



Universität  
Basel

Juristische  
Fakultät



# Arbeitsrecht im öffentlichen Beschaffungswesen

**Vergabetagung, 24. Juni 2022**

Prof. Dr. iur. Kurt Pärli

# Inhaltsübersicht

I. Einleitung

II. Schutz guter Arbeitsbedingungen auf globaler und nationaler Ebene

---

III. Analyse der «arbeitsrechtlichen» BÖB-Bestimmungen

- Standards bei Leistungsort Inland
- Standards bei Leistungsort Ausland
- Pflichten der Subunternehmen

---

IV. Nachweis, Kontrolle und Sanktion

---

V. Arbeitsbedingungen am Leistungs- oder Herkunftsort bei kantonalen Beschaffungen

---

VI. Zusammenfassendes Fazit

---

# I) Einleitung

- Zahlreiche Schnittstellen zwischen Beschaffungsrecht und Arbeitsrecht
- Funktionierender Wettbewerb = kein Wettbewerb auf Kosten der Arbeitnehmenden
- Unterbieten (minimaler bzw. üblicher) Arbeits- und Lohnbedingungen = verzerrter Wettbewerb
- Einhaltung von Arbeitsstandards = Vergaberechtliche Grundvoraussetzung (nicht ein vergabefremdes Kriterium)
- Aktualität
  - Verstärkung der sozialen Dimension des Beschaffungsrechts beim Bund und in den Kantonen
  - Einbettung in einen allgemeinen Trend der Proklamation des «Sozialen» (Zertifikate, Corporate Social Responsibility CSR, staatliche Steuerung via Konzessionsrecht u.ä.).

# Fragestellungen des Vortrages

- Im Beschaffungsrecht wird auf Arbeitsstandards Bezug genommen – was umfassen diese und worauf stützen sie sich?
- Welchen Inhalt und welche Bedeutung haben die revidierten BöB-Bestimmungen bei Leistungsort Inland bzw. Ausland?
- Wie müssen die Einhaltung der Bedingungen nachgewiesen werden und wie wird kontrolliert und sanktioniert?
- Bedingungen am Leistungsort oder Herkunftsort, Unterschiede nach BöB und IVöB/kant. Recht

# Inhaltsübersicht

---

I. Einleitung

II. Schutz guter Arbeitsbedingungen auf globaler und nationaler Ebene

III. Analyse der «arbeitsrechtlichen» BÖB-Bestimmungen

- Standards bei Leistungsort Inland
- Standards bei Leistungsort Ausland
- Pflichten der Subunternehmen

---

IV. Nachweis, Kontrolle und Sanktion

---

V. Arbeitsbedingungen am Leistungs- oder Herkunftsort bei kantonalen Beschaffungen

---

VI. Zusammenfassendes Fazit

---

## II) Schutz guter Arbeitsbedingungen auf globaler und nationaler Ebene

Weltarbeitsverfassung

Art. 23/24 Allg. Erklärung der MR

Bestimmungen in UN-Pakt I und II

UN-Abkommen (Anti-Rassismus, Anti-Diskriminierung Frauen, Menschen mit Behinderung, Wanderarbeitnehmende usw.)

**International Labor Organisation**  
8 Kernübereinkommen  
(Gewerkschaftsrechte,  
Diskriminierungsschutz, Verbot der  
Zwangsarbeit und Verbot der  
Kinderarbeit)  
Zahlreiche weitere Übereinkommen

Europäische Ebene: EMRK und Europäische Sozialcharta

# Weltweit gültige Minimalstandards:

- Kernübereinkommen der ILO
- zusätzlich
  - Sichere & gesunde Arbeitsbedingungen
  - Beschränkung der Arbeit und Anspruch auf bezahlten Urlaub
  - Faire Entlohnung
  - Schutz des Privatlebens und der persönlichen Daten des Arbeitnehmers
  - Angemessener Kündigungsschutz
  - Wirksame Verfahrensrechte

