

# **BL\_GERICHTE 810 22 7 vom 29. März 2023**

BL Gerichte, 2023-03-29, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bl\\_gerichte\\_810\\_22\\_7](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bl_gerichte_810_22_7)

FR: BL\_GERICHTE 810 22 7 du 29 mars 2023

IT: BL\_GERICHTE 810 22 7 del 29 marzo 2023

## **Regeste**

Bewilligungspflicht für Personalverleih

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Gemäss § 43 Abs. 1 des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsprozessordnung (VPO) vom 16. Dezember 1993 ist gegen Verfügungen und Entscheide des Regierungsrates die verwaltungsgerichtliche Beschwerde beim Kantonsgericht zulässig.

Unzulässigkeitsgründe (§ 44 VPO) liegen keine vor. Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin der sie belastenden Verfügung durch den angefochtenen Entscheid berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung (§ 47 Abs. 1 lit. a VPO). Auf die frist- und formgerecht erhobene Beschwerde ist einzutreten.

### **E. 2**

Mit der verwaltungsgerichtlichen Beschwerde können gemäss § 45 Abs. 1 VPO Rechtsverletzungen einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens (lit. a) und die unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts (lit. b) gerügt werden. Die Beurteilung der Angemessenheit ist dem Kantonsgericht dagegen - abgesehen von hier nicht vorliegenden Ausnahmefällen - untersagt (lit. c).

### **E. 3**

Die Beschwerdeführerin rügt zunächst eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör, weil die Vorinstanz die von ihr offerierten Zeugenbeweise nicht abgenommen habe. Wie es sich damit verhält, braucht angesichts des Ausgangs des Verfahrens nicht weiter erörtert zu werden.

### **E. 4**

In der Sache streitig ist, ob die von der Beschwerdeführerin im Bereich der Hauswirtschaft und Begleitung angebotenen Dienstleistungen als bewilligungspflichtiger Personalverleih zu qualifizieren sind.

#### **E. 4.1**

Das Arbeitsvermittlungsgesetz regelt zwar den Personalverleih (Art. 1 lit. a AVG), enthält aber selber keine Legaldefinition dieses Rechtsinstituts. Personalverleih ist nach Rechtsprechung und Lehre der Oberbegriff für das Dreiecksverhältnis zwischen Arbeitgeber (Verleiher), Einsatzbetrieb (Entleiher) und Arbeitnehmer (BGE 148 II 426 E. 5.1; BGE 148 II 203 E. 3.3.2; Wolfgang Portmann/Isabelle Wildhaber, Schweizerisches Arbeitsrecht, 4. Aufl., Zürich 2020, Rz. 939). Der Personalverleih ist ein Konstrukt aus zwei Verträgen: Zwischen dem Verleiher und dem Arbeitnehmer besteht ein

Arbeitsverhältnis, welches sich regelmässig aus einem Rahmen- und einem Einsatzvertrag zusammensetzt (Art. 19 AVG). Der Verleiher hat zugleich mit dem Einsatzbetrieb einen Verleihvertrag abgeschlossen (Art. 22 AVG). Darin verpflichtet sich der Verleiher, dem Entleiher seine Arbeitnehmer für eine bestimmte Zeit als Arbeitskräfte zur Verfügung zu stellen, und dieser, dem Verleiher eine Vergütung zu bezahlen. Zwischen dem Arbeitnehmer und dem Entleiher besteht demgegenüber kein Vertragsverhältnis. Kernelement des Personalverleihs ist somit das gewerbsmässige und üblicherweise gewinnorientierte Überlassen eines Arbeitnehmers durch seinen Arbeitgeber an einen Dritten (vgl. Fabian Looser, Der Personalverleih, Basel 2015, Rz. 61; Andreas Ritter, Das revidierte Arbeitsvermittlungsgesetz, Bern 1994, S. 19 ff.; Urteil des BGer 2C\_132/2018 vom 2. November 2018 E. 4.3.2).

#### **E. 4.2**

Art. 12 Abs. 1 AVG sieht vor, dass Arbeitgeber (Verleiher), die Drittpersonen (Einsatzbetrieben) gewerbsmässig Arbeitnehmer überlassen, eine Bewilligung des kantonalen Amtes benötigen. Mit der Unterstellung des Personalverleihs unter eine gewerbepolizeiliche Bewilligungspflicht bezweckt das Gesetz allgemein den Schutz der Arbeitnehmer durch eine fachlich qualifizierte und rechtlich geregelte Verleihtätigkeit (vgl. Art. 1 lit. c AVG). Der Gesetzgeber reagierte damit auf Missbräuche im Personalverleihwesen, welche die Interessen der Leiharbeiterschaft gefährdeten (z.B. Arbeitnehmer nicht gegen Krankheit und Unfall versichert, ungerechtfertigte Lohnabzüge, ungerechtfertigte Konventionalstrafen, Verleih von Schwarzarbeit, Gerichtsstandsklauseln mit Gerichtsstand im Ausland). Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte namentlich das Problem gemildert werden, dass verliehene Arbeitnehmer Mühe hatten, ihren Lohn ausbezahlt zu bekommen (vgl. Botschaft vom 27. November 1985 zu einem revidierten Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih, BBl 1985 III 556, S. 567 ff.). Als zentrale Bestimmung zum Arbeitnehmerschutz gilt dementsprechend die Pflicht zur Hinterlegung einer substantiellen Kautions, welche der Absicherung der Lohnansprüche der verliehenen Arbeitskräfte bei Insolvenz dient (Art. 14 AVG; vgl. Urteil des BGer 2C\_659/2020 vom 23. Dezember 2021 E. 6.3.2.4). Zusätzlich sind die Verleiher gegenüber der Bewilligungsbehörde und - in den Bereichen mit einem allgemein verbindlichen Gesamtarbeitsvertrag - gegenüber dem zuständigen paritätischen Organ auskunftspflichtig (Art. 17 AVG). Der für allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsvertrag für den Personalverleih gilt schon ab einer jährlichen Lohnsumme von Fr. 1.2 Mio. und schreibt unter anderem Mindestlöhne, aber auch spezielle Kündigungsfristen vor. Des Weiteren gelten für die Publikation von Arbeitsangeboten (Art. 18 AVG) und für die Form und den Inhalt des Arbeitsvertrags zwischen dem Verleiher und dem Arbeitnehmer sowie des Verleihvertrags zwischen dem Verleiher und dem Einsatzbetrieb strenge Vorschriften. Die Missachtung der vom AVG auferlegten Pflichten ist nach Art. 39 AVG strafbewehrt (vgl. BGE 148 II 426 E. 5.2; BGE 120 Ia 89 E. 2c; Looser, a.a.O., Rz. 119).

#### **E. 4.3**

Als der Bewilligungspflicht unterstehender gewerbsmässiger Verleiher gilt, wer den Einsatzbetrieben regelmässig Arbeitnehmer mit der Absicht überlässt, Gewinn zu erzielen, oder mit seiner Verleihtätigkeit einen jährlichen Umsatz von mindestens Fr. 100'000.-- erwirtschaftet (Art. 29 Abs. 1 der Verordnung über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih [AVV] vom 16. Januar 1991). Die erforderliche Regelmässigkeit liegt vor,

wenn mit Einsatzbetrieben innerhalb von zwölf Monaten mehr als zehn Verleihverträge bezüglich des ununterbrochenen Einsatzes eines einzelnen oder einer Gruppe von Arbeitnehmern abgeschlossen werden (Art. 29 Abs. 2 AVV). Einsatzbetrieb kann unter anderem auch ein Privathaushalt sein (BGE 148 II 203 E. 3.4).

