



Agenturen für die Live-in-Betreuung

Intransparenz im Dreiecksverhältnis und darauf basierende Vertragsgestaltung

ISABELLE WILDHABER*



LUISE LOCHER**

Um älteren und gebrechlichen Menschen das Leben zuhause weiter zu ermöglichen, gibt es seit einigen Jahren eine Vielzahl von Verleihagenturen, welche eine sog. Live-in-Betreuung anbieten. Live-ins wohnen bei der zu betreuenden Person, kümmern sich um deren Haushalt und helfen bei alltäglichen Aufgaben wie der Körperhygiene. Sie stammen oft aus Zentral- und Osteuropa und sind fast ausschliesslich Frauen. Viele Live-ins werden durch Verleihagenturen vermittelt. Wir zeigen in diesem Beitrag die Intransparenz und die fehlende Kommunikation im Dreiecksverhältnis zwischen den Verleihagenturen, dem zu betreuenden Haushalt und der Live-in-Person auf. Diese Intransparenz spiegelt sich auch in der Vertragsausgestaltung wider und wirft diverse rechtliche Fragen auf.

Depuis quelques années, de nombreuses agences de location de services proposent une prise en charge « live-in » pour permettre aux personnes âgées et infirmes de continuer à vivre chez elles. Les personnes « live-in » habitent chez les personnes assistées et les aident dans les tâches ménagères et autres tâches quotidiennes comme l'hygiène corporelle. Ces personnes, souvent originaires d'Europe centrale et orientale, sont presque exclusivement des femmes. Le recours à ces « live-ins » passe souvent par des agences de location de services. La présente contribution révèle le manque de transparence et de communication dans le rapport tripartite entre les agences de location de services, le foyer assisté et la personne « live-in ». Ce manque de transparence se reflète également dans la structure des contrats et soulève diverses questions juridiques.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Rechtliche Rahmenbedingungen für die Live-in-Betreuung
 - A. Live-in-Arbeitsverhältnisse mittels Verleihagentur
 - B. Live-in-Arbeitsverhältnisse mit Direktanstellung
- III. Vertragliches Dreiecksverhältnis
- IV. Intransparenz und fehlende Kommunikation
- V. Vertragsgestaltung durch Live-in-Agenturen
 - A. Abzug von Kost und Logis
 - B. Kündigung des Vertrages Verleihagentur–Live-in
 - C. Kündigung des Vertrages Verleihagentur–Haushalt
- VI. Fazit

I. Einleitung

Pflegebedürftigkeit nimmt in der Schweiz zu – das ergibt sich allein schon aus der demographischen Entwicklung.¹ Das Bundesamt für Statistik schätzt, dass der Anteil der 65-jährigen und älteren Personen von 18,7% (2019) auf rund 25,6% (2050) ansteigen wird und die Zahl von über 80-jährigen von 0,46 Millionen (2020) auf 1,11 Milli-

onen (2050).² Viele gebrechliche Personen, wie Betagte, Kranke und Menschen mit einer Behinderung, haben das Bedürfnis, in ihrem eigenen Heim und im gewohnten Umfeld zu leben, solange wie es ihnen ihre Gesundheit erlaubt. Sie sind jedoch oft auf Betreuung und auf Unterstützung im Haushalt und in der Alltagsbewältigung angewiesen. Diese hauswirtschaftlichen Tätigkeiten werden immer öfter von Menschen geleistet, die mit ihnen im privaten Haushalt leben.

Diese Form von Betreuung zu Hause wird häufig von Frauen geleistet, welche zu diesem Zweck aus Zentral- oder Osteuropa in die Schweiz kommen.³ Sie stammen aus Ländern wie Polen, der Slowakei, Rumänien, Bulgarien, Tschechien, Ungarn oder den baltischen Staaten.⁴ Sie pendeln für Einsätze von zwei Wochen bis drei Monaten

* ISABELLE WILDHABER, Prof. Dr. iur., LL.M., Professorin für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität St. Gallen und Geschäftsführende Direktorin am Forschungsinstitut für Arbeit und Arbeitswelten (FAA-HSG).

** LUISE LOCHER, M.A. HSG in Rechtswissenschaften, ehemalige Assistentin am Forschungsinstitut für Arbeit und Arbeitswelten (FAA-HSG).

Wir danken Dr. Sara Licci, Rechtsanwältin, für ihren Input, und Christine Huonker, FAA-HSG, für ihr hervorragendes Lektorat.

¹ KARIN VAN HOLTEN/ANKE JÄHNKE/IREN BISCHOFBERGER, Care-Migration – transnationale Sorgearrangements im Privathaushalt, Schweizerisches Gesundheitsobservatorium Bericht Nr. 57, Neuenburg 2013, 12.

² Bundesamt für Gesundheit BAG, Faktenblatt Demographische Entwicklung und Pflegebedarf, 22.9.2021, Internet: https://www.bag.admin.ch/dam/bag/de/dokumente/berufe-gesundheitswesen/terita_erstufe/pflegeinitiative/Faktenblaetter/fb-demographie.pdf.download.pdf/210922_FB_Demographie_DE.pdf (Abruf 25.10.2023).

³ Eidg. Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF), Verlängerung und Änderung der Verordnung über den Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Hauswirtschaft (NAV Hauswirtschaft), Erläuterungen, Bern 11.11.2022, 5.

⁴ JENNIFER KIM STEINER, Contested Care, Negotiating Transnational Home Care Arrangements, Zürich 2021, 25; VANESSA BENAZHA ARANKA/MICHAEL LEIBLFINGER/VERONIKA PRIELER/JENNIFER STEINER, Live-in-Care im Ländervergleich, in: Brigitte Aulenbacher/Helma Lutz/Karin Schwiter (Hrsg.), Gute Sorge ohne gute Arbeit – Live-in Care in Deutschland, Österreich und der Schweiz, Weinheim/Basel 2021, 20 ff., 24; B.S.S. Volkswirtschaftliche Beratung AG, 24-Stunden-Betragtenbetreuung in Privathaushalten, Regulierungsfolgenabschätzung zu den Auswirkungen der Lösungswege gemäss

in die Schweiz⁵ und kehren nach ihren Einsätzen wieder in ihr Heimatland zurück.⁶ Live-ins sind fast ausschliesslich weiblich und typischerweise zwischen etwa 40 und 65 Jahre alt.⁷ Diese Frauen aus dem Ausland wurden in der Vergangenheit oft *Care-Migrantinnen* oder *Pendelmigrantinnen* genannt. Politisch korrekter wird heute von «Live-ins» gesprochen. Allerdings können Live-ins selbstverständlich auch aus der Schweiz sein, sodass dieser Begriff umfassender ist. Das SECO hat seine Terminologie im Jahr 2023 angepasst und spricht nun anstatt von Pendelmigrantinnen und 24-h-Betreuung ebenfalls von Live-ins.⁸ Gegen den traditionell benutzten Begriff «24-h-Betreuung» spricht, dass arbeitsrechtlich eine 24-h-Betreuung durch eine Person weder möglich noch rechtlich zulässig ist, wie wir nachfolgend in II. sehen werden.

Vermittelt werden die Live-ins meistens von privatwirtschaftlich agierenden und profitorientierten Agenturen.⁹ Der Markt dieser Care-Agenturen hat sich im vergangenen Jahrzehnt klar vergrössert und wurde umkämpfter.¹⁰ Die meisten der Care-Agenturen bieten den Verleih von Personal an, d.h. das Personal steht in einem Arbeitsverhältnis mit der Agentur; einige wenige sind als reine Vermittlungsagenturen tätig.¹¹ In diesem Beitrag untersuchen wir die Vertragsgestaltung durch diese Verleihagenturen, und zwar nur derjenigen, welche aus der Schweiz heraus agieren. Die Verleihagenturen bieten heute ein Gesamtpaket mit Zusatzdienstleistungen an (z.B. umfassende

administrative Unterstützung, Abführen von Sozialbeiträgen, Betreuung durch Koordinatoren, Reporting oder eine Hotline für Notfälle). Sie helfen somit dem zu betreuenden Haushalt, indem sie die Administration, die Einstellung und die Suche der Betreuungsperson übernehmen. In der gesamten Schweiz sind geschätzt rund 100 Agenturen aktiv, welche für ihre Kunden und Kundinnen Dienstleistungen anbieten und Live-ins rekrutieren und platzieren.¹² Die Agenturen sind oft klein, teilweise Familienunternehmen oder Einzelfirmen.¹³ Sie betonen auf ihren Websites ihre Seriosität, Legalität und Fairness und vermarkten ihre Dienstleistungen als individualisierte, kostengünstige und sichere Alternative zu einem Alters- oder Pflegeheim. Wichtiges Legitimationsnarrativ sind dabei die Legalität, die gute Vergütung, die Professionalität der Agentur und die Verlässlichkeit der Informationen.¹⁴

Die Live-in-Angebote ermöglichen den Betroffenen, trotz einer gewissen Betreuungsbedürftigkeit im eigenen Heim zu wohnen und damit auch autonom zu bleiben. Sie sind somit von grossem Interesse für die Betroffenen. Denn viele Menschen ziehen diese Lösung einem Alters- oder Pflegeheim vor. Im Hinblick auf die steigende Lebenserwartung und die damit verbundenen Spital- und Krankheitskosten ist diese Betreuungsform immens wichtig für unsere ganze Gesellschaft. Es muss daher in unser aller Interesse liegen, dieser Branche und den Live-ins Sorge zu tragen, insbesondere dadurch, dass klare Arbeitsbedingungen geschaffen und durchgesetzt werden können und dass der damit verbundene Geldfluss überprüft werden kann.

Wir wollen mit diesem Beitrag unseren Fokus auf die Vertragsgestaltung der Agenturen im Dreiecksverhältnis legen. Die Agenturen unterliegen bei der Vertragsgestaltung dem Arbeitsvermittlungsgesetz und dessen Verordnung (AVG und AVV), dem Gesamtarbeitsvertrag Personalverleih (GAVP) und seit Dezember 2021 dem Arbeitsgesetz (ArG) (siehe dazu ausführlich unten II.A.). Damit ist das Anstellungsverhältnis der Live-in-Betreuungsperson klar reguliert. Der vorliegende Beitrag

Bericht zum Postulat Schmid-Federer 12.3266 «Pendelmigration zur Alterspflege», Basel 2016, 2, zitiert aus Postulat 12, 13.

