

BGer 2C_1007/2022 vom 15. Januar 2025

Bundesgericht, 2025-01-15, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_1007_2022

FR: TF 2C_1007/2022 du 15 janvier 2025

IT: TF 2C_1007/2022 del 15 gennaio 2025

Erwägungen

E. 1

Das Bundesgericht prüft seine Zuständigkeit (Art. 29 Abs. 1 BGG) und die weiteren Eintretensvoraussetzungen von Amtes wegen und mit freier Kognition (BGE 147 I 89 E. 1; 146 II 276 E. 1).

E. 1.1

Die frist- und formgerecht (Art. 100 Abs. 1 und Art. 42 BGG) eingereichte Beschwerde richtet sich gegen ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG) und betrifft eine Angelegenheit des öffentlichen Rechts (Art. 82 lit. a BGG), die unter keine der Ausnahmen gemäss Art. 83 BGG fällt. Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten steht damit grundsätzlich offen.

E. 1.2

Departemente des Bundes sind gestützt auf Art. 89 Abs. 2 lit. a BGG zur Beschwerde berechtigt, wenn der angefochtene Akt die Bundesgesetzgebung in ihrem Aufgabenbereich verletzen kann. Das Beschwerderecht der Bundesbehörden dient dazu, den Vollzug des Bundesrechts zu überwachen und dessen richtige und einheitliche Anwendung - wenn nötig letztinstanzlich durch das Bundesgericht - sicherzustellen (BGE 142 II 324 E. 1.3.1; Urteil 2C_582/2016 vom 22. Mai 2017 E. 1.2, nicht publiziert in: BGE 143 II 425). Die hier streitige Beurteilung des Gesuchs der Beschwerdegegnerin gestützt auf Art. 25a VwVG (SR 172.021) fällt in den Aufgabenbereich des EBG, das als Verwaltungseinheit der zentralen Bundesverwaltung dem beschwerdeführenden EDI angegliedert ist (Art. 5 der Organisationsverordnung für das Eidgenössische Departement des Innern vom 28. Juni 2000 [OV-EDI; SR 172.212.1]). Der angefochtene Entscheid kann demnach die Bundesgesetzgebung im Aufgabenbereich des EDI verletzen (vgl. Urteil 2C_650/2020 vom 27. Juli 2021 E. 1.2), womit dieses zur Erhebung der vorliegenden Beschwerde legitimiert ist.

E. 1.3

Näher zu prüfen bleibt indes, ob ein zulässiges Anfechtungsobjekt vorliegt.

E. 1.3.1

Das beschwerdeführende Departement nimmt ohne nähere Begründung an, das angefochtene Urteil stelle einen Endentscheid nach Art. 90 BGG dar. Dies trifft nicht zu. Mit dem angefochtenen Urteil wies das Bundesverwaltungsgericht die Sache an das EBG zurück mit der Anweisung, dieses habe das Gesuch der Beschwerdegegnerin nach Art. 25a VwVG materiell zu beurteilen. Das angefochtene Urteil schliesst das Verfahren nicht ab. Prozessual liegt damit ein Zwischenentscheid vor. Dieser kann auch nicht einem Endentscheid gleichgestellt werden, da sich die Vorinstanz lediglich zur Eintretensfrage

äussert und dem EBG als Fachbehörde in materieller Hinsicht ein erheblicher Spielraum verbleibt (vgl. BGE 134 II 124 E. 1.3; Urteil 2C_650/2020 vom 27. Juli 2021 E. 1.3.1).

