarer Handlungen – bei spontanen Kontrollen sind es hingegen nur 15 %. Da solche Observationen, die ohne das Wissen der betroffenen Personen durchgeführt werden, potenziell als eine schwere Verletzung der Privatsphäre und eine missbräuchliche Verwendung der diesbezüglichen Daten gesehen werden könnten und folglich die entsprechenden Rechte verletzen könnten (Art. 8 EMRK²² und Art. 13 BV), ist aufgrund des besonders schützenswerten Charakters der auf diese Weise zusammengetragenen Daten mit Bedacht zu legiferieren und ein klarer Rahmen vorzugeben.

Eine **schwerwiegende Einschränkung eines Grundrechts wie der Privatsphäre²³**, wenn es um eine Observation geht, **oder der Handels- und Gewerbefreiheit** (Art. 27 BV und Art. 10 KV²⁴), wenn es um einen Entscheid über einen sofortigen Arbeitsunterbruch geht, **ist nämlich nur unter der folgenden vierfachen Voraussetzung zulässig** (Art. 36 BV²⁵):

¹⁷ Die Rechtsprechung ist im Allgemeinen zurückhaltend, wenn es darum geht, ein potenziell diesem Grundsatz zuwiderlaufendes kantonales Gesetz für ungültig zu erklären.

¹⁸ BGE 133 I 110, Erwäg. 4.1, S. 16, bestätigt durch BGE ATF 137 I 167 (2C_230/2010 vom 12. April 2011), Erwäg. 3.4, S. 174, worin die Beschlüsse 2C_659/2009 vom 24. Juli 2010 Erwäg. 6.3 und 2C312/2009 vom 5. Oktober 2009, Erwäg. 4.1 angeführt werden

¹⁹ Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne vom 8. Oktober 1999 (SR 823.20)

²⁰ Bundesgesetz über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit vom 17. Juni 2005 (SR 822.41)

²¹ vgl. namentlich [BBJ 2012 3397](#) in Bezug auf den Arbeitsunterbruch bei Scheinselbstständigkeit. Das Rechtsgutachten von Prof. Andreas Auer vom 19. Oktober 2018 (Erwäg. 39-41 und op. cit.) bestätigt diese Analyse.

²² Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, abgeschlossen in Rom am 4. November 1950, in Kraft getreten für die Schweiz am 28. November 1974 – [SR 0.101](#)

²³ Dieses Recht stellt die Erweiterung des Rechts auf persönliche Freiheit gemäss Art. 10 Abs. 2 BV dar, das heisst das Recht auf körperliche und geistige Unversehrtheit, auf Bewegungsfreiheit und auf andere Freiheiten, deren Ausübung für die Persönlichkeitsentfaltung unverzichtbar ist, die namentlich die sozialen und intimen Beziehungen (d.h. die Fakten und Handlungen, die jeder für sich behalten oder nur mit einem mehr oder weniger engen Kreis von Personen, ob diese nun eine Verbindung zum Berufsleben haben oder nicht, teilen will), den Schriftverkehr oder den Ruf schützen, also Daten, die Gegenstand einer willkürlichen Einflussnahme sein könnten oder in den Rahmen eines Straf- oder Verwaltungsstrafverfahrens fallen könnten (BGE 137 I 167, Erwäg. 3.2, S. 172 und op. cit., darunter BGE 135 I 198, Erwäg. 3.1, S. 207 und 268, BGE 2C_103/2008 vom 30. Juni 2008, Erwäg. 6.2; Dubey, Jacques, *Droits fondamentaux*, vol. II, *Libertés garanties de l'Etat de droit, droits sociaux et politiques*, Basel, 2018, SS. 47, 76, 81 und 189).

²⁴ Verfassung des Kantons Wallis vom 8. März 1907 ([SGS/VS 131.232](#))

²⁵ Siehe auch BGE 137 I 167 (2C_230/2010 vom 12. April 2011), Erwäg. 3.6, S. 175 und op. cit.

1. **sie basiert auf einer Rechtsgrundlage, Stufe Gesetz** (Abs. 1): Mit der Einreichung des vorliegenden Gesetzesentwurfs soll gewährleistet werden, dass die darin vorgesehenen Verpflichtungen und Einschränkungen in übergeordneten Rechtserlassen geregelt werden, die dem fakultativen Referendum unterstehen. Ihr Inhalt muss ausreichend präzise sein, um den Anforderungen bezüglich minimale Regelungsdichte zu entsprechen;
2. **sie ist durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt** (Abs. 2), das heisst in diesem Fall durch die Notwendigkeit, Schwarzarbeit, Lohn- und Sozialdumping sowie unlauteren Wettbewerb gegenüber rechtskonform handelnden Unternehmen zu bekämpfen. Ebenso werden die rigorose Anwendung eines allgemein verbindlichen GAV und dessen Einhaltung, die Aufrechterhaltung der Arbeitsbedingungen und die Sicherstellung des Arbeitsfriedens als von überwiegendem öffentlichem Interesse anerkannt²⁶;
3. **sie berücksichtigt die Verhältnismässigkeit des angestrebten Ziels** (Abs. 3): Die vorgegebenen Verpflichtungen und Massnahmen müssen dazu geeignet sein, das anvisierte Abschreckungsziel zu erreichen (Äquivalenzprinzip), das durch weniger beeinträchtigende oder weniger zwingende Massnahmen nicht erreicht werden könnte (Grundsatz der Notwendigkeit). Ausserdem müssen die erwarteten Auswirkungen auf die Situation der anvisierten Person und das erhoffte Resultat unter dem Blickwinkel des berücksichtigten öffentlichen Interesses (Interessenabwägung) in einem vernünftigen Verhältnis stehen;
4. **sie tastet den Kerngehalt der Grundrechte nicht an** (Abs. 4): Es wird namentlich darauf geachtet, dass die Dauer der Massnahme auf das absolute Minimum beschränkt wird.

In seinem Urteil vom 16. Oktober 2016 in der Sache Vukota-Bojic²⁷ hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte die Grundsätze festgelegt, die vor der Einführung einer dermassen die Persönlichkeit beeinträchtigenden Massnahme wie der Observation eines Versicherten ohne dessen Wissen gegeben sein müssen. Die Schweiz wird darin aufgefordert, den Schutz des Versicherten zu gewährleisten, indem die Umstände, die eine solche Massnahme rechtfertigen, deren maximale Dauer, das Bewilligungsverfahren, die Kommunikation, die Aufbewahrung der Daten sowie der Zugriff durch Dritte detailliert definiert werden.²⁸ Auch wenn diese Massnahme ein unbestreitbar effizientes Instrument zur Bekämpfung von Missbräuchen darstellt, sollte sie doch erst als *Ultima Ratio* zur Anwendung kommen. Um eine konstante und systematische Anwendung zu verhindern, muss ein ausreichend restriktiver Rahmen, in dem die einzuhaltenden Modalitäten präzisiert werden, gesteckt werden, der auf den detaillierten formal-gesetzlichen Grundlagen beruht, die Ihnen mit dem vorliegenden Gesetzesentwurf unterbreitet werden.

Diese Bestimmungen müssen eine einheitliche Praxis gewährleisten, welche die Grundsätze der **Gleichbehandlung** und der **Verhältnismässigkeit** sowie den **Anspruch auf rechtliches Gehör**²⁹ berücksichtigt.

²⁶ BVGer, Beschluss A/5111/2013 vom 6. August 2014, Erwäg. 7.4.2-7.4.4

²⁷ [EMRK, Fall Vukota-Bojic gg. Schweiz, Urteil Nr. 61838/10](#), bestätigt in einem folgenden unpublizierten Entscheid des Bundesgerichts 9C.806/2016 vom 14. Juli 2017

²⁸ Idem supra EMRK Vukota-Bojic, Kap. 66-68

²⁹ Letzteres gewährleistet das Recht, seinen Standpunkt zu rechtserheblichen Sachverhalten geltend zu machen, bevor eine Verfügung erlassen wird, was das Recht auf Akteneinsicht, das Beweisantragsrecht und das Recht auf Beweiserhebung umfasst (Art. 29 Abs. 2 BV). Ebenso muss der Interessierte auf die Folgen einer Verletzung seiner Mitwirkungspflicht hingewiesen werden (Art. 12 Abs. 1 Bst. a EntsG und 18 BGSA). Dieser Grundsatz enthält allerdings nicht automatisch das Recht auf mündliche Anhörung oder das Recht auf Einvernahme von Zeugen (BGE 130 II 425, Erwäg. 2.1).