⁵ STEINER (FN 4), 1; LINDA MÄRK-ROHRER/PATRICIA M. SCHIESS RÜTIMANN, 24h-Betreuung durch Care-Migrantinnen und -Migranten in Liechtenstein, Analyse der institutionellen und rechtlichen Situation, BERN 2020, 22.

⁶ B.S.S. Volkswirtschaftliche Beratung AG (FN 4); MÄRK-ROHRER/SCHIESS RÜTIMANN (FN 5), 19 ff.; HUEY SHY CHAU/KARIN SCHWITER, Who shapes migration in open labour markets? Analysing migration infrastructures and brokers of circularly migrating home care workers in Switzerland, Mobilities 16, 12.10.2021, 724 ff.

⁷ WBF, Erläuterungen NAV Hauswirtschaft (FN 3), 5; SARAH SCHILLIGER, Globalisierte Care-Arrangements in Schweizer Privathaushalten, in: Eva Nadai/Michael Nollert (Hrsg.), Geschlechterverhältnisse im Post-Wohlfahrtsstaat, Weinheim/Basel 2015, 154 ff.

⁸ Internet: <https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Arbeitnehmerschutz/live-in-betreuung.html> (Abruf 25.10.2023).

⁹ Es gibt auch das Angebot von Caritas und theoretisch könnten auch die öffentlichen Spitex-Betriebe «mitmischen».

¹⁰ BRIGITTE AULENBACHER/HELMA LUTZ/KARIN SCHWITER, Gute Sorge ohne gute Arbeit?, in: Brigitte Aulenbacher/Helma Lutz/Karin Schwiter (Hrsg.), Gute Sorge ohne gute Arbeit – Live-in Care in Deutschland, Österreich und der Schweiz, Weinheim/Basel 2021, 7 ff., 9; STEINER (FN 4), 8; B.S.S. Volkswirtschaftliche Beratung AG (FN 4), 6; CHAU/SCHWITER (FN 6), 724 ff.

¹¹ STEINER (FN 4), 9.

¹² KARIN SCHWITER/ANAHI VILLALBA, Live-in-Betreuerinnen in der Krise, Die Volkswirtschaft 3/2021, 47 (per 1.1.2021 62 Agenturen in der Deutschschweiz, in jeder Dreijahresperiode kommen ca. 20 neue Agenturen hinzu); das SECO schätzte die Zahl auf 100, so JÖRG KRUMMENACHER, Pendelmigrantinnen: Das graue Geschäft mit den Alten, NZZ vom 31.10.2019.

¹³ STEINER (FN 4), 9.

¹⁴ EWA PALENGA-MÖLLENBECK, «Lade Deine Superkräfte wieder auf», Vermittlungs- und Entsendeagenturen und das Konzept der guten Arbeit in der Live-in-Betreuung, in: Brigitte Aulenbacher/Helma Lutz/Karin Schwiter (Hrsg.), Gute Sorge ohne gute Arbeit – Live-in Care in Deutschland, Österreich und der Schweiz, Weinheim/Basel 2021, 106 ff.

befasst sich deshalb nicht mit der vieldiskutierten Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes oder der Bewertung der Arbeitsbedingungen in diesen Verhältnissen, sondern mit dem Dreiecksverhältnis zwischen diesen Verleihagenturen, dem zu betreuenden Haushalt und den Live-ins. Wir möchten dieses Dreiecksverhältnis kritisch beleuchten, einige Schwachstellen benennen und Verbesserungsmöglichkeiten aufzeigen. Speziell interessant finden wir dabei die *Intransparenz und die fehlende Kommunikation im Dreiecksverhältnis* zwischen den Verleihagenturen, dem zu betreuenden Haushalt und den Live-ins, welche sich auf die Vertragsgestaltung auswirken können. Dieses Thema der Intransparenz und der fehlenden Kommunikation im Dreiecksverhältnis ist bis anhin wissenschaftlich nicht gross diskutiert worden.

Grundlage unserer Abhandlung ist eine von uns durchgeführte Fallstudie einer Schweizer Agentur aus den Jahren 2020/2021, bei der uns die relevanten Verträge (Temporär-Rahmenarbeitsvertrag, Einsatzvertrag für die Arbeit im privaten Haushalt, Kundenvertrag) sowie weitere Unterlagen (wie z.B. die Lohnabrechnung) vorliegen und wir mit mehreren von dieser Agentur angestellten Live-ins Interviews geführt haben. Die Einsicht in die Verträge und weitere Unterlagen sowie das Führen dreier Interviews waren nur unter Zusage der Vertraulichkeit möglich.¹⁵ Die Fallstudie wurde vor dem Entscheid des Bundesgerichts 2C_470/2020 vom 22. Dezember 2021 durchgeführt, welcher das Arbeitsgesetz (ArG) für anwendbar erklärte (siehe nachfolgend II.A.).

II. Rechtliche Rahmenbedingungen für die Live-in-Betreuung

Regulatorisch muss zwischen zwei sehr unterschiedlichen Konstellationen unterschieden werden:

- a) Es gibt einerseits Live-in-Arbeitsverhältnisse mittels Verleihagentur, bei der die Agentur die Arbeitgeberin ist (nachfolgend II.A.). Diese Verhältnisse sind stark reguliert: Anwendbar sind das Arbeitsvermittlungsgesetz (AVG¹⁶) und die Arbeitsvermittlungsverordnung (AVV¹⁷), der Gesamtarbeitsvertrag Personalverleih

(GAVP plus Kommentar¹⁸ dazu) sowie das Arbeitsgesetz (ArG¹⁹). Unter der Schirmherrschaft dieser Regulierungen sind die Arbeitsverhältnisse der Betreuungspersonen klar reguliert, anders als dies bei den Arbeitsverhältnissen der Minderheit der Agenturen in der Branche der Fall ist, die entweder illegal oder aus dem Ausland heraus agieren.

- b) Andererseits gibt es Live-in-Arbeitsverhältnisse mit Direktanstellung bei der zu betreuenden Person bzw. deren Angehörigen. Auf diese kommen der Normalarbeitsvertrag (NAV) Hauswirtschaft Bund und die kantonalen Normalarbeitsverträge (NAV) Hauspersonal zur Anwendung (nachfolgend II.B.).

Gerade durch den Personalverleih haben die Betreuungskräfte Zugang zu günstigen und streng kontrollierten Arbeitsbedingungen (AVG, AVV, GAVP und ArG), was bei einer direkten Anstellung in Privathaushalten nicht der Fall ist. Diese Uneinheitlichkeit hätte man vermeiden können, wenn man Vorgaben für alle Live-in-Arbeitsverhältnisse im ArG oder in der ArGV 2 (z.B. rund um Art. 17 ArGV 2) vorgesehen hätte. Sonderbestimmungen im Rahmen der ArGV 2 werden derzeit mit den betroffenen Sozialpartnern der entsprechenden Branche erarbeitet.²⁰ Das SECO hat bereits ein entsprechendes Treffen organisiert, um diese Fragestellung zu diskutieren. Bis anhin wurde aber (noch) nichts beschlossen.

A. Live-in-Arbeitsverhältnisse mittels Verleihagentur

Das SECO beschloss im Jahr 2007, dass die Bewilligungspflicht gemäss *Arbeitsvermittlungsgesetz* (AVG) auch auf die sog. «24-h-Care-Agenturen» anzuwenden sei.²¹ Dieser Beschluss wurde im Jahr 2013 bundesgerichtlich bestätigt.²² Dieses bundesgerichtliche Urteil bildete den Grundstein für eine Live-in-Betreuung über Verleihagenturen in der Schweiz.²³ Die durch bewilligte Verleihagenturen zum Einsatz kommenden Live-ins unterstehen dem

¹⁸ Tempservice, Kommentar GAV Personalverleih, 12.4.2019, Internet: https://www.tempservice.ch/docs/de/tempservice/GAV_Personalverleih_Kommentar_DE.pdf (Abruf 14.11.2023).

¹⁹ Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG; SR 822.11).

²⁰ Internet: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20224135> (Abruf 14.11.2023).

²¹ SECO, Weisungen und Erläuterungen zum Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih, Bern 2007, 153 ff.

²² BGer, 2C_356/2012, 11.2.2013.

²³ KARIN SCHWITER/JENNIFER STEINER, Live-in-Betreuer*innen als Angestellte – der Fall Schweiz, in: Aulenbacher Brigitte/Lutz Helma/Schwiter Karin (Hrsg.), Gute Sorge ohne gute Arbeit – Live-in

Gesamtarbeitsvertrag Personalverleih (GAVP), welcher seit 2012 allgemeinverbindlich ist und daher nicht einfach abgeändert werden kann.²⁴ Die Durchsetzung des GAVP wird durch die paritätische Kommission überprüft. Der GAVP bringt den Arbeitnehmenden einige Vorteile. Er garantiert ihnen einheitliche Kündigungsfristen (Art. 11 GAVP), geregelte Arbeitszeiten (Art. 12 GAVP), Ferien (Art. 13 GAVP) und Freitage (Art. 14 ff. GAVP) und hält einen allgemeinverbindlichen Mindestlohn fest (Art. 20 GAVP). Er reguliert zudem BVG²⁵, KTG-Lohnfortzahlung an die Live-in bei Krankheit von bis zu 720 Tagen (Art. 28 GAVP), Lohnzuschläge (Art. 24 GAVP) oder Kurzabsenzen (Art. 15 GAVP).

Für Betreuerinnen, die von Verleihagenturen angestellt sind, gelten die Mindestlöhne und weitere Bestimmungen des GAVP.²⁶ Der *Mindestlohn* beträgt derzeit in Normallohngebieten für Ungelernte CHF 19.92 pro Stunde bzw. CHF 3798 pro Monat für eine 44-Stunden-Woche, in Hochlohngebieten (dazu gehören gemäss Art. 20 Abs. 3 GAVP die Agglomeration Bern, der Arc lémanique und die Kantone BS, BL, ZH und GE) CHF 21.02 pro Stunde und im Niedriglohngebiet Tessin CHF 18 pro Stunde.²⁷ Zu diesem Mindestlohn kommen noch die Zuschläge, z.B. für Bereitschaftsdienst, dazu.

