



## Die Abgrenzung des einfachen Auftrags zum Personalverleih am Beispiel der hauswirtschaftlichen Tätigkeit

MICHAEL KULL

Die Unterscheidung zwischen einfachem Auftrag und Personalverleih zeitigt in der Praxis weitreichende Konsequenzen, da bei Letzterem zusätzlich die Bestimmungen des Arbeitsvermittlungsgesetzes zur Anwendung gelangen. Beim Personalverleih bedarf es zur Ausübung der Geschäftstätigkeit einer Bewilligung, welche weitreichende finanzielle und administrative Mehrbelastungen mit sich bringt. Die rechtliche Trennlinie ist dabei nicht einfach zu ziehen, zumal der Gesetzgeber nicht sämtliche der heute aktuellen Konstellationen bedacht hatte. Am Beispiel der hauswirtschaftlichen Tätigkeit (insbesondere bei der Seniorenbetreuung) manifestiert sich diese Problematik und hat unlängst Niederschlag in einem bundesgerichtlichen Entscheid gefunden. Dabei stehen sich die rechtsanwendenden Behörden auf der einen und die Dienstleistungsanbieter wie auch die UNIA auf der anderen Seite mit diametralen Gesetzesinterpretationen gegenüber. Der gegenwärtige Aufsatz versucht entsprechend am aktuellen Beispiel des Hauswirtschaftsdienstes die Abgrenzung zwischen einfachem Auftrag und Personalverleih möglichst präzise zu definieren.

La distinction entre le mandat simple et la location de services a des conséquences importantes en pratique, étant donné que dans le cas de la location de services, les dispositions de la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services trouvent, elles aussi, application. Dans le cas de la location de services, l'exercice d'une activité commerciale est soumis à autorisation. Cette autorisation implique une surcharge administrative et financière importante. La frontière juridique n'est pas aisée à définir, ce d'autant plus que le législateur n'a pas envisagé tous les cas qui sont aujourd'hui d'actualité. L'exemple de l'activité domestique (en particulier pour les soins aux personnes âgées) illustre cette problématique, qui a récemment trouvé écho dans un arrêt du Tribunal fédéral. Les autorités chargées d'appliquer le droit, d'une part, et les prestataires de service ainsi qu'UNIA, d'autre part, se font face avec des interprétations de la loi qui sont diamétralement différentes. Le présent article tente, en conséquence, de définir de manière aussi précise que possible la délimitation entre le mandat simple et la location de services en s'appuyant sur l'exemple actuel du service d'aide à domicile.

### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Gesetzliche Grundlagen
- III. Die Parteien des Auftrags und des Personalverleihs
- IV. Die Auslegung der zur Abgrenzung wesentlichen Gesetzesbestimmung (Art. 12 AVG/Art. 26 AVV)
  - A. Allgemeines
  - B. Historische Auslegung
  - C. Grammatikalische Auslegung
  - D. Teleologische Auslegung
- V. In der Lehre vertretene Abgrenzungskriterien
  - A. Die Übertragung wesentlicher Weisungsbefugnisse als Hauptvertragszweck
  - B. Der Inhalt des Verleihvertrags
  - C. Die Zuordnung der faktischen Arbeitgeberfunktion
  - D. Die untrennbare Verknüpfung des Weisungsrechts mit der Fürsorgepflicht für den Arbeitnehmer
- VI. Bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Abgrenzungsproblematik
  - A. Einleitung
  - B. Zusammenfassung von BGE 2C\_356/2012
  - C. Die Würdigung von BGE 2C\_356/2012
- VII. Die beabsichtigte Revision von Art. 26 AVV
- VIII. Zusammenfassung und Ausblick

### I. Einleitung

Im Lichte der gestiegenen Lebenserwartung und dem Bedürfnis von Senioren, möglichst lange in den eigenen

vier Wänden leben zu können, kann die Dienstleistungsbranche im Bereich der Hauswirtschaft mit Wachstumswerten wie kaum ein anderer Wirtschaftszweig aufwarten. Im Vordergrund steht dabei die Betreuung betagter Menschen, welche zufolge körperlicher und/oder geistiger Defizite für die Alltagsbewältigung auf fremde Hilfe angewiesen sind. Dieses Vertragsverhältnis wird im Rahmen der branchenspezifischen Ausführungen als Ausgangslage genommen.

Spezialrechtlich reguliert wird diese Branche bislang einzig durch eine Verordnung des Bundes<sup>1</sup>. Dort wird nebst den üblichen Haushaltarbeiten wie das Putzen, Kochen, Einkauf oder die Besorgung der Wäsche insbesondere auch die Betreuung von Alten und Kranken wie auch deren Unterstützung in der Alltagsbewältigung als Dienstleistungen definiert<sup>2</sup>. Nebst der Festlegung von Mindestlöhnen enthält die Verordnung jedoch keine weiteren, das Arbeitsverhältnis regelnden Bestimmungen.

Die Branche rückte dabei in der jüngsten Vergangenheit aufgrund einzelner Anbieter mit zweifelhaften Anstellungsbedingungen ihrer Mitarbeiter in den Fokus des öffentlichen Interesses. Damit einher gehend bestehen

<sup>1</sup> Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Hauswirtschaft (NAV Hauswirtschaft/SR 221.215.329.4).

<sup>2</sup> Art. 3 NAV Hauswirtschaft.

Diskussionen auf rechtlicher Ebene, wie das Dreiecksverhältnis zwischen Arbeitgeber, Arbeitnehmer und Kunde zu qualifizieren sei bzw. welche Rechtsnormen hierauf zur Anwendung gelangen. Unlängst hatte das Bundesgericht im Fall 2C\_356/2012 zur Frage Stellung zu beziehen, ob eine im Kanton Luzern domizilierte Gesellschaft, welche ältere Personen mit geistigen und körperlichen Defiziten in einem 24-Stunden-Service zuhause betreut, Personalverleih betreibt<sup>3</sup>.

Nachfolgend wird die Abgrenzungsproblematik vom einfachen Auftrag zum Personalverleih anhand des Beispiels der hauswirtschaftlichen Tätigkeit analysiert und es werden die Unterscheidungskriterien aufgezeigt. Es wird dabei ausschliesslich die Abgrenzung nach der Art der erbrachten Dienstleistung untersucht, während andere Qualifikationskriterien, wie die Anzahl Verleihverträge oder der hieraus erzielte Umsatz, nicht behandelt werden.

Die Abgrenzung ist von erheblicher Relevanz, da bei einer Unterstellung unter das Arbeitsvermittlungsgesetz (AVG) der Gesetzgeber eine Polizeibewilligung verlangt, welche betriebliche und persönliche Voraussetzungen sowie die Leistung einer substantiellen Kautions voraussetzt<sup>4</sup>. Überdies gelangt bei einer jährlichen Lohnsumme von über CHF 1.2 Mio. der Gesamtarbeitsvertrag zum Arbeitsvermittlungsgesetz (GAV-AVG) zur Anwendung<sup>5</sup>, welcher beispielsweise Mindestlöhne festschreibt, die über dem Branchenüblichen liegen. Weiter hat die Unterstellung unter das AVG erhebliche Auswirkungen auf die Ausgestaltung des Vertragswesens, sieht spezielle Kündigungsfristen vor und schränkt die Möglichkeit der Vereinbarung eines Abwerbverbotes nebst einer Vielzahl weiterer Folgen erheblich ein.

