



Normalarbeitsvertrag für 24-Stunden- Betreuung (NAV 24-Stunden-Betreuung)

Volkswirtschaftsdirektion

Inhaltsverzeichnis

1. Zusammenfassung	1
2. Ausgangslage	1
3. Rechtsvergleich	2
4. Erläuterungen zu den Artikeln.....	2
5. Finanzielle Auswirkungen	7
6. Personelle und organisatorische Auswirkungen.....	7
7. Auswirkungen auf die Gemeinden	7
8. Auswirkungen auf die Volkswirtschaft.....	7
9. Ergebnis der Konsultation.....	7

Vortrag der Volkswirtschaftsdirektion an den Regierungsrat zum Normalarbeitsvertrag für 24-Stunden-Betreuung (NAV 24-Stunden-Betreuung)

1. Zusammenfassung

Mit dieser Vorlage wird ein kantonaler Normalarbeitsvertrag (NAV) für die 24-Stunden-Betreuung erlassen. Er soll den arbeitsrechtlichen Schutz für nicht dem Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG)¹ unterstellte Arbeitnehmende verbessern. Er lehnt sich in weiten Teilen an den kantonalen Normalarbeitsvertrag vom 25. April 2007 für den Hausdienst (NAV Hausdienst)² an, in dessen Geltungsbereich bisher auch die 24-Stunden-Betreuung fiel. Darüber hinaus wird den Besonderheiten dieses Arbeitsverhältnisses mit spezifischen Bestimmungen Rechnung getragen, insbesondere betreffend die Definition der Arbeitszeit, die Entschädigung der Präsenzzeit und weitere Ansprüche der Arbeitnehmenden wie den zu gewährenden Zugang zum Internet.

2. Ausgangslage

Im Bereich der 24-Stunden-Betreuung (auch „Live-in-Betreuung“ genannt) ist ein neues Beschäftigungsmodell entstanden, bei dem teilweise problematische Arbeitsverhältnisse bestehen: Die involvierten Betreuungspersonen haben Arbeitszeiten, die länger sind als die gemäss Arbeitsgesetzgebung zulässigen Höchstzeiten, und arbeiten in der Nacht und an Sonntagen. Zu diesen aus Sicht des Arbeitnehmerschutzes problematischen Arbeitsbedingungen führt eine Ausnahme im Arbeitsgesetz für Arbeitnehmende, die im Privathaushalt der Arbeitgeberin oder des Arbeitgebers arbeiten (vgl. Art. 2 Abs. 1 Bst. g ArG). Es besteht daher Regelungsbedarf.

Ausgelöst durch eine Interpellation auf Bundesebene untersuchte der Bund, wie der Schutz dieser Arbeitnehmenden, die in Privathaushalten die 24-Stunden-Betreuung von kranken und/oder älteren Personen leisten, verbessert werden kann. Nach Evaluation verschiedener Varianten entschied sich der Bund für einen NAV gemäss Art. 359 des Obligationenrechts (OR)³. Die Zuständigkeit für den Erlass eines solchen NAV liegt bei den Kantonen. Im Sinne von Harmonisierungsbestrebungen erarbeitete der Bund mit den Kantonen und den Sozialpartnern einen Modell-NAV. Ein zentraler Punkt des Modell-NAV und entsprechend des vorliegenden NAV ist die Entschädigung der Präsenzzeit (d.h. die Zeit, in der die Arbeitnehmenden auf Abruf bereit stehen), die im Rahmen der Erarbeitung des Modell-NAV kontrovers diskutiert wurde.

Mit dem vorliegenden Erlass sollen die Regelungen des Modell-NAV im Kanton Bern umgesetzt werden. Zwar sind die Kantone nicht dazu verpflichtet. Auch stellt ein solcher NAV dispositives Recht dar, denn die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber können dessen Bestimmungen (in schriftlicher Form) ausschliessen. Zudem wirkt der NAV nur zivilrechtlich. Bei Verletzungen des NAV können beispielsweise die Arbeitsinspektorate nicht aktiv werden. Dennoch erscheint der Erlass eines NAV für den Kanton Bern mit Blick auf das Ziel, die Arbeitsbedingungen von Betreuungspersonen zu verbessern, sinnvoll. Damit der NAV auch zur Anwendung kommt bzw. die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber die Bestimmungen nicht systematisch mittels Arbeitsvertrag ausschliessen, müssen diese massvoll ausgestaltet werden.

Verschiedene Bestimmungen des NAV 24-Stunden-Betreuung entsprechen denjenigen des kantonalen NAV Hausdienst. Die auf den ersten Blick einfachere Lösung, den bestehenden NAV mit den neuen Bestimmungen zu ergänzen, würde dessen Lesbarkeit verschlechtern

¹ SR 822.11

² BSG 222.153.22

³ SR 220

und wäre damit nachteilig für die Rechtssicherheit. Für rechtsuchende Bürgerinnen und Bürger wäre es schwierig herauszufinden, welche Bestimmungen für Hausdienst-Arbeitsverhältnisse gelten und welche nur für Arbeitsverhältnisse in der 24-Stunden-Betreuung. Im Hinblick auf eine möglichst benutzerfreundliche Darstellung wird die 24-Stunden-Betreuung daher in einem separaten NAV geregelt, wobei viele Bestimmungen vom NAV Hausdienst übernommen werden.

3. Rechtsvergleich

Nachdem der Bund im Sommer 2018 den Modell-NAV veröffentlicht hat, sind die Kantone gehalten, die Übernahme dieser Regeln in ihre kantonalen Normalarbeitsverträge zu prüfen. Es ist daher davon auszugehen, dass die meisten Kantone – wie auch Bern – das vom Bund vorgeschlagene Modell zumindest in den Grundzügen übernehmen werden, zumal dieses in Zusammenarbeit mit den Sozialpartnern und den Kantonen entwickelt worden ist.

