

Kurt Pärli

Private Haushalte: Anwendung des Arbeitsgesetzes?

Private Haushalte sind vom Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes (ArG) ausgenommen. Hausangestellte werden nicht nur durch das ArG, sondern auch durch das OR und Normalarbeitsverträge (NAV) geschützt. Allerdings sind nur die Mindestlöhne zwingend einzuhalten. Die Arbeitszeitvorschriften der NAV können vertraglich wegbedungen werden. Es besteht somit eine Schutzlücke. Der folgende Beitrag zeigt auf, dass bei Personalverleih der Personalverleiher und nicht der Haushalt als Betrieb zu qualifizieren ist, was zur Anwendung des Arbeitsgesetzes führt.

Beitragsart: Beiträge

Rechtsgebiete: Arbeitsrecht

Zitiervorschlag: Kurt Pärli, Private Haushalte: Anwendung des Arbeitsgesetzes?, in: Jusletter 27. Mai 2019

Inhaltsverzeichnis

- I. Ausgangslage, Fragestellung und methodisches Vorgehen
 - 1. Ausgangslage
 - 2. Fragestellung und methodisches Vorgehen
 - 3. Begriffsklärungen
- II. Völker- und verfassungsrechtliche Ausgangslage
 - 1. Allgemeines
 - 2. ILO-Übereinkommen zum Schutz der Hausangestellten
- III. Schutzvorschriften des Arbeitsgesetzes bei Auftragsverhältnissen, Personalverleih und Personalvermittlung
 - 1. Problem- und Fragestellung
 - 2. Betreuungs- und Hausarbeitsdienstleistungen im Lichte des Arbeitsvermittlungsgesetzes (AVG)
 - 2.1. Anwendungsbereich und Zweck des AVG
 - 2.2. Gerichtspraxis zum Personalverleih bei Betreuungs- und Hausdiensten
 - 2.3. Abgrenzung Personalverleih/Arbeitsvermittlung
 - 3. Bedeutung der Gerichtspraxis
- IV. Vertiefte Analyse Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG
 - 1. Betriebsbegriff im Arbeitsgesetz
 - 2. Der private Haushalt als «Betrieb» im Sinne des Arbeitsgesetzes
 - 3. Der «private Haushalt» und die Ausnahmebestimmung in Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG in Dreiecksverhältnissen
- V. Schlussfolgerung

I. Ausgangslage, Fragestellung und methodisches Vorgehen

1. Ausgangslage

[Rz 1] Die Organisation der Pflege und Betreuung von Personen in deren eigenen vier Wänden hat sich in den letzten Jahren verändert. Zum einen wird diese Aufgabe als Folge sich verändernder Familienorganisationsmodellen weniger durch Familienangehörige wahrgenommen. Zum anderen wollen zunehmend mehr Personen, auch bei grossem Betreuungsbedarf, nicht in eine stationäre Einrichtung, sondern ziehen den Verbleib in der eigenen Wohnung vor¹. Diese (und andere) Gründe führ(t)en dazu, dass zunehmend professionelle Angebote auf dem Markt sind, die den zu betreuenden Personen bzw. deren Familien entsprechende Dienstleistungsangebote machen. Angeboten wird dabei die Übernahme von Pflege- und/oder Betreuungsdienstleistungen oder zum Teil die Übernahme der Haushaltsarbeiten.

[Rz 2] In der Praxis kommen ganz unterschiedliche Formen vor, was sich auf die jeweiligen Rechtsverhältnisse auswirkt. Möglich ist, dass die zu betreuende Person die Pflege- und Betreuungsperson bzw. die Haushaltshilfe privat anstellt, ohne dass eine Drittperson involviert ist. Zum Teil werden Arbeitskräfte durch professionelle Personalvermittler an die privaten Haushalte vermittelt, die Anstellung erfolgt anschliessend durch die private Person². In anderen Konstellationen kommt es zu einer Anstellung beim Dienstleister. Der eigentliche Arbeitseinsatz erfolgt indes bei der zu betreuenden Person zu Hause. Wie zu zeigen sein wird, liegt hier nach der

¹ Siehe dazu u.a.: REMO WAGNER, Die Rund-um-die-Uhr-Betreuung in der Pflege, AJP 2016 S. 768 ff.

² Auch kommt es vor, dass Vermittlungsagenturen Personen als Selbstständige vermitteln, es wird sich in diesen Fällen allerdings regelmässig um Fälle von Scheinselbstständigkeit handeln.

Rechtsprechung regelmässig bewilligungspflichtiger Personalverleih vor. Anders verhält es sich bei der Spital-externen Krankenpflege (Spitex), soweit (mehrheitlich) **krankenkassenpflichtige** Leistungen durch die **Angestellten der Spitex-Organisation** erbracht werden. Zwischen der pflegebedürftigen Person und der Spitex-Organisation liegt ein Auftragsverhältnis und zwischen den Angestellten und der Spitex-Organisation ein Arbeitsverhältnis vor.

[Rz 3] Gemeinsames Merkmal aller genannten Konstellationen bildet der Umstand, dass **im privaten Haushalt eine Arbeitsleistung** erbracht wird, die **Bedürfnisse der in diesem Haushalt lebenden Person(en)** deckt. Auch wird in vielen dieser Beschäftigungsverhältnisse von den Arbeitnehmenden eine **sehr lange Arbeits- und Präsenzzeit** verlangt (zum Teil sind während mehreren Wochen 24-Stunden-Dienste vorgesehen).

[Rz 4] Das Arbeitsgesetz (ArG) beschränkt die maximal zulässigen Arbeitszeiten, beinhaltet Vorschriften zur Nacht- und Sonntagsarbeit, zu Pikettdiensten und hält Regelungen hinsichtlich Kompensation und Entschädigung von Überzeit sowie Nacht- und Sonntagsarbeit fest. Nach Art. 2 Abs. 1 lit. g Arbeitsgesetz (ArG)³ ist das Gesetz auf **private Haushaltungen** nicht anwendbar. Somit finden nicht nur die Arbeitszeit-, sondern auch die Gesundheitsvorschriften des ArG auf die Arbeit in privaten Haushalten keine Anwendung⁴. Konsequenterweise dürfen die Vollzugsbehörden des Arbeitsgesetzes die privaten Haushalte auch nicht hinsichtlich der Einhaltung der Vorschriften des ArG kontrollieren. Gemäss Art. 359 Abs. 2 OR haben die Kantone Normalarbeitsverträge (NAV) zu erlassen, in denen namentlich die Arbeits- und Ruhezeiten geregelt sind. In vielen kantonalen NAV Hauswirtschaft orientieren sich die Arbeitszeitvorschriften an denjenigen des Arbeitsgesetzes⁵. Die Bestimmungen des NAV Hauswirtschaft kommen indes nur zur Anwendung, wenn und soweit zwischen Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden nichts anders verabredet ist (Art. 360 OR). Ein Arbeitsvertrag zwischen dem Betrieb «Privathaushalt» und einer Arbeitnehmerin oder einem Arbeitnehmer darf deshalb auch längere Arbeitszeiten enthalten als im NAV vorgesehen sind. Eine arbeitsvertragliche Schranke vor überlangen Arbeitszeiten bietet auch die in Art. 328 OR verankerte Pflicht der Arbeitgeberin zum **Schutz der Persönlichkeit** der Arbeitnehmenden. Eine präzise Anzahl maximal zulässiger Arbeitsstunden lässt sich Art. 328 OR indes nicht entnehmen. Ein Verstoß gegen Art. 328 OR muss zudem durch den Arbeitnehmer bzw. die Arbeitnehmerin geltend gemacht werden. Eine staatliche Kontrolle ist hier nicht vorgesehen. Anders verhält es sich beim Lohn. Gestützt auf Art. 360a OR wurde 2010 NAV für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Hauswirtschaft mit einem **zwingend einzuhalten-**

³ Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 13. März 1964 (Arbeitsgesetz, ArG), SR 822.11.

⁴ Lediglich für bestimmte Personen, die unter die Ausnahmen vom persönlichen Anwendungsbereich des Arbeitsgesetzes fallen, gelten nach Art. 3a lit. b und c ArG die dort aufgeführten Gesundheitsvorschriften dennoch, so beispielsweise höhere leitende Angestellte oder die Beschäftigten der Verwaltungen des Bundes, der Kantone und der Gemeinden. Siehe dazu auch MANUEL VOGLER, Haushaltshilfen im schweizerischen Arbeitsrecht, Zürich 2016, S. 19.

⁵ So bsw. im NAV Hausdienst des Kantons Bern vom 25. April 2007, BSG 222.153.22 (Art. 13: tägliche Höchstarbeitszeit von neun Stunden, Art. 14: tägliche Ruhezeit von mindestens elf Stunden, Art. 15: Anspruch auf Pausen, Art. 16: Anspruch auf Kompensation der Überstunden oder Entschädigung sowie Begrenzung der zulässigen Überstunden auf 170 Stunden pro Jahr). Das SECO hat spezifisch für 24-Stunden-Betreuungskonstellationen eine Vorlage für die Ergänzung der kantonalen Normalarbeitsverträge (NAV) erarbeitet. Dieser Modell-NAV enthält Vorgaben für die Regelung der Arbeitsbedingungen von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern in solchen Arbeitsverhältnissen. Zuständig für die (allfällige) Übernahme des SECO-Modell-NAV sind und bleiben die Kantone. Auch am dispositiven Charakter der NAV ändert sich nichts.

den **Mindestlohn** erlassen⁶. Die Einhaltung des Mindestlohnes gemäss NAV Hauswirtschaft wird **behördlich kontrolliert und sanktioniert**⁷. Private Haushalte sind davon nicht ausgenommen⁸.

