

Erläuterungen zu den Musterarbeitsverträgen im Berner Modell

Ausgangslage von Menschen mit Behinderungen und ihren Angestellten im Privathaushalt

Die arbeitgebende Person verfügt im Gegensatz zu einem Betrieb über keine professionelle Buchhaltung und Personalabteilung und hat wohl oft wenig Erfahrung als Arbeitgeberin. Da das Berner Modell auch Menschen mit kognitiven, psychischen oder Sinnes-Einschränkungen offen steht, werden manche Arbeitgebende diese neue Rolle selbst nicht oder nur mit Unterstützung ausüben können; teilweise werden Beistände und Beiständinnen sie darin vertreten müssen.

Auf Arbeitnehmendenseite generiert das Berner Modell vor allem kleine Arbeitspensen, allerdings mit Nacht- und Sonntagsarbeit. Die Einsatzzeiten sind naturgemäss nicht immer dieselben, kurzfristige Verschiebungen treten regelmässig auf; bei einem beachtlichen Teil der Aufgaben kann es sich um Arbeit auf Abruf handeln. Der Lohn wird häufig nicht existenzsichernd sein, die sozialversicherungsrechtliche Absicherung gering, etwa im Bereich BVG (weil der Jahreslohn oft unter der BVG-Eintrittsschwelle von CHF 21'330.00 liegt). Einige der Aufgaben können auch von Personen ausgeübt werden, die über keine spezifische Ausbildung verfügen und entsprechend leicht ausgetauscht werden können. Es steht zu erwarten, dass viele der Arbeitnehmenden entsprechend über keine oder eine geringe Berufsqualifikation verfügen werden.

Es gilt nun sicher zu stellen, dass die Menschen mit Behinderung (und deren Beistände und Beiständinnen) die Rolle als Arbeitgebende kompetent ausfüllen können, ohne dass es zu arbeitsrechtlichen Auseinandersetzungen und Nachforderungen der Arbeitnehmenden kommt. Andererseits gilt es zu verhindern, dass prekäre Arbeitsverhältnisse entstehen, wie sie etwa aus der Betagtenpflege zuhause bekannt sind.

Die GEF entschied sich aufgrund dieser komplexen Ausgangssituation, ihre bereits bestehenden Musterverträge partizipativ, also unter Miteinbezug von Behindertenverbänden, Angehörigenvertretungen, Gewerkschaften und der KESB zu überarbeiten, um eine möglichst hohe Zufriedenheit aller Beteiligten in diesem sensiblen Bereich zu erreichen. Aber nicht nur aus diesem Grund wurde beispielsweise die Vertragsvorlage für die IV-Assistenz nicht übernommen: Die IV-Assistenz wendet sich an einen viel kleineren Personenkreis als das Berner

Modell. Der IV-Assistenzbeitrag setzt nämlich in der Regel volle Handlungsfähigkeit oder eine hohe Selbständigkeit voraus. Ist jemand in seiner Handlungsfähigkeit eingeschränkt, erhält er nur IV-Assistenzbeiträge, wenn er einen eigenen Haushalt führt oder in den regulären Arbeitsmarkt oder eine reguläre Ausbildung eingebettet ist. Damit wendet sich dieses Angebot primär an Körperbehinderte mit einem hohen Mass an Selbständigkeit; entsprechend nahmen 2016 nur 4.9% der erwachsenen behinderten Menschen mit einer Hilflosenentschädigung den IV-Assistenzbeitrag in Anspruch (Evaluationsbericht Assistenzbeitrag 2012 - 2016, BSV 2017, S. III). Das Berner Modell steht im Gegensatz dazu allen Menschen mit einer Behinderung offen, also auch Menschen mit schwersten kognitiven Einschränkungen. Dazu kommt, dass das Berner Modell im Gegensatz zur IV-Assistenz auch erlaubt, dass die Betroffenen Angehörige in gerader Linie sowie Partner und Partnerinnen als Assistenzpersonen anstellen. Das heisst, Menschen mit Behinderung können z. B. ihre eigenen Eltern, die vielleicht auch ihre Beistände sind, beschäftigen. Daraus resultiert eine Situation mit potentiellen Interessenskonflikten, so dass die KESB zwingend mitwirken muss.