Das SECO spricht sich aus Gründen des Arbeitnehmerschutzes für eine Unterstellung der gesamten Hauswirtschaftsbranche unter das AVG aus. Hiergegen kämpfen die Branchenverbände (spitex privée, Verband zu Hause leben) aufgrund der weitreichenden Folgen für die betroffenen Betriebe an<sup>6</sup>. Ungewöhnlich ist, dass sie dabei Schützenhilfe von der UNIA als Vertreterin der Arbeitnehmerschaft erhalten, welche sich aufgrund der negativen Folgen der Unterstellung für ihre Mitglieder dezidiert

gegen eine Anwendung des AVG ausspricht<sup>7</sup>. Insbesondere deshalb befinden sich die UNIA und der «Verband zu Hause leben» in Vertragsverhandlungen bezüglich eines Gesamtarbeitsvertrags (GAV) im Bereich des Hauswirtschaftsdienstes, welcher nach Möglichkeit allgemeinverbindlich erklärt werden soll.

Nachfolgend soll der Verlauf der schmalen Trennlinie zwischen dem einfachen Auftrag und dem Personalverleih nach einer allgemeinen Themenbehandlung am Beispiel des jüngst ergangenen Bundesgerichtsurteils aufgezeigt werden. Es wird dabei jedoch nicht der Spezialfall der 24-Stunden-Betreuung behandelt, sondern der gesamte Bereich der Hauswirtschaft im Sinne der vorerwähnten Bundesverordnung. So wohnt das Hauswirtschaftspersonal im Regelfall nicht beim Kunden und der wöchentliche Einsatz beläuft sich pro Kunde auf zwischen wenige Stunden pro Woche bis mehrere pro Tag. Nicht eingegangen wird hingegen auf die medizinische Betreuung, bei welcher jüngst die Frage der rechtlichen Gleichbehandlung der öffentlichen und privaten Spitexbetriebe in den Fokus gerückt ist.

## II. Gesetzliche Grundlagen

Art. 12 Abs. 1 AVG bestimmt, dass «Arbeitgeber (Verleiher), die Dritten (Einsatzbetrieben) gewerbsmässig Arbeitnehmer überlassen», einer Bewilligung des kantonalen Arbeitsamtes bedürfen. Detailliert wird diese Bestimmung in Art. 26 der Arbeitsvermittlungsverordnung (AVV), welcher festlegt, dass *als Verleiher gilt, wer dem Einsatzbetrieb wesentliche Weisungsbefugnisse gegenüber dem Arbeitnehmer abtritt*<sup>8</sup>.

Keine gesetzliche Grundlage, sondern allenfalls eine Auslegungshilfe bilden in diesem Zusammenhang die Weisungen des SECO<sup>9</sup>. So wird dort lediglich die Rechtsauslegung der beaufsichtigenden Verwaltungsbehörde zusammengefasst. Es gilt somit diese gesetzlichen Grundlagen auszulegen, wobei der Abtretung der wesentlichen Weisungsrechte an den Einsatzbetrieb die zentrale Abgrenzungsfunktion zukommt.

<sup>3</sup> Unter dem Oberbegriff Personalverleih wird dabei die Temporär- und die Leiharbeit gemäss Art. 27 AVV verstanden.

<sup>4</sup> Art. 13 f. AVG und Art. 32 ff. AVV.

<sup>5</sup> Art. 2 Abs. 2 lit. c. des Bundesratsbeschlusses über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für den Personalverleih vom 13. Dezember 2011.

<sup>6</sup> Die mit der Unterstellung einher gehende Verteuerung der Dienstleistung wie auch der administrative Mehraufwands dürften gerade kleinere Betriebe zur Aufgabe ihrer Tätigkeit zwingen.

<sup>7</sup> Bspw. die bereits angesprochenen, verkürzten Kündigungsfristen im ersten Semester der Anstellung.

<sup>8</sup> Es bestehen seitens des SECO Bestrebungen einer Teilrevision der AVV; vgl. weiter hinten VI.

<sup>9</sup> Weisungen und Erläuterungen zum AVG, AVV, GAV-AVG sowie zur dazugehörigen Gebührenverordnung, Herausgeber SECO, Bern 2003; nachfolgend Weisungen SECO.

### III. Die Parteien des Auftrags und des Personalverleihs

Beim einfachen Auftrag nach Art. 394 ff. OR verpflichtet sich der Beauftragte, dem Auftraggeber eine Dienstleistung zu erbringen. Zur Auftrags Erfüllung darf er soweit üblich von ihm angestellte Arbeitnehmer beiziehen, welche rechtlich als dessen Hilfspersonen zu qualifizieren sind<sup>10</sup>.

Auch beim Personalverleih ist ein kongruentes Dreiecksverhältnis wie bei der Auftrags Erfüllung durch eine Hilfsperson anzutreffen. Der Auftraggeber als ausserhalb des Arbeitsverhältnisses stehende Drittpartei wird dabei als sog. *Einsatzbetrieb* bezeichnet. Damit wird einer Spezialität des Personalverleihs Ausdruck verliehen, nämlich dass der Arbeitnehmer seine Arbeit nicht beim Arbeitgeber, sondern in einem Drittbetrieb verrichtet. Wie beispielsweise der beim Kunden seine Arbeit verrichtende Gärtnereiangestellte jedoch verdeutlicht, qualifiziert nicht jeder Arbeitseinsatz beim Kunden das Rechtsverhältnis zum Personalverleih. Wie bei den gesetzlichen Grundlagen erläutert, müssen als qualifizierendes Element zusätzlich «wesentliche Weisungsbefugnisse» an den Einsatzbetrieb abgetreten werden<sup>11</sup>.

Beim Personalverleih existiert somit immer ein Dreiparteienverhältnis, welches sich dadurch auszeichnet, dass der Arbeitnehmer seine Arbeit nicht beim Arbeitgeber, sondern beim Kunden verrichtet, der dem Arbeitnehmer zudem weitgehende Weisungen betreffend seine Arbeitsausführung erteilen darf. Es gilt deshalb zu untersuchen, inwieweit Weisungsbefugnisse des Arbeitgebers auf den Einsatzbetrieb übergehen müssen, damit ein Personalverleih vorliegt.

### IV. Die Auslegung der zur Abgrenzung wesentlichen Gesetzesbestimmung (Art. 12 AVG/Art. 26 AVV)

#### A. Allgemeines

Wann ein Dienstleistungsauftrag und wann ein Fall von Personalverleih vorliegt, gilt es in jedem Anwendungsfall zu prüfen, zumal keine gesetzliche Vermutung in eine Richtung besteht, wie dies vom SECO aus einer deduktiven Sichtweise heraus vertreten wird<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Art. 398 Abs. 3 OR.

<sup>11</sup> Art. 26 AVV.

