Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Wettbewerbskommission WEKO
Commission de la concurrence COMCO
Commissione della concorrenza COMCO
Competition Commission COMCO

Gutachten

vom 21. Oktober 2019

im Sinne von

Art. 10 Abs. 1 BGBM betreffend

Zulässigkeit des Leistungsortsprinzips für Arbeitsbedingungen im kantonalen Beschaffungsrecht

(622-00004)

zuhanden

des Interkantonalen Organs für das öffentliche Beschaffungswesen (InöB)

Besetzung

Andreas Heinemann (Präsident, Vorsitz),
Armin Schmutzler, Danièle Wüthrich-Meyer (Vizepräsident/-in),
Nicolas Diebold, Winand Emons, Clémence Grisel Rapin, Andreas Kellerhals, Pranvera Këllezi,
Isabel Martínez, Martin Rufer, Henrique Schneider

Inhaltsverzeichnis

1 Ausgangslage ... 3

1.1 Anfrage Gutachten vom InöB ... 3
1.2 Formelles ... 3
1.3 Leistungsortsprinzip im revidierten Beschaffungsrecht des Bundes ... 4

2 Frage 1: Alternative Einführung des Leistungsortsprinzips in der revidierten IVöB? ... 5

2.1 Verhältnis zwischen BGBM und IVöB ... 5
2.2 Anforderungen des BGBM an das kantonale Beschaffungsrecht ... 6
2.3 Herkunftsprinzip gemäss BGBM ... 7
2.3.1 Herkunftsprinzip bezüglich Arbeitsbedingungen – Entstehungsgeschichte ... 8
2.3.2 Herkunftsprinzip bezüglich Arbeitsbedingungen – Rechtslehre ... 9
2.3.3 Herkunftsprinzip bezüglich Arbeitsbedingungen – Rechtsprechung ... 9
2.4 Fazit und Antwort Frage 1 ... 11

3 Frage 2: Leistungsortsprinzip gemäss revBöB und Frage der Abweichung vom BGBM? ... 11

3.1 Verhältnis von Art. 12 Abs. 1 revBöB zum BGBM ... 11
3.1.1 Art. 12 Abs. 1 revBöB ... 11
3.1.2 Fazit und Antwort Frage 2, erste Teilfrage ... 13
3.2 Grundlagen für Leistungsortsprinzip in anderen Bundeserlassen? ... 13
3.2.1 BG über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen ... 13
3.2.2 Andere Bundeslasse ... 15
3.2.3 Fazit und Antwort Frage 2, zweite Teilfrage ... 15

4 Frage 3: Geplante Formulierung in der revidierten IVöB ... 15

5 Ergebnis ... 16

1 Ausgangslage

1.1 Anfrage Gutachten vom InöB

1. Mit Schreiben vom 27. September 2019 hat das Interkantonale Organ für das öffentliche Beschaffungswesen (InöB) um ein Kurzgutachten der Wettbewerbskommission (WEKO) zur Zulässigkeit des Leistungsortsprinzips für den Bereich der Arbeitsschutzbestimmungen und der Arbeitsbedingungen im Beschaffungsrecht der Kantone ersucht.

2. Das InöB führt aus, dass es nach dem revidierten Beschaffungsrecht des Bundes nun an den Kantonen sei, die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen[1] (IVöB) rasch und entsprechend zu revidieren. Soweit möglich soll das Beschaffungsrecht von Bund und Kantonen harmonisiert werden.

3. In der Sache weist das InöB darauf hin, dass sich auf Bundesebene das Parlament in Art. 12 Abs. 1 des revidierten Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen[2] (revBöB) betreffend die Arbeitsvorschriften im Binnenmarktbereich entgegen dem bundesrätlichen Entwurf für das Leistungsortsprinzip ausgesprochen habe. Eine allfällige Einführung des Leistungsortsprinzips im Beschaffungsrecht der Kantone könne im Widerspruch zum Bundesgesetz über den Binnenmarkt[3] (Binnenmarktgesetz, BGBM) stehen, welches auf kantonaler Ebene das Herkunftsprinzip als Grundsatz verankere.

4. Ein Kanton habe nun den Wunsch geäussert, in der IVöB nach Möglichkeit auch das Leistungsortprinzip anstelle des Herkunftsprinzips gelten zu lassen. Das InöB habe sich trotz gewisser rechtlicher Bedenken bereit erklärt, diesen Punkt zu prüfen. Die WEKO werde deshalb um die Beantwortung der folgenden Fragen ersucht:

1. Inwieweit können die Kantone in der neuen IVöB oder in der kantonalen Ausführungsgesetzgebung aufgrund der Vorgaben des BGBM hinsichtlich der Arbeitsschutzbestimmungen und der Arbeitsbedingungen anstelle des heute von den Kantonen und den Gemeinden berücksichtigten Herkunftsprinzips die alternative Anwendung des Leistungsortsprinzips einführen?
2. Wie verhält sich das in Art. 12 Abs. 1 BöB geregelte Leistungsortsprinzip gegenüber dem im BGBM statuierten Herkunftsprinzip? Bietet diese Norm oder ein anderer bundegesetzlicher Erlass (z.B. Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen; SR 221.215.311) den Kantonen und den Gemeinden allenfalls Raum für die alternative Anwendung des Leistungsortsprinzips bei ihren Beschaffungen?
3. Falls der zweite Teil von Frage 2 mit ja beantwortet wird, wäre mit der geplanten Formulierung der revidierten IVöB die alternative Anwendung des Leistungsortsprinzips abgedeckt?

5. Da die finale Bereinigung und Schlussabstimmung zur revidierten IVöB bereits am 15. November 2019 stattfinde, sei es für das InöB sehr wertvoll, wenn das Gesuch um ein Kurzgutachten prioritär behandelt würde.

1.2 Formelles

6. Die WEKO ist zuständig für die Überwachung und Einhaltung des Binnenmarktgesetzes durch Bund, Kantone und Gemeinden sowie andere Träger öffentlicher Aufgaben (Art. 8 Abs. 1 BGBM). Die Aufsicht über den Vollzug des Binnenmarktgesetzes obliegt damit der WEKO[4].

---

1 Interkantonale Vereinbarung vom 25. November 1994/15. März 2001 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; SR 172.056.5).

2 Revidiertes Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 2019 (revBöB); Ablauf der Referendumsfrist: 10. Oktober 2019.

3 Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02).

4 THOMAS ZWALD, Marktzugang auf dem schweizerischen Binnenmarkt, in: Marktzugang in der EU und in der Schweiz, Forum Europarecht, Band/Nr. 13, S. 93 ff., S. 109.

Als Aufsichtsbehörde über das Binnenmarktgesetz ist es insbesondere Sache der WEKO, sich zu Anwendungsfragen des Binnenmarktgesetzes zu äussern.

7. Gemäss Art. 10 Abs. 1 BGBM kann die WEKO eidgenössischen, kantonalen und kommunalen Verwaltungsbehörden sowie Rechtsprechungsorganen Gutachten über die Anwendung dieses Gesetzes erstatten. Bei den vom InöB gestellten Fragen handelt es sich um konkrete Rechtsfragen zur Anwendung des Binnenmarktgesetzes.

