

Pflegerecht

Pflege in Politik, Wissenschaft und Ökonomie

- 2 Gesundheitsberufegesetz –
Auswirkungen auf die Pflegeberufe
Thomas Gächter/Petra Koller
- 13 Das schiedsgerichtliche Verfahren
in umstrittenen Pflegefällen
Hardy Landolt
- 19 Die Leistungspflicht der Angehörigen
für ungedeckte Pflegekosten
Tobias Brändli
- 25 Finanzierung von Pflegehilfsmitteln –
ein ungelöstes Problem
Hardy Landolt
- 32 Forum
Erscheinungsbild Pflegende



Stämpfli Verlag

1 | 18

Inhalt

EDITORIAL	1	GESETZGEBUNG	47
WISSENSCHAFT.....	2	RECHTSPRECHUNG	53
FORUM.....	32	INTERVIEW.....	62

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@pfliegerecht.ch
www.pfliegerecht.ch

Adressänderungen und Inserataufträge sind ausschliesslich an den Stämpfli Verlag AG, Postfach, 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. Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die von der Redaktion oder den Herausgebern redigierten Gerichtsentseide und Regesten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ausserhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – sämtliche technische und digitale Verfahren eingeschlossen – reproduziert werden.

Die Zeitschrift erscheint viermal jährlich, im Februar, Mai, August, November.

Abonnementspreise

AboPlus (Zeitschrift und Onlinezugang)

– Schweiz: CHF 118.–

– Ausland: CHF 130.–

Onlineabo: CHF 98.–

Einzelheft: CHF 25.– (exkl. Porto)

Die Preise verstehen sich inkl. 2,5% MwSt. und Versandkosten.

Schriftliche Kündigung bis 3 Monate vor Ende der Laufzeit möglich.

Abonnemente

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

E-Mail: periodika@staempfli.com

Inserate

Tel. 031 300 63 41, Fax 031 300 63 90

E-Mail: inserate@staempfli.com

© Stämpfli Verlag AG Bern 2018

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 der Universität St. Gallen für Haftpflicht-, Privat- und Sozialversicherungsrecht, wissenschaftlicher Konsulent des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der Universität St. Gallen, Rechtsanwalt und Notar in Glarus

Gemeinsam mit:

Brigitte Blum-Schneider

Dr. iur., Programmkoordinatorin PhD BmEL/Law Track an der Universität Zürich

Peter Breitschmid

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

Thomas Gächter

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

Heidrun Gattinger

Mag., Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut IPW-FHS

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

Julian Mausbach

Dr. iur., RA, Oberassistent Strafrecht an der Universität Zürich

Peter Mösch Payot

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

Kurt Pärli

Prof. Dr. iur. Kurt Pärli, Lehrstuhl für Soziales Privatrecht, Juristische Fakultät der Universität Basel

Helena Zaugg

MLaw, MAS Interkulturelle Kommunikation, dipl. Pflegefachfrau, Präsidentin Schweizer Berufsverband der Pflegefachfrauen und Pflegefachmänner (SBK), Bern



Kurt Pärli

Professor für Soziales Privatrecht, Universität Basel

Tattoos und Piercings in der Pflege aus arbeitsrechtlicher Sicht

Darf ein Spital oder ein Pflegeheim oder eine Arztpraxis dem Personal Vorschriften hinsichtlich Tattoos oder Piercings machen? Wie weit ist eine generelle Kleiderordnung durchsetzbar? Und welches sind die zulässigen Sanktionen, wenn eine Mitarbeiterin oder ein Mitarbeiter trotz anderslautender Anordnung ein Tattoo nicht abdeckt oder gegen die Kleidervorschriften verstösst? Ist gar eine Kündigung zulässig? Gerichtsurteile zu diesen Fragen im Pflegekontext sind bis jetzt in der Schweiz nicht ergangen. Dennoch lassen sich durch eine Analyse der bestehenden arbeitsrechtlichen Normen und Rechtsprechung aus verwandten Gebieten Leitlinien zum Umgang mit diesem neueren Phänomen ableiten.

