

Pflegerecht

Pflegerecht – Pflegewissenschaft

66 Pflegerecht – eine Standortbestimmung (2. Teil)

Peter Breitschmid/Caroline Wittwer

81 Erbrechtliche Konsequenzen von privaten
Betreuungs- und Pflegeleistungen zugunsten
des Verstorbenen

Andreas Baumann

91 Rechtsfragen der Beschäftigung ausländischen
Pflegepersonals

Kurt Pärli



Stämpfli Verlag

2 | 12

Inhalt

EDITORIAL	65	RECHTSPRECHUNG	105
WISSENSCHAFT.....	66	DER KONKRETE FALL.....	120
GESETZGEBUNG	101	NEUIGKEITEN.....	123

Impressum

Schriftleiter

Prof. Dr. Hardy Landolt, LL.M.
Landolt Rechtsanwälte
Schweizerhofstrasse 14, Postfach, 8750 Glarus
Tel. 055 646 50 50, Fax 055 646 50 51
E-Mail: redaktion@pfliegerrecht.ch
www.pfliegerrecht.ch

Adressänderungen und Inserataufträge sind ausschliesslich an den Stämpfli Verlag AG, Postfach 5662, 3001 Bern, zu richten. Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Der Verlag behält sich alle Rechte am Inhalt der Zeitschrift «Pfliegerrecht» vor. Insbesondere die Vervielfältigung auf dem Weg der Fotokopie, der Mikrokopie, der Übernahme auf elektronische Datenträger und andere Verwertungen jedes Teils dieser Zeitschrift bedürfen der Zustimmung des Verlags. Die Zeitschrift erscheint viermal jährlich, im Februar, Mai, August, November.

Abonnementspreise 2012

AboPlus (Zeitschrift und Onlinezugang)
– Schweiz: CHF 98.–
– Ausland: CHF 112.–
Online-Abo: CHF 82.–
Einzelheft: CHF 22.–
Die Preise verstehen sich inkl. Versandkosten und 2,5% resp. für Onlineangebote 8% MWSt.

Abonnemente

Tel. 031 300 62 59, Fax 031 300 63 90
E-Mail: abonnemente@staempfli.com

Inserate

Tel. 031 300 63 82, Fax 031 300 63 90
E-Mail: inserate@staempfli.com

© Stämpfli Verlag AG Bern 2012

Gesamtherstellung: Stämpfli Publikationen AG, Bern
Printed in Switzerland, ISSN 2235-2953

Herausgeber

Hardy Landolt

Prof. Dr. iur., LL.M., Lehrbeauftragter an den Universitäten St. Gallen und Zürich für Haftpflicht-, Privat- und Sozialversicherungs- sowie Gesundheitsrecht, wissenschaftlicher Konsulent des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der Universität St. Gallen, Rechtsanwalt und Notar in Glarus

Gemeinsam mit:

Iren Bischofberger

Prof. Dr., Prorektorin der Kalaidos Fachhochschule Gesundheit und Fachbereichsleiterin Forschung bei Careum F+E, Forschungsinstitut der Kalaidos FH Departement Gesundheit, Zürich

Peter Breitschmid

Prof. Dr. iur., Professor an der Universität Zürich

Christiana Fountoulakis

Prof. Dr. iur., Professorin an der Universität Freiburg

Thomas Gächter

Prof. Dr. iur., Professor an der Universität Zürich, zugleich Kompetenzzentrum MERH UZH

Stephanie Hrubesch-Millauer

Prof. Dr. iur., Professorin an der Universität Bern

Ueli Kieser

PD Dr. iur., Vizedirektor am Institut für Rechtswissenschaften und Rechtspraxis an der Universität St. Gallen, Privatdozent an der Universität St. Gallen, Lehrbeauftragter an der Universität

Bern, Rechtsanwalt in Zürich, Ersatzrichter am Verwaltungsgericht des Kantons Zürich

Peter Mösch Payot

lic. iur., LL.M., Dozent am Institut Sozialarbeit und Recht der Hochschule Luzern

Kurt Pärli

Prof. Dr. iur., Dozent und Leiter Zentrum für Sozialrecht der Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften sowie Privatdozent an der Universität St. Gallen

Bernhard Rütsche

Prof. Dr. iur., Ordinarius für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie an der Universität Luzern

René Schwendimann

Dr. sc. cur., Leiter Bereich Lehre am Institut für Pflegewissenschaft der Universität Basel

Brigitte Tag

Prof. Dr. iur. utr., Ordinaria an der Universität Zürich, zugleich Kompetenzzentrum MERH UZH, Rechtsanwältin in Frankfurt am Main



Rechtsfragen der Beschäftigung ausländischen Pflegepersonals

Kurt Pärli

Prof. Dr. iur., Dozent und Leiter Zentrum für Sozialrecht der Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften sowie Privatdozent an der Universität St. Gallen

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Ausländerrechtliche Aspekte
 - A. Ausländer/innen aus dem EU/EFTA-Raum
 - B. Beschäftigung von Ausländer/innen aus übrigen Staaten
 - C. Arbeitsvermittlung und Personalverleih von Ausländer/innen
 - D. Würdigung
- III. Arbeits- und sozialversicherungsrechtlicher Rahmen
 - A. Übersicht
 - B. Bedeutung der Diskriminierungsverbote
- IV. Beschäftigung von ausl. Haushaltshilfen und Pflegepersonal in Privathaushalten
 - A. Verbreitung und Problemstellung
 - B. Arbeitsrechtliche Fragen

I. Einleitung

Die Nachfrage nach Pflegefachkräften in Akutspitälern und sozialmedizinischen Institutionen ist in den letzten Jahren stetig gestiegen. Dieser Mehrbedarf wird zumindest teilweise durch verstärkte Zuwanderung ausländischer Arbeitnehmenden gedeckt. Eine Untersuchung des Schweizerischen Gesundheitsobservatoriums Obsan kommt unter Bezugnahme auf verschiedene Statistiken zum Schluss, die Abhängigkeit schweizerischer Institutionen von der Rekrutierung ausländischen Pflegepersonals habe sich in den letzten Jahren verschärft.¹ Der weitaus grösste Teil der zugewanderten Gesundheitsfachpersonen stammt aus den Nachbarstaaten der Schweiz, 50 Prozent aus Deutschland, nur ein kleiner Teil wird in Nicht-EU-Staaten rekrutiert.² Ein

noch grösserer Anteil ausländischer Pflegerinnen und Pfleger wird in Privathaushalten vermutet.³

In der erwähnten Obsan-Studie wird die faktische Abhängigkeit des schweizerischen Pflegefachkräftearbeitsmarktes von ausländischem Personal kritisch gewürdigt; zwar könne durch internationale Rekrutierung die Personalknappheit kurzfristig gelindert werden, gleichzeitig verschärfe sich aber die Abhängigkeit. Gefordert werden u. a. eine Verbesserung der Ausbildung und eine verbesserte langfristige Bindung des beschäftigten Personals. Es ist hier nicht der Ort, diese bildungs- und sozialpolitischen Fragen näher zu beleuchten. Im Zentrum des folgenden Beitrages stehen vielmehr die folgenden Themen:

- Ausländerrechtliche Situation, hier wird der Dualismus EU/EFTA-Angehörige einerseits und «Rest der Welt» andererseits dargestellt.
- Anschliessend folgen Ausführungen zum arbeitsrechtlichen Rahmen unter besonderer Berücksichtigung des Diskriminierungsverbotes des Freizügigkeitsabkommens (FZA).⁴
- Abgeschlossen wird der Beitrag durch einen Blick auf das neuere Phänomen der Beschäftigung von Haushaltshilfen und Pflegepersonal in Privathaushalten.

