

Dokument	AJP 2016 S. 778
Autor	Michael Kull, Eva-Maria Sommer-Bäni
Titel	Personalverleih oder einfacher Auftrag?
Seiten	778-782
Publikation	Aktuelle Juristische Praxis
Herausgeber	Arnold F. Rusch
Frühere Herausgeber	Ivo Schwander
ISSN	1660-3362
Verlag	Dike Verlag AG

AJP 2016 S. 778

Personalverleih oder **einfacher Auftrag?**

Qualifikation der Hausbetreuung in der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichts im Überblick



Michael Kull*



Eva-Maria Sommer-Bäni**

*Das Bundesgericht hatte in seiner jüngeren Rechtsprechung zwei Fälle von Hausbetreuung zu beurteilen. In beiden hat es trotz unterschiedlichen Konstellationen (stundenweise und 24-Stunden Betreuung) auf **Personalverleih** erkannt und damit das Arbeitsvermittlungsgesetz (AVG) für anwendbar erklärt. Die Rechtsprechung*

* Michael Kull Dr. iur., NIGON Rechtsanwälte und Notariat, Basel.

** Eva-Maria Sommer-Bäni, Dr. iur., NIGON Rechtsanwälte und Notariat, Basel.

orientierte sich dabei dem Grundsatz nach an den Weisungen und Erläuterungen des Staatssekretariates für Wirtschaft SECO und wird vorliegend kritisch hinterfragt. So kann **Personalverleih** nur in arbeitsrechtlichen Konstellationen vorliegen, in welchen der Arbeitgeber wesentliche Weisungsrechte an den Einsatzbetrieb überträgt. Zur Abgrenzung hat folglich eine einzelfallspezifische Betrachtung zu erfolgen, welche insbesondere anhand des Ausmasses der delegierten Weisungsrechte eine Zuordnung des Dreiparteienverhältnisses zum gewöhnlichen **Auftrag** oder zum **Personalverleih** erlaubt.

Dans sa récente jurisprudence, le Tribunal fédéral a dû se prononcer sur deux cas de soins à domicile. Malgré des situations différentes (soins sur une base horaire et prise en **charge** 24h/24), il a établi, dans les deux cas, qu'il s'agissait d'une **location de services** et déclaré que la loi sur le service de l'emploi et la **location de services** (LSE) était applicable. La jurisprudence s'est basée, dans son principe, sur les directives et commentaires du Secrétariat d'Etat à l'économie SECO et fait ici l'objet d'une analyse critique. La **location de services** ne peut exister que dans les situations de droit du travail dans lesquelles l'employeur cède une part essentielle des pouvoirs d'instruction à l'entreprise cliente. Pour opérer cette distinction, il convient donc de s'appuyer sur une approche au cas par cas qui permet d'attribuer la relation entre les trois parties au **mandat ordinaire** ou à la **location de services**, en fonction notamment de l'étendue du pouvoir d'instruction qui est délégué.

I. Einleitung

In einem aktuelleren Entscheid aus dem Jahre 2014¹ hatte das Bundesgericht sich innerhalb eines kurzen Zeitraums zum zweiten Mal nach 2012² mit einem Fall zu befassen, in welchem im Haushalt des Kunden erbrachte, nichtmedizinische Betreuungsdienstleistungen rechtlich zu qualifizieren waren. Nachdem im älteren Entscheid der spezielle Fall einer Gesellschaft zu beurteilen war, welche ausschliesslich die sog. 24-Stunden-Betreuung anbot (Betreuungsperson mit Wohnsitz im Ausland wohnt während der Einsatzzeit beim Kunden und verbringt die Zeit zwischen den Einsätzen in ihrer Heimat), stand im aktuelleren Fall die Tätigkeit eines Betriebs zur Beurteilung, dessen Betreuer in der Schweiz wohnhaft sind und regelmässig, aber nie länger als einige Stunden täglich, beim Auftraggeber tätig waren. Das Bundesgericht qualifizierte auch diese Art der Tätigkeit als **Personalverleih**, welcher folglich einer Bewilligungspflicht nach dem Arbeitsvermittlungsgesetz³ (AVG) untersteht.⁴ Nachfolgend wird vorab abstützend auf diese beiden Entscheide dargestellt, wo die Trennlinie zwischen bewilligungsfreiem **Auftrag** und **Personalverleih** nach Auffassung des Bundesgerichts verläuft. Anschliessend wird diese Rechtsprechung einer Prüfung unterzogen und ausgeführt, welche Umstände und Rechtsüberlegungen allenfalls ergänzend zu berücksichtigen wären und inwiefern in Anbetracht dieser die vorerwähnte Trennlinie zu verschieben ist.

