



Die Rund-um-die-Uhr-Betreuung in der Pflege

Ein Beitrag zur Qualifikation und Zulässigkeit von 24-Stunden-Arbeitsmodellen von privatrechtlich-erwerbswirtschaftlichen Spitex-Anbietern

REMO WAGNER

Die Zahl der pflegebedürftigen Senioren in der Schweiz steigt kontinuierlich an, wobei zunehmend eine Pflege in den eigenen vier Wänden gewünscht wird. Der vorliegende Beitrag befasst sich mit der rechtlichen Qualifikation und Zulässigkeit von privaten Pflege- und Betreuungsdienstleistungen, namentlich von 24-Stunden-Arbeitsmodellen. Im Zentrum des Interesses steht die Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes auf privatrechtlich-erwerbswirtschaftliche Spitex-Anbieter sowie die Vereinbarkeit eines 24-Stunden-Arbeitsmodells mit ausgewählten arbeitsgesetzlichen und arbeitsvertraglichen Regelungen.

Le nombre de personnes âgées dépendantes ne cesse d'augmenter en Suisse, tout comme la demande de soins à domicile. Le présent article se penche sur la qualification juridique et l'admissibilité de services privés en matière de soins et d'assistance, notamment les modèles de travail 24 heures sur 24. L'applicabilité de la loi sur le travail aux prestataires privés qui fournissent des services Spitex dans un but lucratif ainsi que la compatibilité d'un modèle de travail 24 heures sur 24 avec des règles déterminées de la loi sur le travail et du contrat de travail revêtent ici une importance particulière.

Inhaltsübersicht

- A. Vorbemerkungen
- B. Qualifikation von Pflege- und Betreuungsdienstleistungen
 - I. Personalverleih
 - 1. Im Allgemeinen
 - 2. Der Verleihvertrag insbesondere
 - II. Auftragsverhältnis
 - III. Zur Abgrenzung Verleihvertrag – Auftrag
 - 1. Im Allgemeinen
 - 2. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu 24-Stunden-Betreuungsdienstleistungen insbesondere
 - 3. Würdigung
- C. Zulässigkeit eines 24-Stunden-Arbeitsmodells
 - I. Vereinbarkeit mit dem ArG
 - 1. Geltungsbereich des ArG
 - 2. Arbeits- und Ruhezeiten
 - II. Vereinbarkeit mit dem OR
 - 1. Vereinbarkeit mit Art. 329 Abs. 1 und 2 OR
 - 2. Vereinbarkeit mit Art. 328 OR
- D. Fazit

A. Vorbemerkungen

Die Zahl der pflegebedürftigen Personen in der Schweiz steigt stetig. Während im Jahr 2005 schweizweit 195'217 Personen von Spitex-Organisationen¹ gepflegt wurden²,

waren es 2014 bereits 268'714 Personen³, was einer Zunahme um 37.6 % entspricht. Gemessen an der Schweizer Wohnbevölkerung⁴ resultiert ebenfalls ein Anstieg, und zwar um 0.8 % auf 3.3 % im Jahr 2014. Nicht verändert hat sich der hohe Anteil der über 65-Jährigen. Sie machen zwischen 2005 und 2014 konstant drei Viertel aller Spitex-Klienten aus und beanspruchen ungefähr 80 % der verrechneten Stunden für Spitex-Leistungen.⁵

Das Bedürfnis der pflegebedürftigen Senioren, in den eigenen vier Wänden umsorgt zu werden, scheint existent.⁶ Da die Angehörigen vielfach voll erwerbstätig sind, geraten sie verstärkt in einen Vereinbarkeitskonflikt zwischen Pflege und Beruf.⁷ Um die Nachfrage nach Betreuungs- und Pflegedienstleistungen zu stillen, drängen vermehrt private Dienstleister auf den Schweizer Markt. Allein im Kanton Zürich hat sich die Anzahl der privatrechtlich-erwerbswirtschaftlichen Spitex-Betriebe von 29

REMO WAGNER, M.A. HSG in Law, Rechtsanwalt, Prager Dreifuss AG, Zürich.

¹ Die Statistik umfasst sowohl die privatrechtlich-gemeinnützigen wie auch die öffentlich-rechtlichen Spitex-Organisationen. Die privatrechtlich-erwerbswirtschaftlichen Spitex-Anbieter, d.h. gewinnorientierte Unternehmen und selbständige Pflegefachpersonen, werden vom Bundesamt für Statistik (nachstehend BFS) seit dem Jahr 2010 statistisch erfasst.

² BFS, Spitex: Klient/innen nach Altersklassen: Fälle und Personen, <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/14/03/05/data/02/04.html> (zuletzt besucht am 4. Mai 2016).

³ BFS, Spitex-Statistik 2014, <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/14/03/05/dos/01.html> (zuletzt besucht am 4. Mai 2016), 1.

⁴ Ständige Wohnbevölkerung Ende Jahr gemäss BFS.

⁵ Spitex-Statistik 2005, 13; Spitex-Statistik 2014, 2.

⁶ NZZ vom 18. Dezember 2012, Caritas-Dienst für temporäres Personal aus Rumänien, <http://www.nzz.ch/aktuell/schweiz/caritas-dienst-fuer-temporaeres-personal-aus-rumaenien-1.17896204> (zuletzt besucht am 4. Mai 2016); Tages Anzeiger vom 19. Dezember 2012, So funktioniert der Pflege-Graumarkt in der Schweiz, <http://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/So-funktioniert-der-PflegeGraumarkt-in-der-Schweiz/story/18149319> (zuletzt besucht am 4. Mai 2016).

⁷ NZZ vom 7. September 2010, Alterspflege überfordert Angehörige oft, <http://www.nzz.ch/aktuell/startseite/alterspflege-spitex-1.7478060> (zuletzt besucht am 4. Mai 2016).

im Jahr 2008 auf 71 im Jahr 2014 mehr als verdoppelt.⁸ Das Angebot reicht von einfachen Verrichtungen während wenigen Stunden bis zur umfassenden 24-Stunden-Betreuung. Dabei greifen die Anbieter vermehrt auf Pflegekräfte aus dem Ausland, vor allem aus Osteuropa, zurück. Im Zusammenhang mit der Anstellung von ausländischen Arbeitskräften und einem 24-Stunden-Arbeitsmodell stellen sich bislang ungeklärte Fragen.

Im ersten Teil (B.) des Beitrags wird die rechtliche Qualifikation von Pflege- und Betreuungsdienstleistungen, namentlich in Form von 24-Stunden-Arbeitsmodellen, durch in der Schweiz domizilierte, privatrechtlich-erwerbswirtschaftliche Spitex-Anbieter untersucht. Unter einem 24-Stunden-Arbeitsmodell wird die arbeitsvertragliche Verpflichtung verstanden, wonach ein Arbeitnehmer während einer gewissen Einsatzdauer⁹ in der Wohnung des zu betreuenden Seniors wohnt und diesen rund um die Uhr betreut. Eine Ablösung durch einen anderen Arbeitnehmer ist regelmässig erst nach Ablauf der vereinbarten Einsatzdauer vorgesehen. Üblicherweise schliessen die Spitex-Anbieter dazu mit dem (regelmässig ausländischen) Arbeitnehmer einen Rahmenvertrag betreffend die allgemeinen Arbeitsbedingungen ab, der im Falle eines Einsatzes bei einem Kunden durch einen Einsatzvertrag konkretisiert wird. Der Arbeitnehmer begibt sich anschliessend für die Zeitspanne des tatsächlichen Einsatzes im Rahmen der Personenfreizügigkeit¹⁰ in die Schweiz. Das SECO und die bundesgerichtliche Rechtsprechung qualifizieren diese Fälle im Allgemeinen als Personalverleih, worauf im Rahmen einer kritischen Würdigung näher einzugehen ist.

Im zweiten Teil (C.) wird die Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes auf privatrechtlich-erwerbswirtschaftliche Spitex-Anbieter sowie die Vereinbarkeit eines 24-Stunden-Arbeitsmodells mit den wichtigsten arbeitsgesetzlichen und arbeitsvertraglichen Regelungen geprüft. Dabei soll insbesondere aufgezeigt werden, dass die Frage der Anwendbarkeit des ArG unmittelbar mit der Qualifikation der entsprechenden Tätigkeit als Personalverleih zusammenhängt.

