

# **Rechtskonforme Betreuung in den eigenen vier Wänden**

**Regelungen für die Betreuung in häuslicher Gemeinschaft  
(24-Stunden-Betreuung) *de lege lata* und *de lege ferenda***

Gutachten

auf Anfrage des

Bundesministerium für Gesundheit

erstattet durch

Prof. Dr. *Gregor Thüsing* LL.M. (Harvard)  
Direktor des Instituts für Arbeitsrecht und Recht der Sozialen Sicherheit  
Universität Bonn

August 2019

## Gliederung

<b>I. Worum es geht: Recht und Wirklichkeit im Weg aufeinander zu .....</b>	<b>1</b>
<b>II. Wie 24-Stunden-Betreuung funktioniert .....</b>	<b>2</b>
1. Rechtliche Modelle und ihre Verbreitung .....	3
a) Als Arbeitnehmerin im Privathaushalt .....	3
b) Beschäftigung einer selbständigen Pflege- und Betreuungskraft.....	5
c) Als Beschäftigte eines inländischen oder ausländischen Pflegeunternehmens im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung .....	7
d) Als Beschäftigte eines ausländischen Pflegeunternehmens: Geltung des AEntG .....	9
e) Ein erstes Zwischenfazit.....	11
2. Anbieter und Kosten .....	11
a) Ein Überblick .....	11
b) Angebote auf dem Markt.....	12
c) Freigemeinnützige Träger.....	15
aa) Caritas.....	15
bb) Diakonie .....	16
d) Erste Folgerungen .....	18
3. Pflegende: Herkunft, Qualifikation und Sprachkenntnisse .....	18
<b>III. Rechtliche Hürden .....</b>	<b>22</b>
1. Voraussetzungen der Selbständigkeit.....	22
a) Abhängiger Arbeitnehmer und unselbständig Beschäftigter.....	22
b) Kriterien der Abgrenzung nach BAG und BSG.....	23
aa) Die jüngere Rechtsprechung des BSG als Ausgangspunkt .....	23
bb) Instanzgerichtliche Umschau.....	26
cc) Die arbeitsrechtliche Rechtsprechung.....	33

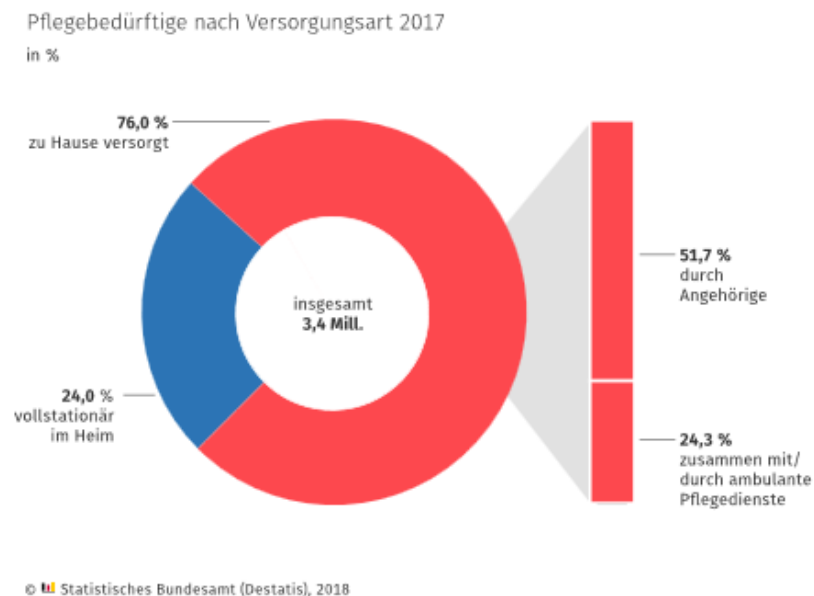
dd) Kritik der Literatur .....	34
ee) Schlussfolgerungen .....	36
ff) Ein Zwischenfazit .....	39
2. Arbeitsrechtlicher Rahmen .....	41
a) Arbeitszeitrecht .....	41
aa) Anwendbarkeit des ArbZG auf die 24-Stunden-Betreuung.....	42
(1) Anforderungen an ein Zusammenleben i.S.d. § 18 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG .....	43
(2) „Gemeinsames Wirtschaften“ sowie „Eigenverantwortlichkeit“ in der Pflege und Betreuung .....	47
(3) Überdies: Vereinbarkeit mit ILO-Übereinkommen Nr. 189 nicht unproblematisch gegeben .....	48
(4) Ein Zwischenfazit .....	49
bb) Regelungen der Arbeitszeit im rechtlichen Rahmen .....	51
(1) Werktägliche Arbeitszeit der Arbeitnehmer .....	51
(2) Rufbereitschaft gilt nicht als Arbeitszeit.....	53
(3) Ruhepausen .....	55
(4) Ruhezeit und Nachtarbeit .....	56
(5) Sonn- und Feiertagsruhe.....	58
(6) Überblick über die arbeitszeitrechtlichen Vorgaben.....	59
b) Mindestlohn .....	60
aa) Unanwendbarkeit der PflegeArbbV.....	60
bb) Allgemeiner Mindestlohn nach dem MiLoG .....	63
3. Kollisionsrechtlicher Rahmen.....	66
a) Arbeits- und Vertragsrecht .....	66
b) Sozialversicherungsrecht .....	67
aa) Der allgemeine Rahmen .....	67
(1) Erfordernis eines Geschäftsfelds im Entsendestaat .....	68

(2) Voraussichtlicher Zeitraum der Entsendung.....	69
(3) Ablöseverbot.....	70
bb) Voraussetzungen und Folgen einer A1-Bescheinigung – Missbräuchliche Zuordnung.....	71
4. Sozialrechtlicher Rahmen .....	73
<b>IV. Perspektiven rechtlichen Handelns.....</b>	<b>74</b>
1. Das österreichische Recht als Vorbild? .....	75
a) Unterschiedliche Modelle zur Inanspruchnahme von 24-Stunden-Betreuung..	76
b) Arbeits- und ruhezeitrechtliche Sonderbestimmungen .....	77
aa) Geltungsbereich des HBeG.....	77
bb) Regelungsinhalt des HBeG .....	78
(1) Arbeitszeit .....	78
(2) Ruhezeiten.....	79
(3) Rechtsfolgen bei Verstoß gegen die Arbeitszeit- und Ruhevorschriften des HBeG .....	80
c) Voraussetzungen für die Gewerbeausübung und den Umfang der ausgeübten Tätigkeit .....	81
aa) Voraussetzungen für die Ausübung des Gewerbes des Personenbetreuers ..	81
(1) Gewerbsmäßig ausgeübte Tätigkeit.....	82
(2) Allgemeine und besondere Voraussetzungen für die Gewerbeausübung.	84
bb) Inhaltlicher Umfang und Grenzen der von den Personenbetreuern ausgeübten Tätigkeiten .....	84
d) Vermittlung von Personenbetreuung .....	87
e) Zwischenfazit.....	88
2. Vorschlag: Konturierung der Selbständigkeit für Arbeits- und Sozialrecht.....	89
a) Erheblicher zeitlicher Rahmen für Aufnahme und Durchführung der Tätigkeit .....	91

b) Überdurchschnittlich hohe Vergütung.....	93
c) Unabhängigkeit von betrieblichen Organisationsstrukturen Dritter .....	94
d) Ein weiteres Zwischenfazit .....	96
3. Schutz auch für Selbständige .....	97
4. Handlungsspielraum im Arbeitszeitrecht – Konkretisierung der Bereichsausnahme des § 18 Abs. 1 ArbZG .....	101
a) Möglichkeit der Abweichung nach Art. 17 Abs. 1 ArbZ-Richtlinie.....	102
b) Möglichkeit der Abweichung nach Art. 17 Abs. 3 der Richtlinie .....	103
c) Ein letztes Zwischenfazit .....	108
5. Handlungsspielraum im Recht des Mindestlohns.....	108
a) Bereitschaftszeit als vergütungspflichtige „Nicht-Arbeitszeit“ .....	108
aa) Derzeitige Rechtsprechung des <i>BAG</i> .....	109
bb) Vorschlag einer Gesetzesänderung: Bereitschaftsdienst ist nicht (vollständig) zu vergüten .....	110
cc) Vorschlag einer normativen Regelung für Bereitschaftsdienst in der Pflege .....	112
b) Alternative für die Praxis: Rahmen für eine Einbettung der Pflegetätigkeit in Rufbereitschaft.....	113
c) Anrechenbarkeit von Kost und Logis .....	116
d) Der Wert von Musterverträgen .....	117
<b>V. Summa.....</b>	<b>120</b>

## I. Worum es geht: Recht und Wirklichkeit im Weg aufeinander zu

Die meisten Menschen – glaubt man den Statistiken und Umfragen – möchten für den Fall der Pflege- und Betreuungsbedürftigkeit zuhause betreut und gepflegt werden: Im vertrauten Umfeld und am liebsten durch vertraute Personen. Dem entspricht es, dass in der Tat die meisten Pflege- und Betreuungsbedürftigen zuhause gepflegt werden, und wer zuhause gepflegt wird, in den meisten Fällen durch die Familie gepflegt wird. Auf den Angehörigen, zumeist den (Ehe-)Partnern, liegt der weitaus größte Teil der Pflege- und Betreuungslast.



1

Mehr und mehr verbreitet sich jedoch auch die Betreuung und Pflege durch „Live-Ins“, durch berufliche Betreuungs- und (seltener) Pflegekräfte, die im Haushalt des zu Pflegenden wohnen und nicht aus familiärer Verbundenheit, sondern zum Erwerb des Lebensunterhalts Pflege- und Betreuungsaufgaben übernehmen.<sup>2</sup> Die stark wachsende

<sup>1</sup> S. etwa die Pflegestatistik 2017, abrufbar unter [file:///C:/Users/GregorHeinrich/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge\\_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/pflege-deutschlandergebnisse-5224001179004.pdf](file:///C:/Users/GregorHeinrich/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/pflege-deutschlandergebnisse-5224001179004.pdf) (letzter Abruf: 25.6.2019); s. auch die Studie „Pflege in den eigenen vier Wänden: Zeitaufwand und Kosten“ der Hans Böckler Stiftung, 2017, abrufbar unter [https://www.boeckler.de/pdf/p\\_study\\_hbs\\_363.pdf](https://www.boeckler.de/pdf/p_study_hbs_363.pdf) (letzter Abruf: 25.06.2019).

<sup>2</sup> Kälble, „Wer nicht in Altenheim will, driftet in die Illegalität ab“, abrufbar unter <https://www.zdf.de/nachrichten/heute/pflegekraefte-aus-ost-europa-100.html> (letzter Abruf: 25.6.2019).

Zahl von Vermittlungsagenturen jedenfalls ist Indiz für die steigende Verbreitung dieser Pflege- und Betreuungsform. Zählte die Stiftung Warentest im Jahr 2009 noch ungefähr 60 Agenturen, betrug die Zahl sieben Jahre später bereits 266.<sup>3</sup> Die Arbeitsbedingungen werden hier sehr unterschiedlich beurteilt<sup>4</sup> und schon ein Blick in die öffentliche Berichterstattung offenbart Skepsis gegenüber dem *Status quo*: Kritisch aufgegriffen wird regelmäßig auch eine mangelnde Rechtssicherheit: „Wer nicht ins Altenheim will, driftet in die Illegalität ab“.<sup>5</sup> Man mag dies als zu plakativ zurückweisen – fest steht jedoch, dass diese Form der Pflege-, Unterstützungs- und Betreuungsleistungen zu rechtlichen Fragen führt, insb. im Arbeitsrecht und im Sozialversicherungsrecht, die viele Menschen verunsichern und die es im Folgenden zu beleuchten gilt.

Terminologisch sei dabei klargestellt: Soweit im Folgenden von Pflegekraft und Pflege die Rede ist, ist dies regelmäßig im weiteren Sinne gemeint. Jegliche Form der Betreuung soll damit erfasst sein. Pflege im engeren Sinne, von qualifizierten Pflegekräften, stellt den weitaus kleineren Teil da, s. auch Abschn II<sub>3</sub> („Qualifikation“) und Abschn. III 4 („Sozialrechtlicher Rahmen“)

## II. Wie 24-Stunden-Betreuung funktioniert

In der „Pflegeszene“ wird zuweilen strikt zwischen Betreuung und Pflege differenziert. Pflege und Betreuung unterscheiden sich in den Aufgaben und Tätigkeiten sowie in den (Qualifikations-)Anforderungen, die an die Pflege- bzw. Betreuungskräfte angelegt werden.<sup>6</sup> Für die rechtliche Beurteilung in arbeits- sowie sozialversicherungs-rechtlicher Hinsicht ergeben sich jedoch insoweit keine Unterschiede. Das Arbeitsrecht knüpft lediglich an die Stellung als Arbeitnehmer bzw. Selbstständiger an; Gleiches gilt für das

---

<sup>3</sup> test, 5/2017, S. 86, 88

<sup>4</sup> S. *Emunds*, JCSW 57 (2016), 199 – 224; *Hoock*, 24 Stunden, 7 Tage die Woche, 900 Euro Gehalt, in: Die Zeit v. 15.5.2016, abrufbar unter <https://www.zeit.de/karriere/beruf/2016-05/pflege-pflegekraefte-osteuropa-arbeitsbedingungen-deutschland> (letzter Abruf: 25.6.2019); *Ittner*, Häusliche Pflege-Ausbeutung, abrufbar unter <https://gesundheit-soziales.verdi.de/service/drei/drei-59/++co++ec33b8a8-d377-11e6-954c-525400b665de> (letzter Abruf: 25.6.2019); s. auch die Kleine Anfrage im Deutschen Bundestag zu Arbeitsbedingungen von im Haushalt lebenden Pflegekräften, BT-Drucks. 19/6392.

<sup>5</sup> *Kälble*, „Wer nicht ins Altenheim will, driftet in die Illegalität ab“, abrufbar unter <https://www.zdf.de/nachrichten/heute/pflegekraefte-aus-ost-europa-100.html> (letzter Abruf: 25.6.2019).

<sup>6</sup> Vgl. dazu auch Gliederungspunkt II. 3.

Sozialversicherungsrecht. Dies rechtfertigt auch eine gemeinsame Untersuchung: Die Begriffe Betreuungs- und Pflegekraft sind im Folgenden daher synonym und entsprechend dem allgemeinen Sprachgebrauch umfassend zu verstehen und soll neben Pflegekräften im engeren Sinne auch Betreuungskräfte mitumfassen – wobei die tatsächlichen Unterschiede zwischen Pflege- und Betreuungskräften dem Autor im Bewusstsein sind und nicht verkannt werden sollen.

## **1. Rechtliche Modelle und ihre Verbreitung**

Bemüht man sich um eine Ordnung des Vorhandenen, so wird man im Bereich der 24-Stunden-Betreuung im Wesentlichen vier vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten grob unterteilen können<sup>7</sup>:

1. das „klassische“ Arbeitgebermodell, bei der der zu Pflegenden/Betreuenden oder ein Angehöriger Arbeitgeber ist (dazu a),
2. die Beschäftigung einer selbständigen Pflegekraft/Betreuungskraft, die als Einzelunternehmer für den zu Pflegenden/Betreuenden tätig wird (dazu b),
3. der Einsatz von bei inländischen oder ausländischen Pflegeunternehmen angestellten Pflege- bzw. Betreuungskräften, die zur Arbeitsleitung dem Pflegenden überlassen werden (dazu c),
4. der Einsatz von bei inländischen oder ausländischen Pflegeunternehmen angestellten Pflege-/Betreuungskräften, die als Arbeitnehmer eines Drittunternehmens ohne Arbeitnehmerüberlassung tätig werden (dazu d).

### **a) Als Arbeitnehmerin im Privathaushalt**

Die rechtlich am einfachsten strukturierte Form ist der Einsatz einer Betreuungskraft, die vom zu Pflegenden als Arbeitnehmer/-in im Haushalt beschäftigt wird. Hier schließt

---

<sup>7</sup> Alternative Unterteilung bei *Bucher*, Rechtliche Ausgestaltung der 24-h-Betreuung durch ausländische Pflegekräfte in deutschen Privathaushalten, 2018; *Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags*, Sachstand: 24-Stunden-Pflege in Privathaushalten durch Pflegekräfte aus Mittel- und Osteuropa, abrufbar unter <https://www.bundestag.de/resource/blob/480122/e1e7b32064927dbba950d380980b6c3f/WD-6-078-16-pdf-data.pdf> (letzter Abruf: 25.6.2019).



die Betreuungskraft einen Arbeitsvertrag unmittelbar mit dem jeweiligen Arbeitgeber im Privathaushalt. Arbeitgeber ist hier der Pflegebedürftigen selbst oder ggf. auch ein Dritter, etwa ein naher Angehöriger.

Für die Vermittlung der Pflegekräfte stehen dann unterschiedliche Wege offen: Zum Teil bieten Pflegeunternehmen bzw. Vermittlungsagenturen an, den Kontakt zu einer Betreuungskraft herzustellen (selten), zum Teil erfolgt die Vermittlung über die Bundesagentur für Arbeit,<sup>8</sup> über freigemeinnützige Träger<sup>9</sup> oder auf privatem Wege.

Nicht selten erfolgt die Beschäftigung dabei in einem sogenannten Tandemmodell: In diesem Fall werden Arbeitsverträge mit mehreren Pflegekräften abgeschlossen, die dann jeweils für einen vorab bestimmten Zeitraum die 24-Stunden-Betreuung übernehmen und sich sodann untereinander abwechseln. Im Arbeitsvertrag wird die regelmäßige wöchentliche oder monatliche Arbeitszeit der Betreuungskraft festgelegt sowie eine Aufteilung in Arbeitszeit im engeren Sinne (Vollarbeit), in Bereitschaftszeit und in Freizeit vorgenommen.

Folge dieses Modells ist der vollständige Schutz der Betreuungskraft durch Arbeits- und Sozialrecht:

- Der Arbeitgeber ist verpflichtet, die Betreuungskraft in der Sozialversicherung und der Arbeitslosenversicherung zu versichern.
- Im Falle der Arbeitsunfähigkeit der Betreuungskraft muss der Arbeitgeber für die Zeit der Arbeitsunfähigkeit ggf. selbst eine Ersatzkraft organisieren.<sup>10</sup>
- Der Arbeitgeber ist nach Maßgabe des Entgeltfortzahlungsgesetzes auch im Falle der Arbeitsunfähigkeit zur Entgeltfortzahlung verpflichtet.
- Die Betreuungskraft ist Arbeitnehmerin, sodass das Mindestlohngesetz Anwendung findet; § 1 Abs. 1 MiLoG.

---

<sup>8</sup> Siehe dazu etwa [https://con.arbeitsagentur.de/prod/apok/ct/dam/download/documents/vordruck-haushaltshilfen\\_ba015981.pdf](https://con.arbeitsagentur.de/prod/apok/ct/dam/download/documents/vordruck-haushaltshilfen_ba015981.pdf) (letzter Abruf: 20.5.2019).

<sup>9</sup> Siehe dazu unter Gliederungspunkt II. 2. c).

<sup>10</sup> Vgl. auch *Knopp*, NZA 2015, 851 (852).

- Der Arbeitnehmer hat einen Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub, § 1 BUrlG.

Dieses sogenannte „Arbeitgebermodell“ wird vorwiegend von freigemeinnützigen Trägern sowie im Fall der Vermittlung durch die Bundesagentur für Arbeit verwendet.<sup>11</sup>

## **b) Beschäftigung einer selbständigen Betreuungskraft**

Im klaren Gegensatz dazu steht eine 24-Stunden-Betreuung, bei der die Betreuungskraft als Selbständige handelt. Dann wird zwischen dem Pflegebedürftigen (oder einer dritten Person) und der Betreuungskraft ein Dienstleistungsvertrag i.S.d. § 611 BGB geschlossen, der nicht die Merkmale eines Arbeitsvertrags – insbesondere nicht das Merkmal der persönlichen Abhängigkeit – gemäß § 611a BGB erfüllt und auch keine Beschäftigung nach § 7 SGB IV darstellt.

Strukturell ausgeschlossen ist das nicht. Das Bundessozialgericht stellte etwa in seiner Entscheidung vom 28.9.2011 ausdrücklich fest, dass die Beschäftigung einer Betreuungskraft sowohl in einem Arbeitsverhältnis, als auch in einem selbständigen Dienstverhältnis denkbar ist.<sup>12</sup> Entscheidend für das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit ist jedoch nicht die Bezeichnung, sondern die tatsächliche Handhabung.<sup>13</sup> Die als Selbständige beschäftigte Betreuungskraft darf nicht den Weisungen des Dienstherrn unterliegen.<sup>14</sup>

Die Tätigkeit der 24-Stunden-Betreuungskraft wird mangels erforderlicher Fachausbildung und höherer Qualifikation<sup>15</sup> nicht als Heilberuf eingeordnet, sondern

---

<sup>11</sup> Siehe dazu unter Gliederungspunkt II. 2.

<sup>12</sup> BSG v. 28.9.2011 – B 12 R 17/09 R, BeckRS 2012, 67108 (Rn. 17); auf gleicher Linie sodann LSG Mecklenburg-Vorpommern v. 18.2.2015 – L 7 R 225/11, *juris*; LSG Baden-Württemberg v. 19.7.2017 – L 2 R 3158/16, Rn. 60, *juris*. Ausführlich hierzu s. Gliederungspunkt III. 1. b).

<sup>13</sup> Vgl. BSG v. 18.11.2015 – B 12 KR 16/13 R, NJOZ 2016, 666 (670)., siehe auch ausführlich unter Gliederungspunkt III. 1.

<sup>14</sup> Zur Möglichkeit der Selbständigkeit einer Pflegekraft siehe BSG v. 28.9.2011 – B 12 R 17/09 R, BeckRS 2012, 67108.; siehe dazu ausführlich unten unter Gliederungspunkt III 1.

<sup>15</sup> Vgl. zur Abgrenzung zwischen freien Berufen und Gewerbe Landmann/Rohmer/Eisenmenger, GewO, 80. EL Januar 2019, § 1 Rn. 44 ff.

als hauswirtschaftliche Tätigkeit, sodass es sich bei selbständiger Tätigkeit um ein gem. § 14 Abs. 1 S. 1 GewO anmeldepflichtiges Gewerbe handelt – und nicht etwa um eine freiberufliche Tätigkeit.<sup>16</sup> Die Betreuungskraft ist selbst für die Einhaltung der gewerbe- und steuerrechtlichen Vorgaben verantwortlich.<sup>17</sup>

Für den Pflegebedürftigen und seine Angehörigen hat die vorbenannte rechtliche Ausgestaltung folgende Konsequenzen:

- Es besteht ein geringerer Verwaltungsaufwand für den Pflegebedürftigen und seine Angehörigen, namentlich hat die Betreuungskraft selbst für einen ausreichenden Versicherungsschutz zu sorgen.
- Im Falle der Arbeitsunfähigkeit der Betreuungskraft ist diese selbst für die Deckung des Pflegebedarfs durch eine qualifizierte Ersatzkraft verantwortlich.
- Die Betreuungskraft kann, im Rahmen der vertraglichen Vereinbarungen, eine Ersatzkraft stellen, wenn eine persönliche Leistungserbringung nicht vereinbart wurde. Das Entgeltfortzahlungsgesetz findet keine Anwendung. Im Falle der Arbeitsunfähigkeit ohne Stellung einer Ersatzkraft muss die Betreuungskraft nicht vergütet werden.
- Das Mindestlohngesetz findet keine Anwendung.<sup>18</sup> Die Höhe des Honorars bestimmt sich nach der jeweiligen Vereinbarung zwischen Betreuungskraft und Privathaushalt.
- Das Bundesurlaubsgesetz findet keine Anwendung.<sup>19</sup> Es besteht kein Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub.
- Der Pflegebedürftige und seine Angehörigen sind nicht befugt, der Betreuungskraft Weisungen hinsichtlich Inhalt, Zeit, Ort und Art und Weise der Durchführung der Pflegeleistung zu erteilen, in einer Dichte, die zur

---

<sup>16</sup> Landmann/Rohmer/Marcks, GewO, 80. EL Januar 2019 § 14 Rn. 26e m.w.N.

<sup>17</sup> Fuchs, NZA 2010, 980 (985); Körner, NZS 2011, 370 (373).

<sup>18</sup> Siehe § 1 Abs. 1 MiLoG, der an den Arbeitnehmerbegriff anknüpft.

<sup>19</sup> Siehe § 1 BUrlG, der an den Arbeitnehmerbegriff anknüpft.

persönlichen Abhängigkeit und unselbständigen Beschäftigung führt. Es besteht damit das Risiko der Scheinselbständigkeit, dazu Abschn. III 1.

### **c) Als Beschäftigte eines inländischen oder ausländischen Pflegeunternehmens im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung**

Neben dem Vertrag mit der Betreuungskraft selber – als Arbeitnehmerin oder Selbständige – besteht die Möglichkeit, dass eine Betreuungskraft, die als Arbeitnehmerin bei einem inländischen oder ausländischen Pflegeunternehmen angestellt ist und von diesem dann an die zu pflegende Person überlassen und in dessen Privathaushalt eingesetzt wird. In dieser Konstellation liegen demnach mehrere Verträge vor: Es besteht der Arbeitsvertrag zwischen Pflegeunternehmen und Betreuungskraft sowie die Vereinbarung zwischen Pflegeunternehmen und Privathaushalt.

#### **(1) Geltung des AÜG**

Diese Form des Einsatzes wird oftmals mit einer Arbeitnehmerüberlassung verbunden sein. Im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung überträgt der Verleiher das ihm aufgrund des Arbeitsvertrags bestehende Weisungsrecht auf den Entleiher,<sup>20</sup> sodass auch hier im Gegensatz zum Modell der Selbständigkeit die Möglichkeit besteht, der Betreuungskraft umfassend im Rahmen der vertraglichen Grenzen Weisungen zu erteilen. Arbeitnehmerüberlassung liegt vor, wenn ein Arbeitgeber – Verleiher – einem Dritten – Entleiher – aufgrund vertraglicher Vereinbarung vorübergehend bei ihm angestellte Arbeitnehmer oder Angestellte – Leiharbeiter – zur Verfügung stellt, und diese vom Entleiher nach eigenen Vorstellungen und Zielen in seinem Betrieb wie eigene Arbeitnehmer eingesetzt werden.<sup>21</sup> Sind diese Voraussetzungen erfüllt, sind die Vorgaben des AÜG zu beachten. Insbesondere müssen Arbeitnehmerüberlassungsverträge zwischen Verleiher und Entleiher von

---

<sup>20</sup> Nachweise BeckOK ArbR/Kock, 51. Ed. 1.3.2019, § 1 AÜG Rn. 21; Thüsing/Thüsing, AÜG, 4. Aufl. 2018, Einf. Rn. 1.

<sup>21</sup> Thüsing/Thüsing, AÜG, 4. Aufl. 2018, Einf. Rn. 1.

Leiharbeitnehmern gem. § 1 Abs. 1 S. 4 AÜG in der Vertragsurkunde ausdrücklich als solche bezeichnet werden. Weiterhin besteht gem. § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG eine Erlaubnispflicht. Liegt ein Verstoß gegen das Formerfordernis oder gegen die Erlaubnispflicht vor, greift § 10 Abs. 1 AÜG ein: Es wird ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer begründet. Im Ergebnis führt dies zur unter a. beschriebenen Konstellation: Die Betreuungskraft wäre als Arbeitnehmerin unmittelbar im Privathaushalt beschäftigt.

Die Vergütung erhält die Betreuungskraft durch ihren Arbeitgeber, d.h. durch das verleihende Pflegeunternehmen, vgl. § 10 Abs. 4 AÜG. So werden auch die erforderlichen Sozial- und Arbeitslosenversicherungsbeiträge von dem Pflegeunternehmen direkt abgeführt. Der entleihende Privathaushalt ist hingegen verpflichtet, die sog. Überlassungsvergütung an das Pflegeunternehmen zu zahlen.<sup>22</sup>

Ein wichtiges Merkmal dieser Gestaltungsmöglichkeit ist auch, dass das Risiko der Arbeitsunfähigkeit das Pflegeunternehmen, nicht aber den Privathaushalt trifft: Im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung trägt der Verleiher das „Beschaffungsrisiko“, er ist verpflichtet, dem Entleiher für den gesamten Überlassungszeitraum eine geeignete Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen.<sup>23</sup> Bezieht sich der Vertrag auf eine bestimmte Betreuungskraft, entfällt der Anspruch des Pflegeunternehmens auf die Überlassungsvergütung. Ist nur die Überlassung einer nicht weiter bestimmten Betreuungskraft geschuldet, muss das Pflegeunternehmen (soweit nicht anders vereinbart) im Falle der Arbeitsunfähigkeit eine Ersatzkraft stellen. Sollte sich die Betreuungskraft als ungeeignet erweisen, trägt das Pflegeunternehmen auch dieses Risiko. Der entleihende Privathaushalt kann grundsätzlich Auswechslung verlangen.<sup>24</sup>

Die wöchentliche Arbeitszeit der Betreuungskraft richtet sich nach den Vorgaben des Pflegeunternehmens, wie sie im Arbeitsvertrag festgeschrieben sind. Auch im Rahmen

---

<sup>22</sup> Schüren/Hamann/Schüren, AÜG, 5. Aufl. 2018, Einl. § 353.

<sup>23</sup> MüHdbArbR/Schüren, 4. Aufl. 2018, § 145 Rn. 44, 49.

<sup>24</sup> Vgl. dazu MüHdbArbR/Schüren, 4. Aufl. 2018, § 145, Rn. 47.

dieses Modells erfolgt häufig die Beschäftigung mehrerer Pflegekräfte im Tandemmodell.

Im Vergleich zu vorstehenden Modellen bedeutet dies:

- Der Pflegebedürftige bzw. seine Angehörigen können der Betreuungskraft – in Abgrenzung zum Falle ihrer selbständigen Tätigkeit und entsprechend dem Arbeitgebermodell – Weisungen erteilen.
- Im Vergleich zur Anstellung der Betreuungskraft als Arbeitnehmerin im Privathaushalt besteht geringerer Verwaltungsaufwand, da die Pflicht zur Abführung der Sozialversicherungsbeiträge das verleihende Pflegeunternehmen trifft.
- Das Risiko des krankheitsbedingten Ausfalls der Betreuungskraft ist dadurch abgedeckt, dass entweder keine Vergütung an das Pflegeunternehmen zu zahlen ist oder Anspruch auf Überlassung einer Ersatzkraft besteht.
- Die Vorgaben des § 1 Abs. 1 AÜG sind zu beachten, da sonst ein Arbeitsverhältnis zwischen der Privatperson und der Betreuungskraft entstehen kann; § 8 Abs. 1 AÜG.

#### **d) Als Beschäftigte eines ausländischen Pflegeunternehmens: Geltung des AEntG**

Nur eine Variante des zuletzt genannten Modells ist das sog. „Entsendemodell“, bei der die angestellte Betreuungskraft aus dem Ausland kommt. Auch hier bestehen zwei voneinander abzugrenzende vertragliche Beziehungen: Zwischen dem Pflegeunternehmen mit Sitz im europäischen Ausland und der ausländischen Betreuungskraft liegt ein Arbeitsverhältnis vor; zwischen dem Pflegeunternehmen unter der Privatperson besteht ein Vermittlungsvertrag. Zumeist ist eine deutsche Vermittlungsagentur zwischengeschaltet, die den Kontakt zwischen dem ausländischen Unternehmen und der Privatperson herstellt.

Aus dem grenzüberschreitenden Sachverhalt ergeben sich Besonderheiten: Begrifflich handelt es sich um eine Arbeitnehmerentsendung im Sinne des

Arbeitnehmerentsendegesetzes<sup>25</sup>, weil Arbeitnehmer eines ausländischen Unternehmens in Deutschland tätig werden. Die Branchen, auf die das Arbeitnehmerentsendegesetz Anwendung findet, sind in demselben abschließend aufgezählt. Hierzu zählt auch die Pflegebranche, die definiert wird als:

„Betriebe und selbstständige Betriebsabteilungen, die überwiegend ambulante, teilstationäre oder stationäre Pflegeleistungen oder ambulante Krankenpflegeleistungen für Pflegebedürftige erbringen (Pflegebetriebe). Keine Pflegebetriebe im Sinne des Satzes 2 sind Einrichtungen, in denen die Leistungen zur medizinischen Vorsorge, zur medizinischen Rehabilitation, zur Teilhabe am Arbeitsleben oder am Leben in der Gemeinschaft, die schulische Ausbildung oder die Erziehung kranker oder behinderter Menschen im Vordergrund des Zweckes der Einrichtung stehen, sowie Krankenhäuser.“ - § 10 AEntG.

Dies erfasst indes nicht die häusliche Pflege im Rahmen der 24-Stunden-Betreuung, sodass die in der aufgrund von § 11 AEntG erlassenen Pflegearbeitsbedingungenverordnung festgelegten Mindestarbeitsbedingungen keine Anwendung finden.<sup>26</sup>

Allerdings finden die in § 2 AEntG aufgeführten Rechts- und Verwaltungsvorschriften zwingend auch auf die Arbeitsverhältnisse Anwendung, die zwischen einem im Ausland ansässigen Arbeitgeber und seinen im Inland beschäftigten Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen geschlossen werden – insoweit sind für Pflegekräfte ausländischer Pflegeunternehmen insbesondere die Vorschriften des Mindestlohngesetzes und des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes zu beachten. Weiterhin muss nachgewiesen werden, dass die Betreuungskraft ausreichend sozialversichert ist. Es muss festgelegt werden, welchem Staat die Betreuungskraft sozialversicherungsrechtlich zugeordnet ist.<sup>27</sup> Dies erfolgt durch Ausstellung einer sog. A1-Bescheinigung<sup>28</sup>. Zumeist wird die

---

<sup>25</sup> Das ist der Fall, wenn ein Arbeitnehmer aufgrund einer Weisung seines Arbeitgebers vorübergehend in einem fremden Staat und/oder Unternehmen tätig wird, vgl. Küttner/Röller, Personalhandbuch 2019, Arbeitnehmerentsendung, Rn. 1.

<sup>26</sup> Brors/Böning, NZA 2015, 846 (847).

<sup>27</sup> Brors/Böning, NZA 2015, 846 (847).

<sup>28</sup> Vgl. hierzu Art. 19 Abs. 2 i.V.m. Art. 12 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.9.2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der

Betreuungskraft in ihrem Heimatland sozialversichert sein, sodass die Sozialversicherungspflicht in Deutschland entfällt.<sup>29</sup>

Neben diesen Besonderheiten aufgrund des grenzüberschreitenden Sachverhalts ergeben sich die gleichen Folgen für den Privathaushalt wie unter c. beschrieben.

### **e) Ein erstes Zwischenfazit**

Die Modelle führen zu unterschiedlichen Vertragsgestaltungen und daran anknüpfenden Rechtsproblemen. Wichtigste Weichenstellung ist dabei die umfassende Weisungsgebundenheit und die Unselbständigkeit des Pflegenden, die zur sozialversicherungspflichtigen abhängigen Beschäftigung bzw. Arbeitnehmereigenschaft führt. Dabei kann der Arbeitgeber dann der zu Pflegende selbst oder ein Drittunternehmen sein, das ggf. seinerseits das Weisungsrecht auf den zu Pflegenden im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung überträgt. Wird die Betreuungskraft demgegenüber als Selbständige tätig, dann hat sie keinerlei Schutz des Arbeits- und Sozialrecht.

## **2. Anbieter und Kosten**

Die Modelle, in denen eine 24-Stunden-Betreuung ausgestaltet sein kann, sind also vielfältig, und ebenso vielfältig ist, was in Deutschland am Markt tatsächlich angeboten wird und welche Kosten für die Pflege jeweils anzulegen sind.

### **a) Ein Überblick**

Nach Angaben der Bundesregierung liegen für die Bundesrepublik keine belegten Zahlen dafür vor, wie viele osteuropäische Haushaltshilfen und Pflegekräfte in Privathaushalten tätig sind. Auch ich habe keine Zahlen gefunden. Schätzungen jedoch

---

Verordnung (EG) Nr. 883/2004 in der durch die Verordnung (EU) Nr. 1244/2010 der Kommission vom 9.12.2010 geänderten Fassung.

<sup>29</sup> Siehe hierzu ausführlich unter Gliederungspunkt III. 3. b).



belaufen sich auf 100.000 bis 330.000 Haushaltshilfen und Pflegekräften in Privathaushalten.<sup>30</sup> Der Einsatz osteuropäischer Pflegekräfte in deutschen Haushalten wird dabei zuweilen als „grauer Markt“ bezeichnet: Die Betreuungskraft erbringt eine ihrem Wesen nach legale Dienstleistung, deren konkrete Ausgestaltung jedoch oftmals nicht mit geltenden Rechtsvorschriften vereinbar ist.<sup>31</sup> Zu denken ist insoweit konkret an die Frage nach der Arbeitnehmer- und Beschäftigeneigenschaft der Betreuungskraft<sup>32</sup> sowie – soweit dies zu bejahen ist – an gesetzliche Regelungen der Arbeitszeit<sup>33</sup> und der Einhaltung des Mindestlohns sowie an die sozialrechtliche Vorgaben.<sup>34</sup>

## **b) Angebote auf dem Markt**

Der Pflegemarkt ist dabei vielfältig: Wie bereits eingangs erwähnt, stieg die Zahl der Vermittlungsagenturen nach Angaben der Stiftung Warentest seit 2009 von 60 auf 266.<sup>35</sup> Dies deckt sich mit den Angaben des Statistischen Bundesamts, die einen deutlichen Anstieg der Pflegebedürftigen in den letzten Jahren verzeichnen.<sup>36</sup>

---

<sup>30</sup> BT-Drucks. 18/10210, S. 205 mit Verweis auf Verdi 2014, so auch *Bucher*, Rechtliche Ausgestaltung der 24-h-Betreuung durch ausländische Pflegekräfte in deutschen Privathaushalten 2018, Fn. 6.

