



Schwarzarbeit auf Baustelle des Kantons

Ein Unternehmer, der im Rahmen eines öffentlichen Auftrages einen Subunternehmer tätig werden lässt, dessen Arbeitnehmer Art. 22 AuG verletzen, verletzt die Bestimmungen der öffentlichen Ausschreibung, welche die Einhaltung der Bestimmungen betreffend Schutz der Arbeitnehmer und der Arbeitsbedingungen verlangt. Nach Art. 22 AuG kann ein Ausländer nur zugelassen werden, wenn die Üblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen eingehalten werden.

Travail au noir sur un chantier cantonal

Dans un marché public, l'entrepreneur adjudicataire recourant aux services d'un sous-traitant dont les ouvriers violent l'art. 22 LETr se rend lui-même coupable de contravention aux règles applicables à l'appel d'offres selon lesquelles les dispositions sur la protection des travailleurs et les conditions d'engagement doivent être respectées. Aux termes de l'art. 22 LETr, un étranger ne peut recevoir d'autorisation de séjour que si les conditions de rémunération et de travail usuelles sont satisfaites.

Sachverhalt (ursprünglich 5427 Zeichen neu 2'448)

Am 8. Mai 2009 hat der Strassendienst Z. eine öffentliche Ausschreibung lanciert, Die Ausschreibungsunterlagen schrieben vor, ihre Subunternehmer und Zulieferer zu nennen; zudem wurde von den Subunternehmern verlangt, dass sie die Auflagen der Ausschreibung einhalten, insbesondere was die Arbeitsbedingungen betrifft, die durch Gesamt- und Normalarbeitsverträge geregelt werden.

Am 13. August 2009 hat X. SA ein Angebot unterbreitet und für das Verlegen der Armierung drei Subunternehmer angegeben. Auf Nachfragen hin präziserte die X. SA. Dass bei den Subunternehmern A.- und B. eine Analyse der Einhaltung der Gesamtarbeitsverträge bei den beiden Parteien zu abweichenden Ergebnissen geführt habe. Der G., Generaldirektor der X. SA. verpflichtete sich mit seinem Ehrenwort, ein Unternehmen zu wählen, das die Verträge einhält und mit den Gewerkschaften im Einvernehmen ist.

Der Strassendienst Z. lehnte die Subunternehmer A. und B. ab, da mehrere Kontrollen auf mehreren Baustellen fremdenpolizeiliche Gesetzesverstösse und Verletzungen von Bestimmungen, welche das Arbeitsrecht und die Sozialversicherungen regeln, ergeben hatten.

In der öffentlichen Ausschreibung erhielt X. SA den Zuschlag.

An der Bauplatzsetzung vom 12. Mai 2010 hat X. SA dem Bauherrn erneut den Subunternehmer A. et Cie SA für das Verlegen der Armierung vorgeschlagen. Nachdem es Erkundigungen eingeholt hatte, nahm das Z. diesen Subunternehmer an.

Eine am 26. Oktober 2010 durchgeführte Kontrolle auf dem Bauplatz des Viadukts hat ergeben, dass von den fünf mit Armierungsarbeiten beschäftigten Arbeitern zwei keine Bewilligung hatten, in der Schweiz zu arbeiten. Dieser Sachverhalt wurde nicht bestritten.

Die X. SA hat am 9. Dezember 2010 den am 17. Mai 2010 mit diesem Unternehmen abgeschlossenen Unternehmensvertrag mit sofortiger Wirkung aufgelöst.

Am 9. Dezember 2010 hat Z. X.SA von der Eröffnung eines Sanktionsverfahrens gegen sie in Kenntnis gesetzt. Am 21. Dezember 2010 wies X. SA darauf hin, dass sie in keinem Ver-

tragsverhältnis mit E. SA stehe, dass sie alle Massnahmen getroffen habe, um sicherzustellen, dass die Gesetzgebung in Bezug auf die Fremdenpolizei, das Arbeitsrecht und die Sozialversicherungen durch ihren Vertragspartner eingehalten werde, und dass sie den Vertrag mit O. Sàrl mit sofortiger Wirkung aufgelöst habe.

Am 17. Februar 2011 hat das Infrastrukturdepartement der X. SA eine Busse erteilt.

Rechtliche Erwägungen

5.5 Gemäss Art. 14a Abs. 1 LMP/VD können absichtliche oder fahrlässige Verletzungen der die öffentlichen Ausschreibungen regelnden Bestimmungen durch einen Bewerber während der Zuschlagsprozedur oder der Erfüllung des Vertrages je nach ihrer Schwere durch den Ausschreibenden mit einer Verwarnung oder dem Rückzug des Zuschlags sanktioniert werden.

