

Wissenschaft

Betagtenbetreuerinnen sind keine Leiharbeiterinnen

Ein Diskussionsbeitrag



Heinz Locher, Dr. rer. pol., Gesundheitsökonom

Die in der arbeitsrechtlichen Literatur aufgeführten Kriterien zur Unterscheidung zwischen einfachen Aufträgen und dem Personalverleih führen aufgrund neuer Entwicklungen in der betagtenbetreuerischen Praxis mehr denn je zur Erkenntnis, dass bei der Betagtenbetreuung ein einfacher Auftrag und nicht ein Leiharbeitsverhältnis vorliegt.

I. Die Herausforderung

Als Folge der demografischen Entwicklung der jüngsten Vergangenheit wird die Zahl der betreuungsbedürftigen Personen in den kommenden Jahren stark zunehmen. Bereits im Jahre 2026 wird der erste der insgesamt 18 Babyboomer-Jahrgänge (Geburtsjahre 1946–1964) 80-jährig. Die alternden Babyboomer brauchen nicht nur ein Zuhause, sondern im Laufe der Zeit Begleitung, Betreuung, Pflege.¹

Der Frage, wie der steigende Bedarf an hauswirtschaftlichen Leistungen und Betreuungsleistungen gedeckt werden kann, kommt damit eine hohe Aktualität zu. Gesellschaft, Gesundheitsversorgungssystem und Politik haben die sich daraus ergebenden Herausforderungen trotz der langen «Vorlaufzeit» ignoriert oder verdrängt und sind weder konzeptionell noch personell oder finanziell darauf vorbereitet.

II. Einfacher Auftrag oder Personalverleih?

Die arbeitsrechtliche Literatur wendet vor dem Hintergrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine Mehrzahl von Kriterien und Indizien an, anhand derer ermittelt werden soll, ob ein einfacher Auftrag im Sinne von [Art. 394 OR](#) oder ein Personalverleih nach den Bestimmungen des Arbeitsvermittlungsgesetzes vorliegt.

Von wesentlicher Bedeutung ist dabei zum einen die Frage, ob eine bestimmte Arbeitsleistung erbracht werden oder ob dem «Einsatzbetrieb» eine Person zur Verfügung gestellt werden soll.² Damit verbindet sich die Frage nach dem Ausmass der Abtretung von Weisungsbefugnissen seitens des Arbeitgebers und der Integration in den «Einsatzbetrieb».³ Haushalte von betagten Personen als «Einsatzbetriebe» zu bezeichnen, in welche die eingesetzten Personen «eingegliedert» werden, ist allerdings eine mutige Konstruktion.⁴

Die Konstellation bei hauswirtschaftlichen und betreuerischen Dienstleistungen nähert sich immer mehr derjenigen bei Spitex-Betrieben.⁵

Aufgrund eines Vorgesprächs werden nach Massgabe der Bedürfnisse der zu betreuenden Person Art und Umfang der zu erbringenden Leistungen vereinbart. Die Betreuerinnen werden seitens ihres Arbeitgebers informiert und instruiert. Ähnlich wie bei den Leistungen der Spitex-Organisationen hat sich eine «gute Praxis» entwickelt, der die Betreuerinnen zu folgen haben, zum Beispiel Verhaltensanweisungen aufgrund des Wertesystems ihres Arbeitgebers (wertschätzender Umgang mit zu betreuenden Personen) oder ernährungswissenschaftlich abgestützte Grundsätze betreffend die Menügestaltung. Erste Arbeitgeber gewährleisten ihren Kunden die sorgfältige Auswahl des Personals, dessen Einführung in die zu lösenden Aufgaben und ein angemessenes Controlling.

Vor und während der Einsätze bestehen enge Verbindungen zwischen den Betreuerinnen und ihrem Arbeitgeber. Während der Einsätze besteht eine Hotline zur Teamleiterin sowie im Bedarfsfall zu einem Arzt eines telemedizinischen Dienstes. Regelmässig, wenn erforderlich nach jedem Einsatz, erfolgen Briefings- und Debriefings, für jeden Einsatz besteht Rapportierungspflicht. Eine internetbasierte «Chat»-Applikation dient dem Informationsaustausch zwischen den beteiligten Teammitgliedern und den Angehörigen der Betreuten, soweit dies aus Datenschutzgründen möglich ist. Monatliche Teamsitzungen dienen der Besprechung grundsätzlicher Fragen aus der Praxis.

Bei der Zuordnung konkreter Sachverhalte anhand der genannten Schlüsselbegriffe, allem voran der Frage nach dem Ausmass der Übertragung von Weisungsbefugnissen, besteht ein erhebliches Ermessen, das nicht unbelastet von Wissen über das Geschehen in der Praxis angewendet werden sollte.

Ein Paradigmenwechsel ist überfällig. Der einfache Auftrag entspricht als Grundmuster der neuen Realität viel besser als die «Personalverleihfiktion».⁶

III. Vom alten zum neuen Paradigma

Der Paradigmenwechsel wird weitreichende Folgen haben, so auf die materiellen Regulierungsinhalte und die zuständigen Regulierungsbehörden, nicht zuletzt aber auch auf die Bedeutung des Gesamtarbeitsvertrags Personalverleih.

Ferner wird ein erheblicher «Kollateralnutzen» entstehen. Die geltenden materiellen (Bürgschaftsverpflichtung für Lohnzahlungen) und Verfahrensvorschriften nach dem Personalverleih-Paradigma wirken abschreckend («strukturelle Gewalt»)⁷ und verunmöglichen innovativen Jungfirmen faktisch den Marktzutritt.

