

bratschi  
wiederkehr  
& buob



Herzlich Willkommen!

bratschi  
wiederkehr  
& buob

## **Arbeitsrechtliche Fragen der *spitalexternen* Krankenpflege**

Angela Hensch, Fachanwältin SAV Arbeitsrecht  
Bratschi Wiederkehr & Buob, St. Gallen

## **Themenübersicht**

- Arbeitsvertragsparteien
- Überblick über die wichtigsten arbeitsrechtlichen Rechtsgrundlagen
- Ausgewählte Aspekte privatrechtlicher Spitex-Arbeitsverhältnisse
  - Weisungsrecht und Befolgungspflicht
  - Arbeitszeiten
  - Personalverleih / Personalvermittlung
  - Schutzbestimmungen bei Schwangerschaft und Mutterschaft
  - Ferienlohn / Feiertagsentschädigung
  - Spitex-Fahrzeuge
  - Konzentrationsprozess bei Spitex-Organisationen

3

## **Arbeitsvertragsparteien**

4

## Spitex-Organisationen als Arbeitgebende

gemeinnützige Spitex-Organisationen      kommerzielle Spitex-Unternehmungen

privatrechtliche      öffentlichrechtliche

- Vereine
- Stiftungen
- Gemeindeorganisationen
- andere öffentlichrechtliche Organisationen

5

## Spitex-Personal

- Vorwiegend Frauen mit Teilzeitpensen
- Verschiedene Berufsgruppen und Arbeitnehmende ohne Berufsabschluss

6

## **Überblick über die wichtigsten arbeitsrechtlichen Rechtsgrundlagen**

7

### **Öffentliches Personalrecht / Obligationenrecht**

- **Öffentlichrechtliche Anstellungen**
  - Bei öffentlichrechtlichen Spitex-Organisationen
  - Privatrechtliche Arbeitsverträge nur bei hinreichender gesetzlicher Grundlage
  - Unterschiede zur privatrechtlichen Anstellung
    - Kündigungsrecht
    - Einhaltung verfassungsmässiger Schranken
    - Rechtsweg

8

### - **Privatrechtliche Anstellungen**

- Art. 319 - 362 OR
- z.T. Verweis auf öffentliches Personalrecht
  - Bloss unverbindliche Anlehnung
  - Bindende Übernahme
  - Statischer oder dynamischer Verweis
- GAV
- NAV
  - NAV für das Pflegepersonal: nicht anwendbar
  - NAV Hauswirtschaft ("Mindestlöhne")
    - nicht anwendbar auf gemeinnützige Spitex-Organisationen
    - anwendbar auf hauswirtschaftliches Personal kommerzieller Spitex-Unternehmungen
  - "Normale" NAV Hausdienst: dispositiv

9

## **Arbeitsgesetz**

### - **Inhalt**

- Gesundheitsschutz (Art. 6 ArG)
- Arbeits- und Ruhezeitvorschriften (Art. 9 - 28 ArG)
- Sonderschutzbestimmungen für Jugendliche (Art. 29 - 32 ArG) sowie für Schwangere und Mütter (Art. 35 - 35b ArG)
- Sonderregelung für Arbeitnehmende mit Familienpflichten (Art. 36 ArG)
- Öffentliches Recht
- Zwingendes Recht
- Von Amtes wegen durchgesetzt
- Verwaltungs- und strafrechtliche Sanktionen bei Widerhandlungen (Art. 59 - 62 ArG)

10

- **Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes**

- Grundsatz: Anwendbar auf alle öffentlichen und privaten Betriebe (Art. 1 ArG)
- Betriebliche und persönliche Ausnahmen (Art. 2 und Art. 3 ArG)
- Betrieblicher Geltungsbereich
  - Privatrechtliche Spitex-Organisationen sind unterstellt
  - Direkt der Gemeindeverwaltung angegliederte Spitex-Organisationen sind nicht unterstellt (Art. 2 Abs. 1 lit. a ArG)
  - Anwendung auf öffentliche Anstalten und Betriebe der Gemeinwesen ausserhalb der Zentralverwaltung
    - Delegation der Regelung auf Verordnungsstufe (Art. 2 Abs. 2 ArG, Art. 7 ArGV1)