#### **E. 4.4**

Ob bei Dreiecksverhältnissen 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 individuellen Abgrenzung im Einzelfall, die gestützt auf den Inhalt des Vertrages, die Stellenbeschreibung und die konkrete Arbeitssituation im Einsatzbetrieb vorzunehmen ist (BGE 148 II 203 E. 3.3.3; Urteil des BGer 2C\_132/2018 vom 2. November 2018 E. 4.1; Urteil des BGer 2C\_543/2014 vom 26. November 2014 E. 2.4). Die Praxis stützt sich dazu auf einen Kriterienkatalog und schliesst aus bestimmten Merkmalen und Indizien auf das Vorliegen von Personalverleih. Wichtiges Abgrenzungskriterium von anderen Vertragsverhältnissen, namentlich vom Auftrag, und ein zentrales Qualifikationsmerkmal des Personalverleihs ist die Frage der Weisungsbefugnis. Gemäss Art. 26 Abs. 1 AVV gilt als Verleiher, wer einen Arbeitnehmer einem Einsatzbetrieb überlässt, indem er diesem wesentliche Weisungsbefugnisse gegenüber dem Arbeitnehmer abtritt. Dabei muss die Weisungsbefugnis nicht vollständig beim Dritten liegen; vielmehr kann das Weisungsrecht auch zwischen dem rechtlichen Arbeitgeber (Verleiher) und dem Einsatzbetrieb aufgespalten werden (BGE 148 II 426 E. 7.1; BGE 148 II 203 E. 3.3.2; Looser, a.a.O., Rz. 64; Michael Kull, Arbeitsvermittlungsgesetz [AVG], Handkommentar, Bern 2014, Art. 12 AVG Rz. 21; vgl. ferner SECO, Weisungen und Erläuterungen zum Arbeitsvermittlungsgesetz, zur Arbeitsvermittlungsverordnung und der Gebührenverordnung zum Arbeitsvermittlungsgesetz, Bern 2003, S. 62). 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. 2 AVV).

#### **E. 5**

Die Beschwerdeführerin bietet vielfältige Betreuungsdienstleistungen an.

##### **E. 5.1**

Sie bewirbt unter anderem Rundumbetreuungen mit einem 24-Stunden-Service. Diese Dienstleistung wird durch ihre Tochtergesellschaft I.\_\_\_\_ GmbH erbracht, die über eine Personalverleihbewilligung des Kantons verfügt. Die Rundumbetreuung ist damit nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

##### **E. 5.2**

Die in stundenweisen Einsätzen angebotenen Dienstleistungen richten sich an Menschen mit punktuellen häuslichem Unterstützungs- und Versorgungsbedarf, etwa bei altersbedingtem körperlichem Abbau, bei Demenz- oder anderen kurzfristigen Erkrankungen oder nach einem Spital- oder Rehabilitationsaufenthalt. Die Beschwerdeführerin unterteilt ihr Angebot in ein Stufenmodell. Stufe 1 beinhaltet die Betreuung und das Gesellschaftleisten zu Hause. Dazu gehören gemeinsame Aktivitäten im

Haus (Gedächtnisübungen/Erinnerungen aufleben lassen, Gesellschaftsspiele, Vorlesen, Musikhören, gemeinsames Essen, Handarbeiten etc.), aber auch das Erinnern an Termine oder die Organisation von Einladungen. In der Stufe 2H geht es um hauswirtschaftliche Tätigkeiten. Neben Haushaltsarbeiten sind davon auch das Einkaufen und Kochen umfasst. Die Stufe 2B betrifft die Begleitung ausser Haus, etwa bei Spaziergängen, beim Einkaufen oder zu Arztterminen. Daneben existieren noch die Stufen 3 (Grundpflege) und 4 (Intensivbetreuung in komplexen Situationen mit Nachtdienst). Das KIGA erachtete in seiner Verfügung vom 30. April 2021 nur die im Rahmen der Betreuungsstufen 1 und 2 erbrachten nicht-medizinischen Dienstleistungen für bewilligungspflichtig.

Dementsprechend ist der Streitgegenstand im vorliegenden Verfahren auf diese Thematik beschränkt und ist nachfolgend nur auf die im Bereich der Hauswirtschaft und Begleitung erbrachten Leistungen einzugehen.

6.1 Die typische von der Beschwerdeführerin betreute Person ist zwischen 80 und 90 Jahre alt und weist körperliche und/oder geistige Einschränkungen auf, welche eine Unterstützung bei der Führung des Haushalts und Bewältigung des Alltags notwendig machen. Die Kontaktaufnahme mit der Beschwerdeführerin erfolgt dabei häufig durch Familienangehörige oder Beistandspersonen. Der erforderliche Dienstleistungsumfang wird danach durch eine Fachperson des aus vier Personen bestehenden Teams Pflege und Betreuung vor Ort eruiert. Pflegerische Leistungen werden anhand einer Bedarfsabklärung ermittelt und mit dem jeweiligen Hausarzt abgesprochen. Im Anschluss wird der exakte Umfang und Inhalt der durch die Beschwerdeführerin zu erbringenden Dienstleistungen mit dem Kunden und gegebenenfalls dessen Angehörigen besprochen und in einer schriftlichen Betreuungsvereinbarung detailliert festgehalten. Der Vertrag besteht aus einer allgemeinen Vereinbarung und einem separaten Anhang mit den in einem Profilblatt festgehaltenen individuell vereinbarten Dienstleistungen. Ziff. 2.2 der allgemeinen Vereinbarung statuiert dabei, dass der erforderliche Dienstleistungsumfang periodisch durch eine Pflegefachfrau der Beschwerdeführerin überprüft und wenn nötig angepasst werde. Änderungen des Umfangs seien ausschliesslich mit der Verwaltung der Beschwerdeführerin zu vereinbaren und nicht direkt mit dem Pflege- und Betreuungspersonal. In Ziff. 2.5 der Vereinbarung ist weiter festgehalten, dass der Kunde keinen Anspruch habe, dass er von einem bestimmten Mitarbeiter der Beschwerdeführerin betreut wird. Die Einsätze werden nach einem Zeittarif in Rechnung gestellt (Ziff. 4.1). Die Mindestdauer beträgt zwei Stunden pro Dienstinsatz. Im Anschluss daran wird in 5 Minuten-Einheiten abgerechnet (Ziff. 4.4). Sodann haftet die Beschwerdeführerin gegenüber ihren Kunden für die von ihren Mitarbeitern verursachten Schäden, soweit diese vorsätzlich oder grobfahrlässig verursacht worden sind. Seitens des Kunden besteht keine vertragliche Pflicht zur Überwachung der Mitarbeitenden der Beschwerdeführerin (Ziff. 8 der allgemeinen Vereinbarung). Der individuelle Teil der Vereinbarung lautet beispielsweise so: "Unterstützung im Haushalt, Staubsaugen, Bodenaufziehen, Bad/Küche reinigen, Wäsche waschen, bügeln, alle 14 Tage Bett frisch beziehen, Abfall/Altpapier entsorgen, Fenster reinigen, gemeinsam mit Kunde Einkaufen gehen, Begleitung zu Terminen, Stützstrümpfe anziehen" (Betreuungsvereinbarung vom 22. Mai 2020 mit Kunde B.J.-J., Beilage 5 zur Stellungnahme der Beschwerdeführerin an das KIGA vom 31. März 2021).