8. Die Gutachtensanfrage stammt vom InöB, also vom Interkantonalen Organ für das öffentliche Beschaffungswesen. Das InöB besteht aus den Mitgliedern der an der IVöB beteiligten Kantone der Schweizerischen Bau-, Planungs- und Umweltschutzdirektoren-Konferenz (BPUK; vgl. Art. 4 Abs. 1 IVöB). Das InöB ist, unter Vorbehalt der Zustimmung der beteiligten Kantone, zuständig für Änderungen der IVöB (Art. 4 Abs. 2 lit. a IVöB). Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich, die Anfrage des InöB wie eine Anfrage für ein Gutachten von kantonalen Verwaltungsbehörden zu behandeln. Die WEKO ist damit zuständig für die Beantwortung der gestellten Fragen in Form eines Gutachtens gemäss Art. 10 Abs. 1 BGBM.

1.3 Leistungsortsprinzip im revidierten Beschaffungsrecht des Bundes

9. Das Bundesparlament hat am 21. Juni 2019 die Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (vgl. Fn. 2) verabschiedet. Thema war dabei auch die Frage, welche Arbeitsvorschriften bei regionalen Unterschieden in örtlicher Hinsicht zur Anwendung gelangen sollen. Dabei kann entweder auf die Arbeitsvorschriften am Sitz- bzw. Niederlassungsort der Anbieter (sog. Herkunftsortsprinzip, Herkunftsprinzip[5]) oder auf diejenigen am Ort der Leistungserbringung (Leistungsortsprinzip[6]) abgestellt werden.

10. Im bundesrätlichen Entwurf des zu revidierenden Beschaffungsrechts war vorgesehen, für Anbieterinnen mit Sitz in der Schweiz das in Art. 8 Abs.1 lit. b des bisher geltenden Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen[7] (BöB) statuierte Leistungsortsprinzip für Bundesbeschaffungen aufzuheben und die für die Kantone geltende Regelung gemäss BGBM zu übernehmen, also das Herkunftsprinzip einzuführen.[8]

11. Zwischen den beiden Räten war die Frage umstritten, ob bei Arbeitsvorschriften das Herkunfts- oder das Leistungsortsprinzip gelten soll.[9] Das Parlament hat letztlich entschieden, auf Bundesebene für Arbeitsbedingungen das Leistungsortsprinzip beizubehalten. Gemäss Art. 12 Abs. 1 revBöB vergibt die Auftraggeberin für die im Inland zu erbringenden Leistungen einen öffentlichen Auftrag nur an Anbieterinnen, welche die am Ort der Leistung massgeblichen Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen, die Melde- und Bewilligungspflichten nach dem Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 gegen die Schwarzarbeit[10] (BGSA) sowie die Bestimmungen über die Gleichbehandlung von Frau und Mann in Bezug auf die Lohngleichheit einhalten. Soweit erforderlich, wird auf Einzelheiten aus dem Gesetzgebungsprozess später näher eingegangen.

12. Mit dem Ziel der Harmonisierung des Beschaffungsrechts von Bund und Kantonen ist vorgesehen, dass das revidierte Bundesbeschaffungsrecht möglichst analog ins kantonale

---

5 In diesem Gutachten wird grundsätzlich der Begriff «Herkunftsprinzip» verwendet.

6 Im Kontext des BGBM wird anstelle des Begriffs «Leistungsort» oft der Term «Bestimmungsort» verwendet.

7 Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (BöB; SR 172.056.1).

8 Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. Februar 2017 (Botschaft rev.-BöB), BBl 2016 1851, 1912.

9 AB 2019 N 1209.

10 Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über Massnahmen zur Bekämpfung gegen die Schwarzarbeit (BGSA; SR 822.41).

Recht und insbesondere in die IVöB überführt wird.[11] Bezüglich der Arbeitsbedingungen scheint zwischen dem revidierten Bundesbeschaffungsrecht mit dem Leistungsortsprinzip und dem gestützt auf das Binnenmarktgesetz grundsätzlich geltende Herkunftsprinzip eine Differenz zu bestehen. Im Rahmen dieses Gutachtens ist deshalb zu prüfen, ob das BGBM die Einführung des Leistungsortsprinzips in der IVöB und die damit verbundene Anpassung an das revBöB zuliesse.

2 Frage 1: Alternative Einführung des Leistungsortsprinzips in der revidierten IVöB?

13. Dieses Kapitel umfasst die Beantwortung der ersten vom InöB gestellten Frage. Die Frage lautet wie folgt:

1. Inwieweit können die Kantone in der neuen IVöB oder in der kantonalen Ausführungsgesetzgebung aufgrund der Vorgaben des BGBM hinsichtlich der Arbeitsschutzbestimmungen und der Arbeitsbedingungen anstelle des heute von den Kantonen und den Gemeinden berücksichtigten Herkunftsprinzips die alternative Anwendung des Leistungsortsprinzips einführen?

14. Um diese Frage zu beantworten, ist zuerst das Verhältnis zwischen BGBM und IVöB zu erläutern. Danach wird die Bedeutung des binnenmarktrechtlichen Herkunftsprinzips in Bezug auf Arbeitsvorschriften untersucht. Hierbei handelt es sich um die Kernfrage des Gutachtens und einen Punkt, der regelmässig umstritten ist. Es rechtfertigt sich deshalb, diese Frage zur Klarstellung ausführlicher zu behandeln.

2.1 Verhältnis zwischen BGBM und IVöB

15. Zweck des Binnenmarktgesetzes ist es, zu gewährleisten, dass Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz für die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt haben (Art. 1 BGBM). Das BGBM soll insbesondere die berufliche Mobilität und den Wirtschaftsverkehr innerhalb der Schweiz erleichtern sowie die Bestrebungen der Kantone zur Harmonisierung der Marktzulassungsbedingungen unterstützen (Art. 1. Abs. 2 lit. a und b BGMB).

16. Der Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes umfasst als Erwerbstätigkeit jede nicht hoheitliche, auf Erwerb gerichtete Tätigkeit. Der sachliche Geltungsbereich orientiert sich am Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 der Bundesverfassung[12] (BV).[13] Der sachliche Geltungsbereich des BGBM umfasst jede selbständige und unselbständige Erwerbstätigkeit.[14] Der persönliche Geltungsbereich des BGBM umfasst Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz (Art. 1 Abs. 1 BGBM). Ausländische Anbieterinnen können sich also nicht auf das BGBM berufen, wenn sie keine Niederlassung oder keinen Sitz in der Schweiz haben. Der Geltungsbereich des BGBM schliesst alle natürlichen und juristischen Personen ein.[15]

17. Das BGBM soll gewährleisten, dass Unternehmen mit Sitz in der Schweiz ihre Erwerbstätigkeit frei von kantonalen Marktzugangsbeschränkungen in der ganzen Schweiz erbringen

---

11 Dazu z.B. Medienmitteilung BPUK vom 22. September 2016.

12 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (Bundesverfassung, BV; SR 101).

13 NICOLAS F. DIEBOLD, Freizügigkeit im Mehrebenensystem – Eine Rechtsvergleichung der Liberalisierungsprinzipien im Binnenmarkt-, Aussenwirtschafts- und Europarecht, Zürich/St. Gallen 2016, N 153.

14 MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, Kommentar zum BGBM, in: Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), Wettbewerbsrecht II, Kommentar, Zürich 2011, N. 8 zu Art. 1.