Es galt vorliegend also, eine auf die Bedürfnisse der Betroffenen massgeschneiderte Lösung zu finden. Dabei zeigte sich, dass die Anliegen der Menschen mit Behinderung, die Vorgaben des Berner Modells, die Wünsche der Arbeitnehmerseite und die arbeitsrechtlichen Rahmenbedingungen vielfach in einem grossen Spannungsverhältnis zu einander standen. Das juristische Team musste zwischen hochkomplexen juristischen Fragestellungen und zu starken Vereinfachungen, die gerade auch für die Menschen mit Behinderungen das Risiko von Lohnnachforderungen bergen, einen Weg finden. Dabei gewichteten auch die Anliegen der Arbeitnehmenden, wie sie ja auch der kantonale Normalarbeitsvertrag Hausdienst (BELEX 222.153.22) aufnimmt.

Teils notwendige Mitwirkung der KESB

Parteien des Arbeitsvertrages sind auf der Arbeitgebendenseite der Mensch mit Behinderung und auf der Arbeitnehmendenseite die Person, die für Betreuungsleistungen angestellt wird. Ist die arbeitgebende Person mit Bezug auf den Abschluss des Arbeitsvertrages handlungsunfähig, muss sie sich vertreten lassen. Grundsätzlich ist für die Vertretung die Beiständin zuständig. Da sich in den hier interessierenden Vertragsverhältnissen aber oft Angehörige gegenüberstehen, ist die Beiständin nicht selten auch die Arbeitnehmerin. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn die Mutter Beiständin ihres Sohnes ist und für diesen auch Betreuungsleistungen nach dem Berner Modell erbringt. In solchen Konstellationen würde die Vertretung durch die Beiständin zu einer Selbstkontraktion führen, da auf beiden Seiten des Vertrages dieselbe Person handelte. In diesem Fall ist nach Art. 392 Ziff. 1 ZGB eine Vertretung durch die KESB erforderlich.

Anders präsentiert sich die Situation, wenn der Arbeitgeber mit Bezug auf den Abschluss des Arbeitsvertrages handlungsfähig ist. Dann bedarf es keiner Vertretung. Es kann jedoch auch in diesem Fall vorkommen, dass die Arbeitnehmerin gleichzeitig – in einem anderen Lebensbereich – Beiständin des Arbeitgebers ist. Nach Art. 416 Abs. 3 ZGB bedürfen Verträge zwischen der Beiständin und der betroffenen Person immer der Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde. Folglich muss der Arbeitsvertrag in der genannten Konstellation durch die KESB genehmigt werden.

Die vorgenannten Szenarien betreffen den Vertragsinhalt nur am Rande. Sie sind vor allem für den *Abschluss* des Vertrages von Bedeutung. In den Musterarbeitsverträgen wurde den unterschiedlichen Konstellationen Platz gelassen. Der gültige Vertragsabschluss hängt von komplexen juristischen Fragen, wie beispielsweise derjenigen der Handlungsfähigkeit, ab.

Übersicht und Handlungsanleitung bezüglich Mitwirkung KESB

Wenn Sie Betreuungsleistungen des Berner Modells beziehen, sind Sie Arbeitgeberin / Arbeitgeber der Personen, die Sie betreuen. Falls Sie zum Abschluss eines Arbeitsvertrags **nicht handlungsfähig** sind, müssen Sie sich beim Abschluss des Vertrages vertreten lassen. Dabei gilt:

1. Sie werden durch die **KESB** vertreten, wenn die Arbeitnehmerin / der Arbeitnehmer gleichzeitig auch Ihre Beiständin / Ihr Beistand ist.
2. Sie werden durch **Ihre Beiständin / Ihren Beistand** vertreten, wenn die Arbeitnehmerin / der Arbeitnehmer **nicht** auch Ihre Beiständin / Ihr Beistand ist.

Wenn Sie zum Abschluss des Arbeitsvertrages handlungsfähig sind, können Sie diesen ohne Vertretung abschliessen, beachten Sie dazu den Punkt „Genehmigung durch die KESB“.

