

GUTACHTEN

zuhanden des

GROSSEN RATES DES KANTONS BERN

betreffend

**GÜLTIGKEIT DER VOLKSINITIATIVE "FÜR FAIREN WETTBEWERB
UND ZUM SCHUTZ VON GEWERBE UND BESCHÄFTIGTEN
IM KANTON BERN"**

erstellt von

**PROF. DR. FELIX UHLMANN, LL.M., ADVOKAT
PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH**

Datum: 23. Dezember 2019

INHALTSVERZEICHNIS

I.	Ausgangslage und Gutachtensauftrag	3
II.	Inhalt der Initiative	5
	1. Arbeitsbedingungen gemäss GAV am Leistungsort	5
	2. Verbot von Sub-Subunternehmen	7
III.	Begriff des übergeordneten Rechts	8
	1. Einhaltung des übergeordneten Rechts als Gültigkeitsvoraussetzung kantonaler Volksinitiativen	8
	2. Übergeordnete Rechtsgrundlagen und ihr Verhältnis zueinander	8
	a) Bundesverfassung	8
	b) Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM)	9
	c) Weitere Rechtsgrundlagen des Bundes, insbesondere das BöB	9
	d) Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB)	10
IV.	Arbeitsbedingungen am Leistungsort (Art. 8 lit. d ÖBG)	12
	1. Herkunftsort- und Leistungsortsprinzip	12
	2. Beurteilung der Initiative	15
	3. Regelung im BöB	17
V.	Verbot von Sub-Subunternehmen (Art. 9 Abs. 1bis ÖBG)	19
VI.	Teilungültigerklärung?	21
VII.	Fazit	22

I. Ausgangslage und Gutachtensauftrag

- 1 Die "Volksinitiative für fairen Wettbewerb und zum Schutz von Gewerbe und Beschäftigten im Kanton Bern" ist am 2. Oktober 2018 eingereicht worden (vgl. dazu und nachfolgend: Vortrag des Regierungsrates an den Grossen Rat zum Grossratsbeschluss betreffend die Gesetzesinitiative "Für fairen Wettbewerb und zum Schutz von Gewerbe und Beschäftigten im Kanton Bern" vom 14. August 2019, im Folgenden "Vortrag", S. 1 ff.). Verlangt wird in der Form eines ausgearbeiteten Entwurfs eine Teilrevision des Gesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Juni 2002 (ÖBG, BSG 731.2). Geändert bzw. ergänzt werden sollen Art. 8 ÖBG, der die Arbeitsbedingungen betrifft, sowie Art. 9 ÖBG, der sich auf Subunternehmen bezieht.
- 2 Am 24. Oktober 2018 stellte der Regierungsrat des Kantons Bern das Zustandekommen der Initiative fest. Nach Vorarbeiten der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (BVE) des Kantons Bern beantragte der Regierungsrat mit Vortrag vom 14. August 2019 die Ablehnung der Initiative. Nach Auffassung des Regierungsrates verletzt die Initiative kein übergeordnetes Recht und ist auch unter den anderen Voraussetzungen von Art. 59 Abs. 2 KV gültig. Er lehnt die Initiative aber ab, weil er die Ergänzung in Art. 8 Abs. 1 lit. d ÖBG für "unnötig und missverständlich" hält, das Verbot von Subunternehmerketten für zu weitgehend erachtet und der Auffassung ist, dass die heute geltenden Vorschriften gegen Lohndumping genügen (Vortrag, S. 13).
- 3 Die vorberatende Bau-, Energie, Verkehrs- und Raumplanungskommission (BaK) des Grossen Rates des Kantons Bern äusserte Zweifel an der Gültigkeit der Initiative (Medienmitteilung der BaK vom 18. Oktober 2019). Aus diesem Grund hat sie den Unterzeichnenden für die Erstellung eines Gutachtens angefragt. Konkret unterbreitete sie folgende zwei Fragen:

"Frage 1: Wie ist die Gültigkeit der kantonalen Volksinitiative «Für fairen Wettbewerb und zum Schutz von Gewerbe und Beschäftigten im Kanton Bern» unter Berücksichtigung von Artikel 59 der bernischen Kantonsverfassung zu beurteilen, insbesondere in Bezug auf die Vereinbarkeit mit übergeordnetem Recht, namentlich der Wirtschaftsfreiheit, dem Kollektivarbeitsrecht des Bundes und übergeordnetem öffentlichen Beschaffungsrecht?

Frage 2: Gibt die Analyse Anlass zu weiteren Bemerkungen, die für die Fragestellung von Bedeutung sein könnten?"
- 4 Der Auftrag zur Gutachtenserstellung wurde am 20. November 2019 erteilt. Der Unterzeichnende übermittelte der BaK am 10. Dezember einen ersten Entwurf. Nach Rückmeldungen der BaK wurde das Gutachten weitgehend unverändert unterzeichnet, versandt und am 30. Januar 2020 in der Kommission besprochen.
- 5 Aufgrund der relativ engen zeitlichen Vorgaben konzentriert sich das Gutachten auf die kritischen Fragen. Vertieft werden diejenigen Bereiche behandelt, wo Differenzen zur Einschätzung des Regierungsrates bestehen oder wo Erkenntnisse berücksichtigt

werden können, die dem Regierungsrat noch nicht zur Verfügung gestanden haben. Das gilt insbesondere für das Gutachten Nr. 622-00004 der Wettbewerbskommission (WEKO) betreffend Zulässigkeit des Leistungsortsprinzips für Arbeitsbedingungen im kantonalen Beschaffungsrecht zuhanden des Interkantonalen Organs für das öffentliche Beschaffungswesen (InöB) vom 21. Oktober 2019 (<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letzte-entscheide.html>, im Folgenden "Gutachten WEKO"). Das Quellenmaterial wurde dort herangezogen, wo es nicht bereits ausführlich aufgearbeitet ist.

