

Pflegerecht

Pflegerecht – Pflegewissenschaft

2 Inwieweit bestimmen Patienten noch über ihre Daten?

Ursula Uttinger

9 Führt SwissDRG zu einer Minderversorgung vulnerabler Patientengruppen?

Agnes Leu, Thomas Gächter, Bernice Elger

15 Versorgungspflicht öffentlicher Spitex-Organisationen und ökonomische Implikationen

Patrick Zenhäusern, Stephan Suter, Stephan Vaterlaus

23 Strafrecht und Pflege – eine Übersicht und Betrachtung von Abhängigkeitsverhältnissen

Julian Mausbach

32 Forum Kinderspitex



Stämpfli Verlag

1 | 15

Inhalt

EDITORIAL	1	GESETZGEBUNG	54
WISSENSCHAFT.....	2	RECHTSPRECHUNG	60
FORUM.....	32	NEUIGKEITEN.....	64

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@pflugerecht.ch
www.pflugerecht.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 «Pflugerecht» 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 104.–

– Ausland: CHF 116.–

Onlineabo: CHF 84.–

Einzelheft: CHF 22.– (exkl. Porto)

Die Preise verstehen sich inkl. 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 2015

Gesamtherstellung: Stämpfli 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., Direktorin des Instituts für Patientensicherheit an der Universitätsklinik Bonn

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



Die Pflege von kranken und behinderten Kindern durch Angehörige: Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Problemstellungen

Kurt Pärli

Prof. Dr. iur., Leiter Zentrum für Sozialrecht, ZHAW, Winterthur

I. Einführung

Die Pflege kranker oder behinderter Kinder durch Angehörige führt zu einem ganzen Bündel teils schwieriger arbeits- und auch sozialversicherungsrechtlicher Fragen. Ausgangspunkt der nachfolgenden Darstellung bildet der Teil der Pflege und Betreuung, der über das hinausgeht, was Eltern aus familienrechtlicher Sicht ihren schwerkranken oder behinderten Kindern gegenüber ohnehin schulden (siehe Art. 272 und Art. 276 Abs. 1 und 2 ZGB). Diese Grenze festzustellen, ist gerade nicht einfach und bedürfte vertiefter Ausführungen. Aus *arbeitsrechtlicher* Sicht interessieren vorab Fragen, die sich für erwerbstätige Eltern oder weitere Angehörige stellen, wenn wegen der Betreuung der Kinder die normale Arbeitsleistung vorübergehend oder auch längere Zeit nicht erbracht werden kann. Weiter stellen sich arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Fragen zum Betreuungsverhältnis zwischen den pflegedürftigen Kindern und ihren sie betreuenden Familienangehörigen. Auch darauf wird im Folgenden eingegangen.

II. Arbeitsrechtlicher Rahmen

Für kürzere Absenzen wegen der Betreuung kranker Kinder ist die Rechtslage einigermaßen klar, wenn auch mit Blick auf die Problemlagen nicht zufriedenstellend. Art. 36 Abs. 1 und 2 des Arbeitsgesetzes (ArG) verlangt von den Arbeitgebenden, dass diese bei der Festsetzung der Arbeits- und Ruhezeiten auf Arbeitnehmende mit Familienpflichten Rücksicht zu nehmen haben. Das Gesetz zählt ausdrücklich auch die Betreuung pflegebedürftiger Familienangehöriger zu den Familienpflichten. Viel gibt diese Bestimmung allerdings nicht her. Wer einen Arbeitsvertrag über ein 100%-Pensum abgeschlossen hat und wegen der Betreuung seiner Angehörigen nur noch 50% arbeiten möchte, ist auf den «Goodwill» des Arbeitgebers angewiesen, ein Rechtsanspruch auf Reduktion besteht nicht. Allenfalls könnte eine

Arbeitgeberkündigung, die im Zusammenhang mit dem stärkeren Betreuungsengagement des Mitarbeiters steht, im Sinne von Art. 336 Obligationenrecht (OR) missbräuchlich sein. Interessant ist in diesem Zusammenhang das Urteil des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) in der Rechtssache «Coleman» (EuGH, Rs C-303/06). Frau Coleman arbeitete in einem Anwaltsbüro und verlangte wegen der Betreuung ihres behinderten Sohnes angepasste Arbeitszeiten. Die Arbeitgeberin kündigte daraufhin das Arbeitsverhältnis. Vor Gericht war streitig, ob sich Frau Coleman auf den «Disability Discrimination Act» berufen kann, da zwar ihr Sohn behindert war, aber sie selbst nicht. Für den EuGH erfüllt auch eine solche Konstellation den Tatbestand einer *Diskriminierung wegen einer Behinderung*. Auch Arbeitnehmer/innen, die mit einer behinderten Person in naher Beziehung stehen, sind vom Diskriminierungsverbot wegen einer Behinderung erfasst. Zwar ist diese EuGH-Entscheidung für die Schweiz nicht verbindlich, da die entsprechende EU-Antidiskriminierungsrichtlinie nicht anwendbar ist und das schweizerische Behindertengleichstellungsgesetz für den Arbeitsbereich nichts taugt. Der Fall zeigt aber, dass sehr wohl arbeitsrechtliche Konzeptionen möglich sind, die Arbeitnehmer/-innen, die sich für ihre kranken oder behinderten engagieren, einen wirksamen Schutz gewähren.