6.2 Das von der Beschwerdeführerin beschäftigte Personal, es sind dies rund 100 Personen, ist überwiegend weiblich und in der Regel unbefristet in einem Teilzeitpensum angestellt. Repräsentativ dafür stehen die vier vom Kantonsgericht befragten aktuellen und ehemaligen Betreuerinnen. Sie stammen allesamt ursprünglich aus anderen Branchen und haben den Lehrgang Pflegehelfer/in des Schweizerischen Roten

Kreuzes absolviert, der ihnen den Berufswechsel resp. den Wiedereinstieg ins Erwerbsleben bei der Beschwerdeführerin ermöglicht hat. Die Beschwerdeführerin schliesst mit ihren Angestellten standardisierte Arbeitsverträge auf Monatslohnbasis oder auf Stundenlohnbasis ab. Die Verträge basieren auf dem von der Association Spitex privée Suisse (ASPS), dem schweizerischen Verband der privaten Spitex-Organisationen, erarbeiteten Privat-Spitex-Basisvertrag, der Mindestarbeitsvertragsstandards für die Arbeitsverhältnisse der privaten Spitex festlegt. Ziff. 4 des Vertrages hält fest, dass die Beschwerdeführerin den Mitarbeitenden jeweils mitteilt, welche Dienstleistungen und Verrichtungen beim betreuten Patienten/Kunden vorzunehmen sind (Aufgabenplanung). Ausser in Notfällen oder nach vorgängiger Absprache mit der Arbeitgeberin sei dieser Aufgabenplanung widersprechenden Anweisungen der Patienten/Kunden keine Folge zu leisten. Änderungen und Anpassungen der Betreuungsvereinbarung habe der Patient/Kunde ausschliesslich mit der Beschwerdeführerin zu vereinbaren. Sodann wird das von der Beschwerdeführerin verfasste Handbuch für Betreuerinnen zum integrierenden Bestandteil des Vertrags erklärt (Ziff. 8). Das besagte Arbeitshandbuch enthält Weisungen in Bezug auf Ferienbezug und Ferienplanung, das Melden von Absenzen, Krankheit und Unfall sowie auf interne Schulungen und Weiterbildungen. Es gibt den Arbeitskräften weiter vor, wie der Betreuungsauftrag der Beschwerdeführerin gegenüber dem Klienten zu erfüllen ist. So enthält es generelle Leitlinien, welche die Angestellten beim Kundeneinsatz zu beachten haben, etwa in Bezug auf Pünktlichkeit oder auf das persönliche Erscheinungsbild (insbesondere das Tragen der von der Beschwerdeführerin zur Verfügung gestellten Jacke resp. Pflegeschürze). Weiter wird darin vorgeschrieben, dass die Betreuerinnen die beim Kunden ausgeführten Tätigkeiten zuhanden der Beschwerdeführerin zu dokumentieren haben. Es wird wiederholt, dass sämtliche Änderungen und Anpassungen des Kundenauftrages ausschliesslich über die Abteilung Pflege und Betreuung vorgenommen würden und der Kunde im Falle von Änderungswünschen an diese zu verweisen sei. Dies gelte für alle Anliegen des Kunden wie von Angehörigen. In den an die Betreuungspersonen adressierten Verhaltensrichtlinien wird zusätzlich unterstrichen, dass zur betreuten Person eine professionelle Beziehung zu pflegen und das Nähe/Distanzverhältnis zu wahren ist. So dürfen Kunden nicht geduzt werden und die Herausgabe der privaten Telefonnummer an sie ist untersagt. Ebenso dürfen keine Kundenschlüssel entgegengenommen werden. Gespräche über Interna der Beschwerdeführerin (Abrechnungen, ungeplante Einsätze, Lohn, Vorgesetzte, Teamkollegen) und Privatangelegenheiten der Arbeitnehmer sind zu unterlassen.

6.3 Die Abteilung Pflege und Betreuung der Beschwerdeführerin weist einer neuen Kundin eine nach Massgabe der vereinbarten Leistungen geeignete Fachkraft aus ihrem Personalbestand zu, welche ihr nach Möglichkeit für die Dauer des Auftrags fest zugeteilt bleibt. Bei besonders zeitintensiven Aufträgen - etwa bei täglichen Einsätzen - erfolgt die Betreuung durch ein Team von sich abwechselnden Angestellten. Die konkrete Dienstplanung obliegt dabei der Beschwerdeführerin, welche für jede Betreuungsfachperson monatlich Einsatzpläne erstellt. Ein einzelner Einsatz bei einem Kunden dauert in der Regel zwei bis drei Stunden, so dass eine Pflegehelferin an einem Tag üblicherweise verschiedene Personen betreut. Je nach Vertragspensum kann dies bedeuten, dass sie im Laufe einer Woche in bis zu acht verschiedenen Kundenhaushalten tätig ist, wie dies bei einer der anlässlich der Parteiverhandlung befragten Pflegehelferinnen zeitweise der Fall war. Die Einführung bei einer neuen Kundin erfolgt durch eine Mitarbeiterin der Abteilung Pflege, welche die Betreuenden in die Tätigkeit einweist und ihnen vor Ort die für die Ausführung

der Arbeiten erforderlichen Instruktionen erteilt. Welche Tätigkeiten am jeweiligen Einsatztag zu erbringen sind, ergibt sich für die Angestellten aus dem schriftlichen Aufgabenplan, der nach den Vorgaben der Beschwerdeführerin - ausser in Notfällen oder nach vorheriger Absprache mit ihr - strikt einzuhalten ist. Die Aufgabenplanung regelt detailliert, welche pflegerischen Leistungen (Ganzwäsche, Teilwäsche, Intimpflege, Rasur, Mundhygiene, An-/Auskleidung, Unterstützung bei der Mahlzeiteinnahme, Mobilisation etc.) und welche haushälterischen Leistungen (staubsaugen, Böden aufziehen, Bad/WC reinigen, Mahlzeit kochen, einkaufen, Menüplanung etc.) oder sonstigen betreuenden Tätigkeiten (Gesellschaft leisten, Gespräche führen, Spiele spielen, Fotos ansehen, spazieren etc.) am jeweiligen Einsatztag auszuführen sind. Das sei wiederum anhand des oben erwähnten Kunden B.J.-J. illustriert (vgl. Beilage 18 zur Stellungnahme der Beschwerdeführerin an das KIGA vom 31. März 2021): Gemäss der Aufgabenplanung für den März 2021 ist montags während zweier Stunden der Einkauf zu erledigen, sind das Bad und die Küche zu reinigen und wird der Kunde zu gemeinsam abgesprochenen Terminen gemäss Agenda begleitet. In den zwei Stunden am Mittwoch ist jeweils zu staubsaugen und der Boden nass aufzuziehen. Zudem stehen Abstauben und Badreinigung auf dem Plan. Die zwei Stunden am Freitag sind für den Einkauf und die Entsorgung von Abfall und Altpapier reserviert. Dazu kommt das Wäschewaschen und anschliessende Bügeln. Vierzehntäglich ist weiter das Bett frisch zu beziehen. Halbjährlich - einmal im Frühling und einmal im Herbst - sind schliesslich die Fenster zu reinigen. Im Frühling und Sommer ist sodann der Rasen des kleinen Gartens vorne zu mähen und zu pflegen.