⁸ Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich, Langzeitversorgung Kenn-
daten 2014, [http://www.gd.zh.ch/internet/gesundheitsdirektion/
de/unsere_direktion/veroeffentlichungen.html](http://www.gd.zh.ch/internet/gesundheitsdirektion/de/unsere_direktion/veroeffentlichungen.html) (zuletzt besucht am
4. Mai 2016), 46.

⁹ In der Regel zwischen 14 Tagen und drei Monaten.

¹⁰ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft
einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mit-
gliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA, SR 0.142.
112.681). Für Personen aus dem Nicht-EU/EFTA-Raum richten
sich die Voraussetzungen nach dem Ausländergesetz (AuG, SR
142.20).

B. Qualifikation von Pflege- und Betreuungsdienstleistungen

I. Personalverleih

1. Im Allgemeinen

Der Personalverleih wird im AVG und der dazugehörigen Verordnung¹¹ geregelt und beschreibt ein Dreiparteienverhältnis zwischen dem Verleiher, Entleiher und dem verliehenen Arbeitnehmer. Eine Verleihtätigkeit liegt vor, wenn der Verleiher dem Entleiher unter Einräumung wesentlicher Weisungsbefugnisse¹² einen Arbeitnehmer überlässt.¹³ Die Arbeitnehmer stehen mit dem Verleiher in einem Arbeitsverhältnis, das auch während der Verleihdauer bestehen bleibt. Zwischen dem Arbeitnehmer und dem Entleiher besteht lediglich ein faktisches, aber kein rechtliches Arbeitsverhältnis.¹⁴

2. Der Verleihvertrag insbesondere

Der Verleihvertrag¹⁵ zwischen Verleiher und Entleiher, wird als Vertrag *sui generis*¹⁶ oder als Auftrag¹⁷ qualifiziert.¹⁸ Im Rahmen des Verleihvertrags verpflichtet sich der Verleiher nicht zur Erbringung einer bestimmten Arbeitsleistung, sondern zur sorgfältigen Auswahl und Überlassung¹⁹ von Arbeitnehmern gegen Entgelt. Eine Verpflichtung des Verleihers zur Instruktion der Arbeitnehmer fehlt grundsätzlich.²⁰ Das Erteilen von Fachan-

¹¹ Verordnung über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (AVV, SR 823.111).

¹² Im Rahmen des Verleihvertrags.

¹³ Art. 26 AVV; FRANK VISCHER, in: Schweizerisches Privatrecht, Band VII/4, 3. A., Der Arbeitsvertrag, Basel 2005, 50 ff.

¹⁴ Das Bundesgericht spricht trotz Fehlen eines eigentlichen Arbeitsvertrages zwischen Arbeitnehmer und Entleiher von einem Verhältnis das gewisse vertragliche oder quasivertragliche Beziehungen umfasst: BGE 119 V 359 E. 2a. Zu den damit verbundenen Tücken vgl. HUBERT STÖCKLI, «Ménage à trois» bei der Temporärarbeit, recht 2010, 137 ff.; Personalverleih kommt in drei Ausprägungen vor, nämlich als Temporärarbeit, Leiharbeit und gelegentliches Überlassen von Arbeitnehmern (Art. 27 Abs. 1 AVV).

¹⁵ Auch Dienstverschaffungs-, Arbeitnehmerüberlassungs- oder Personal-Leasingvertrag genannt.

¹⁶ BGE 119 V 359 E. 2a; ANDREAS RITTER, Das revidierte Arbeitsvermittlungsgesetz und dessen Auswirkungen auf die betroffenen Wirtschaftszweige, Diss. Zürich, Bern 1994, 20.

¹⁷ BGE 117 V 248 E. 3b aa).

¹⁸ Siehe auch VISCHER (FN 13), 53 m.w.N.

¹⁹ Unter Einräumung wesentlicher Weisungsbefugnisse.

²⁰ Es besteht aufgrund vertraglicher Vereinbarungen deshalb regelmässig keine *cura in instruendo* und keine *cura in custodiendo* seitens des Verleihers, siehe FN 42; Der Arbeitgeber muss gemäss Art. 19 AVV den Arbeitnehmer im Rahmen des Arbeitsvertrags etwa nur über die Art der zu leistenden Arbeit, den Arbeitsort sowie

weisungen als Ausfluss der übertragenen Weisungsbefugnis ist Sache des Entleihers. Fällt der Arbeitnehmer aus, kann der Einsatzbetrieb – vorbehaltlich einer entsprechenden vertraglichen Abrede – vom Verleiher keine Ersatzkraft verlangen.²¹

II. Auftragsverhältnis

Im Gegensatz zum Personalverleih verpflichtet sich der Auftragnehmer in einem Auftragsverhältnis zur sorgfältigen Ausführung einer Dienstleistung. Der wesentliche Unterschied besteht darin, dass zwischen dem Arbeitnehmer als Erfüllungsgehilfe des Auftragnehmers und dem Auftraggeber kein Subordinationsverhältnis besteht.²² Der Beauftragte wahrt seine Unabhängigkeit gegenüber dem Kunden, indem er über eine weitergehende organisatorische Selbständigkeit verfügt. Nach wohl h.L. ist es zur Bejahung eines Auftragsverhältnisses nicht erforderlich, dass die Typusmerkmale in reiner Ausprägung vorliegen.²³ Sie können vielmehr in unterschiedlicher Stärke und Verbindung auftreten.²⁴

Die vertragliche Vereinbarung eines Weisungsrechts des Kunden bedeutet nach dem Gesagten zwar eine Einschränkung der organisatorischen Selbständigkeit des Beauftragten, schliesst das Vorliegen eines Auftragsverhältnisses jedoch nicht per se aus. Solange dem Beauftragten unter Berücksichtigung eines solchen Weisungsrechts ein beachtlicher Gestaltungsspielraum in organisatorischer Hinsicht verbleibt, kann eine organisatorische Selbständigkeit und damit ein Auftragsverhältnis bejaht werden.

III. Zur Abgrenzung Verleihvertrag – Auftrag

1. Im Allgemeinen

Wie soeben erwähnt, grenzt sich der Verleihvertrag von Aufträgen, die in den Räumlichkeiten des Auftraggebers

ausgeführt werden, durch die Übertragung des Weisungsrechts und das damit verbundene Unterordnungsverhältnis ab. Der Arbeitnehmer wird beim Verleihvertrag in die Betriebsorganisation des Entleihers eingegliedert.²⁵

Literatur und Rechtsprechung stellen insbesondere auf folgende Indizien ab, die für eine Eingliederung des Arbeitnehmers in die Betriebsorganisation des Dritten sprechen:²⁶ Der Einsatzbetrieb kann Überstunden, Picketteinsätze oder Nacht- und Sonntagsarbeit anordnen und der Arbeitnehmer hält sich an die im Einsatzbetrieb üblichen Einsatzzeiten. Er erhält einen eigenen Schlüssel für den Zutritt sowie Arbeitskleidung vom Einsatzbetrieb. Falls der Arbeitnehmer zudem Arbeitsgeräte, Verbrauchsmaterialien und einen zur Verfügung gestellten Arbeitsplatz des Einsatzbetriebs nutzt, indiziert dies ebenfalls Personalverleih. Die Rapporte erfolgen dabei regelmässig an einen Vorgesetzten des Einsatzbetriebs. Beim Personalverleih entscheidet typischerweise auch der Einsatzbetrieb, welche Hilfsmittel zu verwenden sind, und dieser erlässt Weisungen über das Verhalten im Betrieb oder Fachanweisungen. Weiter besitzt der Verleiher bei Personalverleih keinen Einfluss auf die Arbeitsausführung, womit auch die Überwachung und Instruktion des Arbeitnehmers in der Kompetenz des Einsatzbetriebs liegt. Der Einsatzbetrieb besitzt typischerweise das Kontrollrecht bezüglich der geleisteten Arbeitsqualität. Bei Nichterreichen eines vertraglich vereinbarten Erfolgs wird keine Nachbesserung geleistet oder der Preis gemindert. Das

den Beginn des Einsatzes, die Dauer sowie die Arbeitszeiten orientieren.

²¹ ROLAND BACHMANN, Verdeckter Personalverleih: Aspekte zur rechtlichen Ausgestaltung, zur Bewilligungspflicht, zum Konzernverleih und zum Verleih mit Auslandsberührung, ArbR 2010, 66 ff. m.w.N.