# Nationaler Rahmen (CH)

- Unmittelbare (Monismus) Geltung der arbeitsvölkerrechtlichen Standards (sowohl der justiziablen als auch der programmatischen Normen)
- Bundesverfassung
  - Art. 41 BV (Sozialziel Sicherung des Lebensunterhalts durch freigeählte Arbeit zu guten Bedingungen)
  - Diverse weitere Bestimmungen, u.a.
    - Koalitionsfreiheit (Art. 28 BV)
    - Kompetenzgrundlage für Arbeitsschutz (Art. 110 BV)
    - Wirtschaftsfreiheit / Vertragsfreiheit (Art. 27 BV)
- Gesetzesstufe
  - Vertragsfreiheit, (auch) im Arbeitsvertragsrecht
  - Zwingende Schutzbestimmungen, Kollektives Arbeitsrecht
- Spielräume für die Gestaltung der Arbeitsverhältnisse zu Lasten der Arbeitsbedingungen, v.a. in Bereichen ohne (allgemein verbindliche) GAV
- Staat als Auftraggeber in der Pflicht



# Inhaltsübersicht

---

I. Einleitung

---

II. Schutz guter Arbeitsbedingungen auf globaler und nationaler Ebene

---

III. Analyse der «arbeitsrechtlichen» BÖB-Bestimmungen

- Standards bei Leistungsort Inland
- Standards bei Leistungsort Ausland
- Pflichten der Subunternehmen

---

IV. Nachweis, Kontrolle und Sanktion

---

V. Arbeitsbedingungen am Leistungs- oder Herkunftsort bei kantonalen Beschaffungen

---

VI. Zusammenfassendes Fazit

---

# III) Analyse der «arbeitsrechtlichen» BöB-Bestimmungen

## Übersicht:

- Art. 2. lit. a BöB: Verweis auf den sozial nachhaltigen Einsatz öffentlicher Mittel
- Art. 3 lit. BöB: Definition «Arbeitsbedingungen», lit. e Definition «Arbeitsschutzbestimmungen
- Art. 12 Abs. 1-6 BöB, vorliegend besonders relevant
  - Abs. 1, Einhaltung der Arbeitsbedingungen und Arbeitsschutzbestimmungen, Lohngleichheit Frau/Mann und Schwarzarbeitsgesetz, Ort der Leistungserbringung ist massgebend
  - Abs. 2 verweist auf ILO-Standards und Anhang 6
  - Abs. 4 Verpflichtungen der Subunternehmen
- Art. 26 BöB, Teilnahmebedingungen (Pflicht zum Nachweis der Einhaltung der Bedingungen nach Art. 12 BöB)
- Art. 44 und 45 BöB. Ausschluss vom Verfahren und Widerruf

IVöB: Arbeitsrechtliche Bestimmungen identisch, ein zentraler Unterschied: Es gilt das Herkunfts-, nicht das Leistungsortsprinzip.

# Einzuhaltende Standards bei Leistungsort «Inland» (1)

**Vorab:** Adressen sind sowohl in-, als auch ausländische Unternehmen

**Aber:** Ausländische Unternehmen = Entsendegesetz (EntsG) massgebend (Vorabmeldepflicht, Kontrolle + Sanktion durch Entsendebehörden usw.)

## **Primär einzuhaltende Arbeitsbedingungen:**

- zwingende Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts (OR 361/362 und Auslegung)
- Normative Bestimmungen eines GAV (allgemeinverbindlich erklärte und nicht allgemein verbindlich erklärte GAV, auch ohne formellen Beitritt des fraglichen Unternehmens)
  - GAV sehen zum Teil regional unterschiedliche Löhne vor
  - GAV, aber welcher? GAV-Konkurrenzprobleme (Fragen Sie eine/n Arbeitsrechtler/in ...)
- Bestimmungen in NAV
  - NAV mit verbindlichen Mindestlöhnen (Art. 360a NAV's): sind im Beschaffungsrecht gültig
  - NAV, deren Bestimmungen im Einzelarbeitsvertrag wegbedungen werden können: wohl auch anwendbar (BGer 10.7.2013, ARC 2013, S. 317 ff)

# **Einzuhaltende Standards bei Leistungsort «Inland» (2)**

## **Subsidiär einzuhaltende Arbeitsbedingungen** (bei Fehlen von GAV + NAV):

- Relevant sind die orts- und branchenüblichen Arbeitsbedingungen
- Massgebend ist der Leistungsort
- Fundstellen der orts- und branchenüblichen Bedingungen:
  - Online-Tool des Bundesamt für Statistik
  - Lohnbuch Schweiz (Hrsg. Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Zürich)