Nur am Rande erwähnt werden in diesem Beitrag Fragen der Anerkennung ausländischer Diplome (siehe dazu aber den Beitrag von Nina Gammenthaler in *Pflegerecht* Heft 1, S. 28 ff.).

1 HÉLÈNE JACCARD RUEDIN/MARCEL WIDMER, Ausländisches Gesundheitspersonal in der Schweiz, Schweizerisches Gesundheitsobservatorium (Obsan), Neuchâtel 2010, 63 ff., 81.

2 JACCARD RUEDIN/WIDMER (Fn. 1), 61. Siehe auch für die Situation im Kanton Zürich: MATTHIAS MÜLLER, Ausländisches Pflegepersonal schliesst die Lücke, *Curaviva* 3/2008, 27 ff.

3 RUEDI SPÖNDLIN, «Weisst Du, wir haben eine patente Frau aus Polen». Private Pflegerinnen aus Niedriglohnländern. *Soziale Medizin*, Nr. 1.10, 2010, 21–36; SUSY GREUTER/SARAH SCHILLIGER, «Ein Engel aus Polen», *Globalisierter Arbeitsmarkt im Privathaushalt von Pflegebedürftigen*, in: *Denknetz Jahrbuch 2009*, Zürich, 151 ff.

4 Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA) vom 1. Juni 2002, SR 0.142.112.681.

II. Ausländerrechtliche Aspekte

A. Ausländer/innen aus dem EU/EFTA-Raum

1. Die Beschäftigung von Arbeitnehmern nach FZA

Das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der EU und ihren Mitgliedstaaten sowie das parallele Abkommen mit der EFTA und Mitgliedstaaten gewähren Arbeitnehmer/innen vorbehaltlich der FZA-Übergangsbestimmungen und den Vorbehalten in Anhang I zum FZA ein Recht auf Aufenthalt und Zugang zu einer Erwerbstätigkeit in jedem Abkommensstaat.⁵ Es handelt sich dabei um subjektive Rechte.⁶ Am 30. April 2011 ist die Übergangsfrist für die volle Freizügigkeit für die 2004 in die EU aufgenommenen acht osteuropäischen Staaten weggefallen.⁷ Diese Freizügigkeit war aber nur von kurzer Dauer. Mit Beschluss vom 18. April hat der Bundesrat entschieden, von der im Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der EU und ihren Mitgliedstaaten vorgesehenen Ventilklausel gegenüber den Staaten der EU-8⁸ Gebrauch zu machen.⁹ Aufgrund der Ventilklausel darf die Schweiz bis ins Jahr 2014 einseitig Kontingente für Personen aus den EU-8-Ländern einführen. Voraussetzung ist, dass die Anzahl der ausgestellten Aufenthalts- bzw. Kurzarbeitsbewilligungen an Erwerbstätige aus den EU/EFTA-Staaten mindestens 10% höher als der Durchschnitt der drei vorangegangenen Jahre war.¹⁰ Für die erteilten Aufenthaltsbewilligungen B an Staatsangehörige der EU-8 ist die zuvor genannte Voraussetzung im Zeitraum Mai 2011–April 2012 erfüllt, nicht aber für die Kurzaufenthaltsbewilligungen

(Ausweis L¹¹).¹² Für L-Bewilligungen besteht also vorläufig weiterhin keine Kontingentierung für Arbeitnehmende aus den acht osteuropäischen EU-Staaten. Für die Dauer vom 1. Mai 2012 bis Ende April 2013 wird jedoch die Zahl der Aufenthaltsbewilligungen B auf 2180 beschränkt. Über die Beschränkung der Aufenthaltsbewilligungen B um ein weiteres Jahr wird der Bundesrat vor Ende 2013 entscheiden.¹³

Art. 10 Anhang I zum FZA sieht eine Ausnahme von der Freizügigkeit für Beschäftigte in der öffentlichen Verwaltung vor. Voraussetzung ist indes, dass diese Beschäftigung die Ausübung hoheitlicher Befugnisse umfasst und der Wahrung der allgemeinen Interessen des Staates oder anderer öffentlicher Körperschaften dient.¹⁴ Eine solche Ausnahme liegt bei Pflegeberufen nicht vor.

Für Arbeitgeber hat das Freizügigkeitsabkommen (FZA) den grossen Vorteil, dass im Gegensatz zu Ausländer/innen aus Nicht-EU/EFTA-Staaten die Bewilligungspflicht für die Beschäftigung von ausländischen Arbeitnehmenden entfällt. Die Arbeitnehmenden ihrerseits haben einen Anspruch auf eine je nach Vertragsdauer unterschiedliche Aufenthaltsbewilligung.¹⁵ Zur Erteilung der Bewilligung dürfen die Ausländerbehörden dabei lediglich die Vorlage eines Personalausweises oder Reisepasses sowie eine Einstellungserklärung des Arbeitgebers oder Arbeitsbescheinigung verlangen.¹⁶ Einschränkungen sind indes wie erwähnt seit dem 1. Mai 2012 möglich für den Erhalt von Jahresaufenthaltsbewilligungen (B-Ausweis) gegenüber Arbeitnehmer/innen der acht osteuropäischen EU-Mitgliedstaaten. Weiterhin möglich ist die Beschäftigung solcher Personen im Rahmen von Kurzaufenthaltsbewilligungen (L-Ausweis).

5 Art. 4 Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA) vom 1. Juni 2002, SR 0.142.112.681.

6 FELIX KLAUS, Ausländische Personen als Arbeitnehmende, in: Übersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser (Hrsg.), Ausländerrecht, 2. Aufl., Basel 2009, 836.

7 Für Arbeitnehmer/innen aus Bulgarien und Rumänien ist die volle Freizügigkeit erst ab 1. Juni 2016 vorgesehen.

8 EU-8: Estland, Lettland, Litauen, Polen, Slowakei, Slowenien, Tschechische Republik, Ungarn.

9 Medienmitteilung des Bundesrats vom 18. April 2012, Freizügigkeitsabkommen Schweiz–EU: Anrufung der Ventilklausel gegenüber den Staaten der EU-8, siehe: http://www.bfm.admin.ch/bfm/de/home/dokumentation/medienmitteilungen/2012/ref_2012-04-181.html (Zuletzt besucht: 27. 4. 2012).

10 Art. 10 Abs. 4 FZA.

11 Zu den verschiedenen Aufenthaltsbewilligungstypen siehe die Informationsseite des Bundesamtes für Migration, http://www.bfm.admin.ch/content/bfm/de/home/themen/aufenthalt/eu_efta.html (Zuletzt besucht: 27. 4. 2012).

12 Medienmitteilung des Bundesrats vom 18. April 2012, Freizügigkeitsabkommen Schweiz–EU: Anrufung der Ventilklausel gegenüber den Staaten der EU-8, siehe: http://www.bfm.admin.ch/bfm/de/home/dokumentation/medienmitteilungen/2012/ref_2012-04-181.html (Zuletzt besucht: 27. 4. 2012).

13 Medienmitteilung des Bundesrats vom 25. April 2012, Umsetzung des Ventilklausel-Entscheids: Kontingent in Verordnung festgehalten, siehe: <http://www.news.admin.ch/dokumentation/00002/00015/?lang=de&msg-id=44271> (Zuletzt besucht: 27. 4. 2012).

14 Zu den Berufen, die nach schweizerischer Rechtslage unter Art. 10 Anhang I FZA fallen, siehe KLAUS (Fn. 6), Rz. 17.222 bis Rz. 17.245.

15 Zu den verschiedenen Bewilligungsarten für EU/EFTA-Staatsangehörige siehe: http://www.bfm.admin.ch/content/bfm/de/home/themen/aufenthalt/eu_efta.html (Zuletzt besucht: 6. 1. 2012).