11

Anwendung der Arbeits- und Ruhezeitbestimmungen des Arbeitsgesetzes auf öffentlichrechtliche Anstalten und Körperschaften

Art. 7 ArGV1

Arbeits- und Ruhezeitbestimmungen **nicht anwendbar** auf:

- unselbständige öffentlichrechtliche Anstalten und öffentlichrechtliche Körperschaften, sofern Mehrzahl Beschäftigter in **öffentlich-rechtlichem** Arbeitsverhältnis steht (Art. 7 Abs. 1 ArGV1)

Arbeits- und Ruhezeitbestimmungen **anwendbar** auf:

- unselbständige öffentlichrechtliche Anstalten und öffentlichrechtliche Körperschaften, sofern Mehrzahl Beschäftigter **privatrechtlich** angestellt ist (Art. 7 Abs. 1 ArGV1 e contrario)
- privatrechtlich Angestellte (Art. 7 Abs. 2 ArGV1) im Betrieb nach Art. 7 Abs. 1 ArGV1
- selbständige öffentlichrechtliche Anstalten (herrschende Auffassung)

→ **Betriebliche Unterstellung der öffentlichrechtlichen Spitex-Organisationen im Einzelfall aufgrund Rechtsnatur der Anstellung und Organisationsform prüfen.**

12

- Ausnahmen vom persönlichen Geltungsbereich
  - Höhere leitende Angestellte (Art. 3 lit. d ArG i.V.m. Art. 9 ArGV1): oberste Leitungshierarchie mit strategischen und operativen Entscheidungskompetenzen
- Vorbehalt Gesundheitsschutz (Art. 3a ArG)
- Vorbehalt öffentliches Dienstrecht, sofern Betrieb Arbeitsgesetz unterstellt und im Bereich Arbeits- und Ruhezeiten bessere Bestimmungen (Art. 71 lit. b ArG)
- Keine Bewilligungspflicht für Nacht- und Sonntagsarbeit für Spitem-Organisationen (Art. 17 i.V.m. Art. 4 ArGV2)

13

## **Gleichstellungsgesetz**

- Bezweckt tatsächliche Gleichstellung von Mann und Frau im Erwerbsleben (Art. 1 GIG)
- Verbietet jede direkte oder indirekte Diskriminierung aufgrund des Geschlechts während der ganzen Dauer des Arbeitsverhältnisses (Art. 3 GIG)
- Verpflichtet Arbeitgebende zum Schutz vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz (Art. 4 GIG)

14

## **Datenschutz**

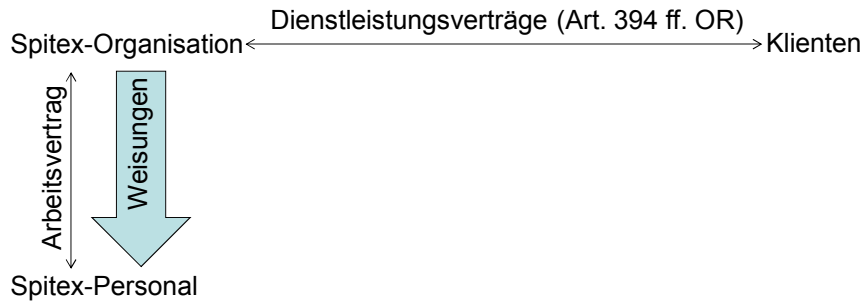
- Art. 328b OR: Datenbearbeitung nur wenn Arbeitsplatzkonnex
- Einhaltung der Bearbeitungsgrundsätze des Datenschutzgesetzes (Art. 12 Abs. 2 lit. a DSG)
- Recht auf Auskunft über Inhalt des Personaldossiers (Art. 8 DSG)
- Einholen von Referenzen sind Datenbearbeitungen und unterliegen Grenzen von Art. 328b OR und des Datenschutzgesetzes

