



Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt

An den Grossen Rat

10.5386.02

FD/P105386
Basel, 25. Mai 2011

Regierungsratsbeschluss
vom 24. Mai 2011

Motion Heidi Mück und Konsorten betreffend der Einführung eines Mindest-Stundenlohns für ausgelagerte Dienstleistungen öffentlich-rechtlicher Betriebe

Der Grosse Rat hat an seiner Sitzung vom 2. März 2011 die nachstehende Motion Heidi Mück und Konsorten dem Regierungsrat zur Stellungnahme unterbreitet:

„In den letzten Jahren sind in staatlichen und öffentlich-rechtlichen Betrieben immer mehr Bereiche ausgelagert worden. So wird beispielsweise auch die Reinigung der Busse und Trams der BVB, die Reinigung der Universität etc. an private Firmen vergeben.

Den Zuschlag bekommt gemäss geltendem Submissionsgesetz diejenige Firma, welche die günstigste Offerte macht. Wie diese Offerte zustande kommt, wissen die Auftraggeber nicht. Es wird zwar verlangt, dass der GAV eingehalten wird. Wie aber die Löhne und Arbeitsbedingungen konkret aussehen, wissen die für die Auftragsvergabe Verantwortlichen nicht. Leider sieht der GAV der Reinigungsbranche noch immer sehr tiefe Mindestlöhne vor (der aktuell gültige Mindestlohn nach GAV beträgt 17.05!), dies nicht zuletzt auch darum, weil die Beschäftigten zum grössten Teil Migrantinnen und Migranten sind, zumeist Menschen ohne Ausbildung, die Mühe haben, eine andere Arbeit zu finden und deshalb nicht wagen, sich für höhere Löhne einzusetzen.

Am Beispiel der BVB zeigt sich, dass unsere Busse und Trams heute von Arbeitnehmenden gereinigt werden, die dafür 17.20 pro Stunde bekommen. Die Reinigung findet grösstenteils in der Nacht zwischen 22.00 Uhr und 3 Uhr morgens statt. Zudem gelten die Bedingungen des zugrunde liegenden GAV nur für die Reinigung von Gebäuden, nicht aber für die Wagenreinigung.

Doch es geht auch anders: In der Ausschreibung eines Auftrages kann nämlich auch ein höherer Mindestlohn verlangt werden als der GAV-Mindestlohn. Alle Bewerber müssten ihre Offerten dann so gestalten, dass sie mit dem höheren, vorgeschriebenen Mindestlohn rechnen. Der Auftraggeber kann zudem verlangen, dass die Bezahlung des vorgeschriebenen Lohnes nachgewiesen wird. Die Spiesse sind somit für alle Bewerber gleich lang. Es gibt übrigens Betriebe, die bereits heute einen höheren als den GAV-Mindestlohn verlangen.

Der Regierungsrat wird gebeten, dem Grossen Rat innerhalb eines Jahres eine Gesetzesänderung vorzulegen, welche einen verbindlichen Mindestlohn für die Erbringung von Dienstleistungen durch Dritte in staatlichen und öffentlich-rechtlichen Betrieben festlegt. Dieser Mindestlohn soll gleich hoch sein, wie der Mindestlohn für die entsprechende Tätigkeit beim Kanton. Für Nacht- und Sonntagsarbeit soll ausserdem ein angemessener Zuschlag vorgeschrieben werden. Dieser Mindeststundenlohn ist bei Ausschreibungen auch für Bereiche vorzuschreiben, wo ein GAV besteht, dieser aber tiefere Mindestlöhne vorsieht.

