

Entscheidbesprechungen Discussions d'arrêts actuels

3. Wirtschaftsrecht/Droit économique

3.9. Arbeitsrecht/Droit du travail

Gilt das Arbeitsgesetz bei 24-Stunden-Betreuung in privaten Haushalten?

Besprechung von BGer, 2C_470/2020, 22.12.2021

Bundesgericht, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil 2C_470/2020 vom 22. Dezember 2021, Verband Personals öffentlicher Dienste (VPOD) gegen Departement für Wirtschaft, Soziales und Umwelt des Kantons Basel-Stadt, 24-Stunden-Betreuung.



ROLAND MÜLLER*

Gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG ist das Arbeitsgesetz auf private Haushaltungen nicht anwendbar. Dies gilt grundsätzlich auch für die Betreuung von pflegebedürftigen Personen in privaten Haushaltungen. Doch wenn eine 24-Stunden-Betreuerin von einem Personalverleiher in einem privaten Haushalt eingesetzt wird, dann ist der Ausnahmeartikel des Arbeitsgesetzes im Dreiparteienverhältnis nicht anwendbar. Die Einhaltung der Arbeits- und Ruhezeiten gemäss Arbeitsgesetz ist dann direkt bei der Betreuungsorganisation zu kontrollieren.

I. Sachverhalt

Die Region Basel des Schweizerischen Verbandes des Personals öffentlicher Dienste (vpod region basel) ersuchte am 14. November 2017 und 28. Juni 2018 das Arbeitsinspektorat Basel-Stadt um Überprüfung eines Arbeitsvertrags, der zwischen der A. AG als Arbeitgeberin und einer Arbeitnehmerin abgeschlossen wurde. Gemäss diesem Vertrag wurde die Arbeitnehmerin zum Zweck des Tätigwerdens beim Kunden für die Aufgabe als «Seniorenbetreuerin 24h»-Begleitung in einem Turnus von jeweils 21 Tagen eingestellt. Der Vertrag sah zudem vor, dass die Arbeitnehmerin für die Dauer von jeweils 21 Tagen (inkl. Wochenende) beim zu betreuenden Kunden wohnen und danach von einer anderen Mitarbeiterin für die Dauer von 21 Tagen abgelöst werden sollte. Der vpod region basel vertrat die Ansicht, dass der Arbeitsvertrag die arbeitsgesetzlichen Höchststarbeits- und Ruhezeitvorschriften nicht einhalte.

Mit Verfügung vom 2. August 2018 stellte das Departement für Wirtschaft, Soziales und Umwelt des Kantons Basel-Stadt fest, dass das Arbeitsgesetz und dessen Verordnungen auf Arbeitnehmende der A. AG, welche zu 24-Stunden-Betreuung in Privathaushalten beschäftigt würden, keine Anwendung finde und die beantragte Überprüfung des Arbeitsvertrags auf die Einhaltung der arbeitsgesetzlichen Höchststarbeits- und Ruhezeitvorschriften deshalb entfalle. Eine gegen diese Verfügung gerichtete Beschwerde des VPOD an den Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt wies das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt mit Urteil vom 10. April 2020 ab. Zur Begründung führte das Appellationsgericht unter Hinweis auf die kantonale Rechtsprechung aus, dass hauswirtschaftliche Spitex-Leistungen öffentliche Aufgaben des Kantons darstellten und dass deshalb Arbeitnehmende der A. AG, die zu 24-Stunden-Betreuung in Privathaushalten beschäftigt würden, als Personal eines im Kanton wirkenden privaten Unternehmens, das öffentliche Aufgaben erfülle, zu qualifizieren seien.

Mit Eingabe vom 4. Juni 2020 reichte der VPOD Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht ein. Er beantragte, das Urteil des Appellationsgerichts Basel-Stadt vom 10. April 2020 sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass das Arbeitsgesetz (und dessen Verordnungen) auf Arbeitnehmende der A. AG, welche zur 24-Stunden-Betreuung in Privathaushalten beschäftigt würden, anwendbar sei. Ferner sei das Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Basel-Stadt anzuweisen, die Einhaltung der arbeitsgesetzlichen Höchst- und Ruhezeiten bei dieser Firma zu prüfen.

II. Erwägungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht anerkennt einleitend das Recht der VPOD als Verein i.S.v. Art. 60 ff. ZGB zur Beschwerdelegitimation gestützt auf Art. 89 Abs. 2 lit. d BGG. Die unrichtige Bezeichnung im angefochtenen Urteil (vpod region basel) kann von Amtes wegen berichtigt werden, da jede Gefahr einer Verwechslung ausgeschlossen ist.