II. Inhalt der Initiative

1. Arbeitsbedingungen gemäss GAV am Leistungsort

6 Die Initiative schlägt zwei Änderungen in Art. 8 und Art. 9 ÖBG vor. Art. 8 ÖBG regelt die Sanktionen gegen Auftragnehmer, welche gegen wesentliche Pflichten des Vergaberechts verstossen. Art. 8 Abs. 1 lit. d ÖBG in der heutigen Fassung zählt dazu die Einhaltung der Arbeitsbedingungen, "welche namentlich hinsichtlich Entlohnung, Lohngleichheit für Mann und Frau sowie Sozialleistungen der Gesetzgebung und dem Gesamtarbeitsvertrag der Branche entsprechen." Diese Bestimmung soll um folgenden Zusatz erweitert werden:

"Die im GAV festgelegten Arbeits- und Lohnbestimmungen gelten als orts- und branchenüblich und sind auch für in- und ausländische Unternehmungen, die im Kanton Bern Dienstleistungen erbringen und die keinem GAV ihrer Branche unterstellt sind, verbindlich."

7 In der Begründung der Initiantinnen und Initianten wird insbesondere vorgebracht, dass "Subunternehmerketten bei öffentlichen Aufträgen [...] den fairen Wettbewerb [untergraben]" (<https://www.fairerwettbewerb.ch/ziele/>, im Folgenden: "Initiativbegründung"). Weiter:

"Statt eigener Leistungen zu erbringen, geben viele Unternehmen einen gewonnenen Auftrag gegen eine finanzielle Abgeltung an andere Unternehmen weiter. Auf jeder Stufe werden Mittel abgezweigt auf Kosten der Unternehmen und ihrer Beschäftigten, die am Ende den Auftrag ausführen. Diese Auftrags-Weitergabe über mehrere Stufen ist unfair und soll eingeschränkt werden."

8 Eine spezifische Erläuterung zur Ergänzung in Art. 8 Abs. 1 lit. d ÖBG wird soweit ersichtlich nicht gegeben. Das BVE hat mit den Initiantinnen und Initianten ein Gespräch geführt (Vortrag, S. 2). In diesem Gespräch führten Initiantinnen und Initianten aus, dass dieser Teil der Initiative "konkretisieren [soll], welche Arbeitsbedingungen als orts- und branchenüblich gelten, wenn kein allgemeinverbindlicher Gesamtarbeitsvertrag für die Branche besteht" (Vortrag, S. 2).

9 Im Wortlaut der Initiative werden als Bezugspunkt für die Arbeitsbedingungen "die im GAV festgelegten Arbeits- und Lohnbestimmungen" genannt. Bezugspunkt des bisherigen Rechts war (neben Lohngleichheit und gesetzlichen Pflichten) der "Gesamtarbeitsvertrag der Branche" (Art. 8 Abs. 1 lit. d ÖBG). Nicht näher erläutert wird, welcher GAV in der Initiative nun gemeint ist, ob dieser allgemeinverbindlich, und wenn nein, wie verbreitet dieser ist etc. Der Wortlaut "im" (Singular) legt eigentlich nahe, dass es nur einen GAV gibt. Der "GAV der Branche" im vorangehenden Satz dürfte aber nicht gemeint sein, da dieser gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. d Satz 1 ÖBG ohnehin schon gilt. Auch nicht gemeint ist offenbar ein GAV (der Branche), der allgemeinverbindlich erklärt worden ist (Vortrag, S. 2; vgl. zu den in Bund und Kantonen allge-

2. Verbot von Sub-Subunternehmen

14 Art. 9 ÖBG regelt den Beizug von Subunternehmen. Deren Name und der Umfang der von ihnen auszuführenden Arbeiten müssen vom Auftragnehmer bekannt gegeben werden (Art. 9 Abs. 1 ÖBG). Die Einhaltung der Bedingungen nach Art. 8 ist vertraglich zu gewährleisten (Art. 9 Abs. 2 ÖBG) und durch Konventionalstrafen zu sichern (Art. 9 Abs. 3 ÖBG).

15 Die Initiative schlägt eine Ergänzung in Art. 9 Abs. 1^{bis} ÖBG vor. Diese Bestimmung lautet wie folgt:

"Die Weitervergabe von Leistungen durch Subunternehmen an Sub-Subunternehmen ist untersagt; die Zuschlagsempfängerin oder der Zuschlagsempfänger stellt sicher, dass eine solche Weitervergabe nicht erfolgt. In begründeten Fällen kann die Auftraggeberin oder der Auftraggeber Ausnahmen zulassen; solche Ausnahmen werden in den Ausschreibungsunterlagen angekündigt."

16 Verboten werden sollen laut Initiantinnen und Initianten "Subunternehmerketten", da der Lohnschutz bei Sub-Subunternehmen nicht gewährleistet sei:

"Am Ende dieser Ketten stehen Beschäftigte, die die Arbeiten für einen Bruchteil der vorgesehenen Entschädigung erledigen. Ihre Löhne sind bisweilen skandalös tief. Das öffentliche Beschaffungswesen muss den Lohnschutz berücksichtigen. Löhne gemäss Gesamtarbeitsvertrag sind für alle öffentlichen Aufträge selbstverständlich."

17 Aus dem Wortlaut der Initiative wird klar, dass die Weitergabe an Subunternehmer zulässig bleiben würde. Unzulässig ist nur deren Untervergabe an weitere Unternehmen. Die Ausschreibungsunterlagen können Ausnahmen vorsehen, wobei dem Wortlaut und der Begründung keine weiteren Angaben zu entnehmen sind, an welche Fälle gedacht wurde. Die Initiative lässt Spielraum, macht aber auch klar, dass Untervergaben die Ausnahme bleiben müssen (so auch Regierungsrat, Vortrag, S. 11).

III. Begriff des übergeordneten Rechts

1. Einhaltung des übergeordneten Rechts als Gültigkeitsvoraussetzung kantonaler Volksinitiativen

18 Gemäss Art. 59 Abs. 2 lit. a KV sind Initiativen ganz oder teilweise ungültig zu erklären, wenn sie "gegen übergeordnetes Recht" verstossen. Andere Ungültigkeitsgründe (Undurchführbarkeit, Einheit der Form und Einheit der Materie) werfen vorliegend keine Fragen auf (vgl. Vortrag, S. 6) und sind nicht näher zu prüfen.

19 Der Begriff "übergeordnetes Recht" wird im Gesetz über die politischen Rechte (PRG) vom 5. Juni 2012 (BSG 141.1) nicht weiter ausgeführt. Gemeint sind für die Gesetzesinitiative alle Erlasse, die dem kantonalen Gesetz vorgehen, also die Kantonsverfassung, Konkordate, Bundesrecht sowie internationales Recht.

