

Urteilskopf

148 II 203

15. Auszug aus dem Urteil der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung i.S. Verband des Personals öffentlicher Dienste (VPOD) gegen Departement für Wirtschaft, Soziales und Umwelt des Kantons Basel-Stadt (Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten)

2C_470/2020 vom 22. Dezember 2021

Regeste

Art. 1 Abs. 2 und Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG; Art. 12 AVG; Art. 26 AVV; 24-Stunden-Seniorenbetreuung; Anwendbarkeit von **Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG** auf Dreiparteienverhältnisse.

Abgrenzung zwischen Personalverleih und anderen Vertragsverhältnissen (E. 3.3). Betrieblicher Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes; Ausnahme für private Haushaltungen. Besteht zwischen der Betreuungsorganisation und der zu betreuenden Person ein Vertragsverhältnis, untersteht das Unternehmen, welches mit seinen Angestellten einem privaten Haushalt Betreuungs- und Pflegedienstleistungen erbringt, grundsätzlich dem Arbeitsgesetz und stellt es den Betrieb i.S.v. **Art. 1 Abs. 2 ArG** dar (E. 3.4). Aus der Auslegung von **Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG** folgt, dass diese Bestimmung nur auf Zweiparteienverhältnisse anwendbar ist, d.h. auf Fälle, in welchen die jeweilige Arbeitskraft direkt vom privaten Haushalt angestellt wird, nicht aber auf Dreiparteienverhältnisse (E. 4).

Sachverhalt ab Seite 204

BGE 148 II 203 S. 204

A. Die Region Basel des Schweizerischen Verbandes des Personals öffentlicher Dienste (vpod region basel) ist Teil des Schweizerischen Verbandes des Personals öffentlicher Dienste (VPOD; **Art. 105 Abs. 2 BGG**). Mit Schreiben vom 14. November 2017 und 28. Juni 2018 ersuchte der vpod region basel das Arbeitsinspektorat Basel-Stadt um Überprüfung eines vom 5. August 2015 datierten Arbeitsvertrags, der zwischen der A. AG (ehemals B. AG) als Arbeitgeberin und einer Arbeitnehmerin abgeschlossen wurde. Gemäss diesem Vertrag wurde die Arbeitnehmerin zum Zweck des Tätigwerdens beim Kunden für die Aufgabe als "Seniorenbetreuerin 24h"-Begleitung in einem Turnus von jeweils 21 Tagen eingestellt. Der Vertrag sah zudem vor, dass die Arbeitnehmerin für die Dauer von jeweils 21 Tagen (inkl. Wochenende) beim zu betreuenden Kunden wohnen und danach von einer anderen Mitarbeiterin für die Dauer von 21 Tagen abgelöst werden sollte (**Art. 105 Abs. 2 BGG**). Der vpod region basel vertrat dabei die Ansicht, dass der Arbeitsvertrag die arbeitsgesetzlichen Höchstarbeits- und Ruhezeitvorschriften nicht einhalte.

Mit Verfügung vom 2. August 2018 stellte das Departement für Wirtschaft, Soziales und Umwelt des Kantons Basel-Stadt (WSU; nachfolgend: Departement) fest, dass das Arbeitsgesetz und dessen Verordnungen auf Arbeitnehmende der A. AG, welche zu 24-Stunden-Betreuung in Privathaushalten beschäftigt werden, keine Anwendung finde und die beantragte Überprüfung des Arbeitsvertrags auf die Einhaltung der arbeitsgesetzlichen Höchstarbeits- und Ruhezeitvorschriften deshalb entfalle.

B. Eine gegen diese Verfügung gerichtete Beschwerde des VPOD an den Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt überwies das

BGE 148 II 203 S. 205

Präsidialdepartement am 14. Januar 2019 dem Verwaltungsgericht zum Entscheid. Mit Urteil vom 10. April 2020 wies das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt als Verwaltungsgericht, Dreiergericht, die Beschwerde ab.

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

Das Appellationsgericht und das Departement für Wirtschaft, Soziales und Umwelt des Kantons Basel-Stadt schliessen auf Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Die A. AG verzichtet auf Vernehmlassung. Das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung lässt sich nicht vernehmen.

Der Beschwerdeführer hat repliziert. Das Departement hat dupliziert.

Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

3. Strittig und zu prüfen ist vorliegend die Frage, ob das Arbeitsgesetz auf Arbeitnehmende der A. AG, die zu 24-Stunden-Betreuung in Privathaushalten beschäftigt werden, anwendbar ist.

3.1 Soweit der Beschwerdeführer zunächst vorbringt, der hier strittige Arbeitsvertrag enthalte in Ziff. 5 eine Rechtswahlklausel zugunsten des Arbeitsgesetzes, ist folgendes festzuhalten:

Ausgangspunkt des vorliegenden Verfahrens bildet die Departementsverfügung vom 2. August 2018, mit welcher festgestellt wurde, dass das Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG; SR 822.11) auf die vorliegend interessierenden Arbeitsverhältnisse nicht anwendbar sei. Diese Verfügung wurde gestützt auf **Art. 41 Abs. 3 ArG** im Rahmen der kantonalen Vollzugskompetenzen erlassen. Dabei können die kantonalen Behörden lediglich feststellen, ob ein

BGE 148 II 203 S. 206

nicht-industrieller Betrieb oder ein Arbeitnehmer unter **Art. 2-3 ArG** fällt (MÜLLER/MADUZ, ArG Kommentar, 8. Aufl. 2017, N. 4 zu **Art. 41 ArG**; KASPER/WILDHABER, in: ArG, Blesi/Pietruszak/Wildhaber [Hrsg.], 2018, N. 22 zu **Art. 41 ArG**), nicht aber, ob die Bestimmungen des ArG gestützt auf einen Verweis in einem privatrechtlichen Einzelarbeitsvertrag als ergänzendes Recht zur Anwendung gelangen. Somit bildet die Frage, ob das ArG aufgrund eines Verweises in einem privatrechtlichen Arbeitsvertrag anwendbar sei, nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Auf die diesbezüglichen Vorbringen des Beschwerdeführers ist nicht weiter einzugehen.

3.2 Der Beschwerdeführer macht insbesondere geltend, der hier strittige Arbeitsvertrag falle unter das Arbeitsgesetz. Zur Begründung führt er im Wesentlichen aus, die Auslegung von **Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG**, wonach das Arbeitsgesetz auf private Haushaltungen nicht anwendbar sei, ergebe, dass diese Ausnahmebestimmung nicht auf Dreiparteienverhältnisse, namentlich auf Personalverleih, anzuwenden sei. Er beruft sich hierfür auf ein Parteigutachten (vgl. KURT PÄRLI, Rechtsgutachten "Zur Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes auf Arbeitstätigkeiten in privaten Haushaltungen" [nachfolgend: Gutachten PÄRLI], 2018, Rz. 52 und 62).

3.3 Vorliegend ist unbestritten, dass es sich bei dem zur Diskussion stehenden 24-Stunden-Betreuungsmodell um ein *Dreiparteienverhältnis* zwischen der A. AG, einer Arbeitnehmerin und dem zu betreuenden Kunden handelt.

3.3.1 Beim Vorliegen von Dreiecksverhältnissen kann die Tätigkeit der jeweiligen Betreuungsorganisation *Personalverleih* i.S.v. Art. 12 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1989 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsgesetz, AVG; SR 823.11) sein. Unter Umständen kann es sich um *ein anderes Vertragsverhältnis*, namentlich um einen Auftrag (**Art. 394 OR**), handeln (vgl. GABRIELA NAEMI MEDICI, Migrantinnen als Pflegehilfen in Schweizer Privathaushalten, 2015, S. 99; zur Abgrenzung von Personalverleih und Auftrag vgl. auch MANUEL VOGLER, Haushaltshilfen im schweizerischen Arbeitsrecht, 2016, S. 12 ff.).

3.3.2 Als *Personalverleih* werden Dreiecksverhältnisse zwischen einem Arbeitgeber (Verleiher), einem Einsatzbetrieb (Entleiher) und einem Arbeitnehmer bezeichnet (Urteil 2C_132/2018 vom 2. November 2018 E. 4.3.2; GEISER/MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, 3. Aufl. 2015, S. 67).