Genehmigung durch die KESB

Die KESB muss den Vertrag nach dem Abschluss genehmigen, wenn:

1. die Arbeitgeberin / der Arbeitgeber zum Abschluss des Arbeitsvertrags **handlungsfähig** ist und
2. die Arbeitnehmerin / der Arbeitnehmer Beistand der Arbeitgeberin / des Arbeitgebers ist.

Normalarbeitsverträge

Es besteht ein Normalarbeitsvertrag des Bundes (NAV Hauswirtschaft, SR 221.215.329.4), der noch bis Ende 2019 gilt. Dieser ist für Personen im Nahverhältnis nicht anwendbar, ebenso wenig für Personen, die pro Woche durchschnittlich weniger als fünf Stunden bei derselben arbeitgebenden Person tätig sind. Die von diesem NAV Hauswirtschaft festgelegten Mindestlöhne sind zwingend. Unserer Berechnung zufolge sind diese Mindestlöhne im Berner Modell dann knapp nicht mehr eingehalten, wenn man mit fünf Ferienwochen/Jahr rechnet, was bei gewissen Personengruppen ja Gesetz ist (Art. 345a Abs. 3 OR).

Der kantonale Normalarbeitsvertrag für den Hausdienst (BELEX 222.153.22) ist auf Arbeitsverhältnisse unter nicht-Angehörigen anwendbar. Er stellt die Arbeitnehmenden finanziell einiges besser, als dies im Berner Modell aktuell der Fall ist (Krankentaggeldversicherung, Dienstaltesgeschenk, Abgangsentschädigung, 13. Monatslohn). Gemäss Art. 3 NAV kann im schriftlichen Einzelarbeitsvertrag von seinen Bestimmungen abgewichen werden. Dies war nun in einigen Bereichen auch in den Musterverträgen nicht zu vermeiden, weil offensichtlich die Finanzierung der Menschen mit Behinderung gemäss aktuellem Berner Modell es nicht anders zulässt. Der Umstand, dass der Kanton in Musterverträgen die Standards unterschreitet, die er selbst in einem NAV festgesetzt hat, kann allerdings befremden.

Arbeitsvertrag für Verwandte in direkter Linie und Ehegatten / Lebenspartnerinnen und -partner

Die Besonderheit dieses Vertragsverhältnisses liegt in der grossen persönlichen Nähe der Parteien. Es wurde versucht, diesem Umstand Rechnung zu tragen.

Beim Beschrieb der Funktion wurden die IndiBe-Abklärungsergebnisse als Ausgangspunkt genommen. Die Vertragsparteien verfügen über eine solch enge Beziehung, dass diese Resultate wohl ohnehin bekannt sind. Eine Offenlegung dieser Daten erscheint somit wenig problematisch. Der Verweis auf die Abklärungsergebnisse soll sicherstellen, dass einzig diejenigen Leistungen über das Berner Modell abgerechnet werden, die dem ermittelten Bedarf des Menschen mit Behinderung entsprechen.

Handelt es sich bei der Arbeitnehmerin um eine nahestehende Person, welche für die arbeitgebende Person alltägliche Betreuungsleistungen erbringt, beeinflusst das die Regelung von Arbeitszeit und Lohn gewichtig. Das Obligationenrecht enthält diverse Bestimmungen zum Schutz der arbeitnehmenden Person vor Ausnutzung. Im Nahverhältnis ist dieses Schutzbedürfnis deutlich geringer. Nebst diesem Umstand wurden bei der Regelung der Arbeitszeit zudem die Eigenheiten

des Berner Modells berücksichtigt. Der Lohn richtet sich nach den kantonalen Vorgaben und ist dadurch plafoniert.