20 Die Initiative ist zugunsten der Initiantinnen und Initianten in Richtung Gültigkeit auszulegen (vgl. Vortrag, S. 3 m.w.H.). Im Gegensatz zu anderen Kantonen verlangt der Kanton Bern aber nicht einen *offensichtlichen* Verstoss gegen übergeordnetes Recht. Für einen anderen Fall im Kanton Bern hat das Bundesgericht unlängst festgehalten (BGE 144 I 193 ff., 198 E. 7.3.1 m.w.H.):

"Für die Beurteilung der materiellen Rechtmässigkeit einer Volksinitiative ist deren Text nach den anerkannten Interpretationsgrundsätzen auszulegen. Grundsätzlich ist vom Wortlaut der Initiative auszugehen und nicht auf den subjektiven Willen der Initianten abzustellen. Eine allfällige Begründung des Volksbegehrens darf mitberücksichtigt werden, wenn sie für das Verständnis der Initiative unerlässlich ist. Massgeblich ist bei der Auslegung des Initiativtextes, wie er von den Stimmberechtigten und späteren Adressaten vernünftigerweise verstanden werden muss. Von verschiedenen Auslegungsmöglichkeiten ist jene zu wählen, die einerseits dem Sinn und Zweck der Initiative am besten entspricht und zu einem vernünftigen Ergebnis führt und welche andererseits im Sinne der verfassungskonformen Auslegung mit dem übergeordneten Recht von Bund und Kanton vereinbar erscheint. Kann der Initiative ein Sinn beigemessen werden, der sie nicht klarerweise als unzulässig erscheinen lässt, ist sie nach dem Günstigkeitsprinzip bzw. dem Grundsatz 'in dubio pro populo' als gültig zu erklären und der Volksabstimmung zu unterstellen."

21 Diese Vorgaben sind einschlägig.

2. Übergeordnete Rechtsgrundlagen und ihr Verhältnis zueinander

a) Bundesverfassung

22 Bei der Prüfung der Initiative auf ihre Übereinstimmung mit der Bundesverfassung steht die *Wirtschaftsfreiheit* im Vordergrund. Die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) vermittelt zwar keinen eigentlichen Anspruch auf einen öffentlichen Auftrag, doch verbietet der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 BV) wettbewerbsverzerrende Mass-

nahmen (FELIX UHLMANN, Art. 27, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney [Hrsg.], Schweizerische Bundesverfassung, Basel 2015, Rz. 26). Darunter fallen auch Massnahmen, die dem Prinzip des freien Binnenmarktes zuwiderlaufen (UHLMANN, a.a.O., Art. 27 Rz. 45; vgl. auch UHLMANN, a.a.O., Art. 94 Rz. 10).

b) Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM)

23 Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (Binnenmarktgesetz, BGBM, SR 943.02) regelt in Art. 5 Abs. 1 BGBM die öffentlichen Beschaffungen durch Kantone, Gemeinden und andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben. Die entsprechenden kantonalen und interkantonalen Vorschriften "dürfen Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht in einer Weise benachteiligen, welche Artikel 3 widerspricht." Art. 3 Abs. 1 BGBM hält fest, dass ortsfremden Anbieterinnen und Anbietern der freie Zugang zum Markt nur dann eingeschränkt werden darf, wenn die Einschränkungen gleichermassen auch für ortsansässige Personen gelten, zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich und verhältnismässig sind. Die Voraussetzungen sind kumulativ erforderlich (möglicherweise einschränkender Vortrag, S. 4).

24 Das BGBM stellt im Wesentlichen eine gesetzgeberische Konkretisierung der Wirtschaftsfreiheit dar. Für die Kantone dürften verfassungsrechtliche Analyse und Analyse unter dem BGBM weitgehend identisch sein, so dass mindestens bei der Überprüfung von Einschränkungen des Marktzugangs für fremde Anbieter kaum Raum für eine eigenständige verfassungsrechtliche Analyse verbleibt (vgl. UHLMANN, a.a.O., Art. 95 Rz. 9 ff.).

c) Weitere Rechtsgrundlagen des Bundes, insbesondere das BöB

25 Zum übergeordneten Recht gehören auch alle anderen Rechtsgrundlagen des Bundes. Dies ergibt sich bereits aufgrund der derogatorischen Kraft des Bundesrechts (Art. 49 Abs. 1 BV).

26 Besonders zu erwähnen ist das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (BöB, SR 172.056.1). Es wurde totalrevidiert und von den Räten am 21. Juni 2019 verabschiedet (rev. BöB, BBI 2019, 4505 ff.). Die Referendumsfrist ist am 10. Oktober 2019 unbenutzt abgelaufen. Der Bundesrat wird das Datum des Inkraftsetzens festlegen (Art. 63 rev. BöB); als Datum wird der 1. Januar 2021 angestrebt (<https://www.bkb.admin.ch/bkb/de/home/oeffentliches-beschaffungswesen/revision-des-beschaffungsrechts.html>). Recht, das noch nicht in Kraft steht, entfaltet für die geltende Rechtslage grundsätzlich keine Vorwirkung. Die Frage kann für das BöB aber ohnehin vernachlässigt werden, weil das BöB vorliegend nur von untergeordneter Bedeutung für die Gültigkeit der Initiative ist.

27 Obwohl es sich hierbei zweifellos um Bundesrecht handelt und dieses dem kantonalen Recht übergeordnet ist, sind das bestehende und das revidierte BöB für die Beurteilung der hier zu beurteilenden Fragen grundsätzlich nicht bzw. nur am Rande einschlägig. Vom subjektiven Geltungsbereich des Gesetzes sind die Kantone nur ausnahmsweise betroffen (vgl. Art. 4 rev. BöB), etwa bei gemeinsamen Beschaffungen (vgl. Art. 5 rev. BöB). Solche Konflikte sind im Lichte der beabsichtigten Harmonisierung zwar unerwünscht, stehen aber der Gültigkeit nicht grundsätzlich entgegen, da im Normalfall des kantonalen Vollzugs die Norm anwendbar bliebe.