Die Bestimmungen des vorliegenden Entwurfs sind namentlich von den entsprechenden Bestimmungen aus dem kantonalen Dekret über die Kontrolle von unrechtmässigem Bezug von Sozialhilfeleistungen (SGS/VS 850.1)³⁰, aber auch aus dem neuen Artikel 43a des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (nachstehend: **ATSG**)³¹, der in der Volksabstimmung vom 25. November 2018 angenommen wurde und mit dem die Überwachung mutmasslicher Missbräuche im Sozialversicherungsbereich legitimiert werden soll, inspiriert.³² Mit dem vorliegenden Entwurf wird eine restriktivere Version vorgeschlagen, bei der auf Tonaufzeichnungen und den Einsatz technischer Instrumente zur Standortbestimmung einer Person³³ jedoch verzichtet wird, die Überwachungsdauer beschränkt wird und die meisten der Kritiken aus dem Vernehmlassungsverfahren zur Revision des ATSG berücksichtigt werden.³⁴

An dieser Stelle sei erwähnt, dass die im vorliegenden Entwurf vorgeschlagenen Bestimmungen ausschliesslich Situationen am Arbeitsplatz abdecken, auch wenn sich eine Minderheit davon an einer Privatadresse ereignen kann³⁵. Dabei geht es nicht darum, eine Person in ihrem Privatleben (Familien- oder Intimsphäre) auszuspionieren.

Dass diese Observations unangemeldet stattfinden sollen, lässt sich durch die Notwendigkeit rechtfertigen, den durchgeführten Kontrollen eine gewisse Effizienz zu verleihen. Der Zweck dieser punktuellen Überwachung, die in der Praxis auf einige Stunden oder Tage beschränkt ist, bleibt im Übrigen äusserst konkret und klar begrenzt. Keine Observation kann ohne Grund oder auf die Eigeninitiative eines Inspektors hin durchgeführt werden, wobei der Inspektor systematisch infolge eines präzisen und spezifischen Auftrags seiner Vorgesetzten handelt (jede Situation wird regelmässig neu beurteilt). Eine Kontrolle muss objektiv begründet sein oder es müssen besondere Umstände oder der spezifische Verdacht auf eine strafbare Handlung vorliegen. Sie kann nicht unter dem Deckmantel eines einfachen Vorwands oder ohne ausreichende Begründung erfolgen.

Schliesslich, und im Gegensatz zum neuen Artikel 43a ATSG, in dem vorgesehen ist, die Untersuchungsbefugnisse externen Spezialisten (Privatdetektiven) anzuvertrauen, ist im vorliegenden Entwurf vorgesehen, diese Befugnisse staatlichen und vereidigten Beschäftigungsinspektoren zu übertragen, die – während sie nicht befugt sind, die Bestimmungen der Schweizerischen Strafprozessordnung (nachstehend: **StPO**)³⁶ umzusetzen – öffentliche Amtsträger sind, die den mit diesem Status einhergehenden dienstlichen Pflichten sowie den Bestimmungen des Gesetzes über das Verwaltungsverfahren und die Verwaltungsrechtspflege (nachstehend: **VVRG**)³⁷ unterstellt sind. Die aktuell angestellten Beschäftigungsinspektoren verfügen alle über einen Fachausweis als Polizist (was spezialisierte Schulungen in den Bereichen Vernehmung und Verhör sowie Observations- und Ermittlungstechniken beinhaltet), mehrjährige Erfahrung in einem Polizeikorps und Fachausbildungen in den Bereichen Sozialversicherungen und kollektives und öffentliches Arbeitsrecht.

³⁰ [Dekret vom 16. Februar 2017](#)

³¹ [Revision des ATSG \(neuer Art. 43a](#), der am [25. November 2018](#) in der Volksabstimmung angenommen wurde), [Parlamentarische Initiative 16.479](#)

³² Damit sollen der Kreis der potenziellen Zielpersonen, aber auch die Umstände, die Orte, die Dauer und die Folgen einer solchen Überwachung präzisiert werden.

³³ Im Artikel 43b ATSG vorgesehenes GPS-Tracking infolge einer vorgängigen richterlichen Bewilligung.

³⁴ [Antworten auf die Vernehmlassung über die Revision des ATSG](#)

³⁵ Namentlich im Bereich der Hauswirtschaft oder Informatik.

³⁶ vom 5. Oktober 2007 – [SR 312.0](#)

³⁷ vom 6. Oktober 1976 – [SGS/VS 172.6](#), insbesondere Art. 17 bis 28a

Ausserdem ist die Tätigkeit der Beschäftigungsinspektoren über den präzisen Handlungssperimeter des Bundesrechts³⁸ hinaus der Einhaltung der Bestimmungen des kantonalen Gesetzes über die Information der Öffentlichkeit, den Datenschutz und die Archivierung (nachstehend: **GIDA**)³⁹ unterstellt.

1.4 Schlussbemerkung

Die Bekämpfung illegaler Arbeit in all ihren Formen muss sich in einen präzisen Gesetzesrahmen einfügen, in dem die Grundrechte respektiert werden. Die Palette an Massnahmen, die den Vollzugsorganen zur Verfügung stehen, muss mit dem angestrebten Ziel im Einklang stehen, was die folgenden Bestimmungen in allen Einzelheiten respektieren und definieren. Der vorliegende Gesetzesentwurf wurde Prof. Andreas Auer zur Begutachtung unterbreitet, damit gewährleistet werden kann, dass er in keiner Weise die Grenzen des Zulässigen in Sachen Rechte und Verfassungsgrundsätze, die in der Rechtsprechung und Rechtslehre entwickelt wurden, überschreitet. Sein Rechtsgutachten vom 19. Oktober 2018 hat ermöglicht, nützliche Präzisierungen anzubringen und damit zu gewährleisten, dass der Wortlaut der vorgeschlagenen Bestimmungen in keiner Weise verfassungswidrig ist. Dieses Rechtsgutachten findet sich im Anhang zum vorliegenden Bericht und ist integraler Bestandteil davon. Das Rechtsgutachten wurde bei der Ausarbeitung des vorliegenden Gesetzesvorentwurfs vollumfänglich berücksichtigt.

2. Artikelweiser Kommentar

Art. 4 (geändert) Kantonales Kontroll- und Sanktionsorgan

Absatz 3 Buchstabe a: Mit dieser Anfügung wird präzisiert, dass die Beschäftigungsinspektion nicht nur dazu befugt ist, spontane Kontrollen durchzuführen, sondern auch Informationen der Gemeindepolizeien und der Kantonspolizei, der verschiedenen im BGSA genannten Stellen und Partnerinstitutionen sowie von jeder Person, die nicht *a priori* schlechte Absichten verfolgt, nachzugehen. Das Kontrollorgan ist infolge der Informationen, die jede Person liefern kann und die keinerlei formellen oder fristbezogenen Anforderungen unterstehen, in keiner Weise dazu verpflichtet, diese für erheblich zu erklären und noch weniger die meldende Person oder Stelle darüber zu informieren, was in Bezug auf den gemeldeten Fall unternommen wurde.⁴⁰

Absatz 5: Damit ist die Dienststelle dazu befugt, die Meldungen, die sie über die Dienststelle für Industrie, Handel und Arbeit vom Zentralen Migrationsinformationssystem (ZEMIS) erhält, den zuständigen paritätischen Berufskommissionen zu übermitteln (Art. 6 Abs. 4 EntsG), sofern und solange die GAV, die sie überwachen, im Sinne des AVEG allgemein verbindlich sind⁴¹. Da diese Bestimmungen ihre Wirkung nur posthum entfalten, obliegt es im Falle einer

³⁸ Art. 7a EntsG bzw. Art. 7, 9 und 17 BGSA und Art. 4 und 9 der eidgenössischen Verordnung über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit vom 6. September 2006 (SR 822.1411 – nachstehend: VOSA) in Bezug auf ihre Befugnisse, sowie Art. 8 EntsG bzw. Art. 11-12 BGSA und Art. 2 Abs. 3 VOSA für die Koordination mit den betroffenen Behörden und Organen)

³⁹ vom 9. Oktober 2008 – [SGS/VS 170.2](#), insbesondere im Zusammenhang mit der Einhaltung der Grundsätze von Gesetzmässigkeit, Rechtmässigkeit, Schutz von Treu und Glauben, Verhältnismässigkeit, Zweckbindung, Wiedererkennung, Genauigkeit, Zugangsberechtigung, Transparenz und Sicherheit, wie in dessen Artikeln 17 bis 21 vorgesehen ist (vgl. v.a. Art. 3 Abs. 7 Bst. d, 12 Abs. 2 und 3, 15 Abs. 2 Bst. c und d und Abs. 3 Bst. c, 16 und 17, 19 Abs. 3 und 4 und 19a Bst. d)

⁴⁰ Prof. Andreas Auer, Rechtsgutachten vom 19. Oktober 2018, Erwäg. 51

⁴¹ Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen vom 28. September 1956 ([SR 221.215.311](#))

Vertragslücke der Beschäftigungsinspektion dafür zu sorgen, dass die nötigen Kontrollen durchgeführt werden (Art. 7 Abs. 1 EntSG).