6.4 Die Beschwerdeführerin überwacht die Dienstleistungsqualität und die Arbeit ihrer Angestellten, indem sie sich von ihnen nach jedem erfüllten Einsatz telefonisch (auf Band) rapportieren lässt. Zusätzlich halten die Betreuungsfachpersonen in einer formularhaft ausgestalteten Verlaufsdocumentation stichwortartig fest, welche Tätigkeiten beim Kunden ausgeführt wurden und wie gross der Zeitaufwand dafür war. Aussergewöhnliche Vorfälle oder für den weiteren Betreuungsverlauf möglicherweise relevante Beobachtungen werden ebenfalls notiert. Die Beschwerdeführerin kontrolliert die Verlaufsdocumentation regelmässig und gleicht sie mit dem Betreuungs- resp. Pflegeauftrag ab. Falls in der Dokumentation Arbeiten verzeichnet sind, die nicht im Aufgabenplan stehen, sucht die Beschwerdeführerin - so deren Leiterin Pflege und Betreuung an der Parteiverhandlung - das Gespräch mit der Mitarbeiterin und ermahnt diese zur Einhaltung der Vorgaben. Um die Kompliance ihres Personals sicherzustellen, erkundigt sich die Beschwerdeführerin zusätzlich direkt bei den Kunden und führt im betroffenen Haushalt sogenannte Qualitätsbesuche durch. Anhand der Rückmeldungen ihres Personals und der Kunden evaluiert sie zudem laufend, ob bezüglich des Dienstleistungsvertrags ein Anpassungsbedarf besteht.

6.5 Die vorstehenden Feststellungen zum von der Beschwerdeführerin praktizierten Geschäftsmodell, zu ihrer Organisation und ihren Arbeitsabläufen ergeben sich aus einer Gesamtwürdigung der im vorliegenden Verfahren erhobenen Beweise. Es hat sich gezeigt, dass die entsprechenden Behauptungen der Beschwerdeführerin nicht nur von den umfangreichen eingereichten Unterlagen untermauert werden, sondern auch in den zusätzlich vom Gericht beigezogenen Dokumenten eine Stütze finden. An der heutigen Parteiverhandlung hat sich bestätigt, dass das in den verschiedenen Eingaben und Beweisstücken gezeichnete Bild der gelebten Wirklichkeit entspricht. Namentlich haben die vier befragten Pflegehelferinnen übereinstimmend und unzweideutig ausgesagt, dass ihnen die zentrale Bedeutung der Aufgabenplanung eingeschärft worden sei und dass sie sich bei der Verrichtung ihrer Arbeit an diese Planung halten würden (resp. gehalten hätten, als sie bei der Beschwerdeführerin

angestellt waren). Ihre konkrete Tätigkeit im Haushalt der Kunden richte sich nach diesen Vorgaben. Anliegen des Kunden würden im Alltag berücksichtigt, wenn sie sich mit der Planung vereinbaren liessen. So wäre es für die befragten Betreuerinnen etwa problemlos umsetzbar, dass bei entsprechendem Wunsch gemeinsam ferngesehen wird, wenn der Betreuerauftrag eigentlich Fotos anschauen vorsieht, oder dass beim Spaziergang auf spontanen Wunsch die Route abgeändert wird. Einer Bitte um Änderung des zu kochenden Menüs würde in der Praxis ebenfalls nachgekommen, wenn die entsprechenden Lebensmittel im Haushalt vorrätig seien. Auch beim Ankleiden könne selbstverständlich der Kunde die Kleider selber auswählen, wenn er dies wünsche. Aber schon bei einer den Witterungsverhältnissen nicht angepassten Kleiderwahl würden die Betreuerinnen behutsam, aber bestimmt intervenieren. Mit einer gebrechlichen Person würde das Haus nicht verlassen, wenn dies im Aufgabenplan nicht vorgesehen sei. In derartigen Situationen liessen sich die Kunden meistens durch gutes Zureden von ihrem unangemessenen Vorhaben abbringen. Andernfalls würde telefonisch bei der Abteilung Pflege und Betreuung nachgefragt und um Instruktion ersucht. Das Notfalltelefon der Beschwerdeführerin stehe für die Angestellten jederzeit zur Verfügung, um sich bei Unsicherheiten oder bei Unvorhergesehenem Rat zu holen oder um sich rückzuversichern. Einen spontanen gemeinsamen Ausflug würden die befragten Pflegehelferinnen beispielsweise nur nach Rücksprache mit der Zentrale unternehmen. Auf Nachfrage gab die Leiterin des Teams Pflege und Betreuung an der Verhandlung zu Protokoll, dass sich die vor Ort anwesenden Betreuungsfachpersonen im Alltag regelmässig mit Kundenanliegen telefonisch bei ihr melden würden, nötigenfalls spreche sie dann direkt mit dem Kunden und treffe eine Entscheidung in der Angelegenheit. Dass ein Kunde einer Mitarbeiterin ausserhalb des Aufgabenrahmens liegende eigentliche Anweisungen zu erteilen versuche, komme allerdings nur vereinzelt vor.

### 7.1 Die Vorinstanzen qualifizieren das Geschäftsmodell der Beschwerdeführerin im Wesentlichen deswegen als Personalverleih, weil die Kundschaft ein mit der Beschwerdeführerin geteiltes Weisungsrecht im Sinne eines Arbeitgebers ausübe. Das Weisungsrecht der Beschwerdeführerin werde ergänzt durch dasjenige der Kundschaft. Die Beschwerdeführerin entscheide nicht alleine über Art und Umfang der zu erledigenden Aufgaben. Vielmehr würden die Art und der Umfang der zu verrichtenden Tätigkeit nach den Bedürfnissen und Wünschen der Kundschaft festgelegt. Der Entscheid über die Konkretisierung der Tätigkeit des Betreuungspersonals obliege alleine den Leistungsempfängern. Mit Blick auf die sich bei den Akten befindlichen Verlaufsdocumentationen wird im angefochtenen Entscheid festgestellt, dass neben gewissen routinemässigen Arbeiten, welche in der Aufgabenplanung festgelegt sind, auch immer wieder Arbeiten vermerkt seien, die im Voraus nicht geplant oder aber nicht am besagten Tag eingeplant gewesen seien. Konkret bedeute dies, dass geplante Arbeiten teilweise gar nicht oder aber nur zum Teil verrichtet würden. Beispielsweise würden je nach Bedarf nur die Böden im Erdgeschoss aufgezogen, anstatt - wie geplant - sämtliche Böden im Haus. Oder es werde lediglich im Wohnzimmer abgestaubt, anstatt wie vereinbart im ganzen Haushalt. Im Rahmen der Pflanzenpflege würden manchmal auch Pflanzen umgetopft und nicht nur gegossen. Bei kleineren Gartenarbeiten werde einmal Efeu von der Wand entfernt und ein anderes Mal z.B. Unkraut gejätet. Im Aussenbereich werde einmal die Garage gewischt und dann wieder nur der Eingangsbereich. Ausserplanmässig werde auch einmal ein Brief weggebracht oder die Waschmaschine werde entkalkt. Die aufgezeigten Beispiele verdeutlichen - so der angefochtene Entscheid -, dass das von der Beschwerdeführerin eingesetzte Personal sich gerade im Rahmen der haushälterischen