# Einzuhaltende Standards bei Leistungsort «Inland» (3)

## Einzuhaltende Arbeitsschutzbestimmungen:

- Arbeitsgesetz (ArG), zu beachten: Ausnahmen und Gegenausnahmen
- Bestimmungen zur Unfallprävention nach Unfallversicherungsgesetz (UVG)
- Sämtliche weiteren Vorschriften des öffentlichen Arbeitsrechts, also auch ...
  - Kantonale Mindestlöhne (Neuenburg, Jura, Tessin, Genf, Basel-Stadt)
  - am Leistungsort
  - Kant. Mindestlöhne gelten nicht im Anwendungsbereich des Entsendegesetzes
  - Nach Massgabe des kantonalen Mindestlohngesetzes ...
  - Tessin:
    - Mindestlohngesetz gilt nicht, wenn der Lohn (auch tiefer) in einem GAV verabredet ist
    - Was gilt jetzt im Anwendungsbereich des BöB? GAV oder kant. Mindestlohn?

# **Einzuhaltende Standards bei Leistungsort «Inland» (4)**

## **Lohngleichheit für gleiche und gleichwertige Arbeit ohne Unterschied des Geschlechts:**

- Grundlage im Gleichstellungsgesetz GIG
- Lohngleichheit auf drei Ebenen:
  - Einzelner Arbeitgeber in einem individuellen Lohnstreit
  - Betriebliche Ebene (Lohngleichheit mit Blick auf das ganze Unternehmen, in diesem Zusammenhang die jüngste Revision des GIG, Pflicht zur Lohngleichheitsanalyse ausserhalb des Beschaffungsrechts)
  - Nationale, volkswirtschaftliche Ebene
- Betriebliche Ebene im Beschaffungsrecht relevant
  - Instrumente zur Messung der Lohngleichheit
    - Arbeitsplatzbewertung
    - Regressionsanalyse

# **Einzuhaltende Standards bei Leistungsort «Inland» (5)**

## **Einhaltung der Arbeitsbedingungen «à la carte»?**

- Mehr Lohn als im GAV, dafür Missachtung der Gesundheitsvorschriften nach ArG? = Beschaffungsvoraussetzungen nicht erfüllt
- Mehr Lohn als im GAV, dafür längere Arbeitszeiten? = Differenzierte Betrachtung angezeigt
  - Zweckmässig: Vorgehen nach Methode Gruppenvergleich (Fragen Sie eine/n Arbeitsrechtler/in ...)

# **Einzuhaltende Standards bei Leistungsort «Ausland» (1)**

## **ILO-Kernübereinkommen**

- Fraglicher Nutzen des Abstützens auf die Ratifikation
- Besser: Überprüfen der Compliance anhand einschlägiger ILO-Datenbanken
- Nicht wirklich ein Musterschüler i.S. Kernübereinkommen ist die Schweiz ...  
(Beschwerden wegen Verletzung der ILO-Übereinkommen 87 und 98 ...  
Konsequenzen für CH-Unternehmen im Ausland?)



# **Einzuhaltende Standards bei Leistungsort «Ausland» (2)**

## **Weitere ILO-Standards**

- Welche Standards sind gemeint? Konkretisierung auf Verordnungsstufe (Art. 4 VöB)
  - Massgebend sollen nur diejenigen ILO-Übereinkommen massgebend sein, die von der CH ratifiziert wurden
  - Die CH hat 60 Übereinkommen ratifiziert, 48 davon sind noch in Kraft
  - Beschaffungskonferenz des Bundes identifiziert einiger dieser 48 Übereinkommen als beschaffungsrechtlich relevant (siehe dort)
- Kritik aus NGO-Kreisen:
  - Wichtige ILO-Übereinkommen hat die Schweiz nicht ratifiziert, obwohl die CH innerstaatlich die Bedingungen erfüllt = Diese Standards gelten bei Leistungsort im Ausland nicht = Gefahr des Dumping
- Eigene Kritik:
  - Nicht (nur) auf die Ratifikation kommt es an ...