I. Die arbeitsrechtlichen Grundlagen

Ausgangslage eines jeden Arbeitsverhältnisses ist vorab die betriebliche und arbeitsorganisatorische Unterordnung. Ausdruck davon bildet das Weisungsrecht, das für privatrechtliche Arbeitsverhältnisse in Art. 321d Obligationenrecht (OR) verankert ist. Ein Weisungsrecht kommt selbstverständlich auch dem öffentlich-rechtlichen Arbeitgeber zu. Die entsprechende Grundlage findet sich im anwendbaren öffentlichen Dienstrecht. Die Arbeitgeberin ist also berechtigt, über die Ausführung und das Verhalten der Arbeitnehmenden allgemeine Anordnungen zu erlassen und besondere Weisungen zu erteilen. Die Adressaten dieser Weisungen sind nach Treu und Glauben zur Befolgung dieser Weisungen verpflichtet. Privatrechtlich organisierte Pflegeinstitutionen dürfen gestützt auf diese Bestimmung ein Kleiderreglement erlassen, in dem bspw. das Tragen bestimmter Kopfbedeckungen oder Tätowierungen und Piercings nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt wird. Das Weisungsrecht funktioniert indes nicht nur auf dem Wege des Erlasses eines Reglements (allgemeine Weisung). Ein Arbeitgeber darf vielmehr gestützt auf Art. 321d OR bzw. auf eine vergleichbare Bestimmung im öffentlichen Dienstrecht auch eine individuelle Weisung «Abdecken des Tattoos» erteilen.

Die Befolgungspflicht allgemeiner Weisungen (die in einem für alle Mitarbeitenden geltenden Reglement verankert sind) und individueller Anordnungen gilt nur «nach Treu und Glauben». Unrechtmässige, die Persönlichkeit verletzende oder sittenwidrige Weisungen müssen nicht befolgt werden. Arbeitnehmende haben im Arbeitsverhältnis nach Art. 328 OR einen Anspruch auf Schutz der Persönlichkeit. Zur Persönlichkeit gehört auch das Aussehen. Für Personal in öffentlich-rechtlichen Institutionen hat die Arbeitgeberin überdies die Grundrechte zu beachten. Eine Beschränkung der Freiheit, sich nach eigenen Bedürfnissen zu kleiden, stellt eine Beeinträchtigung dieser Rechte dar. Besonders heikel sind Kleidervorschriften dann, wenn sie mit allfälligen religiösen Vorschriften zum Tragen eines bestimmten Kleidungsstückes wie bspw. des muslimischen Kopftuches kollidieren.

Kleider- und Körperschmuckvorschriften sind nur so weit zulässig, als es für die Vorschriften sachliche Gründe gibt. Eine Vorschrift für das Pflegepersonal, während der Arbeit mit den Patienten/-innen die vom Spital zur Verfügung gestellte Berufskleidung zu tragen, ist zulässig, wenn die Berufskleidung für die Hygiene und den Schutz des Patienten erforderlich ist. Gleiches gilt für ein Verbot des Tragens bestimmter Kleidung und Körperschmuck: Zulässig ist ein solches Verbot dann, wenn Hygiene oder Sicherheit (z. B. Verletzungsgefahr des Patienten durch Piercing) vorliegen.

II. Kopftuchverbot unzulässig, aber auffällige Tattoos müssen abgedeckt werden

Ein absolutes Verbot einer religiösen Kopfbedeckung lässt sich aber selbst durch Hygienevorschriften nicht rechtfertigen. Zulässig wäre aber, dass vom Personal verlangt würde, ein Kopftuch zu tragen, das die Hygienestandards einhält (also z. B. ein im Spital gewaschenes Kopftuch oder eines, das vom Spital zur Verfügung gestellt wird). Aufschlussreich ist in diesem Zusammenhang ein Urteil eines bernischen Gerichts aus dem Jahre 2016. Einer Arbeitnehmerin einer Berner Grosswäscherei wurde gekündigt, weil

sie aus religiösen Gründen an ihrem Arbeitsplatz ein Kopftuch trug. Die Arbeitgeberin konnte nicht überzeugend darlegen, weshalb ein Kopftuchverbot für einen reibungslosen Ablauf der Arbeit notwendig ist. Auch gelang der Nachweis nicht, dass das Kopftuch ein Sicherheitsrisiko darstellt und weshalb es die Hygiene negativ beeinflusst. Die Kündigung war deshalb missbräuchlich im Sinne von Art. 336 OR. Der Betrieb musste der Frau eine Entschädigung von drei Monatsgehältern ausrichten¹. Für das Gericht war die auch in privaten Arbeitsverhältnissen zu respektierende Religionsfreiheit massgebend.