<sup>12</sup> CHRISTOPH SENTI, Auftrag oder Personalverleih, AJP/PJA 2013, 364.

Art. 12 AVG bestimmt lediglich, dass einer Bewilligung bedarf, wer gewerbsmässig einem Einsatzbetrieb Personal zur Verfügung stellt. Als massgebliches Unterscheidungskriterium statuiert die Ausführungsbestimmung in Art. 26 AVV die Abtretung wesentlicher Weisungsbefugnisse an den Einsatzbetrieb und damit das Gegenstück zur dem Arbeitsverhältnis immanenten Subordination des Arbeitnehmers unter den Arbeitgeber<sup>13</sup>.

Die vom SECO vertretene Auffassung, dass im Zweifelsfall von Personalverleih auszugehen sei<sup>14</sup>, kann sich auf keine Grundlage abstützen und ist deshalb kategorisch abzulehnen<sup>15</sup>.

Nicht weiterführend und entsprechend keine Behandlung erfahren nachfolgend die systematische wie auch die zeitkonforme Auslegung, da diese im vorliegenden Fall keine weiteren Erkenntnisse bringen.

#### B. Historische Auslegung

Die Botschaft zum AVG führte als Abgrenzungskriterium bereits die «Übertragung des Weisungsrechts über die eingesetzten Arbeitnehmer an den Arbeitgeber des Einsatzbetriebs» an<sup>16</sup>. Die Abgrenzung von Werk- oder Montageverträgen soll anhand des Umstands erfolgen, ob der Arbeitnehmer im Einsatzbetrieb Arbeiten ausführt, die der Kunde «üblicherweise selbst besorgt»<sup>17</sup>. Alleine anhand dieser Kriterien erscheint eine griffige Unterscheidung in Grenzfällen aber kaum möglich, worauf bei der teleologischen Auslegung zurückgekommen wird. Jedoch lässt der Botschaftstext keinen Zweifel daran aufkommen, dass unter dem «Einsatzbetrieb» eine Produktionsstätte von gewisser Grösse verstanden wird, womit die hauswirtschaftlichen und verwandten Tätigkeiten in fremden Räumlichkeiten – obwohl damals längst existierend – nicht als Personalverleih betrachtet wurden<sup>18</sup>. Die historische Auslegung spricht damit gegen die Qualifikation der hauswirtschaftlichen Tätigkeit als Personalverleih.

#### C. Grammatikalische Auslegung

Art. 12 AVG sieht eine Bewilligungspflicht vor, wenn Arbeitnehmer vom Arbeitgeber einem Einsatzbetrieb «über-

<sup>13</sup> Botschaft zu einem revidierten Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 27. November 1985, BBl 1985 III 608 ff.; nachfolgend Botschaft.

<sup>14</sup> Weisungen SECO (FN 9), 67.

<sup>15</sup> So auch SENTI (FN 12), 364.

<sup>16</sup> Botschaft (FN 13), 609.

<sup>17</sup> Botschaft (FN 13), 609.

<sup>18</sup> Beispielsweise auch nicht die Putzfrauenvermittlung oder aber EDV-Support.

lassen» werden. Werden nun Synonyme für besagtes Verb gesucht, stösst man auf «abgeben», «abtreten» oder «anvertrauen»<sup>19</sup>. Damit wird klar, dass der Gesetzgeber unzweifelhaft das funktionale Ausscheiden aus dem Betrieb des Arbeitgebers und den Eintritt in den Verleihbetrieb meinte, was bei der hauswirtschaftlichen Tätigkeit in der Regel nicht der Fall ist. Die Botschaft zum revidierten Arbeitsvermittlungsgesetz aus dem Jahre 1985 führt explizit nur die Abtretung von Weisungsbefugnissen und nicht deren gemeinsame Ausübung an<sup>20</sup>.

Werden weiter synonyme Adjektive für den in Art. 26 AVV verwendeten Begriff «wesentlich» im Zusammenhang mit dem Weisungsrecht gesucht, erhält man als Ergebnis «vorrangig, hauptsächlich, ausschlaggebend oder primär». Damit wird offenkundig, dass der Gesetzgeber ein übergeordnetes Weisungsrecht des Einsatzbetriebs als Abgrenzungskriterium definiert hatte, was in Zahlen ausgedrückt eine Übertragung von mehr als 50% voraussetzt, damit von Personalverleih auszugehen ist. Diese Zuordnung wird nicht immer leicht fallen, da keine definierte Anzahl an Weisungskriterien existiert, die es zuzuordnen gilt. Es hat hier eine gesamthafte Beurteilung zu erfolgen, wer dem Arbeitnehmer die elementaren Weisungen erteilt, welche Partei somit die Grundstruktur der Tätigkeit vorgibt.

Bei der grammatikalischen Auslegung gilt es sodann, wie im vorangegangenen Abschnitt bereits behandelt, den Begriff «Einsatzbetrieb» auszulegen. Die grammatikalische Auslegung deckt sich dabei mit der historischen, indem mit der vom Gesetzgeber verwendeten Bezeichnung kaum Privatpersonen bzw. -haushalte gemeint sein können.

Die grammatikalische Auslegung spricht somit gegen eine Unterstellung der Hauswirtschaftsdienstleistung unter die Bestimmungen des AVG. Eine anderweitige Interpretation würde eine Überdehnung des Gesetzeswortlauts darstellen.

## D. Teleologische Auslegung

Der Begriff der «Abtretung» von wesentlichen Weisungsbefugnissen impliziert einen Verzicht des Abtretenden auf die Ausübung seiner diesbezüglichen Rechte als Arbeitgeber, welche das arbeitsvertragliche Subordinationsverhältnis einräumt.

Verschiedene Anhaltspunkte sprechen gegen eine so verstandene Abtretung in der Hauswirtschaft. So obliegen dem Arbeitnehmer in der Regel nebst der Abgabe von Stundenblättern zur Arbeitszeiterfassung weitergehende Rapportierungspflichten gegenüber dem Arbeitgeber. Er erhält von diesem in der Regel auch Fachanweisungen über die Art und Weise der Arbeitsausführung<sup>21</sup>. Dabei spielen Dauer und Intensität des Einsatzes grundsätzlich keine Rolle<sup>22</sup>.

Im klassischen Personalverleih, beispielsweise in der Baubranche, ist die Zuordnung der überwiegenden Weisungsbefugnisse leicht vorzunehmen, da diese dort offenkundig und praktisch uneingeschränkt beim Einsatzbetrieb liegen. Die dort herrschenden Verhältnisse sind aber nicht vergleichbar mit der hier behandelten Betreuungskonstellation.

Nach dem Botschaftstext soll zwecks der Vermeidung von Umgehungsversuchen das AVG immer dann zur Anwendung gelangen, wenn der Arbeitnehmer im Einsatzbetrieb Arbeiten ausführt, die «dieser üblicherweise selbst besorgt» bzw. die «branchenspezifisch sind»<sup>23</sup>. Als Beispiel angeführt wird in der Botschaft «z.B. Bauarbeiten bei einem Bauunternehmen».