AJP 2016 S. 778, 779

sichtigen wären und inwiefern in Anbetracht dieser die vorerwähnte Trennlinie zu verschieben ist.

¹ BGer 2C_543/2014.

² BGer 2C_356/2012.

³ Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den **Personalverleih** (Arbeitsvermittlungsgesetz, AVG) vom 6. Oktober 1989, SR 823.11.

⁴ Zu den Konsequenzen der Unterstellung unter das AVG vgl. Christoph Senti, **Auftrag** oder **Personalverleih**?, AJP/PJA 2013, 356 ff.



II. Darstellung der Vertragsparteien und der Vertragsverhältnisse

1. Das Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmerin

Zwischen den Parteien des Arbeitsvertrages wird ein üblicher Einzelarbeitsvertrag nach den Bestimmungen von Art. 319 ff. OR geschlossen, wobei entweder ein fixes Pensum und Einkommen oder ein Stundenlohn und ein Einsatz nach Auftragslage vereinbart werden. Speziell ist dabei, dass die Arbeitsleistung nicht am Sitz des Arbeitgebers, sondern am Wohnsitz des Kunden zu erbringen ist. Im jüngsten Bundesgerichtsentscheid wurde der Arbeitsvertrag üblichen Inhalts durch ein sog. «Anstellungsreglement» ergänzt, welches die allgemeinen Arbeitsbedingungen festschrieb.⁵ Zusätzlich führte in diesem Fall der Arbeitgeber vor der Auftragserteilung eine Bedarfsabklärung beim Kunden durch, welche dann Grundlage zur fallspezifischen Instruktion der Arbeitnehmerin bildete.⁶ Diesen Weisungen entsprechend hatte die Arbeitnehmerin ihre Leistung am Erfüllungsort zu erbringen.

2. Das Vertragsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Kunde (sog. Servicevereinbarung)

Der Arbeitgeber schliesst mit dem Kunden einen **Auftrag** nach den Bestimmungen von Art. 394 ff. OR ab, in welchen ein möglichst detaillierter Leistungsbeschrieb aufgenommen wird. Das primäre Weisungsrecht gegenüber der Arbeitnehmerin verbleibt beim Arbeitgeber.⁷ Er übernimmt damit gegenüber dem Kunden die Verantwortung für die Qualität der von seinen Angestellten zu erbringenden Leistungen. Diese hat der Arbeitgeber durch eine entsprechende Ausübung des arbeitsrechtlichen Weisungsrechts sicherzustellen. Obwohl Kontinuität grundsätzlich im Interesse aller beteiligten Personen liegt, kann die Arbeitgeberin die Zuteilung der Arbeit frei vornehmen. Insbesondere hat der Kunde keinen Anspruch auf die Leistungen eines spezifischen Arbeitnehmers.

3. Das Verhältnis zwischen Arbeitnehmerin und Kunde

Zwischen der Arbeitnehmerin und dem Kunden besteht kein Rechtsverhältnis, jedoch gewisse «*quasivertragliche Rechte und Pflichten*».⁸ Da es kaum möglich ist, sämtliche Tätigkeiten der Arbeitnehmerin im Voraus zu regeln und damit vom Arbeitgeber zu instruieren, können dem Kunden gewisse Weisungsbefugnisse zustehen, soweit er hierzu überhaupt in der Lage ist. Bei hilfsbedürftigen Personen ist dies jedoch häufig mangels Urteilsfähigkeit ausgeschlossen. Weisungen des Kunden an die Arbeitnehmerin sind auch sonst nur beschränkt im Rahmen der vom Arbeitgeber definierten Vorgaben möglich.

⁵ BGer 2C_543/2014, E. 4.1.

⁶ BGer 2C_543/2014, E. 3.1.