Sodann weist das Bundesgericht den Einwand ab, das Verwaltungsgericht habe eine Rechtswahlklausel zugunsten des Arbeitsgesetzes nicht berücksichtigt. Selbst wenn der Arbeitsvertrag zwischen der A. AG und ihren Arbeitnehmern eine solche Klausel enthalten würde, konnte die kantonale Behörde als Vollzugsbehörde gemäss Art. 41 Abs. 3 ArG nur über die Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes auf einen Arbeitnehmer gemäss Art. 2 und 3 ArG entscheiden. Sie konnte hingegen nicht über die Frage der Anwendung des Arbeitsgesetzes als ergänzendes Recht infolge einer Wahl der Parteien des Einzelarbeitsvertrags entscheiden. Somit bildet die Frage, ob das ArG aufgrund eines Verwei-

* ROLAND MÜLLER, Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt und Notar, Titularprofessor Universitäten St. Gallen und Bern.

ses in einem privatrechtlichen Arbeitsvertrag anwendbar sei, nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

Strittig und zu prüfen ist für das Bundesgericht in diesem Fall einzig die Frage, ob das Arbeitsgesetz auf Arbeitnehmende der A. AG, die zu 24-Stunden-Betreuung in Privathaushalten beschäftigt werden, anwendbar ist. Dazu ist aber die Auslegung von Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG entscheidend, wonach das Arbeitsgesetz auf private Haushaltungen nicht anwendbar ist.

Für das Bundesgericht ist unbestritten, dass es sich bei dem zur Diskussion stehenden 24-Stunden-Betreuungsmodell um ein Dreiparteienverhältnis zwischen der A. AG, einer Arbeitnehmerin und dem zu betreuenden Kunden handelt. Beim Vorliegen von Dreiecksverhältnissen kann die Tätigkeit der jeweiligen Betreuungsorganisation Personalverleih i.S.v. Art. 12 AVG sein. Möglich ist unter Umständen aber auch ein anderes Vertragsverhältnis, namentlich ein Auftrag oder ein Werkvertrag. Ob eine Dienstleistung als Personalverleih zu qualifizieren ist oder ob es sich dabei um andere Arten von Dienstleistungen handelt, die einem Dritten erbracht werden, ergibt sich nach dem Bundesgericht aus einer Abgrenzung im Einzelfall. Massgeblich sind hierbei der Inhalt des Vertrags und die Umschreibung der konkreten Tätigkeit im Einsatzbetrieb. Ob hier tatsächlich Personalverleih vorliegt oder nicht, wird vom Bundesgericht offengelassen, denn es ist vorliegend bloss zu prüfen, ob die Ausnahme gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG nicht nur bei Zweiparteien-, sondern auch bei Dreiparteienverhältnissen wie dem vorliegenden im Bereich von Betreuungs- und Hausdiensten zur Anwendung gelangen kann. Dies ist durch Auslegung zu ermitteln.

Bevor das Bundesgericht die Auslegung vornimmt, hält es einleitend fest, dass der Wille des Gesetzgebers, der in Art. 1 ArG zum Ausdruck komme, zu berücksichtigen sei. Danach müsse der Betriebsbegriff möglichst weit gefasst werden. Der Grund dafür liegt im Bestreben, den Schutz des Gesetzes möglichst allen Arbeitnehmern zukommen zu lassen. Dies spricht dafür, in Zweifelsfällen von der Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes auszugehen.

In einem ersten Schritt nimmt das Bundesgericht eine wörtliche Auslegung von Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG vor. Nach Rechtsprechung und Lehre liegt eine private Haushaltung im Sinne dieser Bestimmung vor, wenn jemand für seine privaten Bedürfnisse und nicht zu geschäftlichen Zwecken Personen in seiner Wohnung beschäftigt, wobei irrelevant ist, ob der Arbeitnehmer zusammen mit dem Arbeitgeber in einem gemeinsamen Haushalt wohnt oder nicht. Dies sagt indessen nichts darüber aus, ob die Ausnahmebestimmung nur bei Zweiparteien- oder auch bei Dreiparteienverhältnissen greift. Als Beispiele für Arbeitnehmer im Hausdienst, die unter die Ausnahme gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG fal-

len können, nennen die Lehre sowie das SECO unter anderem Haushaltshilfen, Chauffeure, Reinigungspersonal, Köche, Gärtner oder Privatlehrer. Daraus kann geschlossen werden, dass grundsätzlich auch Pflege- und Betreuungsdienstleistungen in privaten Haushaltungen von dieser Ausnahmebestimmung erfasst werden können. Die aufgeführten Beispiele deuten nach Ansicht des Bundesgerichts sodann eher auf ein Verständnis hin, wonach es sich typischerweise um Zweiparteienverhältnisse handelt, bei denen ein Vertragsverhältnis zwischen dem privaten Haushalt und dem Arbeitnehmer besteht.