4. Erläuterungen zu den Artikeln

Artikel 1

Der vorliegende NAV gilt für hauswirtschaftliche Tätigkeiten in einem Privathaushalt, welche in der besonderen Form einer 24-Stunden-Betreuung erfolgen. Typisch für diese Art von Betreuung ist die Unterscheidung der Betreuungszeit in aktive Arbeitszeit und Präsenzzeit.

Artikel 2

Für ärztliche Leistungen und Krankenpflege gelten spezielle Bedingungen. Es braucht dazu ausgebildetes Fachpersonal, eine spezifische Bewilligung und es gelten andere Lohnvorgaben. Zudem ist unter Umständen die Abrechnung über die Krankenkassen möglich. Deshalb sind diese Tätigkeiten explizit ausgenommen. Es versteht sich von selbst, dass die Nicht-Unterstellung unter den vorliegenden NAV keine Befreiung von anderen Regeln, insbesondere gesundheitspolizeilichen, bedeutet; diese sind in jedem Fall zu beachten.

Die Belastungen einer solchen Anstellung sind sodann auch mit dem Jugendarbeitsschutz nicht vereinbar; als jugendlich gelten Arbeitnehmende bis zum vollendeten 18. Lebensjahr (Art. 29 Abs. 1 ArG). Auch diese werden daher vom NAV 24-Stunden-Betreuung ausgenommen.

Artikel 3

Es ist denkbar, dass Arbeitnehmende bereits einem Gesamtarbeitsvertrag (GAV) unterstellt sind. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn sie von einer anderen Arbeitgeberin oder einem anderen Arbeitgeber an die zu betreuende Person verliehen werden (GAV Personalverleih). In diesem Fall sowie bei einer öffentlich-rechtlichen Anstellung wird davon ausgegangen, dass die zentralen Anliegen der Arbeitnehmenden im erforderlichen Mass berücksichtigt werden. Falls gewisse Punkte, wie beispielsweise der Anspruch auf Internetzugang (vgl. Art. 21), im GAV nicht geregelt sind, kommt die entsprechende Regelung des NAV 24-Stunden-Betreuung zur Füllung der Lücke zur Anwendung.

Artikel 4

Der vorliegende NAV ist dispositiver Natur. Sofern die Vertragsparteien einen Einzelarbeitsvertrag abschliessen, können sie daher von den vorliegenden Bestimmungen abweichende Regelungen treffen. Aus diesem Grund ist es wichtig, die Bestimmungen massvoll auszugestalten. Denn andernfalls werden sie mit einem Arbeitsvertrag ausgeschlossen, was dem eigentlich verfolgten Ziel eines besseren Schutzes für die Arbeitnehmenden zuwiderliefe.

Artikel 5

Zwar werden mit dem vorliegenden NAV die zentralen Punkte einer 24-Stunden-Betreuung geregelt. Ergänzend kommen jedoch auch die allgemeingültigen (arbeitsrechtlichen) Bestimmungen des OR und – sofern ein Personalverleih-Verhältnis vorliegt – des Bundesgesetzes

vom 6. Oktober 1989 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsgesetz, AVG)⁴ zur Anwendung.

Artikel 6

Oft dürfte den Arbeitnehmenden die Existenz des vorliegenden NAV 24-Stunden-Betreuung und damit auch die darin vorgeschlagenen Bestimmungen nicht bekannt sein. Mit dieser Vorschrift soll sichergestellt werden, dass sie darüber in Kenntnis gesetzt werden.

Artikel 7

Es ist denkbar, dass Arbeitnehmende zwei mögliche Ansprechpartner haben, nämlich einerseits den (formellen) Arbeitgebenden (z.B. Personalverleih/Spitex oder auch Angehörige) und andererseits den privaten Haushalt, in dem die effektive Arbeitsleistung erbracht wird. Damit keine Unklarheiten bezüglich der Zuständigkeit der privatrechtlich gebotenen Arbeitssicherheit seitens der Arbeitgebenden (vgl. Artikel 328 OR zur Fürsorgepflicht) bestehen, ist klarzustellen, dass die verschiedenen Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber solidarisch für die Einhaltung der Arbeitsbedingungen haften und die Verantwortung nicht dem jeweils anderen zuschieben können. Diese Bestimmung entspricht der rechtlichen Praxis des Personalverleihs, bei dem ein solidarisches Einstehen des formellen Arbeitgebenden und des Einsatzbetriebs die Regel darstellt.

Artikel 8 bis 10

Bei der Berechnung der Vertragsdauer gilt Folgendes: Falls mehrere Arbeitsleistungen in einem Zeitfenster von weniger als einem Jahr für die gleiche Arbeitgeberin oder den gleichen Arbeitgeber geleistet werden, gilt dies als ein einziges Arbeitsverhältnis.

Gemäss der allgemeinen Regelung in Artikel 338a Absatz 2 OR würde ein Arbeitsverhältnis, das wesentlich mit Rücksicht auf die Person des Arbeitgebenden eingegangen wurde, mit dessen Tod erlöschen und es könnte einzig Schadenersatz geltend gemacht werden. Da an das Arbeitsverhältnis das Wohnrecht im Haushalt und allenfalls auch das Aufenthaltsrecht in der Schweiz gekoppelt sind, rechtfertigt sich die vorgeschlagene, für kurzfristige Arbeitsverhältnisse vergleichsweise lange Kündigungsfrist.

Zugleich wird klargestellt, dass der Mietvertrag gleichzeitig mit dem Arbeitsverhältnis erlischt.