Die *Konvention 189 der «International Labour Organization»* (ILO-Konvention 189) über menschenwürdige Arbeit für Hausangestellte («Decent Work for Domestic Workers»), welche die Schweiz 2014 ratifiziert hat,²⁸ verlangt, dass Hausangestellten gleiche Arbeits- und Lebensbedingungen, Lohn, Gesundheit und soziale Sicherheit zukommen sollen wie anderen Arbeitnehmenden auch.²⁹ Unter Bezugnahme auf diese ILO-Konvention 189 forderten die Gewerkschaften (z.B. Schweizerischer Verband des Personals öffentlicher Dienste VPOD oder Unia³⁰) in

den vergangenen Jahren immer wieder die Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes auf Live-in-Care-Arbeitsverhältnisse mit Anstellung über eine Verleihagentur.³¹

Mit dem *Entscheid 2C_470/2020 vom 22. Dezember 2021* sprach sich das Bundesgericht zum ersten Mal für die Anwendbarkeit des schweizerischen Arbeitsgesetzes auf «24-h-Betreuungsverhältnisse» mittels einer Agentur aus, trotz der Ausnahmeregelung für Privathaushalte in Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG.³² Vor diesem Bundesgerichtsentscheid galt die Praxis, dass Arbeitnehmende, die von Agenturen in Privathaushalte vermittelt wurden, den Schutzbestimmungen des Arbeitsgesetzes nicht unterlagen.³³ Das Bundesgericht hat nun aber festgehalten, dass die *Ausnahmebestimmung von Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG nicht für Dreiparteienverhältnisse* gelte. Diese Ausnahmebestimmung gilt aber weiterhin für Live-in-Arbeitsverträge, welche direkt mit dem Haushalt abgeschlossen werden (siehe nachfolgend II.B.).³⁴

Die Folge der Rechtsprechungsänderung im Bundesgerichtsentscheid 2C_470/2020 für die Verleihagenturen besteht darin, dass gewisse der bisherigen Betreuungsmodelle nach den Vorgaben des ArG nicht mehr möglich sind, da Pikett- und Sonntagsarbeit in einem Live-in-Setting die Vorgaben des ArG meist bei Weitem überschreiten. Eine Live-in-Betreuung rund um die Uhr via Personalverleih ist nur noch durch einen Schichtbe-

lung der Betreuungsarbeit in Privathaushalten unter das Arbeitsgesetz!, Bern 2018.

³¹ Vgl. ZivGer BS, GS.2013.32, 27.10.2014; Dept. des Innern Kt. SO, Entscheid 3/2003, Internet: <http://www.appl.so.ch/appl/ger/daten/ger2003/03.pdf> (Abruf 25.10.2023); KURT PÄRLI, Private Haushalte, Anwendung des Arbeitsgesetzes?, Jusletter vom 27.5.2019. Gegen die Anwendung des ArG bei Personalverleih THOMAS GEISER, Übersicht über die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts, AJP 2016, 100 ff., 100 f.

³² Vgl. ROLAND MÜLLER, Gilt das Arbeitsgesetz bei 24-Stunden-Betreuung in privaten Haushalten?, Besprechung von BGer, 2C_470/2020, 22.12.2021, AJP 2022, 661 ff.; JEAN CHRISTOPHE SCHWAAB, Un ménage à trois n'est pas un ménage privé: commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_470/2020 du 22 décembre 2021, Newsletter DroitDuTravail.ch 2/2022; Internet: <https://www.arbeitsrecht-aktuell.ch/de/2022/01/24/24-stunden-betreuung-unter-dem-arbeitsgesetz/> (Abruf 25.10.2023).

³³ Deshalb Motion 19.4430 von Yvonne Feri vom 12.12.2019 «Verbesserter Schutz für in der Betreuung tätige Hausangestellte», welche verlangte, dass in der Betreuung tätige Hausangestellte dem ArG zu unterstellen seien, Internet: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20194430> (Abruf 25.10.2023). Siehe auch KR-Nr. 458/2020, RRB-Nr. 296/24. März 2021 (Stellungnahme), Internet: <https://parlzhcdws.cmicloud.ch/parlzh5/cdws/Files/c88b41e64db742c28c939c9f11b22072-332/6/pdf> (Abruf 25.10.2023).

³⁴ Siehe dazu den interessanten BGer, 4A_88/2023, 29.6.2023, E. 3.1.

Care in Deutschland, Österreich und der Schweiz, Weinheim/Basel 2021, 79 ff.

²⁴ GAVP, Internet: www.seco.admin.ch/gav-personalverleih (Abruf 25.10.2023).

²⁵ Siehe dazu Internet: https://www.arbeit.swiss/dam/secoalv/de/dokumente/publikationen/arbeitsvermittlung-personalverleih/vorsorge/Merkblatt_Welche_Arbeitnehmer_von_Verleihbetrieben_sind_von_Gesetzes_wegen_zwingend_im_BVG_zu_versichern.pdf (Abruf 16.11.2023).

²⁶ Vgl. auch SCHWITER/STEINER (FN 23), 80.

²⁷ Art. 20 Abs. 1 GAVP.

²⁸ Übereinkommen Nr. 189 vom 16. Juni 2011 über menschenwürdige Arbeit für Hausangestellte (SR 0.822.728.9).

²⁹ B.S.S. Volkswirtschaftliche Beratung AG (FN 4), 23; BENAZHA/LEIBLINGER/PRIELER/STEINER (FN 4), 37; MÄRK-ROHRER/SCHIESS RÜTIMANN (FN 5), 114 ff.

³⁰ Siehe z.B. VPOD, Regulierung 24-Std.-Betreuung zu Hause – Die Forderungen des VPOD, Zürich 2017; Unia, Resolution, Unterstel-

trieb zu gewährleisten.³⁵ Das bedeutet, dass nunmehr *neue Betreuungsmodelle mit mehr Personal und erheblich höheren Kosten* etabliert werden müssen.³⁶ Es fragt sich deshalb, wie die Agenturen ihr Geschäftsmodell anpassen sollen, da eine Betreuung mit mehreren betreuenden Personen enorm teuer wird. Die in der Schweiz zugelassenen Verleihagenturen müssen minutiös einerseits die Regelungen des GAVP und andererseits jene des ArG einhalten. Die Bestimmungen des GAVP werden dabei von den paritätischen Kommissionen streng kontrolliert. Bei Verstössen seitens der Verleihagenturen müssen diese nicht nur Nachzahlungen leisten, sondern es drohen auch empfindliche Konventionalstrafen sowie die Auferlegung der Verfahrenskosten.³⁷ Am 29. September 2022 wurde deshalb im Parlament die Interpellation 22.4135 «Kein Kahlschlag bei der Betreuung in privaten Haushaltungen» von Hannes Germann eingereicht.³⁸ In dieser Interpellation wurde u.a. die Frage gestellt, welche Konsequenzen diese Entwicklung im Zusammenhang mit den stetig steigenden Gesundheitskosten und dem akuten Fachkräftemangel habe und ob sich durch diese rigiden Vorgaben die Nachfrage nach einer Betreuung in Alters- und Pflegeheimen massiv erhöhen werde.³⁹ Im Frühjahr 2023 hat das SECO eine Umfrage in Auftrag gegeben, um zu erheben, wie die Agenturen ihr Geschäftsmodell seit dem Bundesgerichtsentscheid vom Dezember 2021 angepasst haben, um der Anwendung des ArG im Privathaushalt gerecht zu werden.

Gewisse Care-Agenturen, wie «Home-Instead» oder «CareBo Spitex», deklarieren in ihren Internetauftritten, dass es sich bei der 24-h-Betreuung um ein Team von drei Betreuenden handle, welches sich in Schichten ablöse.⁴⁰ «Home-Instead» fügt dieser Deklaration allerdings an, dass in den meisten Fällen ein «normaler» Live-in-Dienst genüge. Dabei ist zu vermuten, dass eine betreuende Person gemeint ist. Dies ist allerdings heikel, da diese Per-

son an ihrem Arbeitsort wohnt und somit die Gewährleistung der ununterbrochenen Ruhezeit herausfordernd sein kann.⁴¹ Andere Anbieter preisen eine Betreuung rund um die Uhr mit einem Wechsel zwischen zwei Betreuungspersonen an. In diesem Modell seien acht Stunden effektive Arbeitszeit, acht Stunden Bereitschaftsdienst und acht Stunden Freizeit enthalten.⁴² Ein *Grossteil der Agenturen äussert sich nicht zu der konkreten Umsetzung einer 24-h-Betreuung* und spricht in ihrem Online-Angebot oft bloss von «einer Betreuungskraft oder Haushaltshilfe», was auf eine Person deuten würde. Gewisse Agenturen scheinen die Präsenzzeit entweder als Pausen oder als Arbeitszeit zu interpretieren,⁴³ obwohl der Kommentar zum GAVP erläutert, was als Arbeitszeit und was als Freizeit zu verstehen ist. Laut dem Kommentar ist die vertraglich vereinbarte Rufbereitschaft «Zeit neben der Arbeitszeit, bei der die betreuende Person zur Verfügung stehen muss». Die wöchentliche Normalarbeitszeit gemäss GAVP beschränkt sich auf 44 Stunden pro Woche.⁴⁴

Das *Projekt «FairCare@Home»* hat das Ziel, ein neues Modell mit fairen Arbeitsbedingungen für die Live-in-Betreuung zu errichten. Das Projekt, geleitet von Prof. Karin von Holten, ist in drei Phasen aufgebaut und arbeitet mit verschiedenen Spitex-Organisationen, Caritas Care, einem For-Profit-Anbieter, Pro Senectute Zürich, Gewerkschaften und Vertreterinnen von Angehörigen als Praxispartnern zusammen. In Arbeitsgruppen wurde in einem ersten Schritt ein Modell erstellt, welches ab November 2023 für 12 Monate in der Praxis getestet und anschliessend evaluiert werden soll.⁴⁵

B. Live-in-Arbeitsverhältnisse mit Direktanstellung

Wenn der GAVP nicht zur Anwendung kommt, wie beispielsweise bei einer Direktanstellung durch den Haushalt ohne Agentur, ist stattdessen der *Normalarbeitsvertrag*

⁴¹ Siehe dazu BGer, 4A_88/2023, 29.6.2023.

⁴² Pro Senectute, 24-Stunden-Betreuung, Internet: <https://pszh.ch/betreuung/begleitung-und-betreuung/24-stunden-betreuung/> (Abruf 25.10.2023); Qualis Vita 24, 24-Stunden Betreuung in der Schweiz, Internet: <https://www.qv-24.ch/24-stunden-betreuung> (Abruf 25.10.2023).