⁷ Michael Kull, Die Abgrenzung des **einfachen Auftrags** zum **Personalverleih** am Beispiel der hauswirtschaftlichen Tätigkeit, AJP/PJA 2013, 1485 ff.; ders., Art. 12 N 12 ff., in: Michael Kull (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar (SHK) zum Arbeitsvermittlungsgesetz (AVG), Bundesgesetz vom 6. Oktober 1989 über die Arbeitsvermittlung und den **Personalverleih**, Bern 2014.

⁸ Frank Vischer/Roland M. Müller, Der Arbeitsvertrag, 4. A., Basel 2014, 233; JAR 1989, § 31 N 30 ff.



III. Die bundesgerichtlich definierten Abgrenzungskriterien

1. Grundsatz einer kasuistischen Betrachtungsweise

Das Bundesgericht hat in steter Rechtsprechung festgehalten, dass die Abgrenzung zwischen **Personalverleih** und **einfachem Auftrag** anhand einer individuellen Abgrenzung im Einzelfall erfolgen soll.⁹ Damit darf die Qualifikation nicht schemenhaft anhand einer Branchenüblichkeit erfolgen, sondern es ist einzelfallspezifisch anhand sämtlicher Umstände eine Subsumption vorzunehmen, die anschliessend aufgrund einer induktiven Vorgehensweise zur Qualifikation des Rechtsverhältnisses zwischen Kunde und Arbeitgeber leitet. In die Beurteilung einzubeziehen sind dabei insbesondere die Arbeits- und Einsatzverträge zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmerin, die Servicevereinbarung zwischen Kunde und Arbeitgeber sowie auch die Bewerbung der Dienste durch den Arbeitgeber in Broschüren, im Internet oder auf sonstigen Kanälen, was in den vorerwähnten Fällen zumindest teilweise auch getan wurde.

AJP 2016 S. 778, 780

2. Weitere vom Bundesgericht geprüfte und angewandte Abgrenzungskriterien

a. Orientierung an den Weisungen und Erläuterungen des SECO als Grundsatz

Das Staatssekretariat für Wirtschaft hat über das Internet einsehbare Weisungen und Erläuterungen zum AVG erlassen, an welchen sich das Bundesgericht ausdrücklich orientiert.¹⁰ Dieses Vorgehen erscheint a priori rechtsstaatlich bedenklich, weil dabei den – durch eigene Interessen motivierten – Rechtsauffassungen einer rechtsanwendenden Behörde legislatorische Bedeutung zugemessen werden. Gerade in rechtlich umstrittenen Punkten kann auf solche Normen nicht abgestellt werden, sondern es hat als einzige Richtschnur der Wille des Gesetzgebers evaluiert und nachgelebt zu werden.¹¹

b. Ausübung des (geteilten) Weisungsrechts durch den Kunden

Nach dem Bundesgericht wie auch nach der Lehre wird das Weisungsrecht als massgebliches Abgrenzungskriterium zwischen **Auftrag** und **Personalverleih** anerkannt.¹² Nach Art. 26 AVV gilt als Verleiher, wer dem Einsatzbetrieb «wesentliche Weisungsbefugnisse» gegenüber dem Arbeitnehmer abtritt. Das Bundesgericht geht hierbei davon aus, dass bereits eine *geteilte Weisungsbefugnis* den gesetzlichen Tatbestand erfülle und erhebliche Weisungsrechte eingeräumt seien, wenn die vertragliche Leistung nicht näher spezifiziert sei, sondern es sich etwa um eine allgemeine Hilfe bei der Alltagsbewältigung handle.¹³ Bereits im Vorgängerentscheid zum aktuellsten Urteil erachtet das Bundesgericht ein geteiltes Weisungsrecht zur Annahme von **Personalverleih** als ausreichend.¹⁴

⁹ BGer 2C_543/2014, E. 2.4; BGer 2C_356/2012, E. 4.2.2; BGer 2A.425/2006, E. 3.2.

¹⁰ BGer 2C_543/2014, E. 2.4.

¹¹ SHK AVG-Kull (FN 7), Art. 12 N 20 ff.; ders. (FN 7), AJP/PJA 2013, 1491; gl.A. Senti (FN 4), AJP/PJA 2013, 364.

¹² Mit weiteren Hinweisen Kull (FN 7), AJP/PJA 2013, 1485 ff.