Die Arbeitszeit wird monatlich abgerechnet und richtet sich nach einem fixen Pensum. In der Lebensrealität der Menschen mit Behinderung fällt der Betreuungsbedarf allerdings schwankend aus. Aus diesem Grund wurde in der Vertragsvorlage auf die durchschnittliche monatliche Arbeitszeit abgestellt. Dies lässt Raum für geringfügige Schwankungen. Wird dieser Durchschnittswert über das ganze Jahr betrachtet überschritten, liegen Überstunden vor. Überstunden stehen aber in einem Widerspruch zur Konzeption des Berner Modells. Dieses schliesst vom Bedarf einer Person auf die Anzahl Arbeitsstunden, welche entschädigt werden. Für zusätzliche Stunden bleibt dabei kaum Raum, geschweige denn für einen Überstundenzuschlag. Die Vertragsvorlage sieht vor, dass grundsätzlich keine Überstunden geleistet werden sollen. Falls dies trotzdem geschieht, werden sie nur in Ausnahmefällen bezahlt. Da der Lohn durch die kantonalen Mittel bestimmt wird, kann die Arbeitgeberin nicht frei entscheiden, ob sie Überstunden bezahlt. Die Entschädigung von Überstunden wird vertraglich an verschiedene Voraussetzungen geknüpft:

Zum einen erfolgt eine Einschränkung auf begründete Sondersituationen. Die Arbeitgeberin muss ihren vorübergehend erhöhten Bedarf somit begründen. Zusätzlich wurde seitens der GEF-Vertretung in den Diskussionen eine Deckelung der monatlichen Arbeitszeit in Sondersituationen auf maximal 200 Stunden erwähnt, die keinesfalls überschritten werden darf; allerdings fragt sich dann noch, ob dies noch mit dem Abrechnungsmodell der GEF vereinbar ist, wenn jemand *mehrere* Angehörige angestellt hat. Eine weitere Einschränkung ergibt sich aus den durch die Kostengutsprache beschränkten Mitteln, wovon für Verwandte in direkter Linie und Ehegatten / Lebenspartner höchstens 1/3 aufgewendet werden dürfen. Die Vertragsvorlage bestimmt, dass Überstunden nur bezahlt werden, soweit dies das Budget und die Kostengutsprache zulassen. Das heisst, es müssen noch zugesprochene Mittel verfügbar sein, die dafür verwendet werden können. Diese letzte Einschränkung ergibt sich aus dem Abrechnungssystem des Berner Modells. Aus arbeitsrechtlicher Sicht ist sie allerdings hoch problematisch, da die arbeitgebende Person bestimmt, wie viele Personen sie beschäftigt und sie damit bestimmen kann, ob Mittel zur Bezahlung der geleisteten Überstunden übrig bleiben. Diese Bestimmung wurde so nur im Angehörigen-Verhältnis vorgesehen.

Die Festlegung der Arbeitseinsätze erfolgt im Nahverhältnis durch gemeinsame Absprache. Sie ist an den Bedürfnissen des Menschen mit Behinderung ausgerichtet. Die gemeinsame Absprache ermöglicht es, dass die Einsätze als unechte Arbeit auf Abruf qualifizieren, da die Arbeitnehmerin sie mitbestimmt. Eine Entschädigung für Bereitschaftsdienst ist somit in der Regel nicht geschuldet.

Die Höhe des Lohns richtet sich nach den kantonalen Vorgaben. Die Ferien werden in der heutigen Praxis durch Lohn abgegolten; allerdings ist hier zu bemerken, dass dies in der Rechtsprechung zum Arbeitsrecht nur dort toleriert wird, wo sehr unregelmässig Teilzeit gearbeitet wird. In anderen Konstellationen besteht das Risiko, dass eine arbeitgebende Person von einem Gericht zu einer erneuten Zahlung der Ferien verurteilt wird. Dies kann übrigens auch geschehen, wenn der Ferien(- und Feiertags)anteil auf der Lohnabrechnung und im Arbeitsvertrag nicht gesondert ausgewiesen wird. Weiter ist Folgendes anzumerken: Gemäss den Vorgaben des Berner Modells wird bei allen Arbeitnehmenden, egal ob deren gesetzlicher Ferienanspruch vier Ferienwochen oder 5 Wochen beträgt, von demselben Lohn ausgegangen, was bei einem höheren Ferienanspruch einfach zu einem tieferen Nettolohn führt.