Über die Verpflichtung zur Rücksichtnahme bei der Festlegung der Arbeits- und Ruhezeiten hinaus hält Art. 36 Abs. 3 ArG ausdrücklich fest, dass Arbeitgeber den Arbeitnehmenden bis zu drei Tage frei geben müssen, wenn sich diese um ihre kranken Kinder kümmern. Das ArG selbst gewährt jedoch während dieser dreier Tage keinen Lohnanspruch. Ob die betroffenen Arbeitnehmer/innen in der fraglichen Zeitspanne dennoch einen Lohn erhalten, hängt davon ab, ob sie nach Art. 324a OR noch Anspruch auf Lohnfortzahlung haben. Ist dieser Anspruch im fraglichen Dienstjahr wegen eigener krankheitsbedingter Abwesenheit des Arbeitnehmers bereits erschöpft, so muss die Arbeitgeberin die nach Art. 36 Abs. 3 ArG zulässigen drei Freitage nicht entschädigen.

III. Rechtspolitischer Handlungsbedarf

Der arbeitsrechtliche Schutz von Eltern, die sich um ihre schwerkranken oder behinderten Kinder kümmern, ist ein höchst unvollständiger. Die bescheidenen Ansprüche nach ArG kommen nur dann zur Geltung, wenn das ArG auf das betreffende Arbeitsverhältnis anwendbar ist, mit anderen Worten, wenn keine Ausnahme vom betrieblichen oder persönlichen Geltungsbereich Anwendung findet. Selbst wenn Art. 36 ArG anwendbar ist, so lässt sich auf dieser Basis kein rechtlich durchsetzbarer Anspruch auf Reduktion des Beschäftigungsgrades und schon gar nicht auf bezahlten Betreuungsurlaub ableiten. Im Bericht des Bundesrates über die Situation betreuender und pflegender Angehöriger¹ wird die gesetzliche Verankerung eines Betreuungsurlaubes vorgeschlagen. Auch eine allfällige Lohnfortzahlung wird thematisiert. Zu Recht wird im Bericht darauf hingewiesen, eine zu starke finanzielle Belastung der Arbeitgeber könnte zu einer Diskriminierung von Arbeitnehmenden führen, die sich für die Pflege von Angehörigen engagieren. Eine adäquate Diskriminierungsschutzgesetzgebung könnte hier allenfalls Abhilfe schaffen. Das allein genügt aber nicht. Es macht Sinn, die Kosten eines künftigen Betreuungsurlaubes nicht (allein) den Arbeitgebern aufzuhalsen.

IV. Arbeitsverhältnis zwischen Kind und Eltern

Wie sieht nun die Rechtslage aus, wenn ein Elternteil (oder beide) Betreuung und Pflege ihres schwerkranken oder behinderten Kindes in einem Umfang übernehmen, der über das hinausgeht, was familienrechtlich geboten ist? Liegt hier ein Arbeitsvertrag vor oder handelt es sich um eine freiwillige Leistung? Die bisherige Gerichtspraxis und auch die Lehre haben sich bislang nur mit Fällen beschäftigt, in denen (erwachsene) Kinder ihre Eltern oder andere Verwandte pflegten und es zum Streit über die Geltendmachung von Lohnansprüchen kam. Trotz dogmatischer Schwierigkeiten – die für das Arbeitsverhältnis typische Unterordnung des Arbeitnehmers unter die Direktionsgewalt des Arbeitgebers liegt bei der Betreuung schwer Behinderter oder (teilweise) Urteilsunfähiger faktisch nicht vor – wird bei der Angehörigenpflege unter Berufung auf Art. 320 Abs. 2 OR regelmässig ein Arbeitsverhältnis angenommen. *Arbeitsrechtlich* entscheidend ist, ab welchem Ausmass eine Arbeitsleistung nicht mehr notwendiger-

weise unentgeltlich erwartet werden darf. Das wird praxisgemäss vermutet, wenn die Betreuungsperson auf anderweitiges Erwerbseinkommen verzichtet, da der Arbeitslohn oder das Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit für die meisten Erwachsenen die wichtigste Einkommensquelle zur Bestreitung des Lebensunterhaltes darstellt. Der im Rahmen der familiären Betreuung geschuldete Lohn stellt *sozialversicherungsrechtlich* relevantes Einkommen dar. Die Betreuungsperson ist so gegen die Risiken Unfall und Arbeitslosigkeit versichert und bei der AHV entstehen keine Beitragslücken. Erreicht das Einkommen die notwendige Höhe, besteht auch ein Versicherungsschutz im Rahmen der zweiten Säule.

