

# Pflegerecht

Pflegerecht – Pflegewissenschaft

66 Vorentwurf zum Gesundheitsberufegesetz

Thomas Gächter, Marianne Kaufmann

76 Bedarfsmeldung – Kostengutsprache

Brigitte Blum-Schneider, Martina Filippo

89 Assistenzbeitrag: Rolle der IV-Stelle bei der Ausgestaltung der Arbeitsbedingungen der Assistenzperson

Monika Wehrli

98 Ehe- und güterrechtliche Konsequenzen der unentgeltlichen Pflege des Ehegatten

Max B. Berger, Gian Sandro Genna



Stämpfli Verlag

2|14

## Inhalt

EDITORIAL .....	65	RECHTSPRECHUNG .....	111
WISSENSCHAFT.....	66	DER KONKRETE FALL.....	123
GESETZGEBUNG .....	108	NEUIGKEITEN.....	125

## Impressum

### Schriftleiter

Prof. Dr. Hardy Landolt, LL.M.  
Landolt Rechtsanwälte  
Schweizerhofstrasse 14, Postfach, 8750 Glarus  
Tel. 055 646 50 50, Fax 055 646 50 51  
E-Mail: redaktion@pfleregerecht.ch  
www.pfleregerecht.ch

Adressänderungen und Inserataufträge sind ausschliesslich an den Stämpfli Verlag AG, Postfach 5662, 3001 Bern, zu richten. Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Der Verlag behält sich alle Rechte am Inhalt der Zeitschrift «Pfleregerecht» vor. Insbesondere die Vervielfältigung auf dem Weg der Fotokopie, der Mikrokopie, der Übernahme auf elektronische Datenträger und andere Verwertungen jedes Teils dieser Zeitschrift bedürfen der Zustimmung des Verlags. Die Zeitschrift erscheint viermal jährlich, im Februar, Mai, August, November.

### Abonnementspreise 2014

AboPlus (Zeitschrift und Onlinezugang)

– Schweiz: CHF 100.50

– Ausland: CHF 116.–

Onlineabo: CHF 84.–

Einzelheft: CHF 22.–

Die Preise verstehen sich inkl. Versandkosten und 2,5% resp. für Onlineangebote 8% MwSt.

### Abonnemente

Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88

E-Mail: periodika@staempfli.com

### Inserate

Tel. 031 300 63 89, Fax 031 300 63 90

E-Mail: inserate@staempfli.com

© Stämpfli Verlag AG Bern 2014

Gesamtherstellung: Stämpfli Publikationen AG, Bern  
Printed in Switzerland,  
Printausgabe ISSN 2235-2953  
Onlineausgabe ISSN 2235-6851

## Herausgeber

### Hardy Landolt

Prof. Dr. iur., LL.M., Lehrbeauftragter an den Universitäten St. Gallen und Zürich für Haftpflicht-, Privat- und Sozialversicherungs- sowie Gesundheitsrecht, wissenschaftlicher Konsulent des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der Universität St. Gallen, Rechtsanwalt und Notar in Glarus

Gemeinsam mit:

### Iren Bischofberger

Prof. Dr., Prorektorin der Kalaidos Fachhochschule Gesundheit und Fachbereichsleiterin Forschung bei Careum F+E, Forschungsinstitut der Kalaidos FH Departement Gesundheit, Zürich

### Brigitte Blum-Schneider

MLaw, Doktorandin SNF an der Universität Zürich

### Peter Breitschmid

Prof. Dr. iur., Professor an der Universität Zürich

### Christiana Fountoulakis

Prof. Dr. iur., Professorin an der Universität Freiburg

### Thomas Gächter

Prof. Dr. iur., Professor an der Universität Zürich, zugleich Kompetenzzentrum MERH UZH

### Stephanie Hrubesch-Millauer

Prof. Dr. iur., Professorin an der Universität Bern

### Ueli Kieser

Prof. Dr. iur., Vizedirektor am Institut für Rechtswissenschaften und Rechtspraxis an der Universität St. Gallen,

Titularprofessor an der Universität St. Gallen, Lehrbeauftragter an der Universität Bern, Rechtsanwalt in Zürich, Ersatzrichter am Verwaltungsgericht des Kantons Zürich

### Tanja Manser

Prof. Dr. phil., Professorin für Psychologie an der Universität Freiburg

### Julian Mausbach

Dr. iur., Geschäftsführer Kompetenzzentrum MERH UZH, Zürich

### Peter Mösch Payot

lic. iur., LL.M., Dozent am Institut Sozialarbeit und Recht der Hochschule Luzern