BGE 148 II 203 S. 207

Die Arbeitsvermittlungsverordnung definiert Personalverleih sinngemäss als das Überlassen eines Arbeitnehmers an einen Einsatzbetrieb, wobei der Verleiher bzw. Arbeitgeber dem Einsatzbetrieb *wesentliche Weisungsbefugnisse* gegenüber dem Arbeitnehmer abtritt (**Art. 26 der Verordnung vom 16. Januar 1991 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih [Arbeitsvermittlungsverordnung, AVV; SR 823.111]**; Urteile 2C_132/2018 vom 2. November 2018 E. 4.3.1; 2C_543/2014 vom 26. November 2014 E. 2.1; 4C.360/2004 vom 19. Januar 2005 E. 4.3; vgl. auch CHRISTIAN DRECHSLER, Personalverleih: unscharfe Grenzen, AJP 2010 S. 314 ff., 315). Das Abtreten wesentlicher Weisungsbefugnisse an den Einsatzbetrieb stellt ein zentrales Qualitätsmerkmal des Personalverleihs sowie ein wichtiges Abgrenzungskriterium von anderen Vertragsverhältnissen, namentlich vom Auftrag, dar (vgl. Urteile 2C_132/2018 vom 2. November 2018 E. 4.3.3; 2C_543/2014 vom 26. November 2014 E. 2.6; FABIAN LOOSER, Der Personalverleih, 2015, RZ. 64; MICHAËL KULL, Arbeitsvermittlungsgesetz [AVG], 2014, N. 21 zu **Art. 12 AVG**; MEDICI, a.a.O., S. 99 f.; GEISER/MÜLLER, a.a.O., S. 67; Weisungen und Erläuterungen des Staatssekretariats für Wirtschaft [SECO] zum Arbeitsvermittlungsgesetz, zur Arbeitsvermittlungsverordnung und der Gebührenverordnung zum Arbeitsvermittlungsgesetz [nachfolgend: SECO-Weisungen AVG], 2007, S. 62 ff.; so auch Gutachten PÄRLI, a.a.O., Rz. 42).

Dabei muss die Weisungsbefugnis nicht vollständig beim Dritten liegen; vielmehr kann das Weisungsrecht auch zwischen dem rechtlichen Arbeitgeber (Personalverleiher) und dem Einsatzbetrieb *aufgespalten* werden (Urteile 2C_132/2018 vom 2. November 2018 E. 4.3.2 f.; 2C_543/2014 vom 26. November 2014 E. 2.1; je mit Hinweisen; vgl. zum Ganzen auch MEDICI, a.a.O., S. 100 f.; VOGLER, a.a.O., S. 13).

Als weitere Kriterien für das Vorliegen von Personalverleih nennt die Arbeitsvermittlungsverordnung namentlich den Umstand, dass der Arbeitnehmer in persönlicher, organisatorischer, sachlicher und zeitlicher Hinsicht in die Arbeitsorganisation des Einsatzbetriebes eingebunden wird, dass er seine Arbeit mit Werkzeugen, Material oder Geräten des Einsatzbetriebes ausführt und dass der Einsatzbetrieb die Gefahr für die Schlechterfüllung des Vertrages trägt (**Art. 26 Abs. 1 AVV**; vgl. auch SECO-Weisungen AVG, a.a.O., S. 66 f.).

BGE 148 II 203 S. 208

3.3.3 Ob eine Dienstleistung als Personalverleih zu qualifizieren ist oder ob es sich dabei um andere Arten von Dienstleistungen handelt, die einem Dritten erbracht werden, ergibt sich aus einer Abgrenzung *im Einzelfall*. Massgeblich ist hierbei der Inhalt des Vertrags und die Umschreibung der konkreten Tätigkeit im Einsatzbetrieb ("le contenu du contrat, la description du poste et la situation du travail concrète dans l'entreprise locataire"; Urteile 2C_132/2018 vom 2. November 2018 E. 4.1 mit weiteren Hinweisen; 2C_543/2014 vom 26. November 2014 E. 2.4). Das Bundesgericht hat bereits entschieden, dass auch Betreuungs- und Hausdienste unter bestimmten Voraussetzungen als Personalverleiher vom Arbeitsvermittlungsgesetz erfasst werden können (vgl. Urteile 2C_132/2018 vom 2. November 2018 E. 6.3; 2C_543/2014 vom 26. November 2014 E. 2.5; 2C_356/2012 vom 11. Februar 2013 E. 4.4).