<sup>31</sup> So auch BT-Drucks. 18/10210, S. 205 mit Verweis auf Verdi 2014; zum Begriff des „grauen Marktes“ auch *Bucher*, Rechtliche Ausgestaltung der 24-h-Betreuung durch ausländische Pflegekräfte in deutschen Privathaushalten 2018, S. 22, m.w.N., die ebenfalls die Begriffe „rechtliche Grauzone“ oder „Schattenzone“ verwendet.

<sup>32</sup> Siehe dazu ausführlich unter Gliederungspunkt III. 1.

<sup>33</sup> Siehe dazu ausführlich unter Gliederungspunkt III. 2. a).

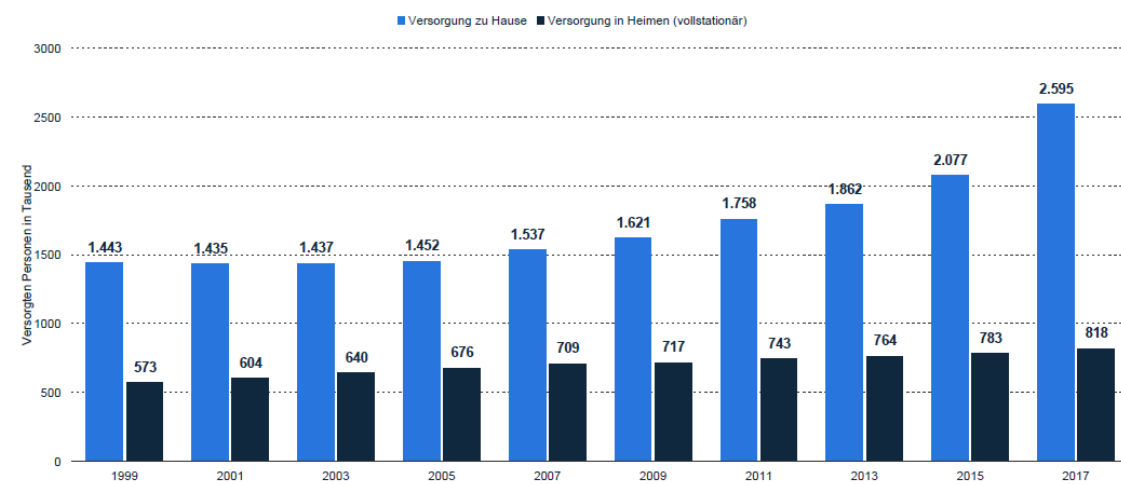
<sup>34</sup> Siehe dazu insbesondere unter Gliederungspunkt III. 3. b).

<sup>35</sup> *test* 5/2017, S. 86, 88.

<sup>36</sup> *Statistisches Bundesamt*, 2017, Anzahl der zu Hause sowie in Heimen versorgten Pflegebedürftigen in Deutschland in den Jahren 1999 bis 2017, in: *Statista*, Dossier „Pflege in Deutschland“, S. 10.

## Anzahl der zu Hause sowie in Heimen versorgten Pflegebedürftigen in Deutschland in den Jahren 1999 bis 2017 (in 1.000)

Pflege - Versorgung von Pflegebedürftigen zu Hause und in Heimen bis 2017



Die Kosten für eine häusliche Betreuungskraft sind dabei von mehreren Faktoren abhängig. Von Vermittlungsagenturen und Pflegedienstleister werden dabei die folgenden Faktoren aufgeführt:

- Pflegegrad,
- Anzahl der Pflegebedürftigen,
- (Anzahl der) Nachteinsätze,
- Vorhandensein von Haustieren,
- Deutschkenntnisse der Pflegekraft,
- Fachliche Qualifikation der Pflegekraft,
- Vorliegen eines Pkw-Führerscheins.<sup>37</sup>

Nach Angaben einer Untersuchung der Stiftung Warentest aus dem Jahr 2017 beträgt die Preisspanne zwischen EUR 1.470 und 3.400 für eine osteuropäische Pflegekraft monatlich.<sup>38</sup> Die Homepages der Anbieter weisen aktuell etwas höhere Kosten aus. Beispielhaft – ohne jeglichen Anspruch auf Repräsentativität – lässt sich dies etwa an den Anbietern *Pflege zu Hause Knüffel* oder *Brinkmann Pflegevermittlung* erkennen.

<sup>37</sup> Siehe dazu beispielhaft: <https://www.pflege-durch-angehoerige.de/haeusliche-pflege/finanzierung-24-stunden-pflege/> (letzter Abruf: 25.6.2019); <https://www.vitalassist.de/preise-2/> (letzter Abruf: 25.6.2019); <https://seniorenhelfer-agentur24.de/kosten> (letzter Abruf: 25.6.2019); <https://jacura.de/Kosten-24h-Betreuung.html> (letzter Abruf: 25.6.2019).

<sup>38</sup> test, 5/2017, 86, 88 und auch die Tabelle auf S. 92.f.

*Pflege zu Hause Knüffel* wurde mit monatlichen Betreuungskosten in Höhe von EUR 2.000 – 2.550 monatlich aufgeführt (2017),<sup>39</sup> die Homepage weist aktuell (Stand: Juni 2019) Kosten – je nach Deutschkenntnissen – ab EUR 2.200 – 2.600 pro Monat aus.<sup>40</sup> Gleiches gilt für *Brinkmann Pflegevermittlung*: In der Untersuchung der Stiftung Warentest wurden Kosten in Höhe von EUR 1.930 – 2.500 angegeben.<sup>41</sup> Aktuell (Stand: Juni 2019) weist die Homepage des Unternehmens einen Einstiegspreis ab ca. EUR 1.950 auf. Gleichfalls liegen die Kosten für eine von *Hausengel* vermittelte selbständige Pflegekraft – in der Untersuchung von Stiftung Warentest mit monatlich EUR 1.700 – 2.200 angeben – nach eigener Auskunft aktuell (Stand: Juni 2019) bei EUR 1.800 pro Monat, zzgl. Kost und Logis.<sup>42</sup> Die Beschäftigung einer deutschen Pflegekraft blieb in der Untersuchung von Stiftung Warentest unberücksichtigt. Dies wird zwar auch angeboten, die Preise werden jedoch nur auf entweder nur auf Anfrage mitgeteilt<sup>43</sup> oder liegen deutlich über den Kosten für eine osteuropäische Pflegekraft. So bietet etwa die *Deutsche Seniorenbetreuung* die Vermittlung einer selbstständigen Pflegekraft an – die Kosten belaufen sich ab EUR 4.800 monatlich (Stand: Juni 2019).<sup>44</sup>

Die Auswahl des Pflegemodells kann ebenfalls Auswirkungen Kosten haben – die Preisunterschiede zwischen den jeweiligen Modellen können dabei jedoch von geringerer Höhe sein. Exemplarisch soll die Übersicht der *Deutschen Seniorenbetreuung OHG* herangezogen werden.<sup>45</sup> Demnach liegen die Kosten bei

- im Entsendemodell ab EUR 2.250,
- im Arbeitnehmermodell ab EUR 2.150 sowie

---

<sup>39</sup> *test*, 5/2017, 86, 92.

<sup>40</sup> Eigene Angaben der *Pflege zu Hause Knüffel GmbH*, abrufbar unter: <https://www.pflegezuhause.info/kosten/kostenuebersicht/> (letzter Abruf: 25.6.2019).

<sup>41</sup> *test*, 5/2017, 86, 92.

<sup>42</sup> Eigene Angaben der *Hausengel Holding AG*, abrufbar unter <https://www.hausengel.de/24h-betreuung/> (letzter Abruf: 25.6.2019).

<sup>43</sup> So etwa *Toll-Betreuung und Pflege GmbH & Co. KG*, abrufbar unter <https://www.toll-betreuung.de/24-stunden-pflege/> (letzter Abruf: 25.6.2019).

<sup>44</sup> Eigene Angaben der *Deutschen Seniorenbetreuung OHG*, abrufbar unter: <https://www.deutsche-seniorenbetreuung.de/preise/>, Reiter: Selbstständige/freiberufliche Pflegekraft aus Deutschland (letzter Abruf: 25.6.2019).

<sup>45</sup> Siehe dazu die Tabelle der *Deutschen Seniorenbetreuung OHG*, abrufbar unter <https://www.deutsche-seniorenbetreuung.de/preise/> (letzter Abruf: 25.6.2019).

- für eine selbstständige Pflegekraft aus Osteuropa ab EUR 2.100.

### c) Freigemeinnützige Träger

Neben den bisher aufgeführten in privater Trägerschaft befindlichen Pflegediensten, wird auch von freigemeinnützigen Trägern eine 24-Stunden-Betreuung angeboten. Die bedeutendsten Anbieter von 24-Stunden-Betreuung unter den Träger der freien Wohlfahrtspflege einschließlich der Religionsgemeinschaften sind der Deutsche Caritasverband sowie das Deutsche Diakonische Werk. Beide bieten die Vermittlung von Pflegekräften ausschließlich im Arbeitgebermodell an.

#### aa) Caritas

Der *Deutsche Caritasverband* ist der Wohlfahrtsverband der römisch-katholischen Kirche in Deutschland. In einigen Regionen Deutschlands vermitteln die Caritasverbände im Rahmen des Projekts *Caritas 24 – zuhause gut betreut* bzw. *CariFair* geeignete Pflege- und Betreuungskräfte.<sup>46</sup> Hierbei beraten die polnischen Caritasverbände die potentiellen Pflegekräfte zu Beschäftigungsmöglichkeiten in Deutschland, während die deutschen Caritasverbände die Beratung des Pflegebedürftigen sowie die Vermittlung übernehmen.<sup>47</sup>

Die Beschäftigung der Pflege- und Betreuungskräfte erfolgt ausschließlich im Arbeitgebermodell.<sup>48</sup> Hierbei wird ausdrücklich betont, dass keine tatsächliche 24-Stunden-Betreuung stattfindet:

„Eine Haushalts- und Betreuungskraft im Angebot CariFair arbeitet durchschnittlich 38,5 Stunden in der Woche. Sie hat Anspruch auf freie Zeit, die sie nach eigenen Vorstellungen außerhalb des Hauses verbringen kann. Dazu gehören mindestens ein freier Tag in der

---

<sup>46</sup> <https://www.caritas.de/hilfeundberatung/ratgeber/alter/pflege/haushaltshilfen-legal-beschaeftigen> (letzter Abruf: 25.6.2019).

<sup>47</sup> <https://carifair.de/fuer-traeger-einrichtungenund-dienste-der-caritas/aufgaben-caritasverbaende/> (letzter Abruf: 25.6.2019).

<sup>48</sup> <https://carifair.de/fuer-pflegebeduerftigeund-angehoerige/arbeitsverhaeltnis/> (letzter Abruf: 13.5.2019).

Woche und regelmäßige Pausen. (...) Bei einer 6-Tage-Woche hat die Betreuungskraft Anspruch auf bezahlten Urlaub von 36 Tagen im Jahr bzw. 3 Tagen im Monat.“<sup>49</sup>

Der Verdienst der Pflegekraft basiert auf dem Tarifvertrag für die Beschäftigung in Privathaushalten, d.h. je nach Bundesland belaufen sich die Kosten auf 1.750,00 € bis 1.870,00 € Bruttogehalt zzgl. ca. 450,00 € Arbeitgeberanteil zur Sozialversicherung und 122,00 € für die Begleitung durch eine Koordinatorin ab dem zweiten Monat (im ersten Monat: 582,00 €).<sup>50</sup> Mithin bestehen regelmäßig Gesamtkosten von mindestens **2.322 € im Monat.**

#### Mit diesen Kosten müssen Sie rechnen

##### Monatlich

Der Verdienst basiert auf dem [Tarifvertrag](#) für die Beschäftigung in Privathaushalten, der zwischen dem DHB-Netzwerk Haushalt und der Gewerkschaft Nahrungs-Genuss-Gaststätten abgeschlossen wird und in den einzelnen Bundesländern variiert.

1.750,00 € bis 1.870,00 € Bruttogehalt gemäß Tarifvertrag plus ca. 450,00 € Arbeitgeberanteil zur Sozialversicherung

122,00 € für die Begleitung durch die Koordinatorin ab dem zweiten Monat (im ersten Monat: 582,00 €)

32,73 € Gehaltsabrechnung durch die Zentrale Gehaltsabrechnungsstelle des Caritasverbandes für das Erzbistum Paderborn e.V. (auf Wunsch)

##### Jährlich

35,00–70,00 € Gesetzliche Unfallversicherung (je nach Bundesland)

##### Unregelmäßig

120,00–180,00 € An- und Abreisekosten (gemäß Beleg)

Siehe unter: <https://carifair.de/fuer-pflegebeduerftigeund-angehoerige/kosten/> (letzter Abruf: 13.5.2019).

Der Deutsche Caritasverband empfiehlt die zusätzliche Betreuung durch einen ambulanten Pflegedienst und bietet die Vermittlung von Kurzzeitpflege für die Zeit des Urlaubs der Pflege- und Betreuungskraft an.<sup>51</sup>

## bb) Diakonie

Die *Diakonie* ist der Wohlfahrtsverband der Evangelischen Kirche in Deutschland. Bei dem Projekt „FairCare“ handelt es sich um ein Programm des Vereins für Internationale

<sup>49</sup> <https://carifair.de/fuer-pflegebeduerftigeund-angehoerige/arbeitsverhaeltnis/> (letzter Abruf: 25.6.2019).

<sup>50</sup> <https://carifair.de/fuer-pflegebeduerftigeund-angehoerige/kosten/> (letzter Abruf 25.6.2019).

<sup>51</sup> <https://www.caritas.de/hilfeundberatung/ratgeber/alter/pflege/haushaltshilfen-legal-beschaeftigten> (letzter Abruf: 13.5.2019).

Jugendarbeit im Verbund der Diakonie.<sup>52</sup> Die Vermittlung der Pflegekräfte erfolgt im Arbeitgebermodell durch Diakonie- und Sozialstationen vor Ort. Gehaltsabrechnungen und Meldungen bei der Sozialversicherung werden vom Verein vorgenommen.<sup>53</sup>

Möglich ist sowohl die Beschäftigung einer einzelnen Dauerkraft, die bis auf den gesetzlichen Urlaub durchgängig tätig ist, als auch die Nutzung eines Tandemmodells, bei dem zwei Pflegekräfte regelmäßig abwechselnd tätig werden.<sup>54</sup>

Der Verein ist aktuell lediglich in Baden-Württemberg tätig. Die Kosten und Arbeitsbedingungen richten sich nach der Beschäftigungsordnung des Landes Baden-Württemberg. Das Brutto-Entgelt beträgt **1.811 € zzgl. 70 € Fahrtgeld, 400€ Arbeitgeber- und Sozialversicherungsbeiträge und einer Betreuungspauschale von 150 € für eine Dauerkraft bzw. 175 € im Tandemmodell sowie einer Vermittlungsgebühr von 500 € für eine Dauerkraft bzw. 1.000 € im Tandemmodell.**<sup>55</sup>

Für die Beschäftigung einer **Betreuungskraft** durch die Vermittlung des vij ergeben sich folgende monatliche Kosten:

**1.881,- € Bruttogehalt**, ca. **400,- €** Arbeitgeber- und Sozialversicherungsbeiträge und Umlagen. Hinzu kommt eine monatliche Betreuungspauschale in Höhe von **150,- € (Dauerkraft)** oder **175,- € (Tandemmodell)** welche für die Leistungen aller anfallenden Tätigkeiten rund um die Lohnabrechnung sowie der Betreuung eines FairCare Partners vor Ort quartalsweise in Rechnung gestellt wird.

Somit entstehen monatliche Gesamtkosten in Höhe von  
**ca. 2.430,- € (Dauerkraft)** **ca. 2.670,- € (Tandemmodell)**

**Anmerkung:** Dies ist eine Beispielrechnung. Die Höhe der Umlagen kann je Krankenkasse geringfügig abweichen. Unterkunft und Verpflegung werden vom Arbeitgeber kostenlos gestellt.

Siehe unter: <http://www.vij-faircare.de/haushalte/kosten/> (letzter Abruf: 13.5.2019).

<sup>52</sup> <http://www.vij-faircare.de/> (letzter Abruf: 25.6.2019).

<sup>53</sup> „Die Meldungen gegenüber den Sozialversicherungsträgern und dem Finanzamt übernimmt unser Lohnabrechner, der darüber hinaus die monatlichen Gehaltsabrechnungen erstellt.“, <http://www.vij-faircare.de/haushalte/faq/> (letzter Abruf: 25.6.2019).

<sup>54</sup> <http://www.vij-faircare.de/> (letzter Abruf: 25.6.2019).

<sup>55</sup> <http://www.vij-faircare.de/haushalte/kosten/> (letzter Abruf: 25.6.2019).

Mithin bestehen monatliche Gesamtkosten von 2.430 € bei einer Dauerkraft und 2.670 € im Tandemmodell.

#### **d) Erste Folgerungen**

Teilweise weisen Vermittler von Pflegekräften bereits darauf hin, dass eine 24-Stunden-Betreuung aufgrund des Mindestlohns bei einer Arbeitszeit von 40h/Woche nicht unter EUR 2.000 im Monat (Stand: Juni 2019) angeboten werden kann.<sup>56</sup> Dies ist richtig und folgt schon aus der Pflicht zum Mindestlohn: Der Mindestlohn einer Pflege- und Betreuungskraft bei einer täglichen Arbeitszeit von acht Stunden und 27 Arbeitstagen im Monat liegt bei EUR 1.985,04 monatlich. Angebote unter dieser preislichen Grenze sind – soweit die Pflege- und Betreuungskraft dem MiLoG unterfällt, sprich Arbeitnehmer ist – nicht mit dem allgemeinen Mindestlohn vereinbar. Umgekehrt zeigen Angebote in einem Preisrahmen um die EUR 2.000, dass für eine nicht selbstständige Pflege- und Betreuungskraft insoweit der Mindestlohn bei Ausschöpfung der zulässigen Arbeitszeit angelegt wurde.

### **3. Pflegende: Herkunft, Qualifikation und Sprachkenntnisse**

In der öffentlichen Diskussion wird regelmäßig die These vorgebracht, dass die meisten in der häuslichen Pflege eingesetzten Pflegekräfte aus Osteuropa stammen, die Pflegekräfte nur über unzureichende Deutschkenntnisse verfügen und pflegerische Qualitätsstandards nicht eingehalten werden. Plastisch bringt dies ein Beitrag der Zeitung *Die Welt* mit dem Titel „Pflegekräfte aus Polen – Die einzige Qualifikation sind Deutschkenntnisse“<sup>57</sup> zum Ausdruck, der im vergangenen Jahr veröffentlicht wurde. Tatsächlich ist die diesbezügliche Daten- und Erkenntnislage eher schwach ausgeprägt,

---

<sup>56</sup> Hierzu exemplarisch Angaben der *Brinkmann Pflegevermittlung GmbH*, abrufbar unter <https://www.brinkmann-pflegevermittlung.de/pflegewissen/pflegeformen/24-stunden-pflege/#Entsendemodell> (letzter Abruf: 25.6.2019); siehe auch die Angaben der *Hausengel Holding AG*, wonach eine 24-Stunden-Pflege im Entsendemodell nicht unter EUR 2.500 monatlich möglich ist, abrufbar unter <https://www.hausengel.de/24h-betreuung/> (letzter Abruf: 25.6.2019).

<sup>57</sup> *Klapsa*, Die einzige Qualifikation sind Deutschkenntnisse, in: *Die Welt* v. 18.7.2018, abrufbar unter <https://www.welt.de/politik/deutschland/plus179469678/Pflegekraefte-aus-Polen-Die-einzige-Qualifikation-sind-Deutschkenntnisse.html> (letzter Abruf: 25.6.2019).

was auch daran liegen dürfte, dass ein nicht zu vernachlässigender Teil häuslicher Pflege in einem rechtlichen Graubereich liegt.<sup>58</sup> Nichtsdestotrotz sollen im Folgenden die vorhandenen Daten und Erkenntnisse bezüglich Herkunft, Qualifikation und Sprachkenntnisse der in der häuslichen Pflege tätigen Pflegekräfte geordnet dargestellt werden.

Insgesamt lässt sich ein eindeutiger Trend feststellen: Die Zahl der aus dem Ausland stammenden und in Deutschland tätigen Pflegekräfte ist in den letzten Jahren massiv angestiegen. Nach Angaben der Bundesagentur für Arbeit waren im Jahr 2013 noch etwas mehr als 79.000 ausländische Pflegekräfte in Deutschland tätig. Dieser Wert ist bis zum Jahr 2017 auf gut 133.000 Pflegekräfte angestiegen, was eine Steigerung um fast 78 Prozent bedeutet. Von den 133.000 in Deutschland tätigen ausländischen Pflegekräften stammte dabei der größte Teil aus Mitgliedsstaaten der Europäischen Union (ca. 69.000).<sup>59</sup> Freilich bezieht die genannte Statistik sowohl die ambulante als auch die häusliche Pflege ein, doch dürfte ein vergleichbarer Trend auch bei separater Betrachtung der häuslichen Pflege zu beobachten sein. Aufgrund des nicht zu unterschätzenden Graubereichs in der häuslichen Pflege gehen Pflegewissenschaftler sogar davon aus, dass die Zahl der in deutschen Haushalten tätigen, aus dem Ausland stammenden Pflegekräfte weitaus größer ist. So wird geschätzt, dass in deutschen Privathaushalten allein zwischen 150.000 und 300.000 osteuropäische Migrantinnen im Bereich der Pflege tätig sind.<sup>60</sup>

Bei den aus dem Ausland stammenden Pflegekräften spielt das Thema Sprachkenntnisse eine große Rolle. Häufig wird dabei auf polnische Kräfte zurückgegriffen, da aufgrund der engen Verbindung und geographischen Nähe zwischen Polen und Deutschland die

---

<sup>58</sup> Vgl. auch *Lutz*, Ausländische Pflegekräfte in deutschen Privathaushalten, abrufbar unter <https://www.bpb.de/gesellschaft/migration/kurzdosiers/211011/interview-mit-helma-lutz?p=all> (letzter Abruf: 25.5.2019).

<sup>59</sup> Statistik der Bundesagentur für Arbeit abgedruckt in BT-Drucks. 19/2455, S. 3.

<sup>60</sup> *Lutz*, Ausländische Pflegekräfte in deutschen Privathaushalten, abrufbar unter <https://www.bpb.de/gesellschaft/migration/kurzdosiers/211011/interview-mit-helma-lutz?p=all> (letzter Abruf: 25.6.2019).



Pflegekräfte oftmals bereits über Grundkenntnisse der deutschen Sprache verfügen.<sup>61</sup> Gerade aufgrund der hohen Bedeutung der Sprachkenntnisse für das soziale Miteinander hat es sich in der Pflegebranche etabliert, die Kosten der Betreuung u.a. von den Sprachkenntnissen der Pflege- und Betreuungskraft abhängig zu machen.<sup>62</sup>

Hinsichtlich der Qualifikation der Pflege- und Betreuungskräfte ist anzumerken, dass in der Praxis – wie eingangs bereits dargelegt – eben nicht nur ausgebildete Fachkräfte im Bereich der häuslichen Pflege arbeiten. Vielmehr bezeichnet der Begriff „Pflegerkraft“ verallgemeinernd alle Berufe und Beschäftigungen im Bereich der Pflege und Betreuung. Da „Pflegerkraft“ nach deutschem Recht keine geschützte Berufsbezeichnung ist, lässt diese Bezeichnung keine Rückschlüsse auf die Qualifikation zu.<sup>63</sup> Je nach Pflegebedarf werden von den Agenturen und Pflegedienstleistern Pflegekräfte mit unterschiedlichem Qualifikationsniveaus angeboten. Die Kosten hängen wiederum maßgeblich vom Qualifikationsniveau der eingesetzten Kraft ab.<sup>64</sup> Dieses Nebeneinander von ausgebildeten Pflegekräften und Betreuungskräften, die keinen pflegerischen Beruf erlernt haben, spiegelt auch eine Erhebung des Statistischen Bundesamts wider: So wurden in der ambulanten Pflege im Jahr 2017 ungefähr 250.000 Pflegestellen (gemessen als Vollzeitäquivalent) von Personen besetzt, die zumindest eine medizinisch-pflegerische Ausbildung im weiteren Sinne erfolgreich durchlaufen haben. Dem standen ca. 140.000 Stellen (ebenfalls gemessen als Vollzeitäquivalent) gegenüber, die von Personen besetzt wurden, die entweder (noch) keinen Berufsabschluss (ca. 40.000) oder einen nicht-medizinisch-pflegerischen Berufsabschluss aufweisen (ca. 100.000).<sup>65</sup> Ob es

---

<sup>61</sup> Vgl. auch einen Beitrag des Anbieters „pflege.de“ auf dessen Internetseite: <https://www.pflege.de/altenpflege/polnische-pflegerkraefte/> (letzter Abruf: 28.5.2019).

<sup>62</sup> Siehe beispielhaft die Angebote der Anbieter „Seniicare24“, abrufbar unter <https://www.seniicare24.de/pflegeangebot-kosten/> (letzter Abruf: 28.5.2019), und „Pflege zu Hause Küffel“, abrufbar unter <https://www.pflegezuhause.info/kosten/kostenuuebersicht/> (letzter Abruf: 25.6.2019).

<sup>63</sup> Dazu informiert ausdrücklich auch der Anbieter „Deutsche Seniorenbetreuung“ auf seiner Internetrepräsentanz: <https://www.deutsche-seniorenbetreuung.de/pflegerkraefte/> (letzter Abruf: 25.6.2019).

<sup>64</sup> S. beispielhaft das Angebot des Anbieters „Deutsche Seniorenbetreuung“, abrufbar unter <https://www.deutsche-seniorenbetreuung.de/pflegerkraefte/> (letzter Abruf: 25.6.2019).

<sup>65</sup> *Statistisches Bundesamt*, Anzahl des Personals ambulanter Pflegedienst in Deutschland nach Berufsabschluss im Jahr 2017, in: *Statista*, Dossier „Pflege in Deutschland“, S. 67 (mit eigenen Berechnungen).

sich hierbei freilich um qualifizierte Pflege oder auch um einfache Betreuung handelt, ist den Zahlen nicht zu entnehmen. Der sozialrechtliche Unterschied ist beachtlich, s. auch Abschn. III 4.

Einen Eindruck über die Qualität der ambulanten Pflege/Betreuung verschafft der Pflege-Qualitätsbericht des Medizinischen Diensts des Spitzenverbands Bund der Krankenkassen (MDS). In den im Abstand von drei Jahren veröffentlichten Bericht fließen u.a. Erfahrungen mit der Anwendung der Beratungs- und Prüfvorschriften nach dem Elften Buch des Sozialgesetzbuchs sowie Ergebnisse der Qualitätsprüfungen des Medizinischen Diensts der Krankenversicherung und des Prüfdiensts des Verbands der privaten Krankenversicherungen e.V. ein (§ 114a Abs. 6 S. 1 SGB XI). Exemplarisch für die Qualität der ambulanten Behandlungspflege lassen sich die Medikamentenversorgung und das pflegerische Schmerzmanagement anführen. So wurden im Jahr 2016 88,3 Prozent der zu Pflegenden, denen Medikamente verabreicht werden mussten, der ärztlichen Weisung gemäß mit Medikamenten versorgt (2013: 85,9 Prozent). Ein angemessenes pflegerisches Schmerzmanagement wurde nur in 75,3 Prozent, bei denen dies relevant war, durchgeführt (2013: 67,9 Prozent).<sup>66</sup> Auch im Bereich des Hygienemanagements haben sich nach Angaben des MDS zwischen 2013 und 2016 leichte Verbesserungen ergeben. Beispielsweise wurden im Jahr 2016 von 96,1 Prozent der Pflegedienste die innerbetrieblichen Verfahrensweisen zur Desinfektion und zum Umgang mit Sterilgut eingehalten.<sup>67</sup> Wieweit daraus aber überhaupt Aussagen über die Qualität von Pflegekräften in häuslicher Gemeinschaft gezogen werden können, ist unklar.

Von der objektiven Qualität der Pflege ist die subjektive Zufriedenheit zu unterscheiden. Die bei den Pflegebedürftigen ermittelten Zufriedenheitswerte sind dabei sehr hoch, wobei ein Zusammenhang zwischen der Versorgungsqualität und der Zufriedenheit der Pflegebedürftigen nicht ohne weiteres hergestellt werden konnte.<sup>68</sup>

---

<sup>66</sup> *Medizinischer Dienst des Spitzenverbands Bund der Krankenkassen*, 5. Qualitäts-Pflegebericht, 2017, S. 54.

<sup>67</sup> Ebd. S. 70.

<sup>68</sup> Ebd. S. 71.

### III. Rechtliche Hürden

Die Pflegemodelle, die am Markt tatsächlich angeboten werden, müssen nun in einem nächsten Schritt einer rechtlichen Bewertung zugeführt werden. Dazu sollen zunächst die Voraussetzungen der Selbstständigkeit umrissen werden als die – wie dargelegt – wichtigste Weichenstellung des arbeits- und sozialrechtlichen Schutzes. In einem zweiten Schritt soll dann – soweit Pflegekräfte als Arbeitnehmer und Beschäftigte tätig werden – der rechtliche Rahmen im Hinblick auf Arbeitszeit, Mindestlohn, sozialrechtliche sowie kollisionsrechtliche Fragen umrissen werden.

#### 1. Voraussetzungen der Selbstständigkeit

Die Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbständiger Erwerbstätigkeit erfolgt anhand unterschiedlicher Kriterien, die im Rahmen einer Gesamtabwägung aller Umstände der individuellen Art und Weise der Leistungserbringung zu bewerten sind.

##### a) Abhängiger Arbeitnehmer und unselbständig Beschäftigter

Arbeitnehmer ist, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist.<sup>69</sup> Eine Begriffsbestimmung, die auf den ersten Blick klare Vorgaben zu geben scheint, beschäftigt Rechtsprechung, Literatur und Politik ohne Unterlass. Hieran hat auch die Einfügung des **§ 611a BGB** wenig geändert, da dieser nur altbekanntes wiederholt und die kritischen Auslegungsfragen weiterhin der juristischen Praxis überlässt.<sup>70</sup> Gleiches gilt für **§ 7 Abs. 1 SGB IV** und den Beschäftigtenbegriff: Sozialversicherungspflichtige Beschäftigung ist demnach die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des

---

<sup>69</sup> Grundlegend Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht I, 1928, § 8 II, S. 33; BAG v. 17.9.2014 – 10 AZB 43/14, BAGE 149, 110, Rn. 18; BAG v. 21.2.2017 – 1 ABR 62/12, NZA 2017, 662, Rn. 26.

<sup>70</sup> Vgl. Deinert, RdA 2017, 65; Reinecke, NZA-RR 2016, 393; Baeck/Winzer/Kramer, NZG 2016, 20; Gaul/Hahne, BB 2016, 58, 63; Wank, AuR 2017, 140; Zundel, NJW 2017, 132.

Weisungsgebers. Die verwendeten Abgrenzungsmerkmale des Arbeits- und Sozialrecht sind vergleichbar und es bedarf jeweils einer wertenden Betrachtung im Einzelfall anhand nicht abschließender Indizien und Kriterien:<sup>71</sup>

## **b) Kriterien der Abgrenzung nach BAG und BSG**

Dieser allgemeine Rahmen ist in den vergangenen Jahren durch die Rechtsprechung im Hinblick auf die 24-Stunden-Betreuung verschiedentlich konkretisiert worden. Dabei hat das BSG vielfach darauf hingewiesen, dass bestimmte berufliche Tätigkeiten sowohl in abhängiger Beschäftigung als auch im Wege der Selbständigkeit erbracht werden können. Das gilt auch für die 24-Stunden-Betreuung.<sup>72</sup> Für die Zuordnung – so das BSG – kommt es stets „auf die Gesamtschau der jeweiligen Umstände des Einzelfalls“ an.<sup>73</sup> Der Frage nach der Selbständigkeit des Leistenden kann sich dabei sowohl anhand positiver als auch negativer Bewertungskriterien angenähert werden. Besteht mit Blick auf die Ausführung einzelner Aufträge ein umfassendes Weisungsrecht eines Dritten bezüglich Zeit, Dauer, Ort und Art der Leistung, spricht dies regelmäßig gegen die Annahme einer Selbständigkeit.<sup>74</sup> Hieran ändert auch für sich genommen die Belastung des Erwerbstätigen mit etwaigen zusätzlichen Risiken nichts, wenn die tatsächliche Ausgestaltung der Arbeitsausführung im Übrigen für die Annahme einer abhängigen Beschäftigung nahelegt.<sup>75</sup>

### **aa) Die jüngere Rechtsprechung des BSG als Ausgangspunkt**

Werden im Auftrag eines ambulanten Pflegedienstes Tätigkeiten bei unterschiedlichen Patienten in deren Haushalt ausgeübt und erfolgt die Vergütung auf der Grundlage der geleisteten Stunden, so ist nach der Rechtsprechung regelmäßig vom Bestehen einer

---

<sup>71</sup> So ausdrücklich bereits BSG v. 30.04.1981 – 8/8a RU 12/80, SozR 2200 § 539 Nr 80, Rn. 116.

<sup>72</sup> Jüngst LSG Baden-Württemberg v. 14.12.2018 - L 8 R 985/17: „Die Tätigkeit als Pflegerin kann grundsätzlich sowohl als Beschäftigung als auch im Rahmen eines freien Dienstverhältnisses ausgeübt werden“.

<sup>73</sup> BSG v. 18.11.2015 – B 12 KR 16/13 R, NJOZ 2016, 666 (671).

<sup>74</sup> Vgl. BSG Urt. v. 28.9.2011 – B 12 R 17/09 R, BeckRS 2012, 67108.

<sup>75</sup> BSG v. 18.11.2015 – B 12 KR 16/13 R, NJOZ 2016, 666 (670).

abhängigen Beschäftigung auszugehen.<sup>76</sup> In die entgegengesetzte Richtung geht die Rechtsprechung zumeist bei den Live-Ins. In seiner Entscheidung vom 28.9.2011 hat das BSG ausführlich zur Selbständigkeit einer häuslichen Pflegekraft judiziert.<sup>77</sup> Dem Urteil lag eine Tätigkeit einer hauswirtschaftlichen Betreuungskraft zugrunde, die ein Gewerbe „Hauswirtschaftliche Betreuung“ angemeldet hatte und um streitgegenständlichen Zeitraum für ausschließlich einen Pflegedienst tätig geworden ist. Dieser Pflegedienst bot u.a. einen bis zu 24 Stunden täglich andauernden, umfassenden Service durch einen hauswirtschaftlichen Familienbetreuer bzw. eine hauswirtschaftliche Familienbetreuerin an. Zwischen dem Pflegedienst und der Pflegebedürftigen wurde ein Pflege- und Betreuungsvertrag geschlossen, die „Einsatzaufträge“ erhielt die Pflege- und Betreuungskraft stets fernmündlich vom Pflegedienst. Dabei waren zwar bestimmte Eckpunkte des jeweiligen Einsatzes wie Beginn und Ende sowie der grobe Inhalt der Tätigkeit seitens des Pflegedienstes vorgegeben, die inhaltliche Ausgestaltung richtete sich jedoch jeweils nach den Bedürfnissen und Wünschen des Betreuten.

Das BSG entschied, dass sich aus der Gesamtschau der Umstände *keine* arbeitnehmer- und beschäftigtentypische Leistungspflicht der Pflege- und Betreuungskraft ergäbe, da dieser für eine Arbeitnehmerin untypische Handlungsspielräume zukämen. Da sich die im Einzelfall notwendig werdenden Leistungen der Pflege- und Betreuungskraft nach den individuellen Gegebenheiten unter Berücksichtigung der Bedürfnisse des Pflegebedürftigen richteten und mithin eine gewisse Flexibilität der Erwerbstätigen vorausgesetzt werde, seien die Dienstleistungen in selbständiger Tätigkeit erbracht worden:

„Wie die Betreuung im Einzelnen ausgestaltet ist, richtet sich nach den individuellen Erfordernissen, die sowohl inhaltlich als auch in zeitlicher Hinsicht die zu erbringenden Leistungen bestimmen. Das gilt für Tätigkeiten hauswirtschaftlicher Art wie für Pflegetätigkeiten (im weiteren Sinne) gleichermaßen. Der hierbei - gerade auch im Hinblick auf die zeitliche Dimension des „Einsatzauftrags“ (14-Tage-Einsatz, 24-Stunden-Service) - geforderten Fähigkeit des Pflegepartners zur Reaktion auf die - sich ggf. ständig verändernde - aktuelle Betreuungs- und/oder Pflegesituation steht zwangsläufig eine Flexibilität im

---

<sup>76</sup> LSG Bayern v. 9.5.2017 – L 7 R 5035/17, BeckRS 2017, 142630 mwN.

<sup>77</sup> BSG v. 28.9.2011 – B 12 R 17/09 R, BeckRS 2012, 67108.

Handeln gegenüber, die diesem gerade wegen der Individualität und Einzigartigkeit dieser Situation prinzipiell einen großen Entscheidungsbereich belässt. Hiervon ausgehend und nach den Feststellungen des LSG im vorliegenden Fall unterlag die Beigeladene zu 1. keiner arbeitnehmertypischen Leistungspflicht, weil sich für sie bei ihrer Tätigkeit für einen Arbeitnehmer uncharakteristische Handlungsspielräume ergaben.“ (BSG Urt. v. 28.9.2011 – B 12 R 17/09 R, BeckRS 2012, 67108, Rn. 19)

Nach den Feststellungen des BSG sei es darüber hinaus für sich genommen unbeachtlich, dass allgemeine Vorgaben des Pflegedienstes zu einer gewissen Beschränkung bzw. Minderung der Entscheidungsautonomie der Pflege- und Betreuungskraft bei der Durchführung der einzelnen Einsätze führt. Hieraus könne jedenfalls keine Weisungsgebundenheit im Sinne einer persönlichen Abhängigkeit – wie sie für eine Beschäftigung als Arbeitnehmer notwendig wäre – geschlussfolgert werden.<sup>78</sup> In einer anderen Entscheidung judizierte das BSG für einen Fall, in dem eine Tagesmutter drei Kinder ganztags betreute und dabei zu 70 % ihre Vergütung aus öffentlichen Mitteln erhielt, dass die Leistungen im Wege der selbständigen Erwerbstätigkeit erbracht worden sind. Die Einordnung als selbständige Tätigkeit sei losgelöst davon, ob die Absicht auf Erzielung von Einkommen nur teilweise auf steuerpflichtige Einkünfte gerichtet sei, vorzunehmen.<sup>79</sup>

Auch hinsichtlich der Vergütungsstruktur hat das BSG in seiner jüngeren Rechtsprechung zur Abgrenzung Stellung bezogen. Die Vereinbarung eines festen Stundenhonorars spreche nicht zwingend für abhängige Beschäftigung. Dies sei nach Auffassung des Gerichts sogar dann der Fall, wenn das Honorar nicht frei ausgehandelt, sondern entsprechend den beim Auftraggeber gebräuchlichen Sätzen festgelegt worden ist. Grund hierfür – so das BSG – könne mitunter eine entsprechende Markt- und Verhandlungsmacht des Auftraggebers sein, die es diesem ermöglichen, die Vergabe von Dienstleistungen zu von ihm einseitig vorbestimmten Konditionen durchzusetzen.<sup>80</sup> Auch wenn es im vom BSG zu entscheidenden Rechtsstreit nicht um eine häusliche Pflege- und Betreuungskraft, sondern um einen Erziehungsbeistand (Leistungen der

---

<sup>78</sup> BSG v. 28.9.2011 – B 12 R 17/09 R, BeckRS 2012, 67108.