Dieses Argument bildet vorliegend eher einen Anhaltspunkt dafür, dass es sich bei der Hauswirtschaft nicht um Personalverleih handelt. So kann der Kunde zufolge persönlicher Defizite die täglichen Verrichtungen gerade nicht mehr selber ausführen. Entgegenzuhalten ist dieser Interpretation allenfalls der Einwand, dass der Kunde die Tätigkeit mindestens früher selbst besorgen konnte, was dann wiederum eher für Personalverleih sprechen würde. Da wie gesehen die überwiegenden Weisungsbefugnisse aber vorliegend beim Arbeitgeber verbleiben, auch wenn dem Kunden Mitspracherechte bei der konkreten Arbeitsausführung eingeräumt werden (beispielsweise Auswahl der Kleidung oder Mahlzeiten), kann die Frage anhand der teleologischen Auslegung nicht abschliessend beurteilt werden. Massgeblich erscheint in diesen Fällen aber gleichwohl, dass keine Integration in den Einsatzbetrieb erfolgt<sup>24</sup>. So ermangelt es dem Haushalt des Kunden nur schon an den Strukturen, den Arbeitnehmer im Sinne des Gesetzgebers integrieren zu können.

Der Arbeitnehmer wird in besagten Fällen nicht wie ein Angestellter in den Betrieb des Auftraggebers eingegliedert und der Arbeitgeber wird auch nicht zum blossen

<sup>19</sup> Quelle: <http://synonyme.woxikon.de/synonyme/%C3%BCberlassen.php>.

<sup>20</sup> Botschaft zu einem revidierten Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 27.11.1985; AS 1985, 609.

<sup>21</sup> CHRISTIAN DRECHSLER, Personalverleih: unscharfe Grenzen, in: AJP/PJA 2010, 315 ff.

<sup>22</sup> DRECHSLER (FN 21), 316.

<sup>23</sup> Botschaft (FN 13), 600.

<sup>24</sup> Vgl. hierzu DRECHSLER (FN 21), 315 f.

Lohnadministrator. Dies kann nur schon dem Umstand entnommen werden, dass der Arbeitgeber bei Schlechterfüllung haftet bzw. sich eine Honorarminderung zu vergebewärtigen hat (während in Fällen des Personalverleihs teilweise sogar die Haftung für die «*cura in eligendo*» entfällt<sup>25</sup>).

## V. In der Lehre vertretene Abgrenzungskriterien

### A. Die Übertragung wesentlicher Weisungsbefugnisse als Hauptvertragszweck

HUBERT STÖCKLI betrachtet den Zweck des Vertrags zwischen Arbeitgeber und Kunden als wesentliches Unterscheidungskriterium zwischen Personalverleih und einfachem Auftragsverhältnis. Nach seiner Auffassung hat der Verleihvertrag gerade auf die Übertragung wesentlicher Weisungsbefugnisse an den Auftraggeber abzielen, womit es sich um einen echten Vertrag zugunsten eines Dritten nach Art. 112 Abs. 2 OR handeln würde<sup>26</sup>. Damit fallen nach seiner Auffassung jene Fälle nicht unter das AVG, in denen zur Erfüllung spezifischer und im Voraus definierter Aufgaben ein oder mehrere Mitarbeiter auf Verantwortung des Arbeitgebers beim Kunden eine Arbeit erledigen<sup>27</sup>.

Der Vertragszweck in der Hauswirtschaft spricht deshalb gegen die Qualifikation als Personalverleih, da die Instruktion des Arbeitnehmers in der Regel durch den Arbeitgeber erfolgt, der vorab beim Kunden dessen Bedürfnisse aufgenommen und den Einsatz definiert hat. Es besteht deshalb beidseitig kein Interesse und auch keine Veranlassung, wesentliche Weisungsbefugnisse abzutreten, zumal sich der Kunden hierzu regelmässig zufolge psychischer Defizite gar nicht in der Lage sehen würde. Anders dürfte der Fall hingegen zu beurteilen sein, wenn der Arbeitgeber vom Kunden lediglich die Art der gewünschten Dienstleistung und die Einsatzzeiten mitgeteilt erhält und damit beauftragt wird, dass ein Arbeitnehmer zum vereinbarten Zeitpunkt zur Verfügung steht, dessen Einweisung und Zuteilung der Aufgaben jedoch vom Kunden selbst vorgenommen wird. In diesen Fällen ist von Personalverleih auszugehen. Es gilt deshalb immer

die vertragliche Vereinbarung wie auch die praktische Handhabung im Einzelfall zu berücksichtigen.

### B. Der Inhalt des Verleihvertrags

Als weiteres Abgrenzungskriterium gilt es, den Inhalt des Verleihvertrags mit dem Kunden zu prüfen. Wird darin vertraglich eine Dienstleistungserbringung vereinbart, so deutet dies auf einen Auftrag hin, während von Personalverleih auszugehen ist, wenn sich der Vertrag darin erschöpft, dass eine Arbeitskraft zur Verfügung gestellt wird<sup>28</sup>. Je weniger die zu leistende Arbeit also vertraglich bestimmt wird, desto eher liegt die Weisungsbefugnis beim Kunden und deutet damit auf Personalverleih hin<sup>29</sup>. Die Einräumung wesentlicher Weisungsbefugnisse ist in jenen Fällen somit nicht primär beabsichtigt, sondern stellt eine notwendige Folge resultierend aus der «Vertragsunvollständigkeit» dar. Indizien für einen Auftrag und gegen einen Personalverleih bilden demnach sowohl die detaillierte Beschreibung der Arbeitstätigkeit als auch vertragliche Fristen, die Arbeitseinweisung durch den Arbeitgeber, eine Rapportierungspflicht gegenüber diesem oder die Gewährleistung bei Schlechterfüllung<sup>30</sup>.

BACHMANN führt einen umfangreichen Indizienkatalog an, der die Beurteilung der Abgrenzungsfrage erleichtern soll<sup>31</sup>. Bei dessen Studium wird vorab augenscheinlich, dass er beim Einsatzbetrieb von einem solchen mit einer gewissen Grösse, Struktur und Organisation ausgeht, womit Privathaushalte konkludent ausgeschlossen werden. Unter anderem nennt er als Gründe für eine Qualifikation als Personalverleih die Zurverfügungstellung eines eigenen Arbeitsplatzes und des Arbeitsmaterials durch den Kunden, dessen direkte Vorgabe der Einsatzzeiten, dessen Möglichkeit der Anordnung von Überstunden, Piketteinsätzen oder Nacht- und Sonntagsarbeit, die Überwachung des Arbeitnehmers durch den Einsatzbetrieb, die Unmöglichkeit der Einflussnahme des Arbeitgebers betreffend die Art und Weise der Auftragserfüllung, die nicht vorhandene Kontrollmöglichkeit der Arbeitsausführung durch den Arbeitgeber oder aber der unbedingte Honoraranspruch des Arbeitgebers, selbst bei einer grobfahrlässigen Schlechterfüllung bzw. Schadensverursachung durch den Arbeitnehmer.