3.4 Das *Arbeitsgesetz* ist, unter Vorbehalt der Art. 2-4, anwendbar auf alle öffentlichen und privaten Betriebe (**Art. 1 Abs. 1 ArG**).

3.4.1 Ein *Betrieb* im Sinne des Arbeitsgesetzes liegt vor, wenn ein Arbeitgeber dauernd oder vorübergehend einen oder mehrere Arbeitnehmer beschäftigt, unabhängig davon, ob bestimmte Einrichtungen oder Anlagen vorhanden sind. Wenn die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Gesetzes nur für einzelne Teile eines Betriebes gegeben sind, ist das Gesetz nur auf diese anwendbar (**Art. 1 Abs. 2 ArG**).

Der Begriff des Betriebes ist im Gesetz bewusst sehr weit gefasst. Als Betrieb gilt jede Arbeitsorganisation, in der mindestens ein Arbeitnehmer dauernd oder vorübergehend beschäftigt wird. Daraus darf nicht geschlossen werden, dass der Betrieb im Sinne des ArG mit dem Arbeitgeber identisch ist. Es ist sehr wohl möglich, dass das Arbeitsverhältnis nicht mit dem Betriebsinhaber, sondern mit einem Dritten besteht. Der Betrieb ist dann jeweils derjenige Unternehmensträger, der die Direktionsgewalt ausübt und die Arbeit konkret organisiert (Urteil 2C_703/2015 vom 20. Juni 2016 E. 2.1 mit Hinweisen; ROLAND BACHMANN, in: ArG, Blesi/Pietruszak/Wildhaber [Hrsg.], 2018, N. 9 zu **Art. 1 ArG**; THOMAS GEISER, in: Arbeitsgesetz [nachfolgend: Arbeitsgesetz], Geiser/von Kaenel/Wyler [Hrsg.], 2005, N. 7 zu **Art. 1 ArG**). So kann insbesondere bei Leiharbeit das Arbeitsverhältnis zum Verleiher bestehen, während in der Regel der Einsatzbetrieb als Betrieb i.S.v. **Art. 1 Abs. 2 ArG** zu betrachten ist (BACHMANN, a.a.O., N. 10 zu **Art. 1 ArG**).

BGE 148 II 203 S. 209

3.4.2 Gemäss der Ausnahmebestimmung von **Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG** ist das Arbeitsgesetz auf *private Haushaltungen* nicht anwendbar. Eine Gegen Ausnahme gilt nur für die Bestimmungen des Arbeitsgesetzes und seiner Verordnungen über das Mindestalter (**Art. 2 Abs. 4 ArG**). Anstelle des öffentlich-rechtlichen Arbeitnehmerschutzes tritt hier gemäss **Art. 359 Abs. 2 OR** ein Schutz durch Normalarbeitsverträge der Kantone (vgl. Urteil 4A_96/2017 vom 14. Dezember 2017 E. 4.1.3, in: SJ 2018 I S. 325; für den Kanton Basel-Stadt vgl. den Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmende im Haushalt einschliesslich der 24-Stunden-Betreuung im Kanton Basel-Stadt [NAVHaushalt BS; SG 215.700], in der im Zeitpunkt des angefochtenen Urteils geltenden Fassung vom 20. November 1990). Zudem haben die dem Normalarbeitsvertrag des Bundes vom 20. Oktober 2010 für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Hauswirtschaft unterstellten Arbeitnehmer Anspruch auf einen Mindestlohn (vgl. Art. 5 der Verordnung vom 20. Oktober 2010 über den Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Hauswirtschaft [NAV Hauswirtschaft; SR 221.215.329.4]; vgl. MÜLLER/MADUZ, a.a.O., N. 19 zu **Art. 2 ArG**).

3.4.3 Liegt Personalverleih vor, geht die Lehre mehrheitlich davon aus, dass der Einsatzbetrieb gemäss **Art. 12 Abs. 1 AVG** und **Art. 26 Abs. 1 AVV** mit dem Betriebsbegriff i.S.v. **Art. 1 Abs. 2 ArG** übereinstimmt (vgl. REMO WAGNER, Die Rund-um-die-Uhr-Betreuung in der Pflege, AJP 2016 S. 768 ff., 774; LOOSER, a.a.O., Rz. 260; MEDICI, a.a.O., S. 101 f.). Ob in solchen Konstellationen bzw. Mehrparteienverhältnissen die Ausnahme gemäss **Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG** greift, wird nachstehend durch Auslegung zu ermitteln sein (vgl. E. 4 hiernach).