2. Fragestellung und methodisches Vorgehen

[Rz 5] Der private Haushalt ist vom Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes ausgenommen. Es stellt sich die Frage, ob dies auch dann gilt, wenn die Betreuung und Haushaltshilfe im privaten Haushalt im Rahmen einer **professionellen Personalvermittlung oder eines Personalverleihs** organisiert wird. Die Frage ist in mehrfacher Hinsicht relevant. Sollte in bestimmten Konstellationen das Arbeitsgesetz anwendbar sein, müssten die Vollzugsbehörden auch die Einhaltung der Arbeitszeit und Gesundheitsvorschriften kontrollieren und bei Verstössen auch sanktionieren. Zum anderen können Vorschriften des Arbeitsgesetzes, namentlich die Pflicht zur Entschädigung von Überzeit und Kompensation von Überzeit und zur Gestaltung der Arbeitszeit auch zivilrechtlich über Art. 342 Abs. 2 OR (unter den dort genannten Voraussetzungen) durchgesetzt werden. Ob das Arbeitsgesetz anwendbar ist oder nicht, ist also von grosser Bedeutung. Die Thematik ist keinesfalls rein akademischer Natur. Viele der heute im Markt praktizierten Betreuungsmodelle kämen im Falle der Unterstellung unter das Arbeitsgesetz in Bedrängnis, insbesondere was die Gestaltung der Arbeitszeiten und die Entschädigung betrifft. Zu letzter Frage hat das Zivilgericht Basel-Stadt mit Urteil vom 27. Oktober 2014 in einer Personalverleih-Konstellation entschieden, dass das Arbeitsgesetz (ArG) auf das strittige Arbeitsverhältnis (Personalverleih) Anwendung finde⁹. Begründet wurde dieses Ergebnis mit dem weiten Anwendungsbereich des ArG sowie dem kommerziellen Charakter des Personalverleihs. Die klagende Arbeitnehmerin konnte die im ArG verankerten Vorschriften zur Entschädigung von Überzeit gestützt auf Art. 342 Abs. 2 OR zivilrechtlich geltend machen.

[Rz 6] Für die Beantwortung der Frage der Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes auf Betreuungs- und Hausarbeit in privaten Haushalten, die im Rahmen eines Personalverleihs oder einer Personalvermittlung erfolgt, ist vorab kurz die verfassungs- und völkerrechtliche Ausgangslage darzustellen. Insbesondere ist auf das von der Schweiz am 12. November 2014 ratifizierte Übereinkommen Nr. 189 über menschenwürdige Arbeit für Hausangestellte¹⁰ einzugehen. Es sind hier darum die Verpflichtungen aufzuzeigen, die sich aus diesem Abkommen für die verschiedenen staatlichen Akteure, namentlich auch für die Aufsichtsbehörden, ergeben (II. Völker- und ver-

⁶ Verordnung vom 20. Oktober 2010 über den Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Hauswirtschaft, SR 221.215.329.4. Der Mindestlohn beträgt für Ungelernte 18.90 Franken pro Stunde ohne Zuschläge für Ferien und bezahlte Feiertage.

⁷ Rechtliche Grundlage für die Kontrollen bietet das Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhnen vom 8. Oktober 1999 (EntsG; SR 823.20). Nach Art. 7 Abs. 1 lit. b EntsG sind die tripartiten Kommissionen des Bundes oder der Kantone für die Kontrolle der Einhaltung von Mindestlöhnen nach Art. 360a OR zuständig. Die tripartite Kommission des Bundes delegiert gemäss Art. 6 lit. f ihres «Reglement für die tripartite Kommission des Bundes im Rahmen der flankierenden Massnahmen zum freien Personenverkehr» die Kompetenz zur Kontrolle der Einhaltung des Mindestlohnes nach NAV Hauswirtschaft den kantonalen tripartiten Kommissionen. Verstösse gegen die NAV-Mindestlohnbestimmungen gemäss Art. 9 Abs. 2 lit. f EntsG werden mit einer Verwaltungssanktion bis zu CHF 30'000.– geahndet.

⁸ Siehe dazu KURT PÄRLI, SHK (Stämpflis Handkommentar) EntsG, Bern, 2018, Art. 9 EntsG, Rz 60.

⁹ Zivilgericht Basel-Stadt, Urteil GS.2013.32 vom 27. Oktober 2014, E. 3.6.

¹⁰ Übereinkommen Nr. 189 über menschenwürdige Arbeit für Hausangestellte vom 16. Juni 2011, in Kraft getreten für die Schweiz am 12. November 2015, SR 0.822.728.9.

fassungsrechtliche Ausgangslage). Anschliessend wird die bisherige Rechtsprechung zur Anwendung der Bestimmungen zum Personalverleih im Zusammenhang mit sogenannten 24-Stunden-Betreuungsverhältnissen beleuchtet (III. Schutzvorschriften des Arbeitsgesetzes bei Auftragsverhältnissen, Personalverleih und Personalvermittlung). Danach folgt die vertiefte Analyse von Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG (IV). Abschliessend wird die Frage zusammenfassend beantwortet (V).

3. Begriffsklärungen

[Rz 7] Wie in den Darlegungen der Ausgangslage gezeigt wurde, sind im Bereich der Pflege und Betreuung sowie der Unterstützung im Haushalt verschiedene Akteure mit unterschiedlichen Organisationsformen tätig. In diesem Beitrag wird zwischen **Spitex-Organisationen** und **Betreuungsorganisationen** unterschieden.

[Rz 8] «Spitex-Organisationen» sind private Unternehmen oder öffentliche Institutionen, die Leistungen der spital-externen Krankenpflege anbieten. Die hier gestellte Frage betrifft nicht die so verstandenen Spitex-Organisationen.

[Rz 9] Unter dem Begriff «Betreuungsorganisation» werden nachfolgend all diejenigen Betriebe verstanden, die privaten Personen in deren Haushalt stundenweise oder auch während 24 Stunden pro Tag persönliche Betreuung und Führen des Haushaltes anbieten und die Ausübung dieser Dienstleitung entweder durch eigene Angestellte vornehmen lassen oder Personal an den privaten Haushalt vermitteln. In der Praxis sind **Mischformen** sehr häufig, das heisst, die Betriebe bieten sowohl krankenkassenpflichtige Spitex-Leistungen an als auch Betreuungs- und Haushaltshilfe¹¹. Die **Abgrenzungen** zwischen den einzelnen Tätigkeiten sind dabei oft **fliessend**. Es wird zu klären sein, wie sich dies auf die Frage der Unterstellung unter das Arbeitsgesetz auswirkt. Ist in diesem Beitrag von der «zu betreuenden Person» (P) die Rede, kann es sich um die Arbeitgeberin handeln (falls ein Arbeitsvertrag zwischen P und der Betreuerin oder dem Betreuer abgeschlossen wird). Wenn Personalverleih vorliegt, dann ist der Haushalt der zu betreuenden Person der «Einsatzbetrieb». Ob der Haushalt aber auch als «Betrieb» im Sinne des Arbeitsgesetzes gilt, wird nachfolgend zu klären sein.

II. Völker-und verfassungsrechtliche Ausgangslage

1. Allgemeines

[Rz 10] Art. 110 der Bundesverfassung (BV) sieht eine Kompetenzgrundlage für den Bundesgesetzgeber zum Erlass von Bestimmungen über den Schutz der Arbeitnehmenden vor. Unter anderem wurde gestützt auf Art. 110 BV das Arbeitsgesetz erlassen. Aus den in der Bundesverfassung verankerten Grundrechten (Art. 7 ff. BV) und Sozialzielen (Art. 41 BV) sowie den im Arbeitsvölkerrecht garantierten arbeitsplatzbezogenen Menschenrechten lassen sich umfangreiche Verpflichtungen der staatlichen Akteure (Gesetzgebung, Gerichte, Verwaltung) zum Schutze der Arbeitnehmenden ableiten, im Rahmen ihres Kompetenzbereiches für sichere und gesunde

¹¹ Siehe z.B. <https://www.spitexstadtland.ch/ueber-uns/private-spitex-private-pflege/> (zuletzt besucht am 5. April 2019).

Arbeitsbedingungen zu sorgen¹². Dazu gehört auch eine Beschränkung der zulässigen Arbeitszeit¹³. Die arbeitsvölkerrechtlichen Menschenrechte und die verfassungsrechtlichen Grundrechte bedürfen aber der **Konkretisierung auf Gesetzesstufe**, soweit nicht eine **unmittelbar anwendbare** (self-executing) **Norm** vorliegt¹⁴. Darüber hinaus sind indes die rechtsanwendenden Behörden im Sinne der **grundrechts- und völkerrechtskonformen Auslegung** der Gesetze Adressaten der verfassungs- und völkerrechtlichen Verpflichtungen¹⁵. Konkret bedeutet dies, dass die für den Vollzug und die Anwendung des Arbeitsgesetzes zuständigen Behörden gehalten sind, die Bestimmungen im Rahmen des zulässigen Auslegungsspielraums so auszulegen, dass ein möglichst breiter Schutz der Arbeitnehmenden verwirklicht werden kann. Die **Ausnahmebestimmungen des betrieblichen und persönlichen Geltungsbereichs zum Arbeitsgesetz** sind folglich **eng auszulegen**.

2. ILO-Übereinkommen zum Schutz der Hausangestellten

[Rz 11] Im Zusammenhang mit der vorliegenden Frage ist dem **ILO-Übereinkommen Nr. 189** über menschenwürdige Arbeit für Hausangestellte (ILO 189; SR 0.822.728.9) besondere Beachtung zu schenken. Gemäss Art. 1 lit. b ILO 189 fällt unter den Schutzbereich des Übereinkommens, wer im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses hauswirtschaftliche Arbeit verrichtet. In allgemeiner Weise werden in Art. 6 ILO 189 die Mitgliedstaaten verpflichtet, durch entsprechende Massnahmen sicherzustellen, dass Hausangestellte in den Genuss fairer Beschäftigungsbedingungen sowie menschenwürdiger Arbeitsbedingungen kommen.