16 Art. 6 Abs. 3 Anhang I FZA.

2. Die Rechte von Selbständigerwerbenden nach FZA

Ein Einreise- und Aufenthaltsrecht gewährt das FZA auch Personen, die sich zum Zwecke der Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit im Hoheitsgebiet eines anderen Vertragsstaates niederlassen wollen. Nach Art. 12 Anhang I zum FZA erhält ein Staatsangehöriger einer Vertragspartei, der sich zwecks Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei niederlassen will, eine Aufenthaltsbewilligung für mindestens fünf Jahre, wenn eine selbständige Erwerbstätigkeit nachgewiesen werden kann.¹⁷ Im FZA und in der Einführungsverordnung finden sich keine präzisierenden Angaben darüber, wie der Nachweis der selbständigen Erwerbstätigkeit zu erbringen ist.¹⁸ Ausländische selbständig Erwerbstätige müssen sich bei der schweizerischen AHV versichern, und die AHV prüft das Vorliegen der Voraussetzungen der selbständigen Erwerbstätigkeit nach der AHV-Gesetzgebung. Eine selbständige Tätigkeit kann allerdings auch durch einen Handelsregisterauszug mit Hinweis auf das Vorliegen einer Einzelfirma oder Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft oder durch andere Indizien wie dem Vorhandensein von Geschäftsräumlichkeiten, Arbeitsverträgen von Mitarbeitenden oder der Mitgliedschaft in einem Berufsverband nachgewiesen werden.¹⁹ Die Behörden dürfen an den Nachweis der Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit keine allzu hohen Anforderungen stellen, insbesondere darf kein Nachweis für ein bestimmtes Mindesteinkommen verlangt werden.²⁰ Die Abgrenzung zwischen selbständiger oder unselbständiger Erwerbstätigkeit ist nach den Umständen des Einzelfalls vorzunehmen. Die entscheidenden Kriterien sind das Vorhandensein eines Unternehmerrisikos und die arbeitsorganisatorische Unabhängigkeit.²¹

Für den Pflegebereich bedeutet die gerade dargestellte Rechtslage: EU/EFTA-Staatsangehörige können sich in der Schweiz niederlassen, wenn sie bspw. ein

Alters- oder Pflegeheim betreiben wollen oder als Physiotherapeuten/-innen selbständig tätig sein wollen. Sie müssen indes grundsätzlich die auch für Inländer/innen geltenden Berufsausübungsbewilligungen erfüllen wie z. B. eine auf kantonales Gesundheitsrecht gestützte Bewilligung zur Führung eines Pflegeheimes. Das Erfordernis des Nachweises ausschliesslich schweizerischer Berufsdiplome würde die Freizügigkeit illusorisch machen.²² Aus diesem Grunde werden in Anhang III zum FZA umfassend Fragen der (gegenseitigen) Diplomanerkennung geregelt.²³

3. Die Bedeutung der Dienstleistungsfreiheit

Im Pflegekontext relevant sind weiter die Bestimmungen zur Dienstleistungsfreiheit. Das FZA gewährt den Erbringern von grenzüberschreitenden Dienstleistungen das Recht, während maximal 90 tatsächlichen Arbeitstagen pro Kalenderjahr Dienstleistungen in einem anderen Vertragsstaat zu erbringen. Innerhalb eines Kalenderjahres ist eine beliebige Aufteilung der 90 Arbeitstage möglich.²⁴ Die Dienstleistungserbringung kann sowohl selbständigerwerbend (Art. 17 Abs. 1 lit. b/i Anhang I FZA) oder als Arbeitnehmer/in eines Dienstleisters (Art. 17 Abs. 1 lit. b/ii Anhang I FZA) erbracht werden. Der Arbeitnehmer muss dabei nicht die Staatsangehörigkeit eines EU-Staates besitzen, jedoch in den regulären Arbeitsmarkt eines Vertragsstaates integriert sein. Erfolgt die Dienstleistung durch Arbeitnehmer, so liegt eine Entsendung vor. Als Entsendeunternehmen kommen sowohl natürliche wie juristische Personen in Frage. Anders als bei der Niederlassungsfreiheit, ist die aktive Dienstleistungsfreiheit nach Art. 18 Anhang I FZA nicht auf natürliche Personen beschränkt.²⁵ Wer die Dienstleistungsfreiheit nach FZA in Anspruch nehmen will, braucht dafür keine Bewilligung. Die Dienstleistungserbringer sind jedoch gehalten, Dienstleistungen von mehr als 8 Tagen pro Kalenderjahr den am Arbeitsort zuständigen Behörden zu melden,²⁶ soweit nicht die rechtlichen Vorschriften bereits eine Meldepflicht für Tätigkei-

17 Im Unterschied zum EU-Recht ist die Niederlassungsfreiheit im FZA auf natürliche Personen beschränkt, juristische Personen können sich nicht darauf berufen, siehe EuGH v. 12. 11. 2009, Rs. C-351/08, GRIMME Rz. 33 und 34.

18 Siehe jedoch die Art. 4.3.2 der Weisung zum Freizügigkeitsabkommen des Bundesamtes für Migration (BFM), einsehbar hier: http://www.bfm.admin.ch/content/dam/data/migration/rechtsgrundlagen/weisungen_und_kreisschreiben/weisungen_fza/weisungen-fza-d.pdf (Zuletzt besucht: 6. 1. 2012).

19 PHILIPP GREMPER, Ausländische Personen als selbständig Erwerbende, in: Übersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser (Hrsg.), Ausländerrecht, 2. Aufl., Basel 2009, Rz. 18.25.

20 GREMPER (Fn. 13), Rz. 18.26.

21 BGE 123 V 161. E. 1

22 RUDOLF NATSCH, Gegenseitige Anerkennung beruflicher Qualifikationen, in: Thüerer/Weber/Zäch (Hrsg.), Bilaterale Verträge Schweiz–EG, Zürich 2002, 195.

23 Siehe dazu den Beitrag von NINA GAMMENTHALER in Pflegerecht Heft 1, S. 28 ff.

24 GREMPER (Fn. 13), Rz. 18.50.

25 Art. 18 Anhang I FZA verweist auf die in Art. 17 Anhang I FZA verankerte Freiheit für Dienstleistungserbringer, die passive Dienstleistungsfreiheit ist demgegenüber in Art. 23 Anhang I FZA geregelt.

26 Art. 6 Bundesgesetz über die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und flankierende Massnahmen (Entsendegesetz, SR 823.20) und Art. 6 Abs. 1 der Verordnung zum Entsendegesetz (Entsendeverordnung, SR 823.201).

ten ab dem ersten Tag vorsehen.²⁷ Die Meldung muss die zuständigen Behörden spätestens 8 Tage vor Arbeitsbeginn erreichen.²⁸

Ausgeschlossen von der Dienstleistungsfreiheit sind nach Art. 22 Abs. 1 Anhang I FZA Tätigkeiten, die auch nur gelegentlich die Ausübung hoheitlicher Befugnisse umfassen. Weiter hält Art. 22 Abs. 2 Anhang I FZA den Vorrang von Bestimmungen des Entsendegesetzes fest, und Art. 22 Abs. 3 lit. i Anhang I FZA verweist u. a. auf die Bestimmungen zum Arbeitsverleih und der Arbeitsvermittlung, die vom FZA nicht berührt werden.²⁹