E. 1.3.2

Gegen Vor- und Zwischenentscheide, die weder zu Ausstandsbegehren noch zur Zuständigkeit ergehen (dazu Art. 92 BGG), ist die Beschwerde gemäss Art. 93 Abs. 1 BGG nur zulässig, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können (lit. a) oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (lit. b). Das Bundesgericht nimmt einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG an, wenn eine Behörde durch einen Rückweisungsentscheid gezwungen wird, eine ihrer Ansicht nach rechtswidrige Verfügung zu erlassen, weil sie ihren eigenen Endentscheid (mangels formeller Beschwer) nicht anfechten könnte und die Gegenpartei in der Regel keinen Anlass hat, einen zu seinem Vorteil ausfallenden Endentscheid anzufechten (BGE 140 V 321 E. 3.7; 133 V 477 E. 5.2.4). Ein nicht wieder gutzumachender Nachteil droht praxismässig auch den beim Bundesgericht beschwerdebefugten Behörden, die auf einen Rückweisungsentscheid hin nicht selbst neu verfügen müssen, den neuen Entscheid aber nicht anfechten können, weil sie bei der dem Bundesgericht vorgelagerten Instanz nicht zur Beschwerdeführung legitimiert sind (Urteile 2C_650/2020 vom 27. Juli 2021 E. 1.3.2; 2C_383/2020 vom 8. März 2021 E. 1.2.4; je mit weiteren Hinweisen). Dieser Fall liegt hier vor, könnte das EDI doch den Endentscheid des EBG nicht beim Bundesverwaltungsgericht anfechten (Art. 37 VGG i.V.m. Art. 48 VwVG).

E. 1.3.3

Die Voraussetzungen, unter denen ein wie hier vorliegender Zwischenentscheid gemäss Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG angefochten werden kann, sind damit erfüllt. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

E. 2.1

Mit der Beschwerde kann namentlich die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG). Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG), prüft jedoch nur die geltend gemachten Rechtsverletzungen, sofern rechtliche Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (BGE 147 I 73 E. 2.1). In Bezug auf die Verletzung von Grundrechten sowie des kantonalen Rechts gilt eine qualifizierte Rüge- und Begründungspflicht (Art. 106 Abs. 2 BGG). In der Beschwerde ist klar und detailliert anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheids darzulegen, inwiefern verfassungsmässige Individualrechte verletzt worden sein sollen (BGE 149 I 248 E. 3.1; 149 I 105 E. 2.1; 148 I 104 E. 1.5; 147 II 44 E. 1.2).

E. 2.2

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Tatfrage ist auch die Beweiswürdigung (BGE 144 V 111 E. 3). Eine Berichtigung oder Ergänzung der vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen ist von Amtes wegen (Art. 105 Abs. 2 BGG) oder auf Rüge hin möglich. Von den tatsächlichen Grundlagen des vorinstanzlichen Urteils weicht das Bundesgericht jedoch nur ab, wenn diese offensichtlich unrichtig, sprich willkürlich, sind oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruhen und die Behebung des Mangels für den Verfahrensausgang entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 und Art. 106

Abs. 2 BGG ; BGE 147 I 73 E. 2.2). Entsprechende Rügen unterstehen der qualifizierten Rüge- und Begründungspflicht (vorstehende E. 2.1). Auf ungenügend begründete Rügen oder allgemeine appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid geht das Bundesgericht nicht ein (BGE 148 IV 356 E. 2.1; 140 III 264 E. 2.3; 139 II 404 E. 10.1).

E. 3

Die vorliegende Streitigkeit betrifft die Richtlinie des EBG, worin dieses seine Kontrollfunktion betreffend die Einhaltung der Lohngleichheit im Rahmen von öffentlichen Beschaffungen auf Bundesebene näher regelt. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, spielt für die Einordnung des Streitgegenstands (s. nachstehende E. 4) neben dem Vergaberecht auch das Gleichstellungsrecht eine Rolle.

E. 3.1

Das Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GIG; SR 151.1) verpflichtet Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber, die anfangs eines Jahres 100 oder mehr Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer beschäftigen, für das betreffende Jahr eine betriebsinterne Lohngleichheitsanalyse durchzuführen (Art. 13a Abs. 1 GIG). Die Lohngleichheitsanalyse ist nach einer wissenschaftlichen und rechtskonformen Methode durchzuführen (Art. 13c Abs. 1 GIG). Der Bund stellt allen Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern ein kostenloses Standard-Analyse-Tool zur Verfügung (Art. 13c Abs. 2 GIG). Die Pflicht zur Durchführung einer Lohngleichheitsanalyse entfällt u.a. für Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber, die im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags einer Kontrolle über die Einhaltung der Lohngleichheit unterliegen (Art. 13b lit. a GIG).