28 Das Beschaffungsrecht des Bundes spielt insofern eine Rolle, dass der Bundesgesetzgeber ebenfalls an die Wirtschaftsfreiheit gebunden ist. Seine Interpretation von Art. 27 BV und Art. 94 f. BV kann für das Verständnis der Wirtschaftsverfassung und des BGBM herangezogen werden, entfaltet aber grundsätzlich keine Bindungswirkung. Auf diesen Punkt ist zurückzukommen (vgl. unten Ziff. 53 ff.).

d) Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB)

29 Der Interkantonalen Vereinbarung vom 25. November 1994/15. März 2001 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) sind alle Kantone beigetreten. Die Vereinbarung befindet sich in Revision; ihre Überarbeitung erfolgte weitgehend koordiniert mit der Totalrevision des Beschaffungsrechts des Bundes (vgl. dazu und nachfolgend <https://www.bpuk.ch/bpuk/konkordate/ivoeb/ivoeb-2019/>). Am 15. November 2019 hat das Interkantonale Organ für das öffentliche Beschaffungswesen (InöB) eine Neufassung der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (rev. IVöB) verabschiedet. Die Vereinbarung tritt in Kraft, sobald ihr zwei Kantone beigetreten sind (Art. 65 Abs. 1 rev. IVöB).

30 Interkantonales Recht ist für den Kanton grundsätzlich verbindlich und gilt als übergeordnetes Recht im Sinne von Art. 59 Abs. 2 lit. a KV. Allerdings ist der Grad der Verbindlichkeit je nach Vereinbarung unterschiedlich. Die bestehende Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen operiert mit Grundsätzen (Art. 11 IVöB), die mindestens teilweise kantonaler Ausführungsbestimmungen bedürfen (vgl. Art. 13 IVöB). Die revidierte Vereinbarung stellt dagegen eine vollständige Regelung dar, die den Kantonen nur noch Möglichkeit von Ausführungsbestimmungen belässt. Art. 63 Abs. 4 rev. IVöB lautet:

"Die Kantone können unter Beachtung der internationalen Verpflichtungen der Schweiz Ausführungsbestimmungen insbesondere zu den Artikeln 10, 12 und 26 erlassen."

Etwas unklar bleibt dabei, inwieweit eigentliche Abweichungen von der Vereinbarung zulässig sind. Der Wortlaut "Ausführungsbestimmungen" spricht eher dagegen, die Erläuterungen der InöB und der gesetzte Rahmen ("... unter Beachtung der internationalen Verpflichtungen der Schweiz ...") eher dafür (vgl. Totalrevision der Interkanto-

nen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB] vom 15. November 2019, in: Musterbotschaft der InöB, im Folgenden "Musterbotschaft", S. 103 f.).

- 31 Die genaue Reichweite des Vorbehalts zugunsten kantonaler Ausführungsbestimmungen kann aber offengelassen werden. Die revidierte IVöB ist für den Kanton Bern noch nicht verbindlich, und es ist eine politische Frage, wie eine Änderung des BöB und ein möglicher Beitritt des Kantons zur revidierten IVöB zu koordinieren sind (vgl. Vortrag, S. 7).
- 32 Die Frage des Verhältnisses zum interkantonalen Recht kann auch deswegen offengelassen werden, weil interkantonales Recht seinerseits den Vorgaben des Bundes entsprechen muss (Art. 48 Abs. 3 BV). Das kantonale und interkantonale Beschaffungsrecht haben insbesondere das Binnenmarktgesetz zu respektieren (so auch Gutachten WEKO, Ziff. 15 ff.). Soweit also eine kantonale Volksinitiative in Widerspruch zum Binnenmarktgesetz stehen sollte, ist es grundsätzlich unbeachtlich, ob auch ein (zusätzlicher) Widerspruch zum Interkantonalen Recht besteht oder ob auch zwischen interkantonalem Recht und Bundesrecht ein Widerspruch besteht.
- 33 Auch im Lichte des interkantonalen Rechts liegt es deshalb nahe, zuerst das Verhältnis der Initiative zum Bundesrecht zu klären. Dabei steht das Binnenmarktgesetz im Vordergrund.

IV. Arbeitsbedingungen am Leistungsort (Art. 8 lit. d ÖBG)

1. Herkunftsort- und Leistungsortsprinzip

34 Art. 8 Abs. 1 lit. d ÖBG in der Fassung der Initiative erklärt die Arbeitsbedingungen des GAV (inkl. Lohn) für auswärtige Auftragnehmer für anwendbar ("... ortsüblich ...", "... verbindlich ..."). Gemeint ist der GAV am Ort Bern (vgl. oben Ziff. 12). Festgehalten wird damit das sog. *Leistungsortsprinzip*. Dem steht das sog. *Herkunftsortsprinzip* entgegen, bei welchem die Arbeitsbedingungen am Sitz des Auftragnehmers angewendet werden (vgl. Gutachten WEKO, Ziff. 9).

35 Bei der koordinierten Reform des Beschaffungsrechts von Bund und Kantonen war die Frage im Bund und in den Kantonen hoch umstritten. Art. 12 Abs. 1 des revidierten BöB bzw. der revidierten IVöB weist bezüglich Einhaltung der Arbeitsbedingungen einen kleinen, aber bedeutsamen Unterschied auf und lautet (Hervorhebung nur hier):

"Für die im Inland zu erbringenden Leistungen vergibt der Auftraggeber einen öffentlichen Auftrag nur an Anbieter, welche die am Ort der Leistung [Bund] / im Inland [Kantone] 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."

36 Für den Bund gilt also das Leistungsortsprinzip, für die Kantone das Herkunftsprinzip. Die Musterbotschaft hält zu dieser Diskrepanz fest (Musterbotschaft, S. 44, vgl. auch S. 103 f.):

"Während somit ausländische Anbieter, welche eine Leistung in der Schweiz erbringen, immer die am Leistungsort geltenden Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen respektieren müssen, werden die Anbieter mit Sitz oder Niederlassung in der Schweiz wie bisher diejenigen Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen einhalten müssen, die an ihrem Sitz- oder Niederlassungsort Geltung haben (Herkunftsortsprinzip gemäss BGBM). Auf diese Weise wird der administrative Aufwand für schweizweit tätige Anbieter verringert, indem sie nicht je nach Auftragsort unterschiedliche Arbeitsbedingungen anwenden müssen. Im Rahmen der Differenzvereinbarung hat sich das Bundesparlament entgegen der Vorlage des Bundesrates generell für das Leistungsortsprinzip entschieden und ist damit von einer harmonisierten Lösung mit den Kantonen abgekommen. Anders als beim Bund hat für die Kantone weiterhin der Grundsatz des Herkunftsorts gemäss BGBM Geltung."