⁴³ Medinside, Privat-Spitex streitet um «Live-In-Betreuung», 24.5.2023, Internet: <https://www.medinside.ch/privat-spitex-streitet-um-24-stunden-betreuung-20230524> (Abruf 25.10.2023).

⁴⁴ Art. 12 Abs. 1 GAVP.

⁴⁵ Caritas Schweiz, «Faire Bedingungen in der Live-In-Betreuung – gemeinsam gestaltet», Über die Erarbeitung eines neuen Modells für die Betreuung zuhause, 19.6.2023, Internet: <https://www.caritas.ch/de/faire-bedingungen-in-der-live-in-betreuung-gemeinsam-gestaltet/> (Abruf 25.10.2023).

³⁵ So Internet: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20224135> (Abruf 25.10.2023).

³⁶ MICHAEL KULL, Personalverleih als Lösung in der Krise? Aktuelle Entwicklungen und Probleme, in: Kurt Pärli (Hrsg.), Bedeutung und Aufgabe des Arbeitsrechts in der Krise. 6. Basler Arbeitsrechtstagung, Zürich/St. Gallen 2022, 123 ff.

³⁷ Art. 38 Abs. 2 GAVP.

³⁸ Internet: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20224135> (Abruf 25.10.2023).

³⁹ Dito.

⁴⁰ Home Instead, Gute Betreuung zuhause rund um die Uhr – was bedeutet das?, 30.5.2023, Internet: <https://www.homeinstead.ch/blog/details/gute-betreuung-zuhause-rund-um-die-uhr-was-bedeutet-24-stunden-betreuung> (Abruf 25.10.2023); CareBo Spitex, Dienstleistungen, Internet: <https://www.carebo-spitex.ch/dienstleistungen/> (Abruf 25.10.2023).

(NAV) Hauswirtschaft des Bundes anwendbar.⁴⁶ Dann gelten die zwingenden Mindestlöhne, die in Art. 5 NAV Hauswirtschaft Bund festgelegt sind.⁴⁷ Das sind derzeit für Ungelernte CHF 19.50 pro Stunde, was bei einer 44-Stunden-Woche etwa CHF 3718 pro Monat (und somit leicht weniger als beim GAVP) entspricht;⁴⁸ es können noch Zuschläge dazukommen. Der NAV Hauswirtschaft des Bundes regelt nur die Mindestlöhne. Das bedeutet, dass verbindliche Bestimmungen zu den Arbeitszeiten bei einer Live-in-Betreuung weitgehend fehlen.

Für Arbeitsbedingungen, wie Arbeits- und Ruhezeiten, Ferienanspruch, Feiertagsanspruch, Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers im Krankheitsfall, Überstundenentschädigung, Probezeit, Kündigung des Arbeitsverhältnisses usw., sind bei Direktanstellungen die kantonalen NAV für Arbeitnehmende in der Hauswirtschaft bzw. das schweizerische Arbeitsvertragsrecht anwendbar. Allerdings können diese kantonalen NAV mittels schriftlicher Vereinbarung abgeändert oder wegbedungen werden (anders als die zwingenden Bestimmungen des GAVP und des ArG in II.A.). Sie sind privatrechtlicher, nicht öffentlich-rechtlicher Natur und sind somit dispositiv und nicht zwingend.⁴⁹ Die Schutzbestimmungen der kantonalen NAV können deshalb in der Praxis bezüglich Präsenzzeit, Entschädigung oder Vorschriften über die Ruhezeiten vollständig «ausgehebelt» werden.⁵⁰

Das SECO hat im Juni 2018 einen Modell-NAV zur Ergänzung der kantonalen NAV für Arbeitnehmer im Haushaltsdienst gemäss Art. 359 Abs. 2 OR vorgelegt.⁵¹ Gemäss Art. 359 Abs. 2 OR ist jeder Kanton verpflichtet, für die Arbeitnehmenden im Hausdienst in einem NAV mindestens die Arbeits- und Ruhezeiten zu ordnen und so die zwingenden Regeln des Arbeitsvertragsrechts zu ergänzen. Der Modell-NAV definiert den gewünschten schweizweiten Minimalstandard für die Arbeitsbedingungen in der 24-h-Betreuung mit der Erwartung, dass die Kantone ihre bestehenden NAV zur Hauswirtschaft mit diesen Regelungen ergänzen, sofern sie diese Punk-

te nicht bereits angemessen geregelt haben. Der Modell-NAV hat selbst keine bindende Wirkung.

Die kantonalen Normalarbeitsverträge (NAV) für hauswirtschaftliche Angestellte⁵² beinhalten weitere Bestimmungen zu den Arbeitsbedingungen, was in den Kantonen relevant ist, welche den Modell-NAV umgesetzt haben und die Arbeitsbedingungen für Hauspersonal in der 24-h-Betreuung konkretisieren.⁵³ Dazu gehören Anforderungen an das der Live-in zur Verfügung gestellte Einzelzimmer (abschliessbar, Tageslicht plus künstliches Licht, ausreichende Möblierung, Heizung), gesunde und ausreichende Verpflegung, Nutzung der Waschküche und unlimitierter und kostenloser Internetzugang. Die Regelungen differieren weiterhin von Kanton zu Kanton.⁵⁴

Bei Live-in-Anstellungsverhältnissen mit Direktanstellung im Haushalt herrscht demnach ein *Puzzleteppich an Arbeitsbedingungen*.⁵⁵ Die Motion 21.3671 von Samira Marti vom 9. Juni 2021 fragte deshalb mit Sicht auf den Modell-NAV: «Bessere Arbeitsbedingungen für <Live-in-care>-Arbeiter und -Arbeiterinnen in der Altersbetreuung. Wie weiter?»⁵⁶ Der Bundesrat hielt dazu in seiner Stellungnahme vom 1. September 2021 fest, dass das SECO per Anfang 2022 den Stand der Übernahme der Regeln gemäss Modell-NAV durch die Kantone publizieren und dann entscheiden werde, ob weitere Untersuchungen angezeigt seien.

III. Vertragliches Dreiecksverhältnis

Das Vertragskonstrukt der Live-in-Betreuung mittels einer Agentur ist ein klassisches *Dreiecksverhältnis*: In einem Dreiecksverhältnis stellt typischerweise der Personalverleiher als rechtliche Arbeitgeberin einem Kunden

⁵² Übersicht über alle kantonalen NAV Hauswirtschaft, Internet: https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/Personenfreizugigkeit_Arbeitsbeziehungen/schwarzarbeit/Arbeit_korrekt_melden/Private_Arbeitgebende/Arbeitsvertragsrecht.html (Abruf 25.10.2023).

⁵³ Siehe dazu SECO, Analyse und Bewertung der kantonalen NAV Hauswirtschaft, Bern 21.3.2022, Internet: <https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Arbeitnehmerschutz/live-in-betreuung.html#-391960949> (Abruf 25.10.2023). Per 2023 z.B. AG, LU, SO, VS, GE, BE, ZH, SG, TI, BS, BL, NW.

⁵⁴ Siehe dazu GABRIELA MEDICI, Migrantinnen als Pflegehilfen in Schweizer Privathaushalten, Menschenrechtliche Vorgaben und staatliche Handlungspflichten, Zürich 2015, 87 ff.

⁵⁵ Siehe dazu STEINER (FN 4), 1.

⁵⁶ Internet: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20213671> (Abruf 25.10.2023). In den Medien wurde dies auch viel diskutiert, siehe z.B. Internet: <https://www.srf.ch/play/tv/10-vor-10/video/fokus-senioren-betreuung-mit-schlechten-arbeitsbedingungen?urn=urn:srf:video:93f04828-7d7c-4241-aa89-ef07d898fc5a> (Abruf 25.10.2023).

(dem Dritten oder Einsatzbetrieb) gewerbsmässig Arbeitnehmer zur Verfügung. Die Arbeitnehmer unterstehen für die Erbringung der Arbeitsleistung beim Kunden dem Weisungsrecht des Kunden.⁵⁷ Es besteht ein Arbeitsvertrag (Art. 319 ff. OR) zwischen der Verleihagentur und den Live-ins und ein Dienstleistungsvertrag (Vertrag sui generis, der im Wesentlichen den Auftragsregeln folgt)⁵⁸ zwischen der Verleihagentur und dem Haushalt, d.h. der zu betreuenden Person bzw. ihren Angehörigen. Den Verleihagenturen kommt dabei in der konkreten Ausgestaltung der Betreuungslösung und der Arbeitsbedingungen eine bedeutende Rolle zu.⁵⁹

Die nachstehenden Ausführungen zum vertraglichen Dreiecksverhältnis beziehen sich auf unsere konkrete Fallstudie. Das Dreiecksverhältnis ist typisch für alle Temporär- und Verleihverhältnisse. Es ist aber in unserer Fallstudie Ausgangspunkt für Intransparenz und fehlende Kommunikation (siehe unten IV.).