[Rz 12] Art. 10 Abs. 1 ILO 189 verpflichtet die Mitgliedstaaten weitergehend dafür zu sorgen, dass Hausangestellte in Bezug auf die normale Arbeitszeit, Überstundenvergütung sowie täglichen und wöchentlichen Ruhezeiten mit anderen Arbeitnehmern gleichgestellt sind, «wobei die besonderen Merkmale der hauswirtschaftlichen Arbeit zu berücksichtigen sind».

[Rz 13] Der durch ILO 189 geforderten **Gleichbehandlung der Hausangestellten mit den übrigen Arbeitnehmern** wirkt die durch Art. 2 Abs. 1 lit. b ArG vorgesehene Ausnahme vom betrieblichen Geltungsbereich der Arbeit in privaten Haushalten entgegen. Es kann allerdings auch argumentiert werden, dass die Ausnahme zulässig sei, da der letzte Satzteil von Art. 6 ILO 189 es den Mitgliedstaaten erlaubt, die besonderen Merkmale hauswirtschaftlicher Arbeit zu berücksichtigen. In der bundesrätlichen Botschaft zur Ratifikation des Abkommens findet sich lediglich der Hinweis, wonach Hausangestellte in zivilrechtlicher Hinsicht den übrigen Arbeitnehmenden gleichgestellt sind. Verwiesen wird weiter auf die kantonalen Normalarbeitsverträge¹⁶. Eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG im Lichte von Art. 10 Abs. 1 ILO 189

¹² Zu den Einwirkungen des Arbeitsvölkerrechts auf das schweizerische Arbeitsrecht siehe KURT PÄRLI, Arbeitsrecht im internationalen Kontext, Zürich 2016, S. 431 ff.

¹³ Siehe dazu umfassend: EYLEM DEMIR, Beschränkung der Arbeitszeit, in: Kurt Pärli et. al. (Hrsg.), Arbeitsrecht im internationalen Kontext, Zürich 2016, S. 151 ff.

¹⁴ Dazu im Einzelnen: PÄRLI (Fn 12), Rz 1064 ff.

¹⁵ Die Pflicht zur grundrechtskonformen Auslegung ergibt sich aus Art. 36 Abs. 1 und 3 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101), siehe für ein Anwendungsbeispiel zum Streikrecht, BGE 132 III 122. Zur völkerrechtskonformen Auslegung siehe u.a. Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats 07.3764 der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 16. Oktober 2007 und des Postulats 08.3765 der Staatspolitischen Kommission vom 20. November 2008, BBl 2009 2263 (2306).

¹⁶ Botschaft vom 28. August 2013 zum Übereinkommen Nr. 189 der Internationalen Arbeitsorganisation über menschenwürdige Arbeit für Hausangestellte und Berichte über die Empfehlung Nr. 201 betreffend menschenwürdige

zulässig sei, findet sich in der bundesrätlichen Botschaft nicht. Auch im Rahmen der parlamentarischen Debatte wurde die Frage nicht aufgeworfen.

[Rz 14] Aus Art. 10 Abs. 1 ILO 189 lässt sich hingegen nicht direkt ableiten, dass sämtliche Hausangestellte, wie die übrigen Arbeitnehmenden, auch dem Arbeitsgesetz zu unterstellen sind. Allerdings sind die **rechtsanwendenden Behörden verpflichtet**, im Rahmen ihrer Auslegungsbefugnis **einschlägige Rechtsnormen so auszulegen, dass die durch Art. 10 Abs. 1 ILO 189 geforderte Gleichstellung möglichst umfassend verwirklicht wird**. Das trifft auch auf Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG zu. Der Gesetzgeber seinerseits ist aufgerufen, bestehende Ungleichbehandlungen rasch möglichst zu beseitigen.

[Rz 15] Nach Art. 10 Abs. 2 ILO 189 hat die wöchentliche Ruhezeit mindestens 24 aufeinanderfolgende Stunden zu betragen. Während Art. 10 Abs. 1 ILO 189 eindeutig **programmatischen Charakter hat und deshalb nicht unmittelbar anwendbar ist, trifft dies auf Art. 10 Abs. 2 ILO 189 nicht zu. Das Erfordernis der mindestens 24-stündigen Ruhezeit pro Arbeitswoche** ist hinreichend klar formuliert, um Grundlage einer richterlichen Entscheidung in einem konkreten Fall bilden zu können. Art. 10 Abs. 2 ILO 189 ist somit als **unmittelbar anwendbar** zu qualifizieren. Anderslautende arbeitsvertragliche Bestimmungen sind folglich nichtig.

[Rz 16] Art. 13 ILO 189 verleiht jedem Hausangestellten das Recht auf eine sichere und gesunde Arbeitsumgebung. Der Mitgliedstaat ist verpflichtet, wirksame Massnahmen zu ergreifen, um die Sicherheit und Gesundheit der Hausangestellten bei der Arbeit sicherzustellen. In der bundesrätlichen Botschaft wird erwähnt, Art. 328 OR verpflichte die Arbeitgeberin vertragsrechtlich zum Schutz der Persönlichkeit und Gesundheit der Arbeitnehmenden. Inhaltlich stimme Art. 328 OR überdies mit der Gesundheitsschutzbestimmung in Art. 6 ArG überein. Art. 13 ILO 189 könne deshalb ohne Änderung der Rechtslage ratifiziert werden¹⁷.

[Rz 17] Gemäss Art. 17 Abs. 2 ILO 189 hat jedes Mitglied «unter gebührender Berücksichtigung der besonderen Merkmale der hauswirtschaftlichen Arbeit Massnahmen gemäss den innerstaatlichen Rechtsvorschriften in Bezug auf Arbeitsaufsicht, Durchsetzung und Zwangsmassnahmen zu entwickeln und durchzuführen». Wenn private Haushalte vom Geltungsbereich des ArG ausgenommen sind, fehlt es an behördlichen Kontroll- und Sanktionsmöglichkeiten hinsichtlich der Einhaltung von Vorschriften zur Arbeitszeit und zum Gesundheitsschutz. Zwar haben die Gerichte Rechtsschutz bei individuellen Klagen der betroffenen Arbeitnehmenden zu gewähren. Ohne entsprechende zivilrechtliche Klagen bleiben allfällige Rechtsverstösse ungeahndet. In der bundesrätlichen Botschaft wird ausgeführt, dass es innerstaatlich in rechtlicher Hinsicht problematisch wäre, den Arbeitsinspektoren einen Zutritt zu privaten Wohnungen zwecks Kontrolle der Arbeitsbedingungen zu gewähren. Die Bundesbehörden würden jedoch Sensibilisierungskampagnen durchführen und auf Internetseiten Tools und Materialien zur Verfügung stellen, um Arbeitgeber und Hausangestellte zu erreichen¹⁸. Ob diese Massnahmen genügen, um Art. 17 ILO 189 umzusetzen, kann dahin gestellt bleiben¹⁹. Aus Art. 17 in Verbindung mit Art. 13 und

Arbeit für Hausangestellte und über die Empfehlung Nr. 202 betreffend den sozialen Basisschutz, BBl 2013 6927 (6946/47) (zit. Botschaft Ratifikation ILO 189).

¹⁷ Botschaft Ratifikation ILO 189 (Fn 16), BBl 2013 6950.

¹⁸ Botschaft Ratifikation ILO 189 (Fn 16), BBl 2013 6954.

¹⁹ Kritisch dazu KARINE LEMPEN, Les Conventions de l'OIT sur la maternité (No 1839 et le travail domestique (No 189), in: Remy Wyler/Anne Meier/Sylvain Aubert (Hrsg.), Regards croisés sur le droit du travail: Liber Amicorum pour Gabriel Aubert, Zürich 2015, S. 212.

Art. 10 ILO 189 lässt sich jedoch **ableiten, dass die Ausnahmen für private Haushalte in Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG äusserst eng auszulegen sind.**

III. **Schutzvorschriften des Arbeitsgesetzes bei Auftragsverhältnissen, Personalverleih und Personalvermittlung**

1. **Problem- und Fragestellung**

[Rz 18] Die Organisation des Einsatzes von Betreuungs- und Haushaltshilfepersonal kann auf verschiedene Art und Weise erfolgen²⁰. Ein zu betreuender Kunde kann mit einer Betreuungsorganisation einen **Auftrag nach Art. 394 ff. OR** abschliessen. Der Auftragnehmer kann für die Ausführung des Auftrages seine Arbeitnehmenden beziehen. Diese sind als Hilfspersonen im Sinne von Art. 398 Abs. 3 OR zu qualifizieren²¹. Als Arbeitnehmende unterliegen sie dem Weisungsrecht ihrer Arbeitgeberin, also der Betreuungsorganisation.

[Rz 19] Auch bei Betreuungs- und Haushaltsarbeiten kann ein solches Auftragsverhältnis vorliegen²². Die **Praxis** geht allerdings hier von einem **bewilligungspflichtigen Personalverleih** aus, der vom Auftrag abzugrenzen ist. Bei Personalverleih liegt zwischen dem Verleihunternehmen und der Arbeitnehmerin bzw. dem Arbeitnehmer ein Arbeitsvertrag vor. Zwischen dem Verleiher und dem Einsatzbetrieb wird ein Verleihvertrag abgeschlossen. Der Verleiher verpflichtet sich dabei anders als bei einem Auftrag nicht dazu, selbst eine bestimmte Arbeitsleistung zu erbringen. Vielmehr stellt der Verleiher dem Einsatzbetrieb Arbeitnehmende gegen Entgelt zwecks Arbeit beim Einsatzbetrieb zur Verfügung²³.