37 Diese Diskrepanz führte zu Rückmeldungen der Kantone und einem Gutachten der WEKO (Musterbotschaft, S. 44):

"Eine Harmonisierung im Sinne einer Angleichung an den Bund wäre folglich in diesem Punkt nur möglich gewesen, wenn gleichzeitig das BGBM angepasst worden wäre. Das Bundesparlament hat aber auf eine solche Anpassung verzichtet. Im Rahmen der Umfrage vom Sommer 2019 haben einzelne Kantone sowie BIC (Kantone FR und VD) bean-

trägt, dass anstelle des Herkunftsortsprinzip neu das Leistungsortsprinzip gelten soll. Das InöB hat diesen Vorschlag eingehend diskutiert. Es wurde beschlossen, ein Gutachten bei der WEKO einzuholen. Gemäss diesem Gutachten geht das BGBM grundsätzlich vom sogenannten Herkunftsortsprinzip aus, indem es auf der Vermutung der Gleichwertigkeit unterschiedlicher Arbeitsbedingungen basiert. Dieses Herkunftsortsprinzip gilt allerdings nicht absolut. Das Prinzip kann im Einzelfall zugunsten des Leistungsortsprinzips eingeschränkt werden. Dies aber nur, wenn überwiegende öffentliche Interessen dies zwingend erfordern und der Schutz dieser Interessen nicht bereits durch die Vorschriften des Herkunftsorts gewährleistet ist (Art. 3 Abs. 1 und 2 BGBM)."

- 38 In ihrem Gutachten kommt die WEKO in der Tat zum Schluss, dass eine generelle Einführung des Leistungsortsprinzips in der IVöB unzulässig wäre. Besonders deutlich wird dies bei der Zusammenfassung der Rechtsprechung festgehalten (Gutachten WEKO, Rz. 40):

"Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Rechtsprechung, insbesondere auch die bundesgerichtliche sowie die Praxis der WEKO einheitlich 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."

- 39 Mit dem Gutachten der WEKO ist zunächst davon auszugehen, dass auf das Beschaffungsrecht das Binnenmarktgesetz und seine Grundsätze nach Art. 3 BGBM Anwendung finden (vgl. Gutachten WEKO, Ziff. 21 f.). Der Bezug von Art. 5 BGBM ist klar (vgl. oben Ziff. 23 f.). Unstreitig dürfte auch sein, dass das Herkunftsprinzip nur dann durchbrochen werden darf, wenn die Voraussetzungen nach Art. 5 Abs. 1-3 BGBM erfüllt sind, d.h. Marktzutrittschranken gleichermaßen auch für ortsansässige Personen gelten, zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich und verhältnismässig sind. Das Herkunftsprinzip vermutet die Gleichwertigkeit der kantonalen Marktzugangsregelungen (vgl. Gutachten WEKO, Ziff. 23 ff.).

- 40 Von diesen Grundsätzen geht grundsätzlich auch der Regierungsrat aus, doch formuliert er die Anforderungen von Art. 3 BGBM einschränkend, wenn er die Vereinbarkeit annimmt, solange Marktschranken für alle Unternehmen gelten und der Zugang nicht generell verweigert wird (Vortrag, S. 4). Das Gutachten der WEKO sowie mutmasslich auch die Positionierung der InöB sind dem Regierungsrat bei seiner Beurteilung der Gültigkeit der Initiative allerdings noch nicht vorgelegen.

- 41 Im Bereich der Arbeitsbedingungen ist von wesentlicher Bedeutung, dass genau die Frage von Leistungs- und Herkunftsort beim Erlass des BGBM von den Räten disku-

tiert wurde, aber letztlich verworfen wurde. Der Bundesrat hat sich in der Botschaft gegen das Leistungsortprinzip ausgesprochen und eine entsprechende Position im Parlament wurde abgelehnt. Die WEKO weist zu Recht auf diese Entstehungsgeschichte hin (Gutachten WEKO, Ziff. 28 ff.).

42 Das Bundesgericht hat die Frage von Leistungs- und Herkunftsort meines Erachtens nicht in der Deutlichkeit entschieden, wie es von der WEKO vorgetragen wird (vgl. Gutachten WEKO, Ziff. 35 ff., am ehesten vielleicht im Urteil 2D_54/2015 vom 13. April 2016, E. 5.2). Zutreffend ist, dass sich das Bundesgericht gegen die Verpflichtung zum Abschluss eines GAV gewandt hat, um staatliche Hilfe zu erhalten (BGE 124 I 107 ff.). Kritisch äusserte sich das Bundesgericht (summarisches Verfahren betreffend Kosten) zur Unterstellung unter eine Kautionspflicht eines GAV, soweit es inländische Unternehmen betrifft (Urteil 2C_111/2010 vom 7. Dezember 2010, E. 2.5).

43 In BGE 130 I 258 ff., 262 f. E. 2.2 hält das Bundesgericht fest:

"Das Binnenmarktgesetz, auf welches sich die Beschwerdeführerin vorliegend am Rande ebenfalls beruft, schliesst derartige Regelungen zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen im öffentlichen Beschaffungswesen nicht aus [...] Es mag zwar fraglich sein, wieweit es statthaft ist, für die Zulassung als Anbieter den formellen Beitritt zu einem Gesamtarbeitsvertrag zu verlangen, ohne dass das hierfür vorgesehene Verfahren sowie die gesetzlichen Voraussetzungen für einen derartigen (indirekten) Zwang eingehalten werden [...] Nach § 5 des basel-städtischen Beschaffungsgesetzes wird jedoch von den Anbietern die Beteiligung an einem Gesamtarbeitsvertrag nur 'in der Regel' verlangt, was gemäss Feststellung des Appellationsgerichts die Möglichkeit beinhaltet, die Einhaltung der orts- und branchenüblichen Arbeitsbedingungen bei Unternehmen, die keinem Gesamtarbeitsvertrag unterstellt sind, anderswie nachzuweisen."