Artikel 11

Es wird von einer 5½-Tage-Woche à 8 Stunden pro Tag ausgegangen. Die Umstände der Anstellung verunmöglichen es, einer weiteren Beschäftigung nachzugehen. Daher soll auch bei kleinen Anstellungspensen eine Minimalanstellung von 7 bezahlten Arbeitsstunden pro gearbeiteten Tag gewährleistet sein. Alternativ kann der Arbeitsvertrag vorsehen, dass die Betreuungszeit aus $\frac{1}{3}$ Arbeitszeit und $\frac{2}{3}$ Präsenzzeit zusammengesetzt ist (bei z.B. 12 Stunden Betreuungszeit kann die Präsenzzeit über Nacht maximal 8 Stunden betragen und 4 Stunden gelten als aktive Arbeitszeit). Zudem ist klarzustellen, dass eine Anstellung nur im Rahmen der Präsenzzeit – mit entsprechend tieferem Lohn – nicht zulässig ist.

Artikel 12

Die Präsenzzeit ist ein typisches Merkmal der 24-Stunden-Betreuung. Sie ist insbesondere von den Pausenzeiten gemäss Artikel 13 abzugrenzen, da für beide Seiten Klarheit darüber bestehen muss, wann die angestellte Person jederzeit verfügbar sein muss und sich nicht frei ausser Haus bewegen kann (vgl. auch die Ausführungen zu Art. 14 und 17).

Da die Präsenzzeit mit einem viel tieferen Ansatz entlohnt wird, ist regelmässig zu überprüfen, ob sich die tatsächliche Arbeitszeit im Rahmen der Vorgaben von Artikel 10 (44 Stunden) bewegt. Andernfalls muss eine andere Lösung gesucht werden.

Artikel 13

Der definierte Nachtzeitraum entspricht Artikel 10 ArG.

⁴ SR 823.11

Artikel 14

Es ist klarzustellen, dass die angestellte Person sich während der Pause weder im Haus zur Verfügung halten noch telefonisch erreichbar sein muss (vgl. auch die Ausführungen zu Art. 12 und 17).

Artikel 15 und 16

Überstunden müssen von der Arbeitgeberin oder dem Arbeitgeber ausdrücklich angeordnet werden. Sie sind entsprechend zu kompensieren bzw. mit einem Lohnzuschlag abzugelten (vgl. dazu auch Art. 26). Damit eine Kontrolle der geleisteten Überstunden sowie insgesamt über die geleistete Arbeit besteht, sind diese durch die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber schriftlich aufzuzeichnen, und die Arbeitnehmenden können jederzeit in die Aufzeichnungen Einsicht nehmen.

Artikel 17

Wie auch bei den Pausen (vgl. die Ausführungen zu Art. 12 und 14) ist hier noch einmal klarzustellen, dass während der freien Tage keine Betreuung durch die Arbeitnehmenden besteht. Sofern eine lückenlose Überwachung der zu betreuenden Person erforderlich ist oder eine Betreuungsperson zumindest auf Abruf jederzeit verfügbar sein muss, ist eine andere Lösung anzustreben. Dies kann beispielsweise dadurch geschehen, dass eine andere Person während dieser Zeit in (telefonischer) Rufbereitschaft ist oder dass gewisse Zeiten durch die Spi-tex oder Familienangehörige abgedeckt werden.

Artikel 18

Bis zum 20. Altersjahr haben die Arbeitnehmenden Anspruch auf fünf Wochen bezahlte Ferien, danach auf vier (vgl. Art. 329a OR). Über den gesetzlichen Mindestanspruch des OR hinausgehend wird geregelt, dass die Arbeitnehmenden ab dem 50. Altersjahr auch Anspruch auf fünf Wochen bezahlte Ferien haben. Im NAV Hausdienst findet sich die gleiche Regelung.

Artikel 19

Die Bestimmung entspricht derjenigen im NAV Hausdienst.

Artikel 20 bis 22

Ein typisches Merkmal der 24-Stunden-Betreuung ist die Tatsache, dass die Arbeitnehmenden in der Regel im privaten Haushalt der zu betreuenden Person leben. Daher ist das Zusammenleben zu regeln, dies insbesondere auch während der arbeitsfreien Tage.

Bezüglich der Unterkunft handelt es sich um die allgemein anerkannten Ansprüche mit einer Ergänzung: Es hat sich gezeigt, dass der Internetzugang insbesondere für Pendelmigrantinnen von besonderer Wichtigkeit ist. Es gehört zum Schutz der Persönlichkeit, dass der Kontakt mit der eigenen Familie gepflegt werden kann.

Bei der Verpflegung ist insbesondere auch klarzustellen, dass der darauf entfallende Abzug für Naturallohn entfällt, wenn diese nicht bezogen wird (vgl. auch die Ausführungen zu Art. 31). Im Übrigen versteht es sich von selbst, dass sich die Parteien über die genauen Modalitäten der Planung der Verpflegung und der gegenseitigen Information absprechen müssen.

Artikel 23

Der Mindestlohn ist bereits in der Verordnung des Bundesrates vom 20. Oktober 2010 über den Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Hauswirtschaft (NAV Hauswirtschaft)⁵ zwingend vorgegeben. Die Nichteinhaltung des Mindestlohns, der gestützt auf Artikel 360a OR in diesem eidgenössischen NAV Hauswirtschaft definiert wurde, kann gemäss Artikel 9 des Bundesgesetzes vom 8. Oktober 1999 über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle

⁵ SR 221.215.329.4

der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (Entsendegesetz, EntsG)⁶ sanktioniert werden.