<sup>79</sup> BSG v. 25.5.2011 – B 12 R 13/09, Rn. 11, *juris*.

<sup>80</sup> BSG v. 31.3.2017 – B 12 R 7/15 R, DStR 2017, 2500 (2505).

Jugendhilfe) ging, lässt sich in Anbetracht der Abstraktheit der Feststellungen des Gerichts annehmen, dass die Judikatur auch auf andere Branchen bzw. Beschäftigungssparten grundsätzlich übertragbar ist oder doch zumindest sein könnte.

Der Blick kann dabei geweitet werden über den Bereich der häuslichen 24-Stunden-Pflege. Denn für den Dienstleistungssektor nahm das BSG in seiner Entscheidung vom 14.3.2018 zudem besonders ausführlich Stellung bei der Frage, welche Umstände im Rahmen der Unterscheidung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbständiger Erwerbstätigkeit *nicht* ins Gewicht fallen. Das Gericht befand, dass – wohl losgelöst von dem konkret in Frage stehenden Beruf – die unternehmerische Tätigkeit bei reinen Dienstleistungen anders zu beurteilen ist als bei der Erstellung eines materiellen Produkts. Ausdrücklich heißt es in der Entscheidung: „Das typische Fehlen von größeren Investitionen in Werkzeuge, Arbeitsgeräte oder Arbeitsmaterialien ist hier kein ins Gewicht fallendes Indiz für eine abhängige Beschäftigung und gegen unternehmerisches Tätigwerden.“<sup>81</sup> Damit einhergehend bestätigte das Gericht auch seine bisherige Judikatur, wonach auch die Vereinbarung eines festen Honorars nicht zwangsläufig den Rückschluss auf eine abhängige Beschäftigung erlaube. Auch insofern stellt das Gericht auf die Eigenart der Dienstleistung ab: Bei reinen Dienstleistungen sei anders als bei der Erstellung eines materiellen Produkts regelmäßig nicht zu erwarten, dass die Parteien ein erfolgsabhängiges Entgelt vereinbaren. Dies ergebe sich bereits aus den Eigenheiten der zu erbringenden Leistung und gelte umso mehr, wenn üblicherweise Honorare nicht frei ausgehandelt werden, sondern vielmehr nach gebräuchlichen Sätzen festgelegt werden.<sup>82</sup>

## **bb) Instanzgerichtliche Umschau**

Die Einschätzungen des BSG wurden in ihrer Tendenz in der darauffolgenden Rechtsprechung der Instanzgerichte bestätigt. Das *LSG Mecklenburg-Vorpommern* entschied etwa für einen Fall, in dem die Erwerbstätige als hauswirtschaftliche Seniorenbetreuerin unter Vorgabe einiger Eckpunkte wie Beginn, Ende und grober

---

<sup>81</sup> BSG v. 14.3.2018 – B 12 KR 3/17 R, NZS 2018, 867 (867).

<sup>82</sup> BSG v. 14.3.2018 – B 12 KR 3/17 R, NZS 2018, 867 (869).

Inhalt der Arbeiten tätig war, dass die Betreuungs- und Pflegeleistungen in selbständiger Erwerbsform erbracht wurden. Das Gericht ließ auch hier der im Wesentlichen freien Konkretisierung der inhaltlichen Leistungspflichten der Seniorenbetreuerin maßgebende Bedeutung im Rahmen seiner Gesamtabwägung zukommen und schlussfolgerte einen Handlungsspielraum, der in Anbetracht der Individualität und Einzigartigkeit der jeweiligen Situation keine Anhaltspunkte für die Annahme einer abhängigen Beschäftigung biete<sup>83</sup>:

„Die Klägerin war nämlich insoweit bei der Planung ihrer Arbeitsaufgaben im Wesentlichen frei. Sie konnte entscheiden, wann sie die Einkäufe tätigte, konnte entscheiden, welche Gerichte sie kocht, hatte keine zeitlichen Vorgaben hinsichtlich der Erledigung der Wäsche oder des Putzens der Wohnung. Sie war auch ansonsten frei darin, Termine für die Beigeladene zu 1. mit anderen Dienstleistern abzustimmen und die Beigeladene zu 1. dann zwecks Wahrnehmung dieser Termine - falls sie außer Haus stattfanden - zu begleiten. Direkte Weisungen von der dementen Beigeladenen zu 1. hat sie auch nicht erhalten. Entsprechende Weisungen sind ihr auch nicht vom Betreuer der Beigeladenen zu 1. erteilt worden. Konkrete Anweisungen, wann sie welche Tätigkeiten zu verrichten hatte, sind ihr vom Betreuer nicht erteilt worden. Soweit es um die Vereinbarung von Arztterminen ging, ist nur der grobe Rahmen abgesprochen worden, die konkrete terminliche Vereinbarung hat die Klägerin dann selbst eigenständig vorgenommen.“ (LSG Mecklenburg-Vorpommern v. 18.2.2015 – L 7 R 225/11, *juris*)

Einen derartigen Handlungsspielraum nahm auch das *OLG Frankfurt a.M.* bei einer Pflege- und Betreuungskraft an, die in ihrer Ausgestaltung der täglichen Arbeits- und Ruhezeiten im Wesentlichen frei war und im Übrigen auch gegenüber dem Pflegeunternehmen nicht zur Dokumentation von Pflegeleistungen vertraglich verpflichtet war. Auch die Festsetzung des groben Tätigkeitsrahmens führe nach Auffassung des *OLG Frankfurt a.M.* nicht zu einer derart gewichtigen Minderung der „Autonomie“ der Pflegekräfte, die für eine Beschäftigung als Arbeitnehmerin spräche.<sup>84</sup> Im Übrigen sei es nach Auffassung des *LSG Mecklenburg-Vorpommern* unerheblich, dass die Betreuerin nicht über eine eigene Betriebsstätte verfüge. Bei Dienstleistungen der von ihr angebotenen Art ergäbe sich bereits aus der Natur des Leistungsspektrums, dass

---

<sup>83</sup> LSG Mecklenburg-Vorpommern v. 18.2.2015 – L 7 R 225/11, *juris*; ähnlich auch FG Niedersachsen v. 20.11.2014 – 5 K 32/13, BeckRS 2015, 95025.

<sup>84</sup> OLG Frankfurt a.M. v. 7.3.2014 - 1 Ws 179/13, BeckRS 2014, 17893.



die Tätigkeiten überwiegend in der Wohnung des Betreuten zu erbringen sind. Auch bestünde für sie ein gegen die Annahme einer Tätigkeit als Arbeitnehmerin sprechendes unternehmerisches Risiko, da sie sich selbst um einen Anschlussauftrag, der an den 14-tägigen Einsatz in den Räumlichkeiten des zuletzt Betreuten anknüpft, habe bemühen müssen.

Ob und in welchem Umfang dem Aspekt des unternehmerischen Risikos Bedeutung beizumessen ist, muss stets mit Blick auf die konkrete Tätigkeit beantwortet werden. Das *LSG Schleswig-Holstein* geht jedenfalls für freiberufliche Dienstleistungen, die ohne wesentliche betriebliche Investitionen durchgeführt werden, davon aus, dass das Unternehmerrisiko kein wesentliches Indiz für die Annahme einer Selbständigkeit darstellt.<sup>85</sup> Dies gelte vor allem für das Risiko, nach Abschluss einer Tätigkeit Folgeaufträge zu akquirieren. Denn auch der Arbeitnehmer sei nach Beendigung seines Beschäftigungsverhältnisses dem Risiko des Ausbleibens einer Anschlussbeschäftigung ausgesetzt.<sup>86</sup> Allerdings stellt das Gericht im gleichen Atemzug fest, dass Unternehmerrisiko auch bedeute, nicht nur keine Einnahmen zu erzielen, sondern auch mit Ausgaben belastet zu sein, die von den Einnahmen nicht getragen werden. Für den Bereich der Pflege – so das *LSG Schleswig-Holstein* – sei dieser Gesichtspunkt indes von untergeordneter Bedeutung, da pflegerische Dienstleistungen keinen oder jedenfalls nur einen äußerst geringen Einsatz von Kapital erforderten. Prägend sei vielmehr die Dienstleistung an sich.<sup>87</sup> Ein unternehmerisches Risiko wird nach Ansicht des FG Niedersachsen jedenfalls dann anzunehmen sein, wenn die Betreuungskraft im Falle von Urlaub und Krankheit keinen Lohn- bzw. Entgeltfortzahlungsanspruch hat. Gleiches gilt, wenn auch der Vergütungsausfall im Krankheits- oder Todesfall des Betreuungsbedürftigen die Betreuungskraft selbst trifft.<sup>88</sup>

Auch das *LSG Baden-Württemberg* argumentiert in ähnlicher Weise, wenn es feststellt, dass „jede Tätigkeit im Bereich der Pflege [...] der Koordinierung mittels zeitlicher

---

<sup>85</sup> *LSG Schleswig-Holstein v. 24.5.2018* – L 5 BA 16/18, BeckRS 2018, 10591; bestätigend *Richter*, DStR 2018, 474 (475).

<sup>86</sup> *LSG Schleswig-Holstein v. 24.5.2018* – L 5 BA 16/18, BeckRS 2018, 10591.

<sup>87</sup> *LSG Schleswig-Holstein v. 24.5.2018* – L 5 BA 16/18, BeckRS 2018, 10591.

<sup>88</sup> *FG Niedersachsen v. 20.11.2014* – 5 K 32/13, BeckRS 2015, 95025.

Eckdaten [bedarf].“ Danach seien ein gewisser zeitlicher und organisatorischer Rahmen wie auch grobe Vorgaben zur Methode der Pflege keine Umstände, die auf eine Weisungsgebundenheit im Rahmen der Durchführung einzelner Aufträge schließen ließen. Das Gericht geht sogar so weit, dass Urlaubs- oder Krankheitsvertretungen laufender Pflegefälle nicht dazu führen sollen, dass Pflegekräfte in die Betriebsstruktur eines Dritten („Auftraggeber“) eingegliedert werden.<sup>89</sup> In einer anderen Entscheidung befand das *LSG Baden-Württemberg*, dass auch Zusammenarbeiten mit anderen Pflegekräften im Rahmen etwaiger Übergaben von Patienten, die mit einem Austausch über Diagnose und Umfang der Pflege einhergehen, nicht dazu führen, dass die Erwerbstätigen damit in die Betriebsstruktur eines Pflegeservices eingegliedert werden. Ausdrücklich hieß es dabei: „Sie [Pflegekraft] hielt sich nicht in den Betriebsräumen der Klägerin [Pflegedienst] auf, sondern die Pflege erfolgte in den Räumlichkeiten des Patienten.“<sup>90</sup> Das *LSG Schleswig-Holstein* betonte im Zusammenhang mit der Abgrenzung der beiden Beschäftigungsformen im Falle einer in einem Seniorenheim tätigen Pflegekraft zwar im Ausgangspunkt die Bedeutung des Umstands, ob die Pflegekraft auch für andere Auftraggeber tätig werden könnte, entschied jedoch letztlich, dass die Erwerbstätige – die Schichten in einem zuvor festgelegten Dienstplan übernommen hatte – Selbständige sei.<sup>91</sup> Die Eingliederung in den Arbeitsprozess bzw. Dienstplan einer Pflegeeinrichtung sei für die Gewährleistung einer „qualitätsgesicherten Pflege“ und zur Vermeidung von Ablaufstörungen in der Versorgung notwendig, gäben jedoch keine Anhaltspunkte für die Annahme eines Weisungsrechts der Einrichtung. Erst recht geht die instanzgerichtliche Rechtsprechung von einer selbständigen Tätigkeit aus, wenn eine derartige Eingliederung schon gar nicht besteht. Das *LSG Nordrhein-Westfalen* entschied in seiner Entscheidung schon vom 10.6.2009, dass eine Familienbetreuerin, die weder ihre Einsätze in einem Dienstplan festhalten muss noch zur ständigen Dienstleistung bereit sein muss, als Selbständige tätig wird. Dies gelte umso mehr, wenn die Betreuerin Einsätze frei annehmen bzw. ablehnen kann und auch hinsichtlich ihrer Vergütung den

---

<sup>89</sup> LSG Baden-Württemberg v. 19.7.2017 – L 2 R 3158/16, Rn. 60, *juris*.

<sup>90</sup> LSG Baden-Württemberg v. 23.4.2015 – L 11 R 3224/14, Rn. 35, *juris*.

<sup>91</sup> LSG Schleswig-Holstein v. 11.5.2017 – L 5 KR 90/15, Rn. 35, *juris*.

bei ihr anfallenden Aufwand jeweils eigens kalkuliert und diesen zur Grundlage ihrer Vergütungsberechnung macht.<sup>92</sup>

„Allerdings ist es häufig so, dass Dienstleistungen für Auftraggeber auch im Verhältnis einer freien Mitarbeit sich Zwängen der vom Auftraggeber vorgegebenen betrieblichen Ordnung unterwerfen müssen, ohne dass dies die Tätigkeit zu einer sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung macht. Deshalb stellt bei Dienstleistungen, die sich naturgemäß an die Struktur des Betriebes anpassen müssen, indem sie verrichtet werden, die Eingliederung in die betriebliche Organisation nur dann ein wesentliches Indiz für eine abhängige Beschäftigung dar, wenn sich die Eingebundenheit durch weitere Umstände manifestiert, wie z.B. eine Weisungsgebundenheit des Auftraggebers bei der jeweiligen Durchführung der Pflegeleistung, Nebenpflichten in Form der Teilnahme an Dienstbesprechungen und Qualitätszirkeln oder besondere Anweisungen hinsichtlich der Dokumentation oder der Übergabe bei Schichtwechseln.“ (LSG Schleswig-Holstein v. 11.5.2017 – L 5 KR 90/15, Rn. 35, *juris*)

In die gleiche Richtung geht schließlich die jüngste einschlägige veröffentlichte Entscheidung, wiederum vom *LSG Baden-Württemberg*.<sup>93</sup> Danach sei für die Abgrenzung von abhängiger Beschäftigung zu einer selbständigen Tätigkeit im Bereich der ambulanten Pflege die Rechtsprechung zur Pflegetätigkeit in einer stationären Pflegeeinrichtung nicht uneingeschränkt übertragbar, insbesondere nicht im Hinblick auf die Eingliederung in den Betriebsablauf der Pflegeeinrichtung. Bei der Pflege in Schichten, die bei Pflege rund um die Uhr wesensnotwendig sei, um eine umfassende Pflege zu sichern, unterlag die Pflege im vom *LSG Baden-Württemberg* zu entscheidenden Fall keiner Kontrolle im Sinne von Einzelanordnungen. Dass sie mit anderen Pflegekräften zwar in der Weise zusammenarbeitete, dass sie an deren Schichten und Tätigkeiten anknüpfte und ihr bei der Übergabe Patient, Diagnose und Umfang der Pflege vorgestellt wurden, führe nach Auffassung des Gerichts nicht dazu, dass sie damit schon in die Betriebsstruktur eines Pflegedienstes eingegliedert gewesen sei, denn es handele sich dabei – so das *LSG Baden-Württemberg* – um in der Pflege übliche und notwendige Vorgehensweisen, in denen sich noch keine Weisungen der und keine Eingliederung in die Arbeitsorganisation widerspiegeln. Das Gericht geht

---

<sup>92</sup> LSG Nordrhein-Westfalen v. 10.6.2009 – L 16 R 53/08, *juris*.

<sup>93</sup> LSG Baden-Württemberg v. 14.12.2018 – L 8 R 985/17:

insofern davon aus, dass eine derartige Koordinierung und auch zeitliche Anbindung bei Pflege eines Patienten ebenso im Rahmen selbständiger Tätigkeit erforderlich sei.<sup>94</sup>

Freilich weist die instanzgerichtliche Rechtsprechung auch Entscheidungen auf, in denen die Gerichte zur Annahme einer abhängigen Beschäftigung gelangten. Das *LSG Bayern* urteilte, dass eine Pflegekraft, die in der außerklinischen 24-Stunden-Intensivversorgung von tracheotomierten und langzeitbeatmeten Menschen nach deren Entlassung aus der stationären Behandlung tätig ist, regelmäßig in einem Beschäftigungsverhältnis mit dem Pflegedienst stehe.<sup>95</sup> Im zu entscheidenden Fall maß das Gericht vor allem den Gesichtspunkten der Organisation und Sicherstellung der Pflege durch den Pflegedienst, dem Vorhandensein einzelner Weisungen sowie der Erstellung verbindlicher Zeitpläne entscheidende Bedeutung bei.<sup>96</sup> Auch war eine Vertretung im Krankheitsfall nach der vertraglichen Ausgestaltung nur mit Zustimmung des Pflegedienstleiters möglich, sodass das Gericht in der Gesamtschau zu einer Beschäftigung der Pflegekraft als Arbeitnehmerin fand:

„Die Pflege damit ist letztlich von der Klägerin organisiert worden, die hierfür letztverantwortlich war und demgemäß als vertraglich gegenüber den Patienten Verpflichtete mit der Kranken- bzw. Pflegekasse die Leistungen abgerechnet hat. Die Beigeladene zu 1) war in die Organisation und Sicherstellung der umfassenden und lückenlosen Pflege des Einzelnen entsprechend den Vorgaben der Auftraggeber der Klägerin eingebunden und damit auch den Weisungen der Klägerin unterlegen. Die Sicherstellung der Pflege oblag allein der Klägerin, die den Einsatz der einzelnen Kräfte organisieren musste und hierfür auch einen für alle Pflegekräfte verbindlichen Zeitplan erstellte. Bei Übernahme eines Auftrags musste die Beigeladene zu 1) die verbindlich übernommenen Stunden auch erbringen, unabhängig davon, ob es sich um einen Auftrag mit stundenweiser Vergütung oder um einen Auftrag mit einmaliger Projekt-Gesamtvergütung handelte. Entsprechend ist im Kooperationsvertrag auch festgelegt, dass nach Übernahme eines Auftrags eine Vertretung der Beigeladenen zu 1) nur mit Zustimmung der Klägerin möglich war und der übernommene Einzelauftrag auch nicht mehr ordentlich kündbar war. Die für die Klägerin tätigen Kräfte waren jeweils Teil der Organisation der Klägerin zur Sicherstellung der Pflege

---

<sup>94</sup> LSG Baden-Württemberg v. 14.12.2018 – L 8 R 985/17, BeckRS 2018, 33755.

<sup>95</sup> LSG Bayern v. 16.7.2015 – L 7 R 978/12, BeckRS 2016, 71017.

<sup>96</sup> LSG Bayern v. 16.7.2015 – L 7 R 978/12, BeckRS 2016, 71017.

und Versorgung ihrer Kunden bzw. Patienten. Sie gingen in dieser Organisation auf.“ (LSG Bayern v. 16.7.2015 – L 7 R 978/12, BeckRS 2016, 71017)

Auch das *LSG Hessen* befand für einen geradezu idealtypischen Fall der 24-Stunden-Betreuung, in dem drei polnische Pflegekräfte für einen Zeitraum von zwei bis drei Monaten den Pflegebedürftigen „rund um die Uhr“ betreuten, dass alle Betroffenen in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis stünden.<sup>97</sup> Anweisungen hinsichtlich einzelner Arbeitsleistungen seien für diese Einordnung nicht erforderlich, da bereits durch den festen zeitlichen Rahmen die Art der Arbeitserbringung vorgegeben sei. Ein unternehmerisches Risiko haben die Pflegekräfte nicht gehabt, vielmehr erhielten sie ein festes Monatsgehalt. Darüber hinaus wurden den Pflegekräften auch Kosten und Logis, eine Übernahme der Reisekosten sowie eine Abholung an einer Autobahnraststätte gewährt, sodass das Gericht in der Gesamtschau jeweils zu einer Beschäftigung als Arbeitnehmerin kam.<sup>98</sup>

Ähnlich argumentierte das *SG München* – wenn auch in einem etwas anderen Zusammenhang – bei der sozialversicherungsrechtlichen Einordnung einer Pflege- und Betreuungskraft im Bereich der Intensiv- und Anästhesiemedizin.<sup>99</sup> Im zu entscheidenden Fall war der Pfleger zwar befugt, selbst zu entscheiden, ob er Aufträge annimmt und in welchem zeitlichen Umfang er dies tat. Auch stellte der Pfleger selbst Rechnungen für erbrachte Pflegeleistungen, die er mit einem im Vergleich mit anderen Beschäftigten überdurchschnittlichen Stundensatz abrechnete. Jedoch gewichtete das Sozialgericht in der Gesamtschau andere, für eine abhängige Beschäftigung sprechende Gesichtspunkte schwerer. Der in Rede stehende Pfleger hatte sich vertraglich auf die Einhaltung der Pflegestandards des Pflegeunternehmens verpflichtet, seine zeitliche Verfügbarkeit in einen Dienstplan eingetragen, der auch die Einteilung der Festangestellten enthält sowie regelmäßig an Teambesprechungen des Pflegeunternehmens teilgenommen und für das Pflegeunternehmen

---

<sup>97</sup> LSG Hessen v. 18.12.2008 – L 8 KR 173/05, BeckRS 2016, 72752.

<sup>98</sup> LSG Hessen v. 18.12.2008 – L 8 KR 173/05, BeckRS 2016, 72752.

<sup>99</sup> SG München v. 9.11.2017 – S 31 R 1146/16, BeckRS 2017, 132269.

Werbeveranstaltungen durchgeführt. Nach Auffassung des Gerichts ergebe sich daraus, dass die Pflegekraft abhängig beschäftigt i.S.v. § 7 SGB VI sei.<sup>100</sup>

### **cc) Die arbeitsrechtliche Rechtsprechung**

Die höchstrichterliche Rechtsprechung in der Arbeitsgerichtsbarkeit tendiert mitunter zu ähnlichen Ergebnissen. So entschied das BAG im Streit um die Einordnung einer staatlich geprüften Hauswirtschaftsleiterin, dass dem Gesichtspunkt des unternehmerischen Risiko für die Qualifizierung als selbstständige bzw. unselbständige Tätigkeit allenfalls eine untergeordnete Bedeutung zukomme; Arbeitnehmer und Selbständige unterschieden sich vielmehr nach dem Grad der persönlichen Abhängigkeit. Diese könne im Einzelfall auch durch eine wirtschaftliche Abhängigkeit des Vertragspartners ersetzt substituiert werden, was den Selbständigen dann als arbeitnehmerähnliche Person erscheinen lasse. Bei der Feststellung der wirtschaftlichen Abhängigkeit seien dann auch wirtschaftlichen Gestaltungsmöglichkeiten und unternehmerische Risiken zu berücksichtigen, nicht hingegen bei der persönlichen Abhängigkeit.<sup>101</sup> Da im zu entscheidenden Rechtsstreit der Betreuung und Erziehung der Minderjährigen kein Erziehungs- und Betreuungskonzept zugrunde lag, dass die Hauswirtschaftsleiterin hätte beachten müssen und zudem bei der Gestaltung der Betreuungsleistungen nur die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen sowie das Kindeswohl der anvertrauten Kinder und Jugendlichen zu berücksichtigen sei, ordnete das BAG die Tätigkeiten der Betroffenen als selbständige Erwerbstätigkeiten ein.<sup>102</sup> Instanzgerichtliche Entscheidungen gehen mitunter in eine andere Richtung: So befand das AG München für die arbeitsrechtliche Einordnung einer ausländischen Pflege- und Betreuungskraft, die im Haushalt des Pflegenden untergebracht und dort zur Dienstleistung verpflichtet war, dass die Qualifizierung des Beschäftigungsverhältnisses als Arbeitsverhältnis nicht bereits deshalb scheitere, weil die Pflegekraft nur zu Beginn ihrer Tätigkeit Weisungen erhielt. Vielmehr werde – so das AG München – von qualifizierten Arbeitnehmern erwartet, dass sie nach einer gewissen Vorlauf- bzw.

---

<sup>100</sup> SG München v. 9.11.2017 – S 31 R 1146/16, BeckRS 2017, 132269.

<sup>101</sup> BAG v. 25.5.2005 – 5 AZR 347/04, AP Nr. 117 zu BGB § 611 Abhängigkeit.

<sup>102</sup> BAG v. 25.5.2005 – 5 AZR 347/04, AP Nr. 117 zu BGB § 611 Abhängigkeit.

Einarbeitungszeit eigenständig ihre vertraglichen Pflichten und Aufgaben wahrnehmen, ohne dass es hierfür jeweils einer erneuten Weisungsanordnung bedürfe.<sup>103</sup>

#### **dd) Kritik der Literatur**

All dies bleibt nicht ohne Wiederhall. Stimmen in der Literatur begegnen einer Einordnung derartiger Beschäftigungskonstellationen als selbständige Erwerbstätigkeit teilweise deutlich kritischer. So geht etwa *Knopp* vom Bestehen einer rechtlichen „Gefährdungszone“ aus, wenn gewerbetreibende Pflegekräfte lediglich für einen Kunden tätig werden, obwohl nach Art der Tätigkeit eine abhängige Beschäftigungsform besteht.<sup>104</sup> Freilich beschränkt sich die Kritik *Knopps* im Wesentlichen auf beschäftigungs- bzw. sozialversicherungspolitische Umstände. Die Pflegehilfskraft werde unter dem Deckmantel der Selbständigkeit als Arbeitnehmerin beschäftigt, um Abgaben, Restriktionen und Formalien zu vermeiden.<sup>105</sup> Unklar bleibt hierbei jedoch, anhand welcher Gesichtspunkte in Abgrenzung zur derzeitigen höchstrichterlichen Rechtsprechung die Unterscheidung zwischen abhängiger und selbständiger Erwerbstätigkeit erfolgen müsste. *Brand* plädiert in diesem Zusammenhang dafür, ganz grundsätzlich bei der Abgrenzung zwischen Arbeitnehmer und Selbständigem dem Kriterium des „Auftretens am Markt aufgrund unternehmerischer Tätigkeit“ wesentlich mehr Gewichtung als bisher zukommen zu lassen. Die Übernahme eines Unternehmerrisikos und die Inhaberschaft unternehmerischer Freiheiten stellen bereits nach der derzeitigen Rechtsprechung wichtige Indizien für die Annahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit dar.<sup>106</sup> In der Tat wäre hierdurch zumindest für den Bereich der (häuslichen) Pflege in einigen Beschäftigungssituationen fraglich, ob die Pflege- und Betreuungskraft in der Außenwahrnehmung als werbende Unternehmerin auftritt und sich eigenständig um die Akquise neuer Pflegeaufträge bemüht.

---

<sup>103</sup> AG München v. 10.11.2008 – 1115 OWi 298 Js 43552/07, *juris*.

<sup>104</sup> *Knopp*, NZA 2015, 851 (852).

<sup>105</sup> *Knopp*, NZA 2015, 851 (852).

<sup>106</sup> *Brand*, NZS 1997, 552 (556).

*Brors/Böning* attestieren – nicht unplausibel – der derzeitigen Rechtsentwicklung im Bereich der häuslichen Pflege eine „sozialversicherungsrechtliche Verselbständigung“ des Arbeitnehmer- und Beschäftigtenbegriffs, der dazu führe, dass aufgrund des in der Praxis „geduldeten Missbrauchs“ die Anwendbarkeit des allgemeinen Zivilrechts auf vermeintliche „Auftragnehmer“ kaum in Frage gestellt werde. Diese Form der Beschäftigung als formale Selbständigkeit werde in Rechtsprechung und Politik schlicht als Flexibilisierungsinstrument akzeptiert.<sup>107</sup> Insbesondere im Bereich der 24-Stunden-Betreuung könne eine selbständige Form der Erbringung von Pflegeleistungen nie in Betracht kommen, da bei einer Rundumbetreuung weisungsabhängig und ohne Spielraum gearbeitet werde. Die Art der Pflegeleistung hänge – so die Autoren – gerade von den Bedürfnissen der zu pflegenden Person ab und würde vor Ort bestimmt. In der Konsequenz sei die Erteilung von Weisungen zwangsnotwendig, um den Inhalt der Pflegeleistungen zu determinieren.<sup>108</sup> Andere Stimmen entgegnen in diesem Zusammenhang, dass Pflegekräfte nie ohne eine gewisse Eingliederung in (betriebliche) Organisationsstrukturen tätig werden können.<sup>109</sup> Selbst bei einer selbständigen Tätigkeit in einer Pflegeeinrichtung sei es für die Annahme der Selbständigkeit des Erwerbs unschädlich, dass die Pflegekraft sich bei der Erbringung ihrer Dienstleistungen in eine betriebliche Ordnung eingliedern bzw. anpassen muss. Für das Vorliegen einer Weisungsgebundenheit müsse sich die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation vielmehr durch Hinzutreten weiterer Umstände manifestieren.<sup>110</sup> Führt man diesen Gedanken fort, müsste man bei der Tätigkeit von Heimpflegekräften regelmäßig zu dem Schluss kommen, dass diese bereits nicht in einen fremden Betrieb eingegliedert sind. Auch anderweitige Umstände wie etwa Teilnahmen an Dienstbesprechungen, Qualitätszirkel oder Anweisungen hinsichtlich der Dokumentation der Pflege- und Betreuungsleistungen<sup>111</sup> bleiben regelmäßig bei der

---

<sup>107</sup> *Brors/Böning*, NZA 2015, 846 (849).

<sup>108</sup> *Brors/Böning*, NZA 2015, 846 (849).

<sup>109</sup> Auf die Eigenverantwortung und Expertise der Pflegekraft abstellend etwa *Plagemann/Schafhausen*, ArbRAktuell 2015, 440 (443).

<sup>110</sup> *Richter*, DStR 2018, 474 (475); großzügiger wohl auch *Plagemann/Schafhausen*, ArbRAktuell 2015, 440 (443).

<sup>111</sup> Derartige Umstände berücksichtigt *Richter*, DStR 2018, 474 (475).



heimischen 24-Stunden-Betreuung aus. In der Konsequenz wäre in aller Regel von einer selbständigen Erwerbstätigkeit auszugehen.

### **ee) Schlussfolgerungen**

Die Umschau hat deutlich gezeigt: Sowohl das *BSG* als auch die instanzgerichtliche Rechtsprechung erblicken in der konkreten Ausgestaltung der Tätigkeiten hauswirtschaftlicher Betreuung und Pflege oftmals weit gefasste Handlungs- und Entscheidungsspielräume, die – auch in Anbetracht gewisser Vorgaben für den Rahmen, in welchem die Leistungen zu erbringen sind – dazu führen, dass die Erwerbstätigkeit als selbständige Dienstleistung zu qualifizieren ist. Gleiches gilt in Teilen für das *BAG*, das im Bereich der Pflege und Betreuung bei bestimmten Formen der Leistungserbringung Handlungs- und Gestaltungsspielräume erkennt, die gegen eine Einordnung der Erwerbstätigkeit als unselbständige Beschäftigung sprechen.

Rechtsicherheit für die selbständige Erwerbstätigkeit in der 24-Stunden-Betreuung bedeutet dies jedoch nicht. Im Ausgangspunkt mag es durchaus zutreffen, dass die Festlegung grober Eckdaten wie etwa Beginn und Ende der Arbeitszeit sowie Vorgaben zu den Grundzügen der inhaltlichen Ausgestaltung der Pfl egetätigkeiten nicht pauschal für die Annahme einer weisungsabhängigen Beschäftigung der Pflege- und Betreuungskraft sprechen.<sup>112</sup> Ebenso richtig ist es, wenn seitens der instanzgerichtlichen Rechtsprechung in der Sozialgerichtsbarkeit argumentiert wird, dass eine Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation regelmäßig aufgrund der Natur der häuslichen Pflege nicht möglich ist und in der Konsequenz auch nicht für die Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbständiger Erwerbstätigkeit sein kann.<sup>113</sup> Die Rechtsprechung zur Weisungsgebundenheit bzw. zur Konkretisierung der Leistungspflichtigen geht indes – gemessen an den sonst geltenden Maßstäben – oftmals fehl: Handlungsspielräume und flexible Leistungsgestaltung dergestalt, wie sie für einen Selbständigen üblich sind, setzen voraus, dass der Dienstleistende im Wesentlichen frei in

---

<sup>112</sup> *BSG* Urt. v. 28.9.2011 – B 12 R 17/09 R, BeckRS 2012, 67108; *LSG Baden-Württemberg* v. 19.7.2017 – L 2 R 3158/16, Rn. 60, *juris*.

<sup>113</sup> *LSG Baden-Württemberg* v. 19.7.2017 – L 2 R 3158/16, *juris*.

seiner Entscheidung über das „Ob“, das „Wann“ und insbesondere das „Wie“ ist. Es bedarf dabei richtigerweise einer Gesamtschau aller Umstände, die im Zusammenhang mit den Modalitäten der Leistungserbringung erheblich sind.

Gerade für den Bereich der häuslichen Pflege bedarf es dabei einer genauen Betrachtung dahingehend, ob die Pflegekraft seitens eines Pflegedienstes, des Pflegebedürftigen oder Angehörigen des Pflegebedürftigen konkrete Vorgaben für die Verrichtung der Pflege- und Betreuungsarbeiten erhält. Diese können sich etwa auf Gesichtspunkte des regelmäßigen Tagesablaufs, medikamentöse Versorgung, Arztbesuche o.ä. beziehen. Werden der Pflege- und Betreuungskraft diesbezüglich verbindliche Vorgaben erteilt, ist dies ein Indiz für die Annahme einer Weisungsgebundenheit, *ergo* eine abhängige Beschäftigung. Zu kurz greifen deshalb etwa die Überlegungen einzelner Instanzgerichte, denen zufolge aus der „Entscheidungsfreiheit“ der Pflegekraft darüber, welche Gerichte sie kocht, wann sie Wascharbeiten erledigt oder die Wohnung des Pflegebedürftigen putzt eine selbständige Erwerbstätigkeit zu schlussfolgern sei.<sup>114</sup> Gerade der Verweis darauf, dass die Pflege- und Betreuungsleistungen jeweils auf die individuellen Bedürfnisse des Pflegebedürftigen anzupassen seien und deshalb eine für einen Arbeitnehmer atypische Flexibilität erforderten, kann nicht überzeugen. Würde man dieses Verständnis auf andere Tätigkeitsfelder übertragen, wären Arbeitnehmer mancher Branchen weitestgehend als Selbständige einzuordnen. Wenn etwa der Friseur seinen Kunden befragt, welcher Haarschnitt gewünscht ist und im Anschluss an eine kurze Beratung mit dem Schneiden der Haare beginnt, eröffnet dies keinen Handlungsspielraum, der aus dem abhängig beschäftigten Friseur einen Selbständigen macht. Gleiches gilt für die Arbeitskraft einer Apotheke, die nach Schilderung von Erkältungssymptomen eigenständig entscheidet, welche Arzneimittel eingenommen werden sollten.

Die Einordnung einer 24-Stunde-Pflege- und Betreuungskraft als Selbständige entsprechend der Entscheidung des BSG<sup>115</sup> begegnet damit gerade auch mit Blick auf die sonstige Judikatur des Gerichts einigen rechtlichen Bedenken, erscheint in Teilen sogar

---

<sup>114</sup> LSG Mecklenburg-Vorpommern v. 18.2.2015 – L 7 R 225/11, *juris*.

<sup>115</sup> BSG v. 28.9.2011 – B 12 R 17/09 R, BeckRS 2012, 67108.

widersprüchlich. Im Urteil aus dem Jahr 2004 zur rechtlichen Beurteilung von Lehrkräften stellte das Gericht noch fest, dass zwar auch Selbständige in ihren Handlungsmöglichkeiten begrenzt sein können, entscheidend jedoch sei, dass derartige Grenzen generell-abstrakt umschrieben sind. Charakteristisch für den Status eines Arbeitnehmers sei hingegen, dass dieser darüber hinaus auch einzelne Anordnungen erhält:

„Weisungsfrei seien solche Tätigkeiten, bei denen einem Beschäftigten zwar die Ziele seiner Tätigkeit vorgegeben sein können, jedoch die Art und Weise, wie er diese erreicht, seiner eigenen Entscheidung überlassen bleibt (BSGE 36, 7, 10 f.). Auch Selbständige könnten in ihren Handlungsmöglichkeiten begrenzt sein, allerdings nicht durch Einzelanordnungen, sondern durch Regeln oder Normen, die die Grenzen ihrer Handlungsfreiheit mehr in generell-abstrakter Weise umschreiben (BSG SozR 2200 § 165 Nr. 45 S. 67).“ (BSG v. 12.2.2004 – B 12 KR 26/02 R, BeckRS 2004, 40610)

Eben hierauf muss es konsequenterweise auch bei der Beurteilung von Pflege- und Betreuungsleistungen häuslicher 24-Stunden-Betreuungskräften ankommen. Werden generell-abstrakte Vorgaben zu den wesentlichen Gesichtspunkten der Pflegeleistung gemacht und beschränken diese sich gleichzeitig auch hierauf, kann eine Selbständigkeit vermutet werden. Erhält die Pflege- und Betreuungskraft jedoch konkrete, auf die individuelle Situation zugeschnittene Anweisungen, ist sie regelmäßig als Arbeitnehmer zu qualifizieren. Dies gilt vor allem, wenn auch in zeitlicher Hinsicht kein Entscheidungsspielraum besteht. Ordnet der Pflegebedürftige etwa an, dass die Pflege- und Betreuungskraft ihn unmittelbar von einem Raum in einen anderen Raum begleiten soll, handelt es sich hierbei um eine konkrete Arbeitsanweisung, nicht hingegen um eine grobe Vorgabe zur Pflegetätigkeit, die (vermeintliche) Handlungsspielräume ermögliche.