Heidi Mück, Patrizia Bernasconi, Urs Müller-Walz, Markus Benz, Michael Wüthrich, Loretta Müller, Brigitta Gerber, Elisabeth Ackermann, Doris Gysin, Daniel Goepfert, Jörg Vitelli, Mirjam Ballmer, Maria Berger-Coenen, Jürg Meyer, Atilla Toptas, Gülsen Öztürk, Beatrice Alder, Greta Schindler, Andreas Ungricht, Stephan Luethi-Brüderlin, Brigitte Heilbronner, Sibel Arslan, Christoph Wydler“

Wir nehmen zu dieser Motion Stellung wie folgt:

1. Zur rechtlichen Zulässigkeit der Motion

Das Justiz- und Sicherheitsdepartement legt einen Mitbericht über die rechtliche Zulässigkeit dieser Motion vor:

Die Motion verlangt die generelle Festsetzung eines verbindlichen Mindestlohnes für die Erbringung von Dienstleistungen durch Dritte in staatlichen und öffentlich-rechtlichen Betrieben. Bei Ausschreibungen ist dieser Mindestlohn auch für Bereiche vorzuschreiben, wo ein Gesamtarbeitsvertrag (GAV) besteht, dieser aber tiefere Mindestlöhne vorsieht. Durch die in der Motion verlangten Gesetzesänderungen werden unter anderem die unter den Verbänden ausgehandelten GAV tangiert, obwohl die Verbände in dieser Hinsicht autonome Rechtsetzungsgewalt besitzen. Bestimmungen eines GAV über Inhalt, Abschluss und Beendigung der einzelnen Arbeitsverhältnisse haben für die beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer Gesetzeswirkung in dem Sinne, dass widersprechende Verträge nichtig sind, sofern nicht das Günstigkeitsprinzip eingreift (Art. 357 des Bundesgesetzes zum Obligationenrecht [OR], SR 220).

Das Günstigkeitsprinzip besagt zweierlei. Zum einen bezeichnet es die Möglichkeit, im Zweifel auch zwingendes Recht des Bundes und der Kantone durch GAV abändern zu können, wenn dies zu Gunsten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer geschieht (Art. 358 OR). Zum anderen bezeichnet es die Möglichkeit, dass die Regelungen des Einzelarbeitsvertrages zu Gunsten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer von den Regelungen des GAV abweichen können (Art. 357 Abs. 2 Hs. 2 OR, Manfred Rehbinder, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Auflage, Rz. 540). Eine Einschränkung dieses im Obligationenrecht festgeschriebenen Prinzips durch den kantonalen Gesetzgeber wäre bundesrechtswidrig und daher nicht umsetzbar.

Konkret geht es den Motionärinnen und Motionären um eine gesetzlich verankerte Besserstellung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Wie bereits erläutert, begründet die Festlegung der Entlohnung in einem GAV einen normativen Anspruch auf richtige Einstufung. Eine einzelvertragliche Vereinbarung über die Einstufung, die der Entlohnung im GAV nicht entspricht, ist daher unwirksam, wenn sie für die Arbeitnehmerin oder den Arbeitnehmer ungünstig ist. Eine höhere Einstufung ist dagegen durch das Günstigkeitsprinzip gerechtfertigt (vgl. Herbert Wiedemann/Hermann Stumpf, zu § 4 TVG, N 102; Gewerbegericht Stadt Bern, 15. Mai 1961, ARV 1962 S. 52 ff.). Die Verankerung dieser Besserstellung in einem kantonalen Gesetz ist rechtlich umsetzbar. Auch wenn ein GAV durch einen Bundesrats-

oder Regierungsratsbeschluss für allgemeinverbindlich erklärt wird, darf zu Gunsten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer davon abgewichen werden.