Artikel 24

Die Entschädigung der Präsenzzeit ist ein zentrales Element des NAV. Gemäss dem Vorschlag des Bundesrats soll eine gemäss Betreuungsintensität abgestufte Entlohnung der Präsenzzeit vorgesehen werden. Auch in der Rechtsprechung wurde festgehalten, dass für die Bemessung der Vergütung der Präsenzzeiten die Intensität der Einschränkungen des Arbeitnehmenden berücksichtigt werden muss.

Die Bemessung der Intensität der Betreuung hängt gemäss der vorliegenden Bestimmung davon ab, wie oft die Arbeitnehmenden in der Nacht aufstehen müssen, weil gerade das besonders anstrengend ist. Massgebend sind die durchschnittlichen Nachteinsätze des konkreten Monats (bzw. der kürzeren Lohnperiode). Die Anzahl der Einsätze ist durch die Anzahl der Nächte mit effektiv geleisteter Präsenzzeit zu dividieren (d.h. in der Regel 6 Nächte pro Woche bei Berücksichtigung des freien Tages gemäss Art. 17 Abs. 1).

Was die Höhe der Entlohnung der Präsenzzeit anbelangt, zeigte sich bereits bei der Erarbeitung des Modell-NAV des Bundes, dass dieser Punkt stark umstritten ist. Es ist das erklärte Ziel des Regierungsrates, dass möglichst viele Arbeitsverhältnisse in der 24-Stundenbetreuung durch den vorliegenden NAV geregelt werden und so die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmenden verbessert werden. Aus diesem Grund enthält der NAV massvoll ausgestaltete Ansätze zur Entschädigung der Präsenzzeit. Denn sind sie zu hoch, so werden die Arbeitgebenden den NAV nicht anwenden und die regierungsrätliche Zielsetzung würde verfehlt. Mit der vorgeschlagenen Lösung entspricht eine Stunde Präsenzzeit je nach Intensität zwischen 6 und 12 Minuten aktiver Arbeitszeit. Diese auf den ersten Blick tiefe Entschädigung erscheint insofern gerechtfertigt, als ein tatsächlicher Einsatz während der Präsenzzeit zu den Ansätzen der aktiven Arbeitszeit, zuzüglich allfälliger Zuschläge, vergütet werden muss.

Die Betreuung durch eine Person alleine ist nicht zumutbar, wenn sie über längere Zeit jede Nacht mehrmals aufstehen muss. Diesfalls muss die Organisation der Betreuung angepasst werden (vgl. Art. 12 Abs. 3).

Artikel 25

Diese Regelung entspricht dem Nachtzuschlag des ArG für vorübergehende Nachtarbeit (vgl. Art. 17b Abs. 1 ArG).

Artikel 26

Zwar ist der Grundsatz der Entschädigung von Überstunden bereits in Artikel 15 Absatz 2 geregelt. Während es aber dort um die verschiedenen Möglichkeiten der Kompensation von Überstunden geht, wovon der Lohnzuschlag nur eine Möglichkeit ist, ist im Kapitel betreffend Lohn die konkrete Berechnung dieses Zuschlags zu bestimmen.

Artikel 27

Bei der Anstellung zur 24-Stunden-Betreuung handelt es sich oft um Pendelmigrantinnen, die für eine beschränkte Zeit in die Schweiz kommen, während dieser Zeit durcharbeiten und die ihnen zustehenden Ferien erst am Ende für die Reise in die Heimat beziehen. Bei ihrer Anstellung im Stundenlohn ist daher zu regeln, wie der Ferienanspruch zu entgelten ist. Auch die Lohnabrechnung muss diesen Ferienlohn gesondert aufführen.

Artikel 28 und 29

Die Dauer der Lohnfortzahlungspflicht bei Arbeitsverhinderung ist gleich lang wie beim NAV Hausdienst und hält sich in etwa an die sogenannte Berner Skala (Praxis der bernischen Gerichte zur Lohnfortzahlung). Gleiches gilt auch für den Lohn bei Schwangerschaft und Mutterschaft. Aufgrund der vorliegend oft nur befristet und für eine relativ kurze Zeit abgeschlosse-

⁶ SR 823.20

nen Arbeitsverhältnisse dürfte letztere Lohnfortzahlung aber in der Praxis eher selten zur Anwendung kommen.

Artikel 30 und 31

Auch diese Bestimmungen betreffend Zulagen und Abzüge entsprechen denjenigen des NAV Hausdienst. Gemäss Artikel 11 der eidgenössischen Verordnung vom 31. Oktober 1947 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV)⁷ sind für Verpflegung und Unterkunft pro Tag aktuell 33 Franken (unterteilt in die einzelnen Mahlzeiten und Unterkunft) in Abzug zu bringen. Sofern beispielsweise ein Nachtessen auswärts eingenommen wird, ist der Abzug für den Naturallohn gemäss den aktuellen Ansätzen um 8 Franken zu reduzieren (vgl. dazu auch die Ausführungen zu Art. 20 bis 22).

Artikel 32

Aufgrund der Bestimmung des konkreten Lohns für die Präsenzzeit anhand der durchschnittlich im Monat oder in der kürzeren entsprechenden Lohnperiode erfolgten nächtlichen Einsätze kann der Lohn abschliessend erst am Ende des Monats bzw. der massgebenden Periode berechnet werden. Gleichzeitig muss dies zum Schutz der Arbeitnehmenden so bald wie möglich geschehen. Es kann von den Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern erwartet werden, dass sie diese Abrechnung sowie die Auszahlung des Lohns innert weniger Tage vornehmen. In Ergänzung zur Dokumentationspflicht gemäss Artikel 16 wird auch bei der Lohnabrechnung eine transparente Auflistung der relevanten Angaben verlangt.