Absatz 6: In Ergänzung zum aktuellen Absatz 4 unterstreicht dieser Absatz wie wichtig es ist, qualifizierte Inspektoren einzusetzen, die über besondere Kompetenzen im Bereich Ermittlungen sowie im juristischen und sozialen Bereich verfügen. Das Ermittlungspersonal muss ausreichende Befähigungen mitbringen, um den Rahmen seiner Intervention genauestens abstecken und die am besten geeigneten Ermittlungsmethoden anwenden zu können.

Art. 6 (geändert) Paritätische Organe

Absatz 1: Mit dieser Bestimmung wird explizit der Tätigkeitsbereich der paritätischen Berufskommissionen abgesteckt, das heisst die Kontrolle der in den GAV vorgesehenen Verpflichtungen, auf deren korrekte Anwendung die Kommissionen achten. Die erweiterten Bestimmungen dieser Verträge müssen von allen Unternehmen, auch von denen, die sie nicht aus freien Stücken unterzeichnet haben, eingehalten werden. Dazu gehören auch die europäischen Unternehmen, die Arbeitnehmer in unser Land entsenden.

Absatz 2: Besondere Beachtung sei an dieser Stelle den Regeln gemäss Bundesgesetz über den Datenschutz (nachstehend: DSG)⁴² geschenkt, die in diesem Fall zur Anwendung kommen. Mit diesem Absatz wird der Bereich abgesteckt, in dem die paritätischen Kontrolleure dazu befugt sind:

1. **Informationen, die direkt in ihren Tätigkeitsbereich fallen, zu speichern.**⁴³ Diese Daten können auf Papier oder elektronisch übermittelt werden.
2. **die Arbeitssituationen, die sie vor Ort vorfinden, zu dokumentieren.** Die paritätischen Berufskommissionen müssen über alle Informationen verfügen können, mit denen sie völlig objektiv die fraglichen Tätigkeiten analysieren können. In der Praxis kommt es oftmals vor, dass diese Tätigkeiten *a priori* von verschiedenen Berufen ausgeübt werden (d.h. mehreren GAV unterstehen) und folglich in den Zuständigkeitsbereich verschiedener paritätischer Berufskommissionen fallen. Aus diesem Grund muss eine fotografische Dokumentierung geduldet werden, da sie der einfachste Weg ist, um die Art der ausschlaggebenden Tätigkeit unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit zu definieren. Ausserdem wird auf dem Kontrollprotokoll, das dem Arbeitnehmer vor Ort gezeigt wird und von diesem zu unterzeichnen ist, ausdrücklich erwähnt, dass sich der Arbeitnehmer mit einer Bildaufnahme seines Ausweises einverstanden erklärt.

Alle so zusammengetragenen Beweismittel sind nur zulässig, wenn sie rechtmässig erlangt wurden (Art. 4 Abs. 1 DSG), unter Berücksichtigung der legalen räumlichen und technischen Grenzen. Das Fotografieren durch eine Scheibe hindurch oder von einem privaten Ort aus, ebenso wie der Einsatz von Drohnen ist sowohl meldenden Privatpersonen als auch den Kontrollorganen, ob diese nun staatlich oder paritätisch sind, verboten.

Absatz 3: Mit dieser Bestimmung wird definiert, wie und für welche maximale Dauer diese nötigen Daten gespeichert werden. Die Daten müssen richtig sein und vor unbefugter Verwendung geschützt sein (Art. 4, Art. 5 Abs. 1, Art. 7 Abs. 1 DSG).⁴⁴ Handelt es sich um

⁴² vom 19. Juni 1992 – [SR 235.1](#)

⁴³ Der Erlass einer formellen Rechtsgrundlage ist nicht wegen der Beschaffung, sondern wegen der Speicherung der erhaltenen Informationen erforderlich (Prof. Andreas Auer, Rechtsgutachten vom 19. Oktober 2018, Erwäg. 55-63 und op.cit.)

⁴⁴ Prof. Andreas Auer, Rechtsgutachten vom 19. Oktober 2018, Erwäg. 63

besonders schützenswerte Personendaten (z.B. AHV-Nummer oder die Art potenzieller Verletzungen eines Gesetzes oder GAV), ist die ausdrückliche Einwilligung der betroffenen Person erforderlich (Art. 4 Abs. 5 DSG). Der einheitlichen Praxis halber entspricht die festgelegte Dauer jener aus dem Bundesrecht über Schwarzarbeit (Art. 9 Abs. 3 VOSA), auch wenn die paritätischen Kommissionen nicht dieser Gesetzgebung unterstellt sind. Diese Dauer entspricht dem SVK-Verfahrensreglement.⁴⁵ Die allgemeine Schweigepflicht wird präzisiert, da sie nicht im EntsG steht (im Gegensatz zu Art. 5 BGSA).

Absatz 4:

- a) Jede von den paritätischen Kontrolleuren beschaffte Information, die einen Verdacht auf Schwarzarbeit⁴⁶, ausserordentlich lange oder nicht bewilligte Arbeitszeiten oder eine nicht konforme Unterbringung der Arbeitnehmer enthält, wird der Dienststelle übermittelt (abgesehen von den Fragen in Bezug auf Schwarzarbeit, die ausschliesslich der Beschäftigungsinspektion obliegen, fallen die anderen mutmasslichen Vergehen in den Zuständigkeitsbereich der Kantonalen Arbeitsinspektion). Ebenso wird die SUVA informiert, wenn es sich um einen potenziellen Verstoss gegen die Sicherheitsvorschriften handelt. Diese Vollzugsorgane befinden daraufhin, wie sie diese Informationen weiterverfolgen wollen, namentlich im Sinne und unter Einhaltung der Artikel 13 bis 13d AGEntsGBGSA (*infra*).
- b) Da die Dienststelle das Sanktionsorgan im Sinne des EntsG und des BGSA ist, wie auch explizit im aktuellen Artikel 4 Absatz 1 AGEntsGBGSA sowie in Artikel 7 Absatz 4 der entsprechenden Verordnung⁴⁷ festgehalten wird, müssen die Kontrollorgane ihr unbedingt jegliche Information, mit welcher der Entscheid der Dienststelle gestützt werden kann, zur Kenntnis bringen. Sie kann darin Folgendes aussprechen:
 - a) eine Busse für:
 - Verletzung der Mitwirkungspflicht (Verletzung der Auskunftspflicht oder Widersetzung gegen eine Kontrolle, Art. 12 EntsG und Art. 18 BGSA) oder
 - Verletzung der in einem Normalarbeitsvertrag vorgesehenen Mindestlöhne oder der minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen in systematischer Weise und gewinnsüchtiger Absicht;
 - b) das Verbot, in der Schweiz Dienste anzubieten (Art. 9 Abs. 2 Bst. b Ziff. 2 EntsG);
 - c) der Ausschluss von künftigen Aufträgen des öffentlichen Beschaffungswesens oder Kürzung von Finanzhilfen (Art. 13 BGSA);
 - d) die Anordnung eines Arbeitsunterbruchs für Scheinselbstständige (Art. 1b Abs. 2 EntsG).