15 Botschaft zu einem Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM) vom 23. November 1994, BBl 1995 I 1213, 1261.

können. Spezifisch ist hier darauf einzugehen, inwiefern das BGBM auch Arbeitsvorschriften als Marktzugangsbeschränkung erfasst. Als «Arbeitsbedingungen» gelten insbesondere zwingende Vorschriften des Obligationenrechts[16] (OR) über den Arbeitsvertrag, normative Bestimmungen der Gesamtarbeitsverträge und der Normalarbeitsverträge oder, wo diese fehlen, die orts- und branchenüblichen Arbeitsbedingungen (Art. 3 lit. d revBöB).[17] Als «Arbeitsschutzbestimmungen» gelten Vorschriften des öffentlichen Arbeitsrechts, einschliesslich der Bestimmungen des Arbeitsgesetzes[18] und des zugehörigen Ausführungsrechts sowie der Bestimmungen zur Unfallverhütung (Art. 3 lit. e revBöB). Nachfolgend werden die beiden Begriffe Arbeitsbedingungen und Arbeitsschutzbestimmungen zusammengefasst als Arbeitsbedingungen bezeichnet. Auch Arbeitsbedingungen fallen mangels Ausnahmebestimmungen in den Geltungsbereich des BGBM, soweit sich diese als Marktzugangsbeschränkung auswirken (vgl. Rz. 27 ff.).[19]

18. Die IVöB bezweckt die Öffnung des Marktes der öffentlichen Beschaffungen der Kantone, Gemeinden und anderer Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben (Art. 1 Abs. 1 IVöB). Die IVöB will die kantonalen Vergaberegeln durch gemeinsam bestimmte Grundsätze harmonisieren sowie die internationalen Verpflichtungen umsetzen (Art. 1 Abs. 2 IVöB). In rechtlicher Hinsicht handelt es sich bei der IVöB um einen Vertrag zwischen Kantonen, der sich auf Art. 48 BV stützt. Art. 48 Abs. 1 BV sieht vor, dass die Kantone miteinander Verträge schliessen sowie gemeinsame Organisationen und Einrichtungen schaffen können.

19. Art. 48 Abs. 3 BV hält fest, dass Verträge zwischen Kantonen dem Recht und den Interessen des Bundes sowie den Rechten anderer Kantone nicht zuwiderlaufen dürfen. Das in Art. 48 Abs. 3 BV enthaltene Verbot eines Widerspruchs zum Recht des Bundes ergibt sich schon aus Art. 49 BV.[20] Laut Art. 49 Abs. 1 BV geht Bundesrecht entgegenstehendem kantonalem Recht vor; dies wird auch als derogatorische Kraft des Bundesrechts bezeichnet. Dem Bundesrecht kompetenzmässig und inhaltlich entgegenstehendes kantonales Recht ist nichtig.[21] In einem die Gemeinde Sigriswil betreffenden Urteil hat das Bundesgericht unter anderem geprüft, inwiefern die kantonale Vergabepraxis mit Bezug auf das Binnenmarktgesetz gegen den Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts (Art. 49 Abs. 1 BV) verstossen hat.[22]

20. Als Zwischenfazit ergibt sich, dass die IVöB und auch die kantonale Ausführungsgesetzgebung dem BGBM als Bundesrecht nicht widersprechen dürfen, da das Binnenmarktgesetz rechtshierarchisch vorgeht.

2.2 Anforderungen des BGBM an das kantonale Beschaffungsrecht

21. Das Binnenmarktgesetz enthält Mindestvorgaben bezüglich Transparenz und Nichtdiskriminierung für kantonale und kommunale Beschaffungen. Art. 5 Abs. 1 BGBM sieht vor, dass

---

16 Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht (OR, SR 220).

17 Die Mehrheit der auf Bundesstufe allgemeinverbindlich erklärten GAV gilt dabei nicht für die ganze Schweiz. Zudem existieren auch auf kantonaler Stufe GAV. Die Arbeitsbedingungen sind damit nicht schweizweit einheitlich geregelt, sondern, regional und branchenmässig verschieden <www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/Personenfreizugigkeit_Arbeitsbeziehungen/Gesamtarbeitsvertraege_Normalarbeitsvertraege.html> (15.10.2019).

18 Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 13. März 1964 (Arbeitsgesetz, ArG; SR 822.11).

19 NICOLAS F. DIEBOLD, Eingriffsdogmatik der Binnenmarktfreiheit, recht 4/2015, S. 209 ff., 224.

20 RAINER J. SCHWEIZER/URSULA ABDERHALDEN, Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, N. 44 zu Art. 48 BV.

21 ALEXANDER RUCH, Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Ehrenzeller und andere [Hrsg.], 2. Aufl. 2008, N. 21 zu Art. 49 BV.

22 BGE 131 I 137 E. 2.7.

die öffentlichen Beschaffungen durch Kantone, Gemeinden und andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben sich nach kantonalem oder interkantonalem Recht richten. Nach Abs. 2 diese Bestimmung dürfen diese Vorschriften und darauf gestützte Verfügungen Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht in einer Weise benachteiligen, welche Artikel 3 widerspricht. Weiter sieht Art. 5 BGBM vor, dass auf kantonaler und kommunaler Ebene die Vorhaben für umfangreiche öffentliche Einkäufe, Dienstleistungen und Bauten sowie die Kriterien für Teilnahme und Zuschlag amtlich publiziert werden.

22. Zu erwähnen ist, dass Art. 5 Abs. 1 BGBM als umfassender Grundsatz des freien Zugangs zu den betroffenen Beschaffungsmärkten zu verstehen ist, wobei jede Beschränkung dieses freien Zugangs nur unter den Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 und 2 BGBM zulässig ist.[23] Der freie Zugang zum Markt umfasst damit auch die Garantie des Herkunftsprinzips nach Art. 2 BGBM (dazu Rz. 23 f. hinten). In der beschaffungsrechtlichen Literatur wird dementsprechend darauf hingewiesen, dass das Binnenmarktgesetz das Herkunftsprinzip vorschreibt.[24] Die Garantien von Art. 2 BGBM gelten deshalb auch für kantonale und kommunale Beschaffungen.[25]

2.3 Herkunftsprinzip gemäss BGBM

23. Jede Person hat das Recht, Waren, Dienstleistungen und Arbeitsleistungen auf dem gesamten Gebiet der Schweiz anzubieten, soweit die Ausübung der betreffenden Erwerbstätigkeit im Kanton oder der Gemeinde ihrer Niederlassung oder ihres Sitzes zulässig ist (Art. 2 Abs. 1 BGBM). Art. 2 Abs. 1 BGBM verleiht den Personen im Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes einen individual-rechtlichen Anspruch auf freien Marktzugang.[26] Der Anspruch auf freien Marktzugang wird in Art. 2 Abs. 3 und 4 BGBM durch das sogenannte Herkunftsprinzip konkretisiert.[27] Betreffend die Dienstleistungsfreiheit konkretisiert Art. 2 Abs. 3 BGBM, dass jede Person das Recht hat, Waren, Dienst- und Arbeitsleistungen auf dem gesamten Gebiet der Schweiz anzubieten. Gestützt auf Art. 2 Abs. 4 BGBM hat zudem jede Person, die eine Tätigkeit rechtmässig ausübt, das Recht, sich zwecks Ausübung dieser Tätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz niederzulassen und diese Tätigkeit nach den Vorschriften des Orts der Erstniederlassung auszuüben (sog. gewerbliche Niederlassungsfreiheit).