²² BACHMANN (FN 21), 62.

²³ WALTER FELLMANN, Berner Kommentar, Bd. VI/2/4, Der einfache Auftrag, Art. 394–406 OR, Bern 1992, N 89 zu Art. 394.

²⁴ Nur falls eine organisatorische Selbständigkeit vollständig fehlt, wäre ein Auftragsverhältnis wohl zu verneinen: CAROLE GEHRER CORDEY/GION GIGER, in: Claire Huguenin/Markus Müller-Chen, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. A., Zürich 2016, N 2 zu Art. 394.

²⁵ MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Berner Kommentar, Bd. VI/2/2/1, Der Arbeitsvertrag, Einleitung und Kommentar zu Art. 319–330b OR, Bern 2010, N 16 zu Art. 319, N 57 zu Art. 319 (nachstehend BK-REHBINDER/STÖCKLI); CHRISTIAN DRECHSLER, Personalverleih: unscharfe Grenzen, AJP/PJA 2010, 315; BACHMANN (FN 21), 59; Gem. SECO liegt dies vor, wenn der Arbeitnehmer in persönlicher, organisatorischer und zeitlicher Hinsicht in den Einsatzbetrieb eingebunden wird. Der Arbeitgeber gibt Anweisungen über die Art der zu verrichtenden Arbeit, die mit den nötigen Hilfsmitteln des Einsatzbetriebs (Werkzeug, Material, Geräte) und vornehmlich an seinem Sitz geleistet wird. Auch die Verpflichtung zur Abrechnung von Arbeitsstunden (d.h. ein fehlender Festpreis für die vereinbarte Leistung) wird vom SECO als Indiz für das Vorliegen von Personalverleih angeführt: SECO, Weisungen und Erläuterungen, 66, https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Publicationen_Dienstleistungen/Publicationen_und_Formulare/Arbeit/Personenfreizuegigkeit_und_Arbeitsbeziehungen/merkblaetter/Weisungen_Erlaeuterungen_Arbeitsvermittlungsgesetz.html (zuletzt besucht am 4. Mai 2016) (nachstehend SECO, Weisungen und Erläuterungen); Zur Stellung der Weisungen des SECO vgl. BVGer B-3381/2008 E. 5.1 vom 9. März 2009.

²⁶ ROMAN HEIZ, Das Arbeitsverhältnis im Konzern, Diss. St.Gallen, Wallisellen 2004, 57; RITTER (FN 16), 116; BGR 2A.425/2006 vom 30. April 2007; KGVVE vom 22.1.2003 i.S. T. AG, Verwaltungsgericht Basel Landschaft; SECO, Weisungen und Erläuterungen (FN 25), 66 ff.; BACHMANN (FN 21), 59 f. m.w.N.

Risiko schlechter Leistung liegt somit im Falle von Personalverleih beim Entleiher.

Alleine das physische Verrichten von Arbeit beim Auftraggeber lässt demnach noch keinen Rückschluss auf das Vorliegen von Personalverleih zu. Auch die Dauer und die Intensität des Einsatzes spielen für sich betrachtet grundsätzlich keine Rolle.²⁷

2. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu 24-Stunden-Betreuungsdienstleistungen insbesondere

Das Bundesgericht hat sich im Jahr 2013 erstmals zur Frage der Qualifikation von 24-Stunden-Betreuungsdienstleistungen als Personalverleih geäußert und hat dabei zur Abgrenzung zwischen Personalverleih und Auftragsverhältnis im Wesentlichen auf das Kriterium des Weisungsrechts abgestellt.²⁸ So wurde festgestellt, dass im zu beurteilenden Fall aufgrund der vorliegenden Musterverträge, Bedarfsanalysen, Verlaufsberichten, der Zweckbeschreibung gemäss Handelsregistereintrag sowie der auf der Homepage des Pflegeanbieters umschriebenen Tätigkeit wesentliche Weisungsbefugnisse auf den Kunden übergegangen sind.²⁹

Neben dem Weisungsrecht wurden vom Bundesgericht weitere, von den Parteien vorgebrachte Punkte wie etwa die Qualifikation des Kundenhaushalts als Einsatzbetrieb, das Zurverfügungstellen von Verbrauchsmaterial, das Verrechnen von Einsatzstunden oder die Haftung berücksichtigt.³⁰

Schliesslich hat das Bundesgericht darauf hingewiesen, dass sich die 24-Stunden-Betreuung von den gewöhnlichen Spitexleistungen im Auftragsverhältnis unterscheidet, da die gewöhnlichen Spitex-Angestellten meist alleine unterwegs sind, unbeaufsichtigt und autonom für einzelne Stunden in verschiedenen Haushalten arbeiten und organisatorisch vollständig in die zuständige Spitex-Einheit eingegliedert sind.³¹

Basierend auf diesen Erwägungen ist das Bundesgericht zum Schluss gelangt, dass die 24-Stunden-Betreuung im konkreten Fall als Personalverleih und damit als bewilligungspflichtige Tätigkeit zu qualifizieren ist.

3. Würdigung

Richtigerweise bedarf der Entscheidung über die Qualifikation einer 24-Stunden-Betreuung stets einer Einzelfallprüfung, wobei im Wesentlichen auf den Vertragsinhalt und die Umschreibung der konkreten Tätigkeit im Einsatzbetrieb abzustellen ist.³² Wendet man die vorne genannten Kriterien an, entsteht jedoch der Eindruck, dass die 24-Stunden-Betreuungsdienste nicht so richtig zum Personalverleih passen wollen – jedenfalls nicht so eindeutig, wie es im bundesgerichtlichen Urteil den Eindruck macht.

Das Abstützen auf das Kriterium der Weisungsbefugnis ist mit Blick auf die einschlägigen Gesetzesbestimmungen³³ nicht grundsätzlich zu beanstanden. In der Regel wird es sich um ein zwischen Verleiher und Entleiher geteiltes Weisungsrecht handeln³⁴, was nach Auffassung des SECO als Indiz für eine betriebliche Eingliederung und damit das Vorliegen von Personalverleih genügen kann.³⁵ Ob dies ausreichend ist, muss indes als fraglich bezeichnet werden, fehlt doch dem Begriff des «geteilten Weisungsrechts» im Vergleich zum «wesentlichen Weisungsrecht» gemäss Art. 26 AVV der vorrangige Charakter. Noch schwieriger zu beurteilen sind Konstellationen, in denen ein geteiltes Weisungsrecht vorliegt, der Arbeitnehmer jedoch berechtigt ist, die Befolgung gewisser Anordnungen des zu betreuenden Kunden zu verweigern.³⁶ Ebenfalls nicht ohne Weiteres eingeordnet werden kann eine vertragliche Regelung, wonach im Falle eines unauflösbaren Widerspruchs zwischen einer Weisung des Verleihers und des Entleihers diejenige des Verleihers vorgehen soll. Es bedarf stets einer Gesamtwertung im Einzelfall, welche auch weitere Elemente wie etwa eine Rapportierung an den Verleiher³⁷ oder den Detailliertheitsgrad von Instruktionen seitens des Verleihers³⁸ berücksichtigt. Solange der Entleiher aufgrund der vertraglichen Regelung keine eindeutige und massgebliche Weisungsbefugnis sowie Überwachungs- und Instruktionskompetenz innehat, darf nicht von einer betrieblichen Eingliederung ausgegangen wer-

²⁷ DRECHSLER (FN 25), 316.

²⁸ BGer 2C_356/2012 vom 11. Februar 2013, E. 3.2; BGer 2C_543/2014 vom 26. Februar 2014, E. 2.2, besprochen in: KURT PÄRLI, Bewilligung für den Personalverleih – BGer 2C_543/2014 vom 26. November 2014, *Pflegerecht* 2015, 118 f.

²⁹ BGer 2C_356/2012 vom 11. Februar 2013, E. 4.3.1

³⁰ BGer 2C_356/2012 vom 11. Februar 2013, E. 4.4 und 5.

³¹ BGer 2C_356/2012 vom 11. Februar 2013, E. 4.3.2.

³² BGer 2C_356/2012 vom 11. Februar 2013, E. 3.5.

³³ Art. 12 Abs. 1 AVG und Art. 26 AVV.

³⁴ Es erscheint im Bereich der häuslichen Pflege zwar nicht ausgeschlossen aber als unwahrscheinlich, dass der zu betreuende Senior ein ausschliessliches Weisungsrecht besitzt.