Das privatrechtlich handelnde Gemeinwesen bleibt wohlgernekt an den öffentlichen Auftrag im weitesten Sinne gebunden, was zur Folge hat, dass es in seinen privatrechtlichen Aktivitäten sinngemäss die verfassungsmässigen Grundrechte zu beachten hat, insbesondere das Rechtsgleichheitsgebot und das Willkürverbot (vgl. BGE 109 Ib 146, 155). Konkret sind jedoch auch diesbezüglich keine Bedenken angebracht, da die Spiesse für alle Anbieter gleich lang wären. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Anbieter nun aus dem Kanton Basel-Stadt, anderen Kantonen oder dem Ausland stammen. So besagen auch Art. 9 Abs. 1 Anhang I des Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA, SR 0.142.112.681) und Art. 2 des Bundesgesetzes über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vom 8. Oktober 1999 (Entsendegesetz, SR 823.20), dass eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer aus einem Vertragsstaat im Hinblick auf die Entlohnung nicht anders behandelt werden darf als die inländischen Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer bzw. die Arbeitgeber den entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern mindestens die Arbeits- und Lohnbedingungen garantieren müssen, die in Bundesgesetzen, Verordnungen des Bundesrates, allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen und Normalarbeitsverträgen im Sinne von Art. 360a OR (u. a. die minimale Entlohnung) vorgeschrieben sind.

In Form einer Motion kann Antrag auf Verpflichtung des Regierungsrates zur Abänderung der Verfassung bzw. zur Änderung eines bestehenden oder Erlass eines neuen Gesetzes oder eines Grossratsbeschlusses gestellt werden. Die vorliegend zu beurteilende Motion bezweckt die Revision bzw. Änderung eines Gesetzes und damit eines Erlasses im Sinne von § 42 Abs. 1 GO. Die Zuständigkeit des Grossen Rates als Gesetzgeber ist somit gegeben. Überdies beziehen sich die Anliegen der Motion nicht auf den ausschliesslichen Zuständigkeitsbereich des Regierungsrates oder auf den an ihn delegierten Rechtsetzungsbereich und verstossen auch nicht gegen höherrangiges Recht. Damit erweist sich die Motion Heidi Mück und Konsorten zur Einführung eines Mindeststundenlohns für ausgelagerte Dienstleistungen öffentlich-rechtlicher Betriebe als rechtlich zulässig.

2. Zum Inhalt der Motion

2.1 Anliegen der Motion

In der Motion Heidi Mück und Konsorten wird der Regierungsrat gebeten, „innerhalb eines Jahres eine Gesetzesänderung vorzulegen, welche einen verbindlichen Mindestlohn für die Erbringung von Dienstleistungen durch Dritte in staatlichen und öffentlich-rechtlichen Betrieben festlegt. Dieser Mindestlohn soll gleich hoch sein wie der Mindestlohn für die entsprechende Tätigkeit beim Kanton. Für Nacht- und Sonntagsarbeit soll ausserdem ein angemessener Zuschlag vorgeschrieben werden. Der Mindeststundenlohn ist bei Ausschreibungen auch für Bereiche vorzuschreiben, wo ein GAV besteht, dieser aber tiefere Mindestlöhne vorsieht.“

2.2 Haltung des Regierungsrates

2.2.1 Einleitung

Mindestlohn wird definiert als der tiefste nach Gesetz oder Gesamtarbeitsvertrag zulässige Lohn für geleistete Arbeit. In der Schweiz wurde ein solcher auf nationaler Stufe bisher nicht geregelt. Aus diesem Grund hat der Schweizerische Gewerkschaftsbund eine Eidgenössische Volksinitiative zum Thema "Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative)" lanciert, welche allerdings noch nicht gültig zustande gekommen ist. Die Sammelfrist für die eidgenössische Volksinitiative läuft am 25. Juli 2012 aus.

Bei der Auslagerung von Dienstleistungen an private Unternehmen geht es um eine sog. „Aufgabenprivatisierung“ (vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, N 1536). Es handelt sich demnach um Aufgaben deren Erbringung der Staat oder öffentlich-rechtliche Betrieb nicht mehr als notwendig erachtet und sie deshalb Privaten übertragen hat. Ziel eines solchen Vorgehens ist in der Regel die Effizienz zu steigern sowie Kosten zu sparen (Häfelin/Müller/Uhlmann, N 1537). Trotzdem sind Private, welche öffentliche Aufgaben übernehmen, im Grundsatz an die Grundrechte, insbesondere an den Grundsatz der Gleichbehandlung sowie das Willkürverbot gebunden (Häfelin/Müller/Uhlmann, N 1530f f. mit Hinweisen auf die Rechtsprechung). Ein Mindestlohn gehört jedoch nach geltendem Recht nicht zu den Grundrechten bzw. verfassungsmässigen Rechten.