E. 3.2

Eine dem Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1) unterstehende Auftraggeberin vergibt einen öffentlichen Auftrag für die im Inland zu erbringenden Leistungen nur an Anbieterinnen, welche u.a. die Bestimmungen über die Gleichbehandlung von Frau und Mann in Bezug auf die Lohngleichheit einhalten (Art. 12 Abs. 1 BöB). Die Auftraggeberin kann die Einhaltung der Lohngleichheit kontrollieren oder die Kontrolle dem EBG übertragen, welches die Einzelheiten seiner Kontrollen in einer Richtlinie bestimmt (Art. 12 Abs. 5 BöB und Art. 4 Abs. 1 der Verordnung vom 12. Februar 2020 über das öffentliche Beschaffungswesen [VöB; SR 172.056.11]; s. nachstehende E. 3.3). Für die Durchführung der Kontrollen kann die Auftraggeberin der Behörde oder dem Kontrollorgan die erforderlichen Auskünfte erteilen sowie Unterlagen zur Verfügung stellen. Auf Verlangen hat die Anbieterin die erforderlichen Nachweise zu erbringen (Art. 12 Abs. 5 BöB).

E. 3.3

In Anwendung von Art. 4 Abs. 1 VöB hat das EBG per 1. Januar 2021 die streitgegenständliche Richtlinie erlassen, deren Anpassung die Beschwerdegegnerin mit ihrem Gesuch materiell begehrt. Die Richtlinie EBG sieht namentlich vor, dass das EBG im Auftrag der dem BöB unterstehenden Auftraggeberinnen Stichproben-Kontrollen durchführt (Richtlinie EBG, Ziff. 3). Die zu kontrollierenden Anbieterinnen ("Kontrollobjekt") werden (risikobasiert oder nach Zufallsprinzip) unter denjenigen bestimmt, welche im Rahmen eines Beschaffungsverfahrens einen Auftrag erhalten haben (Richtlinie EBG, Ziff. 4). Die Kontrollen durch das EBG werden mit dem Standard-Analyse-Tool des Bundes (Logib) durchgeführt (Richtlinie EBG, Ziff. 5). Die zu

kontrollierende Anbieterin hat ausserdem zwei Fragebogen auszufüllen und in diesem Rahmen verschiedene Informationen anzugeben (Richtlinie EBG, Ziff. 6) (vgl. zum Ganzen angefochtenes Urteil E. 4.3.2).

E. 4

Streitig und zu prüfen ist vor Bundesgericht, ob die Vorinstanz das EBG zu Recht anwies, mittels Verfügung materiell über das Gesuch um Erlass einer Verfügung gemäss Art. 25a VwVG zu entscheiden.

E. 4.1

Nach Art. 25a VwVG kann, wer ein schutzwürdiges Interesse hat, von der Behörde, die für Handlungen zuständig ist, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und Rechte oder Pflichten berühren, verlangen, dass sie widerrechtliche Handlungen unterlässt, einstellt oder widerruft, die Folgen widerrechtlicher Handlungen beseitigt, oder die Widerrechtlichkeit von Handlungen feststellt (Abs. 1). Die Behörde entscheidet durch Verfügung (Abs. 2). Der Anspruch auf eine Verfügung nach Art. 25a VwVG besteht nicht, wenn die Gesetzgebung den Rechtsschutz gegenüber dem Realakt bewusst ausgeschlossen hat; ebenso wenig, wenn genügender Rechtsschutz auf andere Weise möglich ist (BGE 146 I 145 E. 4.1; 140 II 315 E. 3.1).