¹³ BGer 2C_543/2014, E. 2.5 ff., insb. E. 4.1.

¹⁴ BGer 2C_356/2012, E. 3.5.

Konkludent als nicht relevant erklärt das Bundesgericht durch den neusten Entscheid die in der Lehre gegen diese Grenzziehung vorgebrachten Argumente. Zu erwähnen wäre dabei die historische Auslegung, welche implizit von einer Produktionsstätte einer gewissen Grösse ausgegangen war und somit gegen **Personalverleih** im Rahmen der Seniorenbetreuung spricht.¹⁵ Entsprechendes ergibt sich aus einer grammatikalischen Auslegung der massgeblichen Bestimmungen von Art. 12 AVG und Art. 26 AVV, da zum einen mit «überlassen» das funktionale Ausscheiden aus dem Arbeitgeberbetrieb gemeint ist. Zum anderen sind als Synonyme für «wesentlich» die Adjektive «primär» oder «vorrangig» anzugeben, womit eine geteilte Weisung für die Annahme von **Personalverleih** nur ausreichen kann, wenn die Weisungsbefugnisse des Kunden jene des Arbeitgebers zumindest übertreffen.¹⁶ Sowohl die Begrifflichkeit des Überlassens als auch das zusätzliche Erfordernis der Wesentlichkeit verlangen eine überwiegende Weisungsbefugnis des Einsatzbetriebs; denn mit «überlassen» geht ein Verzicht auf Einfluss, ein aus-der-Hand-geben und damit ein Kontrollverlust einher. Gleichzeitig betont die Voraussetzung der Wesentlichkeit, dass sich dieser Kontrollverlust auf massgebliche Kriterien zu beziehen hat. Unwesentlich erscheinen Gestaltungsmöglichkeiten innerhalb eines vordefinierten Rahmens. Besteht etwa der Kunde eines regelmässig engagierten Störkochs vor Ort auf einem anderen als dem bestellten Menu, wird zwar dessen Leistung modifiziert, es entsteht daraus aber kein Arbeitsverhältnis zum Kunden und der beauftragte Gastronomiebetrieb wird nicht zum Personalverleiher.¹⁷ Weiter bildet die grammatikalische Auslegung des Begriffs «Einsatzbetrieb» ein Indiz gegen das Vorliegen von **Personalverleih** bei hauswirtschaftlichen Dienstleistungen in Privathaushalten.¹⁸ Schliesslich spricht auch eine teleologische Auslegung offenkundig gegen **Personalverleih**, weil der Gesetzgeber Fälle vor seinem geistigen Auge hatte, in welchen der Arbeitnehmer besonderen Schutz bedarf, weil der Arbeitgeber lediglich seine Arbeitskraft beschafft und seine Lohnbuchhaltung administriert, während seine Einweisung in die Tätigkeit alleine dem Einsatzbetrieb obliegt und damit der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers weitgehend entzogen ist.¹⁹

IV. Umfang der Weisungsrechte als entscheidendes Abgrenzungskriterium

Das Bundesgericht legt in der Abgrenzung zwischen **Personalverleih** und **Auftrag** besonderes Gewicht auf die bestehenden Weisungsbefugnisse des Auftraggebers. Dies erscheint überzeugend, weil dem Grundsatz gefolgt wird, dass sich die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmern und selbständigen Dienstleistern in der persönlichen Abhän-

AJP 2016 S. 778, 781

gigkeit offenbart.²⁰ Erst die umfassende Weisungsgewalt des Arbeitgebers führt zu einer rechtlichen Unterordnung des Arbeitnehmers.²¹ Zumal sich Weisungsrechte auch ausserhalb des Arbeitsrechts – insbesondere im **Auftrag** oder Werkvertrag – finden, sind der gesamtheitliche Kontext der Weisungsbefugnis und dabei insbesondere deren

15 SHK AVG-Kull (FN 7), Art. 12 N 23.

16 SHK AVG-Kull (FN 7), Art. 12 N 24 f.

17 Gl.A. Senti (FN 4), AJP/PJA 2013, 359, die Hilfsperson des Auftragnehmers pflegt üblicherweise den Kontakt mit dem Auftraggeber und empfängt dessen Weisungen.