Besteht zwischen der Betreuungsorganisation und der zu betreuenden Person hingegen ein *Vertragsverhältnis* (Auftrag bzw. Werkvertrag), untersteht das Unternehmen, welches mit seinen Angestellten einem privaten Haushalt Betreuungs- und Pflegedienstleistungen erbringt, grundsätzlich dem

Arbeitsgesetz und stellt es den Betrieb nach **Art. 1 Abs. 2 ArG** dar. Die Ausnahme gemäss **Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG** gelangt in solchen Fällen nicht zur Anwendung (vgl. LOOSER, a.a.O., Rz. 262; WAGNER, a.a.O., S. 774; THOMAS GEISER, Rechtsprechungspanorama Arbeitsrecht[nachfolgend: AJP 2020], AJP 2020 S. 1446 ff., 1456; so auch Gutachten PÄRLI, a.a.O., Rz. 57 und THOMAS GEISER, Kurzstellungnahme zur Anwendbarkeit des ArG bei 24-Stunden-Betreuung [nachfolgend: Kurzgutachten GEISER], Rz. 2 f.).

BGE 148 II 203 S. 210

Wie bereits ausgeführt, liegt hier kein Zweiparteien-, sondern ein *Dreiparteienverhältnis* vor (vgl. E. 3.3 hiavor). Ob die Vorinstanz dieses Verhältnis zu Recht als Personalverleih qualifiziert habe oder ob es sich um ein anders zu qualifizierendes Dreiparteienverhältnis handelt, kann angesichts der nachfolgenden Erwägungen offenbleiben.

4. Denn es ist vorliegend bloss zu prüfen, ob die Ausnahme gemäss **Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG** nicht nur bei *Zweiparteien-*, sondern auch bei *Dreiparteienverhältnissen* wie dem vorliegenden im Bereich von Betreuungs- und Hausdiensten zur Anwendung gelangen kann. Dies ist durch Auslegung zu ermitteln.

4.1 Das Gesetz muss in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden (**BGE 143 III 600** E. 2.7; **BGE 142 V 466** E. 3.2; **BGE 140 I 305** E. 6.1; **BGE 123 II 464** E. 3a). Auszugehen ist vom Wortlaut, doch kann dieser nicht allein massgebend sein. Besonders wenn der Text unklar ist oder verschiedene Deutungen zulässt, muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden, unter Berücksichtigung der weiteren Auslegungselemente, wie namentlich der Entstehungsgeschichte der Norm und ihrem Zweck (**BGE 142 III 402** E. 2.5.1; **BGE 124 II 372** E. 5). Wichtig ist auch der Sinn, der einer Norm im Kontext zukommt, und das Verhältnis, in welchem sie zu anderen Gesetzesvorschriften steht (systematische Auslegung; vgl. **BGE 146 III 217** E. 5; **BGE 145 III 324** E. 6.6).

4.2 Ob **Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG**, wie der Beschwerdeführer behauptet, "eng" auszulegen sei, ist in der Lehre umstritten (für eine restriktive Auslegung vgl. THOMAS GEISER, in: Fachhandbuch Arbeitsrecht, Portmann/von Kaenel [Hrsg.], 2018, Rz. 16.36; differenzierter *ders.*, Arbeitsgesetz, a.a.O., N. 6 zu **Art. 2 ArG** und MÜLLER/MADUZ, a.a.O., N. 1 zu **Art. 2 ArG**). Die Rechtsprechung legt Ausnahmebestimmungen indessen in der Regel restriktiv aus (vgl. **BGE 142 II 197** E. 5.6; **BGE 139 II 363** E. 2.2; **BGE 110 V 246** E. 2b mit Hinweis; **BGE 107 V 4** E. 4). So hat das Bundesgericht namentlich im Zusammenhang mit dem Verbot der Nacht- bzw. Sonntagsarbeit erwogen, dass Ausnahmebestimmungen des Arbeitsgesetzes und dessen Verordnungen eng auszulegen sind (vgl. **BGE 145 II 360** E. 3.4; **BGE 134 II 265** E. 5.5; **BGE 126 II 106** E. 5a; Urteil 2C_358/2020 / 2C_359/2020 vom 24. März 2021 E. 4.3). Bei der Auslegung ist ferner dem