E. 4.2

Mit "Handlungen" sind in Art. 25a VwVG Realakte gemeint. Diese unterscheiden sich von Rechtsakten dadurch, dass sie auf die unmittelbare Gestaltung der Faktenlage und nicht der Rechtslage gerichtet sind. Realakte lassen sich wie Rechtsakte grundsätzlich in individuell-konkrete (z.B. die polizeilichen Handlungen des Anhaltens und des Schusswaffengebrauchs) und generell-abstrakte (etwa gewisse Warnungen und Empfehlungen) unterscheiden. Ob der in Art. 25a VwVG verwendete Begriff der "Handlungen" auch Realakte im letzteren Sinn umfasst, erschliesst sich aus den Materialien nicht. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist im Einklang mit der Lehre jedoch grundsätzlich von einem weiten Begriffsverständnis auszugehen. Die Einengung des Rechtsschutzes soll durch die anderen Kriterien erfolgen, insbesondere das Berührtsein in Rechten und Pflichten und das schutzwürdige Interesse (BGE 146 I 145 E. 4.2; 144 II 233 E. 4. 1 und 4.4 mit Hinweisen).

E. 4.3

Art. 25a VwVG definiert das streitlagenspezifische Rechtsschutzinteresse über ein akt- und ein subjektbezogenes Kriterium. Zum einen muss der Realakt "Rechte oder Pflichten berühren", zum anderen muss die gesuchstellende Person ein "schutzwürdiges Interesse" an einer Verfügung über den Realakt haben. Obwohl die genannten Kriterien mit der Bestimmung des Rechtsschutzinteresses die gleiche Stossrichtung haben, werden sie innerhalb von Art. 25a VwVG klar getrennt (BGE 146 I 145 E. 4.4; 144 II 233 E. 7.1; 140 II 315 E. 4.1).

E. 4.4

Mit dem schutzwürdigen Interesse wird an Art. 6, Art. 25 Abs. 2 und Art. 48 Abs. 1 lit. c VwVG bzw. Art. 89 Abs. 1 lit. c BGG angeknüpft. Demnach muss eine besondere Nähe der gesuchstellenden Person zum Realakt vorliegen. Das Erfordernis des Berührtseins in Rechten und Pflichten setzt nach herrschender Auffassung einen Eingriff in die persönliche Rechtssphäre der betroffenen Person voraus (BGE 146 I 145 E. 4.4; 144 II 233 E. 7.3.1;

140 II 315 E. 4.3 und 4.5; vgl. ferner Urteil 2C_172/2024 vom 27. Mai 2024 E. 8.4.1 [zur Publikation vorgesehen]). In diesem Sinne schützenswerte Rechtspositionen ergeben sich vor allem aus Grundrechten; einzubeziehen sind aber auch rechtlich geschützte Interessen aus anderen Rechtstiteln. Ein eigentlicher Eingriff in den Schutzbereich eines Grundrechts ist nicht erforderlich. Es reicht aus, wenn die gesuchstellende Person darzulegen vermag, dass ein von einem Realakt ausgehender Reflex grundrechtsrelevant ist, mithin den Grad eines Eingriffs annehmen könnte. Dazu ist eine gewisse Intensität der Betroffenheit des Privaten, "un certain degré de gravité", erforderlich. Ob die Eingriffswirkung ausreicht, um eine Betroffenheit anzunehmen, hängt vom Geltungsbereich des Grundrechts ab. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der fragliche Realakt auch geeignet sein muss, in dieses einzugreifen (vgl. BGE 146 I 145 E. 4.4; 144 II 233 E. 7.3.2; 140 II 315 E. 4.3).

E. 4.5

Nach Art. 27 Abs. 1 BV ist die Wirtschaftsfreiheit gewährleistet. Sie umfasst insbesondere die freie Wahl des Berufs, den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung (Art. 27 Abs. 2 BV). Gemäss Art. 94 Abs. 1 BV halten sich Bund und Kantone an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit. Abweichungen von diesem Grundsatz, insbesondere Massnahmen, die sich gegen den Wettbewerb richten, sind nur zulässig, wenn sie in der Bundesverfassung vorgesehen oder durch kantonale Regalrechte begründet sind (vgl. Art. 94 Abs. 4 BV).

