

Standard rechtskonforme BihG

Stand: 18.7.2022



Bundesverband für
häusliche Betreuung
und Pflege e.V.



Standard rechtskonforme Betreuung in häuslicher Gemeinschaft (BihG)

BihG ist neben ambulanter und stationärer Pflege zur unverzichtbaren dritten Säule der Versorgung bei Alter und Krankheit in Deutschland geworden. In 300.000 Haushalten versorgen Betreuungspersonen aus Osteuropa pflege- und betreuungsbedürftige Menschen. In der Praxis haben sich mehrere rechtliche Modelle etabliert. Um Schwarzarbeit von legalen Modellen zu unterscheiden, hat der VHBP wichtige Merkmale rechtskonformer Betreuung in häuslicher Gemeinschaft zusammengestellt – aus der Perspektive von Interessenten und Kunden, also der Rechtsordnung in Deutschland. Der VHBP leistet keine Rechtsberatung und übernimmt keine Haftung. Ein nachweisbarer Verstoß gegen die nachstehenden Standards verpflichtet den Vorstand, für einen Ausschluß des Mitglieds aus dem VHBP zu sorgen.

Inhalt:

1. Betreuungspersonen als Arbeitnehmer
2. Betreuungspersonen als Selbständige
3. Betreuungspersonen als Arbeitnehmerähnliche
4. Entsendung von EU-Bürgern als Betreuungspersonen
5. Sozialversicherung von Betreuungspersonen
6. Drittstaatler (v.a. Ukrainerinnen) als Betreuungspersonen
7. Werbung für BihG

Zu 1. Betreuungspersonen als Arbeitnehmer

Soll BihG mit Hilfe abhängig Beschäftigter geleistet werden, sind nachstehende Voraussetzungen des deutschen Arbeitsrechts zu beachten. Die gilt für Arbeitgeber mit Sitz im In- oder Ausland.

a) **Keine Stückelung von Arbeits-, Bereitschafts- und Ruhezeit**

Im Rahmen von BihG lebt und arbeitet die Betreuungsperson im Haushalt der hilfsbedürftigen Person. Sie erfüllt ihre Tätigkeiten in Abstimmung mit dem Bedarf der hilfsbedürftigen Person. Hieraus ergibt sich i.d.R., dass die Arbeitszeit nicht an einem Stück (z.B. 9-17 Uhr) absolviert wird, sondern sich der Tag (und häufig auch die Nacht) in Form eines stark in Arbeits-, Bereitschafts- und Ruhezeit zerstückelten Tagesablaufes darstellen (vgl. Petermann et al. 2017, S. 9 ff.). Diese tägliche Stückelung ist durch das Arbeitszeitgesetz grundsätzlich untersagt, sofern man nicht die umstrittene Ausnahmeregelung des § 18 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG für Arbeitsverhältnisse in häuslicher Gemeinschaft für anwendbar hält. Danach ist z.B. eine Überschreitung der täglichen Höchstarbeitszeit von 10 Stunden zulässig. Das ändert aber nichts daran, daß die gesamte Arbeitszeit, insbesondere nächtliche Bereitschaftszeit, entgeltpflichtig ist. Es ist davon auszugehen, daß die nächtliche Präsenz einer Betreuungsperson auch nicht als entgeltfreie Rufbereitschaft interpretiert werden kann. Denn im Benachrichtigungsfall (z.B. ein Ruf über das Babyphone) muß die Betreuungsperson sofort handeln und kann nicht, wie bei Rufbereitschaften üblich, ca. 30 Minuten bis zum Arbeitsbeginn verstreichen lassen.



