

Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht &gt; Arbeitsrecht &gt; Kommentierung &gt; Bund &gt; Privates Individualarbeitsrecht &gt; Pflegeeltern Zwischen Familien und Arbeitsrecht

Ansicht 

Kommentierung

Privates Individualarbeitsrecht



## Pflegeeltern zwischen Familien- und Arbeitsrecht

Besprechung des Urteils BGer 4A\_93/2022 vom 3. Januar 2024



Sabine Steiger-Sackmann, Dr. iur., Rechtsanwältin

Vor bald zwanzig Jahren hat das Bundesgericht entschieden, dass Organisationen, welche Pflegekinder platzieren, danach die Pflegeeltern beraten und kontrollieren, *sozialversicherungsrechtlich* als Arbeitgebende abrechnungspflichtig sind (EVGer H 74/04 vom 8. Oktober 2004). Mit dem Urteil vom 3. Januar 2024 liegt nun erstmals ein höchstrichterlicher *zivilrechtlicher* Entscheid vor, wonach der Vertrag zwischen einer Fremdplatzierungsorganisation und einer Tagesmutter als Arbeitsvertrag zu qualifizieren ist.

### 1. Erwägungen

Die kantonale Vorinstanz sah die Fremdplatzierungsorganisation als einfache Schnittstelle zwischen platzierenden Eltern und Pflegeeltern. Es sei weder ein Unterordnungsverhältnis vorgelegen noch habe eine wirtschaftliche Abhängigkeit bestanden.

Zum gegenteiligen Ergebnis ist das Bundesgericht gekommen, indem es ebenfalls das konkrete Vertragsverhältnis nach den gesetzlichen Kriterien gem. Art. 319 OR unter die Lupe nahm, aber die einzelnen Elemente rechtlich anders eingeordnet und gewichtet hat (E. 4).

Für ein **Subordinationsverhältnis** sprach etwa:

- Gemäss den dreiseitigen Betreuungsvereinbarungen verpflichten sich die Tageseltern zur Teilnahme an einer obligatorischen Ausbildung und an Weiterbildungen, die vom Verein organisiert werden. Diese Schulungen sind nicht gesetzlich vorgeschrieben.
- Die aufnehmenden Familien wurden vom Verein regelmässig kontrolliert, unabhängig und parallel zur Aufsicht durch die Kinderschutzbehörde, was vom Bundesgericht als starkes Indiz für ein Unterordnungsverhältnis erachtet wurde (E.5.1).
- Die Arbeitszeiten konnte die Tagesmutter nicht selbst bestimmen. Sie hatte nur die Wahl von vorgegebenen Zeitblöcken.
- Die Tagesmutter konnte zwar entscheiden, ob sie ein bestimmtes Kind behalten will, aber dies ist nicht Ausdruck einer weitreichenden Entscheidungsautonomie, sondern ist dem Vertrauensverhältnis geschuldet, das für die Betreuung eines Kindes nötig ist.
- Die Autonomie ist weiter eingeschränkt dadurch, dass die Tagesmutter die Arbeit an ihrem Wohnort und nach bestimmten Erziehungswerten ausführen muss. Sie hatte auch einen Lebenslauf vorzulegen sowie eine ärztliche Bescheinigung, dass sie gesund ist.
- Die Überwachung der täglichen Arbeit kann dazu führen, dass der Tagesmutter keine Kinder mehr vermittelt werden.
- Die Tagesmutter musste Ferien, Unpässlichkeiten und eine allfällige Schwangerschaft melden (E.5.3).

Die **Treupflicht und wirtschaftliche Abhängigkeit** der Tagesmutter kamen laut Bundesgericht durch folgende Umstände zum Ausdruck:

- Der Vertrag enthielt eine Exklusivitätsklausel, wonach die Tagesmutter nicht berechtigt war, mit einer anderen Fremdplatzierungsorganisation zusammenzuarbeiten (E.5.2).
- Die Tagesmutter konnte keine unternehmerischen Entscheide treffen, um ihr Einkommen zu beeinflussen, wie Arbeiten zu delegieren, Preise anzupassen (E.5.4).