Tätigkeiten sowie der Tätigkeiten im Aussenbereich massgeblich nach dem aktuellen Bedarf der Kundschaft richte und die Dienstleistungen situativ anpasse. Darüber hinaus gehe aus den aktenkundigen Verlaufsberichten hervor, dass auch die Modalitäten der Umsetzung der einzelnen Leistungen variieren würden. Beispielsweise erfolge die Erledigung des Abwaschs entweder gemeinsam mit der betreuten Person oder ohne dieselbe. Auch werde im Vornherein nicht explizit definiert, wie die Modalitäten des Gesellschaftleistsens oder der Betreuung im Detail auszugestalten seien. Beispielsweise bestimme die Kundschaft bei der Leistungsart "Spaziergang/Aktivitäten" am Einsatztag einseitig, wohin der Spaziergang gehen solle, welches Kartenspiel sie spielen möchte oder welche Lektüre ihr vorgelesen werden solle. Auch im Bereich Einkaufen und Kochen sei das Betreuungspersonal grundsätzlich an die Wünsche und Anliegen der Kundschaft gebunden, denn diese entscheide letzten Endes, was eingekauft bzw. gekocht werde. Die Grundstruktur der hier in Frage stehenden Betreuungsverhältnisse lasse naturgemäss abschliessende Instruktionen durch die Beschwerdeführerin an das Betreuungspersonal nicht zu. Die Kundschaft bestimme die Ausgestaltung der Arbeit - zumindest teilweise - situativ mit.

7.2 Zentrales Qualifikationsmerkmal des Personalverleihs und massgebendes Abgrenzungskriterium zu anderen Vertragsverhältnissen ist wie bereits erwähnt (E. 4.4) die Frage der Übertragung von Weisungsbefugnissen vom Arbeitgeber an den Einsatzbetrieb. Das Weisungsrecht ist das vertragliche Recht des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer über die Ausführung der Arbeit und das Verhalten im Betrieb einseitig Anweisungen zu erteilen. Es bildet ein charakteristisches Element des Arbeitsvertrags. Durch Zielanweisungen wird die zu erbringende Arbeitsleistung nach Art, Umfang, Zeit, Ort und Organisation näher bestimmt. Mit Fachanweisungen werden Vorschriften erteilt, wie die Arbeit auszuführen ist. Verhaltensanweisungen umfassen Anordnungen über das Verhalten im Betrieb (vgl. Portmann/Wildhaber, a.a.O., Rz. 561 ff.). Damit von Personalverleih gesprochen werden kann, müssen nach Art. 26 Abs. 1 AVV wesentliche Weisungsbefugnisse an den Einsatzbetrieb abgetreten werden. Mit dem Erfordernis der Wesentlichkeit werden quantitative und qualitative Mindestanforderungen an die dem Entleiher eingeräumten Weisungsbefugnisse gegenüber den Arbeitnehmern statuiert. Es verlangt, dass ein Teil der Weisungsbefugnisse, wie sie sonst gestützt auf Art. 321d OR dem Arbeitgeber zur einseitigen konkretisierenden Bestimmung des Arbeitsvertrags zukommen, auf den Kunden übergehen. Dieser kann demnach weitergehende Anordnungen über die Ausführung der Arbeiten und das Verhalten der Hilfskraft im Haushalt treffen, als dies im Rahmen der Erfüllung eines Auftrages möglich wäre (Urteil des BGER 2C\_356/2012 vom 11. Februar 2013 E. 3.6). Die Weisungsbefugnisse müssen demnach zentrale Elemente der Arbeitsgestaltung umfassen. Nur dann kann von einer eigentlichen Arbeitgeberfunktion des Entleihers und einer dem Arbeitsverhältnis immanenten rechtlichen Unterordnung des Arbeitnehmers ausgegangen werden (vgl. Kull, a.a.O., Art. 12 AVG Rz. 21; Urteil des BGER 2C\_543/2014 vom 26. November 2014 E. 4.1). Wesentlichkeit bedeutet in quantitativer Hinsicht, dass Weisungsbefugnisse in einem gewissen Umfang eingeräumt werden müssen. In qualitativer Hinsicht genügt es für die Annahme der Wesentlichkeit nicht, wenn der Entleiher dem Arbeitnehmer nur ergebnisorientierte Zielanweisungen hinsichtlich des Arbeitsergebnisses geben kann, denn derartige Weisungsrechte finden sich auch ausserhalb des Arbeitsrechts, insbesondere im Auftrag oder Werkvertrag (Michael Kull/Eva-Maria Sommer-Bäni, Personalverleih oder einfacher Auftrag?, AJP 2016, S. 781; vgl. dazu auch nachfolgend E. 7.4.3). Ebenso reicht es nicht aus, wenn er dem Arbeitnehmer bloss solche Verhaltensweisungen betreffend das Verhalten im Betrieb

erteilen kann, welche ihm bereits aufgrund seines Hausrechts gegenüber jedermann zustehen. Erforderlich ist vielmehr, dass der Entleiher dem Arbeitnehmer Fachanweisungen betreffend die konkrete Art und Weise der Arbeitsausführung erteilen kann (Looser, a.a.O., Rz. 68; Ritter, a.a.O., S. 116; SECO, a.a.O., S. 66).