Die Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 Abs. 1 BV steht natürlichen und juristischen Personen gleichermassen zu (vgl. BGE 142 I 162 E. 3.2.1 ; 140 I 218 E. 6.3). Sie schützt die privatwirtschaftliche Tätigkeit (vgl. BGE 148 II 121 E. 7.1 ; 137 I 167 E. 3.1), nicht hingegen eine staatliche oder öffentliche Aufgabe (vgl. BGE 145 I 183 E. 4.1.2; 142 II 369 E. 6.2 ; 141 I 124 E. 4.1). Während Art. 27 BV den individualrechtlichen Gehalt der Wirtschaftsfreiheit schützt, gewährleistet Art. 94 BV als grundlegendes Ordnungsprinzip einer auf marktwirtschaftlichen Prinzipien beruhenden Wirtschaftsordnung die systembezogene oder institutionelle Dimension der Wirtschaftsfreiheit. Diese beiden Aspekte sind eng aufeinander bezogen und können nicht isoliert betrachtet werden (vgl. BGE 148 II 121 E. 7.2 ; 142 I 162 E. 3.2.1). Eine Scharnierfunktion kommt ausserdem dem Grundsatz der Gleichbehandlung der direkten Konkurrenten und der staatlichen Wettbewerbsneutralität zu (vgl. BGE 142 I 162 E. 3.2.1 ; 138 I 378 E. 6.1; Urteil 2D_53/2020 / 2D_25/2021 vom 31. März 2023 E. 4.4.1 f., nicht publiziert in: BGE 149 I 146).

E. 5

Die Vorinstanz geht ohne nähere Ausführungen davon aus, dass es sich bei der Richtlinie EBG um einen Realakt handelt (angefochtenes Urteil E. 3.2).

E. 5.1

Die Richtlinie EBG regelt die Durchführung der beschaffungsrechtlichen Lohngleichheitskontrollen in generell-abstrakter Weise (vorstehende E. 3.3), namentlich das von der Behörde zu verwendende Analyse-Tool. Insoweit handelt es sich um eine Verwaltungsverordnung (vgl. BGE 128 I 167 E. 4.3).

E. 5.2

Die Zuordnung von "Verwaltungsinnenakten" ist in der Lehre umstritten (vgl. zum Ganzen Tschannen/Müller/Kern, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2022, Rz. 1076;

Anne-Christine Favre, Commentaire romand, Loi fédérale sur la procédure administrative, 2024, N. 10 ff. zu Art. 25a VwVG). Eine Mehrheit der Lehre zählt sie mangels Aussenwirkung zu den Realakten (vgl. Favre, a.a.O., N. 10 f. zu Art. 25a VwVG ; Markus Müller, Rechtsschutz gegen Verwaltungsrealakte, in: Neue Bundesrechtspflege, Tschannen [Hrsg.], 2008, S. 313 ff., S. 324; Isabelle Häner, in: Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], 3. Aufl. 2023, N. 7 zu Art. 25a VwVG ; Alexandre Flückiger, L'extension du contrôle juridictionnel des activités de l'administration, Bern 1998, S. 60 f.; Weber-Dürler/Kunz-Notter, in: VwVG, Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Kommentar, 2. Aufl. 2019, N. 7 zu Art. 25a VwVG). Ein anderer Teil der Lehre qualifiziert verwaltungsinterne Akte demgegenüber generell als Rechtsakte (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 846; Pierre Tschannen, Systeme des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 2008, Rz. 151 ff.).

E. 5.3

Das Bundesgericht hat seinerseits im Kontext von Art. 29a BV festgehalten, dass die Gewährung von Rechtsschutz mindestens verlangt wird, wenn ein Realakt

oder eine verwaltungsinterne Anordnung individuelle, schützenswerte Rechtspositionen berührt (vgl. BGE 143 I 336 E. 4.2; 2C_812/2022 vom 12. Januar 2022 E. 7.1). Daraus könnte geschlossen werden, dass Verwaltungsinnenakte (ohne Aussenwirkung) zwar nicht als Realakte im engeren Sinne gelten, indessen gleichwohl als Verfügungsfreies Handeln unter Art. 25a Abs. 1 VwVG subsumiert werden können (vgl. der Hinweis auf Art. 25a VwVG in BGE 143 I 336 E. 4.2).