Durch die Ablösung des alten Paradigmas entsteht kein regulierungsfreier Raum. Im Gegenteil – so wächst ein Gesamtsystem mit sachkundigen Regulatoren heran. Damit könnte auch die gegenwärtige Patchworksituation mit verschiedenen negativen Kompetenzkonflikten zwischen Aufsichtsbehörden beendet werden.

Als Beispiel seien die unklaren Zuständigkeiten bei «Wohnen mit Dienstleistungen» genannt, die von Heimpersonal erbracht werden.

Der Kanton Bern – der hier als Beispiel herangezogen werden soll – regelt diesen Bereich mit einem gemeinsamen Verständnis von «culture sanitaire» zusammen mit andern Betriebsformen im Gesetz über die sozialen Leistungsangebote vom 9. März 2021⁸, allerdings ohne die bestehenden Betriebsbewilligungen Marke «Personalverleih» in die Hoheit der Gesundheitsbehörden überzuführen.

Selbst wenn einzelne Einsatzformen gerechtfertigterweise als Personalverleih bezeichnet werden müssten, wäre deren Regulierung und fachkundige Aufsicht durch die Gesundheits- und Sozialbehörden im Sinne einer

Gesamtsicht und kohärenten Beurteilung anhand des gesamten Patientenpfads angezeigt.

Diese Gesamtsicht erleichterte auch die Differenzierung des Pflegebegriffs und die Zuordnung einzelner Funktionen zu den verschiedenen Berufsgruppen nach Massgabe ihrer Komplexität und der Stabilität der Situation. Dies fördert den kompetenzgerechten Einsatz des knappen Personals (Vermeidung von Über- und Unterqualifikation). Diese Differenzierung wird gegenwärtig durch den «Regulierungsbruch» (Qualifikation der Betreuungsarbeit als Personalverleih mit einer eigenen Regulierungsbehörde und Vorschriftensystematik) erheblich erschwert, wenn nicht verunmöglicht.

IV. Fazit

Die systematische Zuordnung von hauswirtschaftlichen und Betreuungsdienstleistungen zum Personalverleih ist im Laufe der Zeit immer grenzwertiger geworden. Unter den heutigen Gegebenheiten wirkt sie dysfunktional. Im Interesse der Bevölkerung, der potenziell Betroffenen und des Personals ist eine Neuordnung dringend erforderlich.

-
- 1 Bundesamt für Statistik, Demografisches Porträt der Schweiz, Neuenburg 2022, einsehbar unter <https://www.bfs.admin.ch>; Bundesamt für Statistik, Szenarien der Bevölkerungsentwicklung 2020–2050, Neuenburg 2020, einsehbar unter <https://www.bfs.admin.ch>
 - 2 Senti Christoph, Auftrag oder Personalverleih, Aktuelle Juristische Praxis, 2013, 357–365, 361.
 - 3 Kull Michael, Die Abgrenzung des einfachen Auftrags zum Personalverleih am Beispiel der hauswirtschaftlichen Tätigkeit, Aktuelle Juristische Praxis 2013, 1485–1494.
 - 4 Vgl. dazu auch Pärli Kurt, Private Haushalte: Anwendung des Arbeitsgesetzes?, in: Jusletter 27. Mai 2019.
 - 5 Hensch Angela, Arbeitsrechtliche Fragen der spitalexternen Krankenpflege, Pflegerecht – Pflegewissenschaft, Bern, 2011, 11–27.
Leistungsarten: Unterstützung bei Aktivitäten des täglichen Lebens: Körperpflege, Ankleiden, Toilettengang, Fortbewegung, Kontinenz, Nahrungsaufnahme, ferner Einkäufe tätigen, Essen zubereiten, putzen, Wäsche waschen, Praxisbesuche bei Ärzten, vgl. Chaouche Aurélie Tahar/Gardijan Nadja, Abhängigkeit, Isolation und Vernachlässigung im Alter, Swiss Medical Forum, 2021; 21-35-36. 600–603.
Einsatzformen: Die hier im Vordergrund stehenden Einsatzformen sind stunden-, halbtags- oder tageweise Einsätze des Personals von spezialisierten Betrieben, exklusive Spitex-Leistungen gemäss KVG durch entsprechende Organisationen bzw. selbstständige Pflegefachpersonen. Die meisten der real existierenden Formen der sogenannten Care-Arbeit von Ausländerinnen widersprechen gemäss BGE [2C_470/2020](#) vom 22. Dezember 2021 dem Arbeitsgesetz. Vgl. dazu auch die Antwort des Bundesrats auf die Interpellation [22.4135](#) von Ständerat Hannes Germann (SH). *Personalkategorien:* Die im hier angesprochenen Bereich tätigen Personen haben keine spezifische Ausbildung gemäss den Regelungen der Berufsausbildungsgesetzgebung, oft aber den Kurs für Rotkreuzhelferinnen absolviert.
 - 6 Ferner Kull Michael/Sommer-Bäni Eva-Maria, Personalverleih oder einfacher Auftrag? Aktuelle Juristische Praxis, 2016, 778–782.
 - 7 Strukturelle Gewalt umfasst gesellschaftliche, wirtschaftliche oder kulturelle Strukturen und Bedingungen, die Einzelpersonen oder Personengruppen benachteiligen, <https://www.google.com/search?q=strukturelle+Gewalt&oq=str&aqs=chrome.0.69i59j69i57j69i60.4128j0j1&sourceid=chrome&ie=UTF-8>.
 - 8 860.2 Gesetz über die sozialen Leistungsangebote (SLG).