Es fragt sich, ob sich die gerade geschilderte (arbeitsrechtliche) Praxis auf die Konstellation zwischen pflegedürftigen Kindern und ihrer sie betreuenden Eltern übertragen lässt. Es stellen sich verschiedene Probleme. So setzt der Abschluss eines Arbeitsvertrages Handlungsfähigkeit voraus. Eltern vertreten ihre Kinder von Gesetzes wegen, was dazu führt, dass die Eltern bzw. ein Elternteil einen Vertrag mit sich selbst abschliessen würden. Weiter hätte das *Kind als Arbeitgeber* gegenüber seinen Eltern ein *Weisungsrecht*, was mit dem *Erziehungsrecht der Eltern* gegenüber dem Kind im Widerspruch steht. Müsste demnach dem Kind zum Abschluss eines Arbeitsvertrages mit seinen Eltern ein Beistand zur Seite gestellt werden? Das mag in bestimmten Fällen sinnvoll sein. Es gibt ja im Kindesrecht beispielsweise die Vermögensbeistandschaft, um Interessenkollisionen zwischen Kindesvermögen und elterlicher Vertretungsmacht vorzubeugen. Der Beistand müsste stellvertretend für das Kind die Arbeitgeberrolle gegenüber den betreuenden Eltern übernehmen. Alternativ bietet sich die Anstellung des Vaters oder der Mutter bei einer ambulanten Pflege- oder Betreuungsinstitution an. Diesfalls besteht zwischen der Organisation und dem Elternteil ein normaler Arbeitsvertrag, wenn auch mit einem etwas ungewöhnlichen Einsatzort. Zwischen dem Kind bzw. dessen rechtlicher Vertretung (also den Eltern, sofern diese Inhaber der elterlichen Sorge sind) und der Spitex- oder Betreuungsorganisation besteht ein Pflegebetreuungsvertrag. Auch auf diesem Wege lässt sich der für die pflegenden und betreuenden Eltern notwendige Sozialversicherungsschutz realisieren, der im Falle einer (vorübergehenden) Aufgabe der Erwerbstätigkeit absolut notwendig ist.

V. Finanzierung

Die gerade geschilderten Probleme eines Arbeitsverhältnisses zwischen Kindern (als Arbeitgeber) und Eltern (als Arbeitnehmer) bilden wohl auch einen der

1 Unterstützung für betreuende und pflegende Angehörige – Situationsanalyse und Handlungsbedarf für die Schweiz, Bericht des Bundesrates vom 5. Dezember 2014.

Gründe, weshalb der Gesetzgeber die im Rahmen der Invalidenversicherung ausgerichtete Assistenzentschädigung in familiären Konstellationen ausschliesst (Art. 42^{quinquies}, lit. b IVG). Fällt jedoch die Möglichkeit des Assistenzbeitrages als Einkommenssicherung für pflegende und betreuende Eltern weg, so stellt sich die Frage, wie diese Einkommenslücke zu schliessen ist. Lediglich ein kleiner Teil der realen Kosten wird, wenn überhaupt, von der Krankenversicherung als Spitex-Leistung übernommen. Dazu kommt: Nur bei Vorliegen entsprechender fachlicher Qualifikation werden Spitex-Leistungen, die durch Angehörige erfolgen, von der Krankenversicherung übernommen. Als wichtige Einnahmequellen der Familie zur Finanzierung des Pflege- und Betreuungsaufwands und auch zur Finanzierung des eigenen Erwerbsausfalls erweist sich die Hilflosenentschädigung. Diese müsste jedoch in der Zukunft auf ein Mass angehoben werden, das den betroffenen Eltern erlauben würde, entweder die notwendige Pflege und Betreuung für das Kind extern «einzukaufen» oder aber die eigene Erwerbstätigkeit so zu reduzieren, dass

die Pflege und Betreuung mindestens teilweise selbst übernommen werden kann. Die Schaffung der Möglichkeit der Ausrichtung der Assistenzbeiträge auch an Familienangehörige, wie sie de lege ferenda gefordert wird, würde zwar entscheidend zur Einkommenssicherung der betreuenden und pflegenden Eltern beitragen. Allerdings kommt es so zur oben skizzierten Gemengelage zwischen familienrechtlicher Unterordnung und arbeitsrechtlichem Weisungsrecht des Kindes. Sollte der Gesetzgeber den Assistenzbeitrag auch für pflegende Eltern gewähren wollen, müsste wohl sinnvollerweise vorgeschrieben sein, dass eine externe Stelle – nicht notwendigerweise die Kinder- und Erwachsenenschutzbehörde – die administrative Abwicklung vornimmt und die Rolle der Arbeitgeberin übernimmt. Flankierend braucht es in jedem Fall Anpassungen im Arbeitsvertragsrecht (und bei den öffentlichen Personalrechtserlassen), die bei gegebenen Voraussetzungen Arbeitnehmenden erlauben, sich um ihre kranken und behinderten Angehörigen zu kümmern (Recht auf Reduktion des Beschäftigungsgrades, unbezahlter Urlaub usw.).