Der Arbeitsvertrag zwischen der Verleihagentur und den Live-ins muss gemäss GAVP Elemente wie Lohn, Arbeitszeit, Rufbereitschaft und Ruhezeit beinhalten.⁶⁰ Die Betreuerin weiss somit, was ihre Arbeitsbedingungen sind und wie viel Lohn sie am Ende des Monats erhalten wird. Das Vertragskonstrukt ist meistens ein Temporär-Rahmenarbeitsvertrag, der als Arbeitsvertrag zu qualifizieren ist, so auch in unserer Fallstudie.⁶¹ Dieser wird in der Praxis durch Einsatzverträge ergänzt, welche die Einzelheiten der konkreten Einsätze spezifizieren. In unserer Fallstudie ist es aber der Temporär-Rahmenvertrag, der u.a. die Aufgaben der Live-in, die zu leistende Arbeitszeit, den Lohn und die Kündigung des Vertrags regelt. Gemäss diesem Vertrag müssen Live-ins hauswirtschaftliche Arbeiten wie Einkaufen und die Körperpflege des Pflegebedürftigen erledigen sowie evtl. gemeinsam essen, zu Hause Gesellschaft leisten oder andere Erledigungen gemäss der individuellen Bedarfsabklärung bei

der zu betreuenden Person ausführen.⁶² Der Einsatzvertrag regelt die zu leistenden Arbeitsstunden sowie die Stunden der Rufbereitschaft.⁶³

Zwischen der Verleihagentur und dem Haushalt, d.h. der zu betreuenden Person bzw. ihren Angehörigen, besteht ein weiterer Vertrag. Dieser regelt u.a. den Preis des Einsatzes und die Aufgaben der Live-in. In Studien werden Preise für 24-h-Care genannt von CHF 2500 bis zu CHF 35'000 pro Monat, mit einem Median von CHF 6500 und einem Durchschnitt von knapp CHF 10'000 (Zahlen vor dem Entscheid 2C_470/2020 vom 22. Dezember 2021).⁶⁴ Bei einer sich an die regulatorischen Vorgaben (AVG, AVV, GAVP, ArG) haltenden Dienstleistung ist allerdings ein Preis von unter ca. CHF 4000 schwer denkbar. Im uns vorliegenden Vertrag beträgt die Betreuung einer Einzelperson zwischen CHF 7700 bis CHF 22'230 pro Monat, je nachdem, ob die Betreuung 6 oder 7 Tage pro Woche geleistet wird, und je nachdem, ob eine, zwei oder drei Betreuerinnen sich abwechseln. Dieser Betrag ist allerdings nur zutreffend, wenn die Live-in im Haushalt der zu betreuenden Person Kost und Logis erhält; falls die zu betreuende Person nicht in der Lage ist, Kost und Logis zu bieten, wird dieser Preis um CHF 990 pro Monat erhöht.⁶⁵

Zwischen dem Haushalt und den Live-ins besteht kein vertragliches Verhältnis. Die zu betreuende Person bzw. ihre Angehörigen erhält/erhalten das Weisungsrecht und auch die Fürsorgepflicht für die Arbeitnehmerin. Alle anderen Rechte und Pflichten der Arbeitgeberin verbleiben bei der Verleihagentur.⁶⁶

IV. Intransparenz und fehlende Kommunikation

Das Dreiecksverhältnis bei der Live-in-Care in der von uns vorgenommenen Fallstudie kennzeichnet sich durch *Intransparenz und fehlende Kommunikation der involvierten Vertragsparteien*. Diese spiegelt sich in der Ver-

⁴⁶ Verordnung vom 20. Oktober 2010 über den Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Hauswirtschaft (NAV Hauswirtschaft; SR 221.215.329.4).

⁴⁷ SECO, Merkblatt für Personalverleih- und Vermittlungsunternehmen, Wenn Sie Betreuungspersonen vermitteln oder verleihen, Stand 2023.

⁴⁸ CHF 19.50 × 44 h × 4 1/3.

⁴⁹ SCHWITER/STEINER (FN 23), 82. Das sei «besonders brüskierend», siehe Stellungnahme KR-Nr. 458/2020 (FN 33).

⁵⁰ So Stellungnahme KR-Nr. 458/2020 (FN 33).

⁵¹ Modell-NAV zur Ergänzung der kantonalen NAV für Arbeitnehmer im Haushaltsdienst gemäss Art. 359 Abs. 2 OR, Internet: <https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Arbeitnehmerschutz/live-in-betreuung.html> (Abruf 25.10.2023).

⁵⁷ UELI GREUB, Personalverleih, in: Wolfgang Portmann/Adrian von Kaenel (Hrsg.), Fachhandbuch Arbeitsrecht, Zürich 2018, 607 ff., N 15.1.

⁵⁸ GREUB (FN 57), N 15.6.

⁵⁹ SARAH SCHILLIGER, Arbeitsstandards in der 24-h-Betreuung: zwischen marktwirtschaftlicher Vertragslogik und Logik der häuslichen Sphäre, Pflegerecht 2016, 166 ff., 166; CHAU/SCHWITER (FN 6), 728 («As providers of these all-inclusive packages, the care agencies carry a lot of responsibility, but they also hold a lot of power. Among other things, they draft the work contracts and they also decide whether «replaced» carers are assigned to new families or simply let go»).

⁶⁰ Art. 12, 20 GAVP; Kommentar GAVP (FN 18), 15 f.

⁶¹ Einsatzvertrag für die Arbeit im privaten Haushalt, § 3 Administration.

⁶² Temporär-Rahmenvertrag, § 2 Tätigkeit/Art der zu leistenden Arbeit.

⁶³ Einsatzvertrag für die Arbeit im privaten Haushalt, § 10 Arbeitszeit pro 100 %-Stelle.

⁶⁴ B.S.S. Volkswirtschaftliche Beratung AG (FN 4), 9; siehe auch STEINER (FN 4), 9.

⁶⁵ Einsatzvertrag für die Arbeit im privaten Haushalt, § 4 Kost und Logis.

⁶⁶ GABRIELA MEDICI, Hauswirtschaft und Betreuung im Privathaushalt. Rechtliche Rahmenbedingungen: Juristisches Dossier im Auftrag der Fachstelle für Gleichstellung der Stadt Zürich, der Gewerkschaft VPOD und der Gewerkschaft Unia, Zürich 2017, 24.

tragsgestaltung wider. Es muss allerdings beachtet werden, dass sich die anhand dieser Fallstudie aufgezeigten Unstimmigkeiten nicht auf die gesamte Branche projizieren lassen. Trotzdem soll diese Fallstudie aufzeigen, dass es doch auch problematische Einzelfälle gibt, welche teils durch die Intransparenz im Dreiecksverhältnis ermöglicht werden.

Der Temporär-Rahmenarbeitsvertrag zwischen der Verleihagentur und der Live-in beinhaltet nebst Vertragsklauseln zum Lohn und zur Arbeitszeit eine Sorgfaltpflicht und auch eine *Schweigepflicht der Arbeitnehmerinnen*.⁶⁷ Diese Schweigepflicht erscheint gerechtfertigt, wenn sie die Geschäftsgeheimnisse und Personendaten betrifft, von denen die Arbeitnehmerinnen durch ihre Tätigkeit Kenntnis erlangen.⁶⁸ Der schriftliche Vertrag beinhaltet lediglich eine klassische Schweigepflicht bezüglich betrieblicher Angelegenheiten der Arbeitgeberin, sprachlich kompliziert und sehr ausführlich formuliert.⁶⁹ In unserer Fallstudie haben Interviews mit Betroffenen aber gezeigt, dass mündlich das Stillschweigen auch über den Inhalt der Vertragsbedingungen seitens der Arbeitnehmerin verlangt wird und bei einem Nichteinhalten mit einer Konventionalstrafe gedroht wird.⁷⁰ Eine solche Regelung scheint keinen anderen Zweck zu verfolgen, als ein Vertrauensverhältnis über die Pflegesituation hinaus zwischen der Live-in und der zu betreuenden Person oder deren Angehörigen zu hindern und die Intransparenz des Dreiecksverhältnisses zu fördern, weil dann nicht über Geldflüsse und Vertragsbedingungen gesprochen wird.

Neben dieser Schweigepflicht wurde in unserer Fallstudie das Vertrauensverhältnis zwischen der zu betreuenden Person und der Live-in auch durch weitere Vertragsklauseln erschwert. Die zu betreuende Person stimmt in ihrem Vertrag mit der Verleihagentur zu, dass sie der Live-in *keine Geschenke oder Trinkgeld* im Wert von über CHF 50 gibt.⁷¹ Zudem wird den Arbeitnehmerinnen explizit verboten, Geschenke anzunehmen, ausser zum Geburtstag und zu Weihnachten. Auch dann dürfen die Ge-

schenke allerdings nur geringen Wert aufweisen.⁷² Solche Regelungen mögen in anderen Pflegesituationen, wie in Spitälern, sinnvoll sein, damit keine Interessenkonflikte oder Bevorzugungen entstehen. In Live-in-Verhältnissen ist eine Bevorzugung keine Gefahr, da die Live-ins jeweils nur eine Person betreuen bzw. sich um einen Haushalt kümmern. Das Verbot der Geschenkkannahme verhindert jegliche persönliche Bedankung bei der Live-in und erschwert den Aufbau eines Vertrauensverhältnisses. Ein solches Vertrauensverhältnis kann aber als essenziell für eine erfolgreiche Betreuung gesehen werden.

Die Intransparenz ermöglicht es der Verleihagentur in unserer Fallstudie, eine *erhebliche Marge auf den Preis zu schlagen*. Der Unterschied zwischen dem Preis für die Betreuung (in den uns vorliegenden Verträgen für eine Einzelperson ab CHF 7700 bis CHF 22'230 pro Monat, je nach Anzahl Betreuerinnen und betreuungslose Tage pro Woche) und dem Lohn an die Live-in-Person (z.B. CHF 3700 pro Monat plus Zuschläge, minus Kost und Logis von CHF 990 pro Monat) beträgt monatlich Tausende von Franken. Die zu betreuende Person und die Live-in wissen normalerweise nicht, was die konkreten Bedingungen des anderen Vertrages im Dreiecksverhältnis sind.⁷³ Die Geldflüsse im Einzelnen werden im Dreieck Haushalt-Verleihagentur-Live-in nicht angesprochen. Kunden und Kundinnen gehen häufig von der Annahme aus, dass die Tausenden von Franken, welche sie bezahlen, um weiterhin in der Freiheit der eigenen vier Wände leben zu können, zum grössten Teil an die Arbeitskraft gehen, die dies ermöglicht. Dass oft nur etwa ein Drittel des vom Kunden bezahlten monatlichen Dienstleistungsbetrages an die Live-in geht, bleibt intransparent.⁷⁴ Zwei Drittel des vom Kunden bezahlten Betrags kann an die Administration, Begleitung, Rekrutierung, Sachkosten und v.a. an den (hohen) Gewinn der Verleihagentur gehen. Die Marge ist noch grösser, wenn ein Ehepaar betreut wird, weil dann der Preis für die Betreuung steigt, der Lohn für die Live-in-Person aber gleichbleibt.⁷⁵ Die riesige Gewinnmarge der Verleihagenturen geht an der Betreuungsperson vorbei.⁷⁶ Die Intransparenz, welche auf Seiten der Kundschaft/des Haushalts besteht, könnte aufgelöst werden, wenn die Agentur aufschlüsseln und

⁶⁷ Einsatzvertrag für die Arbeit im privaten Haushalt, § 9 Pflichten des Mitarbeiters/der Mitarbeiterin.

⁶⁸ So z.B. explizit § 8 NAV Hauspersonal/BS.