³⁵ SECO, Weisungen und Erläuterungen (FN 25), 66.

³⁶ Dabei kann es sich um bestimmte, vertraglich festgehaltene Weisungen handeln, oder um Generalklauseln, wonach bei der Befolgung von Weisungen etwa die Urteilsfähigkeit des Kunden zu berücksichtigen ist.

³⁷ Z.B. durch das obligatorische Führen eines Kundenjournals.

³⁸ Z.B. indem der Verleiher die Tätigkeit des Arbeitnehmers in einem Handbuch reglementiert und dessen Befolgung vertraglich vereinbart wird.

den. Es muss eine ein Auftragsverhältnis übersteigende Weisungsgewalt des Einsatzbetriebs (bzw. Kunden) vorliegen.³⁹ Nicht ohne Weiteres nachvollziehbar erscheint der Schluss des Bundesgerichts von der Einsatzdauer der Spitex-Betreuung auf das Weisungsrecht.⁴⁰ Auch der Hinweis, wonach eine 24-Stunden-Betreuung nur sehr untergeordnet der medizinischen Hilfeleistung dient, ist keinesfalls verallgemeinerungsfähig.⁴¹ Die präjudizielle Wirkung dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung darf daher nicht überschätzt werden.

Was die übrigen Kriterien betrifft, die von der Lehre zur Eingliederung des Arbeitnehmers in die Betriebsorganisation des Dritten angeführt werden, muss ebenfalls konstatiert werden, dass diese für den Bereich der 24-Stunden-Betreuung häufig unpassend erscheinen.

So entspricht es etwa nicht dem Zweck der Pflege und Betreuung, dass der zu betreuende Kunde die Arbeitskleidung zur Verfügung stellt. Das Kriterium wirkt im vorliegenden Zusammenhang fremd. Was die Benutzung von Arbeitsgeräten des Einsatzbetriebs anbelangt, drängt sich aufgrund der Natur der zu erbringenden Dienstleistung vernünftigerweise der Schluss auf, dass zur Pflege und Betreuung die beim Kunden vorhandenen Anlagen benutzt werden. Eine andere Regelung erscheint nur schwer vorstellbar, weshalb auch dieses Kriterium nicht als Argument für eine betriebliche Eingliederung geeignet erscheint. Auch von einem eigenen Arbeitsplatz i.e.S. kann bei einer 24-Stunden-Betreuung wohl kaum gesprochen werden, da sich die Dienstleistungserbringung in räumlicher Hinsicht auf das gesamte private Umfeld des Kunden erstreckt.

Schliesslich erscheint die im Personalverleih übliche Haftungsbeschränkung auf eine blosser Haftung der *cura in eligendo*⁴² im Bereich der häuslichen Pflege als unangebracht. Der zu betreuende Kunde soll nicht das Ausfallrisiko oder das Risiko sorgfaltswidriger Tätigkeit des Arbeitnehmers tragen. Dies erscheint unbillig, wenn man berücksichtigt, dass grundsätzlich die entgeltliche Erbringung einer Dienstleistung vereinbart wird.⁴³ In der Regel

werben die Dienstleistungsanbieter ausdrücklich mit ihrer hohen Dienstleistungsqualität, worauf sie konsequenterweise zu behaften sind.

Nach dem vorstehend Gesagten bleibt der Eindruck, dass es sich beim zu betreuenden Kunden regelmässig nicht um einen Arbeitgeber handelt, der einen temporären Personalbedarf aufweist und deshalb einen Verleiher mit der sorgfältigen Auswahl und Überlassung von entsprechenden Arbeitnehmern beauftragt, sondern dass in einer Vielzahl von Fällen schlichtweg ein gewöhnliches Auftragsverhältnis vorliegt.

C. Zulässigkeit eines 24-Stunden-Arbeitsmodells

I. Vereinbarkeit mit dem ArG

Die Frage nach der Vereinbarkeit eines 24-Stunden-Arbeitsmodells mit dem ArG setzt voraus, dass das ArG auf die Arbeitsverhältnisse im Bereich der privatrechtlich-erwerbswirtschaftlichen Spitex-Anbieter Anwendung findet. Es wird deshalb im Folgenden zunächst der Geltungsbereich diskutiert, um in einem nächsten Schritt – soweit das ArG zur Anwendung gelangt – die Vereinbarkeit mit den Arbeits- und Ruhezeiten zu prüfen.

1. Geltungsbereich des ArG

a. Betrieblicher Geltungsbereich

Art. 1 Abs. 1 und 2 ArG erfasst alle Betriebe unabhängig vom jeweiligen Wirtschaftszweig, d.h. jede Arbeitsorganisation, in der ein Arbeitnehmer beschäftigt wird, der in den persönlichen Geltungsbereich des ArG fällt. Besondere Einrichtungen oder Räumlichkeiten der Arbeitsorganisation sind nicht erforderlich, entscheidend ist allein, dass ein privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Arbeitgeber einen Arbeitnehmer in einem privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis im Sinne des ArG anstellt. Im Falle eines Personalverleihs fällt neben dem sog. abstrakten Arbeitgeber (Verleiher) auch der sog. konkrete Arbeitgeber (Entleiher) unter den Betriebsbegriff.⁴⁴ Auf die privatrechtlich-erwerbswirtschaftlichen Spitex-Anbieter bezogen bedeutet dies, dass sie grundsätzlich in den betrieblichen Geltungsbereich des ArG fallen, sofern keine Ausnahme gemäss Art. 2 ArG vorliegt.

³⁹ Vgl. MICHAEL KULL, Die Abgrenzung des einfachen Auftrags zum Personalverleih am Beispiel der hauswirtschaftlichen Tätigkeit, AJP/PJA 2013, 1492.

⁴⁰ BGer 2C_356/2012 vom 11. Februar 2013, E. 4.3.2.

⁴¹ BGer 2C_356/2012 vom 11. Februar 2013, E. 4.3.2.

⁴² THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, 3. A., Bern 2015, 192; RITTER (FN 16), 21.

⁴³ BGer 2C_356/2012, E. 5.3 äussert sich ebenfalls zur Haftungsfrage, kommt jedoch zum Schluss, dass selbst eine allfällige Anwendung von Haftungsregeln analog zum Auftragsrecht als atypisches Element von Personalverleih im zu beurteilenden Fall nicht dazu führe, dass kein Verleihverhältnis mehr vorliegt. Entscheidend bleibe die Gesamtbetrachtung.

⁴⁴ THOMAS GEISER, in: Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler, Stämpfli Handkommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 2005, N 7 zu Art. 1; ROLAND A. MÜLLER, Kommentar ArG, 7. A., Zürich 2009, N 1 zu Art. 1 Abs. 2.

b. Ausnahmen vom betrieblichen Geltungsbereich

Nebst den vorliegend nicht weiter interessierenden Ausnahmen für öffentlich-rechtliche Spitex-Anbieter⁴⁵, sind die Bestimmungen des ArG gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG nicht anwendbar auf «private Haushaltungen». Arbeitgeber, die Arbeitnehmer in ihrem Haushalt, d.h. für ihre eigenen, privaten Bedürfnisse beschäftigen⁴⁶, fallen nicht unter das ArG, weil der Gesetzgeber hier mangels praktischer Durchsetzbarkeit auf behördliche Kontrollen verzichten will.⁴⁷ Als Beispiele werden in der Literatur der Butler, der Chauffeur, die Köchin oder das Hausmädchen angeführt, und zwar unabhängig davon, ob sie im gleichen Haushalt wohnen oder nicht.⁴⁸ Auch Botschaftsresidenzen und Konsulate mit Hausangestellten sind ausgenommen.⁴⁹ Die genannten Beispiele verdeutlichen, dass Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG typischerweise Zweiparteienverhältnisse erfasst. Im Falle privatrechtlich-erwerbswirtschaftlicher Spitex-Anbieter besteht jedoch ein Dreiparteienverhältnis zwischen Kunde, Spitex-Anbieter und Arbeitnehmer, das sich somit nicht ohne Weiteres in die voranstehende Aufzählung eingliedern lässt.

