

Bericht Nr. 2064 zur Anpassung der rechtlichen Grundlagen betreffend der Gewährung von Inkonvenienzzulagen während Ferienabwesenheiten

Dem Bürgergemeinderat zugestellt am 1. Dezember 2011

1. Ausgangslage

Unter Inkonvenienzzulagen sind all diejenigen Entschädigungen zu verstehen, die der Arbeitgeber für die regelmässige Leistung von Nacht- und Wochenend- oder Feiertagsdienst, für Pikett- und Bereitschaftsdienst sowie für Arbeiten mit besonderen, aussergewöhnlichen Belastungen zusätzlich zum Lohn ausbezahlt. Dabei war lange Zeit nicht klar, ob bzw. inwieweit solche regelmässig ausgerichteten Inkonvenienzzulagen auch auf dem Ferienlohn zu bezahlen sind. Mit Entscheid 132 III 172 hat das Bundesgericht die Frage, inwieweit solche Inkonvenienzzulagen zum Ferienlohn hinzugerechnet werden müssen, für den Bereich des Arbeitsprivatrechts entschieden.

Das Bundesgericht bestätigte in seinen Ausführungen den Grundsatz, dass gestützt auf Art. 329d Abs. 1 OR Arbeitnehmende während der Ferien nicht schlechter gestellt sein dürfen, als wenn sie in dieser Zeit gearbeitet hätten. Es bestätigte die in der Lehre und Praxis vertretene Auffassung, dass der auf die Ferien entfallende Lohn auf der Grundlage des gesamten Monatslohnes zu berechnen ist, d.h. einschliesslich der Schicht- und Inkonvenienzzulagen. Bei unregelmässigen Einkommen und Zulagen wird der Ferienlohn aufgrund des Durchschnittslohns während einer Referenzperiode berechnet. Als Referenzperiode wird in der Regel auf das Anstellungsjahr vor dem Ferienbezug abgestellt.

2. Situation im öffentlichen Recht

Diese Klarstellung des Bundesgerichts betrifft nur den Bereich des privaten Arbeitsvertragsrechts. Dahingegen sind gemäss Art. 342 Abs. 1 OR der Bund, die Kantone sowie die Gemeinden und andere öffentlich-rechtliche Körperschaften sowie die öffentlichen Anstalten bei der Ordnung der Anstellungsverhältnisse nicht dem Arbeitsvertragsrecht des schweizerischen Obligationenrechts unterworfen. Sie können ihre Anstellungsverhältnisse mittels eigenen Gesetzen und Verordnungen selbst regeln.

Die Bestimmungen des Arbeitsprivatrechts gelangen im öffentlichen Recht nur kraft eines (direkten oder subsidiären) Verweises oder für den Fall, dass eine Lücke vorliegt, welche unter Heranziehung des Arbeitsprivatrechts nach richterlichem Ermessen und unter den Voraussetzungen des öffentlichen Rechts geschlossen werden kann, zur Anwendung.

3. Situation beim Kanton Basel-Stadt

Das baselstädtische Appellationsgericht hatte die Frage zu prüfen, inwieweit Nacht- und Wochenendzulagen sowie weitere Inkonvenienzzulagen zum Ferienlohn bei den vom Kanton öffentlich-rechtlich angestellten Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern aufgrund der Bestimmungen des kantona-

len Personalrechts hinzugerechnet werden müssen. Dabei hielt das Gericht fest, dass das öffentliche Personalrecht des Kantons Basel-Stadt keine eigene Regelung für die Ausrichtung von Zulagen während der Ferien enthält und daher gemäss § 4 des Personalgesetzes subsidiär das Obligationenrecht Anwendung findet. Basierend auf diesen kraft ausdrücklichen Verweises anwendbaren privatrechtlichen Grundsätzen, für welche wiederum der unter Ziffer 1 erwähnte Bundesgerichtsentscheid massgebend ist, hat der Kanton Basel-Stadt seinen Angestellten die ihnen regelmässig ausgerichteten Geldzulagen für Nacht-, Sonntags- und Feiertagsarbeit sowie den Pikettendienst anteilmässig auch auf dem Ferienlohn zu bezahlen.

Der Kanton Basel-Stadt ist somit verpflichtet, die obligationenrechtliche Lösung umzusetzen, was seit April 2010 vollzogen wird. Die Arbeitszeitverordnung mit den Ausführungsbestimmungen befindet sich in Überarbeitung.

4. Situation in der Bürgergemeinde der Stadt Basel

a) Ausgangslage

Die Bürgergemeinde der Stadt Basel ist eine Gemeinde im Sinne des Art. 342 Abs. 1 OR und deshalb zur selbständigen Regelung ihrer Anstellungsverhältnisse befugt.¹ Sie ist somit nicht an das schweizerische privatrechtliche Arbeitsvertragsrecht gebunden, sondern sie kann ihre Anstellungsverhältnisse vielmehr selbst regeln.