In einem zweiten Schritt nimmt das Bundesgericht eine historisch-teleologische Auslegung vor. Die Ausnahme privater Haushalte vom betrieblichen Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes werde in den Materialien zum Arbeitsgesetz insbesondere mit dem fehlenden Bedürfnis begründet, solche Arbeitnehmer dem Arbeitsgesetz zu unterstellen, und den Schwierigkeiten, derartige Vorschriften durchzusetzen. Dazu verweist das Bundesgericht u.a. auf die Botschaft des Bundesrates vom 30. September 1960 zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz).¹ Insbesondere habe der Gesetzgeber vermeiden wollen, dass staatliche Inspektoren in privaten Haushaltungen Kontrollen durchführten. Bei Zweiparteienverhältnissen ist dieser Schutz der Privatsphäre und des Privatlebens des Inhabers des privaten Haushaltes nach Ansicht des Bundesgerichts tatsächlich von Bedeutung. Doch bei einem Dreiparteienverhältnis sei die Kontrolle der Einhaltung der Vorschriften des Arbeitsgesetzes und von dessen Verordnungen über die Arbeits- und Ruhezeiten bei der Betreuungsorganisation möglich. *«So kann die Arbeitszeit namentlich digital, mit Hilfe webbasierter Zeiterfassungssysteme, erfasst werden. Der Zugang zum Privathaushalt ist hierfür nicht zwingend nötig. Zu denken ist ferner an Rapportierungspflichten der Betreuungskräfte gegenüber dem Verleiher. Damit erscheint naheliegend, dass in Fällen von Mehrparteienverhältnissen – anders als bei Zweiparteienverhältnissen – die Möglichkeit besteht, die Einhaltung des Arbeitsgesetzes beim Verleiher bzw. bei der Betreuungsorganisation zu kontrollieren. Bei Dreiparteienverhältnissen fallen der Schutz der Privatsphäre des Haushaltsinhabers sowie die Kontroll- und Durchsetzungsschwierigkeiten somit von vornherein weniger stark ins Gewicht.»*²

Das Bundesgericht gelangt somit zur Auffassung, dass im Ergebnis die historisch-teleologische Auslegung eher gegen die Anwendung der Ausnahme gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG auf Dreiecksverhältnisse spreche. Dieses Ergeb-

¹ BBl 1960 II 909 ff., 945.

² BGer, 2C_470/2020, 22.12.2021, E. 4.4.2.

nis werde schliesslich dadurch erhärtet, dass Art. 2 Abs. 2 lit. g ArG nur dann zur Anwendung gelange, wenn jemand für seine privaten Bedürfnisse Personen in seinem Haushalt beschäftige. Im Fall von Dreiparteienverhältnissen diene die Betreuungsarbeit zwar zunächst den privaten Bedürfnissen der zu betreuenden Person, doch bewirke das Arbeitsergebnis auch die Erfüllung des Dienstleistungsvertrags zwischen der Betreuungsorganisation und der zu betreuenden Person und komme – wirtschaftlich betrachtet – der Betreuungsorganisation zugute.

Demnach heisst das Bundesgericht die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gut und hebt das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt als Verwaltungsgericht vom 10. April 2020 auf. Zudem stellt das Bundesgericht abschliessend fest, dass Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG auf Dreiparteienverhältnisse nicht anwendbar sei.

III. Anmerkungen

Das Bundesgericht hat dem VPOD Recht gegeben, obwohl beide Vorinstanzen die Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes verneint haben. Die bisherige Praxis, wonach an Privathaushalte vermittelte und dort untergebrachte Angestellte nicht vom Schutz des Arbeitsgesetzes profitieren, ist demnach nicht mehr zulässig.³ Es stellt sich allerdings die Frage, ob die Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes in jedem Falle gilt oder ob nicht besondere Verhältnisse vorausgesetzt werden müssen. Zudem ist zu prüfen, wie weit 24-Stunden-Betreuer von NAV oder GAV profitieren.

A. Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes bei Betreuungen

1. Arbeitsvertrag als zwingende Voraussetzung

In E. 3.3.1 stellt das Bundesgericht fest, dass bei Vorliegen von Dreiecksverhältnissen die Tätigkeit der jeweiligen Betreuungsorganisation Personalverleih oder unter Umständen auch ein anderes Vertragsverhältnis, namentlich Auftrag, sein könne. Dazu wird auf folgende zwei Werke verwiesen:

- GABRIELA NAEMI MEDICI, Migrantinnen als Pflegehilfen in Schweizer Privathaushalten, Diss. Zürich 2015.
- MANUEL VOGLER, Haushaltshilfen im schweizerischen Arbeitsrecht, Diss. Zürich/St. Gallen 2016.