Artikel 33

Die erstmalige Anreise ist von den Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern zu bezahlen, da sie notwendig ist. Gleiches gilt für die Rückreise am Ende des Arbeitsverhältnisses. Mit dieser Regelung wird zugleich aber auch klargestellt, dass allfällige Heimreisen während der freien Tage und Ferien von den Arbeitnehmenden selbst zu tragen sind, da diese auf freiwilliger Basis erfolgen.

Artikel 34

Die Arbeitnehmenden sind grundsätzlich den Schweizer Sozialversicherungen unterstellt und beitragspflichtig. Die entsprechenden Beiträge für AHV/IV/EO/ALV sowie Pensionskasse und Unfallversicherung sind von den Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern zu entrichten. Demgegenüber haben die Arbeitnehmenden die Prämien der Krankenversicherung selber zu bezahlen, was ebenfalls dem Normalfall entspricht. Da die Mehrheit der Arbeitnehmenden das schweizerische System der obligatorischen Krankenpflegeversicherung nicht kennen, rechtfertigt es sich, dass die Arbeitgeberin oder der Arbeitgeber prüfen muss, ob sich die oder der Arbeitnehmende korrekt anmeldet hat. Auf den verpflichtenden Abschluss einer Krankentaggeldversicherung wird hingegen verzichtet. Bei Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern mit wenigen Angestellten nehmen die Versicherer diese, im Gegensatz zu grösseren Arbeitgebern, nur nach individueller Gesundheitsprüfung in eine Krankentaggeldversicherung auf. Dies kann dazu führen, dass Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber keinen Versicherer finden, bei dem sie ihre Angestellten versichern können.

Artikel 35 bis 38

Allgemein ist bei den Arbeitseinsätzen auf die Gesundheit der Arbeitnehmenden Rücksicht zu nehmen. Die Bestimmungen des ArG zum Schutz für schwangere Frauen, stillende Mütter und für Arbeitnehmende mit Familienpflichten sowie die Arbeitssicherheit und die Arbeitshygiene sind ausdrücklich erwähnt. Dadurch sind diese Bestimmungen auch auf die privaten Haushaltungen anwendbar, die vom Geltungsbereich des ArG ausgenommen sind (vgl. Art. 2 Abs.1 Bst. g ArG). Zugleich sind damit die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber darüber informiert, dass solche Schutzbestimmungen für bestimmte Personengruppen bestehen.

⁷ SR 831.101

Artikel 39

Beim Inkrafttreten dieses NAV bereits bestehende schriftliche Arbeitsverträge behalten bis Ende 2020 ihre Gültigkeit. Sofern auch danach vom vorliegenden NAV abweichende Regelungen gelten sollen, haben die Parteien einen neuen Arbeitsvertrag abzuschliessen. Damit kann sichergestellt werden, dass mit der Vertragsunterzeichnung nicht nur die Bestimmungen des bisher anwendbaren NAV Hausdienst, sondern auch die spezifischeren des NAV 24-Stunden-Betreuung bewusst ausgeschlossen werden.

Artikel 40

Bisher fielen auch Personen, die für die 24-Stunden-Betreuung angestellt waren, unter die Bestimmungen des NAV Hausdienst. Aufgrund des vorliegenden neuen, spezifischen NAV 24-Stunden-Betreuung gilt für sie nun ausschliesslich dieser NAV. Daher ist im NAV Hausdienst klarzustellen, dass er für die 24-Stunden-Betreuung nicht zur Anwendung kommt.

5. Finanzielle Auswirkungen

Die Vorlage hat keine finanziellen Auswirkungen. Da der NAV 24-Stunden-Betreuung bei ärztlichen Leistungen und Krankenpflege nicht Anwendung findet, führt die Einführung auch zu keiner Mehrbelastung der Sozialversicherungssysteme.

6. Personelle und organisatorische Auswirkungen

Die Änderung hat keine personellen oder organisatorischen Auswirkungen.

7. Auswirkungen auf die Gemeinden

Die Vorlage hat keine absehbaren Auswirkungen auf die Gemeinden.

8. Auswirkungen auf die Volkswirtschaft

Die Vorlage hat insofern Auswirkungen auf die Volkswirtschaft, als die neu eingeführte Entschädigung der Präsenzzeit tendenziell zu höheren Lohnkosten bei den Privathaushalten führen dürfte. Jedoch sinken die arbeitsspezifischen Gesundheitsrisiken, was zu volkswirtschaftlich tieferen Kosten führt.

9. Ergebnis der Konsultation

9.1 Allgemeines zur Vorlage

Insgesamt gingen im Rahmen des Konsultationsverfahrens zwölf Eingaben ein: SP Kanton Bern, FDP.Die Liberalen Kanton Bern, Grüne Kanton Bern, BDP Kanton Bern, VPOD Kanton Bern, Unia Einheit Bern/Oberaargau-Emmental, Swisstaffing, Kantonalverband Bernischer Arbeitgeberorganisationen, Gewerkschaftsbund des Kantons Bern (GKB), Berner KMU, Verband Bernischer Gemeinden, Kantonale Kommission für Gleichstellungsfragen. Mit Blick auf die gegebenen (bundesrechtlichen) Voraussetzungen geht aus keiner der Stellungnahmen eine grundsätzliche Ablehnung der Vorlage hervor. Soweit sich die Konsultationsadressaten inhaltlich geäußert haben, gehen die Meinungen zur Frage, ob die Vorschriften dem Schutz der Arbeitnehmenden genügend Rechnung tragen, weit auseinander.

Die FDP.Die Liberalen Kanton Bern verzichtete auf eine inhaltliche Stellungnahme. Keine Bemerkungen zur Vorlage hatten der Verband Bernischer Gemeinden sowie der Kantonalverband Bernischer Arbeitgeberorganisationen.