⁶⁹ Temporär-Rahmenvertrag, § 3 Schweigepflicht. Verletzt ein Arbeitnehmer seine Geheimhaltungspflicht und damit seine Treupflicht, kann dies Sanktionen nach sich ziehen. Dabei hat der Richter im Einzelfall eine Interessenabwägung nach Treu und Glauben vorzunehmen. Die Geheimhaltungspflicht geht nur so weit, wie das Interesse des Arbeitgebers an der Geheimhaltung berechtigt ist und nicht hinter anderen Interessen zurückstehen muss.

⁷⁰ Interview Live-in.

⁷¹ Einsatzvertrag für die Arbeit im privaten Haushalt, § 4 Diverses.

⁷² Temporär-Rahmenvertrag, § 3 Annahme von Geschenken.

⁷³ VAN HOLTEN/JÄHNKE/BISCHOFBERGER (FN 1), 31 f.

⁷⁴ VAN HOLTEN/JÄHNKE/BISCHOFBERGER (FN 1), 32.

⁷⁵ Interview Live-in und Verträge.

⁷⁶ CHRISTIAN BERNHART, Maximaler Einsatz, minimale Rechte: Care-Arbeit, Beobachter 14/2022, 30 ff., Zitat einer Betreuerin: «Wenn der Kunde sagt, er zahle 60 Franken pro Stunde, und man erhält nur 20 Franken, dann stimmt etwas nicht»; VAN HOLTEN/JÄHNKE/BISCHOFBERGER (FN 1), 32.

offenlegen müsste, wie sich der monatlich zu bezahlende Betrag zusammensetzt und welches Salär die Betreuungsperson brutto erhält. Dieses Salär ergibt sich aus dem GAVP, was aber den meisten Kunden nicht bekannt oder nicht klar sein dürfte. Eine derartige Verpflichtung der Agentur, im Dienstleistungsvertrag gegenüber der Kundschaft Transparenz und Offenlegung zu schaffen (über das Salär der Betreuungsperson und über den Abzug von Kost und Logis), würde dem *Konsumentenschutz* dienen und das Vertrauensverhältnis zwischen der Agentur und dem Haushalt stärken.

Mangelnde Transparenz über das Salär der Betreuungsperson und die Marge war auch der psychologische Hintergrund eines *basel-städtischen Urteils aus dem Jahr 2014*.⁷⁷ In diesem Urteil hielt das Zivilgericht – Jahre vor dem Bundesgericht 2021 – fest, dass die Arbeit im Privathaushalt bei Anstellungen durch private Verleihagenturen dem Arbeitsgesetz unterstellt sei. Dabei hing der Erfolg der Klage u.a. damit zusammen, dass der betreuungsbedürftige Mann die Betreuerin vor Gericht unterstützte, weil er sich über die grosse Diskrepanz zwischen der von der Agentur verlangten Summe und dem letztlich an die Betreuerin ausbezahlten Lohn ärgerte.⁷⁸ In diesem Fall hat die offene Kommunikation zwischen der Betreuerin und der betreuten Person über den von der Agentur ausbezahlten Lohn dazu beigetragen, zwischen diesen beiden Transparenz ins Dreiecksverhältnis zu bringen.

Die Intransparenz im Dreiecksverhältnis kann zu *Unzufriedenheit auf beiden Seiten* führen. So haben uns Live-ins in Interviews z.B. berichtet, dass es öfters Differenzen über die Verpflegung gebe, wenn eine Live-in sich am Einsatzort selbst versorge. Es könne dabei vorkommen, dass die zu betreuende Person dies als frech empfinde, da sie nicht wisse, dass der Live-in CHF 990 für Kost und Logis abgezogen würden. Umgekehrt würde die Live-in dies aber nicht einsehen, weil sie ja dafür mit dem Abzug von Kost und Logis direkt bezahle.⁷⁹ Ebenso störten sich offenbar gewisse Haushalte daran, dass der Anspruch auf Kost auch an den freien Tagen in natura bezogen werde, für den die Live-in gemäss Vertrag bezahlt habe, was aber der Haushalt nicht wisse.⁸⁰ Insgesamt zeigen die Interviews mit den Live-ins auf, dass

sich diese gehörig daran stören, dass sie ihr Bestes geben, um eine gute Betreuung zu leisten, dann aber der vom Einsatzbetrieb bezahlte Preis und der ihnen ausbezahlte Lohn nicht im Verhältnis stehen⁸¹ – sie stören sich also an der Marge der Verleihagenturen.⁸² Bei lange andauernden Betreuungsverhältnissen kann dies daher leider durchaus zu einer verringerten Motivation in der Betreuung führen, was unbedingt vermieden werden sollte.

Eine *fehlende Kommunikation* besteht in unserer Fallstudie auch bezüglich der Art der Einsätze. Im Interview erzählt eine Live-in, dass ihr vor ihrer Ankunft im Haushalt nicht mitgeteilt worden sei, dass sie eine sterbende Person betreuen und diese somit in den Tod begleiten würde.⁸³ Diese fehlende Vorbereitung auf eine palliative Situation könnte als Verletzung der arbeitsrechtlichen Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin (im Sinne von Art. 328 OR) gewertet werden. Im Einsatzvertrag festgehalten wird nur die Pflicht der Leistung von der Betreuung und Grundpflege zu Hause sowie der Hilfe im Haushalt. Theoretisch sollten sich die tatsächlichen Arbeiten der Live-in auf diese Tätigkeiten beschränken, weil der Rest der Dienstleistungen von Spitex oder z.B. auch von der Spitalexternen Onkologiepflege (SEOP) geleistet wird. In der Praxis kommen diese zwei Organisationen in Palliativsituationen zwei Mal pro Tag vorbei und in der restlichen Zeit lastet die darüberhinausgehende intensive Pflegearbeit auf der Live-in. Das Leben in einem Haushalt mit einer sterbenden Person stellt eine starke emotionale und psychische Belastung dar.⁸⁴ Die fehlende Kommunikation führt im konkreten Fall deshalb zur weiteren Unzufriedenheit seitens der Live-in gegenüber der Verleihagentur.

Die Intransparenz wird u.E. dadurch gefördert, dass sowohl die zu betreuende Person bzw. ihre Angehörigen wie auch die Live-in auf die Care-Arbeit angewiesen sind und somit auf beiden Seiten eine Art *«Notlage»* besteht. Seitens der zu betreuenden Person sind es meistens gesundheitliche Krisen oder ein plötzlicher Betreuungsbedarf, welche eine Live-in-Betreuung notwendig machen. In einer solchen Situation muss jeweils unter Zeitdruck eine Lösung gefunden werden.⁸⁵ Die zu betreuende Person bzw. ihre Angehörigen sind deshalb meistens gewillt, einen hohen Preis in Kauf zu nehmen. Die Live-ins ihrerseits sind auf das in der Schweiz erworbene Einkommen angewiesen. Im Vergleich zu den Durchschnittslöhnen in

⁷⁷ Vgl. ZivGer BS, GS.2013.32, 27.10.2014; MICHAEL KULL, Entschädigung für Bereitschaftsdienst, Besprechung eines Urteils des Zivilgerichts Basel-Stadt vom 27.10.2014 (GS.2013.32), ARV 2015, 112 ff.

⁷⁸ JENNIFER STEINER, «Guter Lohn für gute Arbeit»? Legitimation und Kritik im Regulierungsprozess der Rund-um-die-Uhr-Betreuung betagter Menschen in Schweizer Privathaushalten, Swiss Journal of Sociology 2020, 281 ff., 290.

⁷⁹ Interview Live-in.

⁸⁰ Interview Live-in.

⁸¹ Interviews Live-ins. Vgl. auch MEDICI (FN 54), 167.

⁸² Interview Live-in.

⁸³ Interview Live-in.

⁸⁴ Das Gleiche wird berichtet in BERNHART (FN 76), 32.

⁸⁵ VAN HOLTEN/JÄHNKE/BISCHOFBERGER (FN 1), 28; B.S.S. Volkswirtschaftliche Beratung AG (FN 4), 18.

ihren Herkunftsländern (z.B. EUR 500 für eine ausgebildete Pflegerin im 100%-Pensum⁸⁶) ist der schweizerische Mindestlohn gemäss GAVP bzw. NAV Hauswirtschaft (siehe oben II.) zu bevorzugen, selbst dann, wenn Kost und Logis in der Höhe von CHF 990 abgezogen werden.

V. Vertragsgestaltung durch Live-in-Agenturen

Wir wollen im Folgenden gewisse *Vertragsklauseln* untersuchen: den bereits angesprochenen Abzug der Kost und Logis (V.A.), die Kündigungsklauseln im Vertrag Verleihagentur und Live-in (V.B.) sowie die Kündigungsklauseln im Vertrag zwischen der Verleihagentur und dem zu betreuenden Haushalt (V.C.).

A. Abzug von Kost und Logis

Der Vertrag zwischen der Verleihagentur und der Live-in in unserer Fallstudie beinhaltet Regelungen zum Lohn der Live-ins, nämlich dass der Lohn im jeweiligen Einsatzvertrag festgelegt wird und «sich am GAVP orientieren» soll.⁸⁷ Nach dem GAVP erhalten die ungelernten Arbeiterinnen einen Stundenlohn von CHF 19.92⁸⁸ bzw. bei einem Anstellungsverhältnis mit 44 Wochenstunden CHF 3630/Monat.⁸⁹ Von diesem Mindestlohn wird in der Praxis sodann oft die *maximale Pauschale für Kost und Logis abgezogen*, da die meisten Live-ins im Haushalt der zu betreuenden Person leben.⁹⁰ Im GAVP ist dazu nichts zu finden. Kost und Logis können mit CHF 33 pro Tag bzw. CHF 990 pro Monat abgegolten werden. Dies ist in Art. 7 des nationalen NAV in Verbindung mit Art. 11 Abs. 1 und 2 der Verordnung vom 31. Oktober 1947 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung festgehalten (AHVV).⁹¹ Dieser Abzug wird direkt durch die Verleihagentur gemacht.⁹²

In einem Dreiecksverhältnis, zumal ohne Transparenz, scheint uns der *Abzug von Kost und Logis fragwürdig*.