In diese Richtung deutet zumindest eine jüngste Entscheidung des BSG v. 7.6.2019 – B 12 R 6/18, wonach Honorarpflegekräfte in stationären Pflegeeinrichtungen regelmäßig nicht als Selbständige anzusehen seien, sondern als abhängig Beschäftigte. Unternehmerische Freiräume seien in diesem Tätigkeitsfeld kaum denkbar. Bloße Freiräume bei der Aufgabenerledigung wie etwa ein Auswahlrecht bei der zu pflegenden Person oder ein Spielraum bei der Reihenfolge der Pflegemaßnahmen genügen nach Auffassung des BSG nicht für die Annahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit. Das Gericht sah auch in der

vollständigen Eingliederung stationärer Pflegekräfte in einen fremden Betriebsablauf ein gewichtiges Indiz für die Annahme einer abhängigen Beschäftigung. Ein solcher besteht bei der häuslichen 24-Stunden-Betreuung indes regelmäßig nicht, vielmehr ergibt sich die Verortung der Arbeitsleistung aus der Natur der Pflegeleistung. Anzumerken ist zudem, dass die Entscheidung sich ausschließlich auf die stationäre Pflege bezieht, die in ihrer tatsächlichen Ausgestaltung nur wenig Überschneidung mit der häuslichen 24-Stunden-Betreuung aufweist.

#### **ff) Ein Zwischenfazit**

Es gibt damit Anhaltspunkte für eine Selbständigkeit von Pflegekräften, die von der Rechtsprechung regelmäßig betont werden:

- Individualität der Pflegeleistungen und damit einhergehender Handlungs- und Entscheidungsspielraum
- Nur Vorgabe einiger Eckpunkte: Beginn, Ende und grober Inhalt der Arbeit
- Ausbleiben von Einzelanordnungen bzgl. Pflegeleistungen
- Entscheidungsfreiheit bzgl. Ausgestaltung täglicher Arbeits- und Ruhezeiten
- Unternehmerisches Risiko bzgl. Akquise von Anschlussaufträgen
- Kein Lohn- bzw. Entgeltfortzahlungsanspruch bei Urlaub bzw. Krankheit
- Keine Vergütung im Krankheits- oder Todesfall des Pflegebedürftigen
- Vorhandensein mehrerer Auftraggeber
- Einzelne Aufträge können abgelehnt werden
- Keine Einbindung in Dienstpläne
- Fehlen eigener Investitionen in Betriebsmittel ist unbeachtlich
- Ausbleiben eigener Betriebsstätte ebenfalls unbeachtlich
- Keine tätigkeitsbezogenen Dokumentationspflichten

Konkret ergibt die Gesamtschau, dass insbesondere das *BSG* dem Vorhandensein von Handlungs- und Entscheidungsspielräumen bei der Einordnung von Pflegekräften als

selbständige Erwerbstätige maßgebliche Bedeutung beimisst. Hiermit einher geht die Flexibilität selbständig Tätiger hinsichtlich der inhaltlichen Konturierung der Pflegeleistungen. Erhält die Pflege- und Betreuungskraft keine Einzelanordnungen, sondern wird vielmehr allein der zeitliche und inhaltliche Rahmen abstrakt festgelegt, spricht auch dies nach der sozialrechtlichen Rechtsprechung für eine Selbständigkeit. Auch das unternehmerische Risiko einer Pflege- und Betreuungskraft, eigenständig Anschlussaufträge zu akquirieren, werten die Gerichte als Indiz einer selbständigen Erwerbstätigkeit. Andersherum wird als negatives Abgrenzungsmerkmal vertreten, dass die Zusammenarbeit mit anderen Pflegekräften sowie die Koordinierung des Pflegeablaufs mit Betriebsstrukturen von Pflegediensten nicht zwangsläufig gegen die Selbständigkeit der Pflege- und Betreuungskraft sprechen – vielmehr ergäben sich diese Gesichtspunkte nach Auffassung der Rechtsprechung aus der Notwendigkeit einer kontinuierlichen und verlässlichen Sicherstellung der Pflege.

Demgegenüber gibt es regelmäßig ebenso Anhaltspunkte in die andere Richtung, also für die Annahme einer abhängigen Beschäftigung:

- Organisation und Sicherstellung der Pflege obliegt Pflegedienstleister
- Konkrete Einzelanordnungen bzgl. Inhalt und Abfolge von Pflegeleistungen
- Eingliederung in verbindliche Zeitpläne eines Pflegedienstleiters
- Ablehnung oder Kündigung einzelner Pflegeaufträge nicht oder nur mit Zustimmung Dritter möglich
- Teilnahme an Teambesprechungen und Werbeveranstaltungen Dritter
- Pflege- und Betreuungskraft trägt nicht Risiko für Akquise von Anschlussaufträgen
- Pflicht zur Krankheits- und Urlaubsvertretung anderer Pflegekräfte
- Ausbleiben von weiteren Weisungen im Anschluss an einleitende Weisung bei Pflegebeginn unbeachtlich, da eigenständiges Arbeiten von qualifizierter Pflege- und Betreuungskraft erwartet wird

Deutlich wird damit: Eine selbständige Tätigkeit in der 24-Stunde-Pflege ist nach den Vorgaben der Rechtsprechung möglich – wenn auch oftmals (vielleicht: regelmäßig) nicht rechtsicher. Jede Pflegesituation wird im Rahmen einer umfassenden Gesamtschau einzeln gewertet. Ob und in welchem Umfang einer Pflege- und Betreuungskraft im Rahmen ihrer Pflegetätigkeit ein Handlungs- und Entscheidungsspielraum zukommt, der sowohl zeitlich als auch inhaltlich demjenigen eines Selbständigen entspricht, kann regelmäßig nicht mit abschließender Rechtssicherheit beantwortet werden. Dies gilt umso mehr, wenn die Vermittlung der Pflege- und Betreuungskraft durch einen Pflegedienst erfolgt, da dann mit Blick auf die organisatorische Wahrnehmung und Sicherstellung der Kontinuität der Pflege oftmals Anhaltspunkte für eine unselbständige Pflegetätigkeit der Pflege- und Betreuungskraft bestehen. *Mutatis mutandis* gilt bei einer sozialrechtlichen Einordnung der Pflege- und Betreuungskraft als Beschäftigte i.S.v. § 7 SGB VI dann regelmäßig, dass diese auch Arbeitnehmerin im arbeitsrechtlichen Sinne ist, wobei insofern nicht auf die wirtschaftliche, sondern vielmehr auf die persönliche Abhängigkeit der Pflege- und Betreuungskraft abzustellen ist.

## **2. Arbeitsrechtlicher Rahmen**

Soweit Pflegekräfte in häuslicher Gemeinschaft damit Arbeitnehmer sind, so sind neben den Sozialversicherungspflichten die Vorschriften zum Arbeitnehmerschutz zu beachten. Für eine 24-Stunden-Betreuung betrifft dies *in concreto* insb. die Vorschriften zur Arbeitszeit nach dem ArbZG sowie die Regelungen zum Mindestlohn.

### **a) Arbeitszeitrecht**

Regelungen zur Arbeitszeit sind durch Umsetzung der RL 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung im ArbZG in das nationale Recht aufgenommen worden. Entsprechend Erwägungsgrund (1) der Richtlinie soll nach § 1 Nr. 1 ArbZG durch das ArbZG die Sicherheit und der Gesundheitsschutz von Arbeitnehmern in der Bundesrepublik Deutschland gewährleistet werden. Das ArbZG ist zwingendes

Arbeitnehmerschutzrecht und statuiert – im Rahmen seines Anwendungsbereichs – insoweit einen Mindeststandard.<sup>116</sup>

### **aa) Anwendbarkeit des ArbZG auf die 24-Stunden-Betreuung**

Vom Anwendungsbereich des Gesetzes explizit ausgenommen werden nach § 18 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG Arbeitnehmer, die in häuslicher Gemeinschaft mit den ihnen anvertrauten Personen zusammenleben und sie eigenverantwortlich erziehen, pflegen oder betreuen.

Die Frage, ob auch Pflegekräfte in der 24-Stunden-Betreuung unter diesen Ausnahmetatbestand fallen, wird überwiegend verneint.<sup>117</sup> Eine höchstrichterliche Klärung dieser Frage liegt bislang nicht vor.<sup>118</sup> Auch die Bundesregierung äußerte sich im Januar 2012 auf eine Kleine Anfrage mehrerer Abgeordneter und der Fraktion *DIE LINKE* vage. Auf die Frage

„(6) Gilt auch bei Haushalts-/Pflegehilfskräften im Rahmen der vollen Arbeitnehmerfreizügigkeit das Arbeitszeitgesetz (ArbZG), und wenn ja, trifft es zu, dass nach § 2 AEntG grundsätzlich die Arbeitszeit von acht Stunden, in Ausnahmefällen von zehn Stunden Werktags, nach dem deutschen ArbZG bei Haushalts-/Pflegehilfskräften in privaten Haushalten einzuhalten ist, und wenn nein, welche Einschränkungen des § 18 ArbZG sind wirksam (bitte begründen)?“

antwortete die Bundesregierung:

„Vom Anwendungsbereich des Arbeitszeitgesetzes sind nach § 18 Absatz 1 Nummer 3 ArbZG Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ausgenommen, die in häuslicher Gemeinschaft mit den ihnen anvertrauten Personen zusammenleben und sie eigenverantwortlich erziehen, pflegen oder betreuen. Sofern diese Voraussetzungen vorliegen, findet das Arbeitszeitgesetz

---

<sup>116</sup> BeckOKArbR/Koch, 51. Ed 1.3.2019, § 1 Vor Rn. 1.

<sup>117</sup> BeckOKArbR/Koch, 51. Ed 1.3.2019, § 18 Rn. 5; Brors/Böning, NZA 2015, 846 (847); auch Bucher, Rechtliche Ausgestaltung der 24-h-Betreuung durch ausländische Pflegekräfte in deutschen Privathaushalten, 2018, S. 170; ErfK/Wank, 19. Aufl. 2019, § 18 ArbZG Rn. 5; Scheiwe/Schwach, NZA 2013, 1116 (1119); Bedenken äußert auch Kocher, NZA 2013, 929 (934); Schliemann, ArbZG, 3. Aufl. 2017, § 18 Rn. 24; a.A. ohne Begründung Schmitz, NZA-RR 2019, 223 (237).

<sup>118</sup> Dazu auch Bucher, Rechtliche Ausgestaltung der 24-h-Betreuung durch ausländische Pflegekräfte in deutschen Privathaushalten, 2018, S. 151.

auch auf ausländische entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer keine Anwendung. Bei der Beurteilung, ob eine Beschäftigte oder ein Beschäftigter nach § 18 Absatz 1 Nummer 3 ArbZG vom Anwendungsbereich des Arbeitszeitgesetzes ausgenommen werden kann, sind alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Daher ist eine generelle Aussage hierzu nicht möglich.“<sup>119</sup>

Die Beschlussempfehlung des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung vom 8.3.1994 begründete die Ausnahme nach § 18 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG damit, dass „die besonderen Lebens- und Arbeitsbedingungen dieser Arbeitnehmer [...] eine durch das öffentlich-rechtliche Arbeitsrecht zwingend vorgeschriebene Unterscheidung zwischen Freizeit und Arbeitszeit“ nicht zuließen. Dabei stellte die Beschlussempfehlung beispielhaft auf Kinderdorfeltern in SOS-Kinderdörfern ab. Ferner sollen die im Haushalt beschäftigten Arbeitnehmer explizit nicht zwangsläufig der Ausnahme nach § 18 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG unterfallen. Das Gesetz sei „so flexibel konzipiert, daß auch den besonderen Verhältnissen im Haushalt ausreichen Rechnung getragen werden kann“.<sup>120</sup> Damit soll das ArbZG auch auf im Haushalt beschäftigte Arbeitnehmer grundsätzlich anwendbar sein. Entscheidende Bedeutung kommt damit den Tatbestandsmerkmalen des „Zusammenlebens“ in häuslicher Gemeinschaft sowie der „Eigenverantwortlichkeit“ der Pflege und Betreuung zu.

### **(1) Anforderungen an ein Zusammenleben i.S.d. § 18 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG**

Ob bei einer 24-Stunden-Betreuung überhaupt von einem Zusammenleben im Sinne des § 18 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG gesprochen werden kann, ist bereits äußerst fraglich. Dies ist insbesondere an den Maßgaben des Europarechts zu messen: Die Ausnahmeregelung des § 18 ArbZG beruht auf Art. 17 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG, welche Abweichungen von den Regelungen der Art. 3 bis 6, 8 und 16 zulässt, wenn die Arbeitszeit wegen der besonderen Merkmale der ausgeübten Tätigkeit nicht gemessen und/oder nicht im Voraus festgelegt wird oder von den Arbeitnehmern selbst festgelegt werden kann.<sup>121</sup> Insbesondere gilt dies für leitende Angestellte oder sonstige Personen

---

<sup>119</sup> BT-Drucks. 17/8373, S. 4.

<sup>120</sup> BT-Drucks. 12/6990, S. 44.

<sup>121</sup> BeckOK ArbR/Kock, 51. Ed. 1.3.2019, § 18 Rn. 1.



mit selbständiger Entscheidungsbefugnis (lit. a), Arbeitskräfte, die Familienangehörige sind (lit. b) sowie Arbeitnehmer im liturgischen Bereich (lit. c). Die Richtlinie 2003/88/EG lässt in Art. 17 Abs. 1 Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen zu. Dabei ist nach der Rechtsprechung des EuGH die in Art. 17 Abs. 1 der Richtlinie eröffnete Möglichkeit der Abweichung eng auszulegen: Der Abweichung muss so gestaltet sein, dass „ihr Anwendungsbereich auf das zur Wahrung der Interessen, deren Schutz sie ermöglicht, unbedingt Erforderliche begrenzt wird“.<sup>122</sup> Auch § 18 Abs. 1 ArbZG ist in diesem Sinne eng auszulegen. Daher kann die reine Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft kein Zusammenleben im Sinne des § 18 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG begründen. Vielmehr erfordert nach Rechtsprechung des EuGH die Nichtanwendbarkeit der Richtlinie 2003/88/EG nach deren Art. 17 Abs. 1, dass das Arbeitsverhältnis eine familienähnliche Struktur aufweist:

„Diese Abweichung, die [...] eng auszulegen ist, betrifft nämlich ausschließlich die Arbeit, die in einem Kontext erbracht wird, in dem das zwischen dem Arbeitgeber und seinem Arbeitnehmer bestehende Arbeitsverhältnis **familiärer Natur** ist. In einem solchen Kontext, der dadurch gekennzeichnet ist, dass zwischen den Parteien besondere Bindungen in Bezug auf Vertrauen und Verpflichtung bestehen, **kann nämlich angenommen werden, dass die gesamte Arbeitszeit nicht gemessen oder nicht im Voraus festgelegt wird, oder dass sie von dem beschäftigten Familienmitglied festgelegt werden kann.**“<sup>123</sup>

Dies deckt sich mit der instanzgerichtlichen Rechtsprechung zu § 18 ArbZG. Das VG *Berlin* führte insoweit aus:

„Von einem Zusammenleben in häuslicher Gemeinschaft iSd § 18 Nr. 3 des Arbeitszeitgesetzes ist dann auszugehen, wenn ein Arbeitnehmer oder eine Arbeitnehmerin mit mindestens einer anderen Person in einem räumlich abgegrenzten Bereich für **längere Zeit dergestalt zusammen wohnt, dass dies nach wertender Betrachtung dem Zusammenleben und gemeinsamen Wirtschaften in einem Familienverbund weitgehend gleichkommt.**“<sup>124</sup>

---

<sup>122</sup> EuGH v. 26.7.2017 – C-175/17 (Hälvä), NZA 2017, 1113 (1114).

<sup>123</sup> EuGH v. 26.7.2017 – C-175/17 (Hälvä), NZA 2017, 1113 (1116).

<sup>124</sup> VG Berlin v. 24.3.2015 – VG 14 K 184.14 – BeckRS 2015, 46550.

Ähnlich äußerte sich auch das *LAG Sachsen Anhalt*:

„Der Senat ist der Auffassung, dass sich aus § 18 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG im vorliegenden Fall kein Ausschluss für die Anwendbarkeit dieses Gesetzes ergab. Die PK lebten im Rahmen der Krankenhausnachsorge hier nicht bei den zu Pflegenden im Sinne dieses Gesetzes. Soweit nicht sogar ein **gemeinsames Wirtschaften maßgebend ist, ist zumindest eine gewisse Dauerhaftigkeit im Sinne eines „Zusammenlebens“ zu fordern.** [...]Demgegenüber stellt die Regelung in § 18 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG auf ein **Näheverhältnis der eingesetzten Person zu dem Betreuten** ab, wie dies exemplarisch für Mütter in SOS-Kinderdörfern angenommen wurde.“<sup>125</sup>

Auch in der Literatur wird angeführt, der Gesetzgeber habe bei Schaffung des § 18 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG lediglich den in der Beschlussempfehlung aufgeführten Fall der SOS-Kinderdorfmutter im Sinn gehabt: *Scheiwe/Schwach* sprechen insoweit auch von einem „*lex SOS-Kinderdorfmutter*“.<sup>126</sup> Die Kriterien eines auf eine gewisse Dauer angelegten<sup>127</sup> gemeinsamen Wohnens unter Organisation eines gemeinsamen Lebensalltags<sup>128</sup> sowie ein gemeinsames Wirtschaften,<sup>129</sup> sind im Falle der SOS-Kinderdorfmutter zweifellos erfüllt: Eine SOS-Kinderdorfmutter lebe gerade nicht nur *bei* sondern *mit* den Kindern in einer Gemeinschaft, die einer familiären Gesellschaft möglichst nahekommt.<sup>130</sup>

Diese Situation kann jedoch nicht unbesehen auf eine Pflege- und Betreuungskraft in der 24-Stunden-Betreuung übertragen werden: Dass die Pflege- und Betreuungskraft ggf. über mehrere Monate in der Wohnung des zu Pflegenden wohnt, führt nicht dazu, dass bereits von einem Zusammenleben gesprochen werden kann. Entsprechend der europarechtlich gebotenen engen Auslegung, ist eine familienähnliche Struktur des Zusammenlebens erforderlich, welche in der 24-Stunden-Betreuung gerade nicht gegeben ist. Der dauerhafte Aufenthalt in der Wohnung des zu Pflegenden verfolgt

---

<sup>125</sup> LSG Sachsen-Anhalt v. 8.3.2012 – L 3 R 72/08, BeckRS 2013, 69640, Nachweise in Zitat ausgelassen.

<sup>126</sup> *Scheiwe/Schwach*, NZA 2013, 1116 (1117).

<sup>127</sup> BeckOK ArbR/*Kock*, 51. Ed 1.3.2019, § 18 ArbZG Rn. 5.

<sup>128</sup> *Scheiwe/Schwach*, NZA 2013, 1116 (1117).

<sup>129</sup> *Anzinger*, BB 1994, 1492 (1493); ErfK/*Wank*, 19. Aufl. 2019, § 18 ArbZG Rn. 5.

<sup>130</sup> *Scheiwe/Schwach*, NZA 2013, 1116 (1117), so auch *Bucher*, Rechtliche Ausgestaltung der 24-h-Betreuung durch ausländische Pflegekräfte in deutschen Privathaushalten, 2018, S. 165.

vielmehr den Zweck, diesem rund um die Uhr für die Pflegeleistung zur Verfügung zu stehen<sup>131</sup> – nicht aber die Begründung einer (möglichst familiären) Lebensgemeinschaft.<sup>132</sup> Konkretisierend führte das *VG Berlin* in der bereits benannten Entscheidung aus:

„Personen wohnen typischerweise dort als Familie oder in einer familienähnlichen Struktur zusammen, wo sie auf längere Sicht die Nachtruhe verbringen, kochen und essen, die anfallenden Alltagstätigkeiten unter Berücksichtigung der Bedürfnisse des jeweils anderen (mit-)verrichten, den Haushalt gemeinsam führen und einen nicht unerheblichen Teil ihrer Freizeit verbringen. Der Wohnort bildet das - manchmal auch nur temporäre - Zuhause. Er bietet in der Regel einen privaten Rückzugsbereich und ist der Ort, der den räumlichen Schwerpunkt der privaten Lebensverhältnisse darstellt.“<sup>133</sup>

Zwar mögen bestimmte Aspekte eines Zusammenlebens auch auf Pflegekräfte, die die Betreuung in der häuslichen Gemeinschaft verrichten, zutreffen. So werden diese in der Wohnung des zu Pflegenden regelmäßig einen privaten Rückzugsbereich haben, die Nachtruhe in der Wohnung des zu Pflegenden verbringen, ggf. mit diesem oder für diesen kochen und gemeinsam die Mahlzeiten einnehmen, den Haushalt führen etc. Diese Aspekte des Zusammenlebens resultieren jedoch nicht aus einer familienähnlichen Struktur, sondern sind maßgebliche Teile der Pflege. Besonders deutlich wird dies bei dem Aspekt der Nachtruhe: Wie bereits dargelegt, verbringt die Pflege- und Betreuungskraft diese regelmäßig gerade deshalb in der häuslichen Gemeinschaft des zu Pflegenden, um diesem im Bedarfsfall auch in diesen Zeiten für Pflegeleistungen zur Verfügung zu stehen. Zudem lässt sich nur schwerlich begründen, dass der räumliche Schwerpunkt des privaten Lebens der Pflege- und Betreuungskraft in der häuslichen Gemeinschaft des zu Pflegenden begründet ist. Anhand eines typischen Ausgestaltungsmodells des Pflegemodells, in der ein Wechsel in einem mehrwöchigen Turnus vorgesehen ist (Tandemmodell), zeigt sich, dass die Pflege- und Betreuungskraft den Mittelpunkt ihres privaten Lebens gerade nicht in der häuslichen Gemeinschaft des zu Pflegenden begründen will.

---

<sup>131</sup> So auch BeckOK ArbR/Kock, 51. Ed 1.3.2019, § 18 ArbZG Rn. 5.

<sup>132</sup> Scheiwe/Schwach, NZA 2013, 1116 (1118); so auch BeckOK/Kock, 51. Ed 1.3.2019, § 18 ArbZG Rn. 5.

<sup>133</sup> VG Berlin, Urteil v. 24.3.2015 – VG 14 K 184.14, BeckRS 2015, 46550.

## (2) „Gemeinsames Wirtschaften“ sowie „Eigenverantwortlichkeit“ in der Pflege und Betreuung

Auch soweit – mit der Rechtsprechung und überwiegenden Stimmen der Literatur<sup>134</sup> – ein gemeinsames Wirtschaften gefordert wird, kann dies nicht auf Pflegekräfte in der 24-Stunden-Betreuung übertragen werden. Ein solches setzt regelmäßig voraus, dass „gewisse basale Kosten (Ernährung, Miete, weitere Kosten des laufenden Betriebs, Strom, Telekommunikation etc.) zumindest von den erwachsenen Zusammenlebenden – und sei es nur mittelbar – anteilig getragen werden.“<sup>135</sup> Selbst ein Pflegemodell, bei dem die Pflege- und Betreuungskraft – ggf. unter Anrechnung von Kost und Logis – bei dem zu Pflegenden wohnt, begründet kein gemeinsames Wohnen und Wirtschaften. Vielmehr ist dies gerade elementarer Ausdruck der Pflegeleistung.<sup>136</sup>

Inwieweit Pflegekräfte in der 24-Stunden-Betreuung Eigenverantwortlichkeit in der Pflege und Betreuung haben, ist ebenfalls fraglich. Eigenverantwortlichkeit in der Ausführung der Arbeitsleistung ist grundsätzlich ein Charakteristikum der Selbstständigkeit und schließt damit bereits die Arbeitnehmereigenschaft aus.<sup>137</sup> Das *LAG Sachsen-Anhalt* lehnte die Eigenverantwortlichkeit von Pflegekräften klar ab:

„Die PK arbeiteten hier auch **nicht „eigenverantwortlich“** im Sinne der vorgenannten Regelung. Die Pflegekräfte **unterlagen einer Kontrolle und waren jederzeit ersetzbar**. Demgegenüber stellt die Regelung in § 18 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG auf ein Näheverhältnis der eingesetzten Person zu dem Betreuten ab, wie dies exemplarisch für Mütter in SOS-Kinderdörfern angenommen wurde“<sup>138</sup>

---

<sup>134</sup> ErfK/Wank, 19. Aufl. 2019, § 18 ArbZG Rn. 5; Kocher, NZA 2013, 929 (933); Scheiwe/Schwach, NZA 2013, 1116 (1118); Neumann/Biebl, ArbZG, 16. Auflage 2013, § 18 Rn. 7; a.A.: Baeck/Deutsch, Arbeitszeitgesetz, 3. Auflage 2014, § 18 Rn. 22.

<sup>135</sup> VG Berlin v. 24.3.2015 – VG 14 K 184.14, BeckRS 2015, 46550.

<sup>136</sup> Bucher, Rechtliche Ausgestaltung der 24-h-Betreuung durch ausländische Pflegekräfte in deutschen Privathaushalten, 2018, S. 168.

<sup>137</sup> Scheiwe/Schwach, NZA 2013, 1116 (1119).

<sup>138</sup> LSG Sachsen-Anhalt v. 8.3.2012 – L 3 R 72/08, BeckRS 2013, 69640, Nachweise in Zitat ausgelassen.

Pflegekräfte in der 24-Stunden-Betreuung fallen somit nicht unter den Ausnahmetatbestand des § 18 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG. Eine solche Auslegung des § 18 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG wäre nicht mit Art. 17 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG vereinbar.

### **(3) Überdies: Vereinbarkeit mit ILO-Übereinkommen Nr. 189 nicht unproblematisch gegeben**

Darüber hinaus sei eine Auslegung des § 18 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG – so wird in der Literatur angeführt –, welche zu einem Ausschluss von Pflegekräften in der 24-Stunden-Pflege aus dem Anwendungsbereich des ArbZG führe, auch nicht mit Art. 10 des ILO-Übereinkommens Nr. 189 – Übereinkommen über Menschenwürdige Arbeit für Hausangestellte – vereinbar.<sup>139</sup> Dieses Übereinkommen wurde von der Bundesrepublik Deutschland am 20.9.2013 ratifiziert und trat – entsprechend Art. 21 des ILO-Übereinkommens 189 – am 01.9.2014 in Kraft.<sup>140</sup> Dabei eröffnet Art. 2 Abs. 2 des Übereinkommens den Mitgliedstaaten die Möglichkeit bestimmte Gruppen von Arbeitnehmern aus dem Geltungsbereich des Übereinkommens ausnehmen. Von dieser Möglichkeit hat die Bundesrepublik Deutschland in § 18 Abs. 1 Nr. 3 des ArbZG Gebrauch gemacht. In der Gesetzesbegründung zum Ratifikationsgesetz wird ausgeführt:

„Nach § 18 Absatz 1 Nummer 3 ArbZG findet das Arbeitszeitgesetz keine Anwendung auf Arbeitnehmer, die in häuslicher Gemeinschaft mit den ihnen anvertrauten Personenzusammenleben und sie eigenverantwortlich erziehen, pflegen oder betreuen. **Eine Abgrenzung zwischen Freizeit und Arbeitszeit wie in Artikel 10 Absatz 1 des Übereinkommens gefordert und wie sie das öffentlich-rechtliche Arbeitszeitrecht zwingend vorschreibt, ist hier nicht möglich.** In Bezug auf den Arbeitszeitschutz der betroffenen Beschäftigten ist **insoweit auf § 618 Absatz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) zu verweisen, der den Arbeitgeber verpflichtet, besondere Anordnungen auch in Bezug auf den Arbeitszeitschutz der mit ihm in häuslicher Gemeinschaft lebenden Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu treffen.**“<sup>141</sup>

---

<sup>139</sup> BeckOK ArbR/Koch, 51. Ed. 1.3.2019, § 18 ArbZG Rn. 5; Brors/Böning, NZA 2015, 846 (847); HK-ArbSchR/Graue, 1. Aufl. 2014, § 18 ArbZG Rn. 16; Kocher, NZA 2013, 929 (933 f.).

<sup>140</sup> Brors/Böning, NZA 2015, 846 (847); Kocher, NZA 2013, 929 (929).

<sup>141</sup> BT-Drucks. 17/12951, S. 18.

Zuweilen wird im Hinblick auf die 24-Stunden-Betreuung bereits kritisiert, dass die Bundesrepublik die Verfahrensanforderungen, die Art. 2 Abs. 2 und Abs. 3 des Übereinkommens für die Begründung Ausnahme aus dem Geltungsbereich des Übereinkommens vorsehen, nicht eingehalten habe.<sup>142</sup> Unabhängig davon müsse die Ausnahme einem engen Verständnis unterliegen: Denn anders als etwa bei der SOS-Kinderpflegemutter, könne bei der 24-Stunden-Betreuung – wie bereits dargelegt – zwischen Freizeit und Arbeitszeit differenziert werden. Zeiten in der sich die Pflege- und Betreuungskraft in der Wohnung des zu Pflegenden aufhalte, um im Bedarfsfall eine Pflegeleistung zu erbringen, seien Bereitschaftszeit und somit auch als Arbeitszeit zu qualifizieren.<sup>143</sup>

#### **(4) Ein Zwischenfazit**

Damit wird deutlich: Literatur und die bisher noch nur vereinzelt ergangenen Stimmen in der Rechtsprechung gehen von der Anwendbarkeit des ArbZG auf Pflegekräfte in der 24-Stunden-Betreuung aus, insbesondere unterfallen diese demnach nicht der Ausnahme nach § 18 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG. Damit sind auch die Regelungen des Arbeitszeitschutzes für Pflegekräfte in der 24-Stunden-Betreuung zu berücksichtigen.

Es soll nicht verkannt werden, dass der EuGH in einer aktuellen Entscheidung den Anwendungsbereich der Richtlinie 2003/88/EG als nicht eröffnet ansah:<sup>144</sup> Diese Richtlinie findet per Verweis auf Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 89/391/EWG keine Anwendung, soweit dem Besonderheiten bestimmter spezifischer Tätigkeiten im öffentlichen Dienst, z.B. bei den Streitkräften oder der Polizei, oder bestimmter spezifischer Tätigkeiten bei den Katastrophenschutzdiensten zwingend entgegenstehen. Der EuGH lehnte die Anwendbarkeit im Fall von Pflegeeltern, die im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses mit einer öffentlichen Behörde ein Kind in den eigenen Haushalt aufnahmen und betreuten, ab. Die „Beschränkung der wöchentlichen Arbeitszeit der Pflegeeltern nach Art. 6 der Richtlinie 2003/88 und die Verpflichtung des Arbeitgebers, diesen gemäß den Art. 5 und 7 dieser Richtlinie wöchentliche oder jährliche Ruhezeiten zu gewähren, in denen sie von der Ausübung ihrer Tätigkeit entbunden wären und sich somit nicht um das bei ihnen

---

<sup>142</sup> Siehe dazu *Scheiwe/Schwach*, NZA 2013, 116 (117).

<sup>143</sup> *Brors/Bröning*, NZA 2015, 846 (847).

<sup>144</sup> EuGH v. 20.11.2018 – C-147/17, BeckRS 2018, 29010.

untergebrachte Kind zu kümmern hätten, [seien] mit den Besonderheiten einer solchen Tätigkeit, die erfordern, dass Pflegeeltern das Kind, für das sie das Sorgerecht haben, durchgängig und auf lange Zeit angelegt in ihrem Haushalt und ihrer Familie betreuen, nicht vereinbar.<sup>145</sup> Dabei weist der EuGH darauf hin, dass der Begriff des „öffentlichen Dienst“ nach Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 89/391/EG unionsrechtskonform so auszulegen ist, dass er „nicht nur die Bereiche umfasst, in denen die Arbeitnehmer dem Staat oder einer anderen öffentlichen Behörde organisatorisch zugeordnet sind, sondern auch die Bereiche, in denen die Arbeitnehmer ihre Tätigkeit für einen Privaten ausüben, der unter der Überwachung der öffentlichen Behörden eine Gemeinwohlaufgabe wahrnimmt, die zu den grundlegenden Funktionen des Staates zählt.“<sup>146</sup> Maßgeblich ist, dass die Tätigkeiten im Dienst des Gemeinwesens ausgeübt werden, „unabhängig davon, ob ihr Arbeitgeber eine öffentliche Behörde oder ein Privater ist, der mit einer zu den grundlegenden Funktionen des Staates gehörenden Gemeinwohlaufgabe betraut ist.“<sup>147</sup> Im entscheidenden Fall führte der EuGH aus, die Pflegeeltern übten einen Dienst am Gemeinwohl aus. Den Pflegeeltern käme im Rahmen ihres Arbeitsverhältnisses die Aufgabe zu das Pflegekind in die vorübergehend eigene Familie einzugliedern und eine Wiedereingliederung in die Ursprungsfamilie oder eine Pflegefamilie vorzubereiten. Dieser Schutz des Kindes bilde eine grundlegende staatliche Gemeinwohlaufgabe.<sup>148</sup> Dies sei jedoch nur in einer durchgängigen Ausübung der Tätigkeit möglich; die Einhaltung Regelungen zur Arbeitszeit nach der Richtlinie 2003/88/EG sei damit nicht vereinbar, sodass die Ausnahme nach Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 89/391/EG greife.

**Diese Rechtsprechung lässt sich auf 24-Stunden-Betreuungskräfte offensichtlich nicht übertragen:** Die Tatsache, dass die Pflege- und Betreuungskraft Pflegeleistungen erbringt, wird man zwar im Hinblick auf Art. 25 GRC, wonach die Union das Recht älterer Menschen auf ein würdiges und unabhängig Leben und auf die Teilnahme am sozialen und kulturellen Leben anerkennt und achtet, als Gemeinwohlaufgabe qualifizieren können. Die Regelungen der Richtlinie 2003/88/EG stehen dieser Tätigkeit jedoch nicht zwingend entgegen. Insbesondere erfordert die Pflege – deutlich wird dies an der Verwendung des sog. Tandemmodells, bei dem verschiedene Pflegekräfte in einem bestimmten monatlichen Turnus als Pflege- und Betreuungskraft bei einer pflegebedürftigen Person arbeiten – keine der Aufnahme eines Pflegekindes vergleichbare Kontinuität der Dienste.

---

<sup>145</sup> EuGH v. 20.11.2018 – C-147/17, BeckRS 2018, 29010, Rn. 74.

<sup>146</sup> EuGH v. 20.11.2018 – C-147/17, BeckRS 2018, 29010, Rn. 56.

<sup>147</sup> EuGH v. 20.11.2018 – C-147/17, BeckRS 2018, 29010, Rn. 59.

<sup>148</sup> EuGH v. 20.11.2018 – C-147/17, BeckRS 2018, 29010, Rn. 60 f.

## **bb) Regelungen der Arbeitszeit im rechtlichen Rahmen**

Soweit Pflegekräfte als Arbeitnehmer in häuslicher 24-Stunden-Betreuung beschäftigt werden unterfallen sie somit *de lege lata* dem ArbZG. Zu beachten sind damit arbeitszeitlichen Regelungen zur werktäglichen Arbeitszeit (§ 3 ArbZG), zu Ruhepausen (§ 4 ArbZG) und Ruhezeiten (§ 5 ArbZG), zur Nachtarbeit (§ 6 ArbZG) sowie zur Sonn- und Feiertagsruhe (§ 9 ff. ArbZG). Dabei stellt das ArbZG zwingendes Arbeitnehmerschutzrecht dar – Abweichungen zu Ungunsten der Arbeitgeber sind nach § 134 BGB nichtig. Eine solch abweichende Regelung wird auf die gesetzlichen Höchstgrenzen reduziert.<sup>149</sup>

### **(1) Werktägliche Arbeitszeit der Arbeitnehmer**

Die werktägliche Arbeitszeit von Arbeitnehmern darf nach § 3 Abs. 1 S. 1 ArbZG acht Stunden nicht überschreiten. Im Grundsatz gilt damit der Achtstundentag.<sup>150</sup> Diese maximale Arbeitszeit darf nach Satz 2 der Vorschrift auf zehn Stunden verlängert werden, wenn innerhalb von sechs Kalendermonaten oder innerhalb von 24 Wochen im Durchschnitt eine Arbeitszeit von acht Stunden werktäglich nicht überschritten wird. Das Gesetz legt dabei eine Sechs-Tage-Woche (Montag bis Samstag) bei einem Ruhetag (Sonntag) zugrunde.<sup>151</sup> Als Arbeitszeit gelten dabei nicht nur Zeiten, in denen der Arbeitnehmer „tatsächlich“ die Arbeitsleistung erbringt (Vollarbeit). Nach der Begriffsbestimmung in § 2 Abs. 1 S. 1, 1. HS ArbZG ist Arbeitszeit im Sinne des ArbZG die Zeit vom Beginn bis zum Ende der Arbeit ohne die Ruhepausen. Dies schließt auch die Zeiten der Arbeitsbereitschaft sowie des Bereitschaftsdienst mit ein –<sup>152</sup> nicht hingegen Zeiten der Rufbereitschaft.<sup>153</sup> Die Rechtsprechung definiert die Begriffe der Arbeitsbereitschaft, des Bereitschaftsdienst sowie der Rufbereitschaft wie folgt:

---

<sup>149</sup> BAG v. 24.8.2016 – 5 AZR 129/16, NZA 2017, 58; BeckOK ArbR/Kock, 51. Ed 1.3.2019, § 1 ArbZG Rn. 2.

<sup>150</sup> Schliemann, ArbZG, 3. Aufl. 2017, § 3 Rn. 5.