[Rz 20] Für die Abgrenzung zwischen Personalverleih und Auftrag kommt es wesentlich auf die **Ausgestaltung des Weisungsrechts** an. Wenn der Verleiher dem Einsatzbetrieb das Weisungsrecht gegenüber den Arbeitnehmenden wesentlich abtritt, liegt Personalverleih und nicht ein Auftragsverhältnis vor²⁴.

[Rz 21] Nach jüngerer Praxis des Bundesgerichts untersteht die Tätigkeit von Betrieben, die Haushaltshilfen und Betreuungspersonal anstellen und danach in privaten Haushalten einsetzen, der Bewilligungspflicht für Personalverleih²⁵. Die zuständigen Behörden und das Bundesgericht stellen sich auf den Standpunkt, dass die formelle Arbeitgeberin ihr Weisungsrecht gegenüber den Arbeitnehmenden zumindest teilweise an die zu betreuende Person abgibt, die somit als «Einsatzbetrieb» qualifiziert wird.

[Rz 22] Es fragt sich nun, wie sich eine Qualifikation als Personalverleih auf die Frage der Anwendbarkeit der Bestimmungen des Arbeitsgesetzes auswirkt. In der Lehre wird argumentiert, bei **Auftragsverhältnissen** komme die Ausnahme vom betrieblichen Geltungsbereich nach

²⁰ Siehe dazu oben, Rz 2.

²¹ MICHAEL KULL, Die Abgrenzung des einfachen Auftrags zum Personalverleih am Beispiel der hauswirtschaftlichen Tätigkeit, AJP 2014, S. 1485 ff. (1486).

²² Siehe unten, Rz 35.

²³ CHRISTIAN DRECHSLER, Personalverleih: unscharfe Grenzen, AJP 2010, S. 314 ff.

²⁴ Siehe dazu unten Rz 27 ff.

²⁵ GABRIELA MEDICI, Verfassungsrechtliche Perspektive auf die Pendelmigration zur Alterspflege in schweizerischen Privathaushalten, in: Pflegerecht 2016, S. 79 f; Urteil des Bundesgerichts 2C_356/2012 vom 11. Februar 2013 und Urteil des Bundesgerichts 2C_543/2014 vom 26. November 2014.

Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG nicht zum Tragen. Die Bestimmungen des ArG kämen somit bei Spitex-Dienstleistungen und in anderen auftragsrechtlichen Konstellationen zur Anwendung²⁶. **Anders** verhalte es sich beim **Personalverleih**. Als Folge der teilweisen Übertragung des Weisungsrechts an die zu betreuende Person erhalte dies «Betriebscharakter», womit Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG Anwendung finde und das Arbeitsgesetz somit auf diese Beschäftigungsverhältnisse nicht anwendbar sei²⁷. Anders lautet indes der Entscheid des Zivilgerichts Basel-Stadt vom 27. Oktober 2014. Das Gericht befand, die kommerzielle Ausrichtung der Unternehmung, die Betreuungs- und Hauswirtschaftsdienste anbot und dafür Personal beschäftigte, spreche für die Unterstellung unter das Arbeitsgesetz²⁸.

[Rz 23] Eine Qualifikation der Betreuungsverhältnisse **als Personalverleih** bedeutet nicht zwangsläufig, dass die **Schutzbestimmungen des Arbeitsgesetzes** (bei Betreuungs- und hauswirtschaftlichen Tätigkeiten²⁹) **keine Anwendung finden**³⁰. Das Arbeitsvermittlungsgesetz (AVG) verfolgt primär den Zweck des Arbeitnehmerschutzes, der durch die Nichtunterstellung unter das ArG gerade geschwächt wird. Die Problematik bedarf vertiefter Auseinandersetzung. Nachfolgend wird deshalb die Gerichtspraxis zur Unterstellung der Betreuungs- und Haushaltehilfe-Beschäftigungsverhältnisse unter das AVG näher analysiert.

2. **Betreuungs- und Hausarbeitsdienstleistungen im Lichte des Arbeitsvermittlungsgesetzes (AVG)**

2.1. **Anwendungsbereich und Zweck des AVG**

[Rz 24] Das AVG regelt sowohl die Arbeitsvermittlung als auch den Personalverleih. Die Bestimmungen zur Arbeitsvermittlung finden sich in den Art. 2 bis 11 AVG und diejenigen zum Personalverleih in den Art. 12 bis 22 AVG. Die Verordnung über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (AVV) konkretisiert einzelne Bestimmungen des AVG.

[Rz 25] Das Arbeitsvermittlungsgesetz bezweckt die Regelung privater Arbeitsvermittlung und des Personalverleihs, die Einrichtung einer öffentlichen Arbeitsvermittlung, die zur Schaffung und Erhaltung eines ausgeglichenen Arbeitsmarkts beiträgt, sowie den Schutz der Arbeitnehmer, welche die private oder die öffentliche Arbeitsvermittlung oder den Personalverleih in Anspruch

²⁶ THOMAS GEISER, Übersicht über die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts, AJP 2016, S. 100 ff. (100), ANGELA HENSCH, Arbeitsrechtliche Fragen der spitalexternen Krankenpflege, in: Pflegerecht 2012, S. 11ff. (S. 18), WAGNER (Fn 1), S. 773. Siehe auch Zivilgericht Basel-Stadt, Urteil GS.2013.32 vom 27. Oktober 2014, besprochen in: MICHAEL KULL, Entschädigung für Bereitschaftsdienst, ARV 2015, 112 ff. Siehe auch Urteil des Bundesgerichts 2C_356/2012 vom 11. Februar 2013, E. 4.3.2.

²⁷ GEISER (Fn 26), S. 101, WAGNER (Fn 1), S. 773.

²⁸ Zivilgericht des Kantons Basel-Stadt, GS.2013.32, Entscheid vom 27. Oktober 2014, E. 6.3.1.

²⁹ Gemäss Lehre und Praxis finden die Bestimmungen des ArG bei Personalverleih grundsätzlich Anwendung. Voraussetzung ist indes, dass keine Ausnahme vom betrieblichen oder persönlichen Geltungsbereich vorliegt. Siehe zum Ganzen THOMAS GEISER, in: Geiser/von Kaenel/Wyler (Hrsg.), Arbeitsgesetz Handkommentar, Bern 2005, Rz. 7 zu Art. 1 ArG; ROLAND A. MÜLLER/CHRISTIAN MADUZ, Kommentar zu Art. 2 ArG, ArG Kommentar, Arbeitsgesetz mit weiteren Erlassen im Bereich Arbeitsschutz, Orell Füssli Kommentar, 8. Auflage, Zürich 2017, Rz. 5 zu Art. 1 ArG. Siehe auch MEDICI (Fn 25), S. 114.

³⁰ Auch MEDICI (Fn 25) wirft implizit die Frage auf, was die Unterstellung unter die Regelungen des Personalverleihs für die Kontrollpflichten bezüglich Einhaltung von Höchstarbeitszeiten bedeute (Medici, S. 84).

nehmen³¹. Der **Arbeitnehmerschutz** bildete den entscheidenden Grund dafür, nicht nur die Arbeitsvermittlung, sondern auch den Personalverleih einer **Bewilligungspflicht** zu unterstellen³².

[Rz 26] Die Arbeitsvermittlung ist nach Art. 2 AVG bewilligungspflichtig, wenn regelmässig gegen Entgelt im Inland Arbeit vermittelt wird, indem Stellensuchende und Arbeitgeber zum Abschluss eines Arbeitsvertrages zusammengeführt werden.

[Rz 27] Art. 12 Abs. 1 AVG hält fest, dass «Arbeitgeber (Verleiher), die Dritten (Einsatzbetrieben) gewerbsmässig Arbeitnehmer überlassen», eine Betriebsbewilligung des kantonalen Arbeitssamtes benötigen. Nach Art. 26 der Verordnung zum Arbeitsvermittlungsgesetz (AVV) gilt als Verleiher, wer einen Arbeitnehmer einem Einsatzbetrieb überlässt, indem er ihm Weisungsbefugnisse gegenüber dem Arbeitnehmer abtritt. Die Weisungsbefugnis muss dabei nicht vollständig beim Dritten liegen; vielmehr reicht für das Bestehen eines Personalverleihverhältnisses die **Übertragung wesentlicher Weisungsbefugnisse** auf den Dritten³³.

2.2. Gerichtspraxis zum Personalverleih bei Betreuungs- und Hausdiensten

[Rz 28] Nach bundesgerichtlicher Praxis zu Dreiecksverhältnissen im Bereich der Betreuung und Haushaltshilfe hängt es von der konkreten Ausgestaltung des Weisungsrechts ab, ob bewilligungspflichtiger Personalverleih vorliegt. In Urteil des Bundesgerichts 2C_356/2012 vom 11. Februar 2013 ging es um die Frage, ob in einem sogenannten 24-Stunden-Betreuungsverhältnis ein Personalverleih vorlag. Das Bundesgericht hielt in Erwägung 3.2 fest: «Im Rahmen des Verleihvertrags verpflichtet sich der Personalverleiher demnach nicht zur Erbringung einer bestimmten Arbeitsleistung, die er durch Hilfspersonen ausführen lässt, sondern vielmehr dazu, dass er entsprechende Arbeitnehmer sorgfältig auswählt und gegen Entgelt dem Einsatzbetrieb unter Einräumung wesentlicher Weisungsbefugnisse überlässt (...). Demgegenüber ist der durch Personalverleih entlehene Arbeitnehmer den Weisungen des Dritten bzw. des Einsatzbetriebs unterstellt: Er wird in die Betriebsorganisation eines Dritten eingegliedert, wobei Letzterem dadurch die Möglichkeit eröffnet wird, Personen wie Arbeitnehmer zu beschäftigen, ohne mit ihnen ein Arbeitsverhältnis einzugehen; das Arbeitsverhältnis mit dem Verleiher besteht fort (...).».