Einigkeit über die Anwendbarkeit des ArG besteht, falls der Arbeitgeber in den Wohnräumen eine berufliche Tätigkeit ausübt und der Arbeitnehmer in diesem Rahmen für ihn tätig wird.⁵⁰ Es handelt sich dabei etwa um Treuhänder, Anwälte oder Zahnärzte. Diese Konstellationen werden nicht als «private Haushaltungen» gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG qualifiziert. Eine Einreihung der privatrechtlich-erwerbswirtschaftlichen Spitex-Anbieter ist indes auch hier nicht ohne weiteres möglich, da der kommerzielle Zweck beim Spitex-Anbieter und damit ausserhalb des Haushalts liegt.

Die Frage, ob privatrechtlich-erwerbswirtschaftliche Spitex-Anbieter unter Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG fallen, kann somit nicht ohne weitere Auslegung beantwortet werden.

In der Literatur finden sich Stimmen, die eine Anwendung des ArG für Haushaltshilfen und Pflegepersonal in Privathaushaltungen verneinen, allerdings ohne sich dabei auf privatrechtlich-erwerbswirtschaftliche Spitex-Anbieter zu beziehen.⁵¹ Die Mehrheit der Stimmen spricht sich für eine Unterstellung der privatrechtlich-erwerbswirtschaftlichen Spitex-Anbieter unter das ArG aus, allerdings (fast ausnahmslos⁵²) ohne auf die Ausnahme gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG einzugehen.⁵³

Auf den ersten Blick mag es naheliegend erscheinen, den Begriff der «privaten Haushaltungen» auf den Ort der ausgeübten Tätigkeit zu beziehen. Dies hätte zur Folge, dass alle Dienstleistungen, die in einem privaten Haushalt erbracht werden, vom Geltungsbereich des ArG ausgenommen sind. Dass eine solche Auslegung nicht massgebend sein kann, zeigt sich jedoch bereits an den obgenannten Beispielen, etwa des Treuhänders, bei denen das ArG selbstredend auch dann anwendbar sein soll, wenn die berufliche Tätigkeit in einem privaten Haushalt ausgeübt wird. Ausserdem ist unbestritten, dass etwa Elektriker, die in privaten Haushaltungen von Kunden ihres Arbeitgebers Arbeiten verrichten, nicht unter die Ausnahmebestimmung gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG fallen.

Richtigerweise bezieht sich der Begriff der «privaten Haushaltungen» auf den Betriebsbegriff⁵⁴, wie dies

⁴⁵ Vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. a ArG; Art. 2 Abs. 2 ArG i.V.m. Art. 7 ArGV1; siehe auch ANDREA HENSCH, Arbeitsrechtliche Fragen der spitalexternen Krankenpflege, *Pflegerecht* 2012, 14 f.

⁴⁶ HENRI ZWAHLEN, in: Walther Hug, *Kommentar zum Arbeitsgesetz*, Bern 1971, N 39 zu Art. 2.

⁴⁷ Botschaft zum ArG, BBl 1960 II 909, 945.

⁴⁸ GEISER (FN 44), N 39 zu Art. 2.

⁴⁹ SECO, *Wegleitung zum Arbeitsgesetz*, 002-3, https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Wegleitungen_zum_Arbeitsgesetz/wegleitung-zum-arbeitsgesetz-und-den-verordnungen-1-und-2.html (zuletzt besucht am 4. Mai 2016).

⁵⁰ Unter Vorbehalt, dass der betriebliche Geltungsbereich des ArG erstellt ist; GEISER, (FN 44), N 40 zu Art. 2; MÜLLER (FN 44), zu Art. 2 Abs. 1 lit. g.

⁵¹ KURT PÄRLI, *Rechtsfragen der Beschäftigung ausländischen Pflegepersonals*, *Pflegerecht* 2012, 99.

⁵² Anders namentlich GEISER, der eine Anwendbarkeit des ArG bejaht, wenn es sich um eine Dienstleistung handelt, nicht aber, wenn Personalverleih vorliegt, weil es sich diesfalls beim Einsatzbetrieb um eine private Haushaltung handelt: THOMAS GEISER, *Übersicht über die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts*, AJP/PJA 2016, 100 f.

⁵³ HENSCH (FN 45), 14; Zivilgericht Basel-Stadt, Urteil GS.2013.32 vom 27. Oktober 2014, besprochen in: MICHAEL KULL, *Entschädigung für Bereitschaftsdienst*, ARV 2015, 112 ff.; Departement des Innern des Kantons Solothurn, *Entscheid 3/2003*, <http://www.appl.so.ch/appl/ger/daten/ger2003/03.pdf> (zuletzt besucht am 4. Mai 2016); Zumindest falls Auftragsrecht zur Anwendung kommt, anscheinend auch für eine Anwendung des ArG: Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Thurgau, *Betreuung oder Pflege von Angehörigen zuhause*, 3, http://www.awa.tg.ch/documents/Flyer_Hauspflege_dev.pdf (zuletzt besucht am 4. Mai 2016); Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Zug, *Betreuung und Pflege zu Hause*, 4 f., <https://www.zg.ch/behoerden/volkswirtschaftsdirektion/amt-fur-wirtschaft-und-arbeit/aktuell/Betreuung%20und%20Pflege%20zu%20Hause> (zuletzt besucht am 4. Mai 2016); a.A. Postulatsbeantwortung der Regierung an den Landtag des Fürstentums Liechtenstein betreffend die Besserstellung der ambulanten Pflege und Betreuung, insbesondere der finanziellen Unterstützung der Pflege und Betreuungsarbeit in den Familien, Nr. 64/2008, Ziff. 4.6.1.1, <http://bua.gmg.biz/BuA/default.aspx?year=2008&nr=64&content=1079023001&erweitert=true> (zuletzt besucht am 4. Mai 2016).

⁵⁴ Vgl. MÜLLER (FN 44), N 1 zu Art. 1 Abs. 2.

auch die genannten Fallbeispiele verdeutlichen. Handelt es sich beim Betrieb i.S.v. Art. 1 Abs. 2 ArG um einen privaten Haushalt, gelangt die Ausnahmebestimmung gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG zur Anwendung, mit der Folge, dass der betriebliche Geltungsbereich des ArG nicht erstellt und das ArG nicht anwendbar ist. Auf die privatrechtlich-erwerbswirtschaftlichen Spitex-Anbieter bezogen, bedeutet dies, dass im Ergebnis der Auffassung von GEISER⁵⁵ beizupflichten ist, wonach privatrechtlich-erwerbswirtschaftliche Spitex-Anbieter nur dann in den betrieblichen Geltungsbereich des ArG fallen, wenn ihre Tätigkeit als reines Auftragsverhältnis qualifiziert wird, weil diesfalls der privatrechtlich-erwerbswirtschaftliche Spitex-Anbieter den Betrieb i.S.v. Art. 1 Abs. 2 ArG darstellt. Liegt demgegenüber Personalverleih vor, handelt es sich beim privaten Haushalt um den Einsatzbetrieb und damit um den Betrieb i.S.v. Art. 1 Abs. 2 ArG, womit der betriebliche Geltungsbereich des ArG nicht erstellt ist. Die Frage nach der Anwendbarkeit des ArG hängt damit unmittelbar mit der Qualifikation der Tätigkeit als Personalverleih zusammen.

c. Persönlicher Geltungsbereich

Unter den persönlichen Geltungsbereich fallen Personen, die in fremder Arbeitsorganisation und damit in persönlicher Unterordnung Arbeit leisten.⁵⁶ Der Begriff des Arbeitnehmers nach ArG ist nicht deckungsgleich mit demjenigen des Arbeitsvertragsrechts.⁵⁷ Da der Arbeitnehmer in der vorliegenden Konstellation regelmässig in eine fremde Arbeitsorganisation eingegliedert wird und ein Subordinationsverhältnis vorliegt, ergeben sich bezüglich des persönlichen Geltungsbereichs keine weiteren Probleme. Die Ausnahmen vom persönlichen Geltungsbereich sind für den gewöhnlichen Arbeitnehmer nicht von Bedeutung.⁵⁸

2. Arbeits- und Ruhezeiten

Gelangt das ArG nach dem vorstehend Gesagten zur Anwendung, ist in einem nächsten Schritt zu prüfen, ob ein 24-Stunden-Arbeitsmodell mit den Arbeits- und Ruhezeiten des ArG zu vereinbaren ist. Nicht näher eingegangen

wird auf die Vorschriften zum Gesundheitsschutz⁵⁹, zum ununterbrochenen Betrieb⁶⁰ oder zum Schutz bestimmter Personengruppen⁶¹.