2.2.2 Argumentarium

a) Vorgaben nach dem Beschaffungsgesetz

Das Gesetz über öffentliche Beschaffungen (Beschaffungsgesetz, SG 914.100) bestimmt in § 1 unter dem Titel des Zwecks, dass „der Kanton mit diesem Gesetz den wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel fördern will“. Im Weiteren stellt § 5 Beschaffungsgesetz unter den Anforderungen an Anbietende die Voraussetzung auf, dass gemäss Beschaffungsgesetz nur beauftragt werden kann, wer beteiligter Arbeitgebender an einem Gesamtarbeitsvertrag ist. Dieser Gesamtarbeitsvertrag muss laut Gesetz die angebotene Arbeitsleistung zum Gegenstand haben oder branchenverwandt sein und für die Arbeitnehmenden mindestens gleichwertig sein. Im Weiteren muss gemäss § 5 Abs. 2 Beschaffungsgesetz durch die Anbietenden der Nachweis erbracht werden, dass der Gesamtarbeitsvertrag dauernd und vollumfänglich eingehalten wird. Dafür können Nachweise auf Kosten des Anbietenden verlangt werden sowie Kontrollen durchgeführt werden (§ 6 Beschaffungsgesetz). Der Zuschlag erfolgt gemäss § 26 Beschaffungsgesetz zu Marktpreisen auf das wirtschaftlich günstigste Angebot.

Aus diesen gesetzlichen Vorgaben ergibt sich bezüglich der Motion das Folgende:
Der Regierungsrat vertritt die Ansicht, dass die Einhaltung der Gesamtarbeitsverträge genügt. Dies deshalb, weil die Gesamtarbeitsverträge das Ergebnis von Verhandlungen zwischen den Sozialpartnern sind, welche in der Regel in ihrer Gesamtheit als ausgewogen gelten können. Entscheidend ist, dass deren Einhaltung durch verschiedene Institutionen kontrolliert und damit gewährleistet wird. Diese Kontrollen erfolgen durch die Paritätische Kom-

mission sowie das Ständige Staatliche Einigungsamt (Caspar Zellweger/Annatina Wirz, Das öffentliche Beschaffungsrecht des Kantons Basel-Stadt, in: Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, S. 582). Wird ein höherer Lohn verlangt als im Gesamtarbeitsvertrag vorgesehen, muss die tatsächliche Auszahlung von höheren Löhnen kontrolliert werden. Ohne Kontrollen kann das Ziel der Motion nicht wirksam erreicht werden. Dem Kanton fehlen jedoch die erforderlichen Mittel und Instrumente. Es müssten zusätzliche Stellen geschaffen werden, welche die Einhaltung der über dem Gesamtarbeitsvertrag liegenden Arbeitsbedingungen kontrollieren. Der Kanton müsste berechtigt werden, Lohnunterlagen einer beauftragten Firma nachträglich einzuverlangen und zu überprüfen. Schliesslich müssten auch Sanktionsmöglichkeiten geschaffen werden, falls Fehlverhalten festgestellt wird.