Das Bundesgericht erachtet es also für zulässig, dass Arbeitsbedingungen gemäss GAV verlangt werden, soweit ein anderer Nachweis vergleichbarer Arbeitsbedingungen möglich ist. Zu ergänzen ist, dass in § 5 Abs. 3 u. 4 des basel-städtischen Beschaffungsgesetzes ausdrücklich klargestellt wird, dass für inländische Auftragnehmer *Gesamtarbeitsverträge am Ort des Auftragnehmers* gemeint sind.

44 Zutreffend dargestellt sind die klar überwiegenden kritischen Stellungnahmen der Lehre zum Leistungsortsprinzip (Gutachten WEKO, Ziff. 31 ff.). Die WEKO selbst hat sich wiederholt kritisch zum Leistungsortsprinzip und zu Verpflichtungen zum Abschluss eines GAV geäußert (Gutachten WEKO, Ziff. 39). Dies gilt auch für die jetzige Positionierung der WEKO, welche wie folgt lautet (Gutachten WEKO, Ziff. 42 f.):

"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. 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."

45 Ich teile diese Position der WEKO und halte es für wahrscheinlich, dass das Bundesgericht dieser Einschätzung folgen würde. Ein generelles Festschreiben der Arbeitsbedingungen am Leistungsort für die Vergabe von Beschaffungen steht im Widerspruch zu Art. 5 Abs. 1 u. 2 BGBM, welche eine differenzierte Abwägung verlangen. Zu beachten ist dabei, dass schon der Wortlaut von Art. 5 BGBM verhindern will, dass ein hinreichendes öffentliches Interesse vorschnell angenommen wird. Die Durchbrechung des Herkunftsprinzips muss zur "Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen *unerlässlich*" sein (Art. 5 Abs. 1 lit. b BGBM, Hervorhebung nur hier) und ist insbesondere dann unverhältnismässig, wenn "der hinreichende Schutz überwiegender öffentlicher Interessen bereits durch die Vorschriften des Herkunftsortes erreicht wird" (Art. 5 Abs. 2 lit. a BGBM) oder "die Nachweise und Sicherheiten, welche die Anbieterin oder der Anbieter bereits am Herkunftsort erbracht hat, genügen" (Art. 5 Abs. 2 lit. b BGBM). Eine pauschale Einführung des Leistungsortsprinzips erscheint bundesrechtswidrig, was auch durch die Entstehungsgeschichte des BGBM klar belegt wird.

2. Beurteilung der Initiative

46 Die Schwierigkeit der Beurteilung der Initiative liegt darin, dass ihre Auslegung verschiedene Fragen aufwirft (vgl. oben Ziff. 6 ff.). Aus meiner Sicht legen Wortlaut und Hintergrund der Initiative nahe, dass diese auf eine Ausdehnung der Bestimmungen von allfälligen Gesamtarbeitsverträgen im Kanton Bern auf alle Auftragnehmer gerichtet ist. Sind Berner Auftragnehmer an einem GAV beteiligt, so sollen dessen Bestimmungen auf jeden anderen inner- und ausserkantonalen Auftragnehmer zur Anwendung kommen. Dies legt auch der Titel der Initiative nahe, welche "fairen Wettbewerb und [...] Schutz von Gewerbe und Beschäftigten im Kanton Bern" fordert. Fairer Wettbewerb und Schutz des Gewerbes bedeuten in dieser Lesart, dass kein Auftragnehmer im Kanton Bern oder ausserhalb niedrigere Löhne bezahlen kann als ein Auftragnehmer im Kanton Bern, der einem GAV untersteht. So verstanden verletzt die Initiative Art. 5 i.V.m. Art. 3 Abs. 1-3 BGBM, weil sie punkto Lohn und anderen Arbeitsbedingungen das Leistungsortprinzip festschreibt, was in dieser pauschalen Form wie dargelegt unzulässig ist.

47 Zu prüfen ist, ob die Initiative mittels Auslegung in Übereinstimmung mit höherrangigem Recht gebracht werden kann. Die anwendbare Methodik wurde bereits dargelegt (vgl. oben Ziff. 20). Die Auslegung ist zugunsten der Initiantinnen und Initianten vorzunehmen. Das Bundesgericht zieht allerdings auch Grenzen und hält fest (BGE 139 I 292 ff., 299 E. 7.2.4):

"Die Gültigkeit einer [Initiative] lässt sich nicht dadurch erreichen, dass ihr ein Gehalt beigemessen wird, der dem Grundanliegen der Initianten nicht mehr entspricht, so wie dieses auch von den die Initiative unterzeichnenden Stimmberechtigten verstanden werden durfte. Schon vor einiger Zeit hielt das Bundesgericht fest, durch die Auslegung des Initiativtextes dürfe die Natur des Volksbegehrens nicht tiefgreifend verändert werden, weil dadurch der im Initiativbegehren zum Ausdruck kommende Wille der Unterzeichner in unzulässiger Weise verfälscht würde; eine nachträgliche Umdeutung einer Initiative, die dem ursprünglichen Textverständnis und den dadurch geweckten Erwartungen zuwiderlaufe, sei abzulehnen."

48 Versucht werden könnte, die Ergänzung in Art. 8 Abs. 1 lit. d ÖBG in der Weise einzuschränken, dass sowohl Abweichungen in einzelnen Ausschreibungen möglich sind wie auch Auftragnehmern der Nachweis offen steht, dass ihre Arbeitsbedingungen am Herkunftsort nicht schlechter sind als die Regeln eines GAV im Kanton Bern. Möglich würde eine Beurteilung der Situation im Einzelfall. Damit wären im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zwar nicht alle Zweifel an der Übereinstimmung dieser Regelung mit übergeordnetem Recht beseitigt (vgl. oben Ziff. 42 ff.), doch könnte die Initiative im Zweifel zur Abstimmung gebracht werden. Das Problem besteht allerdings darin, dass Art. 8 Abs. 1 lit. d ÖBG – im Gegensatz zur vorgeschlagenen Regelung in Art. 9 ÖBG – gerade kein solches Ventil vorsieht. Die Durchbrechung der Regel der Initiantinnen und Initianten wäre auch nicht ein blosser Ausnahmefall, sondern müsste mit einer gewissen Regelmässigkeit geschehen.