Im Pflegebereich wird die Dienstleistungsfreiheit vor allem im Zusammenhang mit der Pflege und Betreuung in Privathaushalten in Anspruch genommen. Innovative Unternehmen machen sich diese Option zunutze und bieten 24-Stunden-Betreuung und -Pflege in privaten Haushalten durch meist osteuropäische Pfleger/innen an. Seit dem 1. Mai 2011 entfällt für Einsätze von maximal 90 Tagen pro Kalenderjahr für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmer/innen aus Slowenien, Polen, Tschechien, Ungarn, Litauen, Lettland, Estland und der Slowakei die ausländerrechtliche Bewilligungspflicht. Eine Unternehmung in einem dieser EU-Staaten (oder aus den 15 «alten» EU-Staaten sowie Zypern und Malta) kann demzufolge Haushalt- und Pflegehilfen für Einsätze von maximal 90 Tagen pro Kalenderjahr in die Schweiz entsenden, wobei arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Bedingungen zu beachten sind.³⁰ Eine Pflegerin oder Haushaltshilfe kann sich als Selbständigerwerbende auf die Dienstleistungsfreiheit berufen, die Selbständigkeit muss indes gegenüber der Meldebehörde nachgewiesen werden. Indizien für eine selbständige Erwerbstätigkeit sind die Anerkennung als Selbständigerwerbende im Wohnsitzstaat, das Vorhandensein einer Mehrwertsteuer Nummer oder der Nachweis mehrerer Kunden.³¹

B. Beschäftigung von Ausländer/innen aus übrigen Staaten

1. Die Regelungen für ausländische Arbeitnehmer/innen im Ausländergesetz

Ganz anders gestaltet sich die Ausgangslage bei Staatsangehörigen aus Nicht-EU- (und Nicht-EFTA-) Staaten. Die Beschäftigung dieser Personen im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses ist ebenso bewilligungspflichtig wie eine Tätigkeit als Selbständigerwerbende. Die Zulassungskriterien sind im Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG)³² und in der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE)³³ aufgeführt. Der Arbeitgeber ist verantwortlich, dass die von ihr beschäftigten Personen die notwendige Bewilligung besitzen.³⁴ Wer vorsätzlich Personen ohne Arbeitsbewilligung beschäftigt oder grenzüberschreitende Dienstleistungen von Personen ohne entsprechende ausländerrechtliche Bewilligung entgegennimmt, wird strafrechtlich sanktioniert, es drohen Freiheitsstrafen bis zu einem Jahr und im Wiederholungsfalle bis zu drei Jahren sowie Geldbussen.³⁵

Im Unterschied zum FZA sieht das AuG vor, dass die Behörden (der Bundesrat) die Zahl ausländischer Arbeitskräfte begrenzen darf (Art. 20 AuG). Nach Art. 21 AuG ist die Zulassung eines ausländischen Arbeitnehmers zudem nur möglich, wenn auf dem inländischen Arbeitsmarkt und auf den Arbeitsmärkten der EU/EFTA-Staaten keine Personen zur Verfügung stehen. Arbeitsbewilligungen können nach dem Willen des Gesetzgebers weiter nur an Führungskräfte, Spezialisten/innen und andere qualifizierte Arbeitskräfte erteilt werden (Art. 23 AuG). Ausnahmen sind u. a. möglich für Personen mit besonderen beruflichen Kenntnissen oder Fähigkeiten, sofern für deren Zulassung ein Bedarf ausgewiesen ist. Die Bewilligungsbehörden haben überdies zu prüfen, ob den Ausländerinnen und Ausländern die orts-, berufs- und branchenüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen gewährt werden (Art. 22 AuG), die sich gemäss Art. 22 der VZAE nach den «gesetzlichen Vorschriften, Gesamt- und Normalarbeitsverträgen sowie den Lohn- und Ar-

27 Art. 6 Abs. 2 lit. a–f Entsendeverordnung.

28 Art. 6 Abs. 3 Entsendegesetz und Art. 9 Abs. 1^{bis} Verordnung vom 22. Mai 2002 über die schrittweise Einführung des freien Personenverkehrs zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft und deren Mitgliedstaaten sowie unter den Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandelsassoziation.

29 Siehe dazu weiter hinten, C. Arbeitsvermittlung und Personalverleih von Ausländer/innen.

30 Dazu im Detail hinten, Teil C.

31 MARC SPESCHA/ANTONIA KERLAND/PETER BOLZLI, Handbuch zum Migrationsrecht, Zürich 2010, 128.

32 Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005 (Ausländergesetz, AuG, SR 142.20).

33 Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit vom 24. Oktober 2007 (Zulassungsverordnung, VZAE, SR 142.201).

34 Art. 91 Abs. 1 AuG.

35 Art. 117 AuG. Siehe eine Übersicht zu allen relevanten Strafbestimmungen: <http://www.bfm.admin.ch/content/bfm/de/home/themen/arbeit/schwarzarbeit/strafbestimmungen.html>.

beitsbedingungen für die gleiche Arbeit im selben Betrieb und in derselben Branche (bestimmen)». Die Kontrolle der Arbeitsbedingungen bezweckt sowohl den Schutz der ausländischen Arbeitnehmenden vor Ausbeutung wie auch den der inländisch Beschäftigten vor Lohndumping.³⁶ Weiteres Kriterium für die Erteilung einer Bewilligung bildet das Vorhandensein einer bedarfsgerechten Wohnung (Art. 24 AuG).

2. Selbständig Erwerbende und Dienstleistende aus Drittstaaten

Nach Art. 19 AuG können Ausländer/innen, die über keine Niederlassungsbewilligung verfügen, dann zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit in der Schweiz zugelassen werden, wenn die Tätigkeit dem gesamtwirtschaftlichen Interesse entspricht, die finanziellen und betrieblichen Voraussetzungen die Ausübung der Tätigkeit ermöglichen.³⁷ Die für Arbeitnehmende geltenden Bewilligungsvoraussetzungen gelten auch für Selbständigerwerbende, einzig der Inländervorrang (Art. 21 AuG) kommt nicht zur Anwendung.³⁸

Ausländerrechtliche Restriktionen bestehen auch gegenüber grenzüberschreitenden Dienstleistern aus Drittstaaten (Nicht-EU/EFTA); diese benötigen eine Bewilligung, deren Erteilung an die im Wesentlichen gleichen Bedingungen geknüpft ist wie bei den Selbständigerwerbenden (Art. 26 AuG). Die gleichen Kriterien gelten für EU/EFTA-Ausländer/innen, die eine über die 90-Tage-Frist hinausgehende grenzüberschreitende Dienstleistung in der Schweiz erbringen wollen.

3. Gerichtspraxis

Die Praxis der Ausländerbehörden für die Erteilung von Bewilligungen für Drittstaatenangehörige (Nicht-EU/EFTA) ist sehr streng und wird mit dem Willen des Gesetzgebers begründet, Ausländerrecht solle restriktiv gestaltet sein und konsequent dem wirtschaftlichen Gesamtinteresse untergeordnet und an den übergeordneten integrations- und staatspolitischen Zielen ausgerichtet sein.³⁹

Keine Chance hatte auf diesem Hintergrund das Bewilligungsgesuch eines Hotels zur Anstellung

eines indischen Aryveda-Masseurs. Die Behörden argumentierten, es wäre sicher möglich gewesen, in EU-Staaten mit grossen Bevölkerungsanteilen indischer Herkunft, z. B. Grossbritannien, eine entsprechende Fachperson zu rekrutieren.⁴⁰ Aus ähnlichen Gründen gescheitert ist die Anstellung einer Psychologin aus dem ehemaligen Jugoslawien, die heute US-amerikanische Staatsbürgerin ist. Ein Psychiater wollte die Psychologin wegen ihren besonderen Sprachkenntnissen (kroatisch, serbisch und bosnisch) anstellen. Das Bundesverwaltungsgericht stellt nicht in Abrede, dass die fragliche Psychologin von ihrem Werdegang und ihren Sprachkenntnissen her bestens für die Stelle geeignet wäre. Dies sei jedoch für die Beurteilung der Streitsache irrelevant.⁴¹ Für die negative Beurteilung des Bewilligungsgesuchs war die Einschätzung des Bundesverwaltungsgerichts massgebend, Psychologen mit entsprechenden Fach- und Sprachkenntnissen liessen sich mit dem für den Arbeitgeber zumutbaren Aufwand in EU-Staaten mit einem hohen Anteil an Personen mit kroatischem, serbischem oder bosnischem Migrationshintergrund wie etwa in Deutschland, Österreich, Italien oder den Niederlanden finden.⁴²

C. Arbeitsvermittlung und Personalverleih von Ausländer/innen

Wie in anderen Branchen kommen Arbeitsverhältnisse auch im Pflegebereich durch Arbeitsvermittlung oder Personalverleih zustande.