### Kurt Pärli

Prof. Dr. iur., Dozent und Leiter Zentrum für Sozialrecht der Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften sowie Privatdozent an der Universität St. Gallen

### René Schwendimann

Dr. sc. cur., Leiter Bereich Lehre am Institut für Pflegewissenschaft der Universität Basel

Grundsatz eine Normalarbeitszeit abgeleitet werden kann. Arbeitslosenkasse und Vorinstanz verneinten dies, da mit Blick auf Randziffer B97 der AVIG-Praxis ALE des SECO vom Oktober 2012 die Beschäftigungsschwankungen in den einzelnen Monaten des Arbeitsverhältnisses im Beobachtungszeitraum von zwölf Monaten (Oktober 2010 bis September 2011) im Verhältnis zu den im Monatsdurchschnitt geleisteten Arbeitsstunden höchstens 20% nach unten oder nach oben ausmachen dürften, hier jedoch Abweichungen von 30% nach oben und 27% nach unten beständen.

Das Bundesgericht stellt in Erwägung 3.4 fest, dass H. im Zeitpunkt des Einsatzverlusts beim zu pflegenden Ehepaar sich seit zwei Jahren und sieben Monaten (1. März 2009 bis 30. September 2011) bei der Hausbetreuungsdienst X. AG in einem Arbeitsverhältnis auf Abruf befand. Nach der Meinung der Bundesrichter ist es im Sinne der dargelegten Rechtsprechung zur Berechnung der Normalarbeitszeit bei langjährigen Arbeitsverhältnissen gerechtfertigt, auf die Arbeitsstunden pro Jahr und die Abweichung vom Jahresdurchschnitt abzustellen. Damit ist der Beobachtungszeitraum auf 31 Monate (1. März 2009 bis 30. September 2011) und die massgebende Vergleichsperiode auf ein Jahr auszudehnen.

Gemäss Arbeitgeberbescheinigung vom 31. Oktober 2011 verdiente H. während 31 Monaten insgesamt Fr. 164 600.40, was einen Jahresdurchschnitt von Fr. 63 716.30 ergibt. Die Schwankungen des ersten Jahres (1. März 2009 bis 28. Februar 2010) betragen bei einer Bruttolohnsumme von Fr. 61 174.25 lediglich 4% nach unten, die des zweiten Jahres (1. März 2010 bis 28. Februar 2011) bei einem Bruttoverdienst von Fr. 58 340.05 ebenfalls nur 8,5% nach unten. Bei diesen Werten, so die Bundesrichter in Erwägung 3.6, die sich auf die Arbeitsstunden pro Jahr und die Abweichungen vom Jahresdurchschnitt beziehen, lässt sich eine individuelle Normalarbeitszeit ermitteln, weshalb H. mit dem Beschäftigungseinbruch im Oktober 2011 einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitt. Die Sache wurde daher an die Arbeitslosenkasse zurückgewiesen, damit sie die übrigen Anspruchsvoraussetzungen prüft und anschliessend über den Arbeitslosenentschädigungsanspruch neu entscheidet.

### Bemerkungen

Dem vorliegenden Entscheid ist vollumfänglich zuzustimmen. Das schweizerische Gesundheitsobservatorium betont, dass in Zukunft nicht nur die Zahl pflegebedürftiger Menschen stark zunehmen wird; es zeichnen sich auch bedeutsame Veränderungen der Art der benötigten Pflege ab. Die Nachfrage nach

Hilfe- und Pflegeleistungen zu Hause, etwa durch die Spitex, wird ansteigen. In der Folge wird die Pflege in Heimen noch später als heute und häufiger erst gegen das Lebensende beansprucht werden. Dafür müssen bis 2020 mindestens 25 000 Fachkräfte zusätzlich eingestellt werden. Hinzu kommen mindestens 60 000 Gesundheitsfachleute, die wegen Pensionierung ersetzt werden müssen (weiterführend <http://www.obsan.admin.ch>). Damit der Pflegepersonal-mangel aufgefangen werden kann, muss der Pflegearbeitsmarkt flexibel sein. Die Arbeit auf Abruf stellt ein Instrument dar, um Pflegearbeitskräfte zu rekrutieren und auf Veränderungen der Pflegedienstleistungsnachfrage flexibel reagieren zu können. Umso wichtiger ist die Gleichstellung der auf Abruf tätigen Pflegefachpersonen im Zusammenhang mit der sozialen Sicherheit.