BGE 148 II 203 S. 211

Willen des Gesetzgebers, der in **Art. 1 ArG** zum Ausdruck kommt, Rechnung zu tragen, den Betriebsbegriff möglichst weit zu fassen (vgl. GEISER/LÜTHI, in: Loi sur le travail, Geiser/von Kaenel/Wyler [Hrsg.], 2005, N. 6 zu **Art. 2 ArG**; vgl. auch E. 3.4.1 hiavor). Der Grund liegt im Bestreben, den Schutz des Gesetzes möglichst allen Arbeitnehmern zukommen zu lassen (HANS PETER TSCHUDI, Schweizerisches Arbeitsschutzrecht, 1985, S. 25; BACHMANN, a.a.O., N. 1 zu **Art. 1 ArG**). Dies spricht dafür, in Zweifelsfällen von der Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes auszugehen (so auch BACHMANN, a.a.O., N. 1 zu **Art. 1 ArG**).

4.3 Nach dem Wortlaut von **Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG** ist das Arbeitsgesetz auf private Haushaltungen nicht anwendbar. Das Gesetz definiert den Begriff der privaten Haushaltung nicht. Nach Rechtsprechung und Lehre liegt eine private Haushaltung im Sinne dieser Bestimmung vor, wenn jemand *für seine privaten Bedürfnisse* und nicht zu geschäftlichen Zwecken Personen in seiner Wohnung beschäftigt (vgl. Urteil 4A_96/2017 vom 14. Dezember 2017 E. 4.1.3, in: SJ 2018 I S. 325; GEISER/LÜTHI, a.a.O., N. 39 zu **Art. 2 ArG**), wobei irrelevant ist, ob der Arbeitnehmer zusammen mit dem Arbeitgeber in einem gemeinsamen Haushalt wohnt oder nicht (BACHMANN, a.a.O., N. 71 zu **Art. 2 ArG**). Dies sagt indessen nichts darüber aus, ob die hier interessierende Ausnahmebestimmung nur bei Zweiparteien- oder auch bei Dreiparteienverhältnissen greift.

Als Beispiele für Arbeitnehmer im Hausdienst, die unter die Ausnahme gemäss **Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG** fallen können, nennen die Lehre sowie das SECO unter anderem Haushaltshilfen, Chauffeure, Reinigungspersonal, Köche, Gärtner oder Privatlehrer (vgl. GEISER, Arbeitsgesetz, a.a.O., N. 39 zu **Art. 2 ArG**; BACHMANN, a.a.O., N. 69 zu **Art. 2 ArG**; MÜLLER/MADUZ, a.a.O., N. 19 zu **Art. 1 ArG**; GEISER/LÜTHI, a.a.O., N. 39 zu **Art. 2 ArG**; Wegleitung des Staatssekretariats für Wirtschaft [SECO] zum Arbeitsgesetz und zu den Verordnungen 1 und 2, Juli 2020, S. 002-3, www.seco.admin.ch, unter Publikationen & Dienstleistungen/Arbeit/Arbeitsbedingungen). Daraus kann geschlossen werden, dass grundsätzlich auch Pflege- und Betreuungsdienstleistungen in privaten Haushaltungen von dieser Ausnahmebestimmung erfasst werden können. Die aufgeführten Beispiele deuten sodann eher auf ein Verständnis hin, wonach es sich typischerweise um *Zweiparteienverhältnisse* handelt (vgl. WAGNER, a.a.O., S. 773), bei denen ein Vertragsverhältnis zwischen dem privaten Haushalt und dem Arbeitnehmer besteht.

BGE 148 II 203 S. 212

4.4 In historisch-teleologischer Hinsicht ist festzuhalten, dass die hier interessierende Ausnahme privater Haushalte vom betrieblichen Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes in den Materialien zum Arbeitsgesetz insbesondere mit dem fehlenden Bedürfnis, solche Arbeitnehmer dem Arbeitsgesetz zu unterstellen und den Schwierigkeiten, derartige Vorschriften durchzusetzen, begründet wurde (vgl. Botschaft vom 30. September 1960 zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel [Arbeitsgesetz], BBl 1960 II 909, 945). Insbesondere wollte der Gesetzgeber vermeiden, dass staatliche Inspektoren in privaten Haushaltungen Kontrollen durchführen (vgl. GEISER, AJP 2020, a.a.O., S. 1456).