Im Weiteren gilt es aus beschaffungsrechtlicher Sicht anzumerken, dass der Kanton bei der Formulierung der Anforderungskriterien nicht frei ist. Die gesetzliche Vorgabe, das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln (§ 26 Beschaffungsgesetz), steht im Vordergrund. Darauf weist auch § 1 Beschaffungsgesetz hin, indem er für das Beschaffungsverfahren den wirtschaftlichen Einsatz öffentlicher Mittel vorgibt. Im Falle der Annahme der Motion würde nicht nur dieser Paragraph des Beschaffungsgesetzes, sondern auch die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) teilweise eingeschränkt.

b) Nacht- und Sonntagszuschlag

Sowohl Nacht- als auch Sonntagsarbeit ist für Betriebe, welche dem Arbeitsgesetz unterstehen, verboten bzw. bedarf einer Bewilligung (Art. 16 und 17 bzw. 18 und 19 Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel, SR 822.11). Als Nachtarbeit wird die Arbeitszeit zwischen 23 Uhr und 6 Uhr bezeichnet, wobei bei Zustimmung der Mehrheit der Arbeitnehmenden bzw. der Arbeitnehmervertretung die bewilligungsfreie Tages- bzw. Abendarbeitszeit von 5 Uhr bis 24 Uhr dauern kann (Art. 10 Abs. 2 Arbeitsgesetz). Dauernde oder regelmässig wiederkehrende Nacht- bzw. Sonntagsarbeit wird bewilligt, sofern sie aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen unentbehrlich ist (Art. 17 Abs. 2 und 19 Abs. 2 Arbeitsgesetz).

Arbeitnehmende, welche dauernd oder regelmässig Nachtarbeit leisten, haben indes Anspruch auf eine Kompensation von 10% der Zeit, während der sie Nachtarbeit geleistet haben (Art. 17b Abs. 2 Arbeitsgesetz). Diese Ausgleichsruhezeit ist jedoch nicht geschuldet, wenn

- a. die durchschnittliche betriebliche Schichtdauer einschliesslich der Pausen sieben Stunden nicht überschreitet, oder
- b. die Person, die Nachtarbeit leistet, nur in vier Nächten pro Woche (Vier-Tage-Woche) beschäftigt wird, oder
- c. den Arbeitnehmern durch Gesamtarbeitsvertrag oder die analoge Anwendung öffentlich-rechtlicher Vorschriften andere gleichwertige Ausgleichsruhezeiten innerhalb eines Jahres gewährt werden.

Die Motion erwähnt für das betroffene Reinigungspersonal eine Arbeitszeit zwischen 22 Uhr und 3 Uhr morgens. Damit dürfte wohl die durchschnittliche betriebliche Schichtdauer von

sieben Stunden nicht überschritten werden, womit der Nachtzuschlag gemäss Arbeitsgesetz nicht geschuldet ist.

Ähnliches gilt für die Sonntagsarbeit. Gemäss Art. 20 Arbeitsgesetz muss innert zweier Wochen wenigstens einmal ein ganzer Sonntag als wöchentlicher Ruhetag unmittelbar vor oder nach der täglichen Ruhezeit freigegeben werden. Sonntagsarbeit von einer Dauer bis zu fünf Stunden ist zudem durch Freizeit auszugleichen. Dauert sie länger als fünf Stunden, so ist während der vorhergehenden oder der nachfolgenden Woche im Anschluss an die tägliche Ruhezeit ein auf einen Arbeitstag fallender Ersatzruhetag von mindestens 24 aufeinander folgenden Stunden zu gewähren.

Auch hier dürfte der Anspruch auf Sonntagszuschlag für das Reinigungspersonal aufgrund der Dienstpläne ausgeschlossen sein.

Der Regierungsrat vertritt die Ansicht, dass es zwar als stossend empfunden werden kann, dass ausgelagerte Dienstleistungen den vom Kanton als Arbeitgeber gewährten Nacht- und Sonntagszuschlag nicht erhalten. Indes muss diese Abrechnungsart – sodann sie den aufgezigten gesetzlichen Vorgaben entspricht - als zulässig bezeichnet werden.

c) Lohngesetz

Beim Arbeitgeber BASEL-STADT werden die Löhne bekanntlich nicht zwischen den Vertragsparteien oder Sozialpartnern ausgehandelt, sondern werden gemäss § 5 Gesetz betreffend Einreihung und Entlohnung der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Kantons Basel-Stadt (Lohngesetz, SG 164.100) nach den Grundsätzen der Arbeitsbewertung eingereiht. Der individuelle Lohn ergibt sich schliesslich hauptsächlich aus der Berufserfahrung mittels Festlegung der Lohnstufe innerhalb einer Lohnklasse.