7.3 Wie vorstehend festgestellt wurde, sind die mit der Kundschaft individuell vereinbarten Dienstleistungen in einer schriftlichen Betreuungsvereinbarung detailliert festgehalten. Absprachen mit dem Pflege- und Betreuungspersonal über inhaltliche Änderungen des Kundenauftrages sind per Vertragsabrede ausgeschlossen. Das Personal erhält von der Beschwerdeführerin für jeden einzelnen Einsatz in den verschiedenen Haushalten zeitliche Vorgaben und ausführliche Anweisungen hinsichtlich der Art und Weise der Arbeitsausführung. Dem Personal ist es arbeitsvertraglich - im eigentlichen Vertragsdokument selber und zusätzlich im Rahmen von klar kommunizierten schriftlichen Weisungen - untersagt, ohne Rücksprache mit der Beschwerdeführerin vom vorgegebenen (ebenfalls schriftlichen) Aufgabenplan abzuweichen, selbst wenn der Klient oder allenfalls ein Angehöriger dies verlangen sollte. Die mündliche Beweiserhebung hat gezeigt, dass die Betreuungsfachpersonen diese Vorgaben kennen und in der Praxis befolgen. Die Aufgabenbeschreibung ist derart spezifisch, dass die hauswirtschaftliche Arbeit ohne Beitrag - und allenfalls auch bei Abwesenheit - der Klienten verrichtet werden kann. Die Betreuungstätigkeit beinhaltet notwendigerweise eine Komponente der menschlichen Interaktion, die sich der Natur der Sache nach einer allzu dichten Vorausplanung und starren Direktiven entzieht. Dennoch wird der Rahmen der Art und des Ablaufs der Arbeit klar abgesteckt, wenn Spazierengehen, Fernsehen, Gesellschaftsspiele oder ähnliche gemeinsame Aktivitäten auf dem Betreuerauftrag vorgegeben werden. Das dafür ausgebildete Personal mit teilweise jahrelanger Erfahrung weiss ohne zusätzliche Instruktionen, was von ihm verlangt wird und wie die Kundschaft aktiviert und beschäftigt werden kann. Welche Sendung geschaut oder welches Spiel gespielt werden soll, kann die Betreuungsperson selbständig entscheiden resp. mit der betreuten Person absprechen. Die konkrete Hilfeleistung im Alltag ist jedoch nicht von den subjektiven Vorlieben der betreuten Personen abhängig. Deren auch mit Blick auf die Persönlichkeitsrechte - mit gewissen Grenzen - zu respektierende Entscheidungsfreiheit darüber, welche Kleider angezogen werden, was eingekauft und gekocht, welche Musik gehört oder welches Spiel gespielt wird, ist nicht Ausdruck einer wesentlichen Weisungsbefugnis. Dies zeigt sich auch darin, dass die gehörige Erfüllung der vertraglichen Leistungen selbst dann möglich ist, wenn eine hilfsbedürftige Person mangels Urteilsfähigkeit gar nicht in der Lage ist, ein Weisungsrecht tatsächlich auszuüben. Ein so verstandenes "Weisungsrecht" bzw. das Recht auf Selbstbestimmung besteht ungeachtet der Qualifikation der Rechtsbeziehung als Auftragsverhältnis, als Personalverleih oder als anderen Vertrag (Urteil des BGer 2C\_543/2014 vom 26. November 2014 E. 2.6). Es ist vorliegend vielmehr alleine die Beschwerdeführerin, welche rechtlich und in der gelebten Vertragsrealität die auszuführende Arbeitsleistung in den zentralen Punkten nach Art und Weise, Umfang, Zeit und Ort definiert. Ihr Personal wird nur von ihr geschult und befolgt ausschliesslich ihre Fachanweisungen. Sie übt die wesentlichen Kontroll- und Weisungsbefugnisse einer Arbeitgeberin ungeteilt aus.

7.4.1 An diesem Befund ändern die vom KIGA vorgebrachten und von der Vorinstanz übernommenen Argumente nichts. Wie die Beschwerdeführerin zutreffend bemerkt, folgt aus der Rechtsauffassung der Vorinstanzen, dass haushälterische und betreuerische Leistungen immer als Personalverleih zu qualifizieren wären, weil sich die eingesetzten Arbeitskräfte bei ihrer Tätigkeit fortwährend (auch) nach dem aktuellen Bedarf der Kundschaft richten und die

Grundstruktur der hier in Frage stehenden Betreuungsverhältnisse naturgemäss keine abschliessende Instruktion durch die Beschwerdeführerin an das Betreuungspersonal zulässt, weshalb den betreuten Personen stets ein Rest an Mitspracherecht verbleibt. Auf den Einzelfall käme es somit - im Widerspruch zu den entsprechenden Ausführungen im angefochtenen Entscheid - gerade nicht mehr an. Diese undifferenzierte Sichtweise widerspricht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, die den Schluss auf ein Personalverleihverhältnis bei Betreuungs- und Hausdiensten nur im Einzelfall zulässt. Massgebend sind stets die konkret vereinbarte Tätigkeit zwischen der betreffenden Organisation und den Kunden sowie die tatsächlichen Gegebenheiten beim Dritten bzw. im Einsatzbetrieb (vgl. oben E. 4.4; BGE 148 II 203 E. 3.3.3; Urteil des BGer 2C\_132/2018 vom 2. November 2018 E. 6.3; Urteil des BGer 2C\_543/2014 vom 26. November 2014 E. 2.5; Urteil des BGer 2C\_356/2012 vom 11. Februar 2013 E. 4.4).

7.4.2 Die Arbeitsmarktbehörde schliesst aus den in gewissen Arbeitsrapporten vermerkten und nicht im Aufgabenplan vorgesehenen Arbeiten - wie etwa dass ein Gerät entkalkt wurde, dass Pflanzen umgetopft und nicht nur gegossen wurden, dass im Rahmen kleinerer Gartenarbeiten Efeu von der Wand entfernt oder Unkraut gejätet wurde - auf ein geteiltes Weisungsrecht. Sie nimmt damit implizit an, dass diese spontanen Arbeiten auf Anweisung der Kundschaft vorgenommen wurden. Dabei blendet sie aber die naheliegende - und wohl plausiblere - Möglichkeit aus, dass die genannten Verrichtungen auf die Eigeninitiative des Personals zurückgehen. Fähiges Hauswirtschaftspersonal zeichnet sich gerade dadurch aus, dass es den Handlungsbedarf selbständig erkennt und die Tätigkeit im Haushalt darauf ausrichtet. Zur sinnvollen Erfüllung seiner Aufgaben benötigt es ein gewisses Mass an Selbständigkeit und Flexibilität. Punktuelle zusätzliche Arbeiten sind ohne Weiteres mit dem individuellen Aufgabenplan vereinbar und von den von der Beschwerdeführerin erteilten Weisungen umfasst. Dass bei einem aufziehenden Gewitter die Terrasse ohne entsprechende Aufforderung ausserplanmässig geräumt wird - dies ein an der Parteiverhandlung zur Sprache gekommener Vorfall -, darf vom Personal sogar erwartet werden.

7.4.3 Selbst wenn aber davon ausgegangen wird, dass in den von den Vorinstanzen genannten Fällen die Initiative von der Kundschaft ausgegangen ist und die Arbeiten auf deren Geheiss vorgenommen wurden, würde es sich dabei immer noch nicht um im Sinne von Art. 26 Abs. 1 AVV wesentliche Weisungen handeln. Eine solche wesentliche Weisung kann nicht bereits in der Äusserung von einzelnen Bedürfnissen gesehen werden. Die hier in Frage stehende partizipative Betreuungsform baut ihrem Wesen nach darauf auf, dass die betreute Person aktiviert und entsprechend ihren Möglichkeiten in die Leistungserbringung miteinbezogen wird. Dass sich die Arbeitsleistung an den Bedürfnissen und Wünschen des Leistungsempfängers orientiert und diesem ein Mitspracherecht zukommt, ist kein dem Arbeitsvertrag vorbehaltenes Element. Es ist vielmehr jeder vertraglichen Beziehung mit personenbezogenen Dienstleistungen inhärent, dass die Leistungen nur unter Beteiligung des Empfängers erbracht werden können. Diese Form der Dienstleistung zeichnet sich gerade dadurch aus, dass der Kunde in die Vorbereitung und den Ablauf der Arbeit einbezogen wird und den Leistungsinhalt konkretisieren darf. Die Zielsetzung für die Leistung wird in Zusammenarbeit zwischen dem Dienstleister und dem Kunden bestimmt. Zu denken ist etwa an Reinigungsunternehmen, die Gastronomiebranche, an Coiffeursalons oder Kosmetikstudios, an Taxianbieter, Kindertagesstätten oder den Garten- und Landschaftsbau. Aber auch Handwerker, Privatlehrer, Ärzte oder Anwälte erbringen personenbezogene Dienstleistungen. Als Werkunternehmer oder Beauftragte sind sie vertraglich an gewisse Weisungen der Kundschaft gebunden und zur Wahrung derer