*Hardy Landolt*

## Arbeitsrecht

Nr. 58

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 4. Juli 2013 (VB.2012.00463)

### Ungerechtfertigte Entlassung einer teilinvaliden Pflegefachfrau – insgesamt 14 Monatslöhne Entschädigung

Eine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit auf fünf Stunden pro Tag stellt keinen sachlichen Grund für eine Entlassung dar. Einem Betrieb mit 2400 Pflegefachleuten muss es möglich sein, eine teilinvalide Pflegefachfrau in ihrem Beruf zu beschäftigen, die Entlassung erweist sich deshalb als nicht rechtmässig, und die Arbeitgeberin muss eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Entlassung von vier Monatslöhnen sowie eine Abgangsentschädigung von zehn Monatslöhnen leisten.

### Sachverhalt

Eine Pflegefachfrau arbeitete seit 1995 in ihrem Beruf am Universitätsspital Zürich, bis 2001 zu 100%, danach noch 90% und wegen Teilinvalidität ab September 2009 noch 50%. Am 14. September 2009 wurde durch die Versicherungskasse für das Staatspersonal (BVK) auf Veranlassung des Universitätsspitals eine Untersuchung ihrer Arbeitsfähigkeit durchgeführt. Am 18. Januar 2011 teilte die BVK dem Universitätsspital mit, die Pflegefachfrau sei zu 50% berufsinvalid und zu 50% arbeitsfähig, wobei

sie pro Schicht maximal fünf Stunden arbeiten könne. Das Universitätsspital wandte sich daraufhin an die BVK mit dem Hinweis, es sei in der Tätigkeit als Pflegefachfrau nicht möglich, nur halbe Schichten zu arbeiten. In der Folge korrigierte die BVK ihre Einschätzung und attestierte der Pflegefachfrau eine vollständige Berufsunfähigkeit, was zu einem entsprechenden Rentenanspruch bei der BVK führte. Das Universitätsspital verfügte danach am 10. Mai 2011 invaliditätshalber ihre Entlassung per Ende Februar 2012.

Gegen diese Verfügung legte die Pflegefachfrau am 10. Juni 2011 beim Spitalrat des Universitätsspitals Rekurs ein, der am 13. Juni 2012 abgelehnt wurde. Die Pflegefachfrau zog den Fall ans Verwaltungsgericht des Kantons Zürich weiter und verlangte, das Universitätsspital (fortan: Die Beschwerdegegnerin) sei zu verpflichten, eine Entschädigung von sechs Monatslöhnen wegen missbräuchlicher Entlassung und eine Abfindung von 13 Monatslöhnen zu bezahlen. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde teilweise gut. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Pflegefachfrau (fortan: Beschwerdeführerin) eine Entschädigung von vier und eine Abfindung von zehn Monatslöhnen zu entrichten.

## Erwägungen

Nach der Bejahung der Zuständigkeit prüfte das Verwaltungsgericht in Erwägung (E.) 2 das Zusammenspiel zwischen Bestimmungen des Personalgesetzes (PG, LS 177.10), der dazugehörigen Vollzugsverordnung (VVPG, LS 177.111) und denjenigen in den BVK-Statuten (LS 177.21). In E. 2.1 ruft das Verwaltungsgericht vorab die verschiedenen Beendigungsgründe eines Arbeitsverhältnisses in Erinnerung. Gemäss § 18 Abs. 2 PG darf die Kündigung nicht missbräuchlich im Sinne des Obligationenrechts (OR) sein und setzt einen sachlichen Grund voraus. Das Anstellungsverhältnis endet nach § 16 lit. e PG unter anderem dann, wenn eine Invalidität vorliegt. Eine rechtmässige Entlassung wegen Invalidität stellt immer auch einen ausreichenden sachlichen Grund dar. Ein Anspruch auf Entschädigung besteht in diesem Fall nicht.

Da die Entlassung im vorliegenden Fall mit der Invalidität begründet wurde, prüfte das Verwaltungsgericht in E. 2.2, ob die invaliditätsbedingte Entlassung rechtmässig war. Nach § 19 Abs. 1 VVPG in Verbindung mit § 3 Abs. 1 des Personalreglements des Universitätsspitals kann die Spitaldirektion eine vertrauensärztliche Untersuchung veranlassen. Führt diese zu dem Ergebnis, dass die volle Arbeitsfähigkeit in absehbarer Zeit nicht wiedererlangt wird, ist das Arbeitsverhältnis je nach Grad

der Invalidität ganz oder teilweise aufzulösen (§ 19 Abs. 2 Satz 1 VVPG). Für das Verwaltungsgericht steht fest, dass bei der Entlassung wegen Invalidität die Berufsunfähigkeit gemeint ist. Wenn die BVK bei Berufsunfähigkeit (= Berufsunfähigkeit) eine Rente ausrichte, erscheine es sachgerecht, dass der Arbeitgeber den rentenberechtigten Angestellten bei einer Berufsunfähigkeit entlassen dürfe.