Das vom Kanton angestellte Reinigungspersonal ist in der Regel in Lohnklasse 1 oder 2 eingereiht. Dies führt in der jeweiligen Lohnstufe 1 zu einem Brutto-Stundenlohn von CHF 18.20.- bzw. CHF 18.85.

d) Eidgenössische Volksinitiative „Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohninitiative)“

Bei der Initiative geht es darum, dass Bund und Kantone die Aufgabe erhalten, Massnahmen zum Schutz der Löhne auf dem Arbeitsmarkt zu treffen. Insbesondere werden sie dazu angehalten, die Festlegung von orts-, berufs- und branchenüblichen Mindestlöhnen im Gesamtarbeitsvertrag zu fördern und für deren Einhaltung zu sorgen. Im Weiteren soll der Bund einen gesetzlichen Mindestlohn als zwingende Lohnuntergrenze festlegen, welcher an die Lohn- und Preisentwicklung angepasst wird. Dieser gesetzliche Mindestlohn beträgt gemäss den Übergangsbestimmungen CHF 22.- für das Jahr 2011. Gemäss Initiativtext ist geplant, dass die Kantone zwingende Zuschläge auf den gesetzlichen Mindestlohn festlegen können.

2.2.3 Fazit

Der Regierungsrat vertritt die Ansicht, dass die Einhaltung der Gesamtarbeitsverträge genügt. Dies deshalb, weil die Gesamtarbeitsverträge zwischen den Sozialpartnern ausgehandelt werden und deren Einhaltung durch verschiedene Institutionen gewährleistet wird. Wird ein höherer Lohn verlangt als im Gesamtarbeitsvertrag vorgesehen, fehlen die Mittel und Instrumente der Kontrolle. Ohne tatsächliche Kontrollen kann das Ziel der Motion jedoch nicht erreicht werden bzw. es müssten zusätzliche Stellen für die Kontrolltätigkeit geschaffen werden. Es ist vielmehr die Aufgabe der Sozialpartner im Gesamtarbeitsvertrag gerechte Löhne für die jeweilige Tätigkeit auszuhandeln und vertraglich zu vereinbaren.

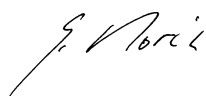
Im Weiteren macht es wenig Sinn in einer gesetzlichen Grundlage einen verbindlichen Mindestlohn für die Erbringung von Dienstleistungen durch Dritte in staatlichen und öffentlich-rechtlichen Betrieben zu schaffen, während auf eidgenössischer Ebene eine Unterschriften-sammlung für eine Volksinitiative am Laufen ist, welche mit einem geforderten Mindestlohn von CHF 22.- weiter gehen würde als die Motion und die zudem auf alle Arbeitnehmenden anwendbar wäre.

3. Antrag

Zusammenfassend gelangt der Regierungsrat zum Schluss, dass die Einführung eines Mindest-Stundenlohnes für ausgelagerte Dienstleistungen öffentlich-rechtlicher Betriebe nicht sinnvoll ist bzw. in einem Gesamtarbeitsvertrag geregelt werden sollte.

Auf Grund dieser Stellungnahme beantragen wir Ihnen, die Motion Heidi Mück und Konsorten betreffend der Einführung eines Mindest-Stundenlohns für ausgelagerte Dienstleistungen öffentlich-rechtlicher Betriebe dem Regierungsrat nicht zu überweisen.

Im Namen des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt



Dr. Guy Morin
Präsident



Barbara Schüpbach-Guggenbühl
Staatschreiberin