18 Mit weiteren Hinweisen Kull (FN 7), AJP/PJA 2013, 1487 f.

19 SHK AVG-Kull (FN 7), Art. 12 N 28 ff.

20 Anders sieht Senti (FN 4), AJP/PJA 2013, 360, den Parteiwillen als zentralen Anhaltspunkt an.

21 Manfred Rehbindler/Jean-Fritz Stöckli, Art. 319 N 6, in: Heinz Hausheer/Hanspeter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar OR, 2. A., Bern 2010; Wolfgang Portmann, Art. 319 N 14, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar OR I, 6. A., Basel 2015; vgl. Simon Gerber, Die Scheinselbständigkeit im Rahmen des Einzelarbeitsvertrages, Schriftenreihe des Forschungsinstitutes für Arbeit und Arbeitsrecht an der Universität St. Gallen, Bd. 25, Bern 2003, 124 ff.; BGer 4C.276/2006, E. 4.3.1 und E. 5; BGer 4C.226/2003, E. 2.2.



Umfang für die Abgrenzung der Rechtsverhältnisse entscheidend.²² Während der Beauftragte lediglich betreffend das übertragene Geschäft an die Weisungen des Auftraggebers gebunden ist (Art. 397 Abs. 1 OR), umfasst das arbeitsrechtliche Weisungsrecht auch die Art, den Umfang und die Organisation der zu leistenden Arbeit (Art. 321d OR).²³

Dies ist im **Personalverleih** und der Abgrenzung zum **Auftrag** nicht grundlegend anders, obwohl es sich um ein Dreiparteienverhältnis handelt. Die Übertragung wesentlicher Weisungsrechte vom Entleiher an den Einsatzbetrieb führt zu einer persönlichen Abhängigkeit des (entlehene) Arbeitnehmers von diesem Kunden.²⁴ Die Weisungsbefugnisse des Einsatzbetriebs überschreiten damit jene eines Auftraggebers. Dreh- und Angelpunkt der Abgrenzung zwischen **Personalverleih** und **Auftrag** bildet somit der Umfang der Weisungsrechte des Auftraggebers. Überschreiten diese die auftragsrechtlichen Möglichkeiten der Einflussnahme auf die Tätigkeit des Beauftragten, ist das Vertragsverhältnis den arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften zu unterwerfen. Fungiert dabei ein Arbeitgeber als rekrutierender Vertragsinitiator und administrativer Verwalter, ist dieses Dreiecksverhältnis zusätzlich den Schutzbestimmungen des Arbeitsvermittlungsgesetzes unterstellt. Der Umfang der Weisungsrechte des Auftraggebers entscheidet damit auch im Dreiecks-Verhältnis darüber, wo es die Grenze zwischen **Personalverleih** und **Auftrag** zu ziehen gilt.

Das umfassende Weisungsrecht berechtigt den Arbeitgeber zur einseitigen Konkretisierung des Arbeitsvertrages.²⁵ Das zwingende Recht sowie die Persönlichkeits- und die verfassungsmässigen Rechte des Arbeitnehmers begrenzen diese Gestaltungsmöglichkeit absolut. Ebenso hat das Weisungsrecht die Bestimmungen des Arbeitsvertrages und des anwendbaren Kollektivrechts zu respektieren.²⁶ Bei **Personalverleih** wird dieses umfassende Weisungsrecht unter dem Arbeitgeber und dem Einsatzbetrieb aufgeteilt. Zwischen dem Personalverleiher und dem Einsatzbetrieb wird lediglich ein Einsatzvertrag über einen Arbeitnehmer mit bestimmter beruflicher Qualifikation geschlossen, aus dem sich die Konditionen des Einsatzes ergeben (insbesondere Stundenansatz und Einsatzdauer). Die konkrete Ausgestaltung der Arbeitstätigkeit obliegt dabei dem Einsatzbetrieb.²⁷ Von einem arbeitsvertraglichen Weisungsrecht kann jedoch nur dann ausgegangen werden, wenn sich dieses nicht nur auf die Ausführung des übertragenen Geschäfts bezieht, sondern verbindliche Anordnungen über Art, Umfang und Organisation der Arbeitsleistung vom Einsatzbetrieb getroffen werden können. Folglich hat die Weisungsbefugnis im **Personalverleih** generell die zentralen Aspekte der Arbeitsleistung im Einsatzbetrieb zu konkretisieren und kann sich nicht auf die schlichte Anpassung eines bestehenden Angebots an das Kundenbedürfnis innerhalb eines vordefinierten Rahmens beschränken.