5.6 Zu den Bestimmungen, welche die öffentlichen Ausschreibungen regeln, gehört unter anderem Art. 6, Abs. 1 lit. e LMP/VD, wonach die Bestimmungen betreffend den Schutz der Arbeitnehmer und der Arbeitsbedingungen einzuhalten sind. Es ist eine Sache der Interpretation zu bestimmen, welches die Bestimmungen sind, die den Schutz des Arbeitnehmers betreffen, wobei eine ausgedehnte Interpretation zum Nachteil des Beschuldigten diesbezüglich nicht dem Grundsatz der Rechtmässigkeit widerspricht.

Gemäss Art. 22 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer kann ein Ausländer nur zugelassen werden, mit anderen Worten eine Aufenthaltsbewilligung im Hinblick auf eine Erwerbstätigkeit erhalten (Art. 11 AuG), wenn die üblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen des Orts, des Berufs und der Branche eingehalten werden. Aus der Botschaft des Bundesrats vom 8. März 2002 betreffend das Ausländergesetz geht hervor, dass Art. 22 (21 des Entwurfs) AuG als Bestimmung gedacht war, die nicht nur den Arbeitnehmer in der Schweiz vor Lohn- und Sozialdumping bewahren, sondern auch die ausländischen Arbeitskräfte vor finanzieller Ausbeutung schützen sollte. Gemäss Art. 6 Abs. 3 RLMP/VD sind unter Arbeitsbedingungen diejenigen zu verstehen, die durch Gesamt- oder Normalarbeitsverträge festgesetzt werden, oder in Ermangelung solcher, durch Bestimmungen die aus den üblichen Vorschriften der Berufsbranche hervorgehen.

Folglich verletzt derjenige, der während der Zuschlagsprozedur oder der Erfüllung des Vertrags Art. 22 AuG, der eine den Schutz der Arbeitnehmer und der Arbeitsbedingungen betreffende Bestimmung darstellt, nicht beachtet, die Bestimmungen, welche die öffentlichen Ausschreibungen gemäss Art. 14a Abs.1 LMP/VD regeln. Art. 14a LMP/VD ist somit ausreichend präzise formuliert, um es X. SA möglich zu machen, ihr Verhalten danach auszurichten und die Folgen bestimmter Handlungen vorauszusehen.

5.7 X. SA vertritt den Standpunkt, dass die Aufsichtspflicht, gegen die sie laut der Vorinstanz verstossen habe, gemäss dem kantonalen Gesetz dem Ausschreibenden und nicht dem Bewerber obliege. Indem der angefochtene Entscheid ihre Verurteilung bestätige, habe dieser unter Verletzung des Grundsatzes *nulla poena sine lege* und des Verbots der Willkürlichkeit einen neuen strafbaren Sachverhalt geschaffen, der aus keiner gesetzlichen Bestimmung hervorgehe. Diese Klage ist abzuweisen.

Denn das durch Art. 14a Abs. 1 LMP/VD sanktionierte Verhalten besteht nicht darin, einen etwaigen Subunternehmer zu beaufsichtigen, wie X. SA zu Unrecht behauptet. Das strafbare

Verhalten besteht darin, dass bei der Vergabe und der Erfüllung einer öffentlichen Ausschreibung die Erfordernisse von Art. 22 AuG nicht beachtet wurden. Der Begriff „Erfüllung einer öffentlichen Ausschreibung“ schliesst insbesondere die Handlung der Errichtung eines Bauwerks ein. Mit anderen Worten sanktioniert Art. 14a LMP/VD nicht den Arbeitgeber, sondern den Bewerber, dem die Erfüllung einer öffentlichen Ausschreibung durch Zuschlag zugewiesen wurde, ob er nun das betreffende Bauwerk selbst errichtet oder es durch einen Subunternehmer bauen lässt. Folglich erfüllt ein Bewerber, der die Ausschreibung durch einen Subunternehmer ausführen lässt, dessen Arbeitnehmer den Art. 22 AuG verletzen, die objektiven Bedingungen des durch Art. 14a LMP/VD sanktionierten Verstosses. Die Frage, ob er auch die subjektiven Bedingungen des Verstosses erfüllt, hängt davon ab, ob er fahrlässig handelt oder nicht.