Denn es ist nicht die Verleihagentur, welche die Kost und Logis übernimmt, sondern der Haushalt der zu betreuenden Person.⁹³ Die Verleihagentur betitelt diese CHF 990 als Teil des Bruttolohnes, erbringt diese aber nicht als Naturallohn. Aufgrund der fehlenden Offenlegung ist es dem Haushalt nicht bewusst, dass die Verleihagentur die CHF 990 einerseits beim Kunden und andererseits bei der Live-in in Rechnung stellt. Durch den direkten Abzug für Kost und Logis erhalten die Live-ins schlussendlich – je nach Agentur – weniger, als der Mindestlohn GAVP vorsieht.⁹⁴

In unseren Augen ist ein *Abzug von Kost und Logis durch die Verleihagentur nicht zu unterstützen*. Dies ergibt sich aus folgenden Gründen:

- 1) Gemäss Art. 11 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 AHVV geht es um die Verpflegung und Unterkunft (= Kost und Logis) der Arbeitnehmer (Abs. 1) beim Arbeitgeber (Abs. 2).
- 2) Ebenfalls für eine solche Interpretation spricht Art. 322 Abs. 2 OR, welcher die gesetzliche Vermutung aufstellt, dass bei einer Hausgemeinschaft der Unterhalt im Hause des Arbeitgebers mit Unterkunft und Verpflegung einen Teil des Lohnes darstellt, sofern nichts anderes verabredet oder üblich ist. Diese Regelung findet nur Anwendung, wenn zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer eine Hausgemeinschaft besteht.⁹⁵ Das ist aber im Dreiecksverhältnis genau nicht der Fall, da der Haushalt nicht die Arbeitgeberin der Live-in ist.
- 3) Interessant sind auch der NAV Bund sowie die kantonalen NAV Hauspersonal in ihren Regelungen zu Kost und Logis (wobei diese sich natürlich genau ausserhalb des hier untersuchten Dreiecksverhältnisses bewegen). In den Materialien zum NAV Bund von 2010 ist Folgendes zu Kost und Logis zu lesen: «Zu beachten ist auch, dass in der Hauswirtschaft ein beträchtlicher Teil der Angestellten im Haushalt des Arbeitgebers wohnt und daher je nach Lohnhöhe bis zu über einem Viertel des Lohnes als Naturallohn vergütet bekommt» (Hervorhebung durch die Autorinnen).⁹⁶ «Da Hausangestellte oft im Haushalt des Arbeitgebers wohnen und/oder essen, ist eine Regelung der Lohnabzüge für Unterkunft und Verpflegung notwendig»

(Hervorhebung durch die Autorinnen).⁹⁷ Gegen eine Anwendung des Abzuges von Kost und Logis bei der Live-in im Dreiecksverhältnis sprechen auch die *relevanten Formulierungen in den kantonalen NAV für Hauspersonal*. So sieht z.B. § 15 NAV Hauspersonal/BL vor: «Bei Abschluss des Arbeitsvertrages ist der Bruttolohn schriftlich zu vereinbaren. Dabei ist festzulegen, ob und in welchem Umfang Naturallohnleistungen von der Arbeitgeberschaft entrichtet werden. Dem Hauspersonal ist ein Exemplar des Normalarbeitsvertrages auszuhändigen» (Hervorhebung durch die Autorinnen). § 35 NAV Hauspersonal/BS legt fest: «Leben Arbeitnehmende in Hausgemeinschaft mit den Arbeitgebenden, so haben diese für ausreichende Verpflegung und einwandfreie Unterkunft zu sorgen. Diese Leistungen gelten als Naturallohn» (Hervorhebung durch die Autorinnen). § 19 NAV Hauspersonal/LU besagt: «Lebt die arbeitnehmende Person in Hausgemeinschaft mit der arbeitgebenden Person, sind Verpflegung und Unterkunft Teil des Lohnes (Naturallohn)» (Hervorhebung durch die Autorinnen). Das Gleiche ist in § 17 NAV Hauspersonal/SO zu lesen: «Lebt der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin in Hausgemeinschaft mit dem Arbeitgeber oder der Arbeitgeberin, sind Unterkunft und Verpflegung Teil des Lohnes» (Hervorhebung durch die Autorinnen). Sämtliche Bestimmungen sprechen dagegen, dass die Verleihagentur in einem Dreiecksverhältnis Kost und Logis abziehen darf, welche sie nicht selbst entrichtet.

B. Kündigung des Vertrages Verleihagentur-Live-in

Was die Kündigung des Vertrags zwischen der Verleihagentur und der Live-in anbelangt, so wird bei allen Einsätzen in den uns vorliegenden Einsatzverträgen eine Probezeit von drei Monaten vereinbart. Ist ein Einsatz kürzer als drei Monate, beträgt die *Probezeit* zwei Drittel der Einsatzzeit.⁹⁸ Gemäss Art. 10 GAVP beträgt die Probezeit für Arbeitnehmende mit auf unbestimmte Zeit lautendem Vertrag drei Monate (Abs. 1), für Arbeitnehmende mit auf bestimmte Zeit lautendem Vertrag sind die ersten zwei Drittel Probezeit, maximal aber drei Monate (Abs. 2).⁹⁹

Für die Kündigung des unbefristeten Einsatzes bei der Temporärarbeit sieht das anwendbare Regelwerk von

AVG und AVV (Art. 19 Abs. 4 i.V.m. Art. 49 AVV) für die ersten sechs Anstellungsmonate *kürzere Kündigungsfristen* vor, als sie das OR in Art. 335 ff. OR kennt.¹⁰⁰ In unserer Fallstudie galt in der Probezeit und während der ersten drei Monate eine Kündigungsfrist von mindestens zwei Arbeitstagen.¹⁰¹ In der Zeit des vierten bis (und mit) sechsten Monats gilt eine Kündigungsfrist von sieben Tagen.¹⁰² Diese Kündigungsfristen entsprechen Art. 19 Abs. 4 lit. a und lit. b AVV und Art. 11 Abs. 1 und 2 GAVP.

Diese recht kurzen Kündigungsfristen können *beim Tod oder bei einer Heimeinweisung der zu betreuenden Person* problematisch sein. Gemäss der allgemeinen Regelung in Art. 338a Abs. 2 OR würde das Arbeitsverhältnis, welches wesentlich mit Rücksicht auf die Person des Arbeitgebers eingegangen wurde, mit dessen Tod erlöschen und es könnte einzig Schadenersatz geltend gemacht werden. Da an das Arbeitsverhältnis auch das Wohnrecht im Haushalt und allenfalls auch das Aufenthaltsrecht in der Schweiz gekoppelt ist,¹⁰³ schlägt der Modell-NAV eine vergleichsweise lange Kündigungsfrist von 30 Tagen seit Tod oder Heimeinweisung der zu betreuenden Person vor.¹⁰⁴ Das gilt aber bei Anstellungen im Dreiecksverhältnis über eine Agentur eben gerade nicht. Wenn eine Verleihagentur die Arbeitgeberin ist, so gelten die Regeln für Personalverleih mit sehr kurzen Kündigungsfristen, die bei Kurzeinsätzen Sinn ergeben, nicht aber bei Langzeiteinsätzen. Wir plädieren deshalb für eine Anpassung an das Minimum von 30 Tagen im Modell-NAV bei Tod oder Heimeinweisung der betreuten Person.

Der Einsatzvertrag der Live-ins beinhaltet auch eine Klausel, welche die *Unterbeschäftigung* der Live-ins regelt. So sieht der Einsatzvertrag vor, dass die Live-ins bei Abwesenheit oder Tod des Kunden temporär bei einem anderen Kunden eingesetzt werden können.¹⁰⁵ Was der Einsatzvertrag nicht erwähnt, ist, dass die Arbeiterinnen teilweise auch zu Tätigkeiten wie Gartenarbeit bei Mitarbeitenden der Verleihagentur beigezogen werden, bis der Vertrag ausläuft. Solche Einsätze sind nicht vereinbart. Sie müssten u.E. der Kundschaft vorgängig avisiert

⁸⁶ Interview Live-in.

⁸⁷ Temporär-Rahmenvertrag, § 5 Lohn; B.S.S. Volkswirtschaftliche Beratung AG (FN 4), 24; siehe auch STEINER (FN 4), 10.

⁸⁸ Im Tessin sind es nur CHF 18/h, in Hochlohngebieten hingegen CHF 21.02/h (Hochlohngebiete sind die Agglomeration Bern, Arc lémanique, BS, BL, ZH und GE); SCHWITER/STEINER (FN 23), 83.

⁸⁹ 19.92 × 44 × 4/5.

⁹⁰ STEINER (FN 4), 11; SCHWITER/STEINER (FN 23), 83; MEDICI (FN 66), 16.

⁹¹ B.S.S. Volkswirtschaftliche Beratung AG (FN 4), 23; siehe auch MEDICI (FN 54), 91 ff.

⁹² Temporär-Rahmenvertrag, 6. Kost und Logis.

⁹³ KRUMMENACHER (FN 12).

⁹⁴ Siehe dazu STEINER (FN 4), 11.

⁹⁵ SHK-BORTOLANI/SCHERER, Art. 322 OR N 88 f., in: Boris Etter/Nicolas Facincani/Reto Sutter (Hrsg.), Arbeitsvertrag, Stämpfli Handkommentar, Bern 2021; ANDREAS ABEGG/CHRISTOF BERNAUER, Art. 322 OR N 7, in: Peter Gauch/Hubert Stöckli (Hrsg.), Präjudizienbuch OR, Zürich 2021.

⁹⁶ Erläuternder Bericht vom 8. Oktober 2010 zum Entwurf für einen Normalarbeitsvertrag (NAV) mit zwingenden Mindestlöhnen für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Hauswirtschaft, 18.

⁹⁷ Bericht NAV Hauswirtschaft (FN 96), 26.

⁹⁸ Temporär-Rahmenvertrag, § 7 Probezeit.

⁹⁹ Das AVG kennt keine Spezialvorschrift über die Probezeit, siehe GREUB (FN 57), N 15.47.

¹⁰⁰ GREUB (FN 57), N 15.43.

¹⁰¹ Temporär-Rahmenvertrag, § 12 Kündigung.

¹⁰² Im Modell-NAV gilt beim befristeten Arbeitsverhältnis eine Probezeit von einer Woche bei einer Vertragsdauer bis zu drei Monaten und von zwei Wochen bei einer Vertragsdauer bis zu sechs Monaten, Modell-NAV § VIII.V.

¹⁰³ BERNHARD ODEHNAL, «Mit der Schweiz bin ich fertig», Tagesanzeiger vom 17.10.2020, Internet: <https://www.tagesanzeiger.ch/mit-der-schweiz-bin-ich-fertig-389734081730> (Abruf 25.10.2023). Siehe auch BGer, 4A_88/2023, 29.6.2023.