²² BSK-Portmann (FN 21), Art. 319 N 15.

²³ Claire Huguenin, Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. A., Zürich 2014, N 3237, 3273 f.; ferner Walter Fellmann, Art. 394 N 309, in: Heinz Hausheer (Hrsg.), Berner Kommentar OR, Bern 1992; Portmann/Stöckli, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. A., Zürich/St. Gallen 2013, N 561 ff.

²⁴ Senti (FN 4), AJP/PJA 2013, 363, verlangt für eine rechtliche Eingliederung in den Einsatzbetrieb eine Pflicht des Arbeitnehmers, andernfalls er dieses Kriterium der Abgrenzung zum **Auftrag** zu Recht als unpräzise erachtet.

²⁵ Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, Arbeitsvertrag Praxiskommentar zur Art. 319–362 OR, 7. A., Zürich 2012, Art. 321d N 2.

²⁶ Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 25), Art. 321d N 3.

²⁷ BK-Rehbinder/Stöckli (FN 21), Art. 321d N 11; Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 25), Art. 321d N 5; Vischer/Müller (FN 8), § 31 N 17 ff.

V. Qualifikation der Hausbetreuung anhand der Kunden-Weisungsrechte

Unproblematisch dürfte unter diesem Aspekt das Erbringen hauswirtschaftlicher Tätigkeiten in einem Privathaushalt nach einer vom Arbeitgeber vorgeschriebenen Aufgabenliste als **Auftrag** zu qualifizieren sein. Daran ändert sich auch nichts, wenn der Auftraggeber auf die Reihenfolge der Aufgabenbesorgung Einfluss nehmen kann und sich der **Auftrag** über einen längeren Zeitraum erstreckt. Anders ist die Situation zu beurteilen, wenn Konkretisierungen ausserhalb der Geschäftsbesorgung dem Weisungsrecht unterliegen. Also etwa, wenn die Präsenzzeiten

AJP 2016 S. 778, 782

oder das Pflichtenheft einseitig verbindlich modifizierbar sind. Das Mass arbeitsrechtlicher Weisung wird aber nicht bereits dadurch erreicht, dass innerhalb eines vereinbarten Aufgabenkatalogs eine Wahl getroffen werden kann. Findet somit eine Abklärung über den konkreten Bedarf eines Auftraggebers durch eine Auftragnehmerin statt und wird basierend darauf ein **Auftrag** mit bestimmtem möglichem Leistungsinhalt vereinbart, betreffen sämtliche Weisungsrechte des Auftraggebers lediglich die Besorgung des übertragenen Geschäfts. Folglich liegt auch in diesem Fall kein **Personalverleih** vor.

Darüber hinaus sind gerade bei Hausbetreuungen regelmässig Situationen gegeben, in welchen ein hilfsbedürftiger Kunde mangels Urteilsfähigkeit selbst gar nicht in der Lage ist, ein Weisungsrecht tatsächlich auszuüben. Gleichzeitig erfolgen die Weisungen aber auch nicht durch dessen rechtlichen Vertreter. Vielmehr werden im **Auftrag** Leistungen vereinbart, für deren Qualität der Arbeitgeber einzustehen hat. Dieser Verpflichtung hat er durch Ausübung seines Weisungsrechts gegenüber der Arbeitnehmerin sowie durch Kontrolle der erbrachten Leistungen nachzukommen. Es ergibt sich daraus, dass erstens eine Ausübung überwiegender Weisungsrechte durch den Kunden oftmals gar nicht möglich ist und zweitens dessen Weisungsrechte sich ohnehin nur in dem vom Arbeitgeber definierten Rahmen bewegen können, andernfalls dieser seine vertraglichen Pflichten zur Qualitätssicherung nicht erfüllen könnte.²⁸