E. 5.4

Die Frage, ob eine Verwaltungsverordnung als Realakt i.S.v. Art. 25a VwVG qualifiziert werden kann, muss vorliegend allerdings nicht abschliessend geklärt werden. Denn selbst wenn mit der Vorinstanz davon auszugehen ist, dass die Richtlinie EBG einen Realakt darstellt, sind die weiteren Voraussetzungen von Art. 25a VwVG nicht erfüllt (s. nachstehende E. 6). Hinzu kommt, dass vorliegend auch die

Durchführung der Kontrollen (gestützt auf die Richtlinie EBG) infrage steht, wobei es sich zweifelsfrei um einen Realakt handelt.

E. 6

Streitig ist, ob die Richtlinie EBG geeignet ist, in die Wirtschaftsfreiheit der Beschwerdegegnerin einzugreifen, namentlich indem sie vorsieht, dass das EBG seine Kontrollen durch das Standard-Analyse-Tool des Bundes (Logib) durchführt (vorstehende E. 3.3).

E. 6.1

Die Vorinstanz bejaht diese Frage gestützt auf das Schreiben des Sekretariats der WEKO vom 22. Februar 2022 betreffend die Ablehnung eines Gesuchs um Abgabe einer Empfehlung im Sinne von Art. 45 Abs. 2 des Kartellgesetzes (KG; SR 251) (s. vorstehende lit. B; publiziert in: RPW 2022/4, S. 890 ff.). Danach hätten diejenigen Anbieterinnen, die ihre Kontrollen gemäss Gleichstellungsgesetz bereits mit dem Standard-Analyse-Tool des Bundes (Logib) durchgeführt haben, möglicherweise einen - wenn auch tendenziell eher geringen - Vorteil. Dieser Vorteil liege darin, dass diese Anbieterinnen bereits mit dem Tool Logib gearbeitet hätten, die Prozesse kennen würden und die zu erhebenden Daten

möglicherweise bereits entsprechend erhoben und zusammengetragen hätten. Gemäss Vorinstanz könnte somit denjenigen Anbieterinnen, die (wie die Kunden und Kundinnen der Beschwerdegegnerin) ein privates Analyse-Tool verwenden, im Vergleich ein Mehraufwand in der Erhebung und Bereitstellung der erforderlichen Daten entstehen. Inwiefern dieser Mehraufwand von Unternehmen bei beschaffungsrechtlichen Kontrollen dazu führe, dass sich Anbieterinnen nur deswegen gegen die Vornahme der Lohngleichheitsanalyse mittels eines privaten Analyse-Tools (wie es von der Beschwerdegegnerin angeboten wird) entscheiden, brauche indessen nicht vertieft zu werden. Das sei gemäss Vorinstanz eine Frage der materiellen Beurteilung. Die Beschwerdegegnerin lege jedenfalls glaubhaft dar, dass die Richtlinie EBG und die Verwendung der Lohngleichheitsanalyse Logib bei beschaffungsrechtlichen Kontrollen in ihre geschützten Rechte der Wirtschaftsfreiheit eingreifen könnte, sofern ihre Kunden diesen Mehraufwand nicht in Kauf nehmen würden (angefochtenes Urteil E. 4.3.3).

E. 6.2

Das beschwerdeführende Departement bestreitet demgegenüber im Wesentlichen, dass den Kunden und Kundinnen der Beschwerdegegnerin durch den Umstand, dass das EBG seine Kontrollen mit dem Logib-Tool durchführt, ein Mehraufwand entstehen könne. Es macht geltend, die Vorinstanz verkenne diesbezüglich die Mitwirkungspflichten, die in jedem Fall dieselben seien, unabhängig vom eingesetzten Lohngleichheitsanalyse-Tool der zu kontrollierenden Anbieterinnen. Fast alle der verlangten Daten, die die zu kontrollierenden Anbieterinnen anzugeben haben, müssten sämtliche Schweizer Unternehmen ohnehin im Rahmen ihrer obligatorischen Auskunftspflicht für die Schweizerische Lohnstrukturerhebung aufbereitet halten, welche das Bundesamt für Statistik alle zwei Jahre bei den Unternehmen durchführe. Eine Lohngleichheitsanalyse werde nicht verlangt, sondern es sei Aufgabe des EBG und gerade nicht einer Anbieterin, diese Angaben in das Lohngleichheitsanalyse-Tool zu speisen. Welches Tool das EBG dabei verwende, könne der Anbieterin gleichgültig sein. Die Richtlinie EBG habe damit auch keinen Einfluss auf den Wettbewerb zwischen Anbieterinnen von Methoden für Lohngleichheitsanalysen nach dem Gleichstellungsgesetz. Von dem gehe, anders als die Vorinstanz es darstelle, auch die WEKO aus.