[Rz 29] Ob im konkreten Fall Betreuungs- und Hausdienste als bewilligungspflichtiger Personalverleih qualifiziert werden, ist gemäss Bundesgericht aufgrund der konkret vereinbarten Tätigkeit zwischen der betreffenden Organisation und den Kunden sowie den faktischen Gegebenheiten am Einsatzort zu beurteilen. Keine Bewilligungspflicht bestehe nur dann, wenn «die Person, welche die Dienstleistung in Anspruch nimmt, kein derartiges Weisungsrecht ausüben kann, das Pflegepersonal nach eigenen Fachkenntnissen arbeitet oder das Rechtsverhältnis einen Auftrag oder Werkvertrag darstellt»³⁴.

[Rz 30] In Urteil des Bundesgerichts 2C_543/2014 vom 26. November 2014 bestätigte das Bundesgericht seine strenge Praxis zur Unterstellung von Betreuungs- und Hausdiensten unter die Bewilligungspflicht nach AVG. Insbesondere kann Personalverleih auch dann vorliegen, wenn

³¹ Art. 1 Bst. a–c AVG.

³² Botschaft des Bundesrats zu einem revidierten Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 27. November 1985, BBl 1985 III 580.

³³ MICHAEL KULL/EVA-MARIA BÄNI-SOMMER, Personalverleih oder einfacher Auftrag? Qualifikation der Hausbetreuung in der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichts im Überblick, AJP 2016, S. 778 ff. (S. 780).

³⁴ Urteil des Bundesgerichts 2C_356/2012 vom 11. Februar 2013, E. 3.6.

keine «rund-um-die-Uhr-Betreuung» stattfindet. Entscheidend ist, dass die Servicevereinbarung zwischen dem Dienstleister und dem zu betreuenden Kunden die konkreten Betreuungsleistungen nur rudimentär regelt und somit der Kunde selbst gegenüber der Arbeitnehmerin wesentliche Weisungsbefugnisse im Sinne von Art. 26 AVV wahrnimmt³⁵.

[Rz 31] Beide Entscheide des Bundesgerichts wurden in der Lehre zum Teil skeptisch aufgenommen. So wird argumentiert, es sei nicht haltbar, dass bereits ein geteiltes Weisungsrecht für die Anwendbarkeit des AVG ausreichen solle³⁶. Kritisiert wird weiter, dass die Betreuungs- und Hausdienste aus offensichtlich politischen Motiven als Personalverleih qualifiziert würden³⁷.

2.3. Abgrenzung Personalverleih/Arbeitsvermittlung

[Rz 32] Sowohl die Arbeitsvermittlung als auch der Personalverleih sind bewilligungspflichtig. Dennoch bestehen in Bezug auf die vorliegende Thematik wesentliche Unterschiede. Bei der Arbeitsvermittlung erschöpft sich die Tätigkeit der Betreuungs- und Hausdienstorganisation in der Vermittlung. Zwischen der **Betreuungsperson und der Betreuungs- und Hausdienstorganisation** kommt **kein Arbeitsvertrag** zustande. Ein **Arbeitsverhältnis** liegt vielmehr (und nur) **zwischen der zu betreuenden Person und der Betreuungsperson** vor.

[Rz 33] Für die betroffenen Arbeitnehmenden ist die Unterscheidung insofern von Bedeutung, als bei Personalverleih in den Art. 19 und 20 AVG Vorschriften zum Schutze der Arbeitnehmenden vorgesehen sind. Zudem dient die vom Personalverleiher zu leistende Kautionsicherung der Sicherung von Lohnansprüchen der Arbeitnehmenden (Art. 14 AVG). Zu beachten ist aber auch, dass bei Personalverleih kürzere Kündigungsfristen gelten (Art. 19 Abs. 4 lit. a und b AVG).

[Rz 34] Ob lediglich Arbeitsvermittlung oder Personalverleih vorliegt, ist bei Dreieckskonstellationen im Bereich des Betreuungs- und Hausdienstes nicht immer ganz klar. Auch das Bundesverwaltungsgericht musste sich Ende 2017 mit der Frage der Abgrenzung zwischen Personalverleih und Arbeitsvermittlung auseinandersetzen³⁸. Die zuständigen kantonalen Behörden hatten entschieden, die Tätigkeit einer Seniorenbetreuungsorganisation (A) stelle nicht nur Arbeitsvermittlung, sondern auch Personalverleih dar. Aus den Verträgen zwischen der Organisation und den zu betreuenden Senioren sei ersichtlich, dass A Arbeitseinsätze koordiniere. Aufgrund weiterer Indizien kam die Vorinstanz zum Schluss, es liege bewilligungspflichtiger Personalverleih und nicht lediglich Arbeitsvermittlung vor, wie dies A geltend gemacht hatte.

[Rz 35] Das Bundesverwaltungsgericht prüfte, ob das Weisungs- und Kontrollrecht als wesentliches Merkmal für die Erbringung einer Arbeitsleistung beim Einsatzbetrieb lag und wie konkret die Einbindung des Arbeitnehmers in den Einsatzbetrieb in persönlicher, organisatorischer und zeitlicher Hinsicht erfolgte. Das Bundesverwaltungsgericht kam zum Schluss, dass Dienstleistungsangebot der A gehe weit über die reine Vermittlungstätigkeit hinaus. Mit Bezug auf Urteil des Bundesgerichts 2C_356/2012 und 2C_534/2014 sei zu beachten, dass im nicht-medizinischen Bereich grundsätzlich kein Auftragsverhältnis in Frage komme, da der Senior immer Weisungen

³⁵ Urteil des Bundesgerichts 2C_543/2014 vom 26. November 2014, E. 4.1.

³⁶ KULL/BÄNI-SOMMER (Fn 33), S. 781, KULL (Fn 9), S. 1492 f., CHRISTOPH SENTI, Auftrag oder Personalverleih?, AJP 2013, S. 356 ff. (363).

³⁷ KULL/BÄNI (Fn 33), S. 782, mit (kritischem) Verweis auf KURT PÄRLI, Urteil des Bundesgerichts 2C_543/2014 vom 26. November 2014, Pfliegerrecht 2015, S. 118.

³⁸ Urteil des BVGer B-5959/2016 vom 21. Dezember 2017.

erteile und folglich auf ein Personalverleihverhältnis zu schliessen sei. Für die Annahme eines Personalverleihverhältnisses genüge es, wenn der Personalverleiher die Arbeitnehmer über die Art der zu leistenden Arbeit, den Arbeitsort, den Beginn des Einsatzes sowie die Arbeitszeiten instruiere³⁹.

[Rz 36] Im konkreten Fall lagen zwischen A und den Betreuerinnen formaljuristisch keine Arbeitsverträge vor. Arbeitsverträge wurden vielmehr – gemäss Bundesverwaltungsgericht lediglich pro forma – den Senioren zur Unterschrift vorgelegt. Angesichts der konkreten Verhältnisse sei von einer Aufspaltung der Arbeitgeberfunktionen auszugehen. Das Konzept der A ziele darauf ab, die Anwendung von Art. 12 AVG zu umgehen⁴⁰. Die Bewilligungspflicht für den Personalverleih sei eingeführt worden, um der Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers bei einer Aufspaltung der Arbeitgeberfunktion Rechnung zu tragen⁴¹.

[Rz 37] Mit Urteil vom 2. November 2018 bestätigte das Bundesgericht den vorinstanzlichen Entscheid⁴². Für das Bundesgericht war entscheidungsrelevant, es erscheine als unwahrscheinlich, dass die betreuungs- und unterstützungsbedürftigen Senioren die Rolle einer Arbeitgeberin übernehmen wolle⁴³ (was bei Personalvermittlung der Fall wäre). Die Schlussfolgerung der Vorinstanz, es liege eine Aufspaltung der Arbeitgeberfunktion vor, sei nicht zu beanstanden⁴⁴.

[Rz 38] Das Bundesgericht setzte sich auch mit der Kritik eines Teils der Lehre an der Qualifikation von Betreuungs- und Hausdiensten als Personalverleih auseinander⁴⁵. Kritisiert wird namentlich, Personalverleih basiere darauf, dass dem Einsatzbetrieb bestimmte, geeignete Arbeitnehmende überlassen würden. Bei Betreuungs- und Hausdiensten stehe die Dienstleistung im Vordergrund, während das Betreuungspersonal austauschbar sei⁴⁶. Bezweifelt wird überdies, ob bei der Annahme einer Aufspaltung der Arbeitgeberfunktion die zu betreuende Person überhaupt in der Lage ist, ihre Fürsorgepflicht gegenüber den Arbeitnehmenden wahrzunehmen⁴⁷. Diese Argumente sind für das Bundesgericht im konkreten Fall nicht einschlägig. Die Klägerin würde in ihrem Aussenauftreten betonen, sie achte darauf, dass die Betreuungspersonen gut mit den zu betreuenden Personen harmonieren würden⁴⁸.

3. Bedeutung der Gerichtspraxis

[Rz 39] In den beiden Bundesgerichtsentscheiden sowie im (durch das Bundesgericht bestätigten) Urteil des Bundesverwaltungsgerichts wird deutlich, dass der **Arbeitnehmerschutz** ein wichtiges Motiv für die Unterstellung vieler gängiger Formen der Betreuungs- und Hausdienstorganisation unter den Personalverleih darstellt. Durch die Bewilligungs- und Kautionspflicht beim Personalverleih haben die Behörden die Möglichkeit, die Seriosität der Anbieter solcher Dienstleistungen

³⁹ Urteil des BVGer B-5959/2016, E. 4.4.2.1 vom 21. Dezember 2017.

⁴⁰ Urteil des BVGer B-5959/2016, E. 4.4.2.1 vom 21. Dezember 2017.

