

Antwort des Staatsrats

Als erstes gilt es einen Blick auf die allgemeinen Rechtsgrundlagen zu werfen, die die Vergabe von Aufträgen durch einen Träger hoheitlicher Gewalt in der Schweiz regeln. Der Bund hat 1994 das GATT-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA; SR 0.632.231.422) ratifiziert. Dieses Übereinkommen wurde mit dem Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (GoeB; SR 172.056.1) und seiner Ausführungsverordnung vom 11. Dezember 1995 (VoeB; SR 172.056.11) ins nationale Recht über das öffentliche Beschaffungswesen des Bundes aufgenommen. Für die öffentlichen Aufträge der Kantone und Gemeinden wurde das internationale Recht durch die interkantonale Vereinbarung vom 25. November 1994 über das öffentlichen Beschaffungswesen (IVöB; SR 172.056.5) umgesetzt, die ihrerseits in fast allen unterzeichnenden Kantonen durch Gesetze und Reglemente präzisiert wurde. Auch der Kanton Freiburg ist der IVöB (SFG 122.91.2) beigetreten und hat Ausführungsbestimmungen dazu erlassen (Gesetz vom 11. Februar 1998 über das öffentliche Beschaffungswesen; SGF 122.91.1; Reglement vom 28. April 1998 über das öffentliche Beschaffungswesen; SGF 122.91.11).

Weitere Gesetzestexte sind ebenfalls im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesen anwendbar, insbesondere das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) und besonders auch das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (BGBM; SR 943.02), das auf die ganze Schweiz anwendbar ist.

Wie weiter oben erwähnt, wird das Verfahren für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Kanton Freiburg durch das IVöB sowie durch das Gesetz vom 11. Februar 1998 über das öffentliche Beschaffungswesen und das Reglement vom 28. April 1998 über das öffentliche Beschaffungswesen geregelt. Die interkantonale Vereinbarung legt den Zweck der Bestimmungen über das öffentliche Beschaffungswesen, den Anwendungsbereich, die allgemeinen Verfahrensgrundsätze, die Rechtsmittel und die Schwellenwerte fest, ab denen die Vereinbarung anwendbar ist. Das kantonale Gesetz dient der Ausführung der IVöB im Kanton Freiburg und regelt das Rekursverfahren gegen Entscheide über öffentliche Beschaffungen im Sinne dieser Vereinbarung. Das Ausführungsreglement legt die kantonalen Verfahren fest und bestimmt insbesondere die Auftrags- und Verfahrensarten, die Form der Veröffentlichung von Ausschreibungen, die Ausschreibungsunterlagen, die Fristen, die Zuschlagskriterien usw.

Unter dem Zwischentitel "Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen" lautet Artikel 6a des Reglements über das öffentliche Beschaffungswesen wie folgt:

1 Der Auftraggeber stellt sicher, dass der Anbieter:

- a) die geltenden Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen sowie die Gleichbehandlung von Frau und Mann einhält;*
- b) Dritte, denen er Aufträge weiterleitet, vertraglich verpflichtet, diese Bestimmungen einzuhalten.*

2 Als Arbeitsbedingungen gelten die Vorschriften der Gesamt- und Normalarbeitsverträge; wo diese fehlen, gelten die orts- und berufsüblichen Vorschriften. Alle in der Schweiz geltenden Bestimmungen werden als gleichwertig betrachtet.

3 Auf Verlangen hat der Anbieter die Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen und der Arbeitsbedingungen sowie die Erfüllung der Zahlungspflichten gegenüber Sozialinstitutionen und der öffentlichen Hand nachzuweisen oder den Auftraggeber zur Nachprüfung zu bevollmächtigen.

Die Freiburger Ausführungsbestimmungen der IVöB verpflichten folglich die Auftraggeber dazu, sich zu vergewissern, dass die Bestimmungen über den Arbeitnehmerschutz und die Arbeitsbedingungen und besonders die Gesamtarbeitsverträge eingehalten werden. Gemäss gegenwärtigem Rechtsstand umfasst dieser Schutz jedoch nicht die Pflicht zur Unterzeichnung von Gesamtarbeitsverträgen durch die interessierten Unternehmen, damit sie auf eine Ausschreibung antworten können und nicht systematisch von der Ausschreibung ausgeschlossen werden. Mit dem Postulat wird der Staatsrat aufgefordert, eine derartige Pflicht einzuführen, die wahrscheinlich in die kantonale Gesetzgebung aufgenommen werden müsste, um ihre Wirkung zu entfalten.

Nicht nur aus der IVöB und ihrer Ausführungsgesetzgebung sondern auch aus dem GPA, dem GoeB und dem BGBM geht hervor, dass der grundlegende Zweck der Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen in der Öffnung dieses Markts für Unternehmen ausserhalb der Schweiz oder eines bestimmten Kantons liegt. Die verfolgten Ziele werden klar dargelegt: echte Konkurrenz zwischen den Anbietern, Gleichbehandlung beim Zuschlagsverfahren, Transparenz usw. Die Gesetzgebung schreibt also vor, dass die öffentliche Auftraggeberin keine Aufträge an örtliche oder nationale Anbieter vergeben kann, ohne sie zuvor einer überregionalen oder internationalen Konkurrenz auszusetzen.