Absatz 5: Diese Bestimmung bleibt unverändert. Sie ermöglicht der Regierung beziehungsweise dem Departement, dem die Beschäftigungsinspektion angegliedert ist, die Synergien, die mit den für die Kontrolle der Einhaltung der GAV zuständigen Organen zu bilden sind, detailliert zu definieren.

⁴⁵ Art. 3 und 13 Abs. 3 des Verfahrensreglements der Schweizerischen Paritätischen Vollzugskommission SVK Bauhauptgewerbe (SVK-Verfahrensreglement) vom 1. Dezember 2010

⁴⁶ Das ist namentlich der Fall bei einem Verstoss gegen das Ausländer- und Integrationsgesetz, wenn ein Arbeitgeber nicht identifiziert werden kann oder ein Arbeitnehmer keiner Sozialversicherung, die von den kantonalen Berufsorganisationen verwaltet wird, angeschlossen ist.

⁴⁷ VAGEntsGBGSA vom 14. September 2016 – [RS VS 823.100](#)

Art. 6a (neu) Datenschutz

Absatz 1: Wie in der Botschaft des Bundesrates zur Änderung des BGSA von 2015 erwähnt wird, bilden Verdachtsmeldungen, auch seitens anderer Behörden, für die Kontrollorgane eine wichtige Grundlage für die Durchführung von Kontrollen.⁴⁸ In dieser Bestimmung, mit der ermöglicht werden soll, die Qualität der beschafften Informationen zu gewährleisten, wird der Inhalt von Artikel 15 Buchstabe c des Internationalen Übereinkommens Nr. 81 über die Arbeitsaufsicht in Gewerbe und Handel vom 11. Juli 1947 übernommen.⁴⁹ Das Interesse der meldenden Person oder Stelle und das öffentliche Interesse, teils entscheidende Informationen zur Aufdeckung von strafbaren Handlungen zu erhalten, müssen mit dem des Interessierten, der um Zugang zu den fraglichen Daten ersucht, namentlich um potenzielle Fehler zu korrigieren, abgewogen werden. Das Interesse, die Identität der meldenden Person oder Stelle zu kennen, namentlich um einen Schadenersatz einzufordern, scheint zumindest dem öffentlichen Interesse weichen zu müssen, die Motivation der Informanten aufrechtzuerhalten und damit über Informationen verfügen zu können, mit denen Missbräuchen unter Berücksichtigung der Grundsätze der Zweckbindung und der Verhältnismässigkeit ein Riegel vorgeschoben werden kann.⁵⁰ Diese Bestimmung stellt also eine Ausnahme im Sinne der Artikel 15 Absatz 2 Buchstabe c und Absatz 3 Buchstabe c, 19 Absatz 3 und 19a Absatz 1 Buchstabe d GIDA dar. Es sei angemerkt, dass der Schutz der meldenden Person nur gewährleistet werden kann, wenn diese mit ihrer Meldung keine offensichtlich schlechten Absichten verfolgt hat. Die Beschäftigungsinspektion führt systematisch eine summarische Voruntersuchung der Plausibilität der Fakten, die ihr zur Kenntnis gebracht wurden, durch, bevor eine Ermittlung eingeleitet wird.

Absatz 2: Angesichts der klar umrissenen Daten, welche die Beschäftigungsinspektion gemäss EntsG (Art. 7 Abs. 2 bezieht sich allein auf die Arbeits- und Lohnbedingungen) beziehungsweise BGSA (Art. 4 VOSA⁵¹) beschaffen und speichern kann, lässt sich der Zweck der Datenbearbeitung klar umgrenzen und damit die Gefahr einer missbräuchlichen Verwendung minimieren.

Absatz 3: Das Bundesrecht gibt bereits zufriedenstellende Grenzen in Sachen Datenschutz vor: Einzig die Kontrollorgane sind dazu befugt, klar umgrenzte Informationen zu prüfen und in eine Datenbank einzufügen, zu ändern und zu löschen (Aufbewahrungsdauer von 5 Jahren, unter Vorbehalt einer Sanktion, die länger andauert). Die Artikel 4 und 9 VOSA und der entsprechende Kommentar⁵² liefern im Übrigen weitere nützliche Präzisierungen. Es sei angemerkt, dass der kantonale oder eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte jederzeit unerwartete Kontrollen durchführen kann.

⁴⁸ Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes gegen die Schwarzarbeit vom 18. Dezember 2015, 15.088 (2015-3182), veröffentlicht im BBI 2016 S. 157.

⁴⁹ Angenommen in Genf am 11. Juli 1947, genehmigt von der Bundesversammlung am 16. Juni 1949, Schweizerische Ratifikationsurkunde hinterlegt am 13. Juli 1949, in Kraft getreten für die Schweiz am 13. Juli 1950 ([SR 0.822.719.1](#))

⁵⁰ vgl. [BGE A-5430/2013](#) vom 28. Januar 2015, Erwäg. 3.5.5 und op.cit.

⁵¹ Erwähnt die Dokumentierung bezüglich Sozialversicherungen, Quellensteuer (Abrechnung und Ablieferung), Einhaltung des Ausländerrechts, ebenso wie Verträge, Abrechnungen, Lohnausweise und Arbeitszeiten.

⁵² [Weisung des SECO vom 26. April 2006](#), Direktion für Arbeit

Art. 13 Abs. 1 Bst. e (geändert) und f (neu) Gegenstand der Kontrolle

Absatz 1: Mit dieser Bestimmung werden die Befugnisse der mit dieser Aufgabe betrauten Inspektoren und die abschliessende Liste der Bereiche, auf die sich ihre Nachforschungen beziehen können, präzisiert. Dieser wichtige Punkt scheint bei der Ausarbeitung des BGSA nämlich nicht behandelt worden zu sein. Die am 1. Oktober 2016 (Datum des Inkrafttretens des revidierten kantonalen Gesetzes) in Kraft getretene Liste wird damit entsprechend der Vielfalt der in der Praxis angetroffenen Situationen ergänzt.

Art. 13a (neu) Verlangen von Kontrollen

Absatz 1: Gemäss der Präzisierung bei Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe a des vorliegenden Gesetzesentwurfs muss die Beschaffung von Daten, mit denen strafbares Verhalten aktualisiert werden kann, durch eine formal-gesetzliche Grundlage begründet sein.

Absätze 2 und 3: Die Art von Datei, in der diese besonders schützenswerten Daten abgelegt werden, der genaue Kreis der Zugriffsberechtigten sowie die Art der Bearbeitung sind damit klar definiert. Der Grundsatz der Zweckbindung spielt auf den präzisen Perimeter an, auf den sich die Intervention der Beschäftigungsinspektion je nach berücksichtigtem Bereich (Steuern, Sozialversicherungen und/oder Ausländerrecht) beziehen soll.

Absatz 4: Der Informationsaustausch zwischen den Beschäftigungsinspektoren und den betroffenen Stellen und Institutionen (Wallis oder andere Kantone) ist ein wesentlicher Punkt.⁵³ Bereits in der Botschaft zur Revision des BGSA von 2016 wurde der Wunsch geäussert, den Kreis der Behörden, die einen nützlichen Beitrag leisten könnten, zu erweitern.⁵⁴ Ebenso muss jede strafbare Handlung, die von Amtes wegen verfolgt wird, direkt und unverzüglich der Staatsanwaltschaft gemeldet werden können – eine Verpflichtung, der jedes Mitglied des Staatspersonals nachkommen muss. Die Beschäftigungsinspektoren müssen unentgeltlich auf die sachdienlichen Auskünfte für ihre Nachforschungen zugreifen können, das umso mehr, da diese im finanziellen Interesse der meisten der in Artikel 12 BGSA definierten Behörden und Institutionen angestellt werden.

Art. 13b (neu) Vorgehen bei Ermittlungen und Kontrollen

Absatz 1: Die Behörde muss über geeignete Mittel verfügen, um den Sachverhalt feststellen zu können (Untersuchung von Amtes wegen). Nur die Umsetzung dieser verschiedenen Phasen (die in den Folgeartikeln in allen Einzelheiten beschrieben werden) ermöglicht gleichzeitig eine Kontrolle, welche die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Zweckbindung respektiert, und die Beschaffung qualitativ hochstehender Daten, mit denen Personen, die Schwarzarbeit nachgehen, entlarvt werden können. Um effizient Beweise erheben zu können, müssen die Inspektoren die betroffenen Personen nämlich in einem sehr streng definierten Rahmen observieren können. Wie bereits erwähnt geben die meisten Personen, die bei einer Kontrolle an ihrem Arbeitsplatz einer strafbaren Handlung überführt werden, erfahrungsgemäss nämlich an, ihre Arbeit eben erst an diesem Tag aufgenommen zu haben. Die Einvernahme von Auskunftspersonen findet ihr Pendant bei Artikel 18a VVRG.