Tatsächlich kann die zu betreuende Person selbst – oder im Falle ihrer Demenz der oder die Bevollmächtigte – nicht nur einen Arbeitsvertrag, sondern auch einen Auftrag oder

einen Werkvertrag zur einmaligen oder wiederholten Pflegeleistung abschliessen.⁴ Wird keine Bezahlung vereinbart oder erfolgt keinerlei Einordnung in eine fremde Arbeitsorganisation, sind die Voraussetzungen für einen Arbeitsvertrag gemäss Art. 319 OR nicht gegeben; folglich kann in einem solchen Fall auch kein Arbeitsgesetz zur Anwendung gelangen.

Im vorliegenden Fall hat das Bundesgericht zu Recht auf eine weitergehende Prüfung des Vertragsverhältnisses verzichtet. Bei einer 24-Stunden-Betreuung, die jeweils 21 Tage dauert, kann ohne Weiteres von einem Arbeitsverhältnis ausgegangen werden. Eine Arbeitsleistung wird gegen Entgelt auf bestimmte Dauer erbracht, wobei eine Einordnung in die fremde Arbeitsorganisation erfolgt durch das Wohnen im Haushalt der zu betreuenden Person. Ob allfällige Weisungen zur Pflege durch die zu betreuende Person, ihre Bevollmächtigten oder die Personalvermittlung erteilt werden, spielt dabei keine Rolle.

2. Unterscheidung Arbeitsvermittlung und Personalverleih

In der E. 3.3.1 erwähnt das Bundesgericht lediglich den Personalverleih. Tatsächlich könnte jedoch auch eine Personalvermittlung in Frage kommen. Vermittelt eine Drittperson lediglich Betreuer oder Betreuerinnen, ohne aber Personalleihe zu betreiben, so sind zwar auch drei Parteien involviert, doch besteht ein allfälliger Arbeitsvertrag direkt zwischen dem Betreuer bzw. der Betreuerin und der zu betreuenden Person. In einem solchen Fall ist das Arbeitsgesetz gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG nicht anwendbar. Dies ergibt sich sowohl aus dem Wortlaut des Gesetzes als auch aus der teleologischen Auslegung, welche vom Bundesgericht in E. 4.4 vorgenommen wurde.

Wie das Urteil des Bundesgerichts 2C_132/2018 vom 2. November 2018 zeigt, kann bei einer Arbeitsvermittlung jedoch nicht leichthin ein Arbeitsvertrag zwischen der zu betreuenden Person und dem Betreuer oder der Betreuerin angenommen werden. Vielmehr ist zu prüfen, ob nicht ein fingiertes Arbeitsverhältnis vorliegt.⁵ Nach Auffassung des Bundesgerichts erscheint es als unwahrscheinlich, dass die betreuungs- und unterstützungsbedürftigen Senioren die Rolle einer Arbeitgeberin übernehmen wollen.⁶

Im vorliegenden Fall war unbestritten, dass kein direkter Vertrag zwischen der zu betreuenden Person und der Betreuerin abgeschlossen worden war. Das Bundesgericht

³ JURIUS, Arbeitsgesetz gilt auch bei vermittelten Senioren-Betreuerinnen, Jusletter vom 24.1.2022.

⁴ Dazu ausführlich MICHAEL KULL/EVA-MAIA SOMMER-BÄNI, Personalverleih oder einfacher Auftrag?, AJP 2016, 778 ff.

⁵ Dazu ausführlich KURT PÄRLI, Private Haushalte: Anwendung des Arbeitsgesetzes?, Jusletter vom 27.5.2019, N 36 ff.

⁶ BGer, 2C_132/2018, 2.11.2018, E. 5.2.7.

konnte sich deshalb auf den Personalverleih beschränken und musste die Möglichkeit der Personalvermittlung gar nicht erst prüfen.