24. Das Herkunftsprinzip basiert auf der gesetzlichen Vermutung, dass die verschiedenen kantonalen und kommunalen Marktzugangsregelungen gleichwertig sind (Art. 2 Abs. 5 BGBM). Die Gleichwertigkeitsvermutung bedeutet, dass die kantonalen bzw. kommunalen Marktzugangsordnungen vermutungsweise als gleichwertig gelten. Diese Vermutung beruht auf der Überzeugung, dass sich das Schutzbedürfnis von Kanton zu Kanton nicht unterscheidet.[28]

25. Das Recht auf freien Marktzugang nach Massgabe der kantonalen bzw. kommunalen Herkunftsvorschriften gilt nicht absolut. Die zuständigen Behörden des Leistungsortes können den Marktzugang für ortsfremde Anbieter mittels Auflagen oder Bedingungen einschränken (Art. 3 Abs. 1 BGBM). Das Binnenmarktrecht sieht diese Möglichkeit jedoch nur für den Fall

---

23 NICOLAS F. DIEBOLD, Die Beschwerdelegitimation der WEKO im öffentlichen Beschaffungswesen, SJZ 2013 S. 177 ff., S. 180.

24 PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, S. 122.

25 BR 2013 S. 278.

26 DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn. 13), N. 1212 ff.; OESCH/ZWALD (Fn. 14), N. 1 zu Art. 2.

27 Zum Herkunftsprinzip: BGE 135 II 12; Urteil des Bundesgerichts 2C_57/2011 vom 3. Mai 2011; Urteil des Bundesgerichts 2C_844/2008 vom 15. Mai 2009.

28 Botschaft über die Änderung des Binnenmarktgesetzes vom 20. November 2004, BBl 2005 465, 474.

vor, dass die Gleichwertigkeitsvermutung widerlegt werden kann.[29] Im Falle von ungleichwertigen Marktzugangsregeln muss die rechtsanwende Behörde darlegen, inwiefern die Marktzugangsbeschränkung die Voraussetzungen von Art. 3 BGBM erfüllt, d.h. zum Schutz eines überwiegenden öffentlichen Interesses unerlässlich und verhältnismässig sowie nicht-diskriminierend ist (Art. 3 Abs. 1 BGBM).[30] Klarerweise unverhältnismässig und damit unzulässig sind die in Art. 3 Abs. 2 BGBM genannten Beschränkungen (z.B. das Erfordernis, am Bestimmungsort die Niederlassung oder den Sitz zu haben).

26. Nachfolgend werden die binnenmarktrechtlichen Vorgaben in Bezug auf Arbeitsbedingungen näher besprochen.

2.3.1 Herkunftsprinzip bezüglich Arbeitsbedingungen – Entstehungsgeschichte

27. Das Herkunftsprinzip gemäss Art. 2 BGBM gilt in dieser Fassung seit dem Erlass des BGBM von 1995. Bereits in der damaligen Botschaft hatte der Bundesrat hinsichtlich Arbeitsbedingungen explizit ausgeführt, dass sich eine kantonale Regelung, wonach sich die Ausführung von öffentlichen Aufträgen stets nach Massgabe der vor Ort geltenden Gesamtarbeitsverträge zu richten hätte, nicht mit Art. 5 BGBM vereinbare liesse.[31]

28. In der Folge wurde die Frage, ob bei öffentlichen Beschaffungen die Arbeitsbedingungen des Herkunfts- oder diejenigen des Leistungsortes gelten sollen, auch intensiv im Parlament diskutiert. Bei der Beratung des BGBM hatte der Nationalrat noch einen Antrag gutgeheissen, wonach die Pflicht zur Einhaltung der am Ort der Leistungserbringung geltenden Vorschriften bezüglich Arbeitsbedingungen keine unter Art. 3 BGBM fallende Beschränkung des Marktzugangs sei. Dieser Antrag, welcher im Wesentlichen eine binnenmarktrechtliche Ausnahme der Arbeitsbedingungen begründen wollte, wurde im Ständerat abgelehnt und im Differenzbereinigungsverfahren fallen gelassen.[32] Daraus geht hervor, dass der Gesetzgeber von 1995 auch Arbeitsvorschriften dem BGBM unterstellt hat und dass sich Arbeitsvorschriften als Marktzugangsbeschränkung im Sinne von Art. 3 BGBM auswirken können.

29. Obwohl bezüglich des Herkunftsprinzips und der Arbeitsbedingungen mit der Teilrevision des BGBM vom 16. Dezember 2005 keine Änderungen vorgenommen wurde, war dies trotzdem Thema in der parlamentarischen Beratung. Der damalige für das Geschäft zuständige Bundesrat Joseph Deiss präzisierte, dass, aufgrund der Vermutung der Gleichwertigkeit unterschiedlicher Arbeitsbedingungen in den Kantonen, auch im Bereich des Arbeitsmarktes im Grundsatz das Herkunftsprinzip gelten solle. Es könne gestützt auf Art. 3 BGBM zu Gunsten des Leistungsortsprinzips eingeschränkt werden, wenn die Bedingungen des Herkunftsortes nicht gleichwertig mit denjenigen des Leistungsortes seien.[33] Es wurden also in dieser Teilrevision an den gesetzlichen Rahmenbedingungen nicht nur keine Änderungen vorgenommen, sondern der Gesetzgeber bestätigte explizit die bestehende Rechtslage gemäss Binnenmarktgesetz unter Verweis auf die möglichen Beschränkungen des Marktzugangs nach Art. 3 BGBM.

30. Aus der Entstehungsgeschichte des Binnenmarkgesetzes geht damit in historischer und teleologischer Hinsicht klar hervor, dass das binnenmarkrechtliche Herkunftsprinzip auch in Bezug auf Arbeitsbedingungen zur Anwendung kommen soll.

---

29 BGE 135 II 12 E. 2.4.

30 MATTHIAS OESCH, Das Binnenmarktgesetz und hoheitliche Tätigkeiten – Ein Beitrag zur harmonisierenden Auslegung von Binnen- und Staatsvertragsrecht, ZBJV 2012, S. 377 ff., 378.

31 Botschaft zu einem Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM) vom 23. November 1994, BBl 1995 I 1213, 1268.

32 AB 1995 N 1156, 1178; AB 1995 S 931, 934; THOMAS ZWALD, Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt, in: Cottier/Oesch (Hrsg.), Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 2. Aufl. 2007, S. 443, N. 129.

33 AB N 2005 880.

2.3.2 Herkunftsprinzip bezüglich Arbeitsbedingungen – Rechtslehre

31. Die herrschende Lehre ist bereits seit Erlass des BGBM von 1995 der Auffassung, dass eine Regelung, wonach alle Unternehmen mit Sitz in der Schweiz stets die am Ort der Leistung geltenden Arbeitsvorschriften einzuhalten hätten, nicht mit Art. 2 und Art. 5 BGBM vereinbar wäre. Es sei davon auszugehen, dass eine generelle Pflicht zur Einhaltung von Vorschriften betreffend Arbeitsschutz- und Arbeitsbedingungen am Leistungsort keine zulässige Beschränkung des Marktzugangs im Sinne des Art. 3 BGBM darstelle.[34] Daraus folge unter anderem aufgrund von Art. 2 Abs. 1 und Abs. 3 BGBM, dass die Arbeitsbedingungen des Herkunftsortes anzuwenden seien, ausser es läge ein klarer Fall von Sozialdumping vor.[35] Die Einhaltung der am Leistungsort geltenden Vorschriften könne nur dann verlangt werden, wenn der angestrebte Schutz nicht anders erreicht werden könne, wenn also die Gefahr eines eigentlichen Sozialdumpings bestehe.[36]

32. Insofern sei die schweizerische Submissionsgesetzgebung nicht konsistent, zumal das BöB für den Bund das Leistungsortsprinzip als massgeblich bezeichne, wonach auf die Regelung am Ort der Leistung abzustellen sei, während das Binnenmarktgesetz für die Kantone das Herkunftsortsprinzip vorschreibe.[37]

33. Eine Minderheitsmeinung geht demgegenüber davon aus, dass die Anbieterinnen bei der Ausführung von öffentlichem Aufträgen dem GAV am Ort der Baustelle, also am Leistungsort, unterstellet seien, soweit es sich um einen allgemeinverbindlich erklärten GAV handelt.[38] Die Minderheitsmeinung begründet jedoch nicht, wie sich dies mit dem BGBM vereinbaren liesse.