b) Erfassung und Vergütung von Arbeits- und Bereitschaftszeit

Bereitschaftszeit ist wie Arbeitszeit mindestens mit dem allgemeinen Mindestlohn zu vergüten (EuGH, Urteil vom 21.2.2018, C-518/15). Ähnlich wie bei den SOS-Kinderdörfern ist auch bei BihG eine klare Abgrenzung von Arbeits-, Bereitschafts- und Freizeit mit erheblichen praktischen Schwierigkeiten verbunden. Kann eine Betreuungsperson außerhalb der vereinbarten Arbeitszeit den Haushalt nach eigenem Willen nicht verlassen, ist von einer ständigen Präsenzpflcht und somit entgeltpflichtigem Bereitschaftsdienst auszugehen. Wofür entsprechende Ruhezeiten zu gewähren sind. Ist der Haushalt direkt der Arbeitgeber der Betreuungsperson, hat er unabhängig von den o.g. Voraussetzungen in Zeiten von – bei Arbeitnehmern vergütungspflichtigem – Urlaub oder Krankheit der Betreuungsperson (im Durchschnitt 8-10 Wochen/Jahr) einen entsprechenden Ersatz zu organisieren und finanzieren.

Zu 2. Betreuungspersonen als Selbständige

a) Merkmale von Selbständigkeit

EU-Dienstleistungsfreiheit bedeutet, dass auch ausländische Betreuungspersonen in Deutschland als selbständige Unternehmer arbeiten können, wenn v.a. folgende 4 Merkmale erfüllt sind:

- Unternehmerische Entscheidungsfreiheit und unternehmerisches Risiko
- Auftreten als Unternehmer (z. B. eigene Rechnung, Büroraum, Briefpapier)
- Keine persönliche Abhängigkeit vom Auftraggeber und keine Weisungsgebundenheit
- Keine Tätigkeit auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber

Ob Selbständigkeit vorliegt, hängt von einer Abwägung der Gesamtsituation ab. Werden die o.g. 4 Merkmale der Selbständigkeit nicht überwiegend erfüllt, kann eine Scheinselbständigkeit vorliegen. Es gelten im einzelnen folgende Kriterien für eine Selbständigkeit – die Betreuungsperson:

- verfügt über unternehmerische Entscheidungsfreiheit z. B. bei der Preisverhandlung, dem Einsatz von Kapital, eigenverantwortliche Annahme oder Ablehnung eines Auftrags, Einsatz von Erfüllungsgehilfen, Kundenakquise, Werbemaßnahmen.
- ist nicht in eine fremde Arbeitsorganisation eingebunden – sie entscheidet frei bzgl. Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer, Art und Ort der Tätigkeit - der Auftraggeber äußert allenfalls Wünsche.
- wird nicht durch Dienst- oder Freizeitpläne eingeteilt.
- trägt Reise-, Bildungskosten, Zahlungsausfall.
- übt die Tätigkeit nicht auf Dauer aus, z. B. indem Einsätze für 2-3 Monate erfolgen und die Betreuungsperson im Jahr mehrere hilfsbedürftige Personen betreut.
- erwirtschaftet höchstens 5/6 des Umsatzes mit einem einzigen Auftraggeber - es genügt nicht, weitere Auftragsverhältnisse als zulässig nur zu vereinbaren, sie müssen tatsächlich bestehen.
- benötigt als Unternehmer keinen arbeitsrechtlichen Schutz. So daß z.B. das deutsche Mindestlohngesetz (aber in Polen der dortige Mindestlohn) für sie nicht gilt – i.d.R. vereinbart sie ohnehin Honorare über dem Mindestlohn. Auch hat sie die Wahl, wie sie sich sozialversichert, sofern sie nicht als arbeitnehmerähnliche Selbständige gelten, s.u.

Eine Gewerbebeanmeldung mit Steuernummer in oder außerhalb Deutschlands reicht jedenfalls nicht aus, um eine tatsächliche Selbständigkeit zu belegen. Bei einem im Ausland angemeldeten Gewerbe sind ggf. landesspezifische Vorgaben zu berücksichtigen.