Die Bürgergemeinde hat von dieser Möglichkeit zur selbständigen Regelung ihrer Anstellungsverhältnisse Gebrauch gemacht, indem der Bürgergemeinderat die Anstellungsordnung (vom 28. April 1998) und die Lohnordnung (vom 2. April 1996) sowie der Bürgerrat die zugehörigen Reglemente mit den entsprechenden Ausführungsbestimmungen erlassen hat. Dabei verweist die Anstellungsordnung in § 5 subsidiär auf das Schweizerische Obligationenrecht (OR). Danach gelten die Bestimmungen des OR sinngemäss, soweit das Anstellungsrecht der Bürgergemeinde keine Regel aufstellt.

b) Aktuelle Regelung der Inkonvenienzen

§ 10 der Lohnordnung (LO) sieht in Bezug auf Zulagen vor, dass diese bei stark von der Norm abweichender Einteilung der Arbeitszeit in Form von Geld oder Zeit auszurichten seien. Abs. 2 präzisiert diese Regelung, indem festgehalten wird, dass solche Zulagen nur für Arbeitsleistungen geschuldet sind, die tatsächlich in Zeiten erbracht wurden, die stark von der Norm abweichen.

Im Weiteren regelt § 41 des Reglements zur Lohnordnung den Umfang des Anspruchs bei tatsächlich erbrachten Arbeitsleistungen in Zeiten, die stark von der Norm abweichen, wobei unter lit. c festgehalten wird, dass für die Zeit von Ferien, Militärdienst, Schwangerschafts- und Mutterschaftsurlaub sowie Krankheit kein Anspruch auf Zulagen besteht. Vorbehalten sind Arbeitsverhältnisse, die ausschliesslich zur Leistung von Sonderdiensten bestehen.

Somit liegt weder eine Regelungslücke vor, noch greifen subsidiär die Bestimmungen des OR sinngemäss, weil das Anstellungsrecht der Bürgergemeinde klare Regelungen enthält. Inhaltlich haben die gesetzgebenden Organe der Bürgergemeinde die Leistung von Zulagen explizit an die effektive Arbeitsleistung geknüpft, weshalb es keinen Anspruch auf Berücksichtigung von Zulagen bei der Berechnung des Ferienlohnes gibt. Die Gewährung von Zulagen während der Ferienzeit für

¹ Vgl. § 9 Abs.1 Ziff. 6 Gemeindegesetz.

die Anstellungsverhältnisse der Bürgergemeinde der Stadt Basel ist im geltenden Recht nicht geschuldet und folglich bei der Berechnung des auf die Ferien anfallenden Lohnes nicht zu berücksichtigen. Die Frage ist für alle Anstellungsverhältnisse der Bürgergemeinde der Stadt Basel (mit Ausnahme der ausdrücklich vorbehaltenen Sonderdienste und der nicht definitiv Beschäftigten, die gemäss § 1 Abs. 2 LO nicht unter die Lohnordnung fallen) abschliessend geregelt. Es besteht keine Lücke, die nach sinngemässer Berücksichtigung des Arbeitsprivatrechts zu schliessen wäre.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass für die Bürgergemeinde gemäss geltendem Recht keine Verpflichtung besteht, diese Zulagen auf den Ferienlohn zu entrichten – mit Ausnahme der Arbeitsverhältnisse, die ausschliesslich zur Leistung von Sonderdiensten bestehen.

c) *Künftige Handhabe*

Ungeachtet der Frage nach der rechtlichen Verpflichtung hat der Bürgerrat geprüft, ob diese Regelung auch weiterhin aufrecht zu erhalten ist, oder ob es Gründe gibt, die bisherige Regelung pro futuro freiwillig zu ändern.

Der Bürgerrat ist der Auffassung, dass es einem nachvollziehbaren und verständlichen Bedürfnis der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter entspricht, Inkonvenienzzulagen auch bei der Berechnung des auf die Ferien anfallenden Lohnes zu berücksichtigen. Dies umso mehr, wenn es sich dabei um regelmässige und massgebliche „Einkünfte“ handelt, die den Betroffenen wie „normales“ Einkommen zur Finanzierung des Lebensunterhalts dienen. Weiter ist zu berücksichtigen, dass die Bürgergemeinde eine moderne und soziale Arbeitgeberin ist, die Ihren Mitarbeitenden attraktive und zeitgemässe Anstellungsbedingungen bietet. Auch gilt es die Wettbewerbsfähigkeit der Bürgergemeinde mit ihren Institutionen auf dem Arbeitsmarkt im Auge zu behalten. Die privaten Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber wie auch der Kanton Basel-Stadt sind verpflichtet, diese Zulagen zu leisten. Somit sehen viele Betriebe und Unternehmungen, die Mitbewerber der Bürgergemeinde bzw. ihrer Institutionen sind, diese Zulagen derzeit bereits vor. Weiter ist zu berücksichtigen, dass auch im öffentlichen Personalrecht die Schicht- und Inkonvenienzzulagen bei der Berechnung des Ferienlohns zunehmend ausgerichtet werden. Schliesslich spielen auch Gleichbehandlungserwägungen eine gewisse Rolle.