15

## **Ausgewählte Aspekte privatrechtlicher Spitex-Arbeitsverhältnisse**

16

## Weisungsrecht und Befolgungspflicht



17

- Spitex-Organisation erteilt für Erfüllung der Aufträge erforderliche allgemeine Anordnungen oder besondere Weisungen (Art. 321d OR)
  - Zielanweisungen
  - Fachanweisungen
  - Verhaltensanweisungen
- Schranken des Weisungsrechts
  - Weisungsrecht nur soweit Treuepflicht des Arbeitnehmenden reicht (Art. 321a OR)
  - Grenze Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmenden (Art. 328 OR)
- Folgen der Verletzung berechtigter Weisungen
  - Schadenersatz (Art. 321e OR)
  - Lohnzahlungseinstellung bei Arbeitsverweigerung
  - Kündigung

18

## **Weisungen im Zusammenhang mit Zuwendungen von Klienten**

- Art. 321b OR: Rechenschafts- und Herausgabepflicht
  - Trinkgelder und Gelegenheitsgeschenke fallen nicht unter Herausgabepflicht
- Zulässig sind:
  - Weisungen, wonach Geldspenden zuhanden der Personalkasse abgegeben werden müssen
  - Vereinbarungen über Zuwendungen von Klienten, da Art. 321b OR dispositiv

19

## **Arbeitszeiten**

- **Arbeitsgesetzlicher Rahmen**
  - Spitem-Organisation im Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes hat zwingende Arbeits- und Ruhezeitvorschriften zu beachten (→ vgl. Übersicht Rz 30 Referat)
  - Dokumentationspflicht der Arbeitszeit (Art. 46 ArG i.V.m. Art. 73 ArGV1)
- **Flexibilisierung der Arbeitszeiten innerhalb Grenzen des Arbeitsgesetzes**
  - Jahresarbeitszeitmodelle: Einsatz je nach Auftragslage, Ausgleich über das Jahr
  - Abruf-Arbeitsverträge
    - Echte Arbeit auf Abruf
    - Unechte Arbeit auf Abruf

20

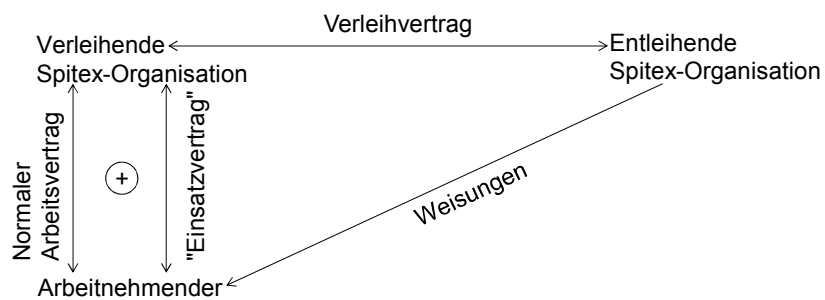
## Personalverleih / Personalvermittlung

### - Personaldienstleister

- Einsatz Leiharbeitnehmender setzt schriftlichen Verleihvertrag mit konzessioniertem Personaldienstleister voraus (Art. 22 AVG)
- Personalvermittlung nur über konzessionierten Personalvermittler (Art. 2 AVG)
- Personalverleih und Personalvermittlung vom Ausland in die Schweiz sind verboten (Art. 3 Abs. 1 lit. a AVG, Art. 12 Abs. 2 AVG)
  - Busse bis CHF 40'000 für Verantwortliche der Spitex-Organisation, die Dienste eines ausländischen Personalvermittlers bzw. -verleihers in Anspruch nehmen