4.4.1 Der Schutz der Privatsphäre und des Privatlebens des Inhabers des privaten Haushaltes, auf welchen auch die Vorinstanz hinweist, ist insbesondere bei *Zweiparteienverhältnissen* von Bedeutung. In solchen Fällen liegt es nahe, dass die Kontrolle der Einhaltung der Arbeitsgesetzgebung in der Regel den Zutritt zum privaten Haushalt voraussetzt. Wird der jeweilige Arbeitnehmer zudem direkt vom Inhaber des privaten Haushaltes angestellt, ist ferner davon auszugehen, dass zwischen den Parteien ein besonderes Vertrauensverhältnis besteht, welches die Ausnahme vom Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes ebenfalls rechtfertigen kann.

4.4.2 Wie der Beschwerdeführer zutreffend ausführt, ist die Kontrolle der Einhaltung der Vorschriften des Arbeitsgesetzes und dessen Verordnungen über die Arbeits- und Ruhezeiten bei der Betreuungsorganisation möglich. So kann die Arbeitszeit namentlich digital, mit Hilfe webbasierter Zeiterfassungssysteme, erfasst werden. Der Zugang zum Privathaushalt ist hierfür nicht zwingend nötig. Zu denken ist ferner an Rapportierungspflichten der Betreuungskräfte gegenüber dem Verleiher. Damit erscheint naheliegend, dass in Fällen von Mehrparteienverhältnissen - anders als bei Zweiparteienverhältnissen - die Möglichkeit besteht, die Einhaltung des Arbeitsgesetzes beim Verleiher bzw. bei der Betreuungsorganisation zu kontrollieren. Bei *Dreiparteienverhältnissen* fallen der Schutz der Privatsphäre des Haushaltsinhabers sowie die Kontroll- und Durchsetzungsschwierigkeiten somit von vornherein weniger stark ins Gewicht.

Daher kann der Argumentation der Vorinstanz, wonach die Einhaltung der Arbeitszeiten nur am tatsächlichen Arbeitsort bzw. nur beim privaten Haushalt überprüft werden könne, sodass

BGE 148 II 203 S. 213

entsprechende Kontrollen einen übermässigen Eingriff in die Privatsphäre der zu betreuenden Personen darstellen würden, in dieser Absolutheit nicht gefolgt werden.

4.4.3 Würde es sich sodann um Personalverleih handeln, so würde zwischen dem Arbeitnehmer und dem privaten Haushalt keine vertragliche Beziehung vorliegen (vgl. Urteil 2C_132/2018 vom 2. November 2018 E. 4.3.2; vgl. auch E. 3.3.2 hiervor). Die jeweilige Arbeitskraft wäre nicht direkt vom privaten Haushalt, sondern vom Verleiher angestellt, welchem zumindest ein geteiltes Weisungsrecht zukäme. So könnte es je nach Geschäftsmodell vorkommen, dass der Verleiher an der Organisation der Arbeit mitwirkt, indem er dem Arbeitnehmer Fachanweisungen erteilt, dessen Einsatz (mit) definiert oder ihm Schulungen anbietet. Auch könnte eine Rapportierungspflicht des Arbeitnehmers gegenüber dem Verleiher vorgesehen sein (vgl. VOGLER, a.a.O., S. 13; MICHAEL KULL, Die Abgrenzung des einfachen Auftrags zum Personalverleih am Beispiel der hauswirtschaftlichen Tätigkeit, AJP 2013 S. 1485 ff., 1488). Zudem könnte der Arbeitnehmer - wie vorliegend (vgl. vorne Sachverhalt Bst. A) - schnell durch einen anderen ersetzt werden. So ist davon auszugehen, dass in solchen Dreiparteien-Konstellationen in der Regel kein derart ausgeprägtes Vertrauensverhältnis zwischen dem Arbeitnehmer und dem privaten Haushalt besteht, wie dies bei reinen Zweiparteienverhältnissen der Fall ist.