Standard rechtskonforme BihG

Stand: 18.7.2022



Bundesverband für
häusliche Betreuung
und Pflege e.V.

b) Vermeidung von Sittenwidrigkeit durch Schutz vor Selbstausbeutung

Wenn Betreuungspersonen als selbständige Gewerbetreibende oder entsandte freie Mitarbeiter beauftragt werden, sind folgende Bedingungen im Dienstleistungs- und im Kooperationsvertrag zu vereinbaren:

- **Komplett freier Tag pro Woche** (angelehnt an die ILO-Konvention für Menschenrechte) - in der gelebten Praxis besteht er *auf Wunsch* der Betreuungsperson ggf. aus zwei halben Tagen.
- **Max. Wochenarbeitszeit:** 48h (6*8h)
Die Arbeitszeit ergibt sich in der Regel aus mehreren kurzen Arbeitssequenzen, die von Anwesenheit ohne Tätigkeit unterbrochen werden.
- **In der Nacht (22:00 bis 6:00) max. 1 Einsatz** (z.B. Toilettengang) **ohne Ruhezeitausgleich**
Bei mehr als einem Einsatz/Nacht kann die Betreuungsperson mind. 4 Stunden ununterbrochene zusätzliche Ruhezeit am Folgetag beanspruchen.
- **Versicherungsschutz**
 - Krankenversicherung
 - Gewerbe-Haftpflichtversicherung
 - Gesetzliche Unfallversicherung

Zu 3. Betreuungspersonen als Arbeitnehmerähnliche

Arbeitnehmerähnlichkeit i. S. des § 2 SGB VI bedeutet, dass Betreuungspersonen einerseits unternehmerisch selbständig arbeiten gem. den o.g. Bedingungen für Selbständige. Andererseits gelten sie als so schutzbedürftig, dass sie gesetzlich sozialversichert sind und Anspruch auf arbeitsrechtliche Mindestabsicherung haben (Urlaub, Lohnfortzahlung bei Krankheit). Es handelt sich also um eine Form der Selbständigkeit mit der Besonderheit, dass Sozialversicherungsbeiträge und Steuern vom Auftraggeber abgeführt werden. Ein ähnliches Modell existiert derzeit in Polen. Für die Feststellung, ob es sich nach deutschem Recht um ein Auftrags- oder Arbeitsverhältnis handelt, ist die bloße Bezeichnung des nach deutschem oder ausländischem Recht abgeschlossenen Vertrags nicht relevant. Es besteht also das Risiko, daß ein Arbeitnehmerähnlicher nach polnischem Recht in Deutschland aber als Arbeitnehmer gilt. Entscheidend ist, wie der Vertrag tatsächlich gelebt wird.

Zu 4. Entsendung von EU-Bürgern als Betreuungspersonen

Oftmals werden Betreuungspersonen aus dem Ausland durch Unternehmen nach Deutschland entsandt, damit sie weiterhin dem Sozialversicherungs- und Steuerrecht des Entsendelandes unterliegen. Die Entsendung kann in drei Varianten erfolgen:

a) Entsendung nach Art. 11 VO 883/04

Die Betreuungsperson wird in ihrem Heimatland als Arbeitnehmer angestellt oder als Arbeitnehmerähnlicher beauftragt, aber bei einer deutschen Krankenversicherung sozialversicherungspflichtig angemeldet. Diese Gestaltungsoption bedeutet für angestellte Arbeitnehmer, daß bei der Anmeldung nicht nur der ggf. niedrige Nettolohn, sondern auch die Sachwerte für Kost und Logis, sowie zweckfreie Entsendezulagen i.S. der §§ 2 a und 2 b ArbEntG

Standard rechtskonforme BihG

Stand: 18.7.2022



Bundesverband für
häusliche Betreuung
und Pflege e.V.

angemeldet werden müssen. Das hat zur Konsequenz, daß die Arbeitgeberbruttokosten wahrscheinlich deutlich höher sind, als wenn das Entsendeunternehmen die möglichen Vorteile eines osteuropäischen Sozialversicherungs- und Steuersystems nutzt. Die Anmeldung einer Betreuungsperson bei einer deutschen Krankenkasse ausdrücklich als Arbeitnehmerähnliche hat zur Folge, daß sie als Selbständige anzumelden ist. Sofern dem die Deutsche Rentenversicherung zustimmt, sind sämtliche Einnahmen, also auch Entsendezulagen anzugeben.

b) Entsendung nach Art. 12 VO 883/04

Die Betreuungsperson wird mit der vorübergehenden Arbeit auf dem Gebiet eines anderen Mitgliedsstaats beauftragt unter folgenden Voraussetzungen:

- Der Entsender „verrichtet gewöhnlich eine nennenswerte Tätigkeit im Heimatland“, was interpretiert wird als nicht weniger als 25% des Umsatzes in den letzten 12 Monaten.
- Die voraussichtliche oder tatsächliche Dauer der Entsendung von einem Entsender zu einem Kunden beträgt max. 12, bzw. 18 Monate.
- Die gesamte Entsendezeit aller Betreuungspersonen, die zur Erbringung der gleichen Tätigkeit durch ein Unternehmen entsandt wurden, überschreitet 12, bzw. 18 Monate nicht.
- Die Betreuungsperson muss vor Beginn der Tätigkeit mindestens einen Monat den Rechtsvorschriften des Entsendestaates unterliegen.

c) Entsendung nach Art. 13 VO 883/04

Die Betreuungsperson ist i.d.R. in mind. 2 EU-Mitgliedsstaaten tätig unter folgenden Voraussetzungen:

- Die Betreuungsperson übt mindestens 5% ihrer Tätigkeit im Heimatland (in der Praxis meistens nicht weniger als 5 Tage im Quartal) aus.
- Die Arbeit muss i.d.R. in mindestens 2 EU-Mitgliedsstaaten (sequenziell) geleistet werden. In der Praxis bedeutet das, dass die Betreuungsperson während der Vertragsdauer zumindest zweimal nach Deutschland fahren soll und in der übrigen Zeit in einem anderen EU-Mitgliedsstaat arbeitet.
- Die Tätigkeit in mindestens zwei EU-Mitgliedsstaaten muß durch den Auftraggeber oder die Betreuungsperson dokumentiert werden.

Zu 5. Sozialversicherung von Betreuungspersonen

In vielen Fällen sind die Verträge mit Betreuungspersonen so gestaltet, daß die im Vergleich zu Deutschland günstigeren sozialversicherungsrechtlichen Regeln des Heimatlandes weitergelten sollen.

a) A1-Bescheinigung

Zur Bestätigung, dass angestellter oder arbeitnehmerähnlicher Mitarbeiter dem Sozialversicherungssystem des Entsendestaates unterliegt, wird durch dessen Sozialversicherungsanstalt eine A1-Bescheinigung ausgestellt. Sie ist für Behörden und Gerichte des Landes, in das die Betreuungsperson entsandt wird, bindend, sofern sie nicht durch die ausstellende Behörde widerrufen wird. Eine A1-Bescheinigung ist zwar nicht für jede entsandte Person zwingend

Standard rechtskonforme BihG

Stand: 18.7.2022



Bundesverband für
häusliche Betreuung
und Pflege e.V.

erforderlich. Aber weil dieses EU-Dokument die Sozial-versicherungspflichtigkeit bestätigt, sieht es der VHBP als Voraussetzung für Rechtskonformität an.

b) Besonderheiten des polnischen Rechts für Arbeitnehmerähnliche

- Der Auftraggeber hat für seine Betreuungspersonen Sozialversicherungsbeiträge und Einkommensteuern abzuführen.
- Sozialversicherungsbeiträge werden mindestens vom polnischen monatlichen Mindestlohn abgeführt, auf Antrag der Betreuungsperson vom vollen Gehalt.
- Der Mindeststundensatz für Auftragnehmer und Selbständige, die ihre Geschäftstätigkeit persönlich betreiben, beträgt 2022 19,70 PLN (ca. € 4,20) und wird jedes Jahr aktualisiert.
- Das Honorar für entsandte Betreuungspersonen darf nicht aus sog. Tagesgelder (ca. € 49/Tag) oder der Erstattung von Übernachtungskosten (ca. € 150/Monat) bestehen. Solche Ausnahmen von der Pflicht zur Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen gelten nur bei echten Dienstreisen, die gelegentlich, kurzfristig und vorübergehend angetreten werden. BihG gilt nicht als Dienstreise.

c) Scheinselbständigkeit von Betreuungspersonen

Wenn die o.g. Kriterien der Selbständigkeit nicht erfüllt sind, hat der faktische Arbeitgeber Sozialabgaben und Steuern nachzuzahlen und macht sich ggf. strafbar.