VI. Rechtspolitische Gedanken und Branchenbesonderheiten

Indem das SECO im Zweifel eine Anwendung des AVG fordert und das Bundesgericht bereits ein geteiltes Weisungsrecht für die Anwendbarkeit genügen lässt, manifestiert sich das Bedürfnis, die dort geregelten Schutz- und Kontrollmechanismen auf Dreiecksverhältnisse zur Anwendung zu bringen. Dieses Bestreben scheint sich jedoch aus nicht klar nachvollziehbaren Gründen auf die Branche der Betreuungs- und Hausdienste zu konzentrieren, finden sich doch etwa keine äquivalenten Entscheide in der Reinigungsbranche, obwohl sich in den dortigen Auftragsverhältnissen durchwegs vergleichbare Konstellationen zeigen.²⁹ Entsprechend begrüsst Pärli die bundesgerichtliche Rechtsprechung, weil er ein besonderes Schutzbedürfnis bei gewerbmässiger Betreuung und Unterstützung sieht.³⁰ Bei den Auftraggebern handelt es sich regelmässig um betagte oder behinderte Menschen, welche in der Besorgung ihres Alltags auf Hilfe angewiesen sind. Das Bedürfnis, Unternehmen einer Kontrolle zu unterstellen, wenn sie mit solchen Hilfeleistungen einen Gewinn erwirtschaften

28 Gl.A. Thomas Geiser, Übersicht über die arbeitsrechtliche Rechtsprechung, AJP/PJA 2016, 100 ff., 100 f.

29 Das Fehlen entsprechender Entscheide in benannter Branche dürfte auf den Bestand eines GAV zurückzuführen sein, vgl. Kull (FN 7), AJP/PJA 2013, 1490.

30 Kurt Pärli, Urteil des Bundesgerichts vom 26. November 2014, 2C_543/2014, Pflgerecht 2015, 118.



wollen, ist damit nachvollziehbar, rechtlich aber nicht haltbar.³¹ Solch branchenspezifischen Besonderheiten ist nicht dadurch gerecht zu werden, dass unter Ignoranz sämtlicher Methodikregeln das geltende Gesetz ausgelegt wird. Vielmehr wäre im Falle eines echten Bedürfnisses eine Gesetzesgrundlage zu schaffen.

Fokussiert die Anwendung des AVG auf **Aufträge** im hauswirtschaftlichen Bereich jedoch rechtspolitisch auf den Schutz der Arbeitnehmer, könnte allenfalls auch der Abschluss eines Kollektivvertrages eine Lösung darstellen. Dabei ist zu bemerken, dass der Gefahr von Lohndumping bereits durch Erlass von Normalarbeitsverträgen begegnet wurde.³² Die Mindestlohnbestimmungen der Normalarbeitsverträge sind als flankierende Massnahmen zwingender Natur. Eine Regelung der weiteren branchenspezifischen Bedürfnisse wäre somit einem Gesamtarbeitsvertrag vorbehalten, wie er auch in der Reinigungsbranche vereinbart wurde. Der Ermangelung eines GAV ist jedoch nicht mittels einer rechtswidrigen Gesetzesauslegung zu begegnen, wie dies das SECO und das Bundesgericht praktizieren.³³ Dies gilt umso mehr, als betreffend die vorliegend interessierende Branche Verhandlungen über einen Gesamtarbeitsvertrag aufgenommen wurden und eine Anwendung des AVG vergleichsweise schlechte Anstellungsbedingungen nach sich ziehen würde. Insbesondere die kurzen Kündigungsfristen im **Personalverleih** dürften etwa dazu beigetragen haben, dass sich die UNIA dem Bestreben des SECO nicht angeschlossen hat, durch eine Änderung der AVV eine Ausweitung des Anwendungsbereichs zu legitimieren. Die diskutierte Rechtsprechung des Bundesgerichts erweist sich damit weder unter politischen noch rechtlichen Gesichtspunkten als opportun und ist entsprechend zu korrigieren.

³¹ Zu Recht macht Senti (FN 4), AJP/PJA 2013, 357, m.w. Verw., geltend, dass mit der Anwendung des AVG die auftragsrechtliche Gewährleistung entfällt.

³² NAV Hauswirtschaft, Verordnung über den Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Hauswirtschaft vom 20. Oktober 2010, SR 221.215.329.4; Normalarbeitsvertrag für Hauspersonal im Kanton Basel-Stadt vom 20. November 1990, GS 215.700.

³³ Gl.A. Senti (FN 4), AJP/PJA 2013, 364.