Aufgrund der verwandtschaftlichen bzw. partnerschaftlichen Beziehung der Vertragsparteien findet auf diesen Arbeitsvertrag der kantonale Normalarbeitsvertrag für den Hausdienst keine Anwendung. Allerdings besteht hier eine Grauzone: Das Berner Modell spricht von „Lebenspartnern und -partnerinnen“, der NAV Hausdienst des Kantons schliesst nur eingetragenen Partner, nicht aber Konkubinatspartner vom Geltungsbereich aus (Art. 1 Abs. 2 lit. b NAV Hausdienst). Es besteht im Konfliktfall zwischen einer arbeitgebenden Person und dem angestellten Konkubinatspartner also die Gefahr, dass dieser auf die Einhaltung des NAV Hausdienst pocht. Eine genauere Definition des Begriff oder eine Anpassung an die Begrifflichkeit des NAV Hauswirtschaft in den Dokumenten der GEF könnte hier Abhilfe schaffen. Der NAV Hauswirtschaft des Bundes findet auf diese Arbeitsverhältnisse keine Anwendung.

Am Rand sei erwähnt, dass der Kanton einen NAV für die 24-Stunden-Betreuung den interessierten Kreisen zur Vernehmlassung bis Ende April 2019 vorgelegt hat; je nach seiner Ausgestaltung wird auch dieser sich auf die vorliegenden Vertragsverhältnisse auswirken. Er schliesst unter anderem ebenfalls eingetragene Partner und Partnerinnen aus, nicht aber Konkubinatspartner und -partnerinnen. Also wäre auch im Hinblick auf diesen NAV eine Begriffsklärung sinnvoll.

Das Berner Modell übernimmt die Lohnfortzahlung bei Krankheit nur für drei Monate. Da die Lohnfortzahlungspflicht gemäss Berner Skala bei längeren Anstellungen darüber hinaus gehen kann, läuft die Arbeitgeberin / der Arbeitgeber hier Gefahr, die Lohnfortzahlung selbst bezahlen zu müssen.

Arbeitsvertrag Nicht-Angehörige

Der Beschrieb der Funktion verweist hier nicht auf die IndiBe-Abklärungsergebnisse. In den Sitzungen hat sich nämlich herauskristallisiert, dass die Menschen mit Behinderungen ihren Mitarbeitenden diese höchst persönlichen Angaben nicht

zugänglich machen wollen. Im Sinn der Selbstbestimmung leuchtet dies ohne Weiteres ein. Entsprechend müssen die Aufgaben im Vertragswerk fixiert werden.

In dieser Vertragsvariante lag die juristisch anspruchsvolle Aufgabe darin, Pensum und Lohn zu regeln. Hier prallten die entgegengesetzten Arbeitnehmenden- und Arbeitgebendeninteressen aufeinander. Im Gegensatz zum Vertrag für die Angehörigen werden sie nicht dadurch gemildert, dass die Mitarbeitenden primär aus nicht-finanziellen Gründen den Menschen mit Behinderung unterstützen. Das Juristenteam hat deshalb drei Varianten geschaffen.

In der Grundvariante wird ein Monatslohn bezahlt und damit auch dem Bedürfnis der Mitarbeitenden Rechnung getragen, über ein verlässliches Monatseinkommen zu verfügen. Bereits bei den Überstunden ergaben sich dann erste Probleme: Das aktuelle Berner Modell ging bei der Berechnung der Summe, die dem Menschen mit Behinderung zur Verfügung steht für die Mitarbeitenden, von dessen realem Bedarf an Hilfe aus. Das Arbeitsrecht kennt aber durchaus Situationen, in denen Mitarbeitende Anspruch auf Lohn haben, aber nicht dafür arbeiten müssen: z. B. Ferien, 13. Monatslohn, Kompensation von Überstunden. Betreffend Überstunden war klar, dass es in der Regel an Geld fehlt, diese auszubezahlen, weil sie im Berechnungsmodell nicht vorgesehen sind (vom gesetzlich eigentlich vorgesehenen Überstundenzuschlag von 25% ganz zu schweigen). Übrig blieb also einzig ein strenges Überstundenregime, das eine rasche Kompensation verlangt – mit dem Problem, dass dem Menschen mit Behinderung die Hilfe fehlt in der Zeit, in der die mitarbeitende Person kompensiert, also nicht arbeitet. Auch um die Arbeitgebenden vor grossen Überstundenforderungen am Ende eines Arbeitsverhältnisses zu schützen, hat das Juristenteam den Verfall der Überstunden am Jahresende in den Vertrag eingefügt – diese Lösung ist für die Mitarbeitenden aber nur tragbar, wenn ihnen während des Jahres auch wirklich Gelegenheit zur Kompensation geboten wird.