Bei der Arbeitsvermittlung führt eine Arbeitsvermittlungsgesellschaft stellensuchende Arbeitnehmer/innen mit interessierten Arbeitgebern zusammen. Die Tätigkeit der Arbeitsvermittlungsgesellschaft untersteht den Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Arbeitsvermittlung (AVG).⁴³ Nach Art. 2 Abs. 3 AVG benötigt eine Agentur, die auch Personal aus dem Ausland vermittelt, neben der für die Inlandvermittlung notwendige kantonale Bewilligung zusätzlich auch eine Bewilligung des Staatssekretariats für Wirtschaft. Das AVG setzt an die Bewilligung verschiedene fachliche und persönliche Voraussetzungen, u. a. muss nach Art. 3 Abs. 1 lit. a AVG der Betrieb im Schweizerischen Handelsregister ein-

36 KLAUS (Fn. 6), Rz. 17.56.

37 GREMPER (Fn. 13), Rz. 18.31–18.33.

38 GREMPER (Fn. 13), Rz. 18.30.

39 Erw. 6.1 Urteil Bundesverwaltungsgericht C-4349/2008 vom 3. April 2009 (mit Verweis auf die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts C-7445/2007 vom 16. Januar 2009 E. 6.1, C-8763/2007 vom 28. Mai 2008 E. 6 oder C-5287/2007 vom 10. März 2008 E. 6; ferner Ziffer 432.3 der per Ende 2007 aufgehobenen Weisungen und Erläuterungen des BFM über Einreise, Aufenthalt und Arbeitsmarkt [ANAG-Weisungen]).

40 Erw. 8.5 Bundesverwaltungsgerichtsentscheid vom 3. April 2009, C-4349/2008.

41 Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. März 2011, C-2638/2010, Erw. 6.7.

42 Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. März 2011, C-2638/2010, Erw. 6.6.

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

getragen sein, und Art. 3 Abs. 2 lit. a AVG verlangt, dass die für die Leitung verantwortliche Person Schweizer Bürger oder Ausländer/in mit Niederlassungsbewilligung sein muss. Ausländische Arbeitsvermittlungsagenturen ohne gültige Niederlassung in der Schweiz dürfen somit in der Schweiz kein (Pflege-)Personal vermitteln. Wer sich als Arbeitgeber von einem in der Schweiz nicht zugelassenen ausländischen Vermittler Personal vermitteln lässt, macht sich strafbar, nach Art. 39 Abs. 2 lit. a AVG drohen Sanktionen bis zu 40 000 Franken.

Personalverleih liegt dann vor, wenn Arbeitnehmer/innen von ihrem Arbeitgeber einem fremden Betrieb zur Erbringung von Arbeitsleistung überlassen werden. Der Einsatzbetrieb hat dabei gegenüber den Arbeitnehmenden für die Ausübung der konkreten Tätigkeit ein Weisungsrecht. Dennoch besteht das Arbeitsverhältnis nicht zwischen Arbeitnehmer/in und Einsatzbetrieb, sondern zwischen Arbeitnehmer/in und Verleihbetrieb. Nach Art. 12 AVG ist der Verleih von Arbeitskräften aus dem Ausland in die Schweiz nicht gestattet. Ausländisches Personal darf nur durch in der Schweiz zugelassene Verleihbetriebe verliehen werden. Arbeitgeber, die entgegen der gesetzlichen Vorschriften ausländisches Personal einsetzen, können wie bei der verbotenen Arbeitsvermittlung mit einer Busse von bis zu 40 000 Franken bestraft werden (Art. 39 Abs. 2 lit. a AVG).

D. Würdigung

Bei der Beschäftigung ausländischen Pflegepersonals ist in ausländerrechtlicher Hinsicht strikt zwischen EU/EFTA-Staatsangehörigen (bis 2016 ohne Bulgarien und Rumänien) und Ausländer/innen aus übrigen Staaten zu unterscheiden. Im Anwendungsbereich des FZA bzw. EFTA-Abkommens besteht ein Einreise- und Aufenthaltsrecht für Arbeitnehmende, und Arbeitgeber haben freien Zugang zum EU/EFTA-Arbeitsmarkt. Gleiches gilt im Grundsatz auch für selbstständigerwerbende Pflegefachkräfte, die sich in der Schweiz niederlassen und hier ihre selbständige Erwerbstätigkeit ausüben wollen sowie, zeitlich beschränkt auf 90 Tage pro Kalenderjahr, für grenzüberschreitende Pflegedienstleistungen. Aus Arbeitgebersicht sind der Wegfall der Bewilligungspflicht für die Beschäftigung von EU/EFTA-ausländischen Pflegefach- und Pflegehilfskräften und damit der Zugriff auf den gesamten EU/EFTA-Arbeitsmarkt hervorzuheben. Den inländischen Pflegearbeitskräften erwächst durch die Erweiterung des Arbeitsmarktes Konkurrenz. Schutz vor Lohndumping sehen einerseits das Entsendegesetz und andererseits die Pflicht zur Gleichbehandlung zwischen in-

und (FZA/EFTA-)ausländischen Arbeitskräften vor. Eine behördliche Kontrolle der Arbeitsbedingungen zum Schutze der (in- und ausländischen) Arbeitnehmenden ist nur bei bewilligungspflichtigen Beschäftigungsverhältnissen mit Drittstaaten vorgesehen.⁴⁴

Wesentlich anders präsentiert sich die Ausgangslage für die Beschäftigung von Drittstaatenangehörigen. Besonders der nach Ausländergesetz geforderte Inländervorrang (Art. 21 AuG) stellt für Arbeitgeber im Pflegebereich eine hohe Hürde dar, da regelmässig der Nachweis erbracht werden muss, dass auf dem gesamten in Frage kommenden schweizerischen und EU/EFTA-Arbeitsmarkt keine geeigneten Fachkräfte gefunden werden können. Eine Bewilligung für die Beschäftigung einer Nicht-EU/EFTA-ausländischen Pflegehilfskraft oder Haushaltshilfe (namentlich auch zum Einsatz im Rahmen privater Pflege) scheitert über dies bereits am Erfordernis einer qualifizierten Tätigkeit im Sinne von Art. 23 AuG.

Nicht zulässig ist die Beschäftigung von ausländischem Personal über einen ausländischen Arbeitsvermittler oder Arbeitsverleiher ohne Zweigniederlassung in der Schweiz.