49 Es erscheint somit fraglich, ob ein solches Resultat mittels Auslegung erzielt werden kann. Dabei ist auch zu beachten, dass die Initiative als ausgearbeiteter Entwurf einen präzisen Eingriff in das geltende Recht vorschlägt, was weniger Spielraum lässt als eine offen formulierte Normierung: "Plus le texte d'une initiative rédigée en termes généraux est dense et précis, plus l'initiative doit être mise en oeuvre en suivant rigoureusement sa lettre" (BGE 143 I 129 ff., 136 E. 2.4). Die Regel des Bundesgerichts gilt meines Erachtens auch für eine formulierte Initiative.

50 Zu prüfen ist ein anderer Ansatz. Der Bezugspunkt der Arbeitsbedingungen ("... im GAV ...") ist wie dargelegt unklar. Soweit man die Initiative im Wesentlichen als Bekräftigung ansieht, dass der GAV der Branche zu berücksichtigen ist, wäre die Initiative als gültig zu erklären. Dieses Verständnis liegt möglicherweise dem Regierungsrat zugrunde, wenn im Zusammenhang mit der Übereinstimmung der Initiative mit der Wirtschaftsfreiheit festgehalten wird (Vortrag, S. 4):

"Die gemäss Initiative verlangte Ergänzung von Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe d ÖBG stellt materiell-rechtlich keine Neuerung dar. Bereits nach dem geltenden Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe d ÖBG haben sämtliche Zuschlagsempfängerinnen oder Zuschlagsempfänger ihrem Personal Arbeits- und Lohnbedingungen zu bieten, die der Gesetzgebung und dem GAV der Branche entsprechen [...]. Damit stellt diese Ergänzung im Vergleich zum geltenden Recht keinen weitergehenden Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit [...] dar."

51 An anderer Stelle wird allerdings durchaus auf Auswirkungen der Initiative hingewiesen, nämlich auf eine andere Definition des orts- und branchenüblichen Lohns (Vortrag, S. 9). Es dürfte auch kaum dem Verständnis der Unterzeichnenden der Initiative entsprochen haben, dass die Initiative "keine Neuerung" bewirkt. Ein engeres Verständnis der Arbeitsbedingungen "im GAV" ist sicher möglich – weil dieser Begriff ohnehin der Auslegung bedarf. Allerdings erscheint zweifelhaft, ob der Anwendungsbereich soweit reduziert werden kann, dass zwischen den Arbeitsbedingungen von Auftragnehmern mit GAV im Kanton Bern und solchen ohne keine erheblichen Differenzen mehr auftreten. Dies trifft ein Kernanliegen der Initiative.

52 Insgesamt erscheint damit fraglich, ob eine verfassungskonforme Auslegung der Ergänzung von Art. 8 Abs. 3 lit. d ÖBG diese in Übereinstimmung mit dem Binnenmarktgesetz bringt, ohne dass die Stossrichtung der Initiative zu stark verwässert wird.

3. Regelung im BöB

53 Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass der Bundesgesetzgeber in seinem Beschaffungsrecht im Gegensatz zu den Kantonen das Leistungsortsprinzip festgeschrieben hat (vgl. oben Ziff. 35 f.). Die WEKO weist dieser "Divergenz" keine rechtliche Bedeutung zu (Gutachten WEKO, Ziff. 55 f.).

54 Das ist formell zutreffend, weil das BöB nur in sehr geringem Masse für die Kantone direkt anwendbar ist (vgl. oben Ziff. 27). Allerdings ist auf die verfassungsrechtlichen Bezüge hinzuweisen. Das BGBM und die Wirtschaftsfreiheit stehen in enger Beziehung zueinander (vgl. oben Ziff. 24). Der Bundesgesetzgeber ist grundsätzlich an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit gebunden (Art. 94 BV), auch wenn seine Erlasse vom Bundesgericht und weiteren Behörden in jedem Fall anzuwenden sind (Art. 190 BV). Ein anderes Verständnis des Gesetzgebers bindet die Gerichte nicht, muss aber von diesen mindestens gewürdigt werden.

55 Allerdings lässt sich auch festhalten, dass der Bundesgesetzgeber sich der Divergenz bewusst war und im BGBM gerade keine Änderung vorgenommen hat (Gutachten WEKO, Ziff. 49 f.). Es bleibt aber in jedem Fall der "Schönheitsfehler", dass der Bundesgesetzgeber die Wirtschaftsfreiheit nun unterschiedlich versteht, je nachdem ob es um seine eigenen Beschaffungen (BöB) oder Beschaffungen der Kantone (BGBM)

geht. Dies ist unbefriedigend, dürfte aber nicht dazu führen, dass die Gerichte aufgrund dieses Umstands zu einer anderen Auslegung des BGBM kommen.

- 56 Dementsprechend bestehen erhebliche Bedenken gegen die Übereinstimmung der Ergänzung in Art. 8 Abs. 1 lit. d ÖBG mit dem Binnenmarktgesetz. Allfällige Konflikte mit weiteren Erlassen auf Bundesebene (Kollektivarbeitsrecht) müssen nicht geprüft werden.

V. Verbot von Sub-Subunternehmen (Art. 9 Abs. 1bis ÖBG)

57 Wortlaut und Stossrichtung der Ergänzung in Art. 9 Abs. 1^{bis} ÖBG sind klar. Verboten werden sollen "Subunternehmerketten", da der Lohnschutz bei Sub-Subunternehmen nicht gewährleistet sei (vgl. oben Ziff. 14 ff.). Die Auslegung dieses Teils der Initiative wirft keine Fragen auf.

58 In den Kantonen bestehen heute verschiedene Einschränkungen betreffend den Einbezug von Subunternehmen (vgl. die aktuelle Darstellung bei FEDERICA DE ROSSA GISIMUNDO, Nachhaltigkeit und Protektionismus im öffentlichen Beschaffungswesen, recht 2019, S. 166 ff., 176 ff.). Gewisse Kantone verlangen, dass die charakteristische Leistung des Auftrags durch die Auftragnehmer selbst erbracht werden muss (DE ROSSA GISIMUNDO, a.a.O., S. 177 m.w.H.).