Die SP, die Grünen, der VPOD, die Unia, der GKB sowie Swisstaffing hätten grundsätzlich eine Regelung auf Bundesebene bzw. eine Unterstellung der Arbeitnehmenden unter das Arbeitsgesetz begrüsst. Bedauert wird auch, dass der Bundesrat darauf verzichtet hat, einen nationalen NAV zu erlassen, und stattdessen die Form des nicht verbindlichen kantonalen NAV gewählt hat. Unter den gegebenen Voraussetzungen wird aber der Erlass eines kantonalen NAV grundsätzlich begrüsst.

Swissstaffing sieht insofern einen Nachteil in der vorliegenden Lösung, als damit kantonal verschiedene Lösungen existieren und auch keine Gleichbehandlung mit den Arbeitnehmenden von Verleihbetrieben existiert, da der NAV für diese explizit nicht gilt. Gleichwohl wird dieser Ausschluss von der Geltung begrüsst.

Die BDP und der Berner KMU unterstützen die Vorlage grundsätzlich. Der Berner KMU hält es für richtig, dass die Regelung nicht in einem Bundesgesetz oder einem landesweiten NAV geregelt wird. Er ist jedoch der Ansicht, dass die Bestimmungen sehr detailliert sind, und empfiehlt, den NAV zu straffen. Auch die BDP befürchtet, dass diese detaillierten Bestimmungen hohe finanzielle Mehrkosten nach sich ziehen, wodurch sich nur wenige eine solche Betreuung leisten können. Sie spricht sich daher für nicht zu hohe Anforderungen an Infrastruktur aus.

In Bezug auf den Vollzug sprechen sich die Grünen dafür aus, dass der Kanton angemessene Verfahren zur Verfügung stellt, um die Einhaltung des NAV zu kontrollieren, und auch eine Anlaufstelle für die Betroffenen einrichtet. Auch die Unia fordert vom Kanton eine entsprechende Instanz und angemessene Verfahren. Zudem verlangt sie, dass die Erteilung der Bewilligung für Arbeitsvermittlung und Personalverleih mit der verbindlichen Durchsetzung des NAV verknüpft werden soll. Auch die Kantonale Kommission für Gleichstellungsfragen würde dies sowie eine periodische Kontrolle der Arbeitsverhältnisse begrüssen, z.B. mittels einer aussergerichtlichen Anlauf- und Vermittlungsstelle.

Die BDP weist zudem auf die Problematik der pflegenden Angehörigen hin, die ebenfalls eine politisch zu lösende Problematik darstellen, auch wenn dies nicht im vorliegenden NAV geschehen kann. Ausserdem macht sie darauf aufmerksam, dass ein Hinweis darauf fehlt, wie mit der Betreuung von IV-Bezüglern umgegangen werden soll, welche einen Assistenzbeitrag gemäss Invalidengesetzgebung erhalten, der jedoch die vorgeschlagenen Tarife nicht zu decken vermag. Sie wirft schliesslich die Frage auf, ob Pendelmigrantinnen nicht unter das Entsendegesetz gestellt werden könnten.

Schliesslich halten die SP, die Grünen, der VPOD und die Kantonale Kommission für Gleichstellungsfragen den Namen des Erlasses für irreführend bzw. stossend, da eine 24-Stunden-Betreuung durch eine einzige Person nicht wahrgenommen werden könne. Sie schlagen stattdessen den Begriff „liv-In“ bzw. „liv-In-Betreuung“ oder „Inhouse-Betreuung“ vor.

9.2 Allgemeine Bestimmungen

Die SP, die Grünen und der VPOD verlangen eine klarere Definition der ausgeschlossenen medizinischen Leistungen. Diesen Anträgen wird mit einer Anpassung von Artikel 2 entsprochen. Weiter weisen die SP und der VPOD darauf hin, dass bei den betrieblichen Ausnahmen die den öffentlich-rechtlichen Organisationen gleichgestellten Organisationen genauer zu umschreiben sind bzw. diese nur ausgeschlossen sind, wenn sie dem Arbeitsgesetz unterstehen. Die Grünen verlangen andererseits einen klaren Ausschluss für Arbeitnehmende, die dem Arbeitsgesetz unterstellt sind.

Was die ergänzende Anwendung des NAV anbelangt, verlangt der VPOD eine Ausweitung auf privatrechtliche Verträge, während Swissstaffing die Meinung vertritt, dass der NAV nicht einmal ergänzend zur Anwendung kommt bei Betrieben, die dem GAV Personalverleih unterstehen.

Was die Frage der Möglichkeit von schriftlichen Abweichungen vom NAV anbelangt, wird diese Regelung vom Berner KMU ausdrücklich begrüsst. Der VPOD Bern verlangt demgegenüber eine geänderte Formulierung und die Unia eine Verstärkung der Vorschrift. Die Grünen verlangen gar, dass schriftliche Abreden nicht zuungunsten der Mitarbeitenden getroffen werden können.

Die SP verlangt schliesslich die Aushändigung des NAV in der Muttersprache der Arbeitnehmenden.

9.3 Probezeit und Kündigung

Swisstaffing verweist auf die kürzeren Kündigungsfristen gemäss Arbeitsvermittlungsgesetz und GAV Personalverleih sowie die abweichenden Regelungen für die Probezeit und wünscht eine Harmonisierung. Ebenso verweist er auf die im OR für solche Arbeitsverhältnisse vorgesehene Erlöschung des Arbeitsverhältnisses bei Tod des Arbeitgebers sowie den Widerspruch der Regelung zum Arbeitsvermittlungsgesetz. Der Kündigungsschutz zu Unzeiten in der Probezeit wird fallen gelassen, da er im Widerspruch zum OR und den bisherigen Regelungen in den anderen NAV des Kanton steht.