a. Wöchentliche Höchst Arbeitszeit

Das ArG schreibt eine wöchentliche Höchst Arbeitszeit von 45 resp. 50 Stunden vor, wobei diese in bestimmten Fällen um höchstens vier Stunden verlängert werden kann.⁶² Die wöchentliche Höchst Arbeitszeit darf ausnahmsweise in den gesetzlich vorgesehenen Fällen und in begrenztem Umfang überschritten werden.⁶³ Als Arbeitszeit gilt die Zeit, während der sich der Arbeitnehmer zur Verfügung des Arbeitgebers zu halten hat.⁶⁴

Ein Arbeitsmodell, das den Arbeitnehmer während einer ununterbrochenen Dauer von z.B. einem Monat zu einem 24-Stunden-Arbeitstag in der Wohnung des zu betreuenden Seniors verpflichtet, verstösst klarerweise gegen die wöchentliche Höchst Arbeitszeit. Die wöchentliche Höchst Arbeitszeit kann nicht umgangen werden, indem nur bestimmte Stunden als Arbeitszeit vereinbart werden⁶⁵, und für die restliche Zeit eine Präsenzpflcht gilt. Da mit dem Kunden regelmässig eine 24-Stunden-Betreuung vereinbart wurde, besteht auch während den sog. Präsenzzeiten eine Anwesenheitspflicht. Solche Präsenzpflchten dürften regelmässig als Pikettdienst i.S.v. Art. 14 ArGV1⁶⁶ zu qualifizieren sein.⁶⁷ Wird dieser Pikettdienst im Betrieb geleistet, was bezogen auf die häusliche Pflege wohl als Aufenthalt beim zu betreuenden Senior zu verstehen ist, stellt die gesamte zur Verfügung gestellte Zeit Arbeitszeit dar.⁶⁸ Es liegt folglich auch mit einer solchen Vereinbarung ein Verstoß gegen die wö-

⁵⁹ Art. 6 ArG.

⁶⁰ Art. 24 ArG.

⁶¹ Art. 29 ff. ArG.

⁶² Art. 9 Abs. 1, 3 und 4 ArG.

⁶³ Etwa wegen Dringlichkeit der Arbeit oder zur Vermeidung oder Beseitigung von Betriebsstörungen (Art. 12 ArG).

⁶⁴ Art. 13 Abs. 1 ArGV1.

⁶⁵ Z.B. am Morgen, Mittag und früheren Abend je 2 Stunden.

⁶⁶ Beim Pikettdienst hält sich der Arbeitnehmer neben der normalen Arbeit für allfällige Arbeitseinsätze bereit, namentlich auch für Hilfeleistungen in Notsituationen oder ähnliche Sonderereignisse, wie sie auch im Bereich der häuslichen Pflege und Betreuung vorkommen können.

⁶⁷ Aus der Qualifikation einer vertraglich vereinbarten Präsenzpflcht als Pikettdienst i.S.v. Art. 14 ArGV1 können weitere Verstösse resultieren, namentlich gegen Art. 14 Abs. 2 ArGV1. Diese Vorschrift besagt, dass der Arbeitnehmer während vier Wochen höchstens an sieben Tagen auf Pikett sein darf und nach Beendigung des letzten Pikettdienstes während den zwei darauf folgenden Wochen nicht mehr zum Pikettdienst aufgeboten werden darf. Die Ausnahmeregelung in Art. 14 Abs. 3 ArGV1 dürfte nur in den wenigsten Fällen einschlägig sein; vgl. KULL, ARV (FN 53), 112 ff.

⁶⁸ Art. 15 Abs. 1 ArGV1.

⁵⁵ Vgl. GEISER (FN 52), 101.

⁵⁶ MÜLLER (FN 44), N 2 zu Art. 1 Abs. 2.

⁵⁷ So kommt es insbesondere auf den Abschluss oder die Gültigkeit eines Arbeitsvertrages nicht an. Entscheidend ist die tatsächliche Beschäftigung im Betrieb: ZWAHLEN (FN 46), N 18 zu Art. 1; HANS PETER TSCHUDI, Schweizerisches Arbeitsschutzrecht, Schriftenreihe des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes, Bern 1985, 28.

⁵⁸ Ggfs. ist Art. 3 lit. d ArG i.V.m. Art. 9 ArGV1 zu beachten, der Arbeitnehmer mit höheren leitenden Tätigkeiten vom persönlichen Geltungsbereich des ArG ausnimmt.

chentliche Höchst Arbeitszeit vor. Kein Verstoß gegen Art. 9 Abs. 1 ArG liegt nur vor, solange die wöchentliche Höchst Arbeitszeit für einen Arbeitnehmer unter 50 Stunden bleibt.⁶⁹ Dies kann etwa dadurch erreicht werden, dass abwechselnd mehrere Arbeitnehmer für die Pflege eines Kunden eingesetzt werden.

b. Verteilung der Arbeitszeit

Art. 16 Abs. 2 ArGV1 schreibt vor, dass die Arbeitswoche für den einzelnen Arbeitnehmer höchstens 5,5 Arbeitstage umfassen darf. Ausnahmsweise kann sie auf sechs Arbeitstage ausgedehnt werden.⁷⁰ Sofern der Arbeitsvertrag eine wöchentliche Arbeitspflicht während mehr als 5,5 Tagen vorsieht, liegt damit grundsätzlich ein Verstoß gegen Art. 16 Abs. 2 ArGV1 vor. Ein 24-Stunden-Arbeitsmodell, das einen Arbeitnehmer z.B. während einer ununterbrochenen Dauer von einem Monat verpflichtet, ist unter diesem Gesichtspunkt unzulässig.

c. Pausen und Ruhezeiten

Das ArG schreibt abhängig von der täglichen Arbeitszeit die Mindestdauer der Pausen vor, durch die die Arbeit zu unterbrechen ist.⁷¹ Die Pausen sind um die Mitte der Arbeitszeit anzusetzen⁷² und zwingend.⁷³ Die Pausen gelten als Arbeitszeit, wenn die Arbeitnehmer ihren Arbeitsplatz nicht verlassen dürfen.⁷⁴ Sofern eine Pausenregelung mit dem Kunden vereinbart wurde und der Arbeitnehmer während dieser Zeit das private Umfeld des zu betreuenden Kunden verlassen darf, kann den gesetzlichen Vorgaben Genüge getan werden.⁷⁵ Streng genommen handelt es sich dann nicht mehr um eine 24-Stunden-Betreuung. Möglicherweise besteht, insbesondere bei den Angehörigen, das Bedürfnis, dass der Senior auch während der Pause beaufsichtigt wird. In diesem Fall muss die Beaufsichtigung während den Pausen durch den Arbeitgeber sichergestellt werden. Solange der Arbeitnehmer während

den Pausen das private Umfeld des zu betreuenden Kunden nicht verlassen darf, liegt keine Pause i.S.v. Art. 15 Abs. 1 ArG, sondern Arbeitszeit vor.

Das ArG schreibt weiter vor, dass dem Arbeitnehmer täglich eine Ruhezeit von mindestens elf aufeinander folgenden Stunden zu gewähren ist.⁷⁶ Ausnahmsweise kann sie einmal wöchentlich auf acht Stunden herabgesetzt werden.⁷⁷ Die tägliche Ruhezeit darf zwar durch Piketteinsätze i.S.v. Art. 14 ArGV1 unterbrochen werden, muss jedoch im Anschluss im restlichen Umfang nachgewährt werden.⁷⁸ Eine Abgeltung der Ruhezeiten durch Geldleistungen oder andere Vergünstigungen ist grundsätzlich nicht statthaft.⁷⁹ Dass im Rahmen des beschriebenen 24-Stunden-Arbeitsmodells die gesetzlich vorgeschriebene Ruhezeit nicht gewährt werden kann, erscheint evident.

Bezüglich der grundsätzlich bewilligungspflichtigen Nacht-⁸⁰ und Sonntagsarbeit⁸¹ sei am Rande auf die für Spitex-Organisationen⁸² geltende Ausnahmeregelung hingewiesen, die es ihnen erlaubt, Arbeitnehmer in der Nacht und an Sonntagen ohne behördliche Bewilligung ganz oder teilweise zu beschäftigen.⁸³

II. Vereinbarkeit mit dem OR

Neben den arbeitsgesetzlichen sind die arbeitsvertraglichen Vorschriften des Obligationenrechts zu beachten. Im Folgenden wird das 24-Stunden-Arbeitsmodell im Lichte der im OR statuierten 6-Tages-Woche und bezüglich des Persönlichkeitsschutzes diskutiert.