21

### - Personalverleih zwischen Spitex-Organisationen



- Gelegentliches Überlassen von Arbeitskräften (Art. 27 Abs. 4 AVV)
  - bei ausnahmsweise Überlassen ≠ Standardangebot
  - ➔ nicht bewilligungspflichtig
- Schriftlicher Arbeitsvertrag (Art. 19 AVG) und schriftlicher Verleihvertrag (Art. 22 AVG) erforderlich
  - fehlende Schriftlichkeit kann strafrechtlich sanktioniert werden (Art. 39 Abs. 2 lit. c AVG)
- Eventuell Regelungsbedarf bei Versicherungen

22

## Schutzbestimmungen bei Schwangerschaft und Mutterschaft

- Nur gefährliche und beschwerliche Arbeiten, wenn Risikobeurteilung ergibt, dass keine konkrete gesundheitliche Belastung für Mutter und Kind (Art. 62 ArGV1)
- Mutterschutzverordnung
- Anspruch auf gleichwertige Ersatzarbeit, sonst Recht, Arbeit nicht zu verrichten und Anspruch auf 80% des Lohnes

23

Gesetzesartikel	Schwangerschafts - Monate								Geburt	Wochen nach Geburt (und Stillzeit)		
	1	2	3	4	5	6	7	8	9	8	16	52 bis Ende Stillzeit
ArGV Art. 35a	Beschäftigung nur mit Einverständnis der Schwangeren. Schwangere dürfen auf blosser Anzeige hin von der Arbeit fernbleiben.									Wochenmutter Beschäftigung mit ihrem Einverständnis.		
ArGV Art. 35a	Beschäftigungsverbot zwischen 20/09/2020 Uhr & 8 Wochen vor Geburt									Stillende: wie oben.		
ArGV Art. 35a										Stillende: Anspruch auf die zum Stillen erforderliche Zeit (Voranzeige beim Vorgesetzten).		
ArGV 1 Art. 60 Abs. 1	Keine Überstunden und max. 9 Stunden pro Tag bis Ende Stillzeit.									Stillende: siehe Text links.		
ArGV 1 Art. 60 Abs. 2										Stillen im Betrieb = AZ; Stillen ausserhalb Betrieb = 50% AZ.		
ArGV 1 Art. 61	Arbeit im Stehen: tägliche Ruhezeit 12 h, Zusatzpausen 10 Min/2 h.											
ArGV 1 Art. 61	Arbeit im Stehen: max. 4 Stunden pro Tag.											
ArGV 1 Art. 62, 63 Risikobeurteilung: gefährliche und beschwerliche Arbeiten	Im Grundsatz: st gemäss ArGV 1 für gefährliche oder beschwerliche Arbeiten eine Risikobeurteilung vorzunehmen (mit Kontrollisierung in der AZ)									Stillende: siehe Text links.		
ArGV 1 Art. 62 / MutSchV Art. 13 Schutz vor Passivrauchen	Schwangere in Raucherbereichen: Passivrauchschutzgesetzgebung verweist auf ArGV > M Art. 13 (z.B. Gefahrstoff "Kohlenmonoxid CO") → Risikobeurteilung erforderlich → in der Regel Beschäftigungsverbot!									Stillende: siehe Text links.		
ArGV 1 Art. 64 Abs. 1	Befreiung von Arbeiten, die subjektiv beschwerlich sind.									Stillende: siehe Text links.		
ArGV 1 Art. 64 Abs. 2										Bei reduzierter Leistungsfähigkeit Arbeit anpassen → Arztzeugnis. (erste Monate nach Entbindung).		
ArGV 3 Art. 34 Schutz Schwangere/Stillende	Schwangere und Stillende müssen sich unter geeigneten Bedingungen hinlegen und ausruhen können.									Stillende: siehe Text links.		
M Art. 7 Bewegungen schwerer Lasten	Körpergewicht/Lasten: gegenseitig über 10 kg. Körpergewicht/Lasten: über 6 kg.									Arbeitsverbot		
M Art. 8 Arbeiten: Kälte - Hitze - Nässe	Arbeiten < -5°C oder > 28°C oder bei Nässe nicht zulässig; Arbeiten < 10°C bis > -5°C → angepasste Kleidung; bei Arbeiten < +15°C → warme Getränke.											
M Art. 9 Ermüdende Bewegungen und Körperhaltungen	Bewegungen und Körperhaltungen, die zu vorzeitiger Ermüdung führen, sind unzulässig; ebenso äussere Kräfteinwirkungen wie Stösse, Vibrationen und Erschütterungen.									siehe Text links.		
M Art. 10 Mikroorganismen	Es ist sicherzustellen, dass eine solche Exposition zu keiner Schädigung von Mutter und Kind führt. Ausnahme: nachweisbare Immunisierung (z.B. Impfung).									Stillende: siehe Text links.		
M Art. 11 Einwirkung von Lärm	Schalldruckpegel: ≥ 85dB(A) (L <sub>eq</sub> 8 h) ist unzulässig.											
M Art. 12 Ionisierende Strahlung	Schwangere dürfen die Äquivalentdosen gemäss Strahlenschutzverordnung nicht überschreiten.									Stillende: keine Arbeiten mit radioaktiven Stoffen.		
M Art. 13 Chemische Gefahrstoffe	Die Exposition gegenüber chemischen Gefahrstoffen darf zu keinen Schädigungen von Mutter und Kind führen. Für Mutter und Kind besonders gefährliche Stoffe beachten → Risikobeurteilung!									Stillende: siehe Text links.		
M Art. 14 Belastende Arbeitszeitsysteme	Keine Nacht- und Schichtarbeit bei gefährlichen Arbeiten gemäss Art. 7 bis 13; besonders gesundheitsbelastende Schichtsysteme sind untersagt.									Stillende: siehe Text links.		
M Art. 15 Alkohold- u. taktgebundene Arbeit	Arbeit im Alkohold- u. taktgebundene Arbeit ist nicht zulässig, falls von Arbeitnehmerin nicht beeinflussbar.											
M Art. 16 Besondere Beschäftigungsverbote	Schwangere: keine Arbeiten bei Überdruck bzw. in Räumen mit sauerstoffreduzierter Atmosphäre.											