Der VPOD verlangt, dass die Kündigung nicht nur grundsätzlich, sondern stets schriftlich erfolgen soll. Er begrüsst sodann, dass auch bei befristeten Anstellungen eine Probezeit besteht. Er sowie die Unia verlangen zudem eine Präzisierung bei der Kündigung während der Probezeit, indem explizit auf die Bestimmungen des OR hingewiesen wird. Zwecks Klarstellung wird dies im Artikel 8 Absatz 3 Buchstabe b aufgenommen.

9.4 Arbeitszeit, Pausen und Überstunden

Die SP, die Grünen, der VPOD, die Unia und der GKB verlangen, dass die Höchstarbeitszeit von 50 Stunden entsprechend dem ArG im NAV aufgeführt wird.

Gemäss der SP und der VPOD läuft eine Teilzeitanstellung von nur 7 Stunden pro Tag dem Ziel des NAV zuwider, weshalb die Bestimmung zu streichen ist. Die Klarstellung, dass keine Anstellung nur für Präsenzzeit zulässig ist, ist hingegen beizubehalten. Die Grünen und die Unia wollen auch eine Mindestarbeitszeit von 8 Stunden nur für Einsätze von weniger als einer Woche akzeptieren. Gemäss der Unia ist zudem der Begriff „aktive Arbeitszeit“ störend, da Arbeitszeit immer Arbeitszeit ist.

Swisstaffing will zwecks Gleichstellung mit dem GAV Personalverleih eine wöchentliche Normalarbeitszeit von 42 statt 44 Stunden. Zudem verweist er auf ein Kundenbedürfnis, wonach die Arbeitszeit nicht in jedem Fall 7 Stunden pro Tag betragen muss. Er beantragt daher, dass statt 7 Stunden pro Tag 35 Stunden verteilt auf 6 Tage gearbeitet werden kann. Schliesslich soll auch das gemeinsame Essen nicht automatisch aktive Arbeitszeit sein; in der Praxis entspreche es vielmehr der Regel, freiwillig gemeinsam zu Essen. Arbeitszeit soll es nur sein, wenn dies explizit vertraglich vereinbart wird.

Die SP und der VPOD begrüssen, dass die Rufbereitschaft auch als Präsenzzeit gilt und dass die Situation regelmässig überprüft werden muss. Sie verlangen jedoch klare Kriterien. Gemäss den Grünen und der Unia kann sich bei intensiven Betreuungssituationen eine Person allein nicht um die Betreuung kümmern. Es müssen daher Massnahmen ergriffen werden (z.B. durch Hausarzt), wozu es klare Kriterien braucht.

Die SP und der VPOD verlangen eine zusammenhängende Ruhezeit von 9 Stunden. Die Unia verlangt 11 aufeinanderfolgende Stunden und verweist darauf, dass die Zeit der Nachtruhe [gemeint ist wohl die nächtliche Präsenzzeit] nicht als Ruhezeit verstanden werden kann.

Bezüglich der Pausen verlangen die SP und der VPOD eine zusammenhängende Pause von mindestens zwei Stunden, gemäss Unia sollen Pausen nicht geteilt oder akkumuliert werden dürfen. Ebenso verlangt die Unia, dass die Pausen nicht geteilt werden.

Bei den Überstunden will der VPOD streichen, dass diese auf Anordnung des Arbeitgebers zu leisten sind. Swisstaffing will mit Verweis auf den GAV Personalverleih eine Kompensation oder eine zuschlagsfreie Entlohnung bis zu 45 Stunden.

Der Berner KMU empfiehlt, die Dokumentationspflicht aus Praktikabilitätsgründen zu vereinfachen, da die administrative Belastung nicht zu unterschätzen ist.

9.5 Wöchentliche Freizeit, Ferien und Urlaub

SP und der VPOD wollen die zeitliche Lage des Halbtags definiert haben und zudem, wie auch der GKB, eine Ergänzung, dass für den Besuch von religiösen Feiern nach Möglichkeit frei zu geben ist, da dies auch soziale Kontakte ermöglicht.

Die Unia beantragt, dass die Freizeit nicht geteilt werden darf. Diesem Antrag wird entsprochen und Artikel 17 entsprechend angepasst.

Swisstaffing möchte auch ein Alternativmodell (14-Tage-Modell) im NAV erwähnt haben, welches vom SECO genehmigt wurde. Dies erlaubt den Arbeitnehmenden nach 14 Tagen Arbeit 14 Tage Freizeit.

Die Unia will im Zusammenhang mit Ferien auch erwähnt haben, dass Feiertage den Sonntagen gleichgestellt sind und die Arbeitszeit mit einem Lohnzuschlag von 50% vergütet wird.

Bezüglich des Urlaubs beantragen die SP und die Unia bei der Geburt eines eigenen Kindes mehr Urlaub für den Vater. Die Unia verlangt zudem beim Tod von Geschwistern oder Grosseltern grosszügigere Lösungen. Zudem soll auch für die Erfüllung gesetzlicher Pflichten eine Beurlaubung erfolgen.

9.6 Lohn

Die SP, der VPOD, die Unia, die Grünen und der GKB kritisieren die ungenügenden Löhne. Diese müssten sich an den Löhnen für Fachpersonen in der Betreuung orientieren. Löhne sind regelmässig zu überprüfen und der Teuerung anzupassen. Gemäss Art. 360a OR hat der Kanton auf Antrag der Tripartiten Kommission die Handhabe, differenzierte Löhne verbindlich festzulegen. Die Unia schlägt konkret Löhne zwischen Fr. 23.-- und Fr. 29.-- pro Stunde vor, abhängig von Ausbildung und Erfahrung. Zudem sind die Löhne gemäss der SP und dem VPOD auch für die Präsenzzeit verbindlich festzulegen und auch in Merkblättern transparent und verständlich auszuführen.