⁴¹ Urteil des BVGer B-5959/2016, E. 4.5 vom 21. Dezember 2017.

⁴² Urteil des Bundesgerichts 2C_132/2018 vom 2. November 2018.

⁴³ Urteil des Bundesgerichts 2C_132/2018 vom 2. November 2018, E. 5.2.7

⁴⁴ Urteil des Bundesgerichts 2C_132/2018 vom 2. November 2018, E. 5.2.7.

⁴⁵ Urteil des Bundesgerichts 2C_132/2018 vom 2. November 2018, E. 6.2.

⁴⁶ FABIAN LOOSER, Der Personalverleih, Basel 2015, S. 81 ff.

⁴⁷ LOOSER (Fn 46), S. 81 f, KULL (Fn 21), S. 1492, KULL/BÄNI-SOMMER (Fn 33), S. 781

⁴⁸ Urteil des Bundesgerichts 2C_132/2018 vom 2. November 2018, E. 6.3.

zu überprüfen. Auf diese Weise kann «etwas Ordnung» in einen rasch wachsenden und unübersichtlichen Markt gebracht werden.

[Rz 40] Ob Personalverleih vorliegt oder nicht, beurteilt sich gemäss Art. 26 AVV danach, ob dem Einsatzbetrieb **wesentliche Weisungsbefugnisse** abgetreten werden. Wenn der Verleihbetrieb selbst gegenüber seinen Arbeitnehmenden die Ausgestaltung der Arbeit in weiten Teilen definiert, kann demnach kein Personalverleih vorliegen, weil dann keine Abtretung «wesentlicher Weisungsbefugnisse» stattfindet. Es erscheint aber sachgerecht, in den Fällen der Betreuungs- und hauswirtschaftlichen Dienstleistungen davon auszugehen, dass die zu betreuende Person die konkrete Ausgestaltung der Betreuung durch Weisungen (mit)definiert und so zu Recht als «Einsatzbetrieb» **im Sinne des AVG** qualifiziert wird.

[Rz 41] Was lässt sich nun für die Frage der **Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes** aus diesen Urteilen ableiten? **Nicht zulässig** ist, aus der AVG-Qualifikation des Haushaltes als Einsatzbetrieb den Schluss zu ziehen, es handle sich beim **privaten Haushalt** um den für die Unterstellung unter das ArG relevanten **Betrieb im Sinne von Art. 1 Abs. 2 ArG**.

[Rz 42] Zielführend ist indes eine nähere **Betrachtung der einzelnen Vertragsverhältnisse**. Beim **Personalverleih** liegt ein **Dreiecksverhältnis** vor, dem zwei unterschiedliche Verträge zu Grunde liegen. Zwischen Personalverleiher und Einsatzbetrieb (vorliegend der Haushalt der zu betreuenden Person) wird ein Verleihvertrag abgeschlossen. Ein Arbeitsverhältnis liegt zwischen der Betreuungsperson (Arbeitnehmer) und dem Verleihbetrieb vor, zwischen diesen beiden Parteien wird der Arbeitsvertrag abgeschlossen. Kein **vertragliches Verhältnis** liegt zwischen der zu betreuenden Person und der Arbeitnehmerin vor. Die im Rahmen des Arbeitsvertrages erbrachte **Arbeitsleistung** der Betreuungspersonen dient somit der **Erfüllung der Leistungspflicht** des Verleihers gegenüber dem Einsatzbetrieb aus dem Verleihvertrag. Diese Erkenntnis ist für die sogleich vorzunehmende Analyse von Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG mitzunehmen.

IV. Vertiefte Analyse Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG

1. Betriebsbegriff im Arbeitsgesetz

[Rz 43] Das Arbeitsgesetz ist nach Art. 1 Abs. 1 ArG, unter Vorbehalt der Artikel 2–4 ArG, auf sämtliche öffentlichen und privaten Betriebe anwendbar. Art. 1 Abs. 2 ArG definiert den Begriff des Betriebes. Demnach setzt ein Betrieb im Sinne des Arbeitsgesetzes voraus, dass ein **Arbeitgeber** einen oder mehrere **Arbeitnehmer beschäftigt**. **Keine Voraussetzung** bildet nach Art. 1 Abs. 2 ArG überdies das Vorhandensein bestimmter Einrichtungen oder Anlagen. Auch nicht erforderlich ist, dass der Betrieb einen Gewinn anstrebt⁴⁹. Selbstständigkeit einer wirtschaftlichen Einheit sowie eine auf Dauer ausgerichtete in sich geschlossene organisatorische Einheit sind Merkmale, die den Begriff des Betriebes im Sinne des OR auszeichnen, was namentlich im Zu-

⁴⁹ THOMAS GEISER, in: Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler (Hrsg.), Arbeitsgesetz, Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel, Bern 2005, Rz 1 zu Art. 1 ArG, ROLAND BACHMANN, in: Blesi/Pietrusak/Wildhaber (Hrsg.), Kurzkommentar zum Arbeitsgesetz, Basel, 2018, Rz 7 zu Art. 1 ArG.

sammenhang mit den Regelungen zum Betriebsübergang (Art. 333 OR) von Bedeutung ist. Für den Betriebsbegriff des Arbeitsgesetzes spielen die genannten Kriterien keine Rolle⁵⁰.

[Rz 44] Lehre und Praxis weisen darauf hin, dass es sich beim **Betriebsinhaber** nicht in jedem Fall um die gleiche Person handeln muss, wie es beim **Arbeitgeber** der Fall ist.⁵¹ Als Arbeitgeber im Sinne von Art. 1 Abs. 2 ArG gilt derjenige Unternehmensträger, der die **Arbeit organisiert und die entsprechenden Weisungen** erteilen kann⁵².

[Rz 45] Sogar bei einem Einkaufszentrum kann es sich – ggf. gemeinsam mit den eingemieteten Läden – um einen **Betrieb im Sinne des Arbeitsgesetzes** handeln⁵³. Bemerkenswert ist weiter, dass bei den im Franchisesystem betriebenen Tankstellenshops oder Bahnhöfen unter Umständen der Franchisegeber Arbeitgeber im Sinne des ArG ist. Entscheidend ist, wie gross der unternehmerische Handlungsspielraum des Franchisenehmers ist⁵⁴. Nicht relevant ist dabei, ob in zivilrechtlicher Hinsicht ein Arbeitsverhältnis im Sinne von Art. 319 ff. OR vorliegt⁵⁵, denn das Arbeitsgesetz bestimmt den Begriff Arbeitsverhältnis bzw. die Begriffe «Betrieb», «Arbeitgeber» und «Arbeitnehmer» autonom⁵⁶.

[Rz 46] Beim **Personalverleih** kommen sowohl der Einsatzbetrieb als auch der Verleihbetrieb als «Betrieb» im Sinne des ArG in Frage. Auch ist es möglich, dass der Einsatzbetrieb und der Verleihbetrieb gemeinsam dem ArG unterstehen. Wie ausgeführt wurde, setzt Personalverleih eine **wesentliche Übertragung** der Weisungsbefugnisse an den Einsatzbetrieb voraus⁵⁷. Aus dieser **für den Personalverleih massgebenden Rechtslage** kann nun nicht ohne Weiteres geschlossen werden, dass beim Personalverleih bei Betreuungs- und Haushaltsarbeiten folglich nur der Einsatzbetrieb als Betrieb im Sinne des Arbeitsgesetzes zu qualifizieren ist⁵⁸. Leitfrage für die Bestimmung des Betriebes muss vielmehr sein, wie sich der durch das **Arbeitsgesetz bezweckte Arbeitnehmerschutz** am besten **verwirklichen** lässt. Das bedeutet: Wenn **Arbeitszeitvorschriften und deren Kontrollen** vom Verleihbetrieb angeordnet bzw. vorgenommen werden, spricht dies dafür, dass der **Verleihbetrieb Adressat der behördlichen Kontrolle** ist. Soweit jedoch die **Organisation** der Arbeit und insbesondere die Arbeitszeitgestaltung gänzlich vom **Einsatzbetrieb** organisiert und angewiesen werden, muss dieser **Adressat** der Kontrollen der Vollzugsbehörden des Arbeitsgesetzes sein.

⁵⁰ BACHMANN (Fn 49), Rz 9 zu Art. 1 ArG; ROLAND A. MÜLLER/CHRISTIAN MADUZ, Kommentar, Arbeitsgesetz mit weiteren Erlassen im Bereich Arbeitsschutz, Orell Füssli Kommentar, 8. Auflage, Zürich, 2017, Rz 3 zu Art. 1 ArG. Siehe auch die Wegleitung des Staatssekretariates für Wirtschaft [SECO] vom Februar 2016 zum Arbeitsgesetz und zu den Verordnungen 1 und 2, Art. 1 Abs. 2 ArG.

⁵¹ BACHMANN (Fn 49), Rz 9 zu Art. 1 ArG; MÜLLER/MADUZ (Fn 50), Rz 5 zu Art. 1 ArG.

⁵² Urteil des Bundesgerichts 2C_703/2015 vom 20. Juni 2016, E. 2.1. Siehe auch GEISER (Fn 49), Rz 7 zu Art. 1 ArG.

⁵³ Urteil des Bundesgerichts 2C_44/2013 vom 12. Februar 2014, E. 4.3 (im konkreten Fall konnte die Frage offengelassen werden).

⁵⁴ MÜLLER/MADUZ (Fn 50), Rz 5 zu Art. 1 ArG, mit Verweis auf die Wegleitung des Staatssekretariates für Wirtschaft [SECO] vom Februar 2016 zum Arbeitsgesetz und zu den Verordnungen 1 und 2, Art. 1 Abs. 2 ArG.