24



## MUTTERSCHAFT UND ARBEITSZEITGESTALTUNG

Ab dem Anfang	Ab dem 4. Monat	Ab dem 6. Monat	8 Wochen vor der Niederkunft	Geburt	8 Wochen nach der Geburt	16 Wochen nach der Geburt	1 Jahr nach der Geburt	Ganze Dauer des Stillens
	Bei hauptsächlich stehender Tätigkeit: 12 Stunden tägliche Ruhezeit und 10 Minuten zusätzliche Pausen alle 2 Stunden							
	Hauptsächlich stehende Tätigkeit: während max. 4 Std. pro Tag							
	Auf Anfrage bei einer Arbeit zwischen 20 und 6 Uhr: gleichwertige Arbeit zwischen 6 und 20 Uhr oder 80 % Lohn		Keine Arbeit zwischen 20 und 6 Uhr 80 % Lohn wenn keine gleichwertige Arbeit zwischen 6 und 20 Uhr	Keine Beschäftigung möglich	Auf Anfrage bei einer Arbeit zwischen 20 und 6 Uhr: gleichwertige Arbeit zwischen 6 und 20 Uhr oder 80 % Lohn			
					Stillen: im Betrieb: gilt als Arbeitszeit ausserhalb des Betriebes: 50 % = Arbeitszeit			
Beschäftigung nur mit Einverständnis der Arbeitnehmerin								
Tägliche Arbeitszeit von max. 9 Stunden								