<sup>151</sup> BeckOK ArbR/Kock, 51. Ed 1.3.2019, § 3 ArbZG Rn. 1.

<sup>152</sup> BAG v. 11.7.2006 – 9 AZR 519/05, NZA 2007, 155.

<sup>153</sup> Schliemann, ArbZG, 3. Aufl. 2017, § 2 Rn. 29.



„**Arbeitsbereitschaft** ist die Zeit wacher Aufmerksamkeit im Zustand der Entspannung. Während eines **Bereitschaftsdienstes** hat sich der Arbeitnehmer an einem vom Arbeitgeber bestimmten Ort aufzuhalten, um bei Bedarf sofort die Arbeit aufnehmen zu können. **Rufbereitschaft** verpflichtet den Arbeitnehmer zwar ebenfalls, auf Abruf die Arbeit aufzunehmen. Er kann sich hierfür aber an einem Ort seiner Wahl aufhalten, der dem Arbeitgeber anzuzeigen ist. In der Sache muss der Arbeitnehmer seine jederzeitige Erreichbarkeit sicherstellen.“<sup>154</sup>

Arbeitsbereitschaft umfasst somit also die Zeiten, in denen sich der Arbeitnehmer an einem von Arbeitgeber bestimmten Ort aufhält und bei Bedarf vom Arbeitgeber zur Arbeit herangezogen wird – oder zeitweilig nicht herangezogen wird.<sup>155</sup> Das BAG grenzt Bereitschaftsdienst von Arbeitsbereitschaft nach dem Grad der Beanspruchung ab:<sup>156</sup> „Entscheidend für die Abgrenzung von Arbeitsbereitschaft zum Bereitschaftsdienst ist jedoch allein, dass sich der Arbeitnehmer bei der Arbeitsbereitschaft zur Arbeit bereithalten muss, um erforderlichenfalls von sich aus tätig zu werden, während beim Bereitschaftsdienst der Arbeitnehmer „auf Anforderung“ den Dienst aufnehmen muss.“<sup>157</sup> Zwar hat sich der Arbeitnehmer beim Bereitschaftsdienst ebenfalls an einem vom Arbeitgeber bestimmten Ort aufzuhalten, um seine Arbeit erforderlichenfalls sofort aufnehmen zu können, ein Zustand „wacher Aufmerksamkeit“ ist jedoch nicht gefordert.<sup>158</sup>

Zeiten der Arbeitsbereitschaft sind Teil der Arbeitszeit nach § 3 ArbZG.<sup>159</sup> Gleichfalls sind Zeiten des Bereitschaftsdienst als Arbeitszeit nach Art. 2 der Richtlinie 2003/88/EG

---

<sup>154</sup> BAG v. 11.7.2006 – 9 AZR 519/05, NZA 2007, 155 (158), Nachweise in Zitat ausgelassen.

<sup>155</sup> Schliemann, ArbZG, 3. Aufl. 2017, § 2 Rn. 17.

<sup>156</sup> Schliemann, ArbZG, 3. Aufl. 2017, § 2 Rn. 18.

<sup>157</sup> BAG v. 12.12.2012 – 5AZR 918/11, juris Rn. 19.

<sup>158</sup> BAG v. 29.6.2016 – 5 AZR 716/15, NZA 2016, 1332 (1334); BAG v. 19.11.2014 – 5 AZR 1101/12, BB 2015, 510 (511); BAG v. 17.7.2008, BeckRS 2008, 56368; BAG v. 25.4.2007 – 6 AZR 799/06, NZA 2007, 1108 (1109); BAG v. 11.7.2006 – 9 AZR 519/05, NZA 2007, 155 (158); BAG v. 16.3.2004, NZA 2004, 927 (928); BAG v. 29.10.2002 – AZR 603/01, NZA 2003, 1212 (1214); BeckOK ArbR/Kock, 51. Ed 1.3.2019, § 2 ArbZG Rn. 6; Schliemann, ArbZG, 3. Aufl. 2017, § 2 Rn. 22.

<sup>159</sup> ErfK/Wank, 19. Aufl. 2019, § 2 Rn. 21.

zu werten:<sup>160</sup> Art. 2 der europäische Arbeitsrichtlinie 2003/88/EG differenziert insoweit lediglich zwischen Arbeits- und Ruhezeit: Die Begriffe Arbeits- und Ruhezeit stehen sich dabei diametral gegenüber.<sup>161</sup> Als Arbeitszeit gilt demnach „jede Zeitspanne, während der ein Arbeitnehmer gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten arbeitet, dem Arbeitgeber zur Verfügung steht und seine Tätigkeit ausübt oder Aufgaben wahrnimmt“. Insoweit unterscheiden die europäischen Vorgaben bereits nicht zwischen Arbeitsbereitschaft und Bereitschaftsdienst. Eine Auslegung, die den Bereitschaftsdienst als Ruhezeit ansieht, ist – wie vom BAG bestätigt<sup>162</sup> – nicht mit der Richtlinie 2003/88/EG zu vereinbaren.<sup>163</sup> Insoweit ist auch im Rahmen des ArbZG eine Gleichbehandlung von Arbeitsbereitschaft und Bereitschaftsdienst als Arbeitszeit geboten.

## (2) Rufbereitschaft gilt nicht als Arbeitszeit

Wie nachstehend noch zu erörtern sein wird, kann die Tätigkeit der Pflegekräfte grundsätzlich sowohl im Rahmen eines Bereitschaftsdienstes als auch innerhalb einer Rufbereitschaft erbracht werden. Je nach Rahmen der Arbeitsleistung ergeben sich dann unterschiedliche Bewertungen mit Blick auf das Arbeitszeitrecht und die gesetzlichen Vorgaben zum Mindestlohn. Sofern die Leistungen der Pflege- und Betreuungskraft innerhalb einer Rufbereitschaft erbracht werden, ergeben sich für die 24-Stunden-Betreuung hinsichtlich der arbeitszeitrechtlichen Vorgaben keine bereichsspezifischen Problemstellungen. Nach der gefestigten Rechtsprechung des BAG gilt Rufbereitschaft *nicht* als Arbeitszeit.<sup>164</sup> Rufbereitschaft liegt nach der Definition des BAG vor, „wenn der

---

<sup>160</sup> EuGH v. 3.10.2000 – C 303/98 (SIMAP), NZA 2000, 1227; EuGH v. 9. 9. 2003 – C-151/02 (Jaeger), NZA 2003, 1019; EuGH v- 5.10.2004 – C-397/01 bis C-403/01 (Pfeiffer u.a.), EuZW 2004, 691; EuGH v. 1.1.2.2005 – C-14/04 (Dellas), NZA 2006, 89; ErfK/Wank, 19. Aufl. 2019, § 2 Rn. 23 ff.; siehe auch Schliemann, NZA 2006, 1009; Thüsing, RdA 207, 307, 308.

<sup>161</sup> EuGH v. 3.10.2000 – C 303/98 (SIMAP), NZA 2000, 1227 (1230); bestätigt jüngst in EuGH v. 21.2.2018 – C-518/15 (Matzak), NZA 2018, 293 (296).

<sup>162</sup> BAG v. 18.2.2003 – 1 ABR 2/02, NZA 2003, 742.

<sup>163</sup> EuGH v. 3.10.2000 – C 303/98 (SIMAP), NZA 2000, 1227.

<sup>164</sup> BAG v. 11.7.2006 – 9 AZR 519/05, NZA 2007, 155; v. 18.2.2003 – 1 ABR 2/02, NZA 2003, 742; bestätigend BeckOK ArbR/Kock, ArbZG, 51. Ed. 1.3.2019, § 2 Rn. 12; ErfK/Wank, 19. Aufl. 2019, § 2 ArbZG Rn. 31; so auch der EuGH v. 3.10.2000 – C 303/98 (SIMAP), NZA 2000, 1227 (1230).

Arbeitnehmer nicht gezwungen ist, sich am Arbeitsplatz oder einer anderen vom Arbeitgeber bestimmten Stelle aufzuhalten. Der Arbeitnehmer muss – unter freier Wahl des Aufenthaltsorts – lediglich jederzeit erreichbar sein, um auf Abruf des Arbeitgebers die Arbeit alsbald aufnehmen zu können.<sup>165</sup> Im Gegensatz zum Bereitschaftsdienst ist der Arbeitnehmer in der Wahl seines Aufenthaltsortes somit weitestgehend frei.<sup>166</sup> Wesentlicher Unterschied zwischen Rufbereitschaft und Bereitschaftsdienst stellt somit der Begriff „alsbald“ dar, also die Zeitspanne, die der Arbeitnehmer benötigt, um den Weg zwischen Aufenthaltsort und Arbeitsstelle zu überwinden.<sup>167</sup> Daraus folgt aber auch, dass der Arbeitnehmer nicht völlig frei in der Auswahl seines Aufenthaltsortes ist; vielmehr muss er „alsbald“, d.h. innerhalb einer kurzen Zeitspanne, seine Arbeit aufnehmen können.<sup>168</sup> Dabei ist es gerade typisch für die Rufbereitschaft, dass durch diese Zeitspanne, der Einsatz nicht gefährdet wird.<sup>169</sup> Regelungen, die eine Arbeitsaufnahme innerhalb von acht<sup>170</sup> bzw. von zehn Minuten<sup>171</sup> oder 20 Minuten<sup>172</sup> vorsehen, sind nach der Rechtsprechung als Bereitschaftszeiten und damit als Arbeitszeiten im Sinne der Richtlinie 2003/88/EG bzw. der ArbZG anzusehen.

Nur die aktive Leistungsphase der Rufbereitschaft, innerhalb derer der Beschäftigte tatsächlich aufgrund der Inanspruchnahme durch seinen Arbeitgeber Arbeitsleistung erbringt, gilt als Arbeitszeit.<sup>173</sup> Die inaktive Phase der Rufbereitschaft hingegen fällt nicht unter die Begriffsbestimmung aus § 2 Abs. 1 ArbZG. Im Schrifttum wird diesbezüglich davon ausgegangen, dass auch (ganz) kurzfristige Inanspruchnahmen innerhalb einer Rufbereitschaft nicht als Arbeitszeit zu qualifizieren sind, etwa die kurze

---

<sup>165</sup> BAG v. 19.11.2014 – 6 AZR 1101/12, AP BGB § 611 Nr. 24.

<sup>166</sup> Bayreuther, NZA 2018, 348, 350.

<sup>166</sup> BAG v. 19.11.2014 – 6 AZR 1101/12, AP BGB § 611 Nr. 24.

87 Rn. 310.

<sup>167</sup> Schliemann, ArbZG, 3. Aufl. 2017, § 2 Rn. 27.

<sup>168</sup> Schliemann, ArbZG, 3. Aufl. 2017, § 2 Rn. 27.

<sup>169</sup> BAG v. 23.6.1967 – 3 AZR 439/66, juris, Rn. 13; so auch BAG v. 31.1.2002 – 6 AZR 214/00, NJOZ 2002, 1926 (1928).

<sup>170</sup> EuGH v. 21.2.2018 – C-518/15 (*Matzak*), NZA 2018, 293.

<sup>171</sup> BAG v. 19.12.1991 – 6 AZR 592/89, NZA 1992, 560.

<sup>172</sup> BAG v. 31.1.2002 – 6 AZR 214/00, NJOZ 2002, 1926.

<sup>173</sup> BeckOK ArbR/Kock, 51. Ed. 1.3.2019, § 2 ArbZG Rn. 12.

Entgegennahme eines Telefonats.<sup>174</sup> Durch Rechtsprechung gesichert ist das freilich nicht.

Für die 24-Stunden-Betreuung folgt daraus: Leistet die Pflege- und Betreuungskraft – sowohl was die vertragliche Rahmenbedingung als auch die tatsächliche Vertragsdurchführung betrifft – Rufbereitschaft, gelten als Arbeitszeiten i.S.v. § 2 Abs. 1 ArbZG nur diejenigen Phasen, in denen sie tatsächlich Pflege- bzw. Betreuungsarbeiten am Pflegebedürftigen erbringt. Hält sie sich hingegen lediglich in den häuslichen Räumlichkeiten auf und erbringt sie insofern auch nicht anderweitige Arbeiten handelt es sich nicht um Zeiten, die als Arbeitszeit einzuordnen sind. Erst recht ist es dann keine Arbeitszeit, wenn sich die Pflege- und Betreuungskraft während der Rufbereitschaft außerhalb des häuslichen Wohnraums aufhält.

### **(3) Ruhepausen**

Nach § 4 ArbZG ist die Arbeitszeit durch im Voraus feststehende Ruhepausen zu unterbrechen. Danach ist die Arbeit bei einer Arbeitszeit von mehr sechs bis zu neun Stunden durch Ruhepausen von insgesamt 30 Minuten, und bei einer Arbeitszeit von mehr als 9 Stunden durch Ruhepausen von insgesamt mindestens 45 Minuten zu unterbrechen. Die Ruhepausen dürfen dabei in Zeitabschnitte von jeweils mindestens 15 Minuten aufgeteilt werden. Durch § 4 ArbZG wird Art. 4 der Richtlinie 2003/88/EG umgesetzt, wonach die Mitgliedsstaaten die erforderlichen Maßnahmen treffen, damit jedem Arbeitnehmer bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als sechs Stunden eine Ruhepause gewährt wird.

Ruhepausen dienen der Erholung des Arbeitnehmers. In diesen Zeiten muss der Arbeitnehmer von jeder Arbeitsleistung befreit sein, d.h., dass auch Bereitschaftsdienst während den Zeiten der Ruhepause nicht in Betracht kommt.<sup>175</sup> Hingegen muss der

---

<sup>174</sup> Bissels/Domke/Wisskirchen, DB 2010, 2052 (2054); Falder, NZA 2010, 1150 (1152); Jacobs, NZA 2016, 733 (735); Maier/Ossoning, DB 2015, 2391 (2392); vgl. auch BeckOK ArbR/Kock, 51. Ed. Stand 1.3.2019, § 2 ArbZG Rn. 12 (Lesen oder Schreiben einer E-Mail).

<sup>175</sup> BAG v. 29.10.2002 – 1 AZR 603/01, NZA 2003, 1212; Schliemann, ArbZG, 3. Aufl. 2017, § 4 Rn. 11.

Arbeitgeber die Ruhepausen nicht zwangsläufig anordnen. Er kann seiner Pflicht zur Gewährung bereits dann nachkommen, wenn er es dem Arbeitnehmer überlässt seine Ruhepausen eigenverantwortlich zu nehmen und der Arbeitnehmer dem nachkommt.<sup>176</sup>

#### **(4) Ruhezeit und Nachtarbeit**

In Umsetzung des Art. 3 der Richtlinie 2003/88/EG ist Arbeitnehmern nach § 5 Abs. 1 ArbZG nach Beendigung der täglichen Arbeitszeit eine ununterbrochene Ruhezeit von mindestens elf Stunden zu gewähren. Ruhezeit meint dabei die Zeit zwischen zwei Schichten, die nicht Arbeitszeit ist.<sup>177</sup> Damit ist es auch ausgeschlossen, dass während der elfstündigen Ruhezeit Arbeitsbereitschaft oder Bereitschaftsdienst geleistet wird.

Die Dauer der Ruhezeit kann nach Abs. 2 dieser Norm in u.a. Krankenhäusern und anderen Einrichtungen zur Behandlung, Pflege und Betreuung von Personen um bis zu eine Stunde verkürzt werden, wenn jede Verkürzung der Ruhezeit innerhalb eines Kalendermonats oder innerhalb von vier Wochen durch Verlängerung einer anderen Ruhezeit auf mindestens zwölf Stunden ausgeglichen wird. Unter diesen Tatbestand wird man Pflegekräfte, die in häuslicher Gemeinschaft tätig sind nicht subsumieren können. Eine Pflege- und Betreuungskraft, die in der 24-Stunden-Betreuung in häuslicher Gemeinschaft tätig wird, stellt gerade keine Einrichtung i.S.d. Norm dar. Als Beispiele für solche Einrichtungen werden insoweit Stätten und Einrichtungen zur medizinischen Rehabilitation, zur Vor- und Nachsorge, Kurheime, Sanatorien, Psychosomatische Kliniken, Tageskliniken, Arztpraxen, Dialysekliniken und -praxen, aber auch Alten- und Pflegeheime, Säuglings-, Kinder- und Jugendheime, Müttergenesungsheime, ambulante Pflegedienste, Sozialstationen, sowie soziale Einrichtungen etwa zur Betreuung von Nichtsesshaften oder Drogenabhängigen genannt.<sup>178</sup>

Ebenfalls können nach § 5 Abs. 3 ArbZG abweichend von Abs. 1 dieser Vorschrift in Krankenhäusern und anderen Einrichtungen zur Behandlung, Pflege und Betreuung von Personen Kürzungen der Ruhezeit durch Inanspruchnahmen während der Rufbereitschaft, die nicht mehr als die Hälfte der Ruhezeit betragen, zu anderen Zeiten ausgeglichen werden.

---

<sup>176</sup> Schliemann, ArbZG, 3. Aufl. 2017, § 4 Rn. 13 f.; vgl. auch BAG v. 27.2.1992 – 6 AZR 478/90, AP AZO Kr §3 Nr. 5.

<sup>177</sup> BAG v. 13.2.1992 – 6 ARZ 638/89, AZO § 12 Nr. 13; Neumann/Biebl, ArbZG, 16. Aufl. 2013, § 5 Rn. 2.

<sup>178</sup> Schliemann, ArbZG, 3. Aufl. 2018, § 5 Rn. 26 ff.

Insoweit gilt im Hinblick auf Pflegekräfte in der 24-Stunden-Betreuung nichts anderes als zu Abs. 2 dieser Vorschrift.

Die Einhaltung der täglichen Ruhezeit steht im Spannungsverhältnis zur Begrifflichkeit der 24-Stunden-Betreuung: So besteht einerseits während der Ruhezeit keinerlei Arbeitspflicht, andererseits verbringt die Pflege- und Betreuungskraft regelmäßig auch die Nachtruhe in der häuslichen Gemeinschaft des zu Pflegenden – dies insbesondere um „rund um die Uhr“ für Pflegeleistungen bereitzustehen. Diese Zeiten können – soweit der Aufenthaltsort der Pflege- und Betreuungskraft während der Nachtruhe in der häuslichen Gemeinschaft zu verbringen ist – arbeitszeitrechtlich nur als Bereitschaftsdienst – und damit als Arbeitszeit – qualifiziert werden. Eine so verstandene 24-Stunden-Betreuung, also eine Betreuung „rund um die Uhr“ setzt damit eine Arbeitsbereitschaft auch während der nächtlichen Ruhezeit voraus. Dass ein solches Verständnis der 24-Stunden-Betreuung oftmals zugrunde liegt, zeigen die Angebote auf dem Markt angebotenen Modelle, die teilweise explizit einen Einsatz pro Nacht im Angebot aufführen.

#### Nachteinsätze

Ob beim Gang zur Toilette oder beispielsweise beim Drehen und Wenden im Bett: Ist der Angehörige auch nachts auf Hilfe angewiesen, steht die polnische Pflegekraft auch hier zur Verfügung. Im Basispreis ist pro Nacht maximal ein Einsatz enthalten.

#### Angebot von pflegehelden.de<sup>179</sup>

Dementsprechend leisten Pflegekräfte in der 24-Stunden-Betreuung ggf. auch Nachtarbeit. Das Gesetz definiert nicht den Begriff der Nachtarbeit, knüpft jedoch an den Begriff des *Nachtarbeitnehmers* an. Nachtarbeitnehmer sind nach der Begriffsbestimmung in § 2 Abs. 5 ArbZG Arbeitnehmer, die auf Grund ihrer Arbeitszeitgestaltung normalerweise Nachtarbeit in Wechselschicht zu leisten haben oder Nachtarbeit an mindestens 48 Tagen im Kalenderjahr leisten. Insbesondere letzteres qualifiziert Pflegekräfte, die in häuslicher Gemeinschaft leben, aufgrund der zu leistenden Arbeitsbereitschaft regelmäßig zu Nachtarbeitnehmern. Damit gelten für diese Arbeitnehmer die Schutzvorschriften des § 6 ArbZG: Die werktägliche Arbeitszeit der Nachtarbeitnehmer darf acht Stunden nicht überschreiten. Sie kann auf bis zu zehn

<sup>179</sup> Angaben der Pflegehelden Franchise GmbH, abrufbar unter: <https://www.pflegehelden.de/ratgeber/kostenfaktoren-der-24-stunden-pflege/> (letzter Abruf: 25.6.2019).

Stunden nur verlängert werden, wenn innerhalb von vier Wochen im Durchschnitt acht Stunden werktäglich nicht überschritten werden (§ 6 Abs. 2 S. 1, 2 ArbZG).

### **(5) Sonn- und Feiertagsruhe**

Gleichfalls bestehen nach dem ArbZG Vorgaben zur Sonn- und Feiertagsruhe: Nach dem Grundsatz in § 9 Abs. 1 ArbZG dürfen Arbeitnehmer an Sonn- und gesetzlichen Feiertagen von 0 – 24 Uhr nicht beschäftigt werden. Von dieser Regelung bestehen Ausnahmen nach § 10 ArbZG. Insbesondere dürfen Arbeitnehmer im Haushalt nach § 10 Nr. 4 ArbZG an Sonn- und Feiertagen beschäftigt werden, sofern diese Arbeiten nicht an Werktagen vorgenommen werden können. Arbeitnehmer im Haushalt sind dabei solche Arbeitnehmer, deren Tätigkeit zur Befriedigung der persönlichen Bedürfnisse der Haushaltsangehörigen und der Gäste im Haus beiträgt. Darunter fällt insbesondere auch die Pflege älterer Mitbewohner des Hauses.<sup>180</sup> Insoweit ist auch ein Tätigwerden an Sonn- und Feiertag zulässig. Zu beachten ist jedoch die Einschränkung des § 10 ArbZG: Die Tätigkeit darf nicht an Werktagen vorgenommen werden können. Das heißt, jede Tätigkeit, die sich ebenso gut an einem Werktag verrichten ließe, ist von der Ausnahme nach § 10 ArbZG ausgenommen. Tätigkeiten hingegen, die sich nur an Sonn- und Werktagen vornehmen lassen oder jeden Tag erledigt werden müssen oder sollen, dürfen auch an Sonn- und Feiertagen verrichtet werden. Beispielhaft wird hierfür das Kochen oder Bettenmachen genannt.<sup>181</sup>

Dies führt jedoch nicht dazu, dass Arbeitnehmer im Haushalt stetig an Sonn- und Feiertage ausgleichslos beschäftigt werden können: Nach § 11 Abs. 1 ArbZG müssen jedoch 15 Sonntage im Jahr beschäftigungsfrei bleiben. Im Tandemmodell stellt sich diese Problematik somit bereits regelmäßig nicht. Denn soweit zwei Pflegekräfte im zeitlichen Wechsel beschäftigt werden, bleibt eine hinreichende Anzahl an Sonntagen beschäftigungsfrei.

---

<sup>180</sup> Schliemann, ArbZG, 3. Aufl. 2018, § 10 Rn. 17; Neumann/Biebl, ArbZG, 16. Aufl. 2013, § 10 Rn. 13.

<sup>181</sup> Dazu Schliemann, ArbZG, 3. Aufl. 2018, § 10 Rn. 17.

Ebenfalls ist jeweils ein Ersatzruhetag für jeden Sonn- bzw. Feiertag an dem der Arbeitnehmer beschäftigt worden ist zu gewähren. Wird ein Arbeitnehmer an einem Sonntag beschäftigt, ist dieser Ersatzruhetag innerhalb eines den Beschäftigungstag einschließenden Zeitraums von zwei Wochen zu gewähren; wird der Arbeitnehmer an einem auf einen Werktag fallenden Feiertag beschäftigt, so ist der Ersatzruhetag innerhalb eines den Beschäftigungstag einschließenden Zeitraums von acht Wochen zu gewähren (§ 11 Abs. 3 ArbZG). Beschäftigung umfasst dabei nicht nur die Zeiträume, in denen ein Arbeitnehmer Vollarbeit oder Bereitschaftsdienst leistet, sondern auch die Zeiten, in der der Arbeitnehmer Rufbereitschaft leistet, denn auch an diesen Tagen ist er in seiner Freizeitgestaltung nicht völlig frei.<sup>182</sup> Das heißt: Für jeden Sonn- und Feiertag, an dem der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung erbringt oder sich für diese bereithält, ist ihm ein Ersatzruhetag zu gewähren.

## (6) Überblick über die arbeitszeitrechtlichen Vorgaben

Damit wird jedenfalls deutlich: **Ein 24-Stunden-Bereitschaftsdienst ist mit den Regelungen des ArbZG nicht zu vereinbaren** – und daher durch einen Arbeitnehmer nicht zu leisten. Hinsichtlich der Arbeitszeit ist nach dem ArbZG zu gewährleisten,

- eine werktägliche Arbeitszeit von maximal 8 Stunden, mit der Möglichkeit zur Verlängerung auf maximal 10 Stunden, wenn innerhalb von sechs Kalendermonaten oder innerhalb von 24 Wochen im Durchschnitt werktäglich acht Stunden nicht überschritten werden,
- die Einhaltung von feststehenden Ruhepausen von 30 Minuten bei einer Arbeitszeit von sechs bis neun Stunden und von 45 Minuten bei einer Arbeitszeit von 45 Minuten,
- die Einhaltung der Ruhezeit von mindestens elf Stunden täglich. Die Ruhezeit darf dabei nicht als Bereitschaftsdienst ausgestaltet sein, weil dies dem Erholungszweck der Ruhezeit zuwiderlaufen würde,

---

<sup>182</sup> Schliemann, ArbZG, 3. Aufl. 2018, § 11 Rn. 15.



- die Einhaltung der Sonn- und Feiertagsruhe bzw. das Gewähren von Ersatzruhetagen.

## **b) Mindestlohn**

Sind Pflegekräfte in der 24-Stunden-Betreuung Arbeitnehmer, sind neben den arbeitszeitlichen Bestimmungen auch die Regelungen zum Mindestlohn zu beachten. Zunächst ist zu erörtern, ob für Pflegekräfte der allgemeine Mindestlohn in Höhe von 9,19 € (Stand: 1.1.2019) nach § 1 MiLoG oder ein branchenspezifischer Mindestlohn gilt, der gem. § 1 Abs. 3 MiLoG dem allgemeinen Mindestlohn vorgehen würde. Konkret ist dabei ein Mindestlohn nach § 2 PflegeArbbV in Betracht zu ziehen, der in den alten Bundesländern<sup>183</sup> 11,35 € pro Stunde beträgt (Stand: 1.1.2019) und in den neuen Bundesländern<sup>184</sup> bei 11,55 € pro Stunde liegt (Stand: 1.1.2019).

### **aa) Unanwendbarkeit der PflegeArbbV**

Damit stellt sich zunächst die Frage, ob Pflegekräfte in der 24-Stunden-Betreuung, die in häuslicher Gemeinschaft tätig sind, dem Anwendungsbereich der Dritten Pflegearbeitsbedingungenverordnung (PflegeArbbV) vom 1.8.2017 unterfallen. Nach § 1 Abs. 1 S. 1 der PflegeArbbV gilt diese für Pflegebetriebe. Dies sind nach S. 2 dieser Vorschrift Betriebe und selbstständige Betriebsabteilungen, die überwiegend ambulante, teilstationäre oder stationäre Pflegeleistungen oder ambulante Krankenpflegeleistungen für Pflegebedürftige erbringen. Satz 3 der Vorschrift definiert hingegen, dass Einrichtungen, in denen die Leistungen zur medizinischen Vorsorge, zur medizinischen Rehabilitation, zur Teilhabe am Arbeitsleben oder am Leben in der Gemeinschaft, die schulische Ausbildung oder die Erziehung kranker oder behinderter Menschen im Vordergrund des Zweckes der Einrichtung stehen, sowie Krankenhäuser keine Pflegebetriebe im Sinne der PflegeArbbV darstellen. Für den persönlichen Anwendungsbereich ist es somit maßgeblich, ob die Pflege- und Betreuungskraft

---

<sup>183</sup> Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Bremen, Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland und Schleswig Holstein.

<sup>184</sup> Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen.

überwiegend Pflegeleistungen erbringt. Dies ist auch in Zusammenhang mit § 1 Abs. 4 der PflegeArbbV zu sehen, wonach Arbeitnehmer, die überwiegend in der hauswirtschaftlichen Versorgung tätig sind – und damit grundsätzlich nach § 1 Abs. 3 PflegeArbbV vom Anwendungsbereich der Verordnung ausgeschlossen wären – auch dann in den Anwendungsbereich der Verordnung fallen, wenn sie mindestens 25 Prozent ihrer vereinbarten Arbeitszeit gemeinsam mit den Beziehern von Pflegeleistungen tagesstrukturierend, aktivierend, betreuend oder pflegend tätig werden. Beispielhaft nennt die Norm Alltagsbegleiter, Betreuungskräfte, Assistenz- sowie Präsenzkkräfte.

Dass Pflegekräfte, die in der häuslichen Gemeinschaft tätig werden unter den persönlichen Anwendungsbereich der PflegeArbbV fallen, wird auch von *Bucher* bejaht: Zwischen Personen, die Pflegeleistungen in den explizit in § 1 Abs. 1 S. 2 PflegeArbbV genannten Einrichtungen erbringen, und solchen, die diese Leistungen in der häuslichen Gemeinschaft des zu Pflegenden erbringen, bestünden keine Unterschiede, die eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigten.<sup>185</sup>

Davon zu unterscheiden ist jedoch die Frage, ob der Privathaushalt unter den Begriff des *Pflegebetriebs* im Sinne des § 1 PflegeArbbV gefasst werden kann. Nach Angaben des Bundesgesundheitsministeriums gilt der branchenspezifische Mindestlohn nach der PflegeArbbV nicht für Pflegekräfte, die in häuslicher Gemeinschaft beschäftigt sind. So heißt es auf der Website des Bundesgesundheitsministeriums:

„Der Pflegemindestlohn gilt für Pflegebetriebe (**nicht hingegen für private Haushalte als Arbeitgeber**; hier gilt der allgemeine gesetzliche Mindestlohn).“<sup>186</sup>

Dies deckt sich mit dem Verständnis der Rechtsprechung. Das *LAG Rheinland-Pfalz* wies die auf Vergütung nach der PflegeArbbV gerichtete Revision einer klagenden

---

<sup>185</sup> *Bucher*, Rechtliche Ausgestaltung der 24-h-Betreuung durch ausländische Pflegekräfte in deutschen Privathaushalten, 2018, S. 195.

<sup>186</sup> Website des BMG, abrufbar unter <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/index.php?id=675> (letzter Abruf: 25.6.2019); ebenfalls auf die Internetpräsenz des BGM abstellend *Bucher*, Rechtliche Ausgestaltung der 24-h-Betreuung durch ausländische Pflegekräfte in deutschen Privathaushalten, 2018, S. 198.

Pflegekraft, die in dem Privathaushalt des Pflegebedürftigen beschäftigt war zurück.  
Dazu führte das Gericht aus:

„Im Streitfall ist bereits der Geltungsbereich der PflegeArbbV nicht eröffnet.

Nach § 1 Abs. 2 Satz 1 PflegeArbbV gilt die Verordnung nur für Pflegebetriebe. In der PflegeArbbV wird der Begriff des Betriebes nicht definiert, sondern vorausgesetzt. Die in § 1 Abs. 2 Satz 2 bis 4 PflegeArbbV getroffenen Regelungen legen fest, unter welchen Voraussetzungen ein - nicht eigens definierter - „Betrieb“ als „Pflege“-Betrieb der Verordnung unterfällt. Soweit es - wie hier - keine eigenständige Begriffsbildung gibt, ist unter einem Betrieb die organisatorische Einheit zu verstehen, innerhalb derer der Arbeitgeber mit seinen Arbeitnehmern durch Einsatz technischer und immaterieller Mittel bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt, die sich nicht in der Befriedigung von Eigenbedarf erschöpfen.

Im Streitfall erschöpft sich aber gerade der von der Beklagten als Arbeitgeberin mit den von ihr angestellten Pflegekräften verfolgte Zweck in der Befriedigung ihres eigenen Pflegebedarfs. **Der Privathaushalt der selbst pflegebedürftigen Beklagten ist nach dem allgemeinen Betriebsbegriff kein Betrieb, der dem Geltungsbereich der PflegeArbbV unterfällt.** Der Gesetzgeber hat in § 1 Abs. 2 Satz 1 PflegeArbbV den Geltungsbereich der Verordnung ausdrücklich auf Pflegebetriebe beschränkt und **damit gerade die Privathaushalte als Arbeitgeber ausgenommen.**<sup>187</sup>

Diese Auffassung wird von *Bucher* in einer aktuellen Dissertationsschrift kritisiert: Der Begriff „Betrieb“ könne nicht am verfolgten Zweck der Organisation festgemacht werden, entscheidend sei vielmehr die arbeitstechnische Zwecksetzung der Organisation. *In concreto*: Allein aufgrund der Tatsache, dass in einem Privathaushalt Arbeitnehmer beschäftigt werden, sei diese als arbeitstechnische Organisation aufzufassen.<sup>188</sup> Dies müsse insbesondere aufgrund teleologischer Aspekte gelten, denn das Schutzbedürfnis von Pflegekräften in Privathaushalten sei nicht niedriger, als das Schutzbedürfnis von Pflegekräften, die in anderen Pflegeeinrichtungen beschäftigt seien.<sup>189</sup>

---

<sup>187</sup> LAG Rheinland-Pfalz v. 12.1.2016 – 2 Sa 378/15, BeckRS 2016, 68326.

<sup>188</sup> So auch *Kocher*, NZA 2013, 929, 931.

<sup>189</sup> Zu dieser Kritik *Bucher*, Rechtliche Ausgestaltung der 24-h-Betreuung durch ausländische Pflegekräfte in deutschen Privathaushalten, 2018, S. 200 ff.

Diese Kritik kann angesichts der dogmatisch überzeugenden Rechtsprechung nicht durchdringen. Pflegekräfte in der 24-Stunden-Betreuung unterfallen demnach nicht dem Geltungsbereich der PflegeArbbV; der in § 2 Abs. 1 PflegeArbbV normierte branchenspezifische Mindestlohn gilt nicht für diese Pflegekräfte.

## **bb) Allgemeiner Mindestlohn nach dem MiLoG**

Für Pflegekräfte in der 24-Stunden-Betreuung gilt damit der allgemeine gesetzliche Mindestlohn nach § 1 MiLoG. Eine Pflege- und Betreuungskraft hat damit Anspruch auf Zahlung eines Arbeitsentgelts in Höhe von mindestens 9,19 € je Stunde (Stand: 1.1.2019). Eine Differenzierung nach der Intensität der Arbeitsleistung findet nicht statt: Zeiten der Arbeitsbereitschaft sowie des Bereitschaftsdienst sind arbeitszeitrechtlich als Arbeitszeit zu werten<sup>190</sup> und dementsprechend auch mit dem Mindestlohn zu vergüten.<sup>191</sup> Ausdrücklich stellte dies das *LAG Köln* bereits 2015 fest:

„Die Erbringung von Bereitschaftszeiten ist grundsätzlich mit dem Mindestlohn zu vergütende Arbeitsleistung iSv § 611 Abs. 1 BGB. Bereitschaftszeiten konkretisieren idR die vertraglich geschuldete, mit der Vergütungszahlung im Gegenseitigkeitsverhältnis stehende Arbeitszeit.“<sup>192</sup>

Dies deckt sich mit der Rechtsprechung des *BAG*. Dieses stellte fest:

„Die gesetzliche Vergütungspflicht des Mindestlohngesetzes differenziert nicht nach dem Grad der tatsächlichen Inanspruchnahme. Leistet der Arbeitnehmer vergütungspflichtige Arbeit, gibt das Gesetz einen ungeschmälernten Anspruch auf den Mindestlohn. Das Mindestlohngesetz enthält keine abweichende Regelung.“<sup>193</sup>

---

<sup>190</sup> S. dazu bereits Gliederungspunkt III. 2. a) bb) (1). .

<sup>191</sup> Thüsing/*Bayreuther*, MiLoG/AEntG, 2. Aufl. 2016, § 1 MiLoG Rn. 50; BeckOK ArbR/*Greiner*, 51. Ed. 1.3.2019, § 1 MiLoG Rn. 73; *Lembke*, NZA 2015, 70 (73); *ders.*, NZA 2016, 1 (5); *Viethen*, NZA-Beil. 2014, 143 (146); a.A. *Riechert/Nimmerjahn*, MiLoG, 2. Aufl. 2017, § 1 Rn. 66; einschränkend *ErfK/Franzen*, 19. Aufl. 2019, § 1 MiLoG Rn. 4, der abweichende Regelungen in Tarifverträgen zulassen will; differenzierend *Thüsing/Hütter*, NZA 2015, 970 (973).

<sup>192</sup> LAG Köln Urteil v. 15.10.2015 – 8 Sa 540/15, juris.

<sup>193</sup> BAG v. 29.6.2016 – 5 AZR 716/15, NJW 2016, 3675; so auch zum branchenspezifischen Mindestlohn nach der PflegeArbbV BAG v. 18.11.2015 – 5 AZR 761/13, NZA 2016, 828 (829); BAG v. 19.11.2014 – 5 AZR 1101/12, BeckRS 2014, 74316.