Die SP und der VPOD begrüssen die nach Betreuungsintensität abgestufte Entlohnung der Präsenzzeit und halten eine Orientierung an den nächtlichen Einsätzen für grundsätzlich richtig. Sie wollen aber klar höhere Ansätze, nämlich bei ausnahmsweisen Einsätzen (im Durchschnitt bis 0.5 Einsatz pro Nacht) 50% der aktiven Arbeitszeit bzw. mindestens 10 Fr. pro Stunde, bei regelmässigem Einsatz (durchschnittlich 1 Einsatz pro Nacht) 100% der aktiven Arbeitszeit. Es sei für betreuende Personen nicht zumutbar, über längere Zeit jede Nacht mehrmals aufzustehen. Aber auch während der Präsenzzeit erachten sie es als kräftezehrend, weshalb bei 2 bis 3 Einsätzen pro Tag während der Präsenzzeit die Situation unter Bezug eines Arztes überprüft werden soll und gegebenenfalls eine Entlastungsmöglichkeit zu organisieren ist. Bei häufigeren Einsätzen will die SP die Betreuung durch eine einzige Person nicht erlauben.

Gemäss den Grünen und der Unia sollte auch die Präsenzzeit als Arbeitszeit gelten. Sie schlagen jedoch als Kompromiss vor, dass die Zahl der Einsätze während der gesamten Präsenzzeit massgebend ist, nicht nur die während der Nacht. Bereits ein Einsatz pro Tag bedeutet eine starke Belastung. Der Lohn soll daher 50% des Stundenlohns, aber mindestens 10.-- bzw. 11.50 Fr. betragen bei durchschnittlich bis 3 wöchentlichen Einsätzen während der Präsenzzeit, bei durchschnittlich einem Einsatz pro Tag soll der Lohn 100% des Stundenlohns betragen, bei 2 bis 3 Einsätzen muss der Hausarzt die Situation überprüfen. Gemäss den Grünen soll bei häufigen Einsätzen die Betreuung durch eine Person nicht erlaubt sein. Weiter verlangen Unia und die Grünen, dass bei aktiver Arbeit während der Präsenzzeit jede angebrochene halbe Stunde voll gezahlt und entsprechend entlohnt werden soll. Die Unia will zusätzlich einen Lohnzuschlag an Sonntagen von 50%. Zudem sollen Feiertage mit 3.2% vom Grundlohn angerechnet werden.

Swisstaffing hält den abgestuften Stundenlohn für sinnvoll, wünscht aber eine Vereinheitlichung mit dem Modell-NAV des Bundes. Zudem verlangt er auch eine klare Regelung der Rufbereitschaft und deren Entschädigung mit Fr. 2.-- pro Stunde.

Weiter verweist Swisstaffing beim Nachtarbeitszuschlag darauf, dass keine Unterscheidung zwischen vorübergehender und dauernder Nachtarbeit gemacht wird. Beim Überstundenzuschlag beantragt er, die Überstunden 43 bis 45 zuschlagsfrei zu entlohnen bzw. zu kompensieren und erst Überzeit ab 45 Stunden oder 9.5 Stunden pro Tag mit 25% Zuschlag zu vergüten.

Die SP und der VPOD begrüssen schliesslich explizit die Verpflichtung zur detaillierten Lohnabrechnung. Demgegenüber empfiehlt der Berner KMU, die Vorschrift aus Praktikabilitätsgründen zu vereinfachen, da die administrative Belastung nicht zu unterschätzen ist.

Was die Reisekosten anbelangt, beantragen die SP, der VPOD, die Unia und der GKB, dass die Arbeitgebenden nicht nur die Anreise, sondern auch die Rückreise bezahlen müssen, da es sich oft um Pendelmigrantinnen handelt, für die die Reisekosten ein wichtiger Kostenfaktor sind. Die VOL kommt diesem Antrag insoweit nach, als die Anreise zu Beginn und die Rückreise am Ende des Arbeitsverhältnisses vergütet werden.

9.7 Sozialversicherungen

Gemäss Swisstaffing ist die Regelung zur Krankentagggeldversicherung im Widerspruch zum GAV Personalverleih und eine Harmonisierung wäre wünschenswert.

9.8 Fazit

Wie bereits dargelegt, wird der NAV nur zur Anwendung gelangen, wenn deren Bestimmungen massvoll ausgestaltet sind. Ansonsten werden die Arbeitgeberinnen und -geber den NAV aufgrund zu hoher Kosten oder Aufwände ausschliessen. Daher werden Änderungsanträge, welche die Bestimmungen zu Arbeits- und Ruhezeiten verschärfen, die Entschädigung der Präsenzzeit oder den Verwaltungsaufwand der Arbeitgeberinnen oder -geber erhöhen, nicht übernommen. Nicht zielführend ist zudem die Harmonisierung der NAV-Bestimmungen mit den zwingenden Bestimmungen zum Personalverleih.

Rechtlich unzulässig ist eine Verknüpfung des NAV mit der Bewilligungserteilung im Personalverleih bzw. in der Arbeitsvermittlung. Beim Personalverleih kommt denn auch der Gesamtarbeitsvertrag der Branche zur Anwendung. Die Bundesgesetzgebung zu den kantonalen NAV lässt es auch nicht zu, dass von kantonalen NAV nur zugunsten der Arbeitnehmenden abgewichen werden kann.

Nebst den oben erwähnten Anpassungen wurden diverse Hinweise, die entweder der sprachlichen oder juristischen Klarstellung sowie der Harmonisierung mit den bestehenden NAV des Kantons dienen, übernommen.

Bern, 14. November 2019