III. Arbeits- und sozialversicherungsrechtlicher Rahmen

A. Übersicht

In arbeitsrechtlicher Hinsicht unterscheidet sich die Beschäftigung von in- oder ausländischem Pflegepersonal nicht grundsätzlich. Massgebend sind für privatrechtliche Arbeitsverhältnisse die Art. 319 ff. des Obligationenrechts und die übrigen arbeitsrechtlichen Rechtsquellen und bei öffentlich-rechtlichen Anstellungen das jeweils anwendbare öffentliche Personalrecht. Sofern und soweit ausländisches Pflegepersonal im Rahmen einer Entsendung nur für beschränkte Zeit in der Schweiz tätig ist und nach dem Recht des Entsendestaates angestellt sind, gilt es die Bestimmungen des Entsendegesetzes zu beachten, die den beschäftigten Personen gewisse minimale Arbeitsbedingungen nach schweizerischem Recht gewähren.

Besondere arbeitsrechtliche Probleme stellen sich im Zusammenhang mit der Beschäftigung von ausländischen Haushaltshilfen und Pflegenden in Privathaushalten.⁴⁵ Zu beachten sind ferner völker-

⁴⁴ Siehe aber Art. 7 FZA in Verbindung mit Art. 9 Anhang I zum FZA.

⁴⁵ Siehe dazu weiter hinten Teil IV.

verfassungs- und arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote. Hierzu finden wir wie bereits im Ausländerrecht unterschiedliche Regelungen für Staatsangehörige aus EU/EFTA-Staaten und solche «aus dem (grossen) Rest der Welt».

B. Bedeutung der Diskriminierungsverbote

1. Diskriminierungsverbot des FZA

Das FZA verbietet in seinem Anwendungsbereich jede Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit⁴⁶ und gewährt einen Rechtsanspruch auf Gleichbehandlung mit inländischen Arbeitskräften in Bezug auf den Zugang zur Erwerbstätigkeit sowie auf die Lebens-, Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen.⁴⁷ Im Anhang zum FZA wird dieser arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsanspruch umfassend konkretisiert.⁴⁸ Das arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbot des FZA gilt für sämtliche Arbeitsverhältnisse und ist unmittelbar anwendbar.⁴⁹ Das Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit eines Vertragsstaates ist das Herzstück des FZA und gilt über das Ausländer- und Arbeitsrecht hinaus bezüglich Sozialversicherungen⁵⁰ und im Rahmen der Diplomanerkennung.⁵¹

Pflegefachkräfte mit Staatsangehörigkeit eines EU/EFTA-Staates haben einen Anspruch auf Gleichbehandlung im ganzen Lebenszyklus eines Arbeitsverhältnisses (Bewerbung, Anstellung, Kündigung). Eine Anstellungsdevise eines Spitals «nicht noch mehr Niederländerinnen» oder «Keine Deutschen» würde das Freizügigkeitsabkommen verletzen. Die betroffenen Personen könnten gegen den fraglichen Arbeitgeber vorgehen. Das FZA verpflichtet die Vertragsstaaten, Beschwerdemöglichkeiten für die Geltendmachung von Abkommensverletzungen vorzusehen.⁵²

Die praktische Bedeutung der Diskriminierungsverbote des FZA zeigt eindrücklich der folgende Bundesgerichtsentscheid:⁵³ Ein Hochbaufacharbeiter aus Deutschland trat im Jahre 2004 in den Dienst

einer Unternehmung in der Schweiz ein. Vorgängig war er während elf Jahren als Maurer und Verputzer in diversen Betrieben in Deutschland tätig. Gestützt auf den Landesmantelvertrag für das Baugewerbe wurde der Mann in die Lohnklasse C eingeteilt, wogegen er im Jahre 2008 vor dem Kantonsgericht Glarus Beschwerde führte. Der Kläger verlangte, rückwirkend in die Lohnklasse Q eingeteilt zu werden. Die Lohnklasse Q setzt nach Art. 42 Landesmantelvertrag einen anerkannten Fachausweis und eine mindestens dreijährige Tätigkeit auf schweizerischen Baustellen voraus. Das Kantonsgericht lehnte die Klage auf Lohnnachzahlung von rund 25 000 Franken ab, das Obergericht Glarus indes gab dem Kläger recht, wogegen die Arbeitgeberseite Beschwerde ans Bundesgericht einreichte.

Das Bundesgericht stützt die Auffassung des Glarner Obergerichts, wonach Art. 42 Landesmantelvertrag eine indirekte Diskriminierung der EU-ausländischen Arbeitnehmer/innen bewirke. Im Ergebnis sind deshalb für die Lohneinstufung auch (EU)-ausländische Arbeitserfahrungen anzurechnen. Grundlage der Entscheidung bildet Art. 9 Abs. 1 Anhang I des FZA: Ein Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger einer Vertragspartei ist, darf hinsichtlich der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen nicht anders behandelt werden als die inländischen Arbeitnehmer. Zwar knüpft Art. 42 Landesmantelvertrag nicht an das Kriterium Staatsangehörigkeit an (was eine direkte Diskriminierung bedeuten würde); das Unterscheidungskriterium «Dreijährige Erfahrung auf schweizerischen Baustellen» bewirkt indes eine indirekte Diskriminierung, da zumindest bis heute mehr Schweizer/innen als EU-Ausländer/innen über Erfahrungen auf Schweizer Baustellen verfügen.

Das Ergebnis dieses Entscheides kann ohne Weiteres auf die Pflegebranche übertragen werden. Auch hier steht das FZA jeder direkten und indirekten Diskriminierung wegen der EU/EFTA-Staatsangehörigkeit entgegen. Arbeitserfahrungen im EU/EFTA-Ausland sind gleichwertig wie solche in der Schweiz anzuerkennen. Das Verbot betrifft nicht nur Gesamtarbeitsverträge, auch diskriminierende Bestimmungen in Einzelarbeitsverträgen sind nach dem FZA von Rechts wegen nichtig.

2. Weitere Diskriminierungsverbote

Keinen Anspruch auf Diskriminierungsschutz nach dem FZA haben Personen ohne Staatsangehörigkeit eines EU-Staates. Ein wenn auch in der Schweiz vergleichsweise schwacher Schutz vor Diskriminierung ausländischer Beschäftigter lässt sich hier aus völker- und verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverboten sowie aus Bestimmungen zum Persönlichkeitsschutz im Arbeitsvertragsrecht und

46 Art. 2 FZA.

47 Art. 7 FZA in Verbindung mit Art. 9 Anhang I zum FZA.

48 Art. 9 Anhang I zum FZA.

49 KURT PÄRLI, Arbeitsrechtliches Diskriminierungsverbot europäischer Wanderarbeitnehmer nach Gemeinschaftsrecht und nach dem Personenfreizügigkeitsrecht mit der Schweiz, ZESAR 1-2007, 25–34.

50 Art. 2 FZA in Verbindung mit Anhang II zum FZA.

51 Art. 2 FZA in Verbindung mit Anhang III zum FZA.

52 Art. 11 FZA.

53 Bger 4A_593/2010 v. 5. 2. 2009; siehe auch Bger 4A_590/2009 und 595/2009.

im öffentlichen Personalrecht ableiten.⁵⁴ Illustrativ dazu ist der Fall eines Alterspflegeheims in der Westschweiz. Aufgrund ihrer Spontanbewerbung für eine Tätigkeit als Nachtwache wurde X. zu einem Bewerbungsgespräch eingeladen. Feststellend, dass die Kandidatin schwarzer Hautfarbe ist, wurde ihr eine Absage erteilt. Die betagten und teils verwirrten Patienten würden sich nachts vor einer schwarzen Nachtwache fürchten, begründete die Arbeitgeberin ihren Entscheid. Mit diesen Argumenten drang sie vor Gericht nicht durch. Das Gericht liess mehrere Zeugen anderer vergleichbarer Institutionen bestätigen, dass dunkelhäutige Pflegerinnen und Pfleger keineswegs Ursache nennenswerter Schwierigkeiten mit den Patientinnen und Patienten bilden würden. Die Arbeitgeberin musste X. eine Genugtuungsschädigung von 5000 Franken wegen Verletzung der bereits im Bewerbungsverfahren wirkenden Pflicht zum Persönlichkeitsschutz ausrichten.⁵⁵