In E. 3 prüft das Verwaltungsgericht den Einwand der Beschwerdegegnerin, wonach die Beschwerdeführerin nicht gegen die arbeitsrechtliche Entlassung hätte vorgehen sollen, sondern gegen die Entscheidung der BVK über die volle Berufsunfähigkeit. Diesen Einwand weist das Verwaltungsgericht zurück. Ob die Entlassung invaliditätshalber gerechtfertigt war, beurteile sich erstens allein nach personalrechtlichen Kriterien, die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung vermöge den personalrechtlichen Entscheidung nicht zu präjudizieren. Fraglich sei ohnehin, ob die Beschwerdeführerin für eine Anfechtung der sie begünstigenden Verfügung der BVK legitimiert gewesen wäre. Der Beschwerdeführerin sei auch nicht zumutbar, im Ergebnis zu riskieren, sowohl den Rentenanspruch als auch die Anstellung zu verlieren. Die Gefahr einer Doppelzahlung – Rente und Lohn – besteht nicht, da § 63 BVK-Statuten vorsieht, dass der Anspruch auf Rentenleistung erst mit dem Tag beginnt, an dem der Lohn nicht mehr ausgerichtet wird.

Die entscheidende Frage lautet, ob die Pflegefachfrau rechtmässig invaliditätshalber entlassen wurde. Eine Berufsunfähigkeit im Sinne von § 19 Abs. 2 Satz 1 VVPG liegt nur vor, wenn gesundheitliche Gründe zu einem (teilweisen) Verlust der Arbeitsfähigkeit im bisherigen Beruf führen (E. 4.1). Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht bestritten ist, dass eine Arbeitsfähigkeit von 50% vorliegt, wobei die Beschwerdeführerin lediglich fünf Stunden pro Schicht arbeiten darf. Zu prüfen gilt es demnach, ob eine Pflegefachfrau, die keine vollen Schichten mehr arbeiten kann, in ihrem Beruf grundsätzlich nicht mehr einsetzbar ist. Mit Blick auf die enge Begriffsdefinition der Berufsunfähigkeit ist dies nur für in Spitälern tätige Pflegefachkräfte zu prüfen (E. 4.2).

Die Beweislast für das Vorliegen zureichender Gründe für eine Kündigung liegt beim Arbeitgeber. Im vorliegenden Fall bedeutet dies, dass die Arbeitgeberin «substanziert darzutun und zu beweisen (hat), dass eine Pflegefachkraft, die pro Schicht nur noch fünf Stunden eingesetzt werden kann, berufsunfähig ist» (E. 4.3). Die Beschwerdegegnerin vermag nicht nachvollziehbar darzulegen, weshalb eine Pflegefachkraft, die fünf Stunden pro Tag arbeiten kann, in ihrem Beruf überhaupt nicht mehr eingesetzt werden kann. Demnach ist die Kündigung nicht oder nur indirekt aus Gründen der gesundheitlichen Beeinträchtigung erfolgt, und die Entlassung invali-

ditätshalber erweist sich als unrechtmässig (E. 4.4). Auch aus anderen sachlichen Gründen lässt sich die Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht rechtfertigen. Namentlich stellen auch die von der Beschwerdegegnerin geltend gemachten organisatorischen Gründe keinen sachlichen Kündigungsgrund dar. Die Beschwerdegegnerin beschäftigte 2400 Pflegefachleute; angesichts dieser Grösse hätte es substanzieller Ausführungen dazu bedurft, weshalb es im gesamten Betrieb nicht mehr möglich sein soll, eine Pflegefachfrau mit den genannten Einschränkungen zu beschäftigen (E. 4.5).

Erweist sich eine Kündigung als missbräuchlich oder sachlich nicht gerechtfertigt und wird die entlassene Person nicht wieder eingestellt, so bemisst sich die Entschädigung nach den Bestimmungen des Obligationenrechts. Sie beträgt also maximal sechs Monatslöhne (§ 18 Abs. 3 Satz 1 PG und Art. 336 Abs. 2 OR). Für das Verwaltungsgericht liegt das Verschulden der Arbeitgeberin im vorliegenden Fall schwer, sie sei ihrer Fürsorgepflicht nicht nachgekommen und hätte sich nie ernsthaft bemüht, eine Lösung zu finden, die es der Beschwerdeführerin ermöglicht hätte, bis zur Pensionierung weiterhin in ihrem Beruf als Pflegefachfrau zu arbeiten. Die wirtschaftlichen Auswirkungen der Kündigung seien zudem trotz der in Aussicht gestellten BVK-Berufsinvaliditätsrente gravierend. Im Ergebnis gewährt das Verwaltungsgericht der Beschwerdeführerin eine Entschädigung von vier Monatslöhnen (E. 6.2).