Überhaupt gilt es der Verantwortlichkeitsfrage ein besonderes Augenmerk zu schenken: Soweit der Beauftrag-

<sup>25</sup> Vgl. hierzu MARTIN BEYELER, Personalverleih oder Informatikdienstleistung, Baurecht 2011, 225 f.

<sup>26</sup> HUBERT STÖCKLI, «Ménage à trois» bei der Temporärarbeit, recht 2010, 139.

<sup>27</sup> BEYELER (FN 25), 225.

<sup>28</sup> SENTI (FN 12), 360.

<sup>29</sup> SENTI (FN 12), 362.

<sup>30</sup> Vgl. für weitere Anhaltspunkte SENTI (FN 12), 361 f.

<sup>31</sup> ROLAND BACHMANN, Verdeckter Personalverleih: Aspekte zur rechtlichen Ausgestaltung, zur Bewilligungspflicht, zum Konzernverleih und zum Verleih mit Auslandsberührung, ArbR 2010, 59.

te für die Qualität der Arbeitserfüllung in keiner Weise haftbar gemacht werden kann, weist dies auf Personalverleih hin, während bei einer Haftung des beauftragten Arbeitgebers für Schlechterfüllung oder Schadensverursachung durch den Arbeitnehmer es sich um einen einfachen Auftrag handeln dürfte<sup>32</sup>.

Als Ergebnis auf den konkreten Fall übertragen gilt es somit den individuellen Vertragsinhalt wie auch dessen faktische Umsetzung im Einzelfall zu beurteilen, wobei die dem Unterzeichneten bekannten Verträge gegen Personalverleih sprechen.

### C. Die Zuordnung der faktischen Arbeitgeberfunktion

Nach der Auffassung des SECO bildet die Zuordnung der faktischen Arbeitgeberfunktion an den Kunden ein massgebliches Kriterium zur Qualifikation eines Dreiparteienverhältnisses als Personalverleih<sup>33</sup>. Diese Zuordnung hängt eng mit der Trägerschaft der überwiegenden Weisungsbefugnis zusammen, ist jedoch nicht in jedem Fall kongruent. Konkret gilt es deshalb die Frage zu beantworten, ob die faktische Arbeitgeberfunktion dem Arbeitgeber oder dem Kunden zukommt.

Was ANGELA HENSCH für privatrechtliche Spitex-Aufträge ausführt, kann auch auf die Betreuung im nicht-medizinischen Sektor übertragen werden. Erbringt der Arbeitnehmer seine Dienstleistung autonom im Privathaushalt des Kunden und erhält er klare Ziel- (Anweisung in Bezug auf Umfang, Ort und Organisation der Arbeitserfüllung) und Fachanweisungen (Art und Weise der Arbeitsausführung), welche in seinem Arbeitsvertrag wie auch im Betreuungsvertrag mit dem Kunden festgehalten werden, so kann kein Personalverleih vorliegen<sup>34</sup>, da die überwiegende Weisungsbefugnis beim Arbeitgeber verbleibt. Hiervon zeugen auch Verhaltensanweisungen des Arbeitgebers betreffend die Annahme von Geschenken, die Arbeitszeiten, die Arbeitskleidung, die Gesundheitsvorsorge u.v.a.<sup>35</sup>. Die Weisungsbefugnis muss in einer Vielzahl der Fälle gar beim Arbeitgeber verbleiben, da der Kunde aufgrund persönlicher Defizite gar nicht in der Lage wäre, sachgerechte Weisungen zu erteilen, beispielsweise zufolge einer Altersdemenz. In derartigen Fällen

wird schon der Auftrag nicht vom Kunden, sondern stellvertretend von Angehörigen oder dem Hausarzt erteilt.

Es bestünde bei der Zuerkennung der Arbeitgeberfunktion an den Kunden in derartigen Fällen die Gefahr, dass der Kunde durch unverhältnismässige Weisungen seine Gesundheit gefährden würde, wenn der Arbeitnehmer verpflichtet wäre, dessen Instruktionen Folge zu leisten<sup>36</sup>. Auch wenn die Arbeitnehmer in der Praxis selbstredend dafür besorgt sein werden und auch sollen (gemäss Instruktion des Arbeitgebers), dass die Wünsche des Kunden berücksichtigt werden (beispielsweise bei der Auswahl der Kleidung, der Freizeitgestaltung oder den Mahlzeiten), kann ihm keine überwiegende (nicht einmal eine gemeinsame) Weisungsbefugnis zuerkannt werden<sup>37</sup>.

Gegen die Qualifikation als Personalverleih spricht sodann, dass der Vertragsinhalt sich gerade nicht in der Überlassung einer Betreuungsperson an den Kunden erschöpft, sondern dass die Art und der Umfang der Dienstleistungserbringung detailliert vereinbart werden. Dies ist nur schon deshalb notwendig, weil regelmässig verschiedene Arbeitnehmer beim selben Kunden tätig sind. Dieser Vertragsinhalt wird deshalb in einem detaillierten Vertrag definiert, welcher dann Grundlage für die Instruktion, Einweisung und Überwachung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber bildet.

Im Gegensatz zur Vermittlung von Arbeitnehmern in der Bauhaupt- oder -nebenbranche verhält es sich hier also dergestalt, dass die Arbeitgeberfunktion weitgehend beim Arbeitgeber verbleibt. So weist der Arbeitgeber den Arbeitnehmer regelmässig vor Ort in die Gegebenheiten ein. Weiter besteht eine Rapportierungspflicht des Arbeitnehmers nur gegenüber dem Arbeitgeber, nicht jedoch gegenüber dem Kunden. Überstunden, Spezialdienste und Ähnliches werden dem Arbeitnehmer immer nur vom Arbeitgeber angeordnet; entsprechende Bedürfnisse hat der Kunde entsprechend bei diesem anzumelden.

Ähnlich wird auch in der Reinigungsbranche verfahren, jedoch mit dem Unterschied, dass dort durch den Abschluss eines Branchen-GAV<sup>38</sup>. Mindeststandards gesetzt wurden, weshalb Bestrebungen seitens des SECO und der kantonalen Ämter bestehen, diese Branche dem Regime des AVG zu unterwerfen.

<sup>32</sup> BEYELER (FN 25), 226; so auch BGE 2C\_356/2012, wenn auch schliesslich auf Personalverleih erkannt wurde, vgl. E. 5.3.

<sup>33</sup> Es kann hier auf die vorstehenden Ausführungen unter a. verwiesen werden.

<sup>34</sup> ANGELA HENSCH, Arbeitsrechtliche Fragen der spitalexternen Krankenpflege, in: Pfleregerecht 2012, 16.

<sup>35</sup> HENSCH (FN 34), 16.

<sup>36</sup> Es sei hier nochmals das Beispiel eines an Altersdemenz erkrankten Kunden angeführt.

<sup>37</sup> Wie dies der Entwurf zum revidierten Art. 26 AVV vorsieht; vgl. hierzu nachfolgend V.

<sup>38</sup> Vgl. [www.pk-reinigung.ch](http://www.pk-reinigung.ch).