Interessen verpflichtet. Der Auftraggeber bleibt in diesen Beziehungen Geschäftsherr und sein mitgeteilter Wille und seine Wünsche sind von den Beauftragten grundsätzlich zu befolgen (vgl. für den Auftrag Walter Fellmann, Berner Kommentar, Bd. VI/2/4, Art. 394-406 OR, Bern 1992, Art. 397 OR Rz. 52). Diese Form der Weisungsgebundenheit macht den Beauftragten nicht zum faktischen Arbeitnehmer, solange sich die Weisungen auf das zu besorgende Geschäft beziehen. Anweisungen über das anzustrebende Ziel und die Art der Durchführung können somit ohne Weiteres dem Auftragsrecht unterstehen (Fellmann, a.a.O., Art. 394 OR Rz. 309). Gestaltungsmöglichkeiten innerhalb eines vordefinierten Rahmens sind insofern keine wesentlichen Weisungsbefugnisse (Kull/Sommer-Bäni, a.a.O., S. 780). Dass der Kundschaft im vorliegenden Fall ein über ein Auftragsverhältnis hinausgehendes Weisungsrecht gegenüber dem Betreuungs- und Pflegepersonal eingeräumt wurde, wird von den Vorinstanzen zwar behauptet, aber nicht konkret aufgezeigt. Allein aufgrund der Tatsache, dass der Leistungsempfänger die für die Auftragsbefreiung notwendigen Weisungen erteilen kann, kann nicht vom Vorliegen einer weitgehenden arbeitsrechtlichen Weisungsgebundenheit der Angestellten der Beschwerdeführerin ausgegangen werden (vgl. BLVGE 2002/2003 Nr. 16.1 E. 6b/bb).

7.4.4 An einer solchen dem Arbeitsrecht ähnlichen Weisungsgebundenheit im Arbeitsalltag fehlt es im vorliegenden Fall, wie die Parteiverhandlung gezeigt hat. Die Angestellten der Beschwerdeführerin gehen zwar auf die Wünsche der Kundschaft ein, sie zeigen aber keine Hemmungen, diese allenfalls kritisch zu hinterfragen und ihnen inopportun erscheinende Anweisungen nach autonomer Entscheidung nicht zu befolgen. Im Zweifelsfall kontaktieren sie die Beschwerdeführerin. Allein deren Instruktionen sind für die Leistungserbringung massgebend. Das Subordinationsverhältnis besteht einzig zu ihr und nicht zum Empfänger der Dienstleistung. Die Arbeitskräfte sind verpflichtet, sich ausserhalb ihres konkreten Auftrags liegenden Ansinnen zu widersetzen, und haben von Seiten der Beschwerdeführerin in einem solchen Fall auch keine negativen Konsequenzen zu befürchten. Das Verhältnis zwischen der Betreuungsfachperson und der betreuten Person zeichnet sich nicht durch Unterordnung und kritiklose Befehlsausführung, sondern mitdenkenden und sanft mitlenkenden Gehorsam aus. Prägend für die Arbeitsausführung sind das Verantwortungsbewusstsein und der Fürsorgegedanke gegenüber der betreuten Person, deren Persönlichkeitsrechte respektiert werden. Von einem mit der Arbeitgeberfunktion vergleichbaren Weisungsrecht dieser Kundschaft und einer faktischen - geschweige denn rechtlichen - Unterordnung des Personals der Beschwerdeführerin kann vorliegend keine Rede sein.

## **E. 8**

In einer Gesamtbetrachtung der Indizienlage bestätigt sich die vorstehende Einschätzung, dass die von der Beschwerdeführerin erbrachten hauswirtschaftlichen Betreuungsdienstleistungen nicht als Personalverleih zu qualifizieren sind.

### **E. 8.1**

Die schriftliche Betreuungsvereinbarung enthält eine detaillierte Beschreibung der zu leistenden Tätigkeit und spezifiziert damit die vertragliche Hauptleistung der Beschwerdeführerin. Kern des Vertragsverhältnisses ist die Erbringung einer im Voraus genau definierten Arbeitsleistung und nicht wie beim Personalverleih das Überlassen einer geeigneten Fachkraft, welche eine von der Kundschaft näher zu bestimmende Arbeitsleistung erbringt. Die Beschwerdeführerin verspricht und schuldet die gehörige Erfüllung der in der Betreuungsvereinbarung festgehaltenen Leistungen. Ihre Angestellten

treten als Erfüllungsgehilfen auf. Sie trägt die Gefahr für die Schlechterfüllung des Vertrages. Ihre Verpflichtung geht damit weit über die blosser Überlassung einer sorgfältig ausgewählten Arbeitskraft hinaus. Im Vordergrund steht die fachgerechte Hauswirtschafts- und Betreuungsleistung als solche und nicht das Zur-Verfügung-Stellen einer Hilfskraft für den persönlichen Beistand im Alltag. Der wesentliche Vertragsinhalt spricht somit für einen Auftrag, den die Beschwerdeführerin mit dem Einsatz ihrer Angestellten erfüllt, und gegen Personalverleih (vgl. Christoph Senti, Auftrag oder Personalverleih?, AJP 2013, S. 361 ff.; Looser, a.a.O., Rz. 242 f.).

### **E. 8.2**

Auch weitere Aspekte der vertraglichen Beziehung deuten in diese Richtung. So sorgt die Beschwerdeführerin für Ersatz, wenn eine Betreuerin ferien- oder krankheitshalber ausfällt. Beim Verleihvertrag wird demgegenüber grundsätzlich nicht von einem Anspruch auf eine Ersatzkraft ausgegangen, wenn die verliehene Arbeitnehmerin an der Arbeitsleistung verhindert ist (vgl. Looser, a.a.O., Rz. 439 ff.). Ausserdem übernimmt die Beschwerdeführerin (mit einer Freizeichnungsklausel) die Haftung für die von ihren Mitarbeitern verursachten Schäden. Die Haftung des Personalverleihers gegenüber dem Einsatzbetrieb ist üblicherweise auf die sorgfältige Auswahl der verliehenen Arbeitnehmer beschränkt. Eine Haftungsregelung analog der Hilfspersonenhaftung im Auftragsrecht ist ein deutliches Indiz gegen die Annahme von Personalleihe (vgl. Urteil des BGer 2C\_356/2012 vom 11. Februar 2013 E. 5.3).