Die Tagesmutter trug laut Bundesgericht **kein unternehmerisches Risiko**, denn

- es waren keine Investitionen erforderlich.
- Arbeitsmittel wie etwa Hochstühle und Kinderwagen wurden vom Verein abgegeben.
- Der Tagesmutter wurden die Auslagen wie Windeln und Mahlzeiten für die Kinder erstattet.
- Der Verein kümmerte sich um die behördlichen Bewilligungen.
- Das Risiko, dass Platzierungseltern Betreuungsstunden nicht bezahlten oder Subventionen ausblieben, trug der Verein.
- Der Anschluss an Sozialversicherungsträger und die Beitragszahlungen erfolgten durch den Verein.
- Der Verein übergab monatliche «Lohnabrechnungen», aus denen Versicherungsbeiträge und «Zahlung von Ferienentschädigungen» für vier Wochen Ferien ersichtlich waren (E. 5.5).

Es ist nachvollziehbar, dass das Bundesgericht angesichts der Umstände das konkrete Vertragsverhältnis zwischen der Fremdplatzierungsorganisation und der Tagesmutter als Arbeitsvertrag qualifizierte und ihren Anspruch auf den kantonalen Mindestlohn bejahte.

Welche Bedeutung kommt nun diesem Urteil zu? Ob und wie weit ist es präjudizierend für andere Pflegeverhältnisse?

### 2. Fremdplatzierungsorganisationen immer Arbeitgebende?

Fremdplatzierungsorganisationen FPO gibt es in der Schweiz seit den 1990er Jahren.<sup>1</sup> Diese privaten Organisationen übernehmen Aufgaben im Kinderschutz; sie platzieren und begleiten Kinder in Pflegefamilien, meist im Auftrag staatlicher Stellen. Diese FPOs und ihre Tätigkeit werden kontrovers wahrgenommen,<sup>2</sup> insbesondere wenn sie gewinnorientiert arbeiten und deswegen ein beachtlicher Teil des investierten Geldes nicht den Kindern zugutekommt.<sup>3</sup> Seit der letzten Revision der Pflegekinderverordnung PAVO unterstehen sie als «Dienstleistungsangebote in der Familienpflege» einer Meldepflicht.<sup>4</sup> Sie haben zudem gewisse Qualitätsanforderungen zu erfüllen und werden von einer zentralen kantonalen Behörde beaufsichtigt (Art. 2 Abs. 1 lit. b PAVO). Entgegen früheren Revisionsentwürfen<sup>5</sup> wurde bei der letzten Revision der PAVO darauf verzichtet, die FPOs gesetzlich zu verpflichten, Pflegeeltern mit einem Arbeitsvertrag nach OR anzustellen.

Einzelne FPOs stellen Pflegeeltern explizit mit einem Arbeitsvertrag an.<sup>6</sup> Damit haben die Pflegeeltern Anspruch auf Lohnfortzahlung bei Krankheit (Art. 324a OR), einen Ferienanspruch (Art. 329a OR) und unterstehen dem spezifischen Kündigungsschutz (Art. 336 ff. OR). Auch ein kantonaler Minimallohn ist zweifellos auf solche Arbeitsverträge anwendbar. Ausserdem unterstehen Pflegeeltern als Arbeitnehmende den Bestimmungen des Arbeitsgesetzes (gem. Art. 1 ArG), da das Gesetz für diese Arbeit keine Ausnahme vom betrieblichen Geltungsbereich vorsieht.<sup>7</sup> Vom persönlichen Geltungsbereich sind nur «Lehrer, Fürsorger, Erzieher und Aufseher in *Anstalten*» ausgenommen (Art. 3 lit. e ArG), nicht aber Eltern, die Pflegekinder betreuen. Auch die Verordnung 2 zum ArG enthält keine Spezialbestimmungen für Pflegefamilien, obwohl Art. 27 Abs. 2 lit. a ArG für «Betriebe der Erziehung» wohl eine genügende gesetzliche Grundlage böte.

Das Bundesgerichtsurteil vom 3. Januar 2024 bringt nun eine gewisse Klärung für diejenigen Platzierungen, bei denen *kein* Konsens für einen Arbeitsvertrag vorliegt. Auf diese Fälle kann das Urteil jedoch nur übertragen werden, wenn und soweit die vertraglichen Umstände gleich liegen wie im beurteilten Fall. Damit ist eine erhebliche Rechtsunsicherheit verbunden. Es ist zudem zu erwarten, dass sich einzelne FPOs der Rolle als Arbeitgebende zu entziehen suchen, indem sie die Pflegeeltern weniger intensiv beraten, begleiten und kontrollieren und ihnen erlauben, auch mit anderen Vermittlungsstellen zusammenzuarbeiten, so dass die Kriterien Subordination und wirtschaftliche Abhängigkeit nicht mehr zutreffen. Ob den Kindern damit gedient ist, ist zu bezweifeln.