⁵³ Definiert in Art. 12 Abs. 3 und 4 BGSA, wie Dienststelle für Bevölkerung und Migration, Steuerverwaltung, Dienststelle für Sozialwesen, Einwohnerkontrolle der Gemeinden, Polizeikorps und Grenzwächter, Schweizer Zölle und Sozialversicherungen (Ausgleichskassen, Arbeitslosenkassen, SUVA usw.)

⁵⁴ Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit vom 18. Dezember 2016, 15.0885 (2015-3182), veröffentlicht in [BBI 2016 S. 157](#)

Art. 13c (neu) Vorermittlungen und Observationen

Absatz 1: Vorermittlungen bei Institutionen (AHV/IV/Arbeitslosenkasse/UVG) und zuständigen Stellen (Steuern und Migration) sowie Überwachungsmassnahmen werden vom Chef der Beschäftigungsinspektion oder von dessen Stellvertreter nur angeordnet, wenn konkrete Indizien vorliegen, die eine Verletzung des BGSA vermuten lassen. Diese Nachforschungsmassnahmen sind subsidiär: Man muss beweisen können, dass der Einsatz üblicher Mittel von vornherein keine Aussicht auf Erfolg hat oder allzu schwierig umzusetzen wäre. Diese beiden kumulativen Voraussetzungen gewährleisten, dass eine Observation die *Ultima Ratio* bleibt. Jedes Lesen von Korrespondenz und jede Tonaufzeichnung (Telefonabhörung oder Verwendung von Mikrofonen) bleiben verboten.

Inspiziert vom Inhalt von Artikel 282 StPO (verdeckte Observation von Personen und Sachen an allgemein zugänglichen Orten)⁵⁵, wird mit diesem Absatz beabsichtigt, die Beeinträchtigung der Privatsphäre der kontrollierten Person auf ein Minimum zu beschränken. Die Überwachung ohne das Wissen der verdächtigten Person und der unangemeldete Besuch am Ort, an dem sie mutmasslich einer nicht angemeldeten Tätigkeit nachgeht, müssen durch die Notwendigkeit, den Sachverhalt festzustellen (Grundsatz der Zweckbindung) begründet sein.

Im neuen Artikel 43a ATSG ist vorgesehen, die Abklärungsbefugnisse externen Spezialisten (Privatdetektiven) anzuvertrauen. Wie einleitend erwähnt wurde, ist im vorliegenden Entwurf hingegen vorgesehen, diese Befugnisse Beschäftigungsinspektoren zu übertragen, die Staatsangestellte mit den damit einhergehenden Pflichten sind und die über einen Fachausweis als Polizist sowie Fachausbildungen in den Bereichen Sozialversicherungen und kollektives und öffentliches Arbeitsrecht verfügen (Art. 4 Abs. 2 BGSA und Art. 2 Abs. 2 VOSA).

Observiert wird vor allem die verdächtige Person. Es kann aber auch eine Drittperson observiert werden, die an ihrer Seite arbeitet wie Kollegen, potenzielle Angestellte oder Teilhaber, oder beispielsweise auch ein Lieferwagenfahrer, dessen Observation dazu beitragen soll, die der Beschäftigungsinspektion zur Kenntnis gebrachten Fakten zu erklären.⁵⁶ Zufällig festgestellte Fakten, mit denen andere strafbare Handlungen nachgewiesen werden können, sind zulässig und können, wenn die rechtlichen Anforderungen erfüllt sind, Gegenstand der Eröffnung eines gesonderten Verfahrens sein.⁵⁷

Absatz 2: Es versteht sich von selbst, dass die Beschäftigungsinspektion nur innerhalb der klar abgesteckten Grenzen ihres Auftrags handeln kann. Ebenso werden Bildaufzeichnungen nur zugelassen, wenn sie vom öffentlichen Raum aus gemacht werden. Wie bereits erwähnt, sind Bildaufzeichnungen durch eine Scheibe hindurch, von einem privaten Ort aus oder aus einem privaten Raum heraus ebenso verboten wie der Einsatz von Drohnen. Die Inspektoren werden vor der Umsetzung dieser Bestimmung eine spezifische Schulung zum Thema Bildrechte durchzulaufen verpflichtet.

Das Bundesgericht hat nämlich bereits klargestellt, dass Videoaufnahmen einer IV-Rentnerin auf ihrem Balkon gesetzmässig waren, da die Person vom öffentlichen Raum aus gefilmt

⁵⁵ vom 5. Oktober 2007 – [SR 312.0](#)

⁵⁶ Pitteloud, Jo, Code de procédure pénale suisse, commentaire à l'usage des praticiens, Zürich/Sankt Gallen, 2012, Nr. 687 S. 460 und op. cit.

⁵⁷ Kuhn, André und Jeanneret Yvan, Code de procédure pénale suisse, Commentaire romand, Basel, 2011, S. 1283, § 7-8

worden war und die Observation über einen kurzen und klar definierten Zeitraum stattfand.⁵⁸ Die Bundesrichter rechtfertigten die Massnahme im Weiteren mit einem öffentlichen Interesse an der Bekämpfung von Missbräuchen und folgerten, dass dieser Aspekt Vorrang vor den Privatinteressen der Person habe.⁵⁹ Der bereits erwähnte Entscheid Vukota-Bojic der EMRK hat ermöglicht, die Einführung eines noch strengeren Rahmens dieser Praktiken zu begründen, weshalb der vorliegende Gesetzesentwurf parallel zur Revision des ATSG vorgeschlagen wird.

So können Überwachungsmaßnahmen keinesfalls unter irgendwelchen Umständen angeordnet werden: Der zu Observierende muss sich zwingend in mindestens einer der Situationen befinden, die im Gesetz vorgegeben sind. Diesem Begriff entsprechen der öffentliche Raum wie Pärke, Plätze, Restaurants, und mit Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts sogar Balkone.⁶⁰ Es obliegt also der Dienststelle, sich anhand von präzisen internen Richtlinien konstant dessen zu vergewissern, dass die Observationen zeitlich begrenzt bleiben und den Grundsätzen der Verhältnismässigkeit und der Zweckbindung entsprechen.⁶¹

In diesem Stadium wird die verdächtige Person nicht informiert, da das Interesse der Ermittlung im Sinne von Artikel 27 Absatz 1 VVRG überwiegt.

Absatz 3: Wird vermutet, dass jemand einer Geschäftstätigkeit nachgeht, können die Inspektoren Auskünfte einholen. Es ist ihnen hingegen untersagt, diese Person zu Handlungen anzustiften, die sie ohne Beeinflussung durch den Ermittler nie begangen hätte.

Absatz 4: Die EMRK vertritt die Ansicht, dass die maximale Observationsdauer klar im Gesetz zu definieren sei. Im neuen Artikel 43a Absatz 3 ATSG, der am 25. November 2018 in der Volksabstimmung angenommen wurde, ist eine Periode von höchstens 30 Tagen innerhalb von sechs Monaten ab dem ersten Observationstag vorgesehen, wobei dieser Zeitraum verlängert werden kann, wenn hinreichende Gründe dafür bestehen. Diese Dauer wird hier um ein Drittel und der Observationszeitraum um die Hälfte reduziert, während die Verlängerung ordnungsgemäss durch einen formellen Entscheid des Vorstehers des Departements, dem die Dienststelle angegliedert ist, erfolgen muss. Diese Dauer von 20 Tagen⁶² entspricht nämlich dem Zeitraum, in dem eine illegale Person im Durchschnitt einen Mindestbeitrag verdient (pro Tag auf einer Baustelle Fr. 100.- bis 150.-), ab dem sie sich bei der AHV anmelden müsste (Fr. 2'300.- pro Kalenderjahr).