### **E. 8.3**

Die Angestellten der Beschwerdeführerin verrichten ihre Arbeit in Privathaushalten, sie sind aber organisatorisch darin nicht wie in einen Einsatzbetrieb eingegliedert. Sie gehen typischerweise im Verlauf des Tages von Haus zu Haus und halten sich nur für einzelne Stunden in den verschiedenen privaten Haushalten auf, wo sie ihre Dienstleistung weitgehend autonom erbringen. Wie bereits aufgezeigt wurde, erhalten sie von der Beschwerdeführerin dazu für ihre einzelnen Einsätze in den Haushalten vorab detaillierte Anweisungen hinsichtlich der Art und Weise der Arbeitsausführung. Die Einweisung in die Tätigkeit vor Ort übernimmt nicht die betreute Person, sondern die Beschwerdeführerin, welche das Arbeitsergebnis auch kontrolliert. Nur ihr gegenüber ist das Personal aufzeichnungs- und rapportierungspflichtig. Kurzfristige Verhinderungen oder Verspätungen werden der Beschwerdeführerin gemeldet, welche wiederum die Klientschaft informiert. Die betreute Person wird im Übrigen auch nicht in die Ferienplanung miteinbezogen. Gegen eine Integration in den Betrieb spricht auch, dass das Hygienematerial und die Arbeitsuniform (Jacke resp. Pflegeschürze) von der Beschwerdeführerin zur Verfügung gestellt werden. Es trifft zwar zu, dass die Angestellten für die Erfüllung ihrer Aufgaben - etwa beim Putzen oder Kochen - regelmässig auf sich im Haushalt befindliche Gerätschaften und dort vorhandenes Material, beispielsweise Staubsauger oder Lebens- und Reinigungsmittel, zurückgreifen. Dies liegt aber gewissermassen auch in der Natur ihrer Aufgabe, bei der Führung eines fremden Haushalts zu assistieren. Diese Arbeitsweise basiert auf naheliegenden praktischen Gründen und ändert nichts am Umstand, dass die Betreuungskräfte organisatorisch in den Betrieb der Beschwerdeführerin eingegliedert sind und es während der Einsätze in fremden Haushalten auch bleiben. Wenn sie die betreute Person in die Haushaltsgestaltung einbinden, beispielsweise indem sie zusammen mit dieser Lebensmittel einkaufen oder den Abwasch gemeinsam erledigen, ist dies kein Hinweis auf eine Integration in einen arbeitsteiligen

betrieblichen Prozess, sondern Ausfluss der vertraglich vereinbarten partizipativen Betreuungsform.

## **E. 9**

Unbehelflich ist schliesslich der Verweis der Vorinstanzen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung. Die vom Bundesgericht als Personalverleih qualifizierten Betreuungs- und Hausdienste unterscheiden sich in sachverhaltlicher Hinsicht ganz wesentlich vom vorliegenden Fall und die Urteile sind deswegen nicht einschlägig.

### **E. 9.1**

So lag den Urteilen 2C\_356/2012 vom 11. Februar 2013 und 2C\_132/2018 vom 2. November 2018 jeweils ein sogenanntes "Live-in-Verhältnis" zugrunde, bei dem die Betreuungspersonen während einer gewissen Zeit bei Senioren mit Assistenzbedarf wohnen und arbeiten. Sie stehen der zu betreuenden Person grundsätzlich rund um die Uhr als Haushalts- und Betreuungshilfen für die Alltagsbewältigung zur Verfügung. Wenn das Bundesgericht bei dieser Grundstruktur des Geschäftsmodells auf eine vollständige Eingliederung in den Haushalt schloss, so lässt sich daraus für die hier zu entscheidende Frage nichts ableiten. Das Bundesgericht mass sodann der Person des Arbeitnehmers und dem persönlichen Verhältnis zwischen der Betreuungskraft und dem Senior zentrale Bedeutung bei, vor welcher die Erbringung einer Dienstleistung in den Hintergrund rückte. Im vorliegenden Fall, wo es nicht darum geht, die individuell zum Kunden passende Betreuungskraft zu finden, sondern das Personal austauschbar ist - und in der Praxis falls erforderlich auch ohne Kundenmitsprache ausgetauscht wird -, verhält es sich gerade andersherum.

### **E. 9.2**

Im am ehesten mit der vorliegenden Sachverhaltskonstellation vergleichbaren Urteil 2C\_543/2014 vom 26. November 2014 stellte das Bundesgericht massgeblich darauf ab, dass im mit dem Kunden abgeschlossenen Vertrag eine genaue Definition des Leistungsinhaltes fehlte. Im Zentrum der Servicevereinbarung mit dem Kunden stünden die Rahmenbedingungen für die Buchung von Betreuungsdienstleistungen durch die Arbeitskraft der Beschwerdeführerin, hingegen würden darin der genaue Leistungsinhalt und die Modalitäten der Leistungserbringung ausgeklammert (E. 3.4.1). Aufgrund der fehlenden Spezifizierung der Arbeitsleistung in den Verträgen müsse der Kunde notwendigerweise über erhebliche Weisungsbefugnisse gegenüber ihm assistierenden Arbeitnehmern verfügen (E. 4.1). Ausserdem gehöre die Rund-um-die-Uhr-Betreuung zu den angebotenen Dienstleistungen, was im Rahmen der Überprüfung der Bewilligungspflicht zu berücksichtigen sei. Typischerweise verhalte es sich nicht so, dass sich das Personal bloss für kurze Zeit im Haushalt aufhalten und dort wenige, genau bestimmte Einzelleistungen erbringen würde (E. 4.4). Alle diese entscheiderelevanten Sachverhaltselemente präsentieren sich im vorliegenden Fall gegenteilig.

## **E. 10**

Aus dem Gesagten folgt, dass die von der Beschwerdeführerin im Bereich der Hauswirtschaft und Begleitung erbrachten Dienstleistungen nicht als Personalverleih zu qualifizieren sind. Die Beschwerdeführerin untersteht dementsprechend keiner Bewilligungspflicht nach Art. 12 AVG. Die Beschwerde erweist sich als begründet und ist gutzuheissen. Der angefochtene Entscheid ist antragsgemäss aufzuheben. 11.1 Gemäss § 20 Abs. 1 VPO ist das Verfahren vor dem Kantonsgericht kostenpflichtig. Die

Verfahrenskosten umfassen die Gerichtsgebühren und die Beweiskosten und werden in der Regel der unterliegenden Partei in angemessenem Ausmass auferlegt (§ 20 Abs. 3 VPO). Ausgangsgemäss sind die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 4'000.-- der Vorinstanz aufzuerlegen. Der Beschwerdeführerin ist der geleistete Kostenvorschuss zurückzuerstatten.

11.2 Der ganz oder teilweise obsiegenden Partei kann für den Beizug eines Anwalts bzw. einer Anwältin eine angemessene Parteientschädigung zulasten der Gegenpartei zugesprochen werden (§ 21 Abs. 1 VPO). In der Honorarnote vom 10. November 2022 weist der Rechtsvertreter der obsiegenden Beschwerdeführerin für das kantonsgerichtliche Verfahren einen Aufwand von 36.17 Stunden à Fr. 220.-- sowie Auslagen von Fr. 70.90 aus, was tarifkonform und nicht zu beanstanden ist. Für seine Bemühungen im Zusammenhang mit der Parteiverhandlung vom 22. März 2023 sind ermessensweise pauschal zehn Stunden hinzuzurechnen. Demzufolge hat die Vorinstanz der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 11'015.90 (inkl. Auslagen und 7.7% MWST) zu bezahlen.

11.3 Für die Neuregelung der Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens ist die Angelegenheit an die Vorinstanz zurückzuweisen. Demgemäss wird erkannt: ://: 1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Beschluss des Regierungsrats des Kantons Basel-Landschaft Nr. 32 vom 4. Januar 2022 aufgehoben und es wird festgestellt, dass die Beschwerdeführerin keinen Personalverleih betreibt. 2. Die Angelegenheit wird zur Neuverlegung der Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens an den Regierungsrat des Kantons Basel-Landschaft zurückgewiesen. 3. Die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 4'000.-- werden dem Regierungsrat des Kantons Basel-Landschaft auferlegt. Der geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 1'500.-- wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet. 4. Der Regierungsrat des Kantons Basel-Landschaft hat der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 11'015.90 (inkl. Auslagen und 7.7% MWST) auszurichten. Vizepräsident Gerichtsschreiber

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.