34. Die praktisch einhellige und damit herrschende Rechtslehre vertritt also die Ansicht, dass das Herkunftsprinzip des BGBM auch in Bezug auf die Arbeitsbedingungen bei öffentlichen Beschaffungen anzuwenden ist.

2.3.3 Herkunftsprinzip bezüglich Arbeitsbedingungen – Rechtsprechung

35. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts und der unteren Instanzen hat sich wiederholt mit der Frage der Anwendung des Binnenmarktgesetzes und des Herkunftsprinzips auf öffentliche Beschaffungen der Kantone auseinandergesetzt.

36. Das Bundesgericht hat in einem Leitentscheid festgehalten, dass die im Rahmen einer Ausschreibung statuierte Pflicht zum Abschluss eines GAV eine unzulässige Marktzugangsbeschränkung für ausserkantonale Unternehmen darstellt. Eine solche Pflicht ist unter dem Blickwinkel von Art. 3 Abs. 1 lit. b BGBM als unverhältnismässige und nach Art. 3 Abs. 4 BGBM gar als verdeckte Marktzugangsschranke zu Gunsten einheimischer Interessen zu qualifizieren.[39] Kantonale Beschaffungsstellen könnten damit eine Teilnahme ausserkantonaler Anbieterinnen an einer Ausschreibung nicht davon abhängig machen, dass diese die Bestimmungen eines GAV einzuhalten hätten.[40] Ferner hat das Bundesgericht auch festgehalten, dass kantonale Arbeitsvorschriften gegenüber ausserkantonalen Unternehmen nach Massgabe des

---

34 KLAUS A. VALLENDER/PETER HETTICH/JENS LEHNE, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung, 4. Aufl. 2006, S. 457.

35 EVELYNE CLERC, Loi fédérale sur le marché intérieur, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl., Basel 2013, N. 149 zu Art. 5; ZWALD, Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Fn.32), S. 444, N. 130; DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn. 13), N. 1293.

36 MANFRED WAGNER, Herkunfts- oder Leistungsortsprinzip, BR 1999 S. 51.

37 GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn. 24), S. 225.

38 ESTELLE MATHIS-ZWYGART, Application des conventions collectives de travail aux entreprises de travail temporaire, Jusletter vom 19. Mai 2008, Rz. 86.

39 BGE 124 I 107 E. 2 f.

40 Vgl. auch BGE 130 I 258 E. 2.2; die Einhaltung des GAV war nur «in der Regel» vorgesehen und ein anderweitiger Nachweis branchenüblicher Arbeitsbedingungen blieb möglich.

Herkunftsprinzips gemäss Art. 2 BGBM zu beurteilen sind.[41] Schliesslich hat das Bundesgericht bezüglich einer Beschaffung im Kanton Graubünden und einer Anbieterin mit Niederlassung im Kanton Tessin die kantonale Rechtsprechung bestätigt, dass eine Verpflichtung des ausserkantonalen Anbieters zur Einhaltung der am Leistungsort geltenden Arbeitsbedingungen nicht zulässig sei, solange kein Fall von Sozialdumping vorliege.[42]

37. All diese Urteile zeigen auf, dass das Bundesgericht in konstanter Rechtsprechung die binnenmarktrechtlichen Vorgaben und insbesondere das Herkunftsprinzip nach Art. 2 BGBM auch auf Arbeitsbedingungen anwendet. Nachfolgend erfolgen weitere punktuelle Hinweise auf die kantonale Rechtsprechung und die Praxis der WEKO, welche diese Frage analog behandeln.

38. Das Tessiner Verwaltungsgericht führte in einem Urteil betreffend das Tessiner Gewerbegesetz (LIA) aus, dass die in der LIA vorgesehene Pflicht zur Einhaltung der im Tessin geltenden GAV-Bestimmungen unter dem Blickwinkel des BGBM nur ausnahmsweise erfolgen könne.[43] In einem Fall vor Aargauer Verwaltungsgericht, der die Zulassung von Sicherheitsdienstleistungsunternehmen und auch GAV-Fragen betraf, hielt das Gericht fest, dass für die Zulässigkeit von Arbeitsleistungen das Herkunftsprinzip gelte.[44]

39. Die Praxis der WEKO zu binnenmarktrechtlichen Fragen in Bezug auf Arbeitsbedingungen geht auf das Jahr 1997 zurück. Die WEKO empfahl damals den beiden Kantonen Basel, die Bestimmungen in den Entwürfen für ihre Submissionsgesetze zu streichen, die zwingend den Beitritt oder den Anschluss an einen Gesamtarbeitsvertrag vorschreiben.[45] Die WEKO hat sodann in einem Gutachten vom 16. März 2010 festgehalten, dass sich bei Vorliegen eines GAV ein auswärtiger Anbieter auf das Herkunftsprinzip berufen könne. Inhaltlich ging es um die Frage, welche Arbeitsbestimmungen eine auswärtige Anbieterin bei der Ausführung eines öffentlichen Auftrags im Kanton Waadt einzuhalten hat.[46] Die WEKO hat letztmals in ihrer Empfehlung vom 25. Februar 2019 ausgeführt, dass die Verpflichtung der Respektierung eines GAV als Marktzugangsbeschränkung im Sinne von Art. 3 BGBM anzusehen sei.[47]

40. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Rechtsprechung, insbesondere auch die bundesgerichtliche sowie die Praxis der WEKO einhellig und seit Jahren konsequent das Binnenmarktgesetz und im Speziellen das darin enthaltene Herkunftsprinzip auf Arbeitsbedingungen bei öffentlichen Beschaffungen auf kantonaler Ebene anwendet. Dies bedeutet, dass die kantonalen Arbeitsvorschriften nach Art. 2 Abs. 5 BGBM vermutungsweise als gleichwertig gelten. Ausserkantonale Unternehmen dürfen folglich nur dann den am Leistungsort geltenden Arbeitsvorschriften unterstellt werden, wenn die am Herkunftsort geltenden Vorschriften im Einzelfall nicht gleichwertig sind und eine Gefahr von Sozialdumping besteht.

---

41 Urteil des Bundesgerichts 2C_111/2010 vom 7. Dezember 2010, E. 2.5; Urteil des Bundesgerichts 2C_81/2010 vom 7. Dezember 2010, E. 2.2.

42 Urteil des Bundesgerichts 2D_54/2015 vom 13. April 2016, E. 5.2; Urteil Verwaltungsgericht des Kant. Graubünden vom 9. Juli 2015, U 15 55, E. 3b.

43 Urteil Verwaltungsgericht des Kant. Tessin 52.2016.592 vom 27. Februar 2018, E. 4.3.2.2.

44 Urteil des Verwaltungsgerichts des Kant. Aargau WBE.2013.101/112 vom 19. November 2013, AGVE-2013-41 S. 241, E. 4.2.

45 Empfehlung der Wettbewerbskommission vom 3. November 1997, Submissionsgesetzesentwürfe der Kantone Basel-Land und Basel-Stadt, RPW 1997/4, S. 591.