Absätze 5 und 6: Dieses Dispositiv, das sich direkt am Vorbild von Artikel 283 StPO orientiert, legt den Grundsatz fest, dass jede Ermittlung mit einem Schlussbericht abzuschliessen ist, in dem das Ergebnis der Nachforschungen festgehalten wird. Der Bericht enthält die auswertbaren Beweismittel, während die nicht verwendbaren Beweise sofort vernichtet werden.

In der Folge gibt es zwei Möglichkeiten:

1. Bestätigt sich der Verdacht, erstellen die Beschäftigungsinspektoren zuhanden ihrer Vorgesetzten einen ausreichend detaillierten Bericht, um eine allfällige Anzeige zu stützen.⁶³

⁵⁸ [BGE 137 I 327](#)

⁵⁹ Idem supra

⁶⁰ [Meyer, Florence, in Abus en matière d'assurances sociales: bases légales en cours d'élaboration pour légitimer la surveillance, November 2017](#), mit Verweis auf den BGE oben

⁶¹ Prof. Andreas Auer, Rechtsgutachten vom 19. Oktober 2018, Erwäg. 63

⁶² Dauer infolge der Beobachtungen aus dem Rechtsgutachten von Prof. Andreas Auer vom 19. Oktober 2018 reduziert, Erwäg. 80-88 und op.cit.

⁶³ Wie bei einer polizeilichen Observation wird ein Observationsprotokoll geführt, das ausschliesslich für die interne Verwendung bestimmt ist und in dem alle wichtigen Erkenntnisse festgehalten werden. Das endgültige Dossier ist ein Verwaltungsbericht, in dem die sachdienlichen und für die Ermittlung wichtigen Erkenntnisse

In diesem Fall wird die Person, die Gegenstand einer Ermittlung gewesen ist, gestützt auf das GIDA⁶⁴ über die beschafften und in ihr Dossier übertragenen Personendaten informiert. Es ist nicht zu vergessen, dass die betroffene Person in einem solchen Fall (ausser in seltenen Ausnahmen) bereits durch die Dienststelle, die für die Ermittlungen zuständig ist, einvernommen wurde (*Art. 13d neu infra*) und daher ohnehin bereits über die Ermittlung auf dem Laufenden ist, bevor sie ihr Einvernahmeprotokoll unterzeichnet. Darin wird ausdrücklich erwähnt, dass das Dossier nun den zuständigen Behörden und Institutionen zur Beschlussfassung zugestellt wird⁶⁵. In der Folge werden diese dafür zuständig sein, der betroffenen Person in vollem Umfang rechtliches Gehör zu schenken, bevor eine eventuelle Sanktion ausgesprochen wird.

2. Konnte der Verdacht, der zu einer Ermittlung geführt hat, nicht bestätigt werden, informieren die Beschäftigungsinspektoren ihre Vorgesetzten und übergeben ihnen alle diesbezüglichen Unterlagen. Das zusammengetragene Observationsmaterial wird vernichtet, sobald die Ermittlung gezeigt hat, dass keine strafbare Handlung vorliegt und folglich auch kein Entscheid und keine Konsequenzen nötig sind (als nicht sachdienlich eingestuft, Material hat keinen Beweiswert).⁶⁶

Die Mitteilung bezieht sich auf die Dauer (Beginn und Ende) und auf eine summarische Angabe dazu, auf welche Weise die Observation stattgefunden hat. In Bezug auf die Zusammenarbeit mit der Staatsanwaltschaft sei daran erinnert, dass es im freien Ermessen des Staatsanwalts liegt, die ihm vorgelegten Beweise zu beurteilen und gegebenenfalls einen Strafbefehl zu erlassen (Art. 352 Abs. 1 StPO), ohne die Unterstützung der Kantonspolizei beiziehen zu müssen, um weitere Ermittlungen anzustellen. Diese Vorgehensweise, die bislang angewandt wurde, hat sich bewährt.

Art. 13d (neu) Einvernahmen

Absätze 1 bis 4: Das Recht, eine Person zu einer Einvernahme einzuberufen, ergibt sich aus ihrer Mitwirkungspflicht (Auskunftspflicht) im Sinne von Artikel 8 BGSA. Es versteht sich von selbst, dass die Beschäftigungsinspektoren den Situationen, die ihnen anvertraut werden, nachgehen, um die verdächtigten Personen zu belasten oder entlasten. Um den Anspruch dieser Personen auf rechtliches Gehör zu respektieren, muss ihnen (bevor über sie eine Verfügung erlassen wird) ermöglicht werden, bei diesem Gespräch ihre Sicht der Dinge darzulegen, die Bestandteile ihres Dossiers zu kennen und sogar die Einvernahme von Personen, die ihre Version der Fakten untermauern könnten, zu verlangen (Art. 29 Abs. 2 BV).

Bevor das Dossier der Staatsanwaltschaft, den betroffenen Dienststellen und/oder den betroffenen Sozialversicherungen übergeben wird, wird die Person eingeladen, jegliche weitere nützliche Information zur Vervollständigung des Dossiers beizubringen, um die Arbeit der zuständigen Behörde zu erleichtern.

zusammengefasst werden. Es enthält die Kontaktdaten der fraglichen Person, eine Zusammenfassung der durchgeführten Observationen und die für die Beweiserhebung nötigen Ergebnisse (vgl. Kuhn, André und Jeanneret, Yvan, op. cit., S. 1283, § 6; Pitteloud, Jo, op. cit., Nr. 686 § 2, S. 459 und op.cit.).

⁶⁴ Art. 19

⁶⁵ Wie Staatsanwaltschaft, Dienststelle für Bevölkerung und Migration oder Dienststelle für Industrie, Handel und Arbeit, Steuerverwaltung, Zollinspektorat und/oder Sozialversicherungen usw.

⁶⁶ Da sie grundsätzlich ohne Kontakt mit der verdächtigten Person durchgeführt wird, lässt sich die Beeinträchtigung der Grundrechte auf das absolute Minimum reduzieren (vgl. Pitteloud, op. cit., Nr. 684, S. 458, § 4 und BGE 135 I 169, Erwäg. 4.3-4 und 5.4.2 cit.).

Art. 15 (geändert) Bussen und Ausschluss

Absatz 1: Es wird präzisiert, dass die Dienststelle eine Inspektionsstelle ist, in diesem speziellen Fall aber auch eine Sanktionsstelle. Im letzteren Fall sind es nicht die Beschäftigungsinspektoren, sondern die Juristen der Dienststelle, die diese Aufgabe wahrnehmen.

Art. 15a (neu) Arbeitsunterbruch

Absatz 1: Die Massnahme des Arbeitsunterbruchs soll den Vollzugsorganen in erster Linie ermöglichen, die Kontrollen, für die sie zuständig sind, durchzuführen (Zugang, Überprüfung von Unterlagen und/oder Herstellung der Gesetzeskonformität). In dieser Hinsicht handelt es sich eher um eine vorsorgliche Massnahme⁶⁷ als um eine Sanktion.

Die Anordnung eines Arbeitsunterbruchs ist für europäische Scheinselbstständige bereits im EntsG (Art. 1b) vorgesehen. Diese Bestimmung wurde nicht als den vorgenannten administrativen Grundsätzen zuwiderlaufend beurteilt, da keine andere Massnahme identifiziert werden konnte, die weniger einschneidend wäre. Den Arbeitsunterbruch allein für diese Kategorie von Arbeitnehmern zu bewilligen, während es missbräuchliche Situationen in Unternehmen gibt, die auf derselben Baustelle tätig sind, scheint heutzutage kaum mehr im Sinne des EntsG und des Gleichbehandlungsgrundsatzes zu sein.