Eine Arbeitgeberin kann ein Verbot von Tattoos, Piercings oder religiöser Symbole auch aus Gründen eines einheitlichen und neutralen Auftretens gegenüber den Patienten/-innen erlassen. Argumentiert wird in solchen Fällen, Patienten/-innen könnten sich vor allem durch sehr auffällige oder provokative Tattoos oder Piercings gestört fühlen. Grundsätzlich sind auch solche Motive des Betriebes schützenswert. Regelmässig reicht es jedoch aus, wenn dem Personal auferlegt wird, eine auffällige Tätowierung während der Arbeitszeit abzudecken. Das Bundesgericht wertete ein Abdecken einer auffälligen Swastika-Tätowierung (religiöses Symbol des Jainismus, das leicht mit dem faschistischen Hakenkreuz verwechselt werden kann) als lediglich geringfügige Einschränkung der Religionsfreiheit. Im konkreten Fall ging es um einen Mann, der sich durch die Invalidenversicherung (IV) zum medizinischen Masseur hatte umschulen lassen und wegen seiner auffälligen Tätowierung keine Praktikumsstelle finden konnte. Da er sich weigerte, die Tätowierung abzudecken, hatte die IV gemäss Bundesgericht zu Recht die Unterstützung eingestellt.² Für das Bundesgericht war im Ergebnis nachvollziehbar, dass sich Ausbildungsinstitutionen geweigert hatten, den Mann einzustellen. In die gleiche Richtung zielt ein Fall, der vom hessischen Verwaltungsgericht (VGH) in Kassel entschieden wurde. Eine junge Frau hatte sich erfolglos für den gehobenen Polizeivollzugsdienst beworben. Die Bewerberin trug am rechten Unterarm den auf Französisch eintätowierten Spruch: «Bitte, zähme mich.» Der Satz stammt aus der Erzählung «Der kleine Prinz» von Antoine de Saint-Exupéry. Das Gericht wies ihre Klage auf Zulassung zum Auswahlverfahren für die Ausbildung ab.³ Das VGH begründete seinen Entscheid u. a. damit, dass sichtbare Tätowierungen generell unzulässig wären, weil diese Anläs-

se für Provokationen bieten würden. Da Polizeibeamte im Sommer Kurzarmhemden tragen würden, wäre das Tattoo der Bewerberin (Unterarm) für alle sichtbar.

Das Verbot von sichtbaren Tattoos und wohl auch auffälligen Piercings kann von einer Pflegeinstitution oder einem Spital durch das Interesse eines bestimmten Erscheinungsbilds sowie mit Blick auf Irritationen von Patienten/-innen gerechtfertigt werden. Die Verweigerung der Einstellung oder eine Kündigung wegen des Tattoos an sich wäre aber unzulässig. Wer das Tattoo während der Arbeit abdeckt, darf nicht benachteiligt werden.

III. Kleidervorschriften im Interesse eines einheitlichen Erscheinungsbildes zulässig, aber bitte geschlechtsneutral...

Reglementarische Kleiderordnungen, die mit einem «ordentlichen Erscheinungsbild der Belegschaft» begründet werden, sind zulässig, soweit die fragliche Regelung die Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmenden nicht übermässig beeinträchtigt. Aufschlussreich ist hierzu ein Entscheid des Landesarbeitsgerichts (LAG) Köln aus dem Jahre 2010. Das Gericht prüfte, wie weit eine betriebliche Vereinbarung für Angestellte der Flughafenkontrolle zulässig war. Keine unverhältnismässige Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts erblickt das LAG in der Vorschrift an die Mitarbeiterinnen, im Dienst stets einen Büstenhalter oder ein Unterhemd zu tragen, da diese Regelung im Interesse eines «ordentlichen Erscheinungsbilds» läge. Auch die Pflicht, die Fingernägel nicht länger als 0,5 Zentimeter über die Fingerkuppe zu tragen, war zulässig. Längere Fingernägel könnten für die zu kontrollierenden Flugpassagiere ein Verletzungsrisiko nach sich ziehen. Nicht durch legitime betriebliche Interessen gedeckt sind gemäss LAG Köln jedoch Vorschriften über die Farbe der Fingernägel und die über bei Haarfärbungen zu wählenden Farben.⁴

Es ist davon auszugehen, dass ein Schweizer Gericht ähnlich entscheiden würde. Regelungen in einem Spital oder Pflegeheim betreffend Körperschmuck und Kleider sind also zulässig, soweit die Vorschriften einen legitimen Zweck verfolgen, wozu auch das betriebliche Interesse an einem einheitlichen Erscheinungsbild zu zählen ist. Die Regelungen dürfen aber nicht über das Ziel hinausschiessen.

Kleider- und Körperschmuckvorschriften in Reglementen müssen nicht nur durch ein sachliches Ziel gerechtfertigt und verhältnismässig ausgestaltet sein.

1 <https://www.humanrights.ch/de/menschenrechte-schweiz/inneres/gruppen/religioese/kopftuch-missbraeuchliche-kuendigung> (zuletzt besucht am 15. 12. 2017).