Dasselbe Problem ergibt sich, wenn der Mensch mit Behinderung für einige Zeit ins Spital muss oder länger in die Ferien möchte. Die mitarbeitende Person hat gemäss Arbeitsvertrag das Recht auf Beschäftigung. Der Mensch mit Behinderung gerät als Arbeitgebender in Annahmeverzug, schuldet also grundsätzlich den Lohn weiter. Allenfalls kann er die mitarbeitende Person nach seiner Rückkehr mehr beschäftigen und die Schwankung so ausgleichen. Dies geht aber nur, wenn nicht allzu viel Zeit aufzuholen ist und hängt auch davon ab, ob die mitarbeitende Person überhaupt so flexibel ist. Ein Verzicht der angestellten Person auf den Lohn z. B. während eines längeren Spitalbesuchs ist gemäss Art. 341 Abs. 1 OR unzulässig.

„Ein 13. Monatslohn wird nicht ausbezahlt. Ein Dienstaltersgeschenk oder eine Abgangsentschädigung werden nicht bezahlt“ ist ausdrücklich zu erwähnen, weil

im Bereich der Nicht-Angehörigen der kantonale NAV Hausdienst gilt, soweit der Einzelvertrag nichts anderes vorsieht. Und dieser würde den Mitarbeitenden all diese Leistungen zubilligen.

Der möglichen Zusatz zu Ziff. 3 trägt der Lebensrealität der Menschen mit Behinderung Rechnung, indem hier zusätzlich zur fixen Anstellung noch eine Teil „Echte Arbeit auf Abruf“ eingefügt wurde. Dabei geht es darum, dass eine mitarbeitende Person sich z. B. jeden Abend während dreier Stunden zur Verfügung halten muss, damit sie einem Menschen mit Behinderung ins Bett helfen kann. Gemäss Rechtsprechung ist ein solcher Bereitschaftsdienst, also die Pflicht des Wartens auf einen allfälligen Einsatz, den man zwingend zu leisten hat, zu entschädigen. Die Höhe der Entschädigung variiert unter anderem danach, wie schnell die Arbeitnehmerin am Arbeitsort erscheinen muss. In Lehre und Rechtsprechung ist die Rede von Abgeltungen um 25 - 50% des Grundlohnes (z. B. BGE 124 III 249 ff.). Auch diese Rechtsfigur ist dem auf die reale Hilfeleistung ausgerichteten Berner Modell eher fremd. Mit der Festlegung der Zeiten des Bereitschaftsdiensts im Arbeitsplan soll dessen Dauer für beide Seiten geklärt werden. Damit kann die arbeitnehmende Person ihr sonstiges Leben besser planen und der Mensch mit Behinderung weiss, für welchen Zeitraum er Bereitschaftsdienst zu bezahlen hat.

Die Alternative 1 zu Ziff. 3 regelt die „Echte Arbeit auf Abruf“. In dieser Version einer flexibilisierten Arbeitsbeziehung muss die arbeitnehmende Person den Einsatz zwingend leisten, zu dem sie aufgeboten wird. Je länger die Bereitschaftszeiten, umso weniger kann sie daneben eine andere Arbeit ausüben. Ein Arbeitgebendenverzug ist kaum mehr denkbar. Solche Arbeitsverhältnisse sind für Mitarbeitende prekär. Zumindest, und darum wurde diese Version hier auch erwähnt, ist der Bereitschaftsdienst zu entgelten.

Die Alternative 2 zu Ziff. 3 umschreibt „Unechte Arbeit auf Abruf“. Die angefragte Person ist frei, den Einsatz abzulehnen. Diese Konstellation ist unbedenklich, solange die angestellte Person sich nicht in einer faktischen Zwangslage befindet und jede Anfrage annehmen muss. Ansonsten ist ihre Position prekärer als bei der „Echten Arbeit auf Abruf“, bei der sie immerhin den Bereitschaftsdienst entschädigt bekäme.

Bern, 22.06.2019

Dr. Kathrin Kummer
Rechtsanwältin