E. 6.3

Zutreffend ist, dass grundsätzlich alle Anbieterinnen dem EBG dieselben Informationen betreffend Lohnstruktur anzugeben haben, unabhängig davon, welches Analyse-Tool eine Anbieterin im Rahmen der Lohngleichheitsanalyse nach Art. 13a Abs. 1 GIG einsetzt. Dies schliesst indes nicht aus, dass - wie von der Vorinstanz festgestellt - Kunden und Kundinnen der Beschwerdegegnerin (d.h. Anbieterinnen, die für die Lohngleichheitsanalyse nach dem Gleichstellungsgesetz mit dem Modell L&MAba-24 arbeiten), ein Mehraufwand entstehen kann im Vergleich zu solchen Anbieterinnen, die das Logib-Tool verwenden. Wie die Beschwerdegegnerin zur Recht vorbringt, handelt es sich bei der Frage, ob ein solcher Mehraufwand bestehen kann, im Wesentlichen um eine Frage der Beweiswürdigung und damit um eine Tatfrage (vorstehende E. 2.2). Eine willkürliche Beweiswürdigung (oder Sachverhaltsfeststellung) macht das beschwerdeführende Departement indes nicht (rechtsgenügend) geltend. Das Sekretariat der WEKO geht davon aus, dass Anbieterinnen, die ihre Kontrollen gemäss Gleichstellungsgesetz bereits mit dem Standard-Analyse-Tool des Bundes (Logib) durchgeführt haben, einen - wenn auch tendenziell eher geringen - Vorteil dadurch erhalten können, dass sie bereits mit dem Tool

gearbeitet haben, die Prozesse kennen und die zu erhebenden Daten möglicherweise bereits entsprechend erhoben und zusammengetragen haben (vgl. Schreiben der WEKO vom 22. Februar 2022, RPW 2022/4, S. 893 f.). Wenn vor diesem Hintergrund auch die Vorinstanz auf einen möglichen Mehraufwand von Kunden und Kundinnen der Beschwerdegegnerin schliesst, kann dies nicht als willkürlich gelten.

E. 6.4

Fraglich erscheint indes, ob - wie die Vorinstanz annimmt - gestützt auf diesen allfälligen Mehraufwand bereits ein potentieller Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der Beschwerdegegnerin angenommen werden kann. Die beschriebenen Vorteile beziehen sich nämlich auf die Stellung der kontrollierten Anbieterinnen. Der geltend gemachte Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der Beschwerdegegnerin dagegen ergäbe sich potentiell erst dann, wenn der mögliche Mehraufwand auch dazu führen könnte, dass sich Anbieterinnen deshalb gegen die Vornahme der Lohngleichheitsanalyse mittels eines privaten Analyse-Tools entscheiden und die Beschwerdegegnerin benachteiligt wird. Auch dies müsste die Beschwerdegegnerin zumindest glaubhaft machen, um die Eintretensvoraussetzungen von Art. 25a VwVG zu erfüllen. Gelingen tut ihr das nicht, wie nachfolgend auszuführen ist:

Erstens verweist das beschwerdeführende Departement zu Recht darauf, dass bereits die Wahrscheinlichkeit, dass Kundinnen und Kunden der Beschwerdegegnerin überhaupt vom EBG im Rahmen eines Beschaffungsverfahrens des Bundes kontrolliert werden, sehr gering erscheint. Der Kontrollauftrag des EBG beschränkt sich auf Stichprobenkontrollen (vorstehende E. 3.3). Diese Stichproben-Kontrollen konzentrieren sich gemäss Angaben des EBG auf Anbieterinnen mit weniger als 100 Arbeitnehmenden, was die Beschwerdegegnerin nicht bestreitet. Mit dieser Praxis sollen namentlich Doppelspurigkeiten zur Lohngleichheitsanalyse nach dem Gleichstellungsgesetz vermieden werden (vgl. Schreiben der WEKO vom 22. Februar 2022, RPW 2022/4, S. 893). Mit anderen Worten ist die Kontrollpraxis des EBG gerade nicht auf Unternehmen ausgerichtet, die gemäss Gleichstellungsgesetz einer Pflicht zur Durchführung einer Lohngleichheitsanalyse unterliegen und in diesem Zusammenhang die Dienste der Beschwerdegegnerin in Anspruch nehmen. Insofern ist nicht ersichtlich, inwiefern sich die Richtlinie EBG negativ auf die Nachfrage nach den von der Beschwerdegegnerin angebotenen Analyse-Tools auswirken könnte. Dass die Praxis des EBG (Beschränkung der Kontrollen auf Anbieterinnen mit weniger als 100 Arbeitnehmenden) lediglich auf einer Selbstbeschränkung basiere und künftig geändert werden könne, vermag daran - jedenfalls zum jetzigen Zeitpunkt - nichts zu ändern.

Zweitens hielt die Vorinstanz unter Hinweis auf die Ausführungen der WEKO fest, dass ein allfälliger Mehraufwand der Anbieterinnen, die ein privates Analyse-Tool verwenden, höchstens gering ausfallen würde. Die Beschwerdegegnerin vermag nicht darzutun, dass Anbieterinnen sich nur deswegen gegen die Vornahme der Lohngleichheitsanalyse mittels eines privaten Analyse-Tools entscheiden könnten. Mit Blick auf den (wenn überhaupt) geringen Mehraufwand genügt allein der Hinweis auf den Umstand, dass die Anbieterinnen eine optimale Ressourcenallokation anstreben, nicht. Auch aus dem Verweis der Beschwerdegegnerin auf den Kanton Basel-Stadt, wo sie einen Wettbewerbsnachteil erfahren habe, kann sie nichts zu ihren Gunsten ableiten. Denn die vorgebrachte kantonale Praxis betrifft die hier nicht infrage stehende Selbstdeklaration betreffend Einhaltung der Lohngleichheit, welche dort - anders als auf Bundesebene - nur durch Verwendung des

Logib-Analyse-Tools erbracht werden könne (vgl. Schreiben der WEKO vom 22. Februar 2022, RPW 2022/4, S. 894).

E. 6.5

Aus den dargelegten Gründen erscheint die Richtlinie EBG und die darin vorgesehene Verwendung des Analyse-Tools Logib durch das EBG nicht geeignet, in der vorgebrachten Weise in die Wirtschaftsfreiheit der Beschwerdegegnerin einzugreifen. Damit kann offen bleiben, wie es sich mit der zweiten Voraussetzung von Art. 25a VwVG verhält. Ebenfalls erübrigen sich weitere Ausführungen zum Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit.

Im Ergebnis ist das EBG auf das Gesuch der Beschwerdegegnerin zu Recht nicht eingetreten. Der angefochtene Entscheid, der zum gegenteiligen Ergebnis gelangt, verletzt demgegenüber Art. 25a VwVG .

E. 7

Die Beschwerde erweist sich damit als begründet, weshalb sie gutzuheissen ist. Das angefochtene Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 8. November 2022 ist aufzuheben und die Verfügung des EBG vom 11. Mai 2021 ist zu bestätigen. Die Angelegenheit ist zudem zur Neuverlegung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorinstanzlichen Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 67 BGG).

Diesem Verfahrensausgang entsprechend trägt die Beschwerdegegnerin die Gerichtskosten (Art. 66 Abs. 1 BGG). Parteienschädigungen sind nicht geschuldet (Art. 68 Abs. 1 und Abs. 3 BGG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.