4.4.4 Im Ergebnis spricht die historisch-teleologische Auslegung eher gegen die Anwendung der Ausnahme gemäss **Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG** auf Dreiecksverhältnisse.

4.5 Dieses Ergebnis wird schliesslich dadurch erhärtet, dass **Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG**, wie bereits ausgeführt, nur dann zur Anwendung gelangt, wenn jemand *für seine privaten Bedürfnisse* Personen in seinem Haushalt beschäftigt (vgl. E. 4.3 hiervor).

Im Fall von Dreiparteienverhältnissen dient die Betreuungsarbeit zwar zunächst den privaten Bedürfnissen der zu betreuenden Person. Wie der Beschwerdeführer unter Hinweis auf das Gutachten PÄRLI zu Recht ausführt, bewirkt das Arbeitsergebnis aber auch die Erfüllung des Dienstleistungsvertrags zwischen der Betreuungsorganisation und der zu betreuenden Person und kommt - wirtschaftlich betrachtet - der Betreuungsorganisation zugute.

Die im Rahmen des Arbeitsvertrags zwischen der Betreuungsorganisation und dem Arbeitnehmer erbrachte Arbeitsleistung dient

BGE 148 II 203 S. 214

somit (auch) der Erfüllung der Leistungspflicht der Betreuungsorganisation gegenüber der zu betreuenden Person aus dem jeweiligen Vertrag, sodass in diesem Fall nicht nur private Bedürfnisse des

Haushaltsinhabers befriedigt werden. Dies spricht ebenfalls gegen die Anwendung von **Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG** in Fällen von Dreiparteienverhältnissen.

4.6 Im Ergebnis ist Folgendes festzuhalten: Aus der Auslegung von **Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG** ergibt sich, dass diese Bestimmung auf Zweiparteienverhältnisse zugeschnitten ist, d.h. auf Konstellationen, in welchen die Arbeitskraft direkt vom privaten Haushalt angestellt wird und ihre Anweisungen ausschliesslich von diesem bezieht (so auch Gutachten PÄRLI, a.a.O., Rz. 52 und 62 und Kurzgutachten GEISER, a.a.O., Rz. 3). In solchen Fällen rechtfertigt sowohl die besondere Vertrauensbeziehung zwischen dem Arbeitnehmer und dem Inhaber des privaten Haushalts als auch der Schutz der Privatsphäre des Letzteren eine Ausnahme vom Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes.

Demgegenüber ist bei Dreiparteien-Konstellationen, so namentlich in Fällen von Personalverleih, möglich, die Einhaltung der Arbeits- und Ruhezeiten bei der Betreuungsorganisation zu kontrollieren. Der Wille des historischen Gesetzgebers, der sich - wie es die in der Lehre aufgeführten Beispiele (Köche, Chauffeure, Gärtner; vgl. E. 4.3 hiervor) zeigen - vor allem auf die Intimität der Verhältnisse stützt, erstreckt sich nicht auf Mehrparteienverhältnisse wie den vorliegenden. Zudem dient die Arbeitsleistung der Betreuungskraft in Fällen von Mehrparteienverhältnissen nicht nur der Erfüllung privater Bedürfnisse der zu betreuenden Person, sondern auch dem kommerziellen Zweck der Betreuungsorganisation.

Diese Argumente sprechen - unter Berücksichtigung des Zwecks des Arbeitsgesetzes, einen umfassenden Schutz möglichst vieler Arbeitnehmenden zu gewährleisten (vgl. E. 4.2 hiervor) - für eine restriktive Handhabung von **Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG** und damit gegen die Anwendung dieser Ausnahmebestimmung auf Fälle von Mehrparteienverhältnissen.

Dass diese Ausnahmebestimmung ohnehin nicht zur Anwendung gelangt, wenn zwischen der Betreuungsorganisation und dem privaten Haushalt ein Vertragsverhältnis im Sinne eines Auftrags oder eines Werkvertrags vorliegt, wurde im Übrigen bereits erwogen (vgl. E. 3.4.3 hiervor).

BGE 148 II 203 S. 215

Vor diesem Hintergrund ist zusammenfassend festzuhalten, dass **Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG** nur in Fällen greift, in welchen die jeweilige Arbeitskraft direkt vom privaten Haushalt angestellt wird, nicht aber beim Vorliegen von Dreiparteienverhältnissen.