Der Bürgerrat ist deshalb nach eingehender Prüfung zum Schluss gekommen, dem Bürgergemeinderat zu beantragen, die bisherige Regelung aufzuheben und die Inkonvenienzzulagen während Ferienabwesenheiten künftig ab 1. Januar 2012 ebenfalls zu leisten.

d) *Exkurs Kosten*

Betroffen von dieser Neuregelung sind das Bürgerspital und das Bürgerliche Waisenhaus. Die Hochrechnung der Kosten für die künftige Einführung der Berücksichtigung der Inkonvenienzzulagen auch bei der Berechnung des auf die Ferien anfallenden Lohnes belaufen sich für die beiden Institutionen gesamthaft auf ca. CHF 150'000 pro Jahr. Dieser Betrag entspricht etwa 10 % der Gesamtkosten für Inkonvenienzen beider Institutionen. Die Zusatzkosten wurden in den jeweiligen Budgets 2012 berücksichtigt und haben „Platz“ im Rahmen der Globalbudgets.

5. Umsetzung

Die Umsetzung macht folgende Änderungen in den rechtlichen Grundlagen notwendig:

Lohnordnung (2. April 1996) - Entscheidungskompetenz Bürgergemeinderat

| Bisheriges Recht | Neues Recht |
|--|--|
| <p><i>Besondere Einteilung der Arbeitszeit</i> § 10. Bei stark von der Norm abweichender Einteilung der Arbeitszeit werden Zulagen in Form von Geld oder Zeit ausgerichtet, deren Höhe vom Bürgerrat festgelegt und unter Berücksichtigung der Entwicklung der Lebenshaltungskosten periodisch angepasst wird. ² Diese Zulagen sind nur geschuldet für Arbeitsleistungen, die tatsächlich in Zeiten erbracht wurden, die von der Norm stark abweichen.</p> | <p>² Regelmässig ausgerichtete Zulagen für stark von der Norm abweichende Einteilung der Arbeitszeit sind bei der Berechnung des Ferienlohns zu berücksichtigen; die Einzelheiten regelt der Bürgerrat.</p> |

Unter Vorbehalt des Entscheids des Bürgergemeinderats über § 10 der Lohnordnung wird der Bürgerrat daraufhin die Ausführungsbestimmungen in den §§ 41 und 43 des Reglements zur Lohnordnung vom 16. Februar 1999 sowie in § 29 des Reglements zur Anstellungsordnung entsprechend anpassen. Zur Information sind die geplanten Änderungen dieser Vorlage beigefügt.

6. Antrag an den Bürgergemeinderat

Gestützt auf die vorstehenden Ausführungen beantragt der Bürgerrat dem Bürgergemeinderat, folgenden

Beschluss

zu fassen:

://: Der beiliegende Entwurf zur Änderung von § 10 der Lohnordnung wird genehmigt.

Namens des Bürgerrates

Der Präsident:
Dr. Lukas Faesch

Der Bürgerratsschreiber:
Daniel Müller

Beilagen

1. Publikationstext mit der zu genehmigenden Änderung der Lohnordnung
2. Die unter Vorbehalt des Entscheids des Bürgergemeinderats über § 10 der Lohnordnung geplanten Änderungen der §§ 41 und 43 des Reglements zur Lohnordnung vom 16. Februar 1999 sowie von § 29 des Reglements zur Anstellungsordnung.

1.11.11

Beilage 1: Publikationstext mit der dem Bürgergemeinderat beantragten Änderung von § 10 der Lohnordnung

Ordnung betreffend die Entlöhnung der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Bürgergemeinde der Stadt Basel (Lohnordnung)

Änderung vom 13. Dezember 2011

Der Bürgergemeinderat der Stadt Basel beschliesst:

I.

Die Ordnung betreffend die Entlöhnung der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Bürgergemeinde der Stadt Basel (Lohnordnung) vom 2. April 1996 wird wie folgt geändert:

§ 10, Abs. 2, erhält folgende neue Fassung:

² Regelmässig ausgerichtete Zulagen für stark von der Norm abweichende Einteilung der Arbeitszeit sind bei der Berechnung des Ferienlohns zu berücksichtigen; die Einzelheiten regelt der Bürgerrat.