Der arbeitsrechtliche Persönlichkeitsschutz verpflichtet die Arbeitgebenden zudem, wirksame Vorkehrungen gegen Diskriminierungen und Belästigungen gegenüber ausländischen Arbeitnehmenden zu treffen.⁵⁶ Chancengleichheit und Nichtdiskriminierung ausländischer Pflegefachkräfte sind in der Personalpolitik zu verankern.⁵⁷

IV. Beschäftigung von ausl. Haushaltshilfen und Pflegepersonal in Privathaushalten

A. Verbreitung und Problemstellung

Weltweit sind Millionen von Beschäftigten, fast ausschliesslich Frauen und oft Migrantinnen, in Privathaushalten zu meist prekären Bedingungen beschäftigt. Auf diesem Hintergrund wurde am 16. Juni 2011 durch die Internationale Arbeitsorganisation

(IAO) eine Konvention zum Schutz von Hausangestellten verabschiedet.⁵⁸ Die Konvention verpflichtet die Ratifikationsstaaten u. a. dazu, den Hausangestellten Versammlungsfreiheit, Gewerkschaftsfreiheit, Schutz vor Zwangsarbeit, Diskriminierung und Gewalt zu gewähren. Zudem sollen die Angestellten das Recht auf geregelte Freizeit, Vergütung von Überstunden und einen garantierten Mindestlohn haben, sofern und soweit im nationalen Recht ein solcher vorgesehen ist. Es ist unbestritten, dass auch Personen, die auf privater Basis in einem Haushalt Pflegedienstleistungen erbringen und sich damit ihren Lebensunterhalt verdienen, grundsätzlich vom Abkommen erfasst sind.

Die IAO setzt grosse Hoffnungen in das Abkommen und in dessen Wirkungen auch auf Staaten, die es nicht ratifizieren. Die Phase der Ausarbeitung wurde von den IAO-Mitgliedern aufmerksam verfolgt und auch NGOs und lokale Gewerkschaften zeigten grosses Interesse. In Zukunft könne die Konvention als Legitimation für die Verteidigung der Arbeitnehmerrechte im hauswirtschaftlichen Bereich dienen.⁵⁹ Die Konvention könnte dazu beitragen, die Hausangestellten von der Schattenwirtschaft in die offizielle Wirtschaft zu bringen.⁶⁰ Zweifel bestehen allerdings in der Durchführbarkeit des Abkommens; denn die Überwachung dieses in der Schattenwirtschaft angesiedelten Bereiches wird nur schwierig vorzunehmen sein.⁶¹ Aufgrund der bisherigen Erfahrungen mit internationalen Abkommen, die Arbeitnehmerrechte schützen, wird sich die Schweiz voraussichtlich mit der Ratifizierung dieser Konvention schwer tun.⁶²

Auch in der Schweiz verbreitet sich auf dem Hintergrund eines steigenden Anteils pflege- und betreuungsbedürftiger Menschen, die (noch) zu Hause leben, das Phänomen der Beschäftigung von Betreuungspersonen und Haushaltshilfen in Privathaushalten. Gemäss einem Bericht der Fachstelle Gleichstellung der Stadt Zürich sind in Schweizer Privathaushalten weit über 100000 Arbeitnehmenden

54 KURT PÄRLI, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, völker- und verfassungsrechtlicher Rahmen und Bedeutung des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Bern 2009, Rz. 1565–1590.

55 Siehe zu diesem Fall KURT PÄRLI, Besprechung von Tribunal de Prud'Hommes de l'arrondissement de Lausanne, Arrêt du 10 octobre und Arbeitsgericht Zürich, 2. Abteilung, vom 13. Januar 2006, ARV 1/2006, 23–26.

56 HANS-ULRICH SCHEIDEGGER/CHRISTINE PITTELOU, Kommentar zu Art. 6 ArG, N 14, in: Geiser/Von Kaenel/Wyler (Hrsg.), Kommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 2005.

57 Siehe dazu: PETER SALADIN, Diversität und Chancengleichheit, Grundlagen für erfolgreiches Handeln im Mikrokosmos der Gesundheitsinstitutionen, Bern 2009, 36, 52.

58 Der Text der Konvention kann hier eingesehen werden: http://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/100thSession/reports/provisional-records/WCMS_157836/lang--en/index.htm (zuletzt besucht: 12. 1. 2012).

59 http://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/100thSession/media-centre/articles/WCMS_158371/lang--en/index.htm (Zuletzt besucht: 27. 4. 2012).

60 <http://www.ituc-csi.org/gros-plan-sur-marieke-koning-csi.html?lang=en> (Zuletzt besucht: 27. 4. 2012).

61 http://www.nzz.ch/magazin/unterhaltung/spielrezen-sionen/die_ilo_schiesst_ueber_das_ziel_hinaus_1.10949263.html (Zuletzt besucht: 27. 4. 2012).

62 Dies zeigt die unendliche Geschichte der immer noch nicht ratifizierten Europäischen Sozialcharta, siehe dazu: <http://www.sozialcharta.ch> (Zuletzt besucht: 27. 4. 2012).

de als Hausangestellte beschäftigt.⁶³ Viele davon sind Ausländerinnen, die meist aus osteuropäischen Staaten stammen.⁶⁴

Bei der Beschäftigung von Haushalts- und Betreuungspersonen ist grundsätzlich von einem Arbeitsverhältnis auszugehen, da die Arbeit gegen Entschädigung und nach Weisung des Arbeitgebers erfolgt. Arbeitsrechtlich zeigen sich bei solchen Beschäftigungen einige Besonderheiten, auf die nachfolgend eingegangen wird.

B. Arbeitsrechtliche Fragen

1. Arbeitszeit

Private Haushalte sind vom betrieblichen Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes (ArG) ausgenommen (Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG). Folglich untersteht das Arbeitsverhältnis im Privathaushalt nicht den Höchst-arbeitszeitvorschriften des ArG. Einen Schutz vor überlangen Arbeits- und Präsenzzeiten sehen regelmässig die kantonalen Normalarbeitsverträge für den Hausdienst vor. So regelt der entsprechende NAV Hausdienst für den Kanton Bern, dass eine tägliche Ruhezeit von mindestens elf aufeinanderfolgenden Stunden gewährt werden muss.⁶⁵ Als Arbeitszeit gilt die Zeit, während der sich die Arbeitnehmenden zur Verfügung halten müssen, maximal zulässig sind neun Stunden pro Tag.⁶⁶

Der Schutz vor überlangen Arbeitszeiten nach dem NAV wird obsolet, wenn die Parteien arbeitsvertraglich etwas anderes vereinbart haben. Nach dem Willen des Gesetzgebers und dem eindeutigen Wortlaut von Art. 360 OR gelten die Bestimmungen des Normalarbeitsvertrages unmittelbar für die ihm unterstellten Arbeitsverhältnisse, «soweit nichts anderes verabredet ist».⁶⁷ Ein kantonaler NAV steht somit einer arbeitsvertraglichen Bestimmung über einen 24-Stunden-Einsatz nicht entgegen. Eine solche Ver-

einbarung würde indes gegen das Recht der Persönlichkeit oder gegen die guten Sitten verstossen.⁶⁸

2. Anspruch auf Mindestlohn

Nach Art. 322 OR hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer den Lohn zu entrichten, der vertraglich verabredet oder üblich oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt ist. Grundsätzlich ist hinsichtlich des Lohnes also vom Vorrang der vertraglichen Vereinbarung auszugehen. Seit dem 1. Januar 2011 ist jedoch der Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmer/innen in der Hauswirtschaft in Kraft, der gestützt auf Art. 360a OR erlassen wurde.⁶⁹ Dieser NAV gilt in der ganzen Schweiz⁷⁰ und ist zwingend anwendbar.⁷¹ Ausgenommen ist der nationale NAV nur in den Kantonen, die im Rahmen der flankierenden Massnahmen bereits selbst zwingende Mindestlöhne für die Hauswirtschaft erlassen haben. Der NAV Hauswirtschaft regelt nur den Mindestlohn von 18 Franken 20 Rappen für ungelernete Arbeitnehmende und 22 Franken für Personen mit einem eidgenössischen Fähigkeitszeugnis oder einem vergleichbaren ausländischen Abschluss.⁷² Bestimmungen über die Arbeitszeit fehlen (Art. 360a OR vermittelt lediglich eine Kompetenz für den Erlass von Mindestlöhnen).