# Pflichten der Subunternehmen

## Die (relativ schwache) Regelung im BÖB

- Art. 12 Abs. 4 BÖB, auch die Subunternehmen sind verpflichtet, die Arbeitsbedingungen, Arbeitsschutzbestimmungen und Lohngleichheit einzuhalten
- Der Erstunternehmer hat diese Verpflichtung in die Vereinbarung mit dem Subunternehmen aufzunehmen
- Und was noch? (Fast) nichts ... (Anrechnung des Verhaltens des Subunternehmers, siehe Art. 44/45 BÖB)

## Die pointiert schärfere Regelung im EntsG (Art. 5 EntsG, gilt nur für das Bauhaupt- und Baunebengewerbe):

- Ausfallhaftung des Erstunternehmers in der ganzen Subunternehmerkette
- Sorgfaltspflichten des Erstunternehmers, Sanktion bei deren Verletzung, auch wenn es zu keiner Ausfallhaftung kommt
- Regelung gilt auch bei rein inländischen Sachverhalten

# Inhaltsübersicht

---

I. Einleitung

---

II. Schutz guter Arbeitsbedingungen auf globaler und nationaler Ebene

---

III. Analyse der «arbeitsrechtlichen» BÖB-Bestimmungen

- Standards bei Leistungsort Inland
- Standards bei Leistungsort Ausland
- Pflichten der Subunternehmen

IV. Nachweis, Kontrolle und Sanktion

V. Arbeitsbedingungen am Leistungs- oder Herkunftsort bei kantonalen Beschaffungen

---

VI. Zusammenfassendes Fazit

---

# IV) Nachweis, Kontrolle und Sanktion (1)

## Nachweis

- Nachweis durch Selbstdeklaration (Art. 26 Abs. 2 BöB i.V.m. Art. 4 Abs. 4 und Anhang 3 bzw. Anhang 6 VöB)
- Bestätigung durch paritätische Kommissionen von GAV
- Relevanz der entsenderechtlichen Bestimmungen
- Bedeutung von «Tools» wie «ISAB» oder «Workcontrol»

## Nachweis der Lohngleichheit

- Bei Unternehmen mit 100 und mehr Arbeitnehmenden
  - Lohngleichheit wurde im Unternehmen durch Logib geprüft oder die Lohngleichheit wurde bereits in einem anderen staatlichen Verfahren oder in einem Verfahren nach GIG geprüft
- Bei Unternehmen mit weniger als 100 Arbeitnehmenden
  - Selbstdeklaration genügt

# IV) Nachweis, Kontrolle und Sanktion (2)

## Kontrolle

- Der Lohngleichheit durch das Eidg. Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann (EBG)
  - Grundlage in Art. 4 Abs. 1 VöB
  - Risikobasierter Ansatz
- Der Arbeitsbedingungen und Arbeitsschutzbestimmungen und ggf. der ILO-Standards
  - Zuständigkeit der Beschaffungsbehörden

## Sanktionen

- Siehe Art. 44 und 45 BöB

# Inhaltsübersicht

---

I. Einleitung

---

II. Schutz guter Arbeitsbedingungen auf globaler und nationaler Ebene

---

III. Analyse der «arbeitsrechtlichen» BÖB-Bestimmungen

- Standards bei Leistungsort Inland
- Standards bei Leistungsort Ausland
- Pflichten der Subunternehmen

---

IV. Nachweis, Kontrolle und Sanktion

---

V. Arbeitsbedingungen am Leistungs- oder Herkunftsort bei kantonalen Beschaffungen

---

VI. Zusammenfassendes Fazit

---

# V) Arbeitsbedingungen am Leistungs- oder Herkunftsort bei kantonalen Beschaffungen

## Die Problemstellung:

- Bundesrat wollte im BöB gleich wie im Binnenmarktgesetz (BGBM) das Herkunftsprinzip verankern (Grundidee: Vermutung der Gleichwertigkeit der Arbeitsbedingungen, Abweichung im Interesse öffentlicher Interessen möglich)
- Parlament bestand auf Fortsetzung des Leistungsortsprinzips im BöB
- Bedeutung für das IVöB – Dürfen die Kantone das Leistungsortsprinzip einführen? Verstoss gegen das BGBM?