46 Expertise de la COMCO du 16 mars 2009 à l'intention du Département des infrastructures du canton de Vaud concernant la Compatibilité de l'application aux offreurs externes des conventions collectives de travail cantonales avec la loi sur le marché intérieur.

47 Raccomandazione della Commissione della concorrenza del 25 febbraio 2019, Revisione RLEPI-COSC, N. 34.

2.4 Fazit und Antwort Frage 1

41. Als Fazit aus diesem Kapitel ergibt sich Folgendes: Das BGBM geht als Bundesrecht dem interkantonalen (IVöB) und dem kantonalen Recht vor. Das im BGBM verankerte Herkunftsprinzip nach Art. 2 BGBM gelangt auch bei öffentlichen Beschaffungen auf kantonaler Ebene zur Anwendung. Dies ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte, der herrschenden Lehre und insbesondere auch der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.

42. Die Frage 1, inwieweit die Kantone in der neuen IVöB aufgrund der Vorgaben des BGBM hinsichtlich der Arbeitsbedingungen anstelle des heute von den Kantonen berücksichtigten Herkunftsprinzips die alternative Anwendung des Leistungsortsprinzips einführen können, ist deshalb wie folgt zu beantworten: Eine generell-abstrakte Regelung in der IVöB, wonach alle Unternehmen mit Sitz in der Schweiz bei der Ausführung von kantonalen Aufträgen stets den am Ort der Leistungserbringung geltenden Arbeitsvorschriften unterstehen, wäre mit der binnenmarktrechtlichen Gleichwertigkeitsvermutung und dem Herkunftsprinzip nicht vereinbar.

43. Hingegen wäre es den Kantonen aus binnenmarktrechtlicher Perspektive unbenommen, bei der Rechtsanwendung im Einzelfall unter den Voraussetzungen von Art. 2 Abs. 5 BGBM und Art. 3 BGBM ausnahmsweise die am Ort der Leistungserbringung geltenden Bestimmungen als anwendbar zu erklären. Die Anwendung der am Ort der Leistungserbringung geltenden Arbeitsvorschriften ist dann BGBM-konform, wenn am Herkunftsort keine gleichwertigen Vorschriften gelten und ein überwiegendes öffentliches Interesse (z.B. Schutz vor Sozialdumping) die Anwendung der Vorschriften des Leistungsorts rechtfertigt. Dies könnte zum Beispiel bei unterschiedlichen GAV mit substantiellen Differenzen bei den Lohnniveaus der Fall sein.

3 Frage 2: Leistungsortsprinzip gemäss revBöB und Frage der Abweichung vom BGBM?

44. Dieses Kapitel umfasst die Beantwortung der zweiten vom InöB gestellten Frage. Die Frage 2 lautet wie folgt:

2. Wie verhält sich das in Art. 12 Abs. 1 BöB geregelte Leistungsortsprinzip gegenüber dem im BGBM statuierten Herkunftsprinzip? Bietet diese Norm oder ein anderer bundegesetzlicher Erlass (z.B. Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen; SR 221.215.311) den Kantonen und den Gemeinden allenfalls Raum für die alternative Anwendung des Leistungsortsprinzips bei ihren Beschaffungen?

45. Um diese Fragen zu beantworten, wird thematisch aufgeteilt zuerst das Verhältnis von Art. 12 Abs. 1 revBöB zum BGBM beschrieben (Frage 2, erste Teilfrage) und anschliessend die Frage einer Grundlage für das Leistungsortsprinzip in anderen Bundeserlassen (Frage 2, zweite Teilfrage) geprüft.

3.1 Verhältnis von Art. 12 Abs. 1 revBöB zum BGBM

3.1.1 Art. 12 Abs. 1 revBöB

46. Art. 12 Abs. 1 rev. BöB lautet wie folgt:

Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen, der Arbeitsbedingungen, der Lohngleichheit und des Umweltrechts

[1] Für die im Inland zu erbringenden Leistungen vergibt die Auftraggeberin einen öffentlichen Auftrag nur an Anbieterinnen, welche die am Ort der Leistung massgeblichen Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen, die Melde- und Bewilligungspflichten nach dem Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 gegen die Schwarzarbeit (BGSA) sowie die Bestimmungen über die Gleichbehandlung von Frau und Mann in Bezug auf die Lohngleichheit einhalten.

47. Ein Gesetz ist in erster Linie aus sich selbst heraus auszulegen, das heisst nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zu Grunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode.[48] Der historischen Auslegung kommt mehr Gewicht zu, wenn es sich um ein jüngeres Gesetz handelt.[49] Im Rahmen einer sog. systematischen Auslegung kann auch der Zusammenhang mit anderen Gesetzesvorschriften berücksichtigt werden.[50] Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Ordnung zu unterstellen.[51]

48. Der Wortlaut von Art. 12 Abs. 1 revBöB stellt klar, dass «die am Ort der Leistung massgeblichen Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen» im Geltungsbereich des revidierten Bundesbeschaffungsrecht zur Anwendung kommen und damit das Leistungsortsprinzip gilt. Damit wird auf Bundesebene gemäss klarem Wortlaut von Art. 12 Abs. 1 revBöB weiterhin das Leistungsortsprinzip gelten.

49. Im bundesrätlichen Entwurf zum neuen BöB war ursprünglich vorgesehen, für Anbieterinnen mit Sitz in der Schweiz das im aktuellen BöB statuierte Leistungsortsprinzip aufzuheben und das Herkunftsprinzip einzuführen.[52] Das Parlament entschied jedoch, auf Bundesbeschaffungsebene das Leistungsortsprinzip beizubehalten (Art. 12 Abs. 1 revBöB).

50. In der parlamentarischen Beratung wurde dabei darauf hingewiesen, dass für die Kantone gemäss Binnenmarktgesetz das Herkunftsprinzip gelte und deshalb innerhalb der Schweiz eine wesentliche Disharmonisierung zwischen Bund und Kantonen erfolgen würde. Es würde wie bis anhin beim Bund das Leistungsortprinzip und bei den Kantonen das Herkunftsortprinzip gelten.[53] Der zuständige Bundesrat Ueli Maurer hatte im Parlament ausdrücklich auf diesen Umstand hingewiesen.[54] Aus den parlamentarischen Beratungen geht damit hervor, dass das Parlament eine unterschiedliche Regelung auf Bundes- und kantonaler Ebene explizit in Kauf genommen hat.

51. In rechtssystematischer Hinsicht ist festzuhalten, dass das revBöB auf die Vergabe öffentlicher Aufträge durch unterstellte Auftraggeberinnen des Bundes Anwendung findet (Art. 1 revBöB). Demgegenüber gelten auf kantonaler und kommunaler Ebene in beschaffungsrechtlicher Hinsicht insbesondere die IVöB und die kantonale Ausführungsgesetzgebung. Der subjektive Geltungsbereich des BöB und der IVöB sind nicht deckungsgleich, indem die IVöB im Unterschied zum BöB ausserhalb des Staatsvertragsbereichs etwa auch private Träger öffentlicher Aufgaben und subventionierte Beschaffungen dem Beschaffungsrecht unterstellt und zudem auch tiefere Schwellenwerte vorsieht.

52. Diese Ausdehnung des Beschaffungsrechts auf kantonaler Ebene dient in erster Linie der Verwirklichung eines einheitlichen Wirtschaftsraums Schweiz und bezweckt die Umsetzung der binnenmarktgesetzlichen Anforderungen. Es ist vor diesem Hintergrund nicht systemwidrig, wenn der Bund mit Blick auf seinen verfassungsmässigen Auftrag zur Verwirklichung eines Binnenmarktes Schweiz (Art. 95 Abs. 2 BV) über das BGBM andere Anforderungen an die kantonale Beschaffung stellt als das BöB für die Bundesbeschaffung vorsieht.