Nach § 26 Abs.1 PG haben Angestellte mit wenigstens fünf Dienstjahren, deren Arbeitsverhältnis auf Veranlassen des Staates und ohne ihr Verschulden aufgelöst wird, Anspruch auf eine Abfindung. Da die invaliditätsbedingte Entlassung rechtswidrig ist, entsteht ein Anspruch auf eine solche Abfindung, deren Höhe sich nach den persönlichen Verhältnissen richtet und zwischen 8 und 13 Monatslöhnen festgesetzt wird (§ 16 Abs. 2 VVPG). Mit Blick auf das Alter (60-jährig) und die lange Dienstzeit (17 Jahre) legt das Verwaltungsgericht die Abfindung auf zehn Monatslöhne fest (E. 7).

### Bemerkungen

Das Urteil des Verwaltungsgerichts ist zu begrüssen. Vorab ist erfreulich, mit welch klaren Worten das Gericht den Vorbringungen des Universitätsspitals entgegentritt, wonach eine Pflegefachfrau, die noch fünf Stunden pro Tag arbeitsfähig ist, in ihrem Beruf

schlicht nicht mehr einsetzbar sein soll. Es kann nicht angehen, dass eine Arbeitgeberin eine langjährige, teilweise noch arbeitsfähige Mitarbeiterin unter Berufung auf organisatorische Schwierigkeiten in die vollständige Invalidität abschiebt. Zu Recht hat das Verwaltungsgericht in diesem Vorgehen eine Verletzung der Fürsorgepflicht des Universitätsspitals als Arbeitgeberin erkannt. Zwischen den Zeilen liest sich im Urteil auch eine pointierte Kritik am Vorgehen der BVK, die dem Wunsch der Arbeitgeberin nach einer vollständigen Invalidisierung der Pflegefachfrau trotz fehlender gesundheitlicher Ursache füglich nachgekommen ist.

Die Fürsorgepflicht gegenüber noch bzw. nur noch teilweise arbeitsfähigen Mitarbeitenden betrifft nicht nur öffentlich-rechtliche Arbeitgeber. Gestützt auf Art. 328 OR haben auch private Arbeitgeber die Pflicht, die Persönlichkeit der Arbeitnehmer/innen zu achten und zu schützen. Zwar wird das privatrechtliche Arbeitsverhältnis vom Grundsatz der Kündigungsfreiheit geprägt. Nach Rechtsprechung und Lehre fliesst indes aus Art. 328 OR auch die Pflicht zur Mitwirkung an der Integration und Reintegration nur noch teilweise erwerbsfähiger Personen (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 27. Mai 2008, 4A\_102/2008).

Klarheit bringt das Urteil ferner bezüglich der Kompetenzen der BVK einerseits und der Arbeitgeberin andererseits. Das Verwaltungsgericht stellt klar, dass die Arbeitgeberin die Einschätzung der BVK über die Berufsinvalidität nicht einfach übernehmen darf, um eine Entlassung invaliditätshalber zu begründen. Die im Grundsatz vergleichbare Frage stellt sich auch, wenn eine Krankentaggeldversicherung ihre Leistungen für die versicherten Arbeitnehmer mit Hinweis auf deren fehlende oder nicht mehr vorhandene Arbeitsfähigkeit verweigert. Auch in solchen Konstellationen darf die Arbeitgeberin die medizinische Einschätzung der Versicherung nicht einfach übernehmen. Das Vorliegen eines Grundes für eine Lohnfortzahlung nach Art. 324a OR ist vielmehr nach arbeitsrechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen.

Obwohl der Entscheid richtig ist, bleibt ein Unbehagen zurück. Insgesamt muss das Universitätsspital der Pflegefachfrau 14 Monatslöhne ausrichten. Zumindest teilweise wird die BVK und damit das Versichertenkollektiv finanziell entlastet. Die restliche Zeit bis zur Pensionierung jedoch wird die BVK die Berufsunfähigkeitsrente auszurichten haben, obwohl die Pflegefachfrau aus medizinischer Sicht noch fünf Stunden pro Tag arbeitsfähig ist.

*Kurt Pärli*