Im zwingend anwendbaren NAV erfasst sind Arbeitsverhältnisse mit hauswirtschaftlichen Tätigkeiten in Privathaushalten.⁷³ Dazu gehören die Mithilfe bei der Betreuung von Kindern, Betagten und Kranken⁷⁴ sowie Unterstützung von Betagten und Kranken in der Alltagsbewältigung.⁷⁵ Haushaltsangestellte, die überdies betreuende und pflegerische (Hilfs-)Tätigkeiten ausüben, sind vom nationalen NAV erfasst.⁷⁶ Nicht anwendbar ist der NAV Haus-

63 GABRIELA MEDICI, Hauswirtschaft und Betreuung im Privathaushalt – Rechtliche Rahmenbedingungen. Juristisches Dossier im Auftrag der Fachstelle für Gleichstellung der Stadt Zürich, der Gewerkschaft VPOD und der Gewerkschaft Unia, Zürich 2011 (siehe: http://www.stadt-zuerich.ch/content/dam/stzh/prd/Deutsch/Gleichstellung/PDF_web/5.1.themen/care/juristisches_dossier_hauswirtschaft.pdf).

64 NZZ am Sonntag, 13. März 2011, 9.

65 Art. 14 Abs. 1 NAV Hausdienst Kanton Bern.

66 Art. 13 Abs. 1 NAV Hausdienst Kanton Bern. Nach Art. 13 Abs. 3 NAV Hausdienst Kanton Bern kann die Arbeitszeit vorgängig und schriftlich saisonal unterschiedlich festgelegt werden, sofern sie im Durchschnitt neun Stunden pro Tag nicht überschreitet.

67 WOLFGANG PORTMANN, BSK-OR I, Basel 2007, N 2 zu Art. 360 OR.

68 In BGE 112 II 138 sah das Bundesgericht die Persönlichkeit eines portugiesischen Kindermädchens verletzt, dass während mehr als eines Jahres zu sklavenähnlichen Bedingungen arbeiten musste.

69 Verordnung über den Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Hauswirtschaft (NAV Hauswirtschaft) vom 20. Oktober 2010, SR 221.215.329.4.

70 Art. 1 Abs. 1 NAV Hauswirtschaft.

71 Art. 360d Abs. 2 OR.

72 Zur Höhe des Mindestlohnes im Einzelnen siehe Art. 5 Abs. 1 lit. a–d NAV Hauswirtschaft und weiter: Erläuternder Bericht zum Entwurf für einen Normalarbeitsvertrag (NAV) mit zwingenden Mindestlöhnen für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Hauswirtschaft, 19. (Quelle: <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/20996.pdf>, Zugriff 12.8.2011).

73 Art. 2 Abs. 1 NAV Hauswirtschaft.

74 Art. 3 lit. e NAV Hauswirtschaft.

75 Art. 3 lit. f NAV Hauswirtschaft.

76 Medici (Fn. 53), 15.

wirtschaft auf Beschäftigungsverhältnisse mit Pflegefachkräften.

3. Lohn und Arbeitszeit bei entsandten Haushaltshilfen und Pflegehilfskräften

In der Praxis wird der Einsatz von in der Regel osteuropäischen Betreuer/innen und Pfleger/innen in Privathaushalten oft im Rahmen einer Entsendung abgewickelt. Der EU-ausländische Dienstleister entsendet die Betreuungsperson während der nach FZA zulässigen Zeit von 90 Tagen in die Schweiz. Ein Blick auf die Angebote privater Anbieter für 24-Stunden-Betreuung zeigt, dass die privaten Haushaltshilfen und Betreuerinnen regelmässig äussert lange Arbeits- und Präsenzzeiten zu extrem tiefen Löhnen leisten. So bietet etwa die Unternehmung «Mc Care» eine «rund-um-die-Uhr-Betreuung» für weniger als 2000 Franken pro Monat.⁷⁷

Für das Anstellungsverhältnis gelten hier in der Regel die arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen des Entsendestaates. Nach Art. 2 des Entsendegesetzes müssen jedoch die Arbeitgeber den entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern mindestens die Arbeits- und Lohnbedingungen garantieren, die in Bundesgesetzen, Verordnungen des Bundesrates, allgemein erklärten Gesamtarbeitsverträgen und Normalarbeitsverträgen im Sinne von Artikel 360a OR in ausgewählten Bereichen, namentlich bezüglich minimaler Lohnbedingungen und Arbeits- und Ruhezeitvorschriften, vorgeschrieben sind.⁷⁸

Nach den vorangehenden Ausführungen ist beim Einsatz von Haushalts-, Pflege- und Betreuungshil-

fen von einer Anwendung des nationalen NAV Hauswirtschaft auszugehen. Das hat zur Folge, dass bei der Entsendung ausländischer Betreuungspersonen in die Schweiz die entsendenden Arbeitgeber den Mindestlohn von zwischen 18 und 22 Franken pro Arbeitsstunde zu bezahlen haben (hätten). Unklar ist, welche Arbeitszeiten im Rahmen einer 24-Stunden-Betreuung zu diesem Tarif zu bezahlen sind. Die Regelungen im Arbeitsgesetz zum Bereitschaftsdienst finden keine Anwendung, da private Haushalte wie bereits erwähnt nicht unter den betrieblichen Anwendungsbereich dieses Gesetzes fallen. In den kantonalen NAV für den Hausdienst wird die Arbeitszeit regelmässig als Zeit definiert, in der sich die Arbeitnehmenden zur Verfügung halten müssen. Ist dies während 24 Stunden der Fall, so wären diesfalls 24 Stunden Entschädigung zum im NAV Hauswirtschaft definierten Tarif geschuldet. Nach Art. 360 Abs. 1 OR können jedoch die kantonalen NAV durch anderslautende Parteivereinbarung abgeändert werden; lediglich NAV, die gestützt auf Art. 360a OR erlassen worden sind und nur die Mindestlöhne regeln, sind nach Art. 360d Abs. 2 OR ausschliesslich zugunsten der Arbeitnehmenden abänderbar.

Rechtspolitisch ist der Status quo unbefriedigend. Besonders störend sind fehlende gesetzliche Bestimmungen über die Höchstarbeitszeit für Beschäftigte in Privathaushalten. Abhilfe könnten der Einschluss solcher Arbeitsverhältnisse unter den Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes bieten oder aber die Verbindlichkeit kantonaler NAV hinsichtlich Arbeitszeiten.⁷⁹

⁷⁷ Siehe das Angebot auf der Webseite von Mc Care: <http://www.mc-care.ch> (Zuletzt besucht: 12. 1. 2012).

⁷⁸ Art. 2 Abs. 1 lit. a bis f Entsendegesetz.

⁷⁹ Siehe auch MEDICI (Fn. 53), 36.