59 Ein ähnliches Verbot wie in der Initiative findet sich im Kanton Genf. In Art. 35 Abs. 6 Règlement sur la passation des marchés publics vom 17. Dezember 2007 (RMP, L 6 05.01) ist zu lesen:

"La sous-traitance au deuxième degré est interdite, sauf si elle est justifiée par des raisons techniques ou organisationnelles. Les soumissionnaires doivent s'assurer du respect de cette interdiction par leurs sous-traitants lors de la conclusion et pendant l'exécution du contrat."

60 Weitergehend sehen die Kantone Tessin, Luzern und Graubünden generell ein Verbot von Untervergaben vor, was rechtlich kritisch beurteilt wird (DE ROSSA GISIMUNDO, a.a.O., S. 176 m.w.H.). Unbestritten ist, dass je länger die Kette von Subunternehmern und Sub-Subunternehmern wird, die Kontrolle der Vergabestelle über die Einhaltung der Vergabebedingungen und weiterer Erfordernisse wie Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer abnimmt; die Gefahr von Missbräuchen steigt (DE ROSSA GISIMUNDO, a.a.O., S. 176 m.w.H.). Stark verbreitet sind deshalb Regelungen, die betreffend Subunternehmen Transparenz schaffen (DE ROSSA GISIMUNDO, a.a.O., S. 177 m.w.H.). Auch im Kanton Bern müssen Name und Umfang der Arbeiten durch Subunternehmer vom Auftragnehmer bekannt gegeben werden (Art. 9 Abs. 1 ÖBG).

61 Das in der Initiative vorgeschlagene Verbot von Sub-Subunternehmer tangiert die Wirtschaftsfreiheit, weil damit vom Auftragnehmer ein höheres Mass an vertikaler Integration verlangt wird. Die Organisationsfreiheit ist Teil des Grundrechts (UHLMANN, a.a.O., Art. 27 Rz. 7 m.w.H.) und kann auch als Marktzutrittsschranke im Sinne des BGBM verstanden werden. Da aber der Beizug von Subunternehmern weiterhin erlaubt bleibt, ist die Einschränkung deutlich geringer als bei einem generellen Ausschluss des Beizugs von Dritten. Spürbar wird die Einschränkung für Aufträge, bei denen der Auftragnehmer auf Subunternehmer greifen muss, die ihrerseits weitere Unternehmen beiziehen müssen, und es nicht möglich ist, dass der Auftragnehmer diese weiteren Unternehmen direkt beizieht, so dass sie seine eigenen Subunter-

nehmer werden. Für solche Fälle sieht aber Art. 9 Abs. 1^{bis} ÖBG ausdrücklich vor, dass die Ausschreibungsbedingungen eine andere Regelung vorsehen können.

62 Damit bestehen aus meiner Sicht keine Zweifel an der Gültigkeit von Art. 9 Abs. 1^{bis} ÖBG. Auch mit anderen Rechtsquellen bestehen keine substantiellen Konflikte. Dieser Teil der Initiative lässt sich auf jeden Fall verfassungskonform handhaben, was für die Übereinstimmung mit übergeordnetem Recht genügt.

VI. Teilungültigerklärung?

- 63 Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass bezüglich der Konformität der Ergänzung in Art. 8 Abs. 1 lit. d ÖBG mit dem Binnenmarktgesetz erhebliche Bedenken bestehen. Die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung der Initiative besteht meines Erachtens nicht.
- 64 Es bleibt die Frage einer Teilungültigerklärung (Art. 59 Abs. 2 KV). Wie bei der verfassungskonformen Auslegung ist aber davon abzusehen, wenn mit einer Streichung der Wille der Initiantinnen und Initianten nicht mehr abgedeckt ist (BGE 143 I 129 ff., 136 E. 2.4). Tiefgreifende Veränderungen der Initiative sind nicht statthaft (BGE 139 I 292 ff., 299 E. 7.2.4).
- 65 Dies würde meines Erachtens geschehen, wenn man die Ergänzung in Art. 8 Abs. 1 lit. d ÖBG streicht. Das Verbot von Subunternehmerketten verfügte zwar noch über eine eigene Rechtfertigung, weil Sub-Subunternehmer schwieriger in die Verpflichtungen nach Art. 8 ÖBG eingebunden werden können. Das wesentliche Anliegen des fairen Wettbewerbs wäre aber entscheidend geschwächt, wenn nicht gleichzeitig der Geltungsbereich der Arbeitsbedingungen gemäss GAV ausgedehnt wird. Aus meiner Sicht steht der Grosse Rat damit vor der Wahl zwischen Gültig- oder Ungültigerklärung.

VII. Fazit

- 66 Die "Volksinitiative für fairen Wettbewerb und zum Schutz von Gewerbe und Beschäftigten im Kanton Bern" schlägt zwei Ergänzungen in Art. 8 und Art. 9 des kantonalen Gesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG) vor. Art. 8 Abs. 1 lit. d ÖBG in der Fassung der Initiative ist auf eine Ausdehnung der Bestimmungen von Gesamtarbeitsverträgen im Kanton Bern auf alle kantonalen und ausserkantonalen Unternehmen gerichtet, die sich im Kanton Bern um öffentliche Aufträge bewerben. Damit wird für die Arbeitsbedingungen bei öffentlichen Aufträgen das sog. *Leistungsortprinzip* festgeschrieben. Dies widerspricht dem Binnenmarktgesetz des Bundes. Zu diesem Schluss kommt auch ein Gutachten der WEKO.
- 67 Dieser Teil der Initiative steht damit im Widerspruch zu übergeordnetem Recht. Auch wenn die Initiative verschiedene Unklarheiten aufweist, namentlich welcher GAV eigentlich als Bezugspunkt gemeint sein soll, ist fraglich, ob der Widerspruch durch eine verfassungskonforme Auslegung der Initiative aufgelöst werden kann. Der Initiativtext sieht insbesondere keine Abweichung für einzelne Ausschreibungen vor. Auch die Möglichkeit einer Teilungültigkeitserklärung scheidet aus, weil der ungültige Teil gegenüber dem gültigen Teil – Verbot von Sub-Subunternehmen (Art. 9 Abs. 1^{bis} ÖBG) – zu wichtig erscheint.

* * *



Prof. Dr. Felix Uhlmann