Jüngst brachte das BAG es auf den Punkt:

„Bereitschaftszeit ist mit dem gesetzlichen Mindestlohn zu vergüten.“<sup>194</sup>

Das heißt: Zeiten, in denen Pflegekräfte in der 24-Stunden-Betreuung Vollarbeit oder Bereitschaftsdienst leisten, sind mit dem Mindestlohn zu vergüten. In welcher Höhe damit ein Arbeitsentgelt geschuldet ist, soll anhand verschiedener Rechenbeispiele dargestellt werden:

– **„Wörtliches“ Begriffsverständnis der 24-Stunden-Betreuung**

Legt man – unter Nichtberücksichtigung des ArbZG – ein wörtliches Verständnis einer 24-Stunden-Betreuung zugrunde, ergibt sich Folgendes: Die Pflege- und Betreuungskraft hat in einem arbeitsvertraglich vorgegebenen Umfang Vollarbeit zu leisten und sich auch den Rest des Tages – und insbesondere auch während der Nachtruhe – in „greifbarer Nähe“ des Pflegebedürftigen aufzuhalten, um ggf. Pflegeleistungen erbringen zu können. Soweit diese Zeit der Bereitschaft als Bereitschaftsdienst zu qualifizieren ist, handelt es sich um eine tatsächliche „Rund-um-die-Uhr-Betreuung“. Dementsprechend ist auch eine tägliche Arbeitszeit von 24 Stunden in die Rechnung einzustellen:

Arbeitszeit pro Tag: ..... 24 Stunden  
Arbeitstage im Monat: .....30/31 Tage  
Mindestlohn: ..... 9,19 €/Stunde  
Mindestlohn pro Monat:..... **6.616,80 € / 6.837,36 €**

– **24-Stunden-Betreuung unter Beachtung der Vorgaben des ArbZG**

---

<sup>194</sup> BAG v. 11.10.2017 – 5 AZR 591/16, NZA 2018, 32.

Unter Berücksichtigung der Regelungen des ArbZG ist die Berechnung anzupassen.  
Folgende Grundsätze sind zu beachten:

- Die werktägliche Arbeitszeit darf acht Stunden – respektive zehn Stunden bei entsprechendem Ausgleich – nicht überschreiten.
- Eine Beschäftigung an Sonn- und Feiertagen ist grundsätzlich ausnahmsweise möglich; entsprechende Ersatzruhetage sind jedoch zu gewähren. 15 Sonntage im Jahr müssen beschäftigungsfrei bleiben.

Je nach Monat können sich insoweit Unterschiede ergeben: Fällt etwa der erste Sonntag im Monat auf den ersten Tag des Monats, hat dieser Monat fünf Sonntage – fällt der erste Sonntag auf einen späteren Tag des Monats, kann ein Monat auch nur vier Sonntag haben. Ebenfalls wirkt sich die Lage von Feiertagen somit auch auf das geschuldete Entgelt aus. Das folgende Rechenbeispiel geht von vier Sonntagen (ohne gesetzlichen Feiertag) im Monat aus und kann somit auch bloß als Näherung begriffen werden.

Arbeitszeit pro Tag: ..... 8 Stunden  
Arbeitstage pro Monat: ..... 26/27 Tage  
Mindestlohn: ..... 9,19 €  
Mindestlohn für diesen Monat: **1.911,52 € / 1.985,04 €**

Im Tandemmodell besteht dabei die Möglichkeit die werktägliche Arbeitszeit auf zehn Stunden zu verlängern, solange durch den Wechsel der Pflege- und Betreuungskraft gewährleistet werden kann, dass die werktägliche Arbeitszeit in einem Bemessungszeitraum von sechs Kalendermonaten oder 24 Wochen im Durchschnitt acht Stunden pro Werktag nicht überschreitet (§ 3 S. 2 ArbZG). Daraus ergibt sich folgendes Rechenbeispiel:

Arbeitszeit pro Tag: ..... 10 Stunden  
Arbeitstage pro Monat: ..... 26/27 Tage  
Mindestlohn: ..... 9,19 €  
Mindestlohn für diesen Monat: **2.389,40 € / 2.481,30 €**

Zu berücksichtigen gilt dabei, dass Kost und Logis bei diesen Rechenbeispielen nicht berücksichtigt wurden – dies könnten freilich nur sehr einschränkt angerechnet werden.

Zudem umfasst dieser Bruttolohn nicht den Anteil des Arbeitgebers an der Sozialversicherung. Die Kosten erhöhen sich damit um ca. 20 %. All dies zeigt: Wird 24-Stunden-Betreuung tatsächlich durch Arbeitnehmer/Beschäftigte erbracht, und wird dies konsequent rechtlich durchgesetzt, dann wird sie deutlich teurer als das, was überwiegend heute auf dem Markt angeboten wird.

### 3. Kollisionsrechtlicher Rahmen

All das Gesagte unterstellte die Anwendbarkeit deutschen Arbeits- und Sozialversicherungsrechts. Welches materielle Recht anzuwenden ist, richtet sich bei grenzüberschreitendem Sachverhalt nach den Bestimmungen des Kollisionsrechts. Es ist zu unterscheiden zwischen Arbeits- und Vertragsrecht einerseits und dem Sozialversicherungsrecht andererseits.

#### a) Arbeits- und Vertragsrecht

Bei der 24-Stunden-Betreuung muss für die Bestimmung des anzuwendenden materiellen Rechts zwischen den jeweiligen Pflegemodellen unterschieden werden: Wird eine Pflege- und Betreuungskraft aus dem Ausland als Arbeitnehmer in Deutschland tätig, findet in arbeitsrechtlicher Hinsicht gem. Art. 8 Rom I VO bei üblicher Tätigkeit in Deutschland das deutsche Arbeitsrecht Anwendung. Zudem sind über Art. 9 Rom I VO jedenfalls die **zwingenden arbeitsrechtlichen Arbeitnehmerschutzvorschriften** anzuwenden, also **insbesondere die Bestimmungen zum Mindestlohn und zum Arbeitszeitrecht**.<sup>195</sup> Denn sowohl das **ArbZG ist international zwingend (§ 2 Nr. 3 AEntG) als auch der Mindestlohn (§ 20 MiLoG)**. Dies gilt sowohl in Konstellationen, in denen der Arbeitsvertrag unmittelbar zwischen Betreutem und Pflege- und Betreuungskraft geschlossen wird als auch im Entsendemodell, bei dem ein Pflegedienstleister vermittelnd tätig wird.<sup>196</sup> Wird eine ausländische Pflege- und Betreuungskraft als Selbständige auf der Grundlage eines Dienstvertrags in einem deutschen Haushalt tätig, richtet sich die kollisionsrechtliche

---

<sup>195</sup> Brors/Böning, NZA 2015, 846 (850); Bucher, Rechtliche Ausgestaltung der 24-h-Betreuung, 2018, S. 251.

<sup>196</sup> Bucher, Rechtliche Ausgestaltung der 24-h-Betreuung, 2018, S. 148 f. (264).

Verortung nach Art. 6 Abs. 1 lit. a Rom I VO. Ist der Betreute Verbraucher – wovon regelmäßig auszugehen ist – ist bei fehlender Rechtswahl aufgrund der Ausübung der beruflichen Tätigkeit in Deutschland das deutsche Recht anzuwenden.<sup>197</sup>

## **b) Sozialversicherungsrecht**

Für die Beteiligten eines Pflegearrangements kommt der Frage, welches Sozialversicherungsrecht auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden ist auf verschiedenen Ebenen maßgebliche Bedeutung zu: Für die Pflege- und Betreuungskraft entscheidet diese Frage, welchen Mitgliedsstaat sie im Bedarfsfall in Anspruch nehmen kann. Für die im Ausland ansässige Agentur als Arbeitgeberin ist dies maßgeblich für die Höhe der abzuführenden Sozialausgaben, da die Höhe der Sozialabgaben abhängig von dem zuständigen sozialen Träger ist und je nach Mitgliedsstaat variiert. Dies wiederum wirkt sich auch für den Pflegebedürftigen aus, denn die Agentur hat bei der Preisbildung die Sozialabgaben mitberücksichtigen.<sup>198</sup>

### **aa) Der allgemeine Rahmen**

Das Sozialversicherungsrecht richtet sich nach der Verordnung (EG) Nr. 883/2004<sup>199</sup> sowie der Durchführungsverordnung (EG) Nr. 987/2009<sup>200</sup>. Nach Art. 11 Abs. 3 VO (EG) Nr. 883/2004 unterliegt eine Person – vorbehaltlich der Artikel 12 bis 16 –, die in einem Mitgliedstaat eine Beschäftigung oder selbstständige Erwerbstätigkeit ausübt, den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats. Demnach wären die Vorschriften des deutschen Sozialversicherungsrechts auf das Arbeitsverhältnis der in Deutschland tätigen Pflege- und Betreuungskraft anzuwenden.

---

<sup>197</sup> *Bucher*, Rechtliche Ausgestaltung der 24-h-Betreuung, 2018, S.70.

<sup>198</sup> Siehe dazu ausführlich *Bucher*, Rechtliche Ausgestaltung der 24-h-Betreuung, 2018, S. 148 f. (224).

<sup>199</sup> Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit.

<sup>200</sup> Verordnung (EG) Nr.987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr.883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit.



Art. 11 Abs. 3 VO (EG) Nr. 883/2004 gilt jedoch nur vorbehaltlich des Art. 12 dieser Verordnung. Nach Art. 12 VO (EG) Nr. 883/2004 gilt:

„Eine Person, die in einem Mitgliedstaat für Rechnung eines Arbeitgebers, der gewöhnlich dort tätig ist, eine Beschäftigung ausübt und die von diesem Arbeitgeber in einen anderen Mitgliedstaat entsandt wird, um dort eine Arbeit für dessen Rechnung auszuführen, unterliegt weiterhin den Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedstaats, sofern die voraussichtliche Dauer dieser Arbeit vierundzwanzig Monate nicht überschreitet und diese Person nicht eine andere Person ablöst.“

Die Anwendung dieser Voraussetzungen führt im Rahmen einer 24-Stunden-Betreuung, dazu, dass die Anwendbarkeit des maßgeblichen Rechts vom jeweiligen Einzelfall abhängt. Regelmäßig wird die sozialversicherungspflichtige Pflege- und Betreuungskraft jedoch den Rechtsvorschriften desjenigen Mitgliedsstaats unterfallen, in dem diese tatsächlich eingesetzt wird:

#### **(1) Erfordernis eines Geschäftsfelds im Entsendestaat**

Nach Art. 14 Abs. 1 der Durchführungsverordnung VO (EG) Nr. 987/2009 ist „eine Person, die in einem Mitgliedstaat für Rechnung eines Arbeitgebers, der gewöhnlich dort tätig ist, eine Beschäftigung ausübt und die von diesem Arbeitgeber in einen anderen Mitgliedstaat entsandt wird“ auch eine Person, die im Hinblick auf die Entsendung in einen anderen Mitgliedstaat eingestellt wird, vorausgesetzt die betreffende Person unterliegt unmittelbar vor Beginn ihrer Beschäftigung bereits den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, indem das Unternehmen, bei dem sie eingestellt wird, seinen Sitz hat. Eine Konkretisierung des Einschubs „eines Arbeitgebers, der gewöhnlich dort tätig ist“ findet sich in Art. 14 Abs. 2 der Durchführungsverordnung VO (EG) Nr. 987/2009. Demnach wird auch ein Arbeitgeber erfasst, der gewöhnlich andere nennenswerte Tätigkeiten als reine interne Verwaltungstätigkeiten auf dem Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats, in dem das Unternehmen nieder gelassen ist, ausübt, unter Berücksichtigung aller Kriterien, die die Tätigkeit des betreffenden Unternehmens kennzeichnen; die maßgebenden Kriterien müssen auf die Besonderheiten eines jeden Arbeitgebers und die Eigenart der ausgeübten Tätigkeiten abgestimmt sein.

Durch das Kriterium der „gewöhnlichen Tätigkeit“ soll verhindert werden, dass Briefkastenfirmen lediglich Arbeitnehmer in einen Mitgliedsstaat versenden und diese somit dem „günstigeren“ Sozialversicherungsrecht desjenigen Mitgliedsstaates unterfallen, indem die Briefkastenfirma ihren Sitz hat.<sup>201</sup> Demnach genügt es nicht, wenn etwa ein in Polen ansässiges Unternehmen angestellte Pflegekräfte ausschließlich nach Deutschland versendet.<sup>202</sup> Auch wenn man unter Heranziehung der Rechtsprechung des EuGH in den Rechtssachen *Fitzwilliam*<sup>203</sup> und *Van der Vecht*<sup>204</sup>, es genügen lässt, dass sich die Art der von den Arbeitnehmern ausgeübten Tätigkeiten im Entsende- und im Aufnahmestaat voneinander unterscheiden,<sup>205</sup> so bedarf es jedenfalls einer über die Entsendung hinausgehenden Tätigkeit im Mitgliedsstaats in dem das Unternehmen seinen Sitz hat.

## (2) Voraussichtlicher Zeitraum der Entsendung

Darüber hinaus setzt Art. 12 VO (EG) Nr. 883/2004 voraus, dass die voraussichtliche Dauer der Entsendung einen Zeitraum von 24 Monaten nicht überschreitet. Dieses Kriterium wird nach überwiegender Auffassung so ausgelegt, dass die Dauer der Entsendung bereits im Voraus feststehen muss.<sup>206</sup> Zwar kann eine Verlängerung des prognostizierten Entsendezeitraums für den Fall zugelassen werden, dass diese zur Abschluss der Tätigkeit notwendig ist, erfolgen – dies jedoch nicht über die Gesamtdauer von 24 Monaten hinaus.<sup>207</sup> Dazu führt der *Praktische Leitfaden zum anwendbaren Recht* der Europäischen Kommission aus:

---

<sup>201</sup> *Schüren/Wilde*, NZS 2011, 121 (123).

<sup>202</sup> Vgl. EuGH v. 9.11.2000 – C 404/98 (*Plum*), AP EWG-Verordnung Nr. 1408/71 Nr. 9.

<sup>203</sup> EuGH v. 10.2.2000 – C-202/97 (*Fitzwilliam*), AP EWG-Verordnung Nr. 1408/71 Nr. 1, Rn. 44.

<sup>204</sup> EuGH v. 5.12.1967 – 19/67 (*Van der Vecht*), BeckRS 2004, 72119.

<sup>205</sup> So *Bucher*, Rechtliche Ausgestaltung der 24-h-Betreuung, 2018, S. 232; a.A. *Schüren/Wilde*, NZS 2011, 121 (123).

<sup>206</sup> Europäische Kommission, Praktischer Leitfaden zum anwendbaren Recht, 2013, S. 8; BeckOK *SozR/UtZ*, VO (EG) Nr. 883/2004, 52 Ed. 1.3.2019, Art. 12 Rn. 15; *Bucher*, Rechtliche Ausgestaltung der 24-h-Betreuung, 2018, S. 237 f.

<sup>207</sup> Europäische Kommission, Praktischer Leitfaden zum anwendbaren Recht, 2013, S. 18; darauf ebenfalls abstellend *Bucher*, Rechtliche Ausgestaltung der 24-h-Betreuung, 2018, S. 238,

„Ist die Entsendung abgelaufen, kann eine weitere Entsendung für dieselben Arbeitnehmer, dieselben Unternehmen und denselben Mitgliedstaat erst nach Ablauf von mindestens zwei Monaten nach Ende des vorangehenden Entsendezeitraums zugelassen werden. Unter besonderen Gegebenheiten kann allerdings von diesem Grundsatz abgewichen werden.“<sup>208</sup>

Dieser rechtliche Rahmen macht eine Entsendung für den Bereich der 24-Stunden-Betreuung durchaus nicht unproblematisch: Es ist oftmals im Vorfeld nicht abzuschätzen, auf welche Dauer ein Pflegebedarf besteht. Vielmehr soll nach dem übereinstimmenden Willen der Betroffenen und der Pflegeanbieter die Pflegeleistung regelmäßig erst dann beendet werden, wenn die Pflege in den eigenen vier Wänden nicht mehr möglich ist – etwa, weil aufgrund der (nunmehr eingetretenen) Pflegebedürftigkeit eine Heimunterbringung unvermeidbar ist – oder der Pflegebedürftige verstirbt.<sup>209</sup>

### **(3) Ablöseverbot**

Gleichzeitig gilt nach dem expliziten Wortlaut des Art. 12 VO (EG) Nr. 883/2004, dass der entsendete Arbeitnehmer nicht eine andere Person ablösen darf. Somit darf auch der entsendete Arbeitnehmer nach Ablauf der Entsendezeit nicht durch einen anderen Arbeitnehmer abgelöst werden. Ein turnusmäßiger Wechsel mehrerer Pflegekräfte lässt sich damit nicht vereinbaren. Das Ablöseverbot soll Versuche verhindern, durch eine turnusmäßige Auswechslung von Arbeitnehmern die höheren Sozialversicherungsbeiträge in einem Aufnahmemitgliedsstaat zu umgehen.<sup>210</sup> Trotz des eindeutigen Wortlauts der Vorschrift, wird das Ablöseverbot zuweilen eng ausgelegt: So soll eine Ablösung in Ausnahmefällen dann möglich sein, wenn dadurch die prognostizierte Entsendezeit nicht überschritten wird.<sup>211</sup> Dies wird auch von der Europäischen Kommission vertreten:

---

<sup>208</sup> Europäische Kommission, Praktischer Leitfaden zum anwendbaren Recht, 2013, S. 18.

<sup>209</sup> Vgl. dazu auch *Bucher*, Rechtliche Ausgestaltung der 24-h-Betreuung, 2018, S. 245.

<sup>210</sup> BeckOK SozR/Utz, 52 Ed. 1.3.2019, Art. 12 VO (EG) Nr. 883/2004 Rn. 17.

<sup>211</sup> So auch BeckOK SozR/Utz, 52 Ed. 1.3.2019, Art. 12 VO (EG) Nr. 883/2004 Rn. 17.

„In Ausnahmefällen kann es möglich sein, eine bereits entsandte Person zu ersetzen, sofern die zulässige Höchstdauer der Entsendung noch nicht erreicht ist. Dies wäre beispielsweise dann der Fall, wenn ein Arbeitnehmer, der für 20 Monate entsandt wurde, nach 10 Monaten schwer erkrankt und ersetzt werden muss. In diesem Fall wäre es angemessen, die Entsendung einer anderen Person für die restlichen 10 Monate des vereinbarten Zeitraums zuzulassen.“<sup>212</sup>

Nicht mit dieser Ausnahme vereinbar wäre jedoch eine Ablösung nach Ablauf eines Entsendezeitraums sowie ein Arrangement, bei dem für eine Pflegekraft ein 24-monatiger Entsendezeitraum vereinbart würde, dieser jedoch – wie von vornherein geplant – von zwei Pflegekräften in einem turnusmäßigen Wechsel von etwa drei Monaten ausgefüllt würde. In beiden Fällen würde die erste Entsendung ggf. der Vorschrift des Art. 12 Abs. 1 VO (EG) Nr. 883/2004 unterfallen, jede weitere Entsendung würde jedoch wiederum nach Art. 11 Abs. 3 VO (EG) Nr. 883/2004 den Rechtsvorschriften des Entsendestaates unterliegen.<sup>213</sup>

## **bb) Voraussetzungen und Folgen einer A1-Bescheinigung – Missbräuchliche Zuordnung**

Nach Art. 19 Abs. 2 der Durchführungsverordnung VO (EG) Nr. 987/2009 kann von dem betroffenen Arbeitnehmer oder dessen Arbeitgeber von dem jeweils zuständigen Träger des Mitgliedsstaates, dessen Rechtsvorschriften nach den Art. 11 bis 16 (*Titel II: Bestimmungen des anwendbaren Rechts*) der VO (EG) Nr. 883/2004 anzuwenden sind, bescheinigt werden, dass und ggf. wie lange und unter welchen Umständen diese Rechtsvorschriften anzuwenden sind. Der jeweils zuständige Träger des Mitgliedsstaates hat insoweit festzustellen, ob die Voraussetzungen des Art. 12 Abs. 1 der VO (EG) Nr. 883/2004 vorliegen.<sup>214</sup> Ob diese Feststellung für eine Pflege- und Betreuungskraft, die in einen anderen Mitgliedsstaat entsendet werden soll, getroffen werden kann, ist Frage des Einzelfalls. Dennoch gilt: Wird vom Träger eines

---

<sup>212</sup> Europäische Kommission, Praktischer Leitfaden zum anwendbaren Recht, 2013, S. 13; dieses Beispiel ebenfalls anführend *Bucher*, Rechtliche Ausgestaltung der 24-h-Betreuung, 2018, S. 240.

<sup>213</sup> Näher dazu *Bucher*, Rechtliche Ausgestaltung der 24-h-Betreuung, 2018, S. 245 ff. m.w.N.

<sup>214</sup> *Bucher*, Rechtliche Ausgestaltung der 24-h-Betreuung, 2018, S. 250.

Mitgliedsstaats ein Dokument ausgestellt, in dem der Status einer Person für die Zwecke der Anwendung der Grundverordnung und der Durchführungsverordnung bescheinigt wird (sog. A<sub>1</sub>-Bescheinigung), so ist diese Feststellung nach Art. 5 Abs. 1 der Durchführungsverordnung VO (EG) Nr. 987/2009 für die Träger anderer Mitgliedsstaaten verbindlich, solange sie nicht von dem Mitgliedsstaat, in dem sie ausgestellt wurde, widerrufen oder für ungültig erklärt wird.<sup>215</sup>

Durch das Ausstellen einer A<sub>1</sub>-Bescheinigung soll also eine eindeutige Zuordnung der sozialversicherungsrechtlichen Verhältnisse sicherstellen. Diese ermöglicht es dem Arbeitgeber, Klarheit über die sozialversicherungsrechtliche Zuordnung der Pflege- und Betreuungskraft zu schaffen. Anhand der Bescheinigung lässt sich bei grenzüberschreitend tätigen Arbeitnehmern erkennen, dass diese in ihrem Heimatstaat sozialversicherungsverpflichtet sind, mit der Folge, dass Sozialversicherungsbeiträge etwa bei polnischen Pflegekräften nicht nach deutschem Recht, sondern nach polnischem Recht im ausstellenden Staat zu entrichten sind.<sup>216</sup> Die Gefahr einer Zuordnung polnischer Pflegekräfte zum deutschen Sozialversicherungssystem lässt sich durch das Ausstellen einer A<sub>1</sub>-Bescheinigung weitestgehend beseitigen.<sup>217</sup> Denn nur in Ausnahmefällen kann die Richtigkeit der Bescheinigung beanstandet werden, konkret bei Zweifeln an der Gültigkeit des Dokuments bzw. der Richtigkeit von Belegen oder bei einer Meinungsverschiedenheit zwischen Mitgliedsstaaten über die anzuwendenden Rechtsvorschriften.<sup>218</sup> Derartige Beanstandungen sind in der Praxis bislang jedoch bis auf wenige Ausnahmen ausgeblieben.

Wesentlich ist in diesem Zusammenhang, dass die **Bindungswirkung der A<sub>1</sub>-Bescheinigung in ihrer Reichweite beschränkt ist**. Höchstrichterliche Rechtsprechung zu der Frage nach einer etwaigen Bindungswirkung der Bescheinigung über das Sozialrecht hinaus ist bislang ausgeblieben. Nach zutreffender und wohl auch herrschender Meinung im Schrifttum soll sich die Reichweite indes auf das Sozialrecht

---

<sup>215</sup> Siehe dazu auch *Schüren/Wilde*, NZS 2011, 121 (122).

<sup>216</sup> Ausführlich *Zieglmeier*, DStR 2016, 2858 (2866).

<sup>217</sup> So auch *Bucher*, Rechtliche Ausgestaltung der 24-h-Betreuung, 2018, S. 251.

<sup>218</sup> Vgl. zu den einzelnen Dialog- und Vermittlungsverfahren Beschl. Nr. A<sub>1</sub> v. 12.6.2009 über die Einrichtung eines Dialog- und Vermittlungsverfahrens zu (EG) Nr. 883/2004.

beschränken, wohingegen die Bescheinigung keine Bindungswirkung hinsichtlich der arbeitsrechtlichen Einordnung des Erwerbstätigen innehaben soll.<sup>219</sup> **Ob die Pflege- und Betreuungskraft also als Arbeitnehmerin oder Selbständige einzuordnen ist, richtet sich ungeachtet des Inhalts der Bescheinigung nach deutschem Arbeitsrecht.** Dieses Verständnis bestätigt auch die jüngere Rechtsprechung in den Instanzgerichten. So entschied etwa das OLG Bamberg, dass die Bindungswirkung einer A1-Entsendebescheinigung der bußgeldrechtlichen Ahndung unerlaubter Arbeitnehmerüberlassungen nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 AÜG nicht entgegensteht.<sup>220</sup> Die Bescheinigung gibt danach richtigerweise nur Aufschluss über den sozialrechtlichen Status der Pflege- und Betreuungskraft. Auch eine unbeabsichtigt falsche oder bewusst missbräuchliche Ausstellung, die davon ausgeht, dass es sich um eine selbständige Tätigkeit handelt, kann also die Anwendung deutschen Arbeitsrechts nicht verhindern, so es sich denn um Arbeitnehmerüberlassung handelt.

#### **4. Sozialrechtlicher Rahmen: Abrechenbarkeit und Erstattung**

Bislang wurde unterschiedslos über Betreuung und Pflege gesprochen. Regelmäßig handelt es sich bei der 24h-Betreuung aber nicht um Betreuung durch qualifizierte Pflegekräfte. Das hat Auswirkungen auf die Erstattung durch die Versicherungsträger:

§ 36 SGB Abs.1 SGB XI sieht vor, dass Pflegebedürftige der Pflegegrade 2 bis 5 bei häuslicher Pflege Anspruch auf körperbezogene Pflegemaßnahmen und pflegerische Betreuungsmaßnahmen sowie auf Hilfen bei der Haushaltsführung als Sachleistung haben (häusliche Pflegehilfe als Pflegesachleistung). Der Anspruch umfasst pflegerische Maßnahmen in den in § 14 Abs. 2 SGB XI genannten Bereichen Mobilität, kognitive und kommunikative Fähigkeiten, Verhaltensweisen und psychische Problemlagen, Selbstversorgung, Bewältigung von und selbständiger Umgang mit krankheits- oder therapiebedingten Anforderungen und Belastungen sowie Gestaltung des Alltagslebens und sozialer Kontakte. § 37 SGB XI bestimmt sodann, dass dieser Personenkreis von

---

<sup>219</sup> *Bucher*, Rechtliche Ausgestaltung der 24-h-Betreuung, 2018, S. 67; *Zieglmeier*, DStR 2016, 2858 (2867); a.A. *Brors/Böning*, NZA 2015, 846; *Räuchle/Schmidt*, RdA 2015, 407.

<sup>220</sup> OLG Bamberg v. 9.8.2016 – 3 Ss OWi 494/16, DStR 2016, 2349.

Pflegebedürftigen anstelle der häuslichen Pflegehilfe (grundsätzlich) ein Pflegegeld beantragen können. Im Ausgangspunkt ist danach zu fragen, an welche Norm bei der Inanspruchnahme ausländischer häuslicher Betreuungskräfte anzuknüpfen ist. Denkbar scheint zunächst, dass beide Bestimmungen derartige Leistungen umfassen können. Einigkeit besteht jedoch darüber, dass das Gesetz an § 36 SGB XI grundlegend andere Anforderungen stellt als bei § 37 SGB XI:

§ 36 Abs. 1 SGB XI ist zu entnehmen, dass die häusliche Pflegehilfe durch geeignete Pflegekräfte erbracht werden muss. Mit Blick auf § 29 SGB XI sind dies nur Pflegekräfte, die unmittelbar oder mittelbar in einem Vertragsverhältnis zur Pflegekasse stehen. Pflegekräfte, die keine Zulassung durch die Pflegekasse vorweisen können, sind nicht unter § 36 SGB XI zu fassen.<sup>221</sup> Die häusliche 24-Stunden-Betreuung durch osteuropäische Pflegekräfte genügt diesen Anforderungen regelmäßig nicht. Sachleistungen beliebiger Pflege- und Betreuungspersonen soll der Pflegebedürftige über diese Norm nicht in Anspruch nehmen dürfen, da er ansonsten eine im Vergleich zum Pflegegeld nach § 37 SGB XI überhöhte Leistungen realisieren könnte.<sup>222</sup> Die Finanzierung häuslicher Betreuung durch ausländische Betreuungskräfte kann nach der herrschenden Meinung deshalb nur nach § 37 SGB XI (partiell) erfolgen.<sup>223</sup> Da sich die Leistungen nach §§ 36 und 37 SGB XI – abgesehen von Kombinationsleistungen nach § 38 SGB XI – grundsätzlich ausschließen,<sup>224</sup> kann eine Finanzierung der häuslichen Pflege bzw. Betreuung über die Pflegekasse im Ergebnis (regelmäßig) nur anteilig über das Pflegegeld nach § 37 SGB XI stattfinden. Eine Einordnung als Pflegesachleistung nach § 36 SGB XI scheidet hingegen aus.

#### **IV. Perspektiven rechtlichen Handelns**

Die vorstehenden Überlegungen zum arbeits- und sozialrechtlichen *status-quo* haben gezeigt, dass die rechtlichen Vorgaben und die tatsächliche Praxis der häuslichen 24-

---

<sup>221</sup> BeckOKSozR/Diepenbruck, SGB XI, 52. Ed. Stand 31.7.2016, § 36 Rn. 23 f.

<sup>222</sup> KassKomm/Leitherer Sozialversicherungsrecht, 103. EL. März 2019, § 36 SGB XI Rn. 39.

<sup>223</sup> BeckOKSozR/Diepenbruck, SGB XI, 52. Ed. 31.7.2016, § 36 Rn. 23 f.; Nordmann, FPR 2012, 58 (61); kritisch wohl Knopp, NZS 2016, 445 (448).

<sup>224</sup> KassKomm/Leitherer Sozialversicherungsrecht, 103. EL. März 2019, § 36 SGB XI Rn. 8.

Stunden-Betreuung in mehrfacher Hinsicht unbefriedigend sind: Der unselbständige Arbeitnehmer ist durch Mindestlohn und Arbeitszeitgesetz recht umfassend geschützt, der Selbständige gänzlich ungeschützt. Die Rechtsprechung werte recht großzügig in Richtung Selbständigkeit, doch verbleibt stets Unsicherheit – eine Unsicherheit, die zuweilen ausgenutzt werden mag, tatsächlich abhängige Beschäftigung als Selbständigkeit zu deklarieren, um sie „bezahlbar“ zu machen.

Es bedarf mithin – so scheint es – einer Annäherung von Recht und Wirklichkeit, um Grauzonen zu beseitigen und angemessene Arbeitsbedingungen der Pflegekräfte zu gewährleisten, gleichzeitig aber eben auch dieses Modell weiter zu ermöglichen. Legislative Änderungen kommen hierbei in verschiedener Gestalt in Betracht. Blickt man über die hiesigen Grenzen hinaus auf die Verhältnisse in anderen EU-Ländern, wird deutlich, dass insbesondere Österreich in jüngerer Vergangenheit normative Anpassungen der Vorgaben für die (häusliche) Pflege realisiert haben. Diese sollen nachstehend dargestellt werden, um in der Folge zu erwägen, inwieweit das in Österreich verwendete Modell als Vorlage für Änderungen im deutschen Arbeits- und Sozialrecht dienen kann. Ebenso soll ein Vorschlag für eine typologische Konturierung des Selbstständigenbegriffs für den Bereich der häuslichen Pflege unterbreitet werden. Zuletzt gilt es, Handlungsspielräume im Bereich des Arbeitszeitrechts und des Mindestlohngesetzes auszuloten und zu nutzen.

## **1. Das österreichische Recht als Vorbild?**

Dabei drängt sich die Frage nach Vorbildern auf. In Österreich wurde die rechtliche Grundlage für die Inanspruchnahme von 24-Stunden-Betreuung zuletzt mit Wirkung zum 1.7.2017 geändert und erweitert. Anlass für die Novellierungen war die Tatsache, dass es vorher in großem Umfang zu Rechtsverstößen gegen verschiedene gesetzliche Grundlagen wie z.B. das Ausländerbeschäftigungsrecht oder das Sozialversicherungsrecht kam. Ziel der Novellierungen war es also, das geltende Recht



der gelebten Praxis anzupassen.<sup>225</sup> Besonders bedeutsam ist in diesem Zusammenhang das Inkrafttreten des Hausbetreuungsgesetzes am 1.7.2007 sowie die gleichzeitige Änderung der Gewerbeordnung.

#### **a) Unterschiedliche Modelle zur Inanspruchnahme von 24-Stunden-Betreuung**

Zur Inanspruchnahme von 24-Stunden-Betreuung bieten sich nunmehr in Österreich im Wesentlichen drei Wege an: Zunächst kann der Betreuungsbedürftige oder seine Familie eine Pflege- und Betreuungskraft als unselbständigen Arbeitnehmer beschäftigen („Unselbständigen-Modell“). Außerdem möglich ist es, eine Pflege- und Betreuungskraft zu engagieren, die bei einem Dienstleister angestellt ist („Dienstleister-Modell“); typischerweise wird die Pflege dann von einer Trägerorganisation wie Caritas, Diakonie, Rotes Kreuz oder Volkshilfe als Dienstleister organisiert. Nicht zuletzt kann auch eine selbständige Pflege- und Betreuungskraft in Vertrag genommen werden („Selbständigen-Modell“). Im Selbständigen-Modell werden dabei häufig Vermittlungsagenturen zwischengeschaltet, die die Betreuungskraft vermitteln. Bei Inanspruchnahme einer Vermittlungsagentur wird neben dem Organisationsvertrag zwischen der zu betreuenden Person bzw. dessen Angehörigen und dem Personenbetreuer ein Vermittlungsvertrag mit der Agentur abgeschlossen.<sup>226</sup> In der Praxis wird von den Betroffenen ganz überwiegend – es kursieren Zahlen von bis zu 99,8 %<sup>227</sup> – das Selbständigen-Modell gewählt. Dies verwundert nicht, da die Betreuung durch eine selbständige, ein freies Gewerbe ausübende Betreuungskraft kostengünstiger angeboten werden kann als durch eine abhängig beschäftigte Betreuungskraft.<sup>228</sup> Die Kosteneinsparungen resultieren aus den Tatsachen, dass der Gewerbetreibende

---

<sup>225</sup> Famira-Mühlberger, Die Bedeutung der 24-Stunden-Betreuung für die Altenbetreuung in Österreich, 2017, S. 23; Leiblfinger/Prieler, Elf Jahre 24-Stunden-Betreuung in Österreich, 2018, S. 8 f.; Steiner/Prieler/Leiblfinger/Benazha, ÖZS 2019 (44), S. 6.

<sup>226</sup> Zu den Modellen zur Inanspruchnahme von 24-Stunden-Betreuung vgl. Nr. 1.1 der Richtlinien zur Unterstützung der 24-Stunden-Betreuung; Leiblfinger/Prieler, Elf Jahre 24-Stunden-Betreuung in Österreich, 2018, S. 55 f.; Steiner/Prieler/Leiblfinger/Benazha, ÖZS 2019 (44), S. 6; Wirtschaftskammern Österreichs, Leitfaden für die häusliche Personenbetreuung, 2016, S. 4.

<sup>227</sup> So Famira-Mühlberger, Die Bedeutung der 24-Stunden-Betreuung für die Altenbetreuung in Österreich, 2017, S. 24; annehmend, dass 95 % der Betroffenen das Selbständigen-Modell wählen Steiner/Prieler/Leiblfinger/Benazha, ÖZS 2019 (44), S. 11.

<sup>228</sup> Steiner/Prieler/Leiblfinger/Benazha, ÖZS 2019 (44), S. 11.

einerseits nicht an Mindestlohntarife gebunden ist und andererseits geringere Sozialversicherungsbeiträge zu leisten sind.

## **b) Arbeits- und ruhezeitrechtliche Sonderbestimmungen**

Arbeitszeit- und ruhezeitrechtliche Sonderbestimmungen lassen sich im Hausbetreuungsgesetz (HBeG) finden.

### **aa) Geltungsbereich des HBeG**

Die Regelungen des HBeG sind nur unter bestimmten Voraussetzungen anwendbar, die in § 1 HBeG bestimmt werden. Von besonderer Bedeutung ist § 1 Abs. 1, Abs. 2 HBeG:

„(1) Dieses Bundesgesetz gilt für die Betreuung von Personen in deren Privathaushalten, wobei die Betreuung im Rahmen einer selbständigen oder unselbständigen Erwerbstätigkeit erfolgen kann.

(2) Die Bestimmungen des zweiten Abschnittes dieses Bundesgesetzes gelten nur für Arbeitsverhältnisse

1. zwischen einer Betreuungskraft, die das 18. Lebensjahr vollendet hat, und

a) der zu betreuenden Person oder einem/einer ihrer Angehörigen, oder

b) einem/einer gemeinnützigen Anbieter/in sozialer und gesundheitlicher Dienste präventiver, betreuender oder rehabilitativer Art und

2. wenn die zu betreuende Person

a) Anspruch auf Pflegegeld ab der Pflegestufe 3 [...] oder

b) die zu betreuende Person Anspruch auf Pflegegeld der Pflegestufen 1 oder 2 [...] hat und für diese Person wegen einer nachweislichen Demenzerkrankung dennoch ein ständiger Betreuungsbedarf besteht, und

3. wenn nach einer Arbeitsperiode von höchstens 14 Tagen eine ununterbrochene Freizeit von mindestens der gleichen Dauer gewährt wird, und

4. wenn die vereinbarte Arbeitszeit mindestens 48 Stunden pro Woche beträgt, und

5. wenn die Betreuungskraft für die Dauer der Arbeitsperiode in die Hausgemeinschaft der zu betreuenden Person aufgenommen wird.“

Bemerkenswert erscheint insoweit, dass sowohl selbständige als auch unselbständige Erwerbstätigkeit im Bereich der Personenbetreuung im Geltungsbereich des HBeG liegt.

## **bb) Regelungsinhalt des HBeG**

In § 3 Abs. 1 bestimmt das HBeG, dass für Betreuungskräfte i.S.d. § 1 Abs. 2 HBeG das Hausgehilfen- und Hausangestelltengesetz (HBHAG) mit Ausnahme der §§ 5, 6 Abs. 1 – 3 anzuwenden ist. Kern der Neuerungen des HBeG sind arbeitsrechtliche Sonderbestimmungen, wobei sich insbesondere Regelungen zur Arbeitszeit, zu Ruhepausen und den Rechtsfolgen einer möglichen Übertretung der Arbeitszeit- und Ruhevorschriften des HBeG finden lassen (§ 2 Abs. 2 – 5 HBeG). Insoweit erweist sich § 2 Abs. 2 – 5 HBeG als *lex specialis* zu den strengeren Vorschriften der §§ 5, 6 Abs. 1 – 3 HBHAG. Flankiert wird das HBeG noch durch weitere Vorschriften, die vor allem die Qualitätssicherung in der Betreuung betreffen (§§ 5 – 7 HBeG).