So haben auch die Kantone Genf, Freiburg⁶⁸ und Basel-Landschaft⁶⁹ beschlossen, ein System einzuführen, mit dem einem Unternehmen bei offensichtlichem Missbrauch oder bei Verletzung der Mitwirkungspflicht ein Arbeitsunterbruch auferlegt werden kann.⁷⁰

Die hier vorgeschlagene Gesetzesgrundlage ist direkt durch diese Modelle inspiriert. Um dieser Bestimmung eine ausreichende Regelungsdichte zu verleihen, sind darin sowohl die Massnahme des Arbeitsunterbruchs als auch die Bedingungen, denen diese Massnahme unterstellt ist, vorgesehen. Sie berücksichtigt den Grundsatz der Gleichbehandlung, da sie einen einheimischen Arbeitgeber und ein europäisches Unternehmen, das Arbeiter in unser Land entsendet, gleichermassen betrifft. Das angepeilte öffentliche Interesse entspricht demjenigen, das in den diesbezüglichen Bundesgesetzen vorgesehen ist. Dieses System muss auch im Zusammenhang mit der eventuellen Umsetzung der Artikel 7 und 9 des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb durch eine paritätische Berufskommission betrachtet werden.⁷¹

Auf Ebene der Verhältnismässigkeit ermöglicht es keine vollständige Einstellung der Arbeiten am betreffenden Arbeitsort, sondern nur jener der Unternehmen, die sich einer Kontrolle widersetzen oder sich weigern, an der Abklärung des Sachverhalts mitzuwirken. Selbstverständlich müssen die überwiegenden öffentlichen und privaten Interessen (Notwendigkeit) besonders gewissenhaft abgewogen werden.⁷² Diese Massnahme bleibt für europäische Unternehmen zunächst einmal auf jeden Fall weniger einschneidend als ein- bis fünfjähriges Verbot, in der Schweiz ihre Dienste anbieten zu können (Art. 9 Abs. 2 Bst. b EntsG). Zu den ausschlaggebenden und abzuwägenden Faktoren gehören die Ernsthaftigkeit

⁶⁷ im Sinne von Art. 28a VVRG

⁶⁸ Art. 69 Gesetz über die Beschäftigung und den Arbeitsmarkt vom 6. Oktober 2010, [SGF 866.1.1](#), Art. 23 BAMR

⁶⁹ § 15 Gesetz über die Arbeitsmarktaufsicht und über Entsendungen von Arbeitnehmenden und Dienstleistungserbringenden in die Schweiz vom 12. Dezember 2013 ([815](#)), § 11 Gesetz über die Bekämpfung der Schwarzarbeit, vom 12. Dezember 2013 ([814](#))

⁷⁰ cf. Präzisierungen von Prof. Andreas Auer, in Rechtsgutachten vom 19. Oktober 2018, Erwäg. 89-93

⁷¹ vom 19. Dezember 1986 ([SR 241](#)), gegebenenfalls in Verbindung mit den Art. 261 ff. ZPO

⁷² SECO, [Kommentar Flankierende Massnahmen zur Personenfreizügigkeit](#), Bern, Oktober 2018, S. 11

des Verdachts auf Schwarzarbeit sowie die Zahl der direkt verantwortlichen beziehungsweise von der Massnahme betroffenen Personen und Unternehmen.⁷³

Ihre Gültigkeit, was die Einschränkung der persönlichen Freiheiten anbelangt, muss vor allem unter dem Blickwinkel des Vorrangs des Bundesrechts, der Handels- und Gewerbefreiheit (Art. 27 BV und Art. 10 KV) beziehungsweise der Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) überprüft werden. Sie kann nämlich sowohl die Freiheit des rechtswidrig handelnden Unternehmens, als auch jene der Arbeitnehmer, des Bauherrn und möglicherweise auch der anderen auf der Baustelle tätigen Unternehmen beeinträchtigen, weshalb die Massnahme ausschliesslich in Situationen, in denen ein offensichtlicher Missbrauch vorliegt, zur Anwendung kommen sollte und sofort aufzuheben ist, sobald die nötigen Garantien erbracht wurden.⁷⁴

Die Verletzung der Mitwirkungspflicht kann von einem Arbeitgeber, einem Bauherrn, einem Baustellenleiter, einem Arbeitnehmer oder einem Selbstständigerwerbenden ausgehen, ungeachtet dessen, ob es sich dabei um einen Subunternehmer handelt oder nicht. Bei einer Flucht von Arbeitern muss die Kontrollbehörde deren Identität bestimmen und feststellen können, für welches Unternehmen sie tätig waren.

Im Gesetzesentwurf ist absichtlich keine Frist vorgesehen, bis wann die beanstandete Tätigkeit gegebenenfalls eingestellt werden muss, da der Arbeitsunterbruch durch eine solche Bekanntmachung unwirksam werden könnte. Sie ist also unmittelbar einzustellen. Aus denselben Gründen wird kein Anspruch auf rechtliches Gehör gewährt, ohne dass dabei der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) der Angeschuldigten verletzt würde. Diese Massnahme würde höchstens ihres Überraschungseffekts beraubt werden. Die Dringlichkeit und die Notwendigkeit zu verhindern, dass ein Arbeitsunterbruch umgangen werden kann, rechtfertigen, dass eine Ausnahme von diesem Anspruch gemacht wird. Sobald die Bedingungen aus dieser Bestimmung und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit erfüllt sind, haftet der Staat nicht⁷⁵, da das Vorliegen eines gerechtfertigten Grunds, das heisst das Verfolgen eines wichtigen Interesses wie die Bekämpfung der Schwarzarbeit, die Widerrechtlichkeit eines Schadens von vornherein ausräumt.⁷⁶

Absatz 2: In seinem Regierungsprogramm bekräftigt der Staatsrat sein Festhalten an einer Optimierung des öffentlichen Beschaffungswesens und die Beibehaltung der Vorbildfunktion des Staates als Auftraggeber.⁷⁷

Buchstabe a): Bei der Interessenabwägung wird die Zahl der betroffenen Arbeitnehmer berücksichtigt (in einer Richtlinie können detailliert die zu berücksichtigenden Kriterien vorgesehen werden, z.B. das Ausmass des Schadens und die Zahl der Wiederholungstaten).

Buchstaben b) und c): Die Beschäftigungsinspektion kann direkt bei den Sozialversicherungen überprüfen, ob ein Unternehmen angeschlossen ist und ob die erhobenen Beiträge auch wirklich in die Sozialversicherung der betreffenden Arbeitnehmer fliessen. Ist das nicht der Fall, kann

⁷³ Prof. Andreas Auer, Rechtsgutachten vom 19. Oktober 2018, Erwäg. 110

⁷⁴ Sie wird also nicht angewandt, wenn sie in Wirklichkeit darauf abzielt, ein Unternehmen beiseite zu drängen, das Geldstrafen oder Berufsbeiträge nicht bezahlt hat. In diesem Fall würde die Massnahme also nicht mehr darauf ausgerichtet sein, eine Kontrolle zu ermöglichen, sondern Druck auf das Unternehmen auszuüben, um eine Bezahlung zu erwirken. In einem solchen Fall muss die paritätische Berufskommission auf dem entsprechenden zivilrechtlichen Weg vorgehen.

Vgl. auch die Erwägungen von Prof. Andreas Auer, mit denen die Verfassungsmässigkeit dieser Bestimmung validiert wird, in Rechtsgutachten vom 19. Oktober 2018, Erwäg. 105-112 und op.cit.

⁷⁵ Art. 4 Abs. 1 des kantonalen Gesetzes über die Verantwortlichkeit der öffentlichen Gemeinwesen und ihrer Amtsträger vom 10. Mai 1978 (VerG) – SGS/VS 170.1

⁷⁶ Prof. Andreas Auer, Rechtsgutachten vom 19. Oktober 2018, Erwäg. 111-117 und op.cit.

⁷⁷ vgl. S. 15, [Die Wettbewerbsfähigkeit der Walliser Wirtschaft steigern](#), 6. prioritäre Massnahme

der Arbeitsunterbruch nicht aufgehoben werden, solange die Schritte zur Beitragsleistung nicht abgeschlossen und die Belege für die Überweisung der geschuldeten Beträge nicht beigebracht wurden (Art. 87 Kap. 3 AHVG).

Buchstabe d): Im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens ist die Vergabe von Unteraufträgen meldepflichtig. Eine Vergabe von Unteraufträgen um mehr als eine Ebene ist verboten (Art. 17 Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen⁷⁸ und Art. 28 Abs. 2 kantonales Arbeitsgesetz).

Absatz 3: In der Praxis stellt die Dienststelle dem betroffenen Unternehmen oder der betroffenen Person ein Einschreiben zu, mit Kopie an den Hauptauftragnehmer und den Bauherrn sowie im Falle eines Subunternehmers an das auftraggebende Unternehmen.