## D. Die untrennbare Verknüpfung des Weisungsrechts mit der Fürsorgepflicht für den Arbeitnehmer

Wie bereits erwähnt, ist eine Vielzahl von Kunden von Hauswirtschaftsdiensten zufolge persönlicher Defizite faktisch kaum in der Lage, ein Weisungsrecht überhaupt ausüben zu können. Wenn dann aber noch berücksichtigt wird, dass mit dem Weisungsrecht untrennbar die Fürsorgepflicht für den Arbeitnehmer verquickt ist, wird offenkundig, dass das Weisungsrecht beim Arbeitgeber liegen muss und entsprechend kein Personalverleih vorliegen kann<sup>39</sup>. Dass das Weisungsrecht immer auch die Fürsorgepflicht für den Arbeitnehmer impliziert, wurde bereits in der Botschaft festgehalten und hat in der Lehre Zustimmung erfahren<sup>40</sup>. Selbst wenn dem Kunden elementare Weisungsrechte zuerkannt werden wollten, steht wohl ausser Frage, dass dies für die Fürsorgepflicht gegenüber dem Arbeitnehmer nicht gelten kann. Andernfalls wäre beispielsweise eine demente Person dafür verantwortlich und müsste einschreiten, wenn eine mit ihr im Haushalt lebende Drittperson eine Arbeitnehmerin belästigen würde.

## VI. Bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Abgrenzungsproblematik

### A. Einleitung

Bis zum unlängst ergangenen BGE 2C\_356/2012 hatte sich das Bundesgericht bislang soweit ersichtlich noch nicht mit der hier interessierenden Auslegung von Art. 12 AVG bzw. Art. 26 AVV zu befassen gehabt. Im Luzerner Fall einer 24-Stunden-Betreuung hatte es sich entsprechend erstmals mit dieser Frage einlässlich auseinandergesetzt.

Es gilt deshalb nachfolgend abzuklären, ob durch diese Entscheidung ein allgemein verbindliches Präjudiz geschaffen wurde, oder ob lediglich ein Einzelfall ohne grundsätzliche Auswirkungen auf nachfolgende Grenzfälle beurteilt wurde.

## B. Zusammenfassung von BGE 2C\_356/2012

In dem bereits mehrfach erwähnten Entscheid mit der Verfahrensnummer 2C\_356/2012 hat das Bundesgericht bezüglich der hier interessierenden Problematik Folgendes festgestellt und schliesslich auf eine Anwendbarkeit der Bestimmungen des AVG auf eine 24-Stunden-Betreuungsgesellschaft mit überwiegend hauswirtschaftlichem Dienstleistungsangebot geschlossen:

- Die Frage, ob ein bewilligungspflichtiger Personalverleih vorliegt, ergibt sich aus einer Abgrenzung im Einzelfall. Es muss somit immer eine individuelle Beurteilung des konkreten Falles erfolgen. Massgeblich seien dabei der Vertragsinhalt sowie die Umschreibung der konkreten Tätigkeit im Einsatzbetrieb (E. 3.5).
- Die Weisungen des SECO zum AVG<sup>41</sup> werden als Auslegungshilfen beigezogen und sehen als auf Arbeitsverleih hinweisende Unterscheidungskriterien vor: Die Abtretung von Weisungsbefugnissen an den Einsatzbetrieb, dass das Arbeitsmaterial vom Einsatzbetrieb zur Verfügung gestellt wird, dass der Arbeitnehmer die Arbeit am Einsatzbetrieb nach dessen Arbeitszeitvorgaben erbringt, dass der primäre Zweck in der Verrechnung von Arbeitsstunden liegt oder dass der Einsatzbetrieb bei einer Schlechterfüllung durch den Arbeitnehmer den Arbeitgeber hierfür nicht rechtlich belangen kann (E. 3.5).
- Beim Betreuungsvertrag bilde die mindestens teilweise Übertragung des Weisungsrechts an den Kunden eine entscheidende Voraussetzung für das Vorliegen von Personalverleih, wobei dieses übertragene Instruktionsrecht den Rahmen desselben bei einem gewöhnlichen Auftrag übertreffen müsse (E. 3.6).
- Dass im konkreten hauptsächlich die Erbringung hauswirtschaftlicher Tätigkeiten im Vordergrund gestanden habe (E. 4.2) und eine Gesamtwürdigung der Umstände darauf schliessen liesse, dass wesentliche Weisungsbefugnisse an den Kunden abgetreten wurden (E. 4.3), da keine Vergleichbarkeit mit Spitex-Betrieben und deren meist nur kurze Zeitspannen umfassende Einsätze mit detailliertester Zeiterfassung bestehe, wesentliche Weisungsbefugnisse an den Kunden übergangen und Privathaushalte die Funktion von Arbeitgebern übernehmen und somit als Dritte bzw. Einsatzbetriebe im Sinne von Art. 12 Abs. 1 AVG qualifiziert werden können (E. 4.3.1 bis 4.4).

<sup>39</sup> BOTSCHAFT (FN 13), 565; STÖCKLI (FN 26), 140 f.; Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern vom 16.9.1981 in JAR, 1983, 253.

<sup>40</sup> STÖCKLI (FN 26), 140 f.

<sup>41</sup> Weisungen und Erläuterungen zu AVG, AVV, GAV-AVG, Hrsg. SECO 2003.

- Der Arbeitnehmer arbeite mit Material des Kunden, beispielsweise Lebens- und Reinigungsmittel, womit das vom Arbeitgeber gestellte und vom Kunden bezahlte Verbandmaterial nicht ins Gewicht falle (E. 5.1).
- Es wurde in casu eine Einsatzzeit vereinbart und somit Arbeitszeit verrechnet und kein Erfolg wie beim Werkvertrag garantiert (E. 5.2).
- In den Allgemeinen Vertragsbestimmungen zwischen dem Kunden und dem Arbeitgeber wurde zwar eine Haftung des Arbeitgebers analog zur Hilfspersonenhaftung bzw. der auftragsrechtlichen Regelung vereinbart, was atypisch für den Personalverleih sei, jedoch vermöge dieser Umstand im Lichte der weiter vorne dargebrachten Erwägungen die Gesamtbetrachtung nicht umzustossen (E. 5.3).
- Zusammenfassend gelangt das Bundesgericht zum Schluss, dass zwecks der Gestaltung eines möglichst autonomen Alltags wesentliche Weisungsbefugnisse an den Einsatzbetrieb (und damit die betreute Person) abgetreten werden und das Pflegepersonal entsprechend nicht als im Auftragsverhältnis tätiges Hilfspersonal handle (E. 7).