## Bedeutung:

- Arbeitsschutzbestimmungen sind (die meisten) in der ganzen CH gültig
- Arbeitsbedingungen
  - OR-Bestimmungen gelten (fast) überall gleich (Ausnahme: Skalen bei der Lohnfortzahlung nach Art. 324a OR)
  - GAV umfassen regelmässig nicht die ganze CH und haben zudem teilweise regional unterschiedliche Löhne

# Leistungs- oder Herkunftsort im kantonalen Beschaffungsrecht? So sieht es die WEKO

## Ausgangslage:

Art. 8 Abs. 1 BGBM = WEKO ist zuständig für die Überwachung und Einhaltung des BGMG und kann nach Art. 10 Gutachten über die Anwendung des Gesetzes erstellen

## WEKO Gutachten vom 21. Oktober 2019:

- Marktzugangsprinzip, Unternehmen mit Sitz in der Schweiz sollen ihre Erwerbstätigkeit frei von kantonalen Marktzugangsbeschränkungen in der Schweiz erbringen können (Art. 3 BGBM).
- Vorschriften über die Arbeitsbedingungen = Marktzugangsbeschränkungen
- Ausnahmen: ein GAV am Herkunftsort sieht wesentlich tiefere Löhne vor als am Leistungsort = Löhne am Leistungsort sind massgebend
- Gilt auch bei ave GAV (verdrängen das Herkunftsprinzip nur bei Vorliegen von Dumping (auch das AVEG ändert daran nichts)

BöB = Leistungsort, gilt nur für Beschaffungen auf Bundesebene

BGBM/IVöB = Herkunftsort, gilt bei kantonalen Beschaffungen



# Gesetzlicher Mindestlohn für ausserkantonale Unternehmen?

## Basler-Mindestlohngesetz und Verordnung:

- Mindestlohnpflicht gilt nur für Arbeitnehmende, die gewöhnlich in Basel-Stadt arbeiten (auf Verordnungsstufe eingeführt, Begründung BGMG)
- Mindestlohnpflicht gilt somit für ausserkantonale Arbeitgeber, die ihre Arbeitnehmenden nach Basel-Stadt entsenden, nicht
- Auswirkungen auf Beschaffungen:
  - Beschaffung nach BÖB = Mindestlohn BS gilt, wenn Arbeitnehmende gewöhnlich in Basel-Stadt arbeiten
  - Beschaffung nach kantonalem Beschaffungsrecht = Basler Mindestlohn gilt nicht, wenn ein Unternehmen aus einem anderen Kanton / einer anderen Region in Basel-Stadt tätig ist (Herkunftsprinzip)
    - Ausnahme: Löhne am Herkunftsort weichen stark ab
  - Beschaffung nach kantonalem Beschaffungsrecht und Arbeitnehmende arbeiten gewöhnlich in Basel-Stadt = Basler-Mindestlohn gilt

# Inhaltsübersicht

---

I. Einleitung

---

II. Schutz guter Arbeitsbedingungen auf globaler und nationaler Ebene

---

III. Analyse der «arbeitsrechtlichen» BÖB-Bestimmungen

- Standards bei Leistungsort Inland
  - Standards bei Leistungsort Ausland
  - Pflichten der Subunternehmen
- 

IV. Nachweis, Kontrolle und Sanktion

---

V. Arbeitsbedingungen am Leistungs- oder Herkunftsort bei kantonalen Beschaffungen

VI. Zusammenfassendes Fazit

# VI) Zusammenfassendes Fazit

Gesellschaftlicher & wirtschaftlicher Wandel zeigt sich auf im Beschaffungsrecht

Wandel: Protektionismus / Liberalismus / Nachhaltigkeitsparadigma inkl. Soziale Nachhaltigkeit und grosse Bedeutung der Lohngleichheit (Geschlecht)

Das (neuere) Credo: Kein Wettbewerbsvorteil durch schlechte Arbeitsbedingungen

Im Vortrag wurden analysiert:

- Arbeitsbedingungen, Arbeitsschutzvorschriften und Lohngleichheit (Beschaffungsort Inland)
- Herkunftsort (BGMG und IVöB), Leistungsortsprinzip (BöB)
- nicht erhoben.
- Regelungen im BöB und in der VöB hinsichtlich ILO-Standards sind nicht widerspruchsfrei und es stellen sich noch viele Umsetzungsfragen

...



Universität  
Basel

Juristische  
Fakultät



**Vielen Dank**  
für Ihre Aufmerksamkeit

[kurt.paerli@unibas.ch](mailto:kurt.paerli@unibas.ch)