d) Bemessungsgrundlage für Sozialabgaben

In der Praxis sind u.a. folgende illegale Gestaltungen von Arbeitsverträgen bekannt, um die Bemessungsgrundlage für Steuern und Sozialabgaben zu senken:

- 1) Betreuungspersonen werden direkt durch Pflege- und Betreuungsbedürftigen, ambulante Pflegedienste oder durch Arbeitgeber im Ausland angestellt auf Grundlage eines Arbeitsvertrages mit wahrheitswidrig geringer Stundenzahl, z.B. 10 Stunden/Woche. Die übrige erbrachte Tätigkeit wird bar oder über Arbeit-/Auftraggeber im Ausland bezahlt.
- 2) Die Arbeit von Betreuungspersonen wird auf zwei Verträge aufgeteilt: 1) Anstellungsvertrag mit einem Arbeitgeber im Ausland über z.B. 10 Stunden/Woche mit entsprechendem Gehalt für hauswirtschaftliche und grundpflegerische Arbeiten und 2) Vertrag mit einem gemeinnützigen Auftraggeber im Ausland über z.B. 30 Stunden/Woche mit Steuer- und Sozialabgabenfreiem Aufwendungsersatz für betreuerische Leistungen.
- 3) Betreuungspersonen werden in Deutschland mit einem deutlich geringeren als dem tatsächlich gezahlten Gehalt im Rahmen eines sog. MIDI-Jobs angestellt (mind. € 450,01 Arbeitnehmerbrutto/Monat) und bei der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung angemeldet. Zusätzlich werden z.B. € 1.000/Monat als sog. Entsendezulagen gezahlt, die fälschlicherweise den Sozialversicherungsträgern angeblich nicht zu melden seien.



Zu 6. Drittstaatler (v.a. Ukrainerinnen) als Betreuungspersonen

Aus anderen EU-Mitgliedsstaaten entsandte Drittstaatler können nach Ansicht der deutschen Behörden nicht legal in Deutschland tätig sein, solange keine Arbeitserlaubnis für Deutschland, ein Vander-Elst-Visum oder ein Daueraufenthaltstitel (mind. 5 Jahre) in einem anderem EU-Mitgliedsstaat vorliegt. Wer ohne das Vorliegen einer Arbeitserlaubnis vermittelnd tätig wird, droht den Straftatbestand der Schleusungskriminalität zu erfüllen.

Nur für in Deutschland registrierte Flüchtlinge aus der Ukraine besteht aufgrund der EU-Massen-Zustrom-Richtlinie die Möglichkeit, hier a) angestellt zu werden oder b) als Gewerbetreibende tätig zu sein. Diese beiden Möglichkeiten scheitern allerdings ohne besondere Schutzmaßnahmen häufig an der Lebensrealität. Denn Flüchtlinge können als a) angestellte Betreuungspersonen ihG häufig nicht konform mit dem deutschen Arbeitsrecht arbeiten (v.a. Mindestlohnpflichtigkeit von Bereitschaftszeit insbesondere in der Nacht). Und b) als Gewerbetreibende verfügen sie wegen der persönlichen Not häufig nicht über unternehmerische Autonomie und Weisungsfreiheit. Das gilt insbesondere, wenn Sie neben ihrer Arbeit auf die Unterkunft in einer Familie existentiell angewiesen sind.

Flüchtlinge haben eine hohe Schutzbedürftigkeit und sind stark ausbeutungsgefährdet. Deshalb hält der VHBP einen Einsatz von in Deutschland registrierten Flüchtlingen als Betreuungspersonen ihG nur für verantwortbar, wenn nachstehende Mindestbedingungen nachweislich erfüllt sind.