2 Bger 9C_301/2008 vom 2. Juli 2008.

3 VG Hessen Beschl. v. 11. 7. 2014, Az. 1 B 1006/14.

4 LAG Köln, Az. 3 TaBV 15/10.

Darüber hinaus gilt es auch, Gleichbehandlungsgrundsätze zu beachten. Unzulässig wäre bspw., nur das muslimische Kopftuch zu verbieten, nicht aber andere Kopfbedeckungen religiöser Natur. Das Bundesarbeitsgericht in Deutschland musste sich mit der Klage eines Piloten beschäftigen, der sich gegen eine Regelung zur Wehr setzte, die vorsah, dass das männliche Cockpitpersonal im Dienst eine Mütze tragen musste, während es den Frauen freigestellt war, ob sie die Mütze tragen wollen oder nicht. Das Bundesarbeitsgericht schützte die Klage des Piloten. Für eine unterschiedliche Handhabung der Mützentragepflicht fand sich kein sachlicher Rechtfertigungsgrund. Damit war der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt. Eine weitergehende Prüfung, ob die Regelung auch gegen das Verbot der Geschlechterdiskriminierung verstösst, war so gar nicht mehr notwendig.⁵

IV. Regelungen auf betrieblicher Ebene und im Vertrag sinnvoll

Wie gezeigt wurde, hat die Arbeitgeberin einen recht grossen Spielraum, um auf dem Wege einer allgemeinen Weisung (Reglement) oder einer individuellen Anordnung ihre Vorstellung über Kleider und Körperschmuck gegenüber dem Pflegepersonal durchzusetzen. Fraglos zulässig sind Vorschriften, die sich erwiesenermassen aus Gründen der Patientensicherheit und Hygiene rechtfertigen. Schon etwas heikler ist die Abwägung zwischen betrieblichen Interessen der Arbeitgeberin und Persönlichkeitsschutzinteressen des Personals dann, wenn es um (allfällige) negative Reaktionen der Patienten/-innen auf bestimmte Erscheinungsformen des Personals (auffällige Tattoos, Piercings u. Ä.) geht. Die Vermeidung von Patientenirritation ist zweifellos ein schützenswertes betriebliches Interesse. Oft ist es für Patienten/-innen, die sich ja selbst zum Teil auch mit Tattoos und Piercings

schmücken, gar kein wirkliches Problem, wenn sie von einer etwas auffälligen Pflegeperson gepflegt werden. Es ist deshalb Vorsicht geboten, wenn Betriebe angebliche Patientenbedürfnisse ins Spiel bringen. Auch die Patienten/-innen bilden die vielfältiger gewordene Gesellschaft ab, und es spricht so grundsätzlich nichts dagegen, wenn sich die Vielfalt auch innerhalb des Pflegepersonals zeigt.

Um Konflikte zu vermeiden, ist Betrieben zu empfehlen, eine Regelung zum Umgang mit Tattoos, Piercings und die Grundzüge einer Kleiderordnung in Zusammenarbeit mit den Arbeitnehmenden zu erarbeiten. Die Arbeitnehmervertretung (Personalkommission) und auch die Berufsverbände und Gewerkschaften sind zu konsultieren. Auf diese Weise kann zum einen die Arbeitgeberin ihre betrieblichen Interessen darlegen und begründen. Zum anderen erhalten die Arbeitnehmenden über ihre Organe eine Mitsprachemöglichkeit. Für die Arbeitgeberin ist dies zudem eine grosse Chance, die tatsächliche Vielfalt und die Bedürfnisse der Belegschaft kennenzulernen.

Zu empfehlen ist weiter eine Übernahme der Regelung im Arbeitsvertrag. So wird schon im Bewerbungsprozess Transparenz geschaffen. Wer sich für eine Stelle in einem bestimmten Betrieb interessiert, weiss dann bereits im Voraus, welche Regelungen an fraglichem Ort gelten. Die Verankerung im Vertrag hat zudem den Vorteil einer gewissen Beständigkeit. Eine Änderung der Regelung hätte nämlich auch die Notwendigkeit der Anpassung des Vertrags zur Folge. Sollten neue Problemstellungen auftauchen, lassen sich diese meistens mittels Analogie zu bisherigen Regelungen lösen. Falls nicht, ist erneut ein Konsultationsprozess und ggf. eine Anpassung der Verträge erforderlich. Das mag aufwendig erscheinen. Die Vorteile eines solchen Vorgehens liegen aber auf der Hand: Die gemeinsam mit den Arbeitnehmenden erarbeiteten Regelungen haben eine wesentlich bessere Chance, auch gelebte Praxis zu werden.

⁵ Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 30.9.2014, 1 AZR 1083/12.