5.8 In diesem konkreten Fall hat die Vorinstanz zu Recht den erstinstanzlichen Entscheid bestätigt, mit dem erklärt wurde, dass X. SA die objektiven Bedingungen von Art. 14a erfülle, da zwei mit den Armierungsarbeiten betraute Arbeiter tatsächlich nicht die Erlaubnis hatten, in der Schweiz zu arbeiten.

6.2 X. SA zufolge hat die Behörde überhaupt nicht dargelegt, inwiefern sie fahrlässig gehandelt habe. Sie wirft der Vorinstanz vor, die einfache Tatsache, dass am Tag der Kontrolle zwei Arbeitnehmer ohne Erlaubnis im Einsatz waren, einen ausreichenden Beweis für Fahrlässigkeit darstelle.

Die Kritiken von X. SA richten sich ohne Unterschied auf die Sachverhaltsfeststellung und die Aufteilung der Beweislast, ohne unter Einhaltung der zusätzlichen Begründungserfordernisse von Art. 106 Abs. 2 BGG konkret oder präzise darzulegen, inwiefern die Vorinstanz bei der Feststellung des Sachverhalts willkürlich gehandelt haben sollte. Diesen Klagen kann daher nicht stattgegeben werden.

Wenn man im Übrigen das Vorliegen einer etwaigen Fahrlässigkeit von X. SA prüft und davon ausgeht, dass sie sich insofern falsch verhalten hat, dass sie die Arbeitnehmer des Subunternehmers auf dem Bauplatz nicht wirksam kontrollierte, hat die Vorinstanz es ausgeschlossen, die strittige Sanktion auf einer objektiven Verantwortlichkeit zu gründen, ist ordnungsgemäss von der Unschuldsvermutung ausgegangen und hat die Bestimmungen über die Beweislast eingehalten. X. SA wusste genau, dass der Bauherr M. B., beziehungsweise jedes von ihm geführte Unternehmen, aus der Ausschreibung ausgeschlossen hatte. Diese Umstände machten es für X. SA unabdinglich, sicherzustellen, dass alle verlangten Informationen beim Ausschreibenden angekommen waren, was sie nicht getan hatte. Hinzu kommt, dass sie sich sogar dazu entschied, für einen Teil der Arbeit eines der von diesem geführten Unternehmen als Subunternehmer zu wählen, als ohne Zweifel feststand, dass jedes von M. B. geführte Unternehmen bereits ausgeschlossen war. Alle diese Umstände – besonders die Tatsache, dass X. SA davon wusste, dass M.B. wegen zahlreicher Verstösse in Sachen Schwarzarbeit vom Verfahren ausgeschlossen war – hätten sie noch stärker dazu veranlassen müssen, auf dem Bauplatz mehr auf der Hut sein und vermehrte Kontrollen durchzuführen. Da X. SA solche angesichts der Umstände gebotene Vorsichtsmassnahmen nicht traf, hat sie im Sinne von Art. 14a Abs. 1 LMP/VD fahrlässig gehandelt.

6.3 Ferner bemängelt X. SA, dass die Vorinstanz nicht die Notwendigkeit eines natürlichen und angemessenen Kausalzusammenhangs zwischen der Unterlassung der Aufsicht und dem Verhalten des Subunternehmers betont hat. Sie ist der Meinung, alles getan zu haben,



was sie konnte, um ein solches Ergebnis zu verhindern; die Unschuldsvermutung sei verletzt worden, und der Kanton Waadt habe den Subunternehmer akzeptiert.

X. SA kann sich mitnichten auf die Einwilligung des Kantons Waadt berufen, da klar feststeht, dass dieser es ausgeschlossen hatte, mit Unternehmen zu arbeiten, die von M.B. geführt werden, und dass er genau deswegen, weil X. SA ihm nur einen Teilauszug geschickt hatte, nicht Kenntnis davon erhielt, dass genau diese Person die Gesellschaft O. Sàrl repräsentierte.

Es versteht sich von selbst, dass es nicht Sache des Bundesgerichts ist, X. SA die Mittel darzulegen, die hätten angewendet müssen, um eine wirksame Aufsicht zu gewährleisten. Es genügt, daran zu erinnern, dass eine einfache Kontrolle auf dem Bauplatz die Gesetzesverletzung durch den Subunternehmer ans Licht bringen konnte, und dass X. SA dasselbe hätte tun können.

Urteil des schweizerischen Bundesgerichts, 22. Juni 2012, (2C_1022/2011)