Man muss sich auch fragen, ob es Sinn macht, dass nur diejenigen Pflegeeltern, die von einer FPO engagiert und begleitet werden, den Status als Arbeitnehmende haben sollen und nicht auch diejenigen, bei denen ein Kind direkt von der Behörde platziert wird. Es wäre auch zu überdenken, ob das Arbeitsgesetz weiterhin zwischen Kinderbetreuung in Anstalten und in Pflegefamilien unterscheiden soll, zumal die Grenzen von Familien- und Heimbetreuung mitunter fließend sind.

### 3. Regulierungsbedarf

Rechtsfragen rund um das Pflegekindverhältnis werden in Literatur und Rechtsprechung selten thematisiert.<sup>8</sup> Im Zuge der Aufarbeitung der Verdingkinder-Problematik hat sich auch die Wissenschaft vermehrt mit Pflegekindern, Pflegeeltern und vermittelnden Stellen befasst.<sup>9</sup> Bundesrat und Nationalrat sehen aufgrund dieser Erkenntnisse nun Handlungsbedarf bei Fremdplatzierungen von Kindern und befürworten eine Revision der PAVO.<sup>10</sup> Dabei geht es um die bessere Sicherstellung des Kindeswohls und um effizienteres Zusammenwirken der Akteure.<sup>11</sup> Aus arbeitsrechtlicher Sicht fehlt hingegen eine Auseinandersetzung mit dem Status von Pflegeeltern weitgehend.<sup>12</sup> Wenn dieser (in familienrechtlicher Literatur) zur Sprache kommt, wird das Vorliegen eines Arbeitsvertrages z.T. vehement abgelehnt.<sup>13</sup> Das Arbeitsrecht taugt nicht dazu, das Verhältnis zwischen Pflegeeltern und Platzierungsorganisationen zu regeln. Die Unterstellung dieses Verhältnisses unter die Bestimmungen des Arbeitsrechts sei «eine Zwängerei».<sup>14</sup> Eigenartigerweise werden diese Stimmen im Urteil vom 3. Januar 2024 nicht erwähnt. Es ist zu hoffen, dass dieses Urteil nun aber eine Diskussion auslöst, die letztlich zu Rechtssicherheit für alle Pflegekinderverhältnisse führen soll.

Einerseits ist es Pflegeeltern zu gönnen, dass sie die Rechte als Arbeitnehmende beanspruchen können und so einen besseren sozialen Schutz erfahren. Andererseits ist nicht zu übersehen, dass Arbeitszeitbestimmungen (Art. 9 ff. ArG) u.U. kaum umzusetzen sind. Bei Tageseltern mit Betreuungszeiten, die innerhalb des arbeitsgesetzlichen Rahmens liegen und ein Ferienbezug möglich machen (wie dies im Fall des besprochenen Bundesgerichtsentscheids der Fall war), bietet die Anwendung der arbeitsrechtlichen Vorschriften keine Probleme.

Andererseits ist es bei Pflegeeltern, die ein Kind zur dauernden Pflege aufnehmen. Sie müssen auf dessen Bedürfnisse rund um die Uhr, an Sonn- und Feiertagen und u.U. das ganze Jahr über eingehen. Für den Bezug von vier Wochen Ferien (Art. 329a OR) dürften sich selbst bei kleinen Pflegekindern Lösungen finden lassen, die ihnen nicht schaden. Bei Dauerpflegeverhältnissen stellen die geltenden Arbeitszeitbestimmungen des ArG aber grössere Probleme. Diese sind jedoch nicht in Stein gemeisselt und müssen überdacht werden.

### 4. Fazit

Letztlich geht es also um ein Abwägen zwischen dem Kindeswohl und dem sozialen Schutz von Pflegeeltern. Dies ist eine Aufgabe, welche eine die Rechtsgebiete übergreifende Sicht erfordert und daher nicht durch die Rechtsprechung zu bewältigen ist, weder in einem kinsrechtlichen noch in einem arbeitsrechtlichen Streitfall. Daher ist der Gesetz- bzw. Verordnungsgeber gefordert, für Rechtssicherheit und für einen angemessenen Schutz von Pflegeeltern und Pflegekindern zu sorgen.