- Zahlung eines Brutto-Mindestverdienstes i.H. des Mindestlohns (mind. € 2.000 monatlich bei Vollzeit) und eines Netto-Mindestverdienstes i.H.v. € 1.400 (zzgl. Kost und Logis)
- Als Arbeitnehmerin erfaßt die Betreuungsperson ihre Bereitschaftszeit, wird entsprechend vergütet und hält gemäß Arbeitszeitgesetz die Ruhezeiten ein.
- Als selbständige Gewerbetreibende hat die Betreuungsperson die:
 - jederzeitige Nutzbarkeit einer von der Betreuung unabhängigen Unterkunft in Deutschland,
 - Auswahl zwischen mehreren Auftraggebern,
 - echte Möglichkeit der Verhandlung von Honorar und Aufgabenumfang,
 - freiwillig-gesetzliche oder voll-private deutsche Kranken-, und nicht nur Reiseversicherung.

BihG ohne nachweisliche Einhaltung dieser Bedingungen ist mit einer Mitgliedschaft unvereinbar.

Zu 7. Werbung für BihG

BihG ist in der Öffentlichkeit auch als „24 h/Stunden-Pflege/Betreuung“ bekannt und wird deshalb in dieser Form häufig beworben. Es ist jedoch rechtlich und tatsächlich unmöglich, dieses Leistungsversprechen einzuhalten. Denn kein Mensch kann und darf auf Dauer 24 Stunden arbeiten. Deshalb ist es mit einer Mitgliedschaft im VHBP nur vereinbar, wenn die Formulierung „24 h/Stunden-Pflege/Betreuung“ eingerahmt wird durch z.B.: „sog./sogenannt“ oder „landläufig bezeichnet“. Auch ist ein Disclaimer zu verwenden, in dem die Formulierung definiert wird, z.B.:

„DISCLAIMER

In der Öffentlichkeit hat sich die Bezeichnung „24 h/Stunden-Betreuung/Pflege“ für die Betreuung in häuslicher Gemeinschaft etabliert. „Betreuung in häuslicher Gemeinschaft“ entspricht den realen familiären Strukturen und beschreibt zutreffend das vielschichtige Verhältnis zwischen

Standard rechtskonforme BihG

Stand: 18.7.2022



Bundesverband für
häusliche Betreuung
und Pflege e.V.

Betreuungspersonen, Pflegebedürftigen und Angehörigen. Das bedeutet aber nicht, dass im Rahmen unseres Angebots die Betreuungskräfte ununterbrochen arbeiten oder eine 24-Stunden-Bereitschaft angeboten wird. Durch uns vermittelte Betreuungskräfte arbeiten in der Regel maximal 48 Stunden/Woche. Die Arbeitszeit kann nach Absprache aufgeteilt werden. Nachteinsätze können in einem bestimmten Umfang vereinbart werden. Eine dauerhafte Bereitschaft (z.B. Babyphone während der ganzen Nacht) ist jedoch ausgeschlossen. Um den Betreuungskräften gute und gesetzlich zulässige Arbeitsbedingungen zu gewährleisten, haben die Betreuungspersonen Anspruch auf täglich ausreichende zusammenhängende Ruhezeiten, sowie mind. 1 freien Tag/Woche. Wir unterstützen Sie gerne dabei, ein umfangreiches Betreuungskonzept zu erarbeiten, um eine nahtlose Betreuung zu organisieren. Für weitere Erläuterungen steht Ihnen unser Team gerne zur Verfügung.

Wir sind Mitglied des Bundesverbandes für häusliche Betreuung und Pflege e.V. (VHBP). Hier engagieren wir uns für faire und rechtssichere Rahmenbedingungen – für die Betreuungskräfte, die Pflegebedürftigen, sowie deren Angehörige.“

Quellenhinweise

1. Gesetze und Verordnungen

- VO (EG) 883/04
- Arbeitszeitgesetz - ArbZG
- 3. Pflegearbeitsbedingungenverordnung - PflegeArbbV
- Arbeitnehmer-Entsendegesetz - AEntG
- Mindestlohngesetz – MiLoG
- Richtlinie 96/71/EG

2. Rechtsprechung

- BSG Urteil vom 28.9.2011, B 12 R 17/09 R
- EUGH, Urteil vom 21.2.2018, C-518/15
- BAG, Urteil vom 29.6.2016, 5 AZR 716/15
- OLG Frankfurt, Urteil vom 7.3.2014, 1 WS 179/13