## Ferienlohn / Feiertagsentschädigung

- Gleicher Lohn während Ferien wie während Arbeit (Art. 329d Abs. 1 OR)
- Barabgeltungsverbot (Art. 329d Abs. 2 OR)
- Zulässigkeit monatlicher Ferienlohnauszahlung aufgrund prozentualen Zuschlags zum Lohn?
- "Orange-Urteil": regelmässige Lohnzahlungen sind auch während Ferien zu bezahlen
- Kein Anspruch auf Bezahlung der Feiertage; Ausnahme 1. August

## Spitex-Fahrzeuge

### - **Geschäfts- oder Privatfahrzeug**

- Kosten der Verwendung des Fahrzeugs trägt Spitex-Organisation (Art. 327a und Art. 327b OR)
- Kilometerpauschale muss effektive Kosten für Betrieb und Unterhalt decken (Art. 327b Abs. 1 OR)

### - **Schäden an Motorfahrzeugen**

- Haftungsvoraussetzung nach Art. 321e OR
  - Schaden
  - Vertragsverletzung
  - Adäquater Kausalzusammenhang
  - Verschulden
    - Absicht
    - Fahrlässigkeit (leicht, mittel, schwer)

27

### - **Haftungsreduktion (Art. 321e Abs. 2 OR)**

- Grad des Verschuldens
- Berufsrisiko
- Bildungsgrad und Fachkenntnisse
- Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmenden
- Mitverschulden des Arbeitgebenden
- Wirtschaftliche Verhältnisse des Arbeitgebenden
- Tiefer Lohn (im Verhältnis zur Verantwortung)
- Notlage des Arbeitnehmenden

→ Verschärfung der Arbeitnehmerhaftung durch Vereinbarung ausgeschlossen (Art. 362 OR)

→ Wegbedingung der Haftung für leichtes Verschulden möglich (Art. 100 Abs. 1 OR)

→ Obergrenze der Schadenersatzpflicht?

→ Verwirkung durch Verzicht vor Ablauf der Verjährungsfrist?

28

### **- Schadensdeckung bei Autounfällen**

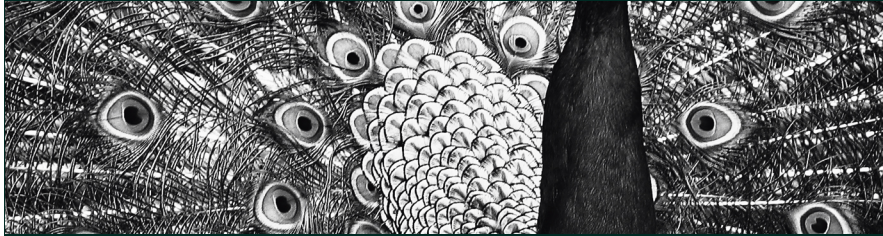
- Massgebend sind konkrete Umstände des Einzelfalls
- Autofahren ist gefahreneigert → Berufsrisiko
- Aufgrund Berufsrisikos entfällt Haftung i.d.R. bei leichter Fahrlässigkeit und führt mittlere Fahrlässigkeit zu Reduktion
- Vertragsklausel, wonach Arbeitnehmender immer Selbstbehalt und Bonusverlust vergüten muss, ist unwirksam
- Grundsätze gelten auch bei mit Privatfahrzeug auf Geschäftsfahrt verursachte Schäden (Art. 327b Abs. 1 OR)
- Keine Bezahlung von Bussen durch Spitex-Organisation, da nicht notwendige Auslage im Sinne von Art. 327a Abs. 1 OR

29

### **Konzentrationsprozess bei Spitex-Organisationen**

- "Fusionswelle"
- Anwendung von Art. 333 und Art. 333a OR durch Verweis in Art. 27, Art. 28 und Art. 85 Abs. 4 FusG
- Konsultation der Arbeitnehmervertretung bzw. der Arbeitnehmenden vor Fusionsbeschluss
- Übergang der Arbeitsverhältnisse von Gesetzes wegen, ausser Arbeitnehmende lehnen Übergang ab

30



**Vielen Dank für Ihr Interesse und  
Ihre geschätzte Aufmerksamkeit!**