- <sup>1</sup> Keller Andrea, Familienplatzierungs-Organisationen in der Schweiz, Bericht zuhanden der Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren, 2012, S. 9.
- <sup>2</sup> Reimer Daniela u.a. [Schlussbericht](#) Projekt «Gute Begleitung von Pflegeverhältnissen», Zürich 2023, S. 22 ff.
- <sup>3</sup> Interpellation 11.4077 von NR Jacqueline Fehr «Stopp der Geschäftemacherei mit Pflegekindern» vom 15. Dezember 2011; Interpellation 18.3450 von NR Barbara Steinemann «Mit dem Kindeswohl Kasse machen. Private Fremdplatzierungsorganisationen» vom 5. Juni 2018. Dazu [Stellungnahme](#) von Integras, Fachverband für Sozial- und Sonderpädagogik vom 18. Juni 2018.
- <sup>4</sup> Art. 20a ff. Verordnung über die Aufnahme von Pflegekindern PAVO vom 19. Oktober 1977, i.K. seit 1. Januar 2014.
- <sup>5</sup> VE-KiBeV 2009 Art. 45 Abs. 1 lit. b; Zehnder Vital, Arbeitsvertrag für Pflegeeltern?, in: Jusletter, 26. Oktober 2009, Rz. 1.
- <sup>6</sup> So z.B. laut Sachverhalt von BGer 8C\_343/2021 vom 2. August 2021.
- <sup>7</sup> Private Haushaltungen sind gem. Art. 2 lit. g ArG vom Gesetz ausgenommen. Dies betrifft aber Arbeitgeber, die Arbeitnehmer in ihrem Haushalt für ihre eigenen Bedürfnisse beschäftigen (OFK-Müller/Maduz Art. 2 ArG N 19).
- <sup>8</sup> Hotz Sandra, Gassner Sibylle-Regina, Less Lost in Care: die neue Pflegekinderverordnung, in FamPra 2013, S. 286.
- <sup>9</sup> <https://pflegekinder-nextgeneration.ch/forschung/>
- <sup>10</sup> Stellungnahmen zum Postulat 22.4407 NR Benjamin Roduit «Ein zeitgemässer Handlungsrahmen für die ausserfamiliäre Begleitung von Kindern tut not» vom 14. Dezember 2022.
- <sup>11</sup> Aufgrund der [Empfehlungen](#) der der Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren (SODK) und der Konferenz für Kindes- und Erwachsenenschutz (KOKES) vom 20. November 2020.
- <sup>12</sup> Soweit ersichtlich erwähnt z.B. kein arbeitsrechtlicher Gesetzeskommentar Verträge mit Pflegeeltern.
- <sup>13</sup> Zehnder Vital (Fn. 6), Rz. 14; Gassner Sibylle-Regina, Pflegeeltern im Dreieck zwischen Eltern, Kind und KESB Diss. Universität Freiburg, Freiburg 2018, N 87. Offengelassen: Anderer Karin, Das Pflegegeld in der Dauerfamilienpflege und die sozialversicherungsrechtliche Rechtsstellung der Pflegeeltern, Diss. Universität Zürich, Zürich 2012, N 266; Mäzenauer Lucie, Gassner Sibylle-Regina, Der Pflegevertrag, in: FamPra.ch 2014 S. 277; Mösch Payot Peter, Rechtsstellung der Pflegeeltern: Rechtsfragen um vertrags- und sozialversicherungsrechtliche Rechte und Pflichten der Pflegeeltern, in: ZKE 2011, S. 97 f.
- <sup>14</sup> Zehnder Vital (Fn. 6), Rz. 14.

iusNet AR-SVR 20.02.2024

#### Inhalt

Newsletter Archiv  
Stichwortverzeichnis  
Autoren

Abo bestellen

#### Schulthess Produkte

iusNet - alle Module  
Unser Fachkatalog  
Neuerscheinungen  
Zeitschriften  
Digitale Produkte  
Fachhandbuch

#### Kontakt

Schulthess Juristische Medien AG  
Zwingliplatz 2  
Postfach 2218  
CH-8021 Zürich  
Telefon +41 44 200 29 29  
Fax +41 44 200 29 48  
service@iusnet.ch  
www.schulthess.com