Um die arbeitszeit- und ruhezeitrechtlichen Sonderregeln des HBeG nachzuvollziehen, sind diese im Vergleich zur korrespondierenden Regelung im HBHAG als *lex generalis* zu betrachten.

### **(1) Arbeitszeit**

Gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 1 HBHAG darf die Arbeitszeit der in die Hausgemeinschaft des Dienstgebers aufgenommenen Dienstnehmer, die das 18. Lebensjahr vollendet haben einschließlich der Zeit, während der sich der Dienstnehmer zur Erbringung seiner Dienstleistung bereithalten muss, in zwei Kalenderwochen ein Ausmaß von 110 Stunden nicht überschreiten. Bezüglich der der Arbeitszeiten gibt § 3 Abs. 2 HBeG klare Vorgaben:

„In zwei aufeinander folgenden Wochen darf die Arbeitszeit einschließlich der Zeiten von Arbeitsbereitschaft 128 Stunden nicht überschreiten. Allfällige über diese Höchstgrenze hinausgehende Zeiten der Arbeitsbereitschaft, die die Betreuungskraft vereinbarungsgemäß in ihrem Wohnraum oder in näherer häuslicher Umgebung verbringt und während der sie

im Übrigen frei über ihre Zeit verfügen kann, gelten nicht als Arbeitszeit im Sinne dieses Bundesgesetzes.“

Somit liegt die zulässige Höchstarbeitszeit einer Betreuungskraft, die das 18. Lebensjahr vollendet hat, nach dem HBeG um 18 Stunden pro zwei Wochen höher als sie nach dem HBHAG liegen würde, gäbe es die Sonderregelung durch das HBeG nicht. Ein weiterer signifikanter Unterschied zwischen HBHAG und HBeG liegt in der Berechnung der Arbeitszeit. Zwar fließen in die Berechnung nach beiden Gesetzen *prima facie* auch Zeiten der Arbeitsbereitschaft hinein, doch gelten „allfällige über diese Höchstgrenze hinausgehende Zeiten der Arbeitsbereitschaft, die die Betreuungskraft vereinbarungsgemäß in ihrem Wohnraum oder in näherer häuslicher Umgebung verbringt und während der sie im Übrigen frei über ihre Zeit verfügen kann“ *nicht* als Arbeitszeit im Sinne des HBeG. Aus dem Umstand, dass Personen, die in der 24-Stunden-Betreuung tätig sind, für gewöhnlich mit den zu Betreuenden in einer Hausgemeinschaft wohnen, folgt, dass bei der 24-Stunden-Betreuung die Zeiten der Arbeitsbereitschaft dem Grundsatz nach nicht bei der Berechnung der Arbeitszeit berücksichtigt werden.

## **(2) Ruhezeiten**

Auch die vorgeschriebenen Ruhezeiten wurden für Personenbetreuer durch das HBeG gesenkt. Zur Ruhezeit trifft § 5 Abs. 4 HBHAG folgende Regelung:

„Dienstnehmern, die in die Hausgemeinschaft des Dienstgebers nicht aufgenommen sind und das 18. Lebensjahr vollendet haben, ist eine Ruhezeit von mindestens 13 Stunden, die die Zeit von 21 Uhr bis 6 Uhr einschließt [...], zu gewähren. Die tägliche Arbeitszeit ist außerdem, insofern sie mehr als 4 1/2 Stunden beträgt, durch eine oder mehrere im voraus festgelegte Ruhepausen im nachstehend angeführten Mindestausmaß zu unterbrechen. Diese Ruhepausen müssen mindestens betragen

bei einer Arbeitszeit von mehr als 4 1/2 Stunden bis zu 6 Stunden ..... 20 Minuten,

bei einer Arbeitszeit von mehr als 6 Stunden bis zu 8 Stunden ..... 30 Minuten,

bei einer Arbeitszeit von 8 bis 9 Stunden ..... 45 Minuten,  
bei einer Arbeitszeit von mehr als 9 Stunden ..... 60 Minuten.“

Von der Regelung des § 5 Abs. 4 HBHAG wird durch § 3 Abs. 3, Abs. 4 HBeG abgewichen:

„(3) Die tägliche Arbeitszeit ist durch Ruhepausen von insgesamt mindestens drei Stunden zu unterbrechen, die auch frei von Arbeitsbereitschaft nach Abs. 2 bleiben müssen. Davon sind mindestens zwei Ruhepausen von 30 Minuten ununterbrochen zu gewähren.

(4) Darüber hinaus dürfen Arbeitnehmer/innen während jedes Zeitraumes von 24 Stunden insgesamt weitere zehn Stunden nicht in Anspruch genommen werden.“

### **(3) Rechtsfolgen bei Verstoß gegen die Arbeitszeit- und Ruhevorschriften des HBeG**

Die Rechtsfolgen bei einem Verstoß gegen die Arbeitszeit- und Ruhevorschriften des § 3 Abs. 2 – 4 HBeG werden geregelt, indem § 3 Abs. 5 HBeG auf die Strafbestimmung des § 23 HGHAAG verweist.

§ 3 Abs. 5 HBeG ist zusammen mit § 23 HGHAAG so zu lesen, dass eine Zuwiderhandlung gegen die Vorschrift des § 3 Abs. 2 – 4 HBeG mit Geldstrafe bis zu 218 Euro bestraft wird. Bei Anwendung dieser Normen ergeben sich ungeklärte Folgefragen:

- Zunächst erscheint fraglich, was unter dem Tatbestandsmerkmal der „Zuwiderhandlung“ zu verstehen ist. Das ist vor allem in den Fällen problematisch, in denen über einen längeren Zeitraum wiederholt gegen die Vorschriften des § 3 Abs. 2 – 4 HBeG verstoßen wird. So könnte man einerseits annehmen, dass pro Tag, an dem beispielsweise die Ruhevorschriften missachtet wurden, die Geldbuße fällig wird, andererseits könnte man sich auf den Standpunkt stellen, dass durch die einfache Zahlung der Geldbuße sämtliche Verstöße gegen die Arbeitszeit- und Ruhezeitregelungen des HBeG der Vergangenheit abgegolten sind.
- Weiterhin ist ungeklärt, wer als „Dienstgeber“ zu qualifizieren ist, d.h. die Geldstrafe bei Zuwiderhandlung begleichen muss, wenn die Betreuungskraft im Rahmen des weit verbreiteten Selbständigen-Modells bei der zu betreuenden

Person tätig ist. Denn die Bestimmungen des HBHAG gelten gemäß § 1 Abs. 1 HBHAG nur bei Dienstverhältnissen zwischen dem Dienstgeber und dem Dienstnehmer. Somit wäre der zu Betreuende bzw. seine Familie Dienstgeber, während die Betreuungskraft Dienstnehmerin wäre. Das HBeG gilt hingegen ausweichlich des Wortlauts des § 1 Abs. 1 sowohl für selbständige als auch unselbständige Erwerbstätigkeit. Bei Wahl des Selbständigen-Modells, das durch das HBeG ausdrücklich anerkannt wird, wird allerdings gerade kein Dienstverhältnis begründet, sondern ein sog. Organisationsvertrag abgeschlossen. Die Norm des § 23 HGHAAG passt daher nicht auf die Mehrzahl der durch das HBeG geregelten Fälle.

### **c) Voraussetzungen für die Gewerbeausübung und den Umfang der ausgeübten Tätigkeit**

Durch die Änderung der GewO 1994 wurden weitere Grundlagen geschaffen, um die legale Inanspruchnahme von 24-Stunden-Betreuung durch einen selbständigen Personenbetreuer zu ermöglichen. Die GewO 1994 regelt zum einen, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, um ein Gewerbe im Allgemeinen betreiben zu dürfen und welche besonderen Voraussetzungen in Abhängigkeit der Art des Gewerbes einzuhalten sind. Zum anderen legt die GewO 1994 maßgeblich den Umfang und die Grenzen derjenigen Tätigkeiten fest, die von einem selbständigen Personenbetreuer ausgeübt werden dürfen.

#### **aa) Voraussetzungen für die Ausübung des Gewerbes des Personenbetreuers**

Wer ein Gewerbe in Österreich ausüben will, muss gem. § 339 Abs. 1 GewO 1994 bei der zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde eine Gewerbebeanmeldung erstatten, bei der die Vorschriften des § 339 Abs. 2, 3 GewO 1994 zu beachten sind. Das Ausüben eines Gewerbes, ohne zuvor die entsprechende Gewerbeberechtigung erlangt zu haben, stellt eine Verwaltungsübertretung dar, die nach § 366 Abs. 1 S. 1 GewO 1994 mit Geldstrafe bis zu 3.600 Euro geahndet wird.

Voraussetzungen für die Erteilung einer Gewerbeberechtigung sind, dass es sich (1) überhaupt um eine gewerbsmäßig ausgeübte Tätigkeit handelt sowie (2) die allgemeinen- und besonderen Voraussetzungen für die Gewerbeausübung vorliegen.

### **(1) Gewerbsmäßig ausgeübte Tätigkeit**

Die Kriterien, nach denen beurteilt wird, ob eine Tätigkeit gewerbsmäßig ausgeübt wird, sind mit den Merkmalen des Gewerbes nach deutschem (Gewerbe-)recht vergleichbar.<sup>229</sup> Anders als nach deutschem Recht wird der Begriff des Gewerbes nach österreichischem Recht nicht als unbestimmter Rechtsbegriff vorausgesetzt, sondern in § 1 Abs. 2 Hs. 1 GewO 1994 legaldefiniert. Demnach wird eine Tätigkeit gewerbsmäßig ausgeübt,

„wenn sie selbständig, regelmäßig und in der Absicht betrieben wird, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, gleichgültig für welche Zwecke dieser bestimmt ist“.

Abgrenzungsprobleme können sich hier insbesondere zwischen einer selbständigen und unselbständigen Tätigkeit ergeben. Nach § 1 Abs. 3 GewO 1994 ist eine Tätigkeit selbständig, wenn sie „auf eigene Rechnung und eigene Gefahr ausgeübt wird“. Auf den ersten Blick scheinen die Kriterien zur Bestimmung, ob eine Tätigkeit selbständig ausgeübt wird, daher von den deutschen abzuweichen und weniger streng zu sein.<sup>230</sup> Es wird jedoch allgemein vertreten, dass die Anforderungen an die Selbständigkeit noch nicht dadurch erschöpft sind, dass die Merkmale des § 1 Abs. 3 GewO 1994 erfüllt sind. Vielmehr würde durch das Merkmal „auf eigene Rechnung und eigene Gefahr“ lediglich eine zweite Komponente des Selbständigkeitsbegriffs zum Ausdruck gebracht. Dem Begriff „selbständig“ sei von seiner Wortbedeutung immanent, dass der Wirtschaftstreibende die Entscheidungen im Rahmen der ausgeübten Tätigkeit

---

<sup>229</sup> Zum Gewerbebegriff nach deutschem Gewerberecht: BVerwG v. 24.02.1956 – I C 145/54, NJW 1956, 1004 (1005); v. 27.02.2013 – 8 C 8/12, NJW 2013, 2214 (2214); Landmann/Rohmer/Marcks, GewO, 79. EL 2018, § 14 Rn. 13.

<sup>230</sup> Zu den Voraussetzungen für die Ausübung einer selbständigen Tätigkeit nach deutschem Recht: Landmann/Rohmer/Marcks, GewO, 79. EL 2018, § 14 Rn. 40 ff. m.w.N.

überwiegend aufgrund freien Willensentschlusses treffe.<sup>231</sup> Somit gleichen die Selbständigkeitsbegriffe des deutschen und österreichischen Rechts weitgehend einander; es kommt auf das Kriterium der wirtschaftlichen und persönlichen Abhängigkeit an. Merkmale, die für eine Selbständigkeit des Personenbetreuers sprechen, sind beispielsweise, dass er generell befugt ist, sich vertreten zu lassen, das Risiko des Verdienstentgangs bei Untätigkeit (z.B. durch Krankheit) trägt und seinen Tagesablauf weitestgehend frei gestalten kann. Tendenziell liegt die Annahme von Selbständigkeit jedoch mit steigender Pflegebedürftigkeit und Unselbständigkeit des zu Betreuenden immer ferner, da in solchen Fällen häufig von einer Weisungsgebundenheit im Betreuungsablauf auszugehen ist. Aus diesem Grund wird auch in den einschlägigen Gesetzen<sup>232</sup> und der Literatur<sup>233</sup> die Bezeichnung „24-Stunden-Pflege“ vermieden und stattdessen – wie hier – von „24-Stunden-Betreuung“ oder „Rund-um-die-Uhr-Betreuung“ gesprochen.

Dieses Problems sind sich auch die österreichischen Interessenverbände bewusst. So wird beispielsweise in einem Leitfaden der Wirtschaftskammern Österreichs vorgeschlagen, im Organisationsvertrag die Formulierung der Tätigkeitsbeschreibung so zu wählen, dass der Charakter der Selbständigkeit gewahrt bleibt, und die vertragliche Vereinbarung von Anwesenheitspflichten zu vermeiden.<sup>234</sup> Selbst wenn der konkreten Vertragsgestaltung eine Indizwirkung zukommt, führt ein Vertrag, der die Ausübung einer unselbständigen Tätigkeit nahelegt, jedoch nicht dazu, dass eine unselbständige Tätigkeit als selbständige zu qualifizieren ist. Wird der Anschein von Selbständigkeit erweckt, obwohl tatsächlich ein Arbeitsverhältnis besteht, liegt sog. Scheinselbständigkeit vor, die insbesondere für den Auftraggeber Konsequenzen nach sich zieht. So wird u.a. rückwirkend ein Dienstverhältnis statuiert, wodurch die Nachzahlung von Sonderzahlungen oder von Urlaubs- und Feiertagsentgelten droht.

---

<sup>231</sup> Grabler/Stolzechner/Wendl, GewO 1994, 11. Aufl. 2011, § 1 Rn. 11 m.w.N.

<sup>232</sup> Exemplarisch § 21b Abs. 2 Nr. 2 Bundespflegegesetz.

<sup>233</sup> Expliziert auf die Problematik hinweisend *Leiblfinger/Prieler*, Elf Jahre 24-Stunden-Betreuung in Österreich, Linz 2018, S. 8 f.; *Steiner/Prieler/Lieblfinger/Benazha*, ÖZS (2019) 44, 9 f.; vgl. auch *Famira-Mühlberger*, Die Bedeutung der 24-Stunden-Betreuung für die Altenbetreuung in Österreich, 2017; *Grabler/Stolzechner/Wendl*, GewO 1994, 11. Aufl. 2011, § 159 Rn. 1; *Wirtschaftskammern Österreichs*, Leitfaden für die häusliche Personenbetreuung, 2016, S. 4.

<sup>234</sup> *Wirtschaftskammern Österreichs*, Leitfaden für die häusliche Personenbetreuung, 2016, S. 14.



Darüber hinaus muss der nunmehrige Arbeitgeber die gesamten Sozialversicherungsabgaben rückwirkend für bis zu fünf Jahre nachzahlen, ohne dass der Auftragnehmer von den von ihm bezahlten Abgaben wie diejenigen für die gewerbliche Sozialversicherung befreit würde. Dies zeigt, dass gerade im Pflege- und Betreuungsbereich eine sorgfältige Abgrenzung zwischen selbständiger und unselbständiger Arbeit essentiell, aber im Einzelfall nicht immer einfach ist und daher häufig ein rechtliches Risiko verbleibt.

## **(2) Allgemeine und besondere Voraussetzungen für die Gewerbeausübung**

Die allgemeinen Voraussetzungen für die Ausübung von Gewerben sind in den §§ 8 ff. GewO 1994 geregelt.

Des Weiteren müssen, wenn es sich bei dem angestrebten Gewerbe um ein reglementiertes Gewerbe handelt, weitere besondere Voraussetzungen erfüllt werden. Bei den meisten reglementierten Gewerbe wird vor Erteilung der Gewerbeerlaubnis die Zuverlässigkeit des Bewerbers überprüft (§ 95 GewO 1994). Außerdem sind für die reglementierten Gewerbe jeweils weitere Zugangsvoraussetzungen wie die Obliegenheit, die individuelle Befähigung und Qualifikation nachzuweisen, normiert. Durch Aufnahme der Personenbetreuung in die Gruppe der freien Gewerbe wurde auf weitere Voraussetzungen, die über die allgemeinen Voraussetzungen hinausgehen, verzichtet und ein niedrigschwelliger Zugang zum Gewerbe der Personenbetreuung ermöglicht.

### **bb) Inhaltlicher Umfang und Grenzen der von den Personenbetreuern ausgeübten Tätigkeiten**

Der Umfang der Tätigkeiten, die von Personenbetreuern ausgeübt werden dürfen, wird maßgeblich durch § 159 GewO 1994 bestimmt. Gemäß § 159 Abs. 1 GewO 1994 umfasst die Personenbetreuung insbesondere folgende Tätigkeiten:

- „1. Haushaltsnahe Dienstleistungen insbesondere:
  - a) Zubereitung von Mahlzeiten

- b) Vornahme von Besorgungen
  - c) Reinigungstätigkeiten
  - d) Durchführung von Hausarbeiten
  - e) Durchführung von Botengängen
  - f) Sorgetragung für ein gesundes Raumklima
  - g) Betreuung von Pflanzen und Tieren
  - h) Wäscheversorgung (Waschen, Bügeln, Ausbessern)
2. Unterstützung bei der Lebensführung insbesondere:
    - a) Gestaltung des Tagesablaufs
    - b) Hilfestellung bei alltäglichen Verrichtungen
  3. Gesellschafterfunktion insbesondere:
    - a) Gesellschaft leisten
    - b) Führen von Konversation
    - c) Aufrechterhaltung gesellschaftlicher Kontakte
    - d) Begleitung bei diversen Aktivitäten
  4. Führung des Haushaltsbuches mit Aufzeichnungen über für die betreute Person getätigte Ausgaben
  5. praktische Vorbereitung der betreuungsbedürftigen Person auf einen Ortswechsel
  6. Organisation einer Vertretung im Verhinderungsfall.“

Durch die in § 159 Abs. 1 GewO 1994 vorgenommene beispielhafte Auflistung von Tätigkeiten soll klargestellt werden, welcher Umfang der selbständigen Berufsausübung im gewerblichen Bereich hinsichtlich der Personenbetreuung in Betracht kommt. Weiterhin stellt das Spektrum an Tätigkeiten klar, in welchem Rahmen 24-Stunden-Betreuung erfolgen kann.<sup>235</sup> Explizite Grenzen ergeben sich aus § 159 Abs. 1 GewO 1994 hingegen nicht, wohl aber aus anderen Gesetzen wie dem Ärztegesetz 1998 (ÄrzteG 1998) sowie dem Gesundheits- und Krankenpflegegesetz (GuKG). Wer eine im ÄrzteG 1998 bzw. GuKG beschriebene Tätigkeit ausübt, ohne dazu berechtigt zu sein, begeht eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe von bis zu 3.630 Euro (§ 199 ÄrzteG) bzw. 3.600 Euro (§ 105 GuKG) sanktioniert. Die genannten Tatbestände sind regelmäßig einschlägig, wenn eine von Ärzten bzw. Gesundheits- und Krankenpflegern auszuführende Tätigkeit von einer Person ausgeführt wird, die die erforderlichen Qualifikationen nicht erfüllt.

---

<sup>235</sup> Grabler/Stolzechner/Wendl, GewO 1994, 11. Aufl. 2011, § 159 Rn. 6.

Im Zuge der Novellierungen des Rechts der 24-Stunden-Betreuung in Österreich wurden durch Ergänzungen im ÄrzteG und GuKG die Grundlage dafür geschaffen, dass Personenbetreuer auch weitergehende Tätigkeiten ausführen dürfen, die zuvor nur Ärzten oder Gesundheits- und Krankenpflegern vorbehalten waren.

Zu den ärztlichen Tätigkeiten, die von Personenbetreuern übernommen werden dürfen, zählen gemäß § 50b Abs. 2 ÄrzteG 1998

„[...]“

1. die Verabreichung von Arzneimitteln,
2. das Anlegen von Bandagen und Verbänden,
3. die Verabreichung von subkutanen Insulininjektionen und subkutanen Injektionen von blutgerinnungshemmenden Arzneimitteln,
4. die Blutentnahme aus der Kapillare zur Bestimmung des Blutzuckerspiegels mittels Teststreifens,
5. einfache Wärme- und Lichtenwendungen sowie
6. weitere einzelne ärztliche Tätigkeiten, sofern diese einen zu den in den Z 1 bis 5 genannten Tätigkeiten vergleichbaren Schwierigkeitsgrad sowie vergleichbare Anforderungen an die erforderliche Sorgfalt ausweisen“

Durch § 50b Abs. 2 Nr. 6 ÄrzteG 1998 wird deutlich, dass die Auflistung nicht abschließend ist und es nicht ausgeschlossen ist, dass weitere, in den Nummern 1 – 5 nicht genannte Tätigkeiten von Personenbetreuern ausgeführt werden dürfen; die Nummern 1 – 4 sind bloße Regelbeispiele.

Spiegelbildlich dazu legt § 3b Abs. 2 GuKG fest, dass folgende pflegerische Tätigkeiten auch von Personenbetreuern vorgenommen werden dürfen:

„[...]“

1. die Unterstützung bei der oralen Nahrungs- und Flüssigkeitsaufnahme sowie bei der Arzneimittelaufnahme,
2. die Unterstützung bei der Körperpflege
3. die Unterstützung beim An- und Auskleiden,
4. die Unterstützung bei der Benützung von Toilette oder Leibstuhl einschließlich Hilfestellung beim Wechsel von Inkontinenzprodukten und
5. die Unterstützung beim Aufstehen, Niederlegen, Niedersetzen und Gehen“

Besonderheit der Kompetenzerweiterungen durch das GuKG ist, dass diese an weitere Voraussetzungen geknüpft sind. Insbesondere ist hier darauf hinzuweisen, dass die Personenbetreuer vor Ausübung der geschilderten Tätigkeiten von einem Angehörigen des gehobenen Diensts für Gesundheits- und Krankenpflege angeleitet und unterwiesen worden sein müssen (§ 3b Abs. 3 Nr. 3 GuKG). Auf diese Weise soll die Qualität der pflegerischen Leistungen sichergestellt werden und Schaden von den zu Betreuenden abgewendet werden. Sowohl das GuKG als auch das ÄrzteG 1998 enthalten weitere Qualitätssicherungsmechanismen wie beispielsweise Dokumentationspflichten für die Personenbetreuer.

Die Kompetenzerweiterungen durch das GuKG und ÄrzteG 1998 finden nicht nur auf Personen Anwendung, die das Gewerbe der Personenbetreuung nach den Bestimmungen der GewO 1994 ausüben (§ 50b Abs. 1 Nr. 2 ÄrzteG 1998 bzw. § 3b Abs. 1 Nr. 2 GuKG), sondern auch auf Betreuungskräfte im Anwendungsbereich des HBeG<sup>236</sup> (§ 50b Abs. 1 Nr. 1 ÄrzteG bzw. § 3b Abs. 1 Nr. 1 GuKG). Auf diese Weise wird ein kompetenzieller Gleichlauf von selbständig und nichtselbständig tätigen Personenbetreuern erreicht.

#### **d) Vermittlung von Personenbetreuung**

Bis zum Jahr 2016 umfasste die erlaubte Tätigkeit von Personenbetreuern auch die Vermittlung von selbständigen Personenbetreuern an die zu Betreuenden bzw. deren Familien. Dies hat dazu geführt, dass nicht bekannt war, wie viele Vermittlungsagenturen im Bereich der 24-Stunden-Betreuung aktiv waren.<sup>237</sup> Außerdem galt die Branche der Vermittlung von Personenbetreuung als intransparent und war regelmäßig Gegenstand öffentlich-medialer Kritik, da das damalige System zu schlechten Bedingungen sowohl für die Betreuten als auch die Betreuenden geführt hätte.<sup>238</sup> In 2016 kam es zu einer gewerberechtlichen Trennung von Personenbetreuern

---

<sup>236</sup> Zum Anwendungsbereich des HBeG siehe Gliederungspunkt IV. 1 b) aa).

<sup>237</sup> *Famira-Mühlberger*, Die Bedeutung der 24-Stunden-Betreuung für die Altenbetreuung in Österreich, 2017, S. 23.

<sup>238</sup> *Steiner/Prieler/Leiblfinger/Benazha*, ÖZS 2019 (44), S. 7 m.w.N.

und Vermittlern, indem der bisherige Tätigkeitsbereich der Personenbetreuer im Bereich der Vermittlung auf die Organisation einer eigenen Vertretung im Verhinderungsfall eingeschränkt wurde. Zusätzlich wurde die Organisation der Personenbetreuung durch § 161 GewO 1994 zum selbständigen freien Gewerbe. Zum Schutz der zu Betreuenden und deren Angehörigen wurde vom Bundesminister für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft auf Grundlage des § 59 Abs. 2 GewO 1994 eine Verordnung über Standes- und Ausübungsregeln für die Organisation von Personenbetreuung (VO) erlassen. Neben rein deklaratorischen Regeln, wie z.B. die Pflicht, den Beruf des Vermittlers gewissenhaft und sorgfältig auszuführen (§ 3 Abs. 1 S. 1 VO), enthalten die Standesregeln auch Neuerungen, die über einen rein deklaratorischen Gehalt hinausgehen. Zu den wichtigsten Neuerungen gehören:

- die grundsätzliche Pflicht auf die Vermittlereigenschaft hinzuweisen und den Preis der Vermittlertätigkeit anzugeben (§ 3 Abs. 4 Nr. 1, 2 VO),
- Aufklärungspflichten gegenüber dem Personenbetreuer (§ 4 VO) und gegenüber dem Interessenten (§ 8 VO) sowie
- die transparente Gestaltung des Organisations- und des Vermittlungsvertrags mit gewissen Mindestinhalten (§§ 5, 9 VO).

#### **e) Zwischenfazit**

Die Summa kann sich kurz fassen: In Österreich wird ganz überwiegend das sog. Selbständigen-Modell zur Inanspruchnahme der 24-Stunden-Betreuung genutzt. Kern der Novellierungen des Rechts der 24-Stunden-Betreuung stellt das HBeG dar, wodurch das Recht der Wirklichkeit u.a. durch Erhöhung der zulässigen Höchstarbeitszeiten und Senkung der vorgeschriebenen Ruhezeiten für Arbeitnehmer angepasst wurde. Man schafft also einen größeren Freiraum für den Einsatz von Arbeitnehmern in der 24-Stunden-Betreuung, und dennoch werden überwiegend selbständige Pflegekräfte beschäftigt. Da auch das neue österreichische Recht zum Schutz der Betreuungskräfte eine permanente Verfügbarkeit der Betreuungskraft nicht zulässt, kann eine 24-Stunden-Betreuung durch eine einzige Pflege- und Betreuungskraft nicht gewährleistet werden. Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften des HBeG werden mit Geldstrafe von bis zu 218 Euro bestraft. Solche Summen dürften einerseits in der Praxis kaum

Abschreckungswirkung zeigen, andererseits ergeben sich weitere ungelöste Folgeprobleme durch die Verweisung auf § 23 HGHA, da diese Norm auf die Mehrzahl der geregelten Fälle nicht passt. Das Kernproblem der 24-Stunden-Betreuung wurde durch die Reformen in Österreich nicht gelöst: Häufig erfüllen, insbesondere mit steigender Unselbständigkeit der zu betreuenden Person, offiziell als selbständig firmierende Personenbetreuer das Kriterium der Selbständigkeit mangels persönlicher und wirtschaftlicher Unabhängigkeit nicht. Folge einer solchen Scheinselbständigkeit ist die rückwirkende Statuierung eines Dienstverhältnisses, die häufig mit erheblichen finanziellen Nachteilen für den nunmehrigen Arbeitgeber verbunden ist. Gesetzgeberisch gelungen erscheint dagegen die Ausweitung der Tätigkeiten, die durch Personenbetreuer ausgeführt werden dürfen. Dadurch wird dem steigenden Bedürfnis nach 24-Stunden-Betreuung bei sich verschärfendem Mangel an qualifizierten Pflegekräften Rechnung getragen, während gleichzeitig die Qualität der pflegerischen Leistungen durch Anweisung durch medizinisches Fachpersonal sichergestellt wird. **Alles in allem wird man das österreichische Recht kaum eins zu eins auf Deutschland übertragen können.**

## **2. Vorschlag: Konturierung der Selbständigkeit für Arbeits- und Sozialrecht**

Aber was sonst kann man machen? Auch wenn das BSG und die Instanzgerichte in der Sozialgerichtsbarkeit bereits mehrfach Gelegenheit hatten, für den Bereich der ambulanten Pflege sowie 24-Stunden-Betreuung Vorgaben für die Abgrenzung von selbständiger Erwerbstätigkeit und abhängiger Beschäftigung zu statuieren, fehlt es wie dargelegt bislang an einer klaren Trennlinie und den hierfür notwendigen Vorgaben. Gleiches gilt im Arbeitsrecht. Die Feststellungen der Rechtsprechung bezogen sich bislang meist auf spezielle Einzelfälle und haben sich an der Ausgestaltung der Pflegeleistungen im zu entscheidenden Rechtsstreit orientiert. Für eine rechtssichere Handhabung in der Praxis wäre hilfreich hierüber hinaus ein abstrakter Kriterienkatalog. Dieser kann in Gestalt einer typologisierenden Festschreibung der Selbständigkeit für den Bereich der häuslichen Pflege verfasst werden. Um ein adäquates arbeits- und sozialversicherungsrechtliches Schutzniveau für selbständig tätige Pflegekräfte zu

gewährleisten, sollten flankierend dann auch gesetzliche Schutzvorschriften auf Selbständige erstreckt bzw. neu geschaffen werden:

Wie nun kann der aussehen? Das *BAG* verwendet zur Bestimmung der persönlichen Abhängigkeit von Arbeitnehmer eine Vielzahl von Einzelmerkmalen. Betrachtet man dies aus dem Blickwinkel der Selbständigkeit, handelt es sich weitestgehend um negative Abgrenzungsmerkmale. Maßgeblich sei vor allem ein Weisungsrecht im Hinblick auf Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer, Ort oder sonstige Modalitäten der zu erbringenden Tätigkeit. Kennzeichen der abhängigen oder unselbständigen Arbeit sei es, dass der in die Arbeitsorganisation eines anderen eingegliederte Mitarbeiter seine Arbeitskraft nicht nach selbstgesetzten Zielen und den Bedürfnissen des Marktes in eigener Verantwortung verwende<sup>239</sup>. Es müsse aber auch „die Eigenart der jeweiligen Tätigkeit berücksichtigt werden“; so könne etwa selbst bei Fehlen sachlicher und zeitlicher Weisungsgebundenheit u.U. die Arbeitnehmereigenschaft gegeben sein<sup>240</sup>, denn die persönliche Abhängigkeit könne sich auch aus einer anderen „sehr detaillierten und den Freiraum für die Erbringung der geschuldeten Leistung stark einschränkenden rechtlichen Vertragsgestaltung oder tatsächlichen Vertragsdurchführung ergeben“<sup>241</sup>.

Dieses Verständnis deckt sich in weiten Teilen mit der Judikatur des *BSG*, wonach – wie bereits zuvor festgestellt – auch Selbständige in ihren Handlungsmöglichkeiten begrenzt sein können, jedoch gerade nicht durch Einzelanordnungen, sondern durch Regeln oder Normen, die die Grenzen ihrer Handlungsfreiheit mehr in generell-abstrakter Weise umschreiben.<sup>242</sup> Hieran kann für eine positive Formulierung der typisierenden Festschreibung selbständiger Pfl egetätigkeit sowohl mit Blick auf den zeitlichen als auch inhaltlichen Handlungsspielraum angeknüpft werden. Den Grundstein bildet in diesem Zusammenhang die vertragliche Ausgestaltung. Selbständig tätig wird die Pflege- und Betreuungskraft nur, wenn der Vertrag die Pflegearbeit zur eigenverantwortlichen Erfüllung überlässt. Anknüpfend hieran können sodann positive

---

<sup>239</sup> BAG v. 23.4.1980 – 5 AZR 426/79, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 34.

<sup>240</sup> BAG v. 15.3.1978 – 5 AZR 819/76, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 26; v. 23.4.1980 – 5 AZR 426/79, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 34.

<sup>241</sup> BAG v. 19.11.1997 – 5 AZR 653/96, NZA 1998, 364 (365).

<sup>242</sup> BSG v. 12.2.2004 – B 12 KR 26/02 R, BeckRS 2004, 40610.

Merkmale der selbständigen Pflegearbeit formuliert werden, die zwar nicht zwangsläufig eine abhängige Beschäftigungsform ausschließen, jedoch als Indizien eine Selbständigkeit der Pflege- und Betreuungskraft vermuten lassen:

#### **a) Erheblicher zeitlicher Rahmen für Aufnahme und Durchführung der Tätigkeit**

Aus § 84 Abs. 1 S. 2 HGB geht unmittelbar hervor, dass selbständig ist, wer im Wesentlichen seine Tätigkeit frei gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Im Ausgangspunkt gilt dabei, dass es auch unter Berücksichtigung der gesetzlichen Vorgabe keine abstrakte, für Alle Arten der abhängigen Beschäftigung gleichermaßen Geltung beanspruchende Formel geben kann.<sup>243</sup> Es bedarf vielmehr einer typologischen Gesamtbetrachtung des Einzelfalls. Konkret lässt sich für den Bereich der 24-Stunden-Betreuung schon bereits aufgrund der Natur der Dienstleistung feststellen, dass der zeitlichen Komponente erhöhte Bedeutung zukommt. Für die Unterscheidung von selbständiger und abhängiger Erbringung heimischer Pflegeleistungen kann demnach als Indiz für die Annahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit sprechen, dass der Pflege- und Betreuungskraft ein erheblicher zeitlicher Rahmen für die eigenständige Aufnahme und Durchführung der Pflegetätigkeiten zukommt.

Die Rechtsprechung des BGH konkretisiert die in § 84 Abs. 1 S. 2 HGB vorgegebene, allgemeine Wertung dahingehend, dass nicht nur derjenige unselbständig ist, der hinsichtlich Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der geschuldeten Dienste Weisungen unterliegt. Darüber hinaus könne der Freiraum für die Erbringung der geschuldeten Dienste auch durch „durch die rechtliche Vertragsgestaltung oder die tatsächliche Vertragsdurchführung stark eingeschränkt“ sein, mit der Folge, dass trotz Ausbleiben eines umfassenden Weisungsrechts eine abhängige Form der Beschäftigung vorliegt.<sup>244</sup> Daraus ist zu schlussfolgern, dass die zeitliche Komponente auch isoliert von der Möglichkeit des Gläubigers, dem Dienstleister Einzelanordnungen zu erteilen,

---

<sup>243</sup> MüKo-HGB/Hoyningen-Huene, 4. Aufl. 2016, § 84 Rn. 30.

<sup>244</sup> BGH v. 16.10.2002 – VIII ZB 27/02, NJW-RR 2003, 277 (280); v. 27.1.2000 – III ZB 67/99, NJW-RR 2000, 1436 (1437); v. 21.10.1998 – VIII ZB 54-97, NJW 1999, 648 (649).



Aufschluss über die Form der Leistungserbringung geben kann.<sup>245</sup> Sieht die vertragliche Ausgestaltung – und folglich auch die tatsächliche Vertragsdurchführung – einen erheblichen Freiraum des Dienstleisters hinsichtlich des „Ob“ und des „Wie“ der Leistungserbringung vor, liegt hierin ein Indiz für eine selbständige Tätigkeit.

Für die 24-Stunden-Betreuung bedeutet das: Ist die Pflege- und Betreuungskraft sowohl vertraglich berechtigt als auch tatsächlich dazu imstande, zu entscheiden, an welchem Zeitpunkt des Tages sie Teile ihrer Pflegeleistungen erbringt und können der Pflegebedürftige bzw. Dritte nichts Abweichendes verbindlich anordnen, spricht dies für die Selbständigkeit der Pflege- und Betreuungskraft. Gleichmaßen dürfen die Anforderungen hierbei nicht überzogen werden. Nicht jede Vorgabe zum zeitlichen Rahmen der Pflegeleistung lassen die Vermutung für eine Selbständigkeit der Pflege- und Betreuungskraft entfallen.<sup>246</sup>

So argumentiert bei der allgemeinen Abgrenzung zwischen Selbständigen und Arbeitnehmern auch *Wank*, wenn er davon ausgeht, dass der Selbständige Vorstellungen und Wünsche des Auftraggebers zwar zum Inhalt seiner Leistung macht, er im Gegensatz zum Arbeitnehmer jedoch keinerlei Abhängigkeit in Gestalt von Zusammenarbeit mit weisungsbefugten Dritten ausgesetzt ist: „Der Selbständige tritt mit der Organisation des Arbeitgebers nur in gelegentlichen Kontakt. Er unterliegt keinem umfassenden Weisungsrecht, sondern macht die Wünsche des Auftraggebers jeweils zum konkreten Inhalt des Vertrages. Der Arbeitnehmer unterliegt demgegenüber Abhängigkeiten durch die Zusammenarbeit mit anderen, durch Weisungen und Kontrollen durch Vorgesetzte. Die Rechte auf Unterrichtung, Beschwerde, Mitwirkung und Mitbestimmung dienen im Ausgleich dazu einmal dem Zweck, der Fremdbestimmung bei den Arbeitsbedingungen ein Gegengewicht entgegenzusetzen.“<sup>247</sup>

Die vertraglich vorgegebene bzw. tatsächlich gelebte zeitliche Beschränkung geht erst dann über diejenige eines Selbständigen hinaus, wenn sie gerade nicht mehr den

---

<sup>245</sup> Weisungsgebundenheit und Eingliederung in einen fremden Betrieb sind unter diesem Gesichtspunkt ohnehin nur Merkmale, die für typische, evidente Gestaltungen eine klare Abgrenzung erlauben, vgl. *Rosenfelder*, Der arbeitsrechtliche Status des freien Mitarbeiters, 1982, 166.