1. Vereinbarkeit mit Art. 329 Abs. 1 und 2 OR

a. Grundsatz

Dem Arbeitnehmer steht nach Art. 329 Abs. 1 OR ein wöchentlicher Freizeitananspruch, und zwar in der Regel ein ganzer Freitag pro Woche, zu.⁸⁴ Diese vom OR statuierte 6-Tages-Woche ist relativ zwingender Natur, d.h. es kann

⁶⁹ Es können sich jedoch andere Unvereinbarkeiten ergeben, namentlich bezüglich vorgeschriebener Ruhezeiten.

⁷⁰ Sofern die wöchentlichen freien Halbtage im Einverständnis mit dem Arbeitnehmer für längstens vier Wochen zusammengelegt werden: Art. 16 Abs. 2 Satz 2 ArGV1.

⁷¹ Art. 15 Abs. 1 ArG: 15 Minuten bei mehr als 5,5 Stunden, 30 Minuten bei mehr als 7 Stunden und eine Stunde bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als 9 Stunden täglicher Arbeitszeit.

⁷² Art. 18 Abs. 1 ArGV1.

⁷³ GEISER (FN 44), N 16 zu Art. 15.

⁷⁴ Art. 15 Abs. 2 ArG.

⁷⁵ Vielfach fehlt jedoch eine entsprechende Regelung in den Arbeitsverträgen, oder es wird eine den Erfordernissen von Art. 15 ArG nicht genügende Regelung vereinbart. Ungenügend ist etwa eine Art wöchentliche Addition der Pausen, indem dem Arbeitnehmer einmal wöchentlich eine bestimmte Anzahl Stunden Freizeit am Stück eingeräumt wird.

⁷⁶ Art. 15a Abs. 1. ArG.

⁷⁷ Sofern die Dauer von elf Stunden im Durchschnitt von zwei Wochen eingehalten wird (Art. 15a Abs. 2 ArG).

⁷⁸ Art. 19 Abs. 3 ArGV1.

⁷⁹ Art. 22 ArG.

⁸⁰ Art. 16 ArG.

⁸¹ Art. 18 ArG.

⁸² Definition gemäss Art. 17 Abs. 2 ArGV2: Spitex-Betriebe sind Betriebe, die spitalexterne Aufgaben für pflege- und betreuungsbedürftige Personen erfüllen.

⁸³ Art. 4 i.V.m. Art. 17 Abs. 1 ArGV2.

⁸⁴ In der Regel am Sonntag, sog. ordentliche Freizeit; vgl. WOLFGANG PORTMANN/ROGER RUDOLPH, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 6. A., Basel 2015, N 1 zu Art. 329 (nachstehend BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH).

lediglich zugunsten des Arbeitnehmers von der Regelung abgewichen werden.⁸⁵ Eine Abgeltung mittels Geld ist nur bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses gestattet, wenn ein realer Bezug nicht mehr möglich ist.⁸⁶ Ein Freitag liegt nur vor, wenn der Arbeitnehmer tatsächlich von der Arbeitspflicht befreit ist und sich nach Belieben vom Arbeitsplatz entfernen kann. Mit relativ freier Gestaltung der Arbeitszeit ist diesem Erfordernis nicht Genüge getan.⁸⁷ Solange die Einsatzdauer bei einem 24-Stunden-Arbeitsmodell mehr als sechs aufeinanderfolgende Arbeitstage beträgt, liegt somit grundsätzlich ein Verstoß gegen Art. 329 Abs. 1 OR vor.

b. Ausnahme

Art. 329 Abs. 2 OR lässt es ausnahmsweise zu, dass mehrere Freitage zusammengefasst werden können. Vorausgesetzt wird für diesen Fall die Zustimmung des Arbeitnehmers.⁸⁸ Zudem müssen besondere Umstände diese Massnahme rechtfertigen, wie sie etwa im Gastgewerbe, Hausdienst oder der Landwirtschaft vorkommen.⁸⁹ Während den parlamentarischen Beratungen im Nationalrat zur Revision des Arbeitsvertragsrechts im Jahre 1969 wollte eine Kommissionsminderheit die Zustimmung des Arbeitnehmers aus Art. 329 Abs. 2 OR streichen und diskutierte in diesem Zusammenhang auch die besonderen Umstände. Dabei wurde anerkannt, dass ein vorgeschriebener wöchentlicher Freitag auch im Bereich des Hausdienstes⁹⁰ eine zusätzliche Belastung darstellt, weshalb u.U. eine Zusammenlegung dieser Freitage möglich sein muss. Aus den parlamentarischen Beratungen erhellt jedoch, dass man bei der Schaffung der Möglichkeit einer Zusammenlegung mehrerer Freitage vornehmlich an die Land- und Alpwirtschaft gedacht hat⁹¹. Ausserdem wur-

de der Ausnahmecharakter dieser Bestimmung betont, wonach grundsätzlich auch den im Hausdienst und der Landwirtschaft angestellten Personen ein wöchentlicher Freitag zusteht.⁹²

Unter Berücksichtigung dieser Ausführungen lässt sich ein 24-Stunden-Arbeitsmodell wohl nicht unter Bezugnahme auf Art. 329 Abs. 2 OR rechtfertigen, da keine besonderen Umstände vorliegen. Ein 24-Stunden-Arbeitsmodell mit einer Einsatzdauer von mehr als sechs aufeinanderfolgenden Tagen verstösst damit grundsätzlich gegen Art. 329 Abs. 1 OR.

2. Vereinbarkeit mit Art. 328 OR

Nebst Art. 329 Abs. 1 OR enthält das Obligationenrecht keine Vorschriften zu Arbeits- und Ruhezeiten, die einem 24-Stunden-Arbeitsmodell entgegenstehen würden. Es bleibt deshalb zu prüfen, ob es gegen den in Art. 328 OR statuierten Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers verstösst.

Die zum grössten Teil in Art. 328 OR geregelte Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ist Ausfluss der engen Beziehung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber.⁹³ Art. 328 OR konkretisiert Art. 27 ff. ZGB in arbeitsrechtlicher Hinsicht dahingehend, dass der Arbeitgeber die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen hat. Er muss durch den Arbeitsvertrag gerechtfertigte Eingriffe unterlassen und im Rahmen des Arbeitsvertrages entsprechende Eingriffe abwehren.⁹⁴ Der Inhalt der Interessenwahrung bestimmt sich nach dem Grundsatz von Treu und Glauben und findet seine Grenze in den berechtigten Eigeninteressen des Arbeitgebers.⁹⁵ Betroffen ist nebst dem explizit aufgeführten Gesundheitsschutz und der Wahrung der Sittlichkeit⁹⁶ v.a. die Achtung der Individualität des Arbeitnehmers in seelischer, geistiger und kör-

⁸⁵ ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362, 7. A., Zürich 2012, N 16 zu Art. 329.

⁸⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 85), N 2 zu Art. 329 m.w.N.

⁸⁷ ADRIAN STAHELIN, Zürcher Kommentar, Der Arbeitsvertrag, Art. 319–330a OR, Band V/2c, 4. A., Zürich 2006, N 4 zu Art. 329 (nachstehend ZK-STAHELIN); STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 85), N 2 und N 4 zu Art. 329.

⁸⁸ Diese kann ausdrücklich oder stillschweigend und im Voraus oder erst im konkreten Fall erfolgen: STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 85), N 3 zu Art. 329.

⁸⁹ ZK-STAHELIN (FN 87), N 4 zu Art. 329.

⁹⁰ Ob das Dienstleistungsangebot eines privatrechtlich-erwerbswirtschaftlichen Spitex-Anbieters unter den in den Beratungen im Jahre 1969 verwendeten Begriff des Hausdienstes fällt, muss offen bleiben. Es besteht aufgrund der Ausführungen im Amtlichen Bulletin (Sten Bull NR 1969, 776 ff.) eine gewisse Wahrscheinlichkeit, dass mit dem Hausdienst bloss die gewöhnlichen Hausangestellten gemeint waren.