Folglich stellt sich die Frage, ob die von Grossrat Steiert vorgeschlagene Massnahme, nämlich die implizite Pflicht zum Beitritt zu Gesamtarbeitsverträgen in den betroffenen Branchen nicht gegen den Grundsatz des freien Wettbewerbs verstösst, auf den sich die Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen stützt. Dem ist vorzuschicken, dass weder im Bundesrecht noch im kantonalen Recht eine Beitrittspflicht zu den Gesamtarbeitsverträgen vorgesehen ist. Die Allgemeinverbindlicherklärung dieser Verträge gemäss dem Bundesgesetz vom 28. September 1956 über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (SR 221.215.311) ist als Sonderfall zu betrachten. Der Grundsatz der Beitrittsfreiheit geht ebenfalls aus dem Artikel 356a des Obligationenrechts hervor, der vorsieht, dass alle Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrages und Abreden zwischen den Vertragsparteien, durch die Arbeitgeber oder Arbeitnehmer zum Eintritt in einen vertragsschliessenden Verband gezwungen werden sollen, nichtig sind.

Daraus kann geschlossen werden, dass das kantonale Recht über den Umweg der Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen ein Unternehmen nicht zwingen darf, einem Gesamtarbeitsvertrag beizutreten, damit es an einer öffentlichen Ausschreibung teilnehmen kann. Auch eine kantonale Gesetzesbestimmung, die von der öffentlichen Auftraggeberin verlangt, systematisch alle Angebote abzuweisen, die von Unternehmen ohne Gesamtarbeitsvertrag unterbreitet werden, wäre nicht zulässig.

Eine kantonale Bestimmung im Sinne des Postulats würde auch gegen die Artikel 1 und 2 BGBM verstossen, die auf dem gesamten Gebiet der Schweiz einen freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt garantieren. Dem ist anzufügen, dass im Sinne dieses Gesetzes die Vorschriften über die Marktzulassungsbedingungen durch die Kantone und Gemeinden festgelegt werden, in denen die Auftraggeber ihren Sitz oder ihre Niederlassung haben. Folglich steht fest, dass eine Zugangsbehinderung zu öffentlichen Ausschreibungen, die sich auf eine nach OR nichtigen Pflicht zum Beitritt zu einem Gesamtarbeitsvertrag stützt,

gegen das BGBM verstösst oder zumindest angesichts der Bestimmungen dieses Gesetzes nicht anwendbar ist. Artikel 3 BGBM enthält zwar gewisse Beschränkungen des freien Marktzugangs, die vom Bestimmungsort abhängen und der Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen dienen müssen. Diese Beschränkungen dürfen aber in keinem Fall ein verdecktes Handelshemmnis zu Gunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen beinhalten. Da der im Postulat angeführte Vorschlag unter anderem mit der Sorge um die Gesundheit der kantonalen Wirtschaft begründet wird, steht zweifelsfrei fest, dass eine Pflicht - auch eine implizite - zum Beitritt zu einem Gesamtarbeitsvertrag eine unzulässige Beschränkung des freien Marktzugangs bedeuten würde.

Zum Schluss ist zu erwähnen, dass die Beitrittsfreiheit auch auf die im Kanton Freiburg ansässigen Unternehmen anwendbar ist. Neben dem beabsichtigten Zweck hätte die vorgeschlagene Massnahme zur Folge, gewisse Freiburger Unternehmen ebenfalls von den öffentlichen Ausschreibungen auszugrenzen, deren Interessen aus rein wirtschaftlicher Sicht es ebenfalls verdienen würden, berücksichtigt zu werden.

Aufgrund dieses Sachverhalts vertritt der Staatsrat die Meinung, dass das geltende Reglement über das öffentliche Beschaffungswesen ausreicht, um den Schutz der Arbeitnehmer und der Unternehmen, die im Kanton Freiburg einen Gesamtarbeitsvertrag abgeschlossen haben, zu gewährleisten. Die Praxis zeigt ausserdem, dass die öffentlichen Körperschaften in Anwendung von Artikel 6a des oben genannten Reglements regelmässig von den Unternehmen, die keinen Gesamtarbeitsverträgen beigetreten sind, verlangen, dass sie sich verpflichten, deren Bestimmungen zu beachten. Diese Verpflichtung besteht in der Regel in einer schriftlichen Erklärung, die den im Rahmen der öffentlichen Ausschreibung verlangten Unterlagen beizulegen ist. Diese Praxis entspricht somit bereits dem Wunsch des Postulats nach sozialem und wirtschaftlichem Schutz, ohne die Grundsätze der Wettbewerbsfreiheit und der Beitrittsfreiheit zu Gesamtarbeitsverträgen zu verletzen.

Deshalb ist der Staatsrat der Ansicht, dass es keine andere Möglichkeit gibt, als die Ablehnung dieses Postulats zu beantragen. Er verpflichtet sich aber, nach Möglichkeit intensiver zu kontrollieren, ob die Bestimmungen über den Arbeitnehmerschutz und die Arbeitsbedingungen beachtet werden.

- Die Diskussion und die Abstimmung über die Erheblicherklärung dieses Postulats haben am gleichen Tag stattgefunden.

Freiburg, den 30. November 2004