⁵⁵ In BGE 118 II 157 hat das Bundesgericht ein Franchiseverhältnis zwar nicht als Arbeitsvertrag qualifiziert, jedoch die sinngemässe Anwendung arbeitsrechtlicher Vorschriften zum Schutze des Franchisenehmers bejaht. Nicht zu entscheiden war in diesem Verfahren die Unterstellung unter das Arbeitsgesetz.

⁵⁶ GEISER (Fn 49), Rz 8 zu Art. 1 ArG.

⁵⁷ Siehe oben, Rz 27.

⁵⁸ BACHMANN (Fn 49), Rz 10 zu Art. 1 ArG; MÜLLER/MADUZ (Fn 50), Rz 5 zu Art. 1 ArG.

2. Der private Haushalt als «Betrieb» im Sinne des Arbeitsgesetzes

[Rz 47] Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG sieht vor, dass das Gesetz auf «private Haushaltungen» nicht anwendbar ist. Aus den **Materialien** zum ArG ergibt sich als Motiv für den Ausschluss privater Haushaltungen vom Geltungsbereich des ArG **Befürchtungen** hinsichtlich eines übermässigen staatlichen **Eingriffs in die Privatsphäre**. Zudem würde **kein Schutzbedürfnis** bestehen, die Kantone hätten **Normalarbeitsverträge** zu erlassen, die **genügend Schutz** bieten würden. Erwähnt wurden weiter **Durchsetzungsschwierigkeiten**⁵⁹. Zu ergänzen ist, dass 2011 gestützt auf Art. 360a OR ein schweizweit geltender Mindestlohn für Hausangestellte erlassen wurde⁶⁰. Nach Art. 1 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 lit. b und Art. 9 Abs. 2 lit. f des Bundesgesetzes über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhnen (EntsG) kann die Einhaltung dieses Mindestlohnes in Beschäftigungsverhältnissen in **privaten Haushalten** durch die zuständige tripartite Kommission **kontrolliert** und die **verantwortliche kantonale Behörde sanktioniert** werden⁶¹. Es zeigt sich also, dass (quasi)⁶² behördliche Kontrollen (bezüglich der Einhaltung der Mindestlöhne) in privaten Haushalten vorgesehen sind. Art. 7 Abs. 4 EntsG sieht vor, dass der Arbeitgeber den Kontrollorganen jederzeit freien Zutritt gewähren muss. Das gilt auch für die Kontrolle von Mindestlöhnen bei hauswirtschaftlichen Arbeiten in privaten Haushalten.

[Rz 48] Nach Lehre und Praxis ist eine «private Haushaltung» ein Betrieb im Sinne des ArG, wenn die Arbeitgeberin Personen für ihre **persönlichen Bedürfnisse im Haushalt** beschäftigt⁶³. Solche Arbeitnehmende im Haushalt sind beispielweise Butler, Haushälter/innen, Köche/innen, Chauffeure/eusen, Hausmädchen oder Hausburschen sowie anderes Personal, das im Haushalt oder Garten mithilft. Nicht relevant ist, ob diese Personen auch im Haushalt wohnen und mit welchem Anstellungsgrad sie beschäftigt sind. Ausgenommen vom Anwendungsbereich des Arbeitsgesetzes ist der **so verstandene Haushalt als Betrieb**⁶⁴.

[Rz 49] Nicht jede berufliche Tätigkeit in privaten Haushalten fällt unter die Ausnahmebestimmung gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG. Wenn die Arbeit im privaten Haushalt **nicht der Deckung der persönlichen Bedürfnisse** des Arbeitgebers dient, sondern zu **Erwerbszwecken erfolgt**, findet die Ausnahmeregelung von Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG keine Anwendung⁶⁵. Die Arbeit im «Home-Office» stellt deshalb keine Tätigkeit in privaten Haushalten dar⁶⁶. Auch nicht als pri-

⁵⁹ BBI 1960 II 909, Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) vom 30. September 1960, S. 945; KARL WEGMANN, Der Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes in: Eduard Negeli (Hrsg.) Einführung in des Arbeitsgesetz Bern 1966, S. 77). In der parlamentarischen Debatte sorgte Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG für keine Diskussionen, siehe Sten. Bull. NR 1962 S. 146 und Sten. Bull. SR 1963 S. 38.

⁶⁰ Verordnung über den Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Hauswirtschaft vom 20. Oktober 2010, SR 221.215.329.4.

⁶¹ Zu einem Anwendungsfall siehe PÄRLI (Fn 8) Art. 9 EntsG, Rz 60.

⁶² Tripartite Kommissionen (TPK) setzten sich aus Vertretern des Bundes oder der Kantone (TPK Bund bzw. kantonale TPK) sowie Vertretern der Arbeitgeber und Arbeitnehmer zusammen.

⁶³ MÜLLER/MADUZ (Fn 50), Rz 19 zu Art. 2 ArG, GEISER (Fn 49), Rz 39 zu Art. 2 ArG, BACHMANN (Fn 49), Rz 27 zu Art. 2 ArG; Urteil des Bundesgerichts 4A_96/2017, E. 4.1.3 vom 14. Dezember 2017.

⁶⁴ GEISER (Fn 49), Rz 39 zu Art. 2 ArG.

⁶⁵ SECO, Wegleitung I, 0023; GEISER (Fn 50), Rz 39 zu Art. 2 ArG.

⁶⁶ PASCAL DOMENIG, Homeoffice-Arbeit als besondere Erscheinungsform im Einzelarbeitsverhältnis, Bern 2016, S. 248.

vate Haushalte im Sinne von Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG zählen die Tätigkeiten von Hauspersonal in Botschaften, Konsulaten oder andere diplomatischen Vertretungen⁶⁷.

[Rz 50] In **Zweiparteienverhältnissen**, das heisst, wenn die zu betreuende Person die Betreuerin oder den Betreuer direkt anstellt, fallen die Betreuungs- und Haushaltshilfetätigkeiten unter die Ausnahmebestimmung des Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG. Gleiches gilt auch im Fall einer Arbeitsvermittlung nach AVG. Zwar wird hier die Betreuerin oder der Betreuer durch die Betreuungsorganisation an die zu betreuende Person vermittelt. Nach erfolgter Vermittlung ist einzig noch der Arbeitsvertrag zwischen der zu betreuenden Person und der Betreuerin oder dem Betreuer massgebend.

[Rz 51] In solchen Zweiparteienverhältnissen bieten theoretisch kantonale Normalarbeitsverträge (NAV) Schutz vor überlangen Arbeitszeiten. Allerdings können die Bestimmungen des NAV im Rahmen eines Einzelarbeitsvertrages wegbedungen werden. In diesen Fällen bildet einzig die arbeitsvertragliche Verpflichtung der Arbeitgeberin zum Schutz der Persönlichkeit und Gesundheit (Art. 328 OR) eine gewisse Schranke vor (zu) langen Arbeits- und zu wenig Ruhezeiten. Die Durchsetzung des Gesundheits- und Persönlichkeitsschutzes ist indes den Arbeitnehmenden überlassen, was im spezifischen Kontext eher illusorisch ist. Bei fehlender Unterstellung unter das Arbeitsgesetz sind behördliche Kontrollmöglichkeiten der Arbeitszeiten nicht möglich⁶⁸.

[Rz 52] Diese Rechtslage ist unbefriedigend. Die Unterstellung (auch) dieser Form der Betreuungs- und Hausarbeit unter das Arbeitsgesetz würde aber eine Gesetzesänderung erfordern⁶⁹.

3. Der «private Haushalt» und die Ausnahmebestimmung in Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG in Dreiecksverhältnissen

[Rz 53] Die durch die Lehre aufgeführten Beispiele von Tätigkeiten in privaten Haushalten verdeutlichen, dass Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG typischerweise **Zweiparteienverhältnisse** erfasst⁷⁰. Wie verhält es sich aber in den Fällen, in denen die Betreuungs- und Haushaltshilfen im Rahmen eines **Personalverleihs oder Auftragsverhältnisses** in den privaten Haushalten tätig sind?

[Rz 54] In der Lehre wird darauf hingewiesen, dass bei privatrechtlich-erwerbswirtschaftlichen Spitex-Anbietern die Arbeitsergebnisse dem kommerziellen Zweck der Spitex-Anbieter dienen und nicht dem Haushalt, in dem die Spitex-Leistung erbracht wird⁷¹. Namentlich THOMAS GEISER ist indes der Auffassung, dass privatrechtlich-erwerbswirtschaftliche Spitex-Anbieter nur dann in den betrieblichen Geltungsbereich des ArG fallen würden, wenn ihre Tätigkeit als **reines Auftragsverhältnis** qualifiziert werde. Nur in diesen Konstellationen stelle der Spitex-Anbieter den Betrieb im Sinne von Art. 1 Abs. 2 ArG dar. Beim Vorliegen von Personalverleih handle es sich

⁶⁷ BACHMANN (Fn 49), Rz zu Art. 2 ArG.

⁶⁸ Siehe indes zur Möglichkeit der Kontrolle der Einhaltung der NAV-Mindestlöhne nach Art. 360a OR durch die zuständige tripartite Kommission die Ausführungen in Rz 47.

⁶⁹ KURT PÄRLI, Rechtsfragen der Beschäftigung ausländischen Pflegepersonals, Pflegerecht 2012, S.100. KARINE LEMPEN/RACHEL SALEM, Travail domestique en Suisse, ARV 2017, S. 79–91 (90).

⁷⁰ WAGNER (Fn 1), S. 773.

⁷¹ WAGNER (Fn 1), S. 773, GEISER (Fn 26), S. 100. Auch HENSCH (Fn 26), S. 11 befürwortet in diesen Fällen die Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes.

beim privaten Haushalt um den Einsatzbetrieb und somit sei der Haushalt (als Betrieb) dem ArG nicht unterstellt⁷².