53. Die in Art. 5 BGBM enthaltenen Vorgaben richten sich an die öffentlichen Beschaffungen durch Kantone, Gemeinden und andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben. Daraus folgt, dass das BGBM auf die dem BöB unterstellten Beschaffungen grundsätzlich keine

---

48 Z.B. BGE 141 V 642 E. 4.2.

49 BGE 137 V 167 E. 3.2; BGE 140 IV 108 E. 6.6.5.

50 BGE 145 III 133 E. 6.

51 Statt vieler: BGE 139 V 442 E. 4.1.

52 Vgl. vorne Rz. 10.

53 AB 2018 S 974.

54 AB 2018 N 1008.

Anwendung findet. Dies soll auch unter dem revBöB so fortbestehen. Die heute durch das BGBM gewährleisteten Mindeststandards und die heutigen Vollzugsaufgaben der WEKO gelten unverändert nur für das kantonale und kommunale Beschaffungswese.[55]

54. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass mit der Revision des Bundesbeschaffungsrechts gleichzeitig auch das Binnenmarktgesetz in Art. 5 und Art. 9 BGBM geändert wurde. Art. 5 Abs. 1 des revidierten Binnenmarktgesetzes wird neu wie folgt lauten: «Stützt sich eine Beschaffung oder die Übertragung einer Monopolnutzung auf die Interkantonale Vereinbarung, welche die Kantone aufgrund des Protokolls vom 30. März 2012 zur Änderung des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen abschliessen, so wird vermutet, dass die Anforderungen dieses Gesetzes eingehalten werden». Diese Vermutung ist widerlegbar, so dass das (inter-)kantonale Vergaberecht sowie die kantonale Vergabepraxis weiterhin auf ihre BGBM-Konformität zu prüfen sind. Indem der Gesetzgeber im Rahmen der zeitgleichen Gesetzesrevision des BöB und des BGBM keine materiell-rechtlichen Ergänzungen oder Änderungen vorgenommen hat, bringt er zum Ausdruck, dass auch die Anwendung des Herkunftsprinzips im Bereich des kantonalen Beschaffungswesens unverändert Geltung haben soll.

3.1.2 Fazit und Antwort Frage 2, erste Teilfrage

55. Die zweite Frage und deren erste Teilfrage lautet, wie sich das in Art. 12 Abs. 1 revBöB geregelte Leistungsortsprinzip gegenüber dem im BGBM statuierten Herkunftsprinzip verhält. Aufgrund der vorstehenden Auslegungen ergibt sich, dass im Geltungsbereich des revBöB, also prinzipiell auf Bundesebene, am Leistungsortsprinzip festgehalten wird, während bei öffentlichen Beschaffungen durch Kantone, Gemeinden und andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben, das heisst im Bereich der IVöB und der kantonalen Gesetzgebung, weiterhin das Herkunftsprinzip gemäss BGBM gilt. Der Gesetzgeber hat diese Divergenz in Kauf genommen.

56. Weiter wird gefragt, ob Art. 12 Abs. 1 revBöB allenfalls Raum für die alternative Anwendung des Leistungsortsprinzips bei kantonalen oder kommunalen Beschaffungen bietet. Diese Frage ist zu verneinen. Das revBöB regelt die Bundesbeschaffung, während das BGBM in unveränderter Form gewisse Mindestanforderungen an die kantonale Beschaffung stellt. Diese beiden Erlasse stehen aufgrund der unterschiedlichen Regelungsgegenstände in keinem Normenkonflikt, weshalb sich aus Art. 12 Abs. 1 revBöB nichts mit Blick auf die kantonale Beschaffung ableiten lässt.

3.2 Grundlagen für Leistungsortsprinzip in anderen Bundeserlassen?

57. In diesem Kapitel ist die zweite Teilfrage von Frage 2 vom InöB zu beantworten, die wie folgt lautet:

> 2 [...]. Bietet [...] ein anderer bundegesetzlicher Erlass (z.B. Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen; SR 221.215.311) den Kantonen und den Gemeinden allenfalls Raum für die alternative Anwendung des Leistungsortsprinzips bei ihren Beschaffungen?

3.2.1 BG über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen

58. Gemäss Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen[56] (AVEG) kann der Geltungsbereich eines zwischen Verbänden abgeschlossenen Gesamtarbeitsvertrages auf Antrag aller Vertragsparteien durch Anordnung der zuständigen Behörde (Allgemeinverbindlicherklärung) auf Arbeitgeber und Arbeitnehmer des betreffenden Wirtschaftszweiges oder Berufes ausgedehnt werden, die am Vertrag nicht

---

55 Botschaft rev.-BöB (Fn. 24), 144 f.

56 Bundesgesetz vom 28. September 1956 über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (SR 221.215.311; AVEG).

beteiligt sind. Art. 2 Abs. 2 AVEG sieht vor, dass Gegenstand der Allgemeinverbindlicherklärung nur Bestimmungen sein können, die gemäss Art. 323 des OR[57] unmittelbar für die beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer gelten oder in Bezug auf welche eine Vereinbarung gemäss Art. 323ter OR getroffen worden ist.

59. Zur Wirkung auf die nicht beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer hält Art. 4 Abs. 1 AVEG fest, dass die Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages im Sinne von Art. 323 OR[58] sowie die Verpflichtungen der beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer gegenüber den Vertragsparteien im Sinne von Art. 323ter OR[59] auch für die am Vertrag nicht beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer gelten, auf die der Geltungsbereich ausgedehnt wird.

60. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob ein (regional) allgemeinverbindlich erklärter GAV erlauben würde, vom Herkunftsortsprinzip abzuweichen. Das AVEG enthält hierzu keine Bestimmungen und äussert sich auch nicht explizit zur räumlichen Anwendung von regionalen AVE GAV. In sachlicher Hinsicht unterscheiden sich zudem das AVEG und das Binnenmarktgesetz. Während das AVEG prinzipiell die Beziehungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern regelt, ordnet das Binnenmarktgesetz den Marktzugangsbedingungen im innerschweizerischen Wirtschaftsverkehr.

61. Die in diesem Kapitel zu beantwortende Frage weist gewisse Bezüge zum im Kapitel 2.3 behandelten Thema des Herkunftsprinzips bezüglich Arbeitsbedingungen auf, weshalb auch auf die dortigen Ausführungen zu verweisen ist.

62. Von Bedeutung ist insbesondere die erwähnte Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach bei der Frage bei der Frage der Notwendigkeit einer Allgemeinverbindlicherklärung eines GAV grundsätzlich das binnenmarktgesetzliche Herkunftsprinzip nach Art. 2 BGBM gelte.[60] Entsprechend ist auch bei regional allgemein verbindlich erklärten GAV jeweils von der Gleichwertigkeit der am Herkunftsort der Anbieter geltenden Arbeitsvorschriften auszugehen. Nur wenn diese Gleichwertigkeitsvermutung widerlegt ist, kann zur Verhinderung von Sozialdumping der regional allgemein verbindlich erklärte GAV auch auf ausserkantonale Anbieter angewendet werden.