### C. Die Würdigung von BGE 2C\_356/2012

Zu den Erwägungen des Bundesgerichts gilt es Folgendes anzumerken:

- Da es nach einhelliger Auffassung und auch nach den Weisungen des SECO immer einen Einzelfall zu beurteilen gilt, hätte im vorliegenden Fall nicht die Gesamttätigkeit der betroffenen Gesellschaft beurteilt werden dürfen, sondern es hätte ein Referenzfall konkret beurteilt werden müssen. Der Entscheid hätte schon aus dieser formalen Erwägung aufgehoben werden müssen.
- Die Herkunft des Arbeitsmaterials eignet sich im zu beurteilenden Fall kaum als Abgrenzungskriterium, zumal solches offensichtlich von beiden Vertragsparteien eingebracht worden war.
- Der Arbeitnehmer erhält seinen Einsatzplan wie auch die Arbeitszeitvorgaben vom Arbeitgeber angeordnet, was gegen eine Qualifikation als Personalverleih spricht.
- Der Vertragszweck seitens des Arbeitgebers besteht in der Verrechnung der im Voraus definierten Hauswirtschaftsdienstleistung. Diese orientiert sich selbstredend am Zeitaufwand, vermag jedoch keinen Hinweis für oder gegen die Qualifikation als Personalverleih zu geben.
- Im vorliegenden Fall musste das Bundesgericht explizit unter Ziffer 3.5 einräumen, dass die Haftungsregelung bzw. der Honorarminderungsanspruch bei Schlechterfüllung bzw. eine allfällige Schadenersatzpflicht Anhaltspunkte für das Vorliegen eines einfachen Auftrags bilden.
- Bei der nichtmedizinischen Betreuung erfolgt keine das übliche Mass eines Auftrags übersteigende Übertragung von Weisungsrechten an den Kunden, was anhand eines Vergleichs mit anderen Dienstleistungsberufen zu attestiert ist, welche diese ebenfalls beim Kunden erbringen (beispielsweise Gärtnereibetriebe, Reinigungsunternehmen etc.).
- Die Ausübung eines Weisungsrecht analog zu demjenigen des Arbeitgebers erscheint weiter deshalb höchst zweifelhaft, da der Kunde regelmässig an physischen und insbesondere auch psychischen Defiziten leidet, welche ihm eine Ausübung des Weisungsrecht a priori verunmöglicht.
- Da vorliegend explizit auf die Differenz zu den Spitex-Betrieben hingewiesen wurde, welche in der Regel nur kürzere Einsätze versehen, kann festgehalten werden, dass die stundenweise, hauswirtschaftliche Tätigkeit auch nach dem Bundesgericht kaum als Personalverleih zu qualifizieren ist.
- Dem Bundesgericht beizupflichten ist bei seiner – wenn auch nicht explizit ausgeführten – Erwägung, dass nur bei nichtmedizinischen Dienstleistungen überhaupt Personalverleih vorliegen kann, da Fachanweisungen des Kunden in medizinischer Hinsicht (im Gegensatz zu hauswirtschaftlichen Anweisungen) a priori auszuschliessen sind.
- Führt der Arbeitgeber eine detaillierte Arbeitszeiterfassung der geleisteten Stunden des Arbeitnehmers und besteht eine Rapportierungspflicht in diesem Verhältnis, ist von einem einfachen Auftrag auszugehen.
- Die Vereinbarung einer Einsatzzeit spricht weder für noch gegen Personalverleih, da auch beim Auftrag kein Erfolg, sondern nur eine Betätigung geschuldet wird; der Querverweis auf die fehlende Analogie zum Werkvertrag vermag deshalb keine weitere Klärung herbeizuführen.
- Von einer vollständigen «Eingliederung in den Haushalt» des Kunden (E. 4.3.2 und 4.4) kann in Fällen der Hauswirtschaft regelmässig nicht ausgegangen werden, da ein klassisches Betreuungsverhältnis (und bei der 24-Stunden-Betreuung einhergehend eine private Rückzugsmöglichkeit des Arbeitnehmers) besteht und deshalb nicht von einer Wohngemeinschaft gespro-

chen werden kann. Es gilt aber auch hier darauf hinzuweisen, dass es den Einzelfall zu beurteilen gilt.

- Weiter räumte das Bundesgericht ein, dass die Haftungsregelung zulasten des Arbeitgebers im Betreuungsvertrag mit dem Kunden gegen Personalverleih spräche, kam aber gleichwohl zum Schluss, dass Personalverleih vorliegen würde und begründete dies mit dem Umstand, *«dass einzelne atypische Elemente das Vorliegen eines Verleihverhältnisses nicht umzustossen vermögen; die Gesamtbetrachtung der konkreten Leistungen bleibt für die Qualifikation des Rechtsverhältnisses massgeblich»* (E. 5.3).

Wie die vorstehende Würdigung des aktuellen Entscheids des Bundesgerichts ergeben hat, sprechen die Fakten nach der Auffassung des Schreibenden im beurteilten Fall wie auch im Allgemeinen gegen die Qualifikation der beurteilten Tätigkeit als Personalverleih, was auch für die allgemeinüblichen Dienstleistungen im Bereich der Hauswirtschaft gilt. Dies jedoch mit dem Hinweis, dass es immer den Einzelfall, dessen praktische Handhabung und die vertragliche Ausgestaltung zu würdigen gilt.

Nach der hier vertretenen Auffassung hat das Bundesgericht die wesentlichen Abgrenzungskriterien zwar korrekt wiedergegeben, sich dann bei der Subsumtion jedoch nicht an die eigenen Vorgaben gehalten. Es sei jedoch relativierend angefügt, dass die vollständige Aktenlage sich aus dem Entscheid alleine nicht zu offenbaren vermag und es deshalb einen entsprechenden Vorbehalt anzubringen gilt. Anhand der angeführten Fakten erscheint die bundesgerichtliche Argumentation allerdings nicht konzis und qualifiziert einen Teilbereich der Hauswirtschaft, nämlich die 24-Stunden-Betreuung, nach der hier vertretenen Auffassung nicht korrekt.

Somit ist die eingangs gestellte Frage nach der präjudizierenden Wirkung des Entscheids dahingehend zu beantworten, dass das Bundesgericht einzelne Unterscheidungskriterien definiert hat, es jedoch weiterer Fälle im Bereich der nichtmedizinischen Betreuung bedürfen wird, um allgemeinverbindliche Beurteilungskriterien zu schaffen, welche generell angewendet werden können.

## VII. Die beabsichtigte Revision von Art. 26 AVV

Es laufen Bestrebungen des SECO, die Diskussionen und rechtlichen Auseinandersetzungen mit verschiedenen Dienstleistungsbranchen mittels einer Revision von Art. 26 AVV zu ihren Gunsten – meint für eine extensive

Anwendung des AVG – zu beeinflussen<sup>42</sup>. Der Entwurf war bereits in der Vernehmlassung und soll nach der Absicht der zuständigen Stelle per 1. Januar 2014 in Kraft gesetzt werden. Folgende Änderungen sollen in die Verordnung aufgenommen werden:

Neu soll Art. 26 Absatz 1 AVV wie folgt lauten (Neuerung optisch hervorgehoben):

*«Als Verleiher gilt, wer einen Arbeitnehmer einem Dritten überlässt, indem er dem Dritten wesentliche Weisungsbefugnisse gegenüber dem Arbeitnehmer abtritt oder zusammen mit diesem ausübt.»*

Neu soll sodann ein Absatz 2 wie folgt aufgenommen werden:

*«Weitere Merkmale für eine Verleihtätigkeit sind namentlich:*

- a) der Arbeitnehmer wird insbesondere in persönlicher, organisatorischer, sachlicher und zeitlicher Hinsicht in die Arbeitsorganisation des Dritten eingebunden;*
- b) die Arbeiten erfolgen mehrheitlich beim Dritten;*
- c) der Dritte trägt selbst die Gefahr für die Arbeitsleistung, es wird im Vertrag kein Erfolg vereinbart;*
- d) die Verrechnung von Arbeitsstunden steht im Vordergrund.»*

Bei der Neuerung nach Absatz 1 ist augenscheinlich, dass nun auch die gemeinsame Ausübung der Weisungsbefugnisse als Qualifikationsmerkmal ausreichen soll. Damit sollen vermutlich unter anderem jene Fälle unter das AVG fallen, in welchen der Kunde sich geistig noch im Vollbesitz seiner Kräfte befindet. In formaler Hinsicht gilt es dabei zu bemerken, dass diese Änderung nicht als solche gekennzeichnet wurde, was den schalen Beigeschmack hinterlässt, dass den Adressaten der Vernehmlassung hier eine relevante Neuerung nicht als solche deklariert wurden. Ohnehin stellt sich die Frage, ob sich die Neuerungen an den vorgegebenen und bindenden Gesetzesrahmen halten. So meinte der Gesetzgeber gemäss Art. 12 AVG wie dargelegt mit der Überlassung des Arbeitnehmers dessen funktionales Ausscheiden aus dem Betrieb des Arbeitgebers und den Eintritt in den Verleihbetrieb. Da das AVG entsprechend nur den Fall der vollständigen oder mindestens hauptsächlichen Übertragung von Weisungsbefugnissen als Personalverleih qualifiziert, würde der revidierte Art. 26 Abs. 1 AVV vermutlich das Legalitätsprinzip gemäss Art. 5 Abs. 1 der Bundesverfassung verletzen und wäre unverbindlich. Wie seitens der Ressortleitung Vermittlung und Verleih des SECO auf Nachfrage hin mitgeteilt wurde, soll nun aber wohl doch nur der neue Absatz 2 eingefügt werden, während auf den Zusatz im bestehenden Absatz 1 verzichtet werden soll.

<sup>42</sup> Entwurf Revision AVV und GebV-AVG vom 7.1.2013.

Absatz 2 der Revisionsvorlage gibt mehrheitlich den status quo wieder und definiert kaum Neues. Ausgenommen hiervon ist lit. b, da die Arbeiten nur *mehrheitlich* beim Einsatzbetrieb erbracht werden müssen, was sich wiederum weder mit dem Willen des Gesetzgebers deckt noch die Realität widerspiegelt. In dem vom Gesetzgeber geregelten Personalverleih wird die Arbeitsleistung ausschliesslich beim Einsatzbetrieb erbracht, andernfalls von einem gewöhnlichen Auftragsverhältnis auszugehen ist. Auch hier offenbaren sich die behördlichen Bestrebungen, den Anwendungsbereich des AVG unbesehen der gesetzlichen Rahmenbedingungen auszudehnen.

## VIII. Zusammenfassung und Ausblick

Wie die vorstehenden Erwägungen am Beispiel der hauswirtschaftlichen Dienstleistungserbringung aufzeigen konnten, gilt es im Einzelfall abzuklären, ob ein einfaches Auftragsverhältnis oder eine als Personalverleih zu qualifizierende Dreiecksbeziehung zwischen Arbeitgeber, Arbeitnehmer und Kunden vorliegt. Primäres Qualifikationskriterium bildet dabei die Abtretung der Weisungsbefugnisse an den Einsatzbetrieb, was nicht leichtin angenommen werden darf. Insbesondere gilt es die Intuition des Gesetzgebers nicht aus den Augen zu verlieren, welcher sich als typischen Anwendungsfall die Abgabe eines Mitarbeiters an einen Produktionsbetrieb vor Augen hielt. In diesen Konstellationen kommt dem Arbeitgeber lediglich noch die Funktion eines Lohnadministrators zu, ohne dass er über einen Einfluss auf die Arbeitstätigkeit seines Mitarbeiters verfügt. Dieser ist dem Einsatzbetrieb anheimgestellt, welchem auch die Fürsorgepflicht für den Arbeitnehmer zukommt (beispielsweise Arbeitssicherheit).

Da bei der Hauswirtschaft das hauptsächliche Weisungsrecht in der Regel beim Arbeitgeber verbleibt, kann dort nur in Ausnahmefällen von Personalverleih ausgegangen werden. Zu denken ist dabei an Fälle, in welchen der Arbeitgeber die Rekrutierung und Lohnadministration des Betreuers übernimmt, die Regelung der Arbeitstätigkeit jedoch vollständig dem Einsatzbetrieb überlässt.

Hintergrund der Bestrebungen des SECO zur Unterstellung der Hauswirtschaftsbranche unter das AVG bilden nicht primär Gründe des Arbeitnehmerschutzes, sondern politische Erwägungen. Dieser Umstand vermag auch zu erklären, weshalb die UNIA als Vertreterin der Arbeitnehmerinteressen sich dezidiert gegen eine Unterstellung der nichtmedizinischen Betreuung unter die Bestimmung des AVG ausspricht. Dies weil damit gerade Nachteile für die Arbeitnehmer die Folge sind, wie beispielsweise die verkürzten Kündigungsfristen.

So soll einer vermehrten Eindringung ausländischer Arbeitskräfte in den Schweizer Betreuungsmarkt begegnet werden. Dies im Hinblick auf die vermutlich Ende 2014 zur Volksabstimmung gelangende SVP-Initiative gegen die Masseneinwanderung, welche jährliche Höchstzahlen und Kontingente bei der Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen zum Inhalt hat<sup>43</sup>. Anhaltspunkt für diese Motivation seitens der Behörden bildet unter anderem auch der Umstand, dass andere Branchen trotz ähnlicher Ausgangslage sich nicht ähnlichen Zwängen zur Unterstellung ausgesetzt sehen, wenn in der betreffenden Branche bereits ein allgemeinverbindlicher Gesamtarbeitsvertrag abgeschlossen worden ist. Damit konnte dort das Lohnniveau gesichert und dem Einsatz von Billigarbeitskräften aus dem Ausland ein Riegel vorgeschoben werden. In der Hauswirtschaft besteht bislang jedoch lediglich ein Normalarbeitsvertrag für die Hauswirtschaft auf Ebene Bund.

Ob die momentanen Verhandlungen über einen Gesamtarbeitsvertrag im Bereich der Hauswirtschaft die Behörden dazu bewegen vermögen, von ihrem rechtlich fragwürdigen Weg abzusehen, muss bezweifelt werden. Zu weit sind die Vorstösse bereits gediehen und Betriebe teils mittels Androhung schwerster Massnahmen wie strafrechtlichen Sanktionen oder Betriebsschliessungen zur Einholung einer AVG-Bewilligung gezwungen worden.

<sup>43</sup> Daneben gilt es in diesem Zusammenhang das drohende Referendum gegen die bilateralen Verträge mit der EU auf Kroatien sowie die ECOPOP-Initiative zu beachten, welche die Limitierung des Bevölkerungswachstums und die Familienpolitik in den Entwicklungsländern zum Gegenstand hat.