[Rz 55] Der Analyse von GEISER ist insoweit zu folgen, dass bei einem allfälligen Vorliegen eines **Auftragsverhältnisses** die Betreuungsorganisation als Betrieb nach Art. 1 Abs. 2 ArG zu qualifizieren ist⁷³.

[Rz 56] Nach der hier vertretenen Position entspricht es nicht dem Normzweck, bei Personalverleih den Haushalt unter die Ausnahmebestimmung in Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG zu subsumieren. Der weite Anwendungsbereich des Gesetzes und die nicht weniger weite Definition des Betriebsbegriffs illustrieren die ratio legis des Gesetzes, **möglichst viele Arbeitnehmende** vor überlangen Arbeitszeiten und vor gesundheitlichen Beeinträchtigungen zu schützen. Zu diesem Zweck sieht das Arbeitsgesetz zum einen **Vorschriften zur Begrenzung der Arbeitszeit** und Verpflichtungen der Arbeitgeber und Arbeitnehmenden zum Gesundheitsschutz vor. Zum anderen beinhaltet das Gesetz **behördliche Kontroll- und Sanktionsmechanismen**. Damit der Gesetzeszweck realisiert werden kann, ist notwendig, die Art. 2 bis 4 ArG vorgesehenen **Ausnahmen** vom betrieblichen oder persönlichen Geltungsbereich **eng auszulegen**. Für die vorliegend interessierende Auslegung von Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG sind dabei auch die **völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz zu berücksichtigen, die sich aus dem ILO-Übereinkommen Nr. 189** ergeben⁷⁴.

[Rz 57] Werden Betreuungs- und Haushaltstätigkeiten in privaten Haushalten im Rahmen eines Personalverleihs ausgeführt, so ist im Lichte der vorangehenden Überlegungen der Personalverleiher als Betrieb im Sinne von Art. 1 Abs. 2 ArG zu bezeichnen. Auch der private Haushalt fällt als Einsatzbetrieb unter den Betriebsbegriff des ArG. Allerdings findet die **Ausnahmebestimmung für private Haushalte nach Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG keine Anwendung**. Die Betreuungs- und Hausarbeit dient zwar der zu betreuenden Person (also dem Einsatzbetrieb), jedoch bewirkt das Arbeitsergebnis auch die Erfüllung des Dienstleistungsvertrages zwischen der Betreuungsorganisation und der zu betreuenden Person. Zudem wird in den meisten Fällen die Arbeit durch die Betreuungsorganisation organisiert und auch inhaltlich zumindest mitdefiniert. Die Betreuungsorganisation bestimmt namentlich auch die einzuhaltenden Arbeitszeiten der Betreuer/innen. Somit kann **die Vollzugsbehörde die Einhaltung der Bestimmungen des Arbeitsgesetzes auch beim Personalverleiher** (also der Betreuungsorganisation) **kontrollieren**. Das bei privaten Haushalten als Grund für die Nichtanwendbarkeit des ArG ins Feld geführte Argument der fehlenden Kontrollmöglichkeiten ist somit in den vorliegenden Konstellationen hinfällig.

[Rz 58] Ein solches Auslegungsergebnis ist notwendig, denn im Rahmen eines Personalverleihs werden Arbeitnehmende zwar durch das AVG für gewisse Bereiche (wie Sicherung des Lohnes) geschützt. Das **AVG selbst sieht aber gerade keine Bestimmungen vor, die vor überlangen Arbeitszeiten schützen**. Hinzuweisen ist aber an dieser Stelle auf den **Gesamtarbeitsvertrag (GAV) für den Personalverleih**. Der allgemein verbindlich erklärte GAV Personalverleih enthält ebenfalls Bestimmungen zur Arbeitszeit. Nach Art. 12 Abs. 1 GAV Personalverleih beträgt die wöchentliche Höchstarbeitszeit 42 Stunden. Art. 12 Abs. 2 GAV hält die mit einem Zuschlag von 25% zu bezahlende Überzeit fest und verweist im Übrigen auf das Arbeitsgesetz. Die **Kontrollorgane des GAV kontrollieren die Einhaltung der Arbeitszeiten** bei den Personalverleihern. Auch

⁷² GEISER (Fn 27), S.100, ihm zustimmend WAGNER (Fn 1), S. 773.

⁷³ Allerdings werden Betreuungs- und Haushaltshilfeverhältnisse regelmässig nicht als Auftrag sondern als Personalverleih qualifiziert, siehe oben, Rz 35.

⁷⁴ Siehe dazu oben, Rz 6 ff.

die Bewilligungsbehörde nach AVG ist indes zur Kontrolle der Einhaltung von Bestimmungen über die Höchstarbeitszeit verpflichtet. Art. 16 Abs. 1 lit. b AVG sieht vor, dass die Bewilligung für den Personalverleih entzogen wird, wenn gegen zwingende Vorschriften des Arbeitnehmerschutzes verstossen wird. Zu den zwingenden Vorschriften des Arbeitnehmerschutzes gehört zweifelsohne auch das Arbeitsgesetz, sofern es auf den fraglichen Betrieb anwendbar ist, was nach der hier vertretenen Position der Fall ist. Die für den **Personalverleih zuständige Behörde** muss also **bei Betreuungsorganisationen die Einhaltung der Arbeitszeitvorschriften des ArG** bei den in privaten Haushalten eingesetzten Betreuungspersonen auch **gestützt auf das AVG** kontrollieren. [Rz 59] Die Unterstellung der Betreuungs- und Haushaltshilfedienstleistungen, soweit Dreiecks-konstellationen vorliegen, unter das Arbeitsgesetz ist auch aus einem weiteren Grund erforderlich. Sehr viele Organisationen bieten Spitexdienste sowie Betreuungs- und Haushaltsdienstleistungen als gesamtes Leistungspaket an. Beide Dienstleistungen werden im privaten Haushalt erbracht und durch die gleiche Firma organisiert. Sowohl **praktische Gründe** als auch die **normativen Vorgaben** (Arbeitnehmerschutz im Allgemeinen sowie für Haushaltsangestellte insbesondere) sprechen dafür, dass hier das Arbeitsgesetz umfassend anwendbar ist.

V. Schlussfolgerung

[Rz 60] Die Frage, ob das Arbeitsgesetz anwendbar auf Betreuungs- und Haushaltstätigkeiten, die in privaten Haushalten geleistet werden, anwendbar ist, muss differenziert beantwortet werden. Es sind die vier folgenden Konstellationen zu unterscheiden:

- In **reinen Zweiparteienverhältnissen**, das heisst, wenn ein Arbeitsvertrag zwischen der zu betreuenden Person und der Betreuungsperson vorliegt, ist der Haushalt ein «Betrieb» im Sinne von Art. 1 ArG. Die Arbeitstätigkeit dient den persönlichen Bedürfnissen der Arbeitgeberin. Somit ist der Ausnahmetatbestand des Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG erfüllt und das ArG findet auf diese Arbeitsverhältnisse keine Anwendung.
- Das gleiche Ergebnis gilt, wenn ein Arbeitsverhältnis im Rahmen einer **Arbeitsvermittlung** begründet wird. Wenn jedoch der Arbeitsvermittler über die Vermittlung hinaus auch den Inhalt des Arbeitsvertrages mitbestimmt, liegt Personalverleih vor.
- Wenn zwischen einer **Spitex-Organisation**⁷⁵ und der zu betreuenden Person ein **Auftragsverhältnis** nach Art. 394 ff. OR abgeschlossen wird und zwischen der Spitex-Organisation und der Pflegefachperson⁷⁶ ein Arbeitsvertrag vorliegt, ist die **Spitex-Organisation als Betrieb im Sinne von Art. 1 Abs. 2 ArG** zu qualifizieren. Folglich liegt in dieser Konstellation kein Anwendungsfall von Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG vor und das Arbeitsgesetz findet Anwendung.
- Beim **Personalverleih** wird ein wesentlicher Teil des Weisungsrechts der formellen Arbeitgeberin an den Einsatzbetrieb (privater Haushalt der zu betreuenden Person) übertragen. Das führt aber nicht dazu, dass **nur** der private Haushalt als «Betrieb» im Sinne von Art. 1 ArG zu bezeichnen ist. Die von der Betreuungsperson als Arbeitnehmerin geleistete Arbeit dient zwar den **Bedürfnissen des Einsatzbetriebes**. Gleichzeitig dient die Tä-

⁷⁵ Auftragskonstellationen sind auch für Betreuungs- und Haushaltshilfe vorstellbar, gemäss Gerichtspraxis liegt bei den heutige gängigen Angeboten Personalverleih und nicht Auftrag vor, siehe zum Ganzen Rz 35.

⁷⁶ Bzw. Betreuungspersonen, falls ein Auftrag vorliegen sollte, siehe Fn 75.

tigkeit der Arbeitnehmerin auch der **Erfüllung des Verleihvertrages** und kommt somit wirtschaftlich betrachtet dem **Verleihunternehmen zu Gute**. Der **Einsatzbetrieb** organisiert die Arbeitseinsätze und **bestimmt namentlich die Arbeitszeit**. Die Einhaltung der Vorschriften des ArG können durch die Vollzugsbehörden beim Verleihbetrieb kontrolliert werden. Die Notwendigkeit der Schutzvorschriften und deren behördliche Kontrollen ergeben sich auch aus den verfassungs- und völkerrechtlichen Vorgaben zum Schutze der Hausangestellten. Der **private Haushalt fällt somit nicht unter die Ausnahmeregelung für private Haushalte nach Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG**. Auf im Rahmen eines Personalverleihs geleistete Betreuungs- und Haushaltsarbeiten sind die Vorschriften des ArG deshalb anwendbar.

KURT PÄRLI ist Professor für Soziales Privatrecht an der juristischen Fakultät der Universität Basel.

Der vorliegende Text basiert auf einem Rechtsgutachten, das der Autor im Auftrag des VPOD Basel verfasst hat.