63. In weiteren Urteilen hat das Bundesgericht festgehalten, dass ein Betrieb für im Kanton ausgeführte Arbeiten dem kantonalen und für ausserkantonale Arbeiten dem nationalen Gesamtarbeitsvertrag untersteht, das Binnenmarktgesetz nicht verletze. Solche Beschränkungen des freien Marktzugangs scheinen mit dem Binnenmarktgesetz vereinbar zu sein, wenn sie in gleicher Weise für lokale Anbieter gelten und für die Wahrung übergeordneter öffentlicher Interessen und für die Verfolgung sozialpolitischer Ziele unerlässlich sind (Art. 3 Abs. 1 lit. a und b sowie Art. 3 Abs. 2 lit. d BGBM).[61] Zudem hat das Bundesgericht in Bezug auf das AVEG festgehalten, dass der Vorschlag, staatliche Hilfe für Unternehmen an die Voraussetzung des Abschlusses eines Gesamtarbeitsvertrages zu knüpfen, gegen Bundesrecht und namentlich gegen das Binnenmarktgesetz verstosse.[62]

64. Als Fazit ergibt sich für dieses Kapitel, dass das Binnenmarktgesetz und das darin enthaltene Herkunftsprinzip auch in Bezug auf das AVEG anzuwenden ist. Eine Grundlage für eine Abweichung vom Herkunftsprinzip oder für eine alternative Anwendung des Leistungsortsprinzips besteht auf Erlassebene nicht.

---

57 Der erwähnte Art. 323ter OR entspricht in der heutigen Fassung Art. 357b OR.

58 Entspricht in der heutigen Fassung Art. 357 und 341 Abs. 1 OR.

59 Entspricht in der heutigen Fassung Art. 357b Abs. 1 lit. b OR.

60 Urteil des Bundesgerichts 2C_111/2010 vom 7. Dezember 2010, E. 2.5; Urteil des Bundesgerichts 2C_81/2010 vom 7. Dezember 2010, E. 2.2.

61 BGE 128 II 13 E 5.b.

62 BGE 124 I 107 E. 2-4.

3.2.2 Andere Bundeslasse

65. Andere Bundeserlasse, welche dem Herkunftsprinzip gemäss Binnenmarktgesetz vorgehen und die Einführung des Leistungsortsprinzips für Arbeitsbedingungen erlauben würden, sind der WEKO nicht bekannt. Das BGBM ist als Rahmengesetz konzipiert und hält die Grundsätze des freien Marktzugangs fest.[63] Als Rahmenerlass kommt das BGBM innerhalb seines Geltungsbereichs mangels spezialgesetzlicher Ausnahmen regelmässig zur Anwendung.

3.2.3 Fazit und Antwort Frage 2, zweite Teilfrage

66. Mit der zweiten Teilfrage von Frage 2 hat sich die InöB erkundigt, ob ein anderer bundesgesetzlicher Erlass, wie z.B. das AVEG, den Kantonen und den Gemeinden allenfalls Raum für die alternative Anwendung des Leistungsortsprinzips bei ihren Beschaffungen gibt. Diese Frage ist zu verneinen. Weder das AVEG noch andere Bundeserlasse ermöglichen eine Einführung des Leistungsortsprinzips auf kantonaler Erlassebene. Hingegen kann vom binnenmarktrechtlichen Herkunftsprinzip unter den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM in konkreten Anwendungsfällen abgewichen werden.

4 Frage 3: Geplante Formulierung in der revidierten IVöB

67. Die Frage 3 lautet folgendermassen:

> 3. Falls der zweite Teil von Frage 2 mit ja beantwortet wird, wäre mit der geplanten Formulierung der revidierten IVöB die alternative Anwendung des Leistungsortsprinzips abgedeckt?

68. Da der zweite Teil von Frage verneinend beantwortet wurde, erübrigt sich eine Antwort auf diese Frage, da eine alternative Einführung des Leistungsortsprinzips auf Erlassstufe im kantonalen Bereich nicht möglich ist.

69. Hingegen sind an diese Stelle einige Anmerkungen zu den zur Frage 3 als Beilage zur Gutachtensanfrage zugestellten Unterlagen[64] beizufügen. Art. 12 Abs. 1 der geplanten IVöB sieht vor, dass der Auftraggeber einen öffentlichen Auftrag für die im Inland zu erbringenden Leistungen nur an Anbieter erteilt, welche die im Inland massgeblichen Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen, die Melde- und Bewilligungspflichten nach dem BGSA sowie die Bestimmungen über die Gleichbehandlung von Frau und Mann in Bezug auf die Lohngleichheit einhalten. In der zugestellten Musterbotschaft wird dabei in zutreffender Weise auf das Herkunftsprinzip gemäss BGBM hingewiesen.

70. Hierzu ist anzumerken, dass vom im BGBM vorgesehenen Herkunftsprinzip zwar nicht allgemein auf Erlassstufe abgewichen werden kann, jedoch bei der Rechtsanwendung im Einzelfall unter den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM. Dabei wäre im Falle von klarem Sozialdumping eine solche Prüfung berechtigt. Ausländische Anbieterinnen können sich generell nicht auf das BGBM berufen, wenn sie keine Niederlassung oder keinen Sitz in der Schweiz haben. Das BGBM wirkt also nur im inländischen Binnenmarktbereich.

71. Sowohl der Auszug aus der zu revidierenden IVöB als auch die dazugehörige Musterbotschaft des InöB scheinen tendenziell im Einklang mit der gestützt auf das Binnenmarktgesetz bestehenden Rechtslage zu stehen.

---

63 DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn. 13), N. 148.

64 Auszüge aus der geplanten revidierten IVöB (Art. 12 Abs. 1 und Art. 63 Abs. 4) und der geplanten Musterbotschaft zur revidierten IVöB (Art. 12 Abs. 1 und Art. 63 Abs. 4).

5 Ergebnis

72. Zusammenfassend kommt die WEKO gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu den nachstehenden Ergebnissen und beantwortet die vom InöB gestellten Fragen wie folgt:

Antwort auf Frage 1:

73. Die Kantone können aufgrund der Vorgaben des BGBM und des darin verankerten Herkunftsprinzips nicht auf Erlassstufe ein generelles Leistungsortsprinzip einführen. Eine solche Einführung des Leistungsortsprinzips würde im Widerspruch zum BGBM stehen. Hingegen wäre es den Kantonen unbenommen, in der Rechtsanwendung unter den Voraussetzungen von Art. 2 Abs. 5 und Art. 3 BGBM im Einzelfall die am Ort der Leistungserbringung geltenden Arbeitsvorschriften als anwendbar zu erklären.

Antwort auf Frage 2, erste Teilfrage:

74. Das BGBM gilt unbenommen von Art. 12 Abs. 1 revBöB auch weiterhin bei öffentlichen Beschaffungen durch Kantone, Gemeinden und andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben, damit im Bereich der IVöB und der kantonalen Gesetzgebung.

75. Art. 12 Abs. 1 revBöB bietet keinen Raum für die alternative Einführung des Leistungsortsprinzips bei kantonalen oder kommunalen Beschaffungen. Der Geltungsbereich des revBöB ist prinzipiell auf Bundesebene beschränkt. In Bezug auf das BGBM wurden hinsichtlich des Herkunftsprinzips keine Änderungen vorgenommen.

Antwort auf Frage 2, zweite Teilfrage:

76. Es bestehen keine Grundlagen in anderen Bundeserlassen für die Einführung des Leistungsortsprinzips. Weder das AVEG noch andere Bundeserlasse ermöglichen eine generelle Einführung des Leistungsortsprinzips auf kantonaler Erlassebene.

Wettbewerbskommission

Prof. Dr. Andreas Heinemann
Präsident

Prof. Dr. Patrik Ducrey
Direktor