B. Zusätzlicher Schutz durch NAV und GAV

Das Bundesgericht weist in E. 4.4 darauf hin, dass die Ausnahme privater Haushalte vom betrieblichen Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes insbesondere damit zu begründen sei, dass keine staatlichen Inspektoren in privaten Haushalten Kontrollen durchführen sollten.⁷ Zudem wurde der Schutz des Hauspersonals durch Normalarbeitsverträge schon als genügend erachtet.⁸ Diese Argumentation überzeugt gemäss GEISER jedoch in keiner Weise.⁹ Normalarbeitsverträge würden grundsätzlich nur dispositives Recht enthalten und ausschliesslich beim Lohn könnten die Kantone unter gewissen Voraussetzungen einen zwingenden Minimallohn anordnen. Tatsächlich sind bezüglich der Arbeitszeiten keine zwingenden Bestimmungen möglich. Das Arbeitsgesetz hat aber bei den Arbeitszeiten seine wesentlichste Schutzfunktion. Auch die Bedenken gegenüber Arbeitnehmerschutz-Kontrollen von privaten Haushaltungen sind gemäss GEISER nicht schlüssig. Andere Gesetze würden sehr wohl auch für private Haushaltungen gelten und setzten entsprechende Kontrollen voraus. Diese Kritik ist berechtigt. Umso mehr ist der Entscheid des Bundesgerichts zu begrüßen, der nun rechtlich Klarheit bringt. Allerdings wird der Aufwand für eine 24-Stunden-Betreuung nun zweifellos steigen. Es braucht nicht nur mehr Personal, sondern auch mehr Geld, denn die Zuschläge für Überzeit, Nacharbeit und Sonntagsarbeit können nicht vertraglich wegbedungen werden.

Wenn das ArG wegen der Ausnahmeregelung in Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG für private Haushalte im Zweiparteienverhältnis nicht anwendbar ist, so gelangen dennoch die Vorschriften des Normalarbeitsvertrages für Hauswirtschaft zur Anwendung. Im vorliegenden Fall ist dies der Normalarbeitsvertrag für den Hausdienst des Kantons Basel-Stadt¹⁰, wie das Bundesgericht in E. 3.4.2 festhält. Denn dieser NAV ist gemäss § 3 Abs. 1 insbesondere auch anwendbar auf Arbeitnehmende, die im Rahmen einer 24-Stunden-Betreuung Leistungen in einem privaten Haushalt erbringen

und in der Regel im Haushalt der zu betreuenden Person wohnen. In § 20 dieses NAV finden sich konkrete Vorschriften zu Arbeits- und Präsenzzeit sowie Pausen im Rahmen der 24-Stunden-Betreuung. Allerdings können diese gemäss § 50 schriftlich wegbedungen werden. Die Bestimmungen des eidgenössischen Normalarbeitsvertrags für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Hauswirtschaft gelangen dagegen gemäss Art. 1 Abs. 2 nur dann subsidiär zur Anwendung, wenn kein kantonaler NAV für Hauswirtschaft vorhanden ist.¹¹

Doch nicht nur die Anwendbarkeit eines NAV, sondern auch diejenige eines GAV ist zu prüfen. Der Gesamtarbeitsvertrag für den Personalverleih wurde mit Bundesratsbeschluss vom 25. Mai 2021 für eine weitere Dauer bis zum 31. Dezember 2023 allgemeinverbindlich erklärt.¹² In Art. 12 dieses GAV ist die wöchentliche Normalarbeitszeit mit 42 Stunden festgelegt. Die Arbeitszeit über 9,5 Stunden pro Tag bzw. über 45 Stunden pro Woche gilt als Tages- bzw. Wochenüberzeit und wird an Werktagen mit einem Lohnzuschlag von 25 % (Basislohn + Anteil 13. MI.) ausbezahlt. Tages- und Wochenüberzeit werden nicht kumuliert. Es gilt jeweils die höhere Anzahl Stunden pro Woche. Sonntagsarbeit wird mit einem Zuschlag von 50 % (Basislohn + Anteil 13. MI.) ausbezahlt. Alle diese Vorschriften gelten auch im Falle einer 24-Stunden-Betreuung, wenn die entsprechende Arbeitnehmerin durch einen Personalverleih zur Verfügung gestellt wird.

⁷ Mit Verweis auf die Botschaft des Bundesrates vom 30. September 1960 zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz), BBl 1960 II 909 ff., 945.

⁸ MANUEL VOGLER, *Haushaltshilfen im schweizerischen Arbeitsrecht*, Diss. Zürich/St. Gallen 2016, 34.

⁹ THOMAS GEISER, *Arbeitsrechtliche Aspekte der 24-Stunden-Betreuung in der Schweiz*, in: Alpaya Hekimler (Hrsg.), *Festschrift für Otto Kaufmann*, Istanbul 2021, 335 ff.

¹⁰ NAV Haushalt BS; SG/BS 215.700.

¹¹ Verordnung vom 20. Oktober 2010 über den Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Hauswirtschaft (NAV Hauswirtschaft; SR 221.215.329.4).

¹² BBl 2021 1337.