Es gilt, alle möglichen Fälle sowie ihre potenziellen Konsequenzen für alle auf der Baustelle tätigen oder darin involvierten Akteure zu berücksichtigen. Die Massnahme wird so lange dauern wie nötig ist, um das gesteckte Ziel zu erreichen. Das wird der Fall sein, solange eine effektive Kontrolle nicht möglich ist, solange die angeforderten Unterlagen nicht bereitgestellt wurden oder solange begründete Zweifel in Bezug auf die Unterlagen bestehen (Konformität des eingereichten Dokuments oder Herstellung der Gesetzeskonformität der beobachteten widerrechtlichen Situation). Die Dienststelle kann die Wiederaufnahme der Arbeit erst ins Auge fassen, sobald die erforderlichen Unterlagen beigebracht und kontrolliert wurden, gegebenenfalls bei den zuständigen Sozialversicherungen. Die Wiederaufnahme bedeutet aber nicht, dass das rechtswidrig handelnde Unternehmen nun von administrativen oder strafrechtlichen Sanktionen befreit wäre.

Absatz 4: Über die Konventionalstrafe aus dem Vergabevertrag hinaus sieht die Gesetzgebung im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens verschiedene Sanktionen vor, auf das der Auftraggeber in einer solchen Situation zurückgreifen kann, unter Einhaltung des Anspruchs auf rechtliches Gehör und des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit (provisorische Sistierung des Vertrags, Widerruf des Zuschlages, bis zum Ausschluss des Anbieters von jeglicher Beteiligung an einem öffentlichen Vergabeverfahren für eine maximale Dauer von fünf Jahren, gegebenenfalls Kürzung einer Subvention durch den Staat, wenn sich der Auftraggeber weigert zu handeln usw.).⁷⁹

Absatz 5: Diese Bestimmung ergänzt Artikel 7 Absatz 2 BGSA. Sie soll dazu dienen, die Beschäftigungsinspektoren, die vor Ort teils mit angespannten Situationen konfrontiert werden, zu unterstützen. In seltenen Fällen bleibt die Unterstützung durch die Gemeinde- und/oder Kantonspolizei die einzige Möglichkeit sicherzustellen, dass der Arbeitsunterbruch vor Ort auch wirklich umgesetzt wird. Dieser Absatz findet sein Pendant in Artikel 66 Absatz 4 des kantonalen Arbeitsgesetzes.

Absatz 6: Das Hauptziel dieser Bestimmung besteht darin, einer missbräuchlichen Situation und offensichtlichem unlauteren Wettbewerb unverzüglich den Riegel vorzuschieben. Viele Arbeiten dauern nur einige Wochen oder Tage (v.a. bei Renovationen und im Baunebengewerbe). Um die abschreckende Wirkung aufrechtzuerhalten, liegt es im öffentlichen Interesse, dass die Massnahme nicht umgangen werden kann und ihre Konsequenzen nicht durch eine hinausschiebende Massnahme wie ein Beschwerdeverfahren

⁷⁸ vom 11. Juni 2003 – [SGS/VS 726.100](#)

⁷⁹ Art. 19 Gesetz betreffend den Beitritt des Kantons Wallis zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (kGIVöB) vom 8. Mai 2003 [SGS/VS 726.1](#) oder Art. 6 Subventionsverordnung vom 14. Februar 1996 ([SGS/VS 616.100](#))

zunichtegemacht werden können. Die Wahl der Beschwerde an das Kantonsgericht wird durch die Artikel 191b Absatz 1 BV, 86 Absatz 2 Bundesgesetz über das Bundesgericht (SR 173.110) und 72 VVRG vorgegeben.⁸⁰ Es ist zu präzisieren dass die Kantone die eine solche gesetzliche Grundlage zur Verfügung haben sie bis heute noch nie ausführen mussten da die einfache Drohung auf sie zurückzugreifen schon genügend war um schnell solche problematische Situationen zu überwältigen⁸¹

Absätze 7 und 8: Bei Bedarf sollte die Strafandrohung wegen Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen gemäss Artikel 292 des Schweizerischen Strafgesetzbuches umgesetzt werden. Die praktischen Einzelheiten zur Umsetzung dieses Dispositivs werden in der Ausführungsverordnung zum Gesetz präzisiert werden (VAGEntsGBGSA).

3. Änderung des kantonalen Arbeitsgesetzes

Das kantonale Arbeitsgesetz vom 12. Mai 2016 (kArG – SGS/VS 822.1) wird wie folgt geändert:

Art. 27 Absatz 4 Kontrolle der ständigen Listen

Absatz 1: Diese neue Bestimmung soll ermöglichen, ein neues Dispositiv zur Vorqualifikation der Unternehmen für das öffentliche Beschaffungswesen einzuführen. Anstelle des bisherigen Systems, mit dem die Unternehmen regelmässig Bescheinigungen beibringen mussten, müssen diese der Dienststelle nun die Vollmacht erteilen können, sich direkt an der Quelle – das heisst bei den zuständigen Behörden, Organen und Instanzen – von der Zahlungsfähigkeit des Unternehmens und dessen Einhaltung der geltenden Arbeits- und Lohnbedingungen überzeugen zu können.

4. Schlussbemerkung

Aufgrund der obigen Darlegungen bitten wir Sie, zum vorliegenden Gesetzesvorentwurf Stellung zu beziehen.

Wir versichern Sie, sehr geehrte Damen und Herren, unserer vorzüglichen Hochachtung.

⁸⁰ Auf Empfehlung von Prof. Andreas Auer, in Rechtsgutachten vom 19. Oktober 2018, Erwäg. 99-100 und op.cit.

⁸¹ Ibid, n° 91-93

Glossar

- Ermittlung:** Sämtliche Nachforschungen, die ein Inspektor vor (Vorermittlung und Observation), während und/oder nach einer Kontrolle vor Ort anstellt. In einigen Fällen kann sie rein administrativer Art sein.
- Observation:** Nachforschung, bei der ohne das Wissen der betroffenen Person/en an den (mutmasslichen) Arbeitsorten Bildaufnahmen gemacht und Befragungen der Nachbarschaft durchgeführt werden. Die Observation geht der eigentlichen Kontrolle vor Ort voran.
- Vorermittlung:** Überprüfung bei den Sozialeinrichtungen und den Stellen, die für die Steuererhebung und die Migration zuständig sind, um mehr über die Situation eines Versicherten oder eines Unternehmens in Erfahrung zu bringen.

Abkürzungsverzeichnis

- AGEntsGBGSA:** Ausführungsgesetz zum Entsendegesetz und zum Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit vom 12. Mai 2016 (SGS/VS 823.1)
- AHVV:** Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 31. Oktober 1947 (SR 823.101)
- ATSG:** Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (SR 830.1)
- AVEG:** Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen vom 28. September 1956 (SR 221.215.311)
- BGSA:** Bundesgesetz über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit vom 17. Juni 2005 (SR 822.41)
- BV:** Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
- DBM:** Dienststelle für Bevölkerung und Migration
- DSG:** Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 (SR 235.1)
- EMRK:** Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, abgeschlossen in Rom am 4. November 1950, in Kraft getreten für die Schweiz am 28. November 1974 (SR 0.101)

- EntsG: Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne vom 8. Oktober 1999 (Entsendegesetz – SR 823.20)
- GAV: Gesamtarbeitsvertrag
- GIDA: Gesetz über die Information der Öffentlichkeit, den Datenschutz und die Archivierung vom 9. Oktober 2008 (SGS/VS 170.2)
- kArG: Kantonales Arbeitsgesetz vom 12. Mai 2016 (SGS/VS 822.1)
- KV: Verfassung des Kantons Wallis vom 8. März 1907 (SGS/VS 131.232)
- StPO: Schweizerische Strafprozessordnung (SR 312.0)
- SUVA: Schweizerische Unfallversicherungsanstalt
- UVG: Bundesgesetz über die Unfallversicherung vom 20. März 1981 (SR 823.20)
- VAGEntsGBGSA: Verordnung zum Ausführungsgesetz zum Entsendegesetz und zum Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit vom 14. September 2016 (SGS/VS 823.100)
- VOSA: Verordnung über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit vom 6. September 2006 (SR 822.1411)
- VVBK: Verband zur Verstärkung der Baustellenkontrollen (Kontrollorgan der paritätischen Berufskommissionen des Bauhauptgewerbes und des Bauhandwerks)
- VVRG: Gesetz über das Verwaltungsverfahren und die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Oktober 1976 (SGS/VS 172.6)