¹⁰⁴ Modell-NAV § VIII.V., 10. So auch in einigen kantonalen NAV, siehe z.B. § 28 NAV Hauswirtschaft/NW.

¹⁰⁵ Temporär-Rahmenvertrag, § 13 Unterbeschäftigung.

werden, da diese für die Dienstleistung noch bezahlt. Es könnten weitere Arbeiten im Haushalt anfallen, welche die Betreuerin erledigen könnte. Es ist deshalb in Absprache mit der Kundschaft vorzugehen.

C. Kündigung des Vertrages Verleihagentur–Haushalt

Die Kündigung des Vertrages zwischen der Verleihagentur und der zu betreuenden Person ist in unseren Augen ebenfalls fragwürdig geregelt. Gemäss einem uns vorliegenden Kundenvertrag gilt der *Tod oder die Heimeinweisung der/des Betreuten als Kündigung des Kundenvertrags* und löst die vertraglich vereinbarten Kündigungsfristen aus.¹⁰⁶ Es ist jedoch zweifelhaft, ob der Tod einer Vertragspartei tatsächlich als Kündigung des Vertrags gewertet werden kann.

Das Sterben einer Vertragspartei ist u.E. vielmehr als *nachträgliche objektive Unmöglichkeit i.S.v. Art. 119 OR* zu qualifizieren. Gemäss Art. 119 OR gilt die Forderung eines Gläubigers als erloschen, wenn die Leistung des Schuldners durch Umstände, die der Schuldner nicht zu verantworten hat, unmöglich geworden ist und die Leistung überhaupt nicht mehr erfolgen kann.¹⁰⁷ Bei synallagmatischen Verpflichtungen hat die objektive Unmöglichkeit zur Folge, dass der Schuldner von seiner Leistungspflicht befreit wird und gleichzeitig auch den Anspruch auf die Gegenleistung verliert, da sich die beiden Leistungen gegenseitig bedingen.¹⁰⁸ Das Schuldverhältnis per se und damit die Nebenpflichten des Vertrages bleiben bestehen.¹⁰⁹ Die Forderung selbst geht aber im Zeitpunkt des Unmöglichkeitseintritts von Gesetzes wegen unter.¹¹⁰ Die Erfüllung eines Betreuungsvertrages kann objektiv nicht mehr erfolgen, wenn die zu betreuende Person verstorben ist. Das muss auch dann gelten, wenn man argumentieren würde, dass es sich nur um einen Zweckfortfall handle.¹¹¹

Die *Spitex Basel* handhabt den Tod einer zu pflegenden Person als *formlose Vertragsauflösung*. Der Vertrag endet automatisch ohne Kündigung, sobald die Kundin/der Kunde verstirbt.¹¹² Diese Regelung entspricht der nachträglichen objektiven Unmöglichkeit gemäss Art. 119 OR. Bei Art. 119 OR handelt es sich um dispositives Recht, wonach die Vertragsparteien abweichende vertragliche Regelungen abmachen dürfen.¹¹³

Für eine Beendigung des Vertrages durch den Tod der zu betreuenden Person spricht ebenfalls, dass das Vertragsverhältnis zwischen der zu betreuenden Person und der Verleihagentur als *Auftrag (i.S.v. Art. 394 ff. OR)* qualifiziert werden kann. Ein Auftrag endet gemäss Art. 405 Abs. 1 OR mit dem Tod des Auftraggebers, da Auftragsverhältnisse oft Vertrauensverhältnisse und höchstpersönliche Rechte und Pflichten begründen.¹¹⁴ Falls die Parteien ausdrücklich oder konkludent die Weiterführung des Auftrags nach dem Tod einer Partei vereinbart haben, wird der Auftrag fortgeführt.¹¹⁵ Diese sog. Auftragsfortführung gem. Abrede ist beispielsweise bei Bankgeschäften anzutreffen.¹¹⁶

Die Beendigung eines Vertragsverhältnisses aufgrund des Todes einer Vertragspartei hat zur Folge, dass die Ausführungsobligation abgebrochen wird, nicht aber, dass die gegenseitigen Ansprüche untergehen. Die Vergütungs- und Befreiungsansprüche der Agentur als Auftragnehmer gehen auf die Erben über.¹¹⁷ Unserer Meinung nach beendet der Tod der zu betreuenden Person somit das Auftragsverhältnis, ohne dass eine Kündigung des Verhältnisses nötig wäre. Die Agentur kann lediglich bei den Erben der zu betreuenden Person die Bezahlung der bereits geleisteten Arbeit einfordern, nicht aber eine weitere Bezahlung während einer Kündigungsfrist verlangen.¹¹⁸ Allerdings ist die *Regelung in Art. 405 OR dispositives Recht*, weshalb die Parteien vereinbaren können, dass der Auftrag

nach dem Tod einer Vertragspartei weiterbestehen soll.¹¹⁹ Somit ist die vertragliche Regelung des Todes als Kündigung mit darauffolgender Kündigungsfrist zwar nicht rechtlich problematisch, aber es ist vorzuziehen, dass für den Rest der Kündigungszeit die Live-in in Absprache mit der Kundschaft eingesetzt wird.

VI. Fazit

Viele Menschen ziehen Live-in-Angebote einem Alters- oder Pflegeheim vor. Im Hinblick auf die steigende Lebenserwartung und die damit verbundenen Spital- und Krankheitskosten ist diese Betreuungsform immens wichtig für unsere ganze Gesellschaft. Es muss daher in unser aller Interesse liegen, dieser Branche und den Live-ins Sorge zu tragen, insbesondere dadurch, dass klare Arbeitsbedingungen geschaffen und durchgesetzt werden können und dass der damit verbundene Geldfluss überprüft werden kann.

Regulatorisch muss zwischen Live-in-Arbeitsverhältnissen über eine Verleihagentur und solchen mit Direktanstellung bei der zu betreuenden Person oder deren Angehörigen unterschieden werden. Durch den Personalverleih haben die Betreuungskräfte Zugang zu günstigen und streng kontrollierten Arbeitsbedingungen (AVG, AVV, GAVP und ArG), was bei einer direkten Anstellung in Privathaushalten nicht gegeben ist. Diese Uneinheitlichkeit könnte man vermeiden, wenn man Vorgaben für alle Live-in-Arbeitsverhältnisse im ArG oder in der ArGV 2 (z.B. rund um Art. 17 ArGV 2) vorsehen würde.

Im Dreiecksverhältnis kann es Intransparenz und fehlende Kommunikation zwischen den involvierten Vertragsparteien geben. Wir würden mehr Transparenz über die gegenseitigen Verträge befürworten. Der Kundschaft ist oftmals nicht klar, welche Arbeitsbedingungen und Regularien für die Live-ins gelten, wie viel des bezahlten monatlichen Dienstleistungspreises als Lohn an die Live-ins geht und wie viel Marge besteht. Wir plädieren deshalb für eine Offenlegungspflicht der Verleihagentur gegenüber der Kundschaft (IV.). Des Weiteren halten wir den Abzug von Kost und Logis der Verleihagentur vom Bruttolohn der Live-ins als unangebracht im Dreiecksverhältnis, da Kost und Logis vom Haushalt und nicht von der Arbeitgeberin zur Verfügung gestellt werden (V.A.). Die Kündigungsfristen der Verleihagentur gegenüber den

Live-ins sind kurz in Anbetracht der Tatsache, dass deren Wohnrecht im Haushalt und allenfalls das Aufenthaltsrecht in der Schweiz davon abhängt (V.B.). Hier wäre eine Anpassung an das Minimum von 30 Tagen im Modell-NAV bei Tod oder Heimeinweisung der betreuten Person sinnvoll. Wenn eine zu betreuende Person verstirbt oder in ein Heim eingewiesen wird, so plädieren wir dafür, dass während der Restlaufzeit des Vertrages, während der die Kundschaft noch bezahlt, der Einsatz der Live-ins in Absprache mit der Kundschaft geschieht (V.C.).

¹⁰⁶ Vertrag für die Arbeit im privaten Haushalt, § 11 Kündigung des Vertrags (zwei Wochen in den ersten drei Monaten des Einsatzes, ein Monat ab dem vierten Monat des Einsatzes).

¹⁰⁷ BSK OR I-WIEGAND, Art. 119 N 5, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, Basel 2020 (zit. BSK OR I-Verfasser).

¹⁰⁸ BSK OR I-WIEGAND (FN 107), Art. 119 N 3.

¹⁰⁹ BSK OR I-WIEGAND (FN 107), Art. 119 N 4.

¹¹⁰ BSK OR I-WIEGAND (FN 107), Art. 119 N 11.

¹¹¹ ROLF H. WEBER/SUSANNE EMMENEGGER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97–109 OR, Bern 2020, Art. 97 OR N 59. A.M. BSK OR I-WIEGAND (FN 107), Art. 119 N 6 (Anspruch auf Vergütung bleibt bestehen, aber Ersparnisse und anderweitig erlangte Vorteile werden angerechnet).

¹¹² Spitex Basel (Hrsg.), Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) Spitex Basel, 1.3.2021, Internet: <https://www.spitexbasel.ch> (Abruf 25.10.2023), § 6.4 Formlose Vertragsauflösung.

¹¹³ BSK OR I-WIEGAND (FN 107), Art. 119 N 19.

¹¹⁴ BSK OR I-OSER/WEBER (FN 107), Art. 405 N 3; CHK-GEHRER CORDEY/GIGER, Art. 405 OR N 1, in: Claire Huguenin/Markus Müller-Chen (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. A., Zürich 2016 (zit. CHK-GEHRER CORDEY/GIGER).

¹¹⁵ CHK-GEHRER CORDEY/GIGER (FN 114), Art. 405 OR N 5 f.

¹¹⁶ OFK OR-BÜHLER, Art. 405 N 3, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), Schweizerisches Obligationenrecht, Orell Füssli Kommentar, 4. A., Zürich 2023.

¹¹⁷ BSK OR I-OSER/WEBER (FN 107), Art. 405 N 4.

¹¹⁸ CHK-GEHRER CORDEY/GIGER (FN 114), Art. 405 OR N 4.

¹¹⁹ CHK-GEHRER CORDEY/GIGER (FN 114), Art. 405 OR N 11; siehe auch WALTER FELLMANN, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Der einfache Auftrag, Art. 394–406 OR, Bern 1992, Art. 405 OR N 8.