⁹¹ Insbesondere an das Alppersonal mit einem abgeschiedenen Arbeitsplatz.

⁹² Zum Ganzen: Sten Bull NR 1969, 776 ff.

⁹³ BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (FN 84), N 1 ff. zu Art. 328.

⁹⁴ AUBERT, in: LUC THÉVENOZ/Franz WERRO, Commentaire romand, Code des obligations I, Art. 1–529, 2. A., Basel 2012, N 2 zu Art. 328; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 25), N 4 zu Art. 328; WOLFGANG PORTMANN/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. A., Zürich 2013, N 414 ff.

⁹⁵ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 85), N 3 zu Art. 328.

⁹⁶ GEISER/MÜLLER (FN 42), N 455 ff.; JÜRGEN BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. A., Bern 1996, 193 f.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 85), N 3 zu Art. 328: Der Begriff der Wahrung der Sittlichkeit wird in der Praxis eng ausgelegt und grundsätzlich nur auf ehrverletzende und sexualbetonte Handlungen bezogen. Der Gesundheitsschutz stellt den unbestrittensten Bereich des Persönlichkeitsrechts dar und umschreibt die Pflicht des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer nicht zu überfordern oder zu überanstrengen resp. ihn mit Arbeit zu belasten, dass dessen Gesundheit geschädigt oder gefährdet werden könnte. Zum Gesundheitsschutz gehört ferner die Pflicht, für eine einwandfreie Beschaffenheit der

perlicher Hinsicht; ganz allgemein geht es um die Übertragung der Grundsätze des Persönlichkeitsschutzes des ZGB auf die Arbeitswelt.⁹⁷ Bei den geschützten Gütern ist der Schutz nicht absolut, sondern es ist eine Güterabwägung nach Billigkeit erforderlich, was dem Arbeitnehmer zuzumuten ist und wo sein Persönlichkeitsschutz Vorrang genießt.⁹⁸ Es handelt sich m.a.W. um eine Wertung, die unter Abwägung aller relevanten Gesichtspunkte vorzunehmen ist. Entscheidend ist eine Gesamtwertung.⁹⁹

Soweit ersichtlich hatte die Rechtsprechung bis anhin keine 24-Stunden-Arbeitsmodelle in Bezug auf eine Persönlichkeitsverletzung zu untersuchen.¹⁰⁰ Mit einem 24-Stunden-Arbeitsmodell wird dem Arbeitnehmer grundsätzlich die Freiheit genommen, soziale Kontakte ausserhalb der Wohnung zu pflegen, Coiffeur- oder Arztbesuchen nachzukommen oder Sport zu treiben. Aufgrund des hohen Grades an Fremdbestimmtheit besteht nur noch ein kleiner gesellschaftlicher Freiraum für den Arbeitnehmer. Der Arbeitnehmer steht zudem auch während den Randzeiten und in der Nacht unter ständigem Bereitschaftsdienst, was eine erhebliche psychische Anspannung bedeutet. Bei der Abwägung sind weiter ein allenfalls ungenügender Zustand der Unterbringung und die Verpflegung zu berücksichtigen. Als entlastende Elemente zu berücksichtigen sind etwa die Gegenleistung, das Abwälzen von Risiken oder andere Vorteile.¹⁰¹ Der Lohn als Gegenleistung kann aufgrund der erfahrungsgemäss eher bescheidenen Höhe die Nachteile nach der vorliegend vertretenen Auffassung in der Regel nicht aufwiegen. Die Begründung, wonach aufgrund des entfernten Lebensmittelpunktes des Arbeitnehmers ein Bedürfnis für solche Arbeitsmodelle besteht, stellt kein Argument für

fehlenden sozialen Kontakt über einen längeren Zeitraum dar.¹⁰² Auch das Argument, wonach die Wahrscheinlichkeit eines Arbeitseinsatzes während den Randzeiten und in der Nacht gering ist, beeinflusst die Frage des Vorliegens einer Persönlichkeitsverletzung nicht.¹⁰³

Die Vereinbarkeit eines 24-Stunden-Arbeitsmodells mit Art. 328 OR hängt im Übrigen massgeblich von der Einsatzdauer und der übrigen vertraglichen Ausgestaltung ab.¹⁰⁴ Im Grundsatz kann wohl davon ausgegangen werden, dass mindestens die im ArG vorgesehenen Verlängerungsmöglichkeiten der Arbeitszeiten noch keine Persönlichkeitsverletzung gemäss Art. 328 OR bewirken.

D. Fazit

Die Konstruktion des Personalverleihs scheint nicht passgenau auf privatrechtlich-erwerbswirtschaftliche Spitex-Anbieter zugeschnitten zu sein, welche ausländische Arbeitnehmer mittels Rahmen- und Einsatzvertrag für Pflege- und Betreuungsdienstleistungen in der Schweiz anstellen. Von einer grundsätzlichen Qualifikation solcher Dienstleistungen als Personalverleih sollte deshalb Abstand genommen werden. Stets ist im Rahmen einer einzelfallweisen Prüfung die Ausübung des Weisungsrechts eingehend zu untersuchen.

Die Frage nach der Anwendbarkeit des ArG auf privatrechtlich-erwerbswirtschaftliche Spitex-Anbieter hängt unmittelbar mit der Qualifikation als Personalverleih zusammen. Liegt Personalverleih vor, handelt es sich beim privaten Haushalt um den Einsatzbetrieb und damit um den Betrieb i.S.v. Art. 1 Abs. 2 ArG, was eine Anwendung des ArG verhindert. Wird die Tätigkeit demgegenüber als reines Auftragsverhältnis qualifiziert, stellt der privatrechtlich-erwerbswirtschaftliche Spitex-Anbieter den Betrieb i.S.v. Art. 1 Abs. 2 ArG dar, womit der betriebliche Geltungsbereich des ArG erstellt ist.

Eine arbeitsvertragliche Verpflichtung zu 24-Stunden-Einsätzen verletzt – abhängig von der Einsatzdauer und Vertragsgestaltung – regelmässig die zwingenden Arbeits- und Ruhezeiten und kann Unvereinbarkeiten mit den arbeitsvertraglichen Vorschriften des Obligationenrechts aufweisen. Ein mit den gesetzlichen Regelungen in Einklang stehendes 24-Stunden-Arbeitsmodell stellt damit erhöhte Anforderungen an die Einsatzplanung und Vertragsgestaltung.

Arbeitsräume zu sorgen, dem Arbeitnehmer u.U. Verhaltensanweisungen zu erteilen und ihn regelmässig zu überwachen.

⁹⁷ CHRISTIANE BRUNNER/JEAN-MICHEL BÜHLER/JEAN-BERNARD WAEBER/CHRISTIAN BRUCHEZ, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, Schriftenreihe Schweizerischer Gewerkschaftsbund, Basel 2005, 116 f.

⁹⁸ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 85), N 7 zu Art. 328.

⁹⁹ CLAIRE HUGUENIN/CHRISTOPHE PETER REITZE, in: Heinrich Honzeli/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser/Ruth Reusser (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 5. A., Basel 2014, N 10 zu Art. 27 (nachstehend BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE).

¹⁰⁰ Vielmehr basieren die Urteile zu Persönlichkeitsverletzungen auf eindeutigeren Sachverhalten: BGer 4P.32/2004 und BGer 4C.94/2003: Halten eines portugiesischen Kindermädchens unter sklavenartigen Bedingungen; BGE 130 IV 106: Beschäftigung einer Hausangestellten für monatlich 300 Fr. sowie Kost und Logis bei einer 50-Stunden-Arbeitswoche; BGE 112 II 238: Verletzung der Fürsorgepflicht durch Weisung, die Waffensammlung zu reinigen und den unterlassenen Hinweis, dass die Waffen teilweise geladen sind.

¹⁰¹ BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE (FN 99), N 10 zu Art. 27.

¹⁰² Aufgrund Art. 27 Abs. 2 ZGB ist eine Berufung auf eine allfällige Einwilligung durch den Arbeitnehmer unbehelflich.

¹⁰³ Es reicht die blosser Verpflichtung des Arbeitnehmers, während diesen Zeiten möglicherweise einen Arbeitseinsatz leisten zu müssen.

¹⁰⁴ Eine Obergrenze in Anzahl Tagen zu definieren, bei denen noch keine Persönlichkeitsverletzung vorliegt, erscheint nicht angezeigt.