II.

Diese Änderung ist zu publizieren; sie unterliegt dem Referendum und wird nach Eintritt der Rechtskraft per 1. Januar 2012 wirksam.

Namens des Bürgergemeinderats
Der Präsident: Prof. Dr. Jürg Stöcklin
Der Bürgerratsschreiber: Daniel Müller

Beilage 2: Die unter Vorbehalt des Entscheids des Bürgergemeinderats über § 10 der Lohnordnung vom Bürgerrat geplanten Änderungen der §§ 41 und 43 des Reglements zur Lohnordnung vom 16. Februar 1999 sowie von § 29 des Reglements zur Anstellungsordnung.

Reglement zur Lohnordnung (16. Februar 1999) - Entscheidungskompetenz Bürgerrat

| Bisheriges Recht | Neues Recht | Erläuterungen |
|--|---|---|
| <p><i>Umfang des Anspruchs</i> § 41. Ein Anspruch auf Zulagen gemäss diesem Abschnitt besteht nur im Umfang, in dem tatsächlich die Arbeitsleistungen in Zeiten erbracht werden, die stark von der Norm abweichen; insbesondere</p> <ul style="list-style-type: none"> a) wird der Anspruch in Stunden und Prozentsen von Stunden genau berechnet; b) besteht kein Anspruch auf eine Mindestzulage; c) besteht für die Zeit von Ferien, Militärdienst, Schwanger-/Mutterschaftsurlaub und Krankheit kein Anspruch auf Zulagen; vorbehalten bleiben Arbeitsverhältnisse, die ausschliesslich zur Leistung von Sonderdiensten bestehen.18) <p><i>Versicherung</i> § 43. Die Zulagen aufgrund besonderer Einteilung der Arbeitszeit sind nicht Bestandteil des für die Berufliche Vorsorge massgebenden versicherten Lohnes.</p> | <p>§ 41. Ein Anspruch auf Zulagen besteht nur im Umfang, in dem tatsächlich die Arbeitsleistungen in Zeiten erbracht werden, die stark von der Norm abweichen. Stark von der Norm abweichende Arbeitszeiten sind Nacharbeit, Sonntags- und Feiertagsarbeit, Pikettdienst und Präsenzdienst. ² Der Anspruch wird in Stunden und Prozentsen von Stunden genau berechnet. ³ Diese Zulagen, sofern sie regelmässig ausgerichtet worden sind, werden für die Zeit von Ferien weiterbezahlt. ⁴ Diese Zulagen werden für die Zeit von obligatorischen Dienstleistungen, Schwangerschafts- und Mutterschaftsurlaub gemäss den ordentlichen Versicherungsleistungen weiterbezahlt. Bei Krankheit und bei Unfall besteht ein Anspruch auf diese Zulagen ab dem 91. Tag im Umfang der Vereinbarungen mit der entsprechenden Versicherung. ⁵ Berechnungsgrundlage dafür bildet ein Durchschnitt der letzten zwölf Monate. ⁶ Es besteht kein Anspruch auf eine Mindestzulage.</p> <p>§ 43 (aufgehoben)</p> | <p>Zu Abs. 4 Die BG zahlt in den ersten drei Monaten 100% des vertraglich vereinbarten Lohnes ohne Inkonvenienzen statt 80% des Ø Monatslohns inkl. Inkonvenienzen. Die Ansprüche sind somit regelmässig mehr als abgegolten.</p> <p>Zwingende gesetzliche Vorschriften resp. Vorgaben der PK geben den Umfang des versicherten Lohnes vor.</p> |

Reglement zur Anstellungsordnung (12. Januar 1999) - Entscheidungskompetenz Bürgerrat

| Bisheriges Recht | Neues Recht |
|---|--|
| <p><i>Lohnanspruch</i> § 29. Der Lohn entspricht dem Durchschnitt der vorangegangenen zwölf Monate zuzüglich Sozialzulagen jedoch ohne Inkonvenienzzulagen. ² Wird der Anspruch auf bezahlten Urlaub nicht ausgeschöpft, entsteht kein Anspruch auf anderweitige Entschädigung.</p> | <p><i>Lohnanspruch</i> § 29. Der Lohn entspricht dem Durchschnitt der vorangegangenen zwölf Monate zuzüglich Sozialzulagen mit Inkonvenienzzulagen. ² Wird der Anspruch auf bezahlten Urlaub nicht ausgeschöpft, entsteht kein Anspruch auf anderweitige Entschädigung.</p> |