<sup>246</sup> Zutreffend LSG Baden-Württemberg v. 19.7.2017 – L 2 R 3158/16, Rn. 60, *juris*, wonach auch bei selbständiger Tätigkeit ein grober Rahmen durch bestimmte „Eckpunkte“ vorgegeben sein kann.

<sup>247</sup> *Wank*, Arbeitnehmer und Selbständige, 1988, S. 62 f.

abstrakten Rahmen für die Dienstleistung als solche betrifft, sondern vielmehr zeitliche Einzelanordnungen für konkrete Bestandteile der Pflegeleistungen darstellt. Zu denken wäre etwa an Einzelvorgaben zum zeitlichen Rahmen für Wäschearbeiten, Küchenarbeiten sowie sonstigen Pflegeleistungen, die der Pflegebedürftige „auf Abruf per Knopfdruck“ sofort und unmittelbar in Anspruch nehmen kann.

## **b) Überdurchschnittlich hohe Vergütung**

In konsequenter Fortführung der jüngeren Rechtsprechung des *BSG* spricht für die Annahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit, wenn die (pauschale) Vergütung des Dienstleisters deutlich über dem Entgelt eines vergleichbar eingesetzten Beschäftigten liegt und dadurch auch eine Eigenvorsorge für Leistungen im Alter möglich ist.<sup>248</sup> Die für den Fall eines Erziehungsbeitands ergangene Entscheidung des *BSG* lässt sich für den Bereich der häuslichen Pflege gleichermaßen fruchtbar machen:

Allgemein und tätigkeitsübergreifend judizierte das Gericht, dass es sich bei einem deutlich über dem Arbeitsentgelt eines eingesetzten sozialversicherungspflichtigen Beschäftigten liegenden Honorars, das es dem Erwerbstätigen ermöglicht, eigene Vermögensvorsorge zu betreiben, um ein „gewichtiges Indiz“ für die Annahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit handelt. Im gleichen Atemzug stellte das *BSG* freilich fest, dass es sich trotzdem nur um einen von vielen Gesichtspunkten handelt, der im Rahmen einer Gesamtwürdigung der Dienstleistung zu berücksichtigen sei. Demnach dürfen nach Auffassung des Gerichts auch keine überspannten Anforderungen an die Vergleichbarkeit von in diesem Zusammenhang betrachteten Tätigkeiten und Honoraren gestellt werden.<sup>249</sup> Unbeachtlich ist insbesondere, ob die Dienstleistung durch ein festes Stundenhonorar oder erfolgsabhängig vergütet wird; Gleiches gelte für die Frage, ob das Honorar frei ausgehandelt wurde oder nach einem gebräuchlichen Stundensatz des Gläubigers festgesetzt worden ist.<sup>250</sup>

---

<sup>248</sup> *BSG* v. 31.3.2017 – B 12 R 7/15, NZS 2017, 664 (664).

<sup>249</sup> *BSG* v. 31.3.2017 – B 12 R 7/15, NZS 2017, 664 (669 f.).

<sup>250</sup> *BSG* v. 31.3.2017 – B 12 R 7/15, NZS 2017, 664 (669).

Für den Bereich der häuslichen Pflege folgt daraus, dass ein Entgeltvergleich zwar zunächst nur für den Pflegesektor der häuslichen Pflege im privaten Wohnraum des Pflegebedürftigen und nicht etwa auch ein Miteinbeziehen von Entgelten aus dem Bereich der Pflegewohnheime o.ä. stattfinden muss. Für die häusliche Pflege als solche wird dann jedoch ein Vergleich von sämtlichen Praxismodellen geboten sein, sodass das Honorar der in Rede stehenden Pflege- und Betreuungskraft sowohl mit solchen von (anderen) Selbständigen, eigens eingesetzten Arbeitnehmern eines Pflegedienstes und Leiharbeitnehmern abgeglichen werden kann.

### **c) Unabhängigkeit von betrieblichen Organisationsstrukturen Dritter**

Es besteht weitestgehend Einigkeit darüber, dass die Eingliederung eines Beschäftigten in eine fremdbestimmte Arbeitsorganisation für eine abhängige Beschäftigung als Arbeitnehmer spricht.<sup>251</sup> Selbständig Erwerbstätige hingegen sind in ihrer betrieblichen Organisation regelmäßig unabhängig und grundsätzlich frei von fremdbestimmten Einflüssen. Gleichmaßen existieren gerade im Dienstleistungssektor Tätigkeitsfelder, in denen eine eigene Betriebsstruktur für die Erbringung der Dienstleistungen schon gar nicht notwendig ist. Dies hat auch die sozialrechtliche Rechtsprechung erkannt, wenn sie davon ausgeht, dass das Ausbleiben eigener Betriebsmittel, eigener Investitionen o.ä. nicht zwangsläufig gegen die Einordnung eines Erwerbstätigen als Selbständigen sprechen.<sup>252</sup> Maßgeblich ist stets, ob eine (eigene) Betriebsstätte bei in Rede stehenden Tätigkeit zu erwarten oder notwendig ist.<sup>253</sup>

Die fehlende Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation oder – positiv formuliert – die Unabhängigkeit von betrieblichen Organisationen Dritter vermag schon aufgrund der ausdrücklichen Hervorhebung als „Anhaltspunkt“ in § 7 Abs. 1 S. 2 SGB IV von gewisser Bedeutung zur Abgrenzung von abhängiger Beschäftigung und selbstständiger

---

<sup>251</sup> BAG v. 16.3.1994 – 5 AZR 447/92, NZA 1994, 1132 (1133); v. 13.1.1983 – 5 AZR 149/82, NJW 1984, 1985 (1986); Jauernig/Mansel, BGB, 17. Aufl. 2018, § 611a Rn. 4; MünchHdbArbR/Schneider, Bd. I, 4. Aufl. 2018, § 18 Rn. 17; Schaub ArbR-HdB/Vogelsang, 17. Aufl. 2017, § 8 Rn. 55; teilweise kritisch dazu Preis, NZA 2018, 817 (820).

<sup>252</sup> BSG v. 14.3.2018 – B 12 KR 3/17 R, NZS 2018, 867 (867).

<sup>253</sup> BSG v. 31.3.2017 – B 12 R 7/15 R, NZS 2017, 664 (669).

Tätigkeit sein<sup>254</sup>; sie ist aber kein zwingendes und auch kein hinreichendes Kriterium, denn beides widerspräche dem Gedanken einer (positiven) typologischen Begriffsbestimmung. Allein bei sog. Diensten höherer Art kann die Eingliederung allein schon eine persönliche Abhängigkeit und damit ein Beschäftigungsverhältnis begründen.<sup>255</sup> Insgesamt aber gilt: Das Gesetz rezipiert in § 7 Abs. 1 S. 2 SGB IV mit den genannten „Anhaltspunkten“ lediglich, ohne Anspruch auf Vollständigkeit für die Beurteilung des Gesamtbildes relevante Aspekte der persönlichen Abhängigkeit, die schon vorher Allgemeingut waren und stets Teil der Gesamtabwägung sind, im Rahmen derer zu bestimmen ist, welche Merkmale überwiegen.<sup>256</sup> Auch die instanzgerichtliche Rechtsprechung hat dem Gesichtspunkt der Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation gerade aufgrund der Natur der häuslichen Pflege richtigerweise keine entscheidende Bedeutung beigemessen.<sup>257</sup> Letztlich gilt jedoch dessen ungeachtet, dass dann, wenn eine Pflege- und Betreuungskraft keiner fremden Arbeitsorganisation untergeordnet bzw. in eine solche eingegliedert ist oder sogar über eine eigene betriebliche Organisation verfügt, die Annahme einer Selbständigkeit näher liegt als eine abhängige Beschäftigung bei einem Pflegedienst oder dem Pflegebedürftigen selbst. Die Räumlichkeiten des Pflegebedürftigen können insoweit auch nicht als Betriebsstätte Dritter qualifiziert werden. Diese stellt schon von vornherein keine Arbeitsorganisation dar, sondern ist vielmehr zwingende Folge der alters- bzw. gesundheitsbedingten Beschränkungen des Pflegebedürftigen.

---

<sup>254</sup> Eine Eingliederung in eine betriebliche Organisationseinheit ist jedoch nicht zwingend notwendig, denn die Eingliederung kann sich auch in der Ausübung einer dem Betriebszweck dienenden und ihm untergeordneten Tätigkeit erschöpfen, vgl. KassKomm/Zieglmeier, 102. EL. Dezember 2018, § 7 SGB IV Rn. 85.

<sup>255</sup> S. bereits BSG v. 27.03.1980 – 12 RK 26/79, SozR 2200 § 165 Nr. 45 zur fehlenden Beschäftigteneigenschaft eines Lehrbeauftragten an einer Hochschule: „Eine persönliche Abhängigkeit in der für Arbeitnehmer typischen Gestalt der Weisungsunterworfenheit unter das Direktionsrecht eines Arbeitgebers hat beim Beigeladenen W während seiner Tätigkeit als Lehrbeauftragter der Klägerin nicht vorgelegen. In der inhaltlichen Gestaltung seiner Lehrtätigkeit war er frei, soweit sich Einschränkungen, wie bei Hochschuldozenten auch sonst, nicht schon daraus ergaben, daß W den Stoff seiner Vorlesungen und Übungen an den Prüfungsanforderungen für die Studenten auszurichten hatte. [...] Eine Eingliederung in den Betrieb eines Arbeitgebers, die allerdings in Ausnahmefällen, besonders bei Leistung von Diensten "höherer Art", allein schon eine persönliche Abhängigkeit begründen kann (vgl. BSGE 16, 289, 294; 47, 201, 205), hat bei W nur in einer so lockeren Form bestanden, daß der erkennende Senat sie im Gegensatz zum LSG nicht als ausreichend für die Annahme einer persönlichen Abhängigkeit angesehen hat.“

<sup>256</sup> Zu letzterem auch Kreikebohm SGB IV/Marschner, 3. Aufl. 2018, § 7 SGB IV Rn. 23.

<sup>257</sup> LSG Baden-Württemberg v. 19.7.2017 – L 2 R 3158/16, juris.

#### **d) Ein weiteres Zwischenfazit**

Fasst man den voranstehenden Kriterienkatalog zusammen, so wird deutlich: Ist die Pflege- und Betreuungskraft sowohl vertraglich berechtigt als auch tatsächlich dazu imstande, zu entscheiden, an welchem Zeitpunkt des Tages sie Teile ihrer Pflegeleistungen erbringt und können der Pflegebedürftige bzw. Dritte nichts Abweichendes verbindlich anordnen, spricht dies für die Selbständigkeit der Pflege- und Betreuungskraft. Gleichmaßen dürfen die Anforderungen hierbei unter Berücksichtigung der Vorgaben des *BSG* nicht überzogen werden. Erst zeitliche und inhaltliche Einzelanordnungen für konkrete Teile der Pflegeleistungen können als arbeitsrechtliche Weisungen verstanden werden und geben Anlass für die Annahme eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses. Blickt man auf den vergütungsrechtlichen Aspekt, so spricht für die Annahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit, wenn die (pauschale) Vergütung des Dienstleisters (deutlich) über dem Entgelt eines vergleichbar eingesetzten Beschäftigten liegt und dadurch auch eine Eigenvorsorge für Leistungen im Alter möglich ist. Für den Entgeltvergleich wird man zwar zunächst nur für auf den Pflegesektor der häuslichen Pflege im privaten Wohnraum des Pflegebedürftigen und nicht etwa auch auf Entgelte aus dem Bereich der Pflegewohnheime o.ä. rekurrieren müssen. Für die häusliche Pflege als solche wird dann aber ein Vergleich von sämtlichen Praxismodellen geboten sein, sodass das Honorar der in Rede stehenden Pflege- und Betreuungskraft sowohl mit solchen von (anderen) Selbständigen, eigens eingesetzten Arbeitnehmern eines Pflegedienstes und Leiharbeitnehmern abgeglichen werden kann bzw. muss. Als drittes Kriterium der typologischen Umschreibung kann die Unabhängigkeit von betrieblichen Organisationsstrukturen Dritter herangezogen werden. Dabei gilt: Wenn eine Pflege- und Betreuungskraft keiner fremden Arbeitsorganisation untergeordnet bzw. in eine solche eingegliedert ist oder sogar über eine eigene betriebliche Organisation verfügt, liegt die Annahme einer Selbständigkeit näher als eine abhängige Beschäftigung bei einem Pflegedienst oder dem Pflegebedürftigen selbst. Die Räumlichkeiten des Pflegebedürftigen können diesbezüglich nicht als Betriebsstätte Dritter qualifiziert werden. Sie stellen vielmehr schon von vornherein keine Arbeitsorganisation dar,

sondern sind lediglich die zwingende Folge der alters- bzw. gesundheitsbedingten Beschränkungen des Pflegebedürftigen, die die Erbringung der Pflegeleistungen „in den eigenen vier Wänden“ notwendig machen.

### 3. Schutz auch für Selbständige

Sind Pflegekräfte im Rahmen der häuslichen 24-Stunde-Pflege selbständig tätig, muss hiermit nicht zwangsläufig ein Verfall sozialen Schutzes einhergehen. § 2 SGB VI regelt die Versicherungspflicht in der Gesetzlichen Rentenversicherung selbständig tätiger Personengruppen. Gem. § 2 S. 1 Nr. 2 SGB VI sind selbständig tätiger Pflegepersonen versicherungspflichtig, die in der Kranken-, Wochen-, Säuglings- oder Kinderpflege tätig sind und im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit regelmäßig keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen. Häusliche Pflegekräfte könnten hierunter mit Blick auf eine etwaige Krankenpflege gefasst werden. Allerdings schließt der Bezug zur Krankheit eine andere Pflege oder Betreuung, die insbesondere ausschließlich aufgrund des Alters stattfindet, aus.<sup>258</sup> Bei gemischten Tätigkeiten bedarf es in diesem Zusammenhang einer Schwerpunktbetrachtung. Pflegekräfte der 24-Stunde-Pflege sind unter diesen Tatbestand mithin nicht zwangsläufig zu fassen, auch wenn Altenpfleger darunter fallen können.<sup>259</sup> Gerade bei einer häuslichen Pflege von Pflegebedürftigen mit niedrigem Pflegegrad wird einer Versicherungspflicht nach dieser Bestimmung regelmäßig nicht anzunehmen sein. Gleiches gilt für § 2 S. 1 Nr. 6 SGB VI: Pflegekräfte verfügen – wie zuvor bereits erörtert – regelmäßig nicht über eine eigene Arbeitsstätte bzw. einen eigenen Betrieb; schon aufgrund der Natur der Pflegedienstleistung ergibt sich hierfür kein Bedürfnis.<sup>260</sup>

In Betracht kommt ebenso eine Rentenversicherungspflicht nach § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI. Die als Auffangtatbestand konzipierte Bestimmung soll einer „zunehmenden Erosion des versicherten Personenkreises durch eine wachsende Überführung von Beschäftigten

---

<sup>258</sup> KassKomm/*Guttenberger*, 102. EL Dezember 2018, § 2 SGB VI Rn. 13.

<sup>259</sup> KassKomm/*Guttenberger*, 103. EL März 2019, SGB VI § 2 Rn. 13.

<sup>260</sup> Zum Merkmal der eigenen Arbeitsstätte KassKomm/*Guttenberger*, 102. EL. Dezember 2018, § 2 Rn. 21; ähnlich wohl auch BeckOK *SozR/von Koch*, 52. Ed. 1.3.2019, § 2 SGB VI Rn. 20.

in arbeitnehmerähnliche selbständige Tätigkeiten entgegenwirken.“<sup>261</sup> Ausweislich der Gesetzesbegründung zeichnet sich die unter diesen Tatbestand zu fassende Personengruppe nicht durch die Zugehörigkeit zu einem bestimmten Berufsfeld aus, vielmehr sind es die typischen Tätigkeitsmerkmale bzw. der Rahmen der Tätigkeit, der die soziale Schutzbedürftigkeit hervorruft.<sup>262</sup> Hierzu gehört – und so statuiert es auch § 2 S. 1 Nr. 9 lit. b SGB VI – vor allem, dass der Erwerbstätige im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig wird. Der Gesetzgeber geht hierbei davon aus, dass es nicht zwangsläufig auf die *rechtliche Bindung* zu nur einem Auftraggeber ankommt. Die Norm soll darüber hinaus gleichermaßen Konstellationen umfassen, in denen der Selbständige *tatsächlich wirtschaftlich* im Wesentlichen von einem einzigen Auftraggeber abhängig ist.<sup>263</sup> Das bedeutet: Wird die selbständige Pflege- und Betreuungskraft zwar zivilrechtlich für mehrere Auftraggeber in Gestalt verschiedener Pflegebedürftiger bzw. Angehörige dergleichen tätig, schließt dies eine Versicherungspflicht nach § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI nicht aus, wenn die Vermittlung der Pflegeaufträge im Wesentlichen von allein einem Pflegedienst abhängt. Dann nämlich besteht eine wirtschaftliche Abhängigkeit der Pflege- und Betreuungskraft gegenüber dem Pflegedienst, die ebenso die Versicherungspflicht herbeiführt.

Um Rechtsunsicherheiten vorzubeugen und bürokratischen Mehraufwand zu vermeiden, kann in Erwägung gezogen werden, trotz der auch nach derzeitigem Recht wohl überwiegend bestehenden Rentenversicherungspflicht für selbständige Pflegekräfte in der 24-Stunden-Betreuung nach § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI dieses Tätigkeitsfeld ausdrücklich normativ zu erfassen. Hierfür könnte entweder eine neue Nummer in § 2 S. 1 SGB VI eingefügt werden. Gleichmaßen kommt in Betracht, die derzeitige Regelung in § 2 S. 1 Nr. 2 SGB VI, die bereits Teile der Pflegebranche umfasst, um die 24-Stunden-Betreuung zu ergänzen. Zu formulieren wäre dann:

### **§ 2 Selbständig Tätige**

---

<sup>261</sup> BT-Drucks. 14/14, S. 20; vgl. auch BeckOK SozR/von Koch, 52. Ed. 1.3.2019, § 2 SGB VI Rn. 34; KassKomm/Guttenberger, 102. EL. Dezember 2018, § 2 SGB VI Rn. 34.

<sup>262</sup> Zum unmittelbaren Zusammenhang zur Handhabung sog. Scheinselbständigkeiten KKW/Berchtold, SGB VI, 5. Aufl. 2017, § 2 Rn. 15.

<sup>263</sup> BT-Drucks. 14/45, S. 20; bestätigend Kreikebohm SGB VI/Segebrecht, 5. Aufl. 2017, § 2 Rn. 40.

*Versicherungspflichtig sind selbständig tätige*

1. [...]

2. *Pflegepersonen, die in der Kranken-, Wochen-, Säuglings-, Kinder- oder häuslichen Altenpflege tätig sind und im Zusammenhang mit ihrer selbständigen Tätigkeit regelmäßig keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen,*

[...]

Darüber hinaus könnten Regelungen des Arbeitszeitrecht und der Mindestvergütung auf Selbständige übertragen werden:

- Hinsichtlich des **Arbeitszeitrechts** gilt dabei zunächst, dass die europarechtlichen Vorgaben zum arbeitszeitrechtlichen Schutz von Arbeitnehmern nur Mindestvorgaben sind. Die Vorgaben aus der RL 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, umgesetzt durch das ArbZG gewährt schon bereits im Rahmen seines Anwendungsbereichs nur einen Mindeststandard.<sup>264</sup> Der Anwendungsbereich kann dann erst recht erweitert werden, mit der Folge, dass auch Selbständige Schutz ihrer Arbeitszeit bzw. Freizeit genießen.

Ebenfalls ließe sich diesbezüglich erwägen, jedenfalls mit Blick auf die Ruhezeiten selbständiger Pflegekräfte in der 24-Stunden-Betreuung Sonderbestimmungen normativ zu verankern. Derartige branchenspezifische Sonderbestimmungen gibt es bereits schon nach derzeitigem Recht: Nach § 21a Abs. 1 ArbZG werden die Vorschriften des nationalen Arbeitszeitschutzrechts für den Bereich des Straßentransports um die Schutzvorschriften aus der Verordnung EG Nr. 561/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2006 zur Harmonisierung bestimmter Sozialvorschriften im Straßenverkehr und zur Änderung der Verordnungen (EWG) Nr. 3821/85 und (EG) Nr. 2135/98 des Rates sowie zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 3820/85 des Rates (ABl. EG Nr. L 102 S. 1) ergänzt. Gemäß Art. 7 VO EG Nr.

---

<sup>264</sup> BeckOK ArbR/Koch, 51. Ed 1.3.2019, § 1 ArbZG Vor Rn. 1.



561/2006 v. 15.3.2006 müssen Fahrer nach einer Lenkdauer von viereinhalb Stunden eine ununterbrochene Fahrtunterbrechung von wenigstens 45 Minuten einzulegen, sofern sie keine Ruhezeit einlegen. Diese Unterbrechung kann durch eine Unterbrechung von mindestens 15 Minuten, gefolgt von einer Unterbrechung von mindestens 30 Minuten, ersetzt werden, die in die Lenkzeit so einzufügen sind, dass die zuvor genannte Höchstgrenze nicht überschritten wird.<sup>265</sup> Ähnliche Regelungen sind für den Bereich der 24-Stunden-Betreuung denkbar. In Betracht käme u.a. eine Bestimmung, wonach Unterbrechungs- bzw. Ruhephasen (tagsüber) bei einer aktiven Pflegedauer von bspw. sechs Stunden im Umfang von mindestens 30 Minuten einzulegen sind. Derartige Sonderbestimmungen könnten in das ArbZG ergänzend aufgenommen werden.

- Mit Blick auf die **Mindestentgelte** selbständiger Pflegekräfte ließe es sich gleichermaßen erwägen, den für abhängig Beschäftigte bestehenden Schutz auf den Bereich der selbständigen 24-Stunden-Betreuungskräfte zu erweitern. Diesbezüglich könnte eine spezialgesetzliche Regelung abseits des MiLoG zweckmäßig sein und zwar dergestalt, wie es bereits nach derzeitiger Rechtslage für Teile der Pflegebranche in der Dritten Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Pflegebranche (3. PflegeArbbV) ausgestaltet worden ist. Die 24-Stunden-Betreuung fällt – wie dargestellt – nach geltender Rechtslage jedoch nicht unter den Anwendungsbereich nach § 1 Abs. 1, 2 der 3. PflegeArbbV.<sup>266</sup> Die normative Ermächtigungsgrundlage für die PflegeArbbV bildet § 11 AEntG. Deren Anwendungsbereich wiederum wird unmittelbar von § 10 AEntG vorgegeben. Eine Erweiterung des Mindestentgeltschutzes auf den Bereich der selbständigen Pflegekräfte in der häuslichen 24-Stunden-Betreuung würde deshalb – wenn man sie bereichsspezifisch regeln möchte, eine gesetzliche Anpassung der im AEntG verankerten Ermächtigungsgrundlage für die Verordnung voraussetzen. In der Folge wäre es dann denkbar, den

---

<sup>265</sup> Vgl. hierzu auch Landmann/Rohmer/Neumann, GewO, ArbZG, 80. EL Januar 2019, § 4 ArbZG Rn. 10.

<sup>266</sup> LAG Rheinland-Pfalz v. 12.2.2016 – 2 Sa 378/15, BeckRS 2016, 68326; s. zudem Website des Bundesgesundheitsministeriums, abrufbar unter: <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/index.php?id=675> (letzter Abruf: 25.6.2019); ebenfalls auf die Internetpräsenz des BGM abstellend Bucher, Rechtliche Ausgestaltung der 24-h-Betreuung durch ausländische Pflegekräfte in deutschen Privathaushalten, 2018, S. 198.

Anwendungsbereich der 3. PflegeArbbV in persönlicher Hinsicht auf den Kreis der Selbständigen zu erweitern. Dabei ist es mit Blick auf die Mindestentgelte einerseits denkbar, das Schutzniveau demjenigen der abhängig beschäftigten Pflegekräfte gleichzusetzen. Gleichmaßen ließe sich aber auch ein geringeres Mindestentgelt bestimmen, welches den Besonderheiten der selbständigen Dienstleistungsbranche und dem hiermit verbundenen Mehr an Handlungs- und Entscheidungsspielraum angemessen Rechnung trägt.

#### **4. Handlungsspielraum im Arbeitszeitrecht – Konkretisierung der Bereichsausnahme des § 18 Abs. 1 ArbZG**

Das Arbeitszeitgesetz ist *de lege lata* nach der Bereichsausnahme des § 18 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG nicht auf Arbeitnehmer anwendbar, die in häuslicher Gemeinschaft mit den ihnen anvertrauten Personen zusammenleben und sie eigenverantwortlich erziehen, pflegen oder betreuen. Pflegekräfte in der 24-Stunden-Betreuung unterfallen diesem Tatbestand nicht: Insoweit wird in der Rechtsprechung sowohl das Kriterium des „Zusammenleben“, als auch das der „Eigenverantwortlichkeit“ abgelehnt.<sup>267</sup>

Der Gesetzgeber mag erwägen, dass zu ändern, um einen größeren Ausnahmebereich zu schaffen. Der Handlungsspielraum des Gesetzgebers ist freilich eng: Das Arbeitszeitrecht muss sich – wie bereits dargelegt - in dem Rahmen bewegen, den das Europarecht vorzeichnet. Insoweit gilt es die Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG zu beachten. Eine Konkretisierung oder eine Ausweitung der Bereichsausnahme des § 18 Abs.1 ArbZG – und damit ggf. eine vollständige Herausnahme der 24-Stunden-Betreuung aus dem Anwendungsbereich dieses Gesetzes – ist nur möglich, soweit die europäische Richtlinie Gestaltungsmöglichkeiten zulässt. Solche bestehen im nur Rahmen des Art. 17 der Richtlinie 2003/88/EG. Art. 17 der Richtlinie enthält dabei zwei Möglichkeiten von den Vorgaben der Richtlinie abzuweichen: Nach Art. 17 Abs. 1 der Richtlinie besteht die Möglichkeit des Abweichens ohne Bedingungen – d.h. es müssen keine kompensierenden Ausgleichsruhezeiten beachtet werden.<sup>268</sup> Auf der anderen

---

<sup>267</sup> Siehe dazu bereits Gliederungspunkt III. 2. a) aa).

<sup>268</sup> Abl. EU, 2017/C 165/47.

Seite bestehen Abweichungsmöglichkeiten nach Art. 17 Abs. 3 der Richtlinie, sofern den betroffenen Arbeitnehmern gleichwertige Ausgleichsruhezzeiten oder in Ausnahmefällen, in denen die Gewährung solcher gleichwertigen Ausgleichsruhezzeiten aus objektiven Gründen nicht möglich ist, einen angemessenen Schutz erhalten (Art. 17 Abs. 2 der Richtlinie).

#### **a) Möglichkeit der Abweichung nach Art. 17 Abs. 1 ArbZ-Richtlinie**

Nach § 17 Abs. 1 der Richtlinie können die Mitgliedsstaaten von den Artikeln 3 bis 6 (Regelungen zur täglichen Ruhezeit, zu den Ruhepausen, zur wöchentlichen Ruhezeit sowie zur wöchentlichen Höchstarbeitszeit), § 8 (Dauer der Nachtarbeit) und § 16 (Regelung der Bezugsräume) der Richtlinie abweichen, wenn die Arbeitszeit wegen der besonderen Merkmale der ausgeübten Tätigkeit nicht gemessen und/oder nicht im Voraus festgelegt wird oder von den Arbeitnehmern selbst festgelegt werden kann. Die in Art. 17 Abs. 1 lit. a) – c) aufgeführten Personengruppen sind nach dem Wortlaut der Regelung („insbesondere“) insoweit nicht abschließend.<sup>269</sup> Die Ausnahme ist nach ständiger Rechtsprechung des EuGH jedoch so auszulegen, „dass ihr Anwendungsbereich auf das zur Wahrung der Interessen, deren Schutz sie ermöglicht, unbedingt Erforderliche begrenzt wird.“<sup>270</sup> Dabei gilt es zu beachten, dass nach der Rechtsprechung des EuGH die Abweichungsmöglichkeit nur für solche Arbeitnehmer besteht, „deren **gesamte** Arbeitszeit auf Grund der Natur der ausgeübten Tätigkeit nicht gemessen oder im Voraus festgelegt wird oder von den Arbeitnehmern selbst festgelegt werden kann.“<sup>271</sup> Arbeitnehmer, deren Arbeitszeit *nur zum Teil* durch den Arbeitgeber festgelegt wird, unterfallen somit nicht der Ausnahme.<sup>272</sup>

---

<sup>269</sup> So auch Abl. EU, 2017/C 165/45.

<sup>270</sup> EuGH v. 26.7.2017 – C-175/17 (Hälvä), NZA 2017, 1113 (1114); EuGH v. 14.10.2010 – C-428/09 (Union syndicale Solidaires Isère), BeckRS 2010, 91197; EuGH v. 9.9.2003 – C-151/02 (Jaeger), NZA 2003, 1019 (1023).

<sup>271</sup> EuGH v. 7.9.2006 – C-484/04, BeckRS 2006, 70660.

<sup>272</sup> So auch Abl. EU, 2017/C 165/45.

Gleichfalls sind Zeiten des Bereitschaftsdienst als Arbeitszeit im Sinne der europäischen Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG zu qualifizieren.<sup>273</sup> Das heißt: Pflegekräfte in der 24-Stunden-Betreuung könnten nur dann der Ausnahme unterfallen, wenn ihre gesamte Arbeitszeit – inklusive der Bereitschaftszeit – nicht gemessen oder im Voraus festgelegt wird oder die Arbeitszeit von der Pflege- und Betreuungskraft selbst festgelegt werden kann. Eine derartige Ausgestaltung kann mit dem Modell einer 24-Stunden-Betreuung nicht vereinbart werden: Die Pflege- und Betreuungskraft ist gerade nicht derart autonom, dass sie ihre Arbeitszeit selbst festlegen kann. Vielmehr ist sie angehalten, die Pflegeleistung dann zu erbringen, wenn diese von der Pflege- und Betreuungskraft abgerufen wird. Dies ist nur möglich, wenn sich zu festgelegten Zeiten zur Erbringung der Leistung bereithält. Damit kann jedoch auch die Arbeitszeit bemessen werden, denn es kann bereits im Voraus festgelegt werden, zu welchen Zeiten, sich die Pflege- und Betreuungskraft im Haushalt des Pflegebedürftigen auf- und damit regelmäßig auch für die Erbringung der Pflegeleistung bereithält.

### **b) Möglichkeit der Abweichung nach Art. 17 Abs. 3 der Richtlinie**

Nach Art. 17 Abs. 3 der Richtlinie kann von den Art. 3, 4, 5, 8 und 16 der Richtlinie abgewichen werden. Im Unterschied zu der Abweichungsmöglichkeit nach Art. 17 Abs. 1 der Richtlinie, ist ein Abweichen von Art. 6 der Richtlinie – den Regelungen zur wöchentlichen Höchstarbeitszeit – nicht möglich. Damit wird bereits deutlich: Eine Möglichkeit zur grenzenlosen Ausweitung der Arbeitszeit besteht demnach nicht. Insbesondere lässt sich ein „24-Stunden-Bereitschaftsdienst“ auch durch nationale Rechtsvorschriften nicht begründen. Die durchschnittliche Arbeitszeit pro Siebentageszeitraum darf – auch im Fall der Abweichungsmöglichkeit nach Art. 17 Abs. 3 der Richtlinie – 48 Stunden einschließlich der Überstunden nicht überschreiten (Art. 6 lit. b) der Richtlinie). Dabei dürfen die Mitgliedsstaaten nach Art. 16 lit. b) der Richtlinie einen Bezugszeitraum von bis zu vier Monaten vorsehen.

---

<sup>273</sup> EuGH v. 3.10.2000 – C 303/98 (SIMAP), NZA 2000, 1227; EuGH v. 9.9.2003 – Rs. C-151/02 (Jaeger), NZA 2003, 1019; EuGH v. 5.10. 2004 - C-397/01 bis C-403/01 (Pfeiffer ua.), EuZW 2004, 691; EuGH v. 1.1.2.2005 – C-14/04 (Dellas), NZA 2006, 89; ErfK/Wank, 19. Aufl. 2019, § 2 ArbZG Rn. 23 ff.; siehe auch Schliemann, NZA 2006, 1009; Thüsing, RdA 207, 307 (308); siehe dazu bereits unter Gliederungspunkt III. 2. a) bb) (1).

Im Konkreten: Die Annahme eines Ausnahmetatbestands nach Art. 17 Abs. 3 RL 2003/88/EG würde sich auf die wöchentliche Höchstarbeitszeit je nach Pflegemodell unterschiedlich auswirken. Insbesondere in einem Tandemmodell kann eine solche Ausnahme Relevanz entfalten. Dies soll anhand eines Beispiels dargestellt werden: Die Gesamtarbeitszeit im Bezugszeitraum beträgt nach den vorstehenden Grundsätzen 48 Stunden (6,9 h/Tag) x 4 Monate (ca. 62 Tage) = 427,8 Stunden. Arbeitet eine Pflege- und Betreuungskraft nun in einem Tandemmodell bei einem Wechsel der Pflegeperson alle zwei Monate, ist diese Arbeitszeit für den Pflegezeitraum anzulegen. Dies führt dazu, dass sich die wöchentliche Arbeitszeit **auf 96,6 Stunden verdoppeln – und dies auch zu einer täglichen Arbeitszeit von 13,8 Stunden in der 7 Tage Woche führen** würde.

Ein Abweichen nach Art. 17 Abs. 2, 3 der Richtlinie erfordert dabei zwei kumulativ zu erfüllende Kriterien:

1. Die Ausgeübte Tätigkeit muss unter einen der Ausnahmetatbestände des Art. 17 Abs. 3 der Richtlinie fallen und
2. es bedarf der Gewährung gleichwertiger Ausgleichsruhezeiten oder soweit dies aus objektiven Gründen nicht möglich ist, eines angemessenen Schutzes nach Art. 17 Abs. 2 der Richtlinie.

Nach Art. 17 Abs. 3 lit. c) ist ein Abweichen bei Tätigkeiten zulässig, die dadurch gekennzeichnet sind, dass die Kontinuität des Dienstes gewährleistet sein muss. Beispielhaft – aber nicht abschließend („insbesondere“)<sup>274</sup> – nennt Art. 17 Abs. 3 lit. c) Aufnahme-, Behandlung- und/oder Pflegedienste von Krankenhäusern oder ähnlichen Einrichtungen, einschließlich der Tätigkeit von Ärzten in der Ausbildung, Heimen sowie Gefängnissen. Bisher hat sich der EuGH noch nicht dazu geäußert, ob Pflegekräfte in der 24-Stunden-Betreuung unter diese Ausnahme fallen. Der EuGH wendete diese Norm jedoch etwa auf Erzieher in Ferien und Freizeiteinrichtungen an – wobei er ausdrücklich offen ließ, ob insoweit Art. 17 Abs. 3 lit. b) oder lit. c) einschlägig sei.<sup>275</sup> Dazu stellte der EuGH darauf ab, dass „die Kontinuität des Dienstes gewährleistet sein muss, da die Minderjährigen, die diese Zentren besuchen, während der gesamten Dauer ihres Aufenthalts ständig mit den dort Beschäftigten zusammen und unter deren Aufsicht

---

<sup>274</sup> Franzen/Gallner/Oetker/Gallner, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2018, RL 2003/88/EG, Art. 17 Rn. 13.

<sup>275</sup> EuGH v. 14.10.2010 – C-428/09 (Union syndicale Solidaires Isère), BeckRS 2010, 91197 (2. Leitsatz).

leben."<sup>276</sup> Dieser Gedankengang lässt sich auch auf Pflegebedürftige in der 24-Stunden-Betreuung übertragen: Der Pflegebedürftige lebt in vergleichbarer Weise mit der Pflege- und Betreuungskraft zusammen und ist in entsprechender Weise auf die Kontinuität des Pflegedienstes durch die Pflege- und Betreuungskraft angewiesen. Die aufgeführten Beispiele machen dabei deutlich, dass der Richtlinie der der Gedanke zugrunde liegt, dass Pflegeleistungen in Krankenhäusern und Heimen einer solchen Kontinuität bedürfen. Für die häusliche Pflege kann nichts anderes gelten.

Ein Abweichen nach Art. 17 Abs. 3 der Richtlinie erfordert darüber hinaus stets, dass Arbeitnehmern gleichwertige Ausgleichsruhezeiten oder, soweit dies nicht möglich ist, ein angemessener Schutz gewährt wird.

Der *EuGH* hatte sich mit dieser Fragestellung in einer etwas anders gelagerten Konstellation auseinanderzusetzen:<sup>277</sup> Eine französische Regelung sah vor, dass für Arbeitsverhältnisse über Betreuungs- oder Leitungsaufgaben in einer Bereuungseinrichtung für Minderjährige mit Bildungscharakter, die während der Schulferien, des Erholungsurlaubs oder der Freizeit stattfinden (sog. Bildungseinsätze), deren Gesamtlaufzeit pro Jahr 80 Tage nicht überschreiten, besondere arbeitszeitrechtliche Regelungen gelten. Insbesondere sah die Regelung vor, dass für solche Bildungseinsätze eine wöchentliche Mindestruhezeit von vierundzwanzig zusammenhängenden Stunden zu erfolgen habe – eine tägliche Ruhezeit entsprechend Art. 3 der Richtlinie 2003/88/EG war jedoch ausgeschlossen. Es stellte sich somit u.a. die Frage, ob für diese Arbeitsverträge die Ausnahme nach Art. 17 Abs. 2, 3 der Richtlinie 2003/88/EG einschlägig ist.

Der *EuGH* entschied, dass das allein eine Begrenzung der jährlichen Arbeitstage keine gleichwertigen Ausgleichsruhezeiten gewährleisten könne. Gleichwertige Ausgleichsruhezeiten erfordern dabei, dass sich die Ruhephasen unmittelbar an die Arbeitsphase anschließt. Dazu führt der *EuGH* aus:

---

<sup>276</sup> *EuGH* v. 14.10.2010 – C-428/09 (*Union syndicale Solidaires Isère*), BeckRS 2010, 91197.

<sup>277</sup> *EuGH* v. 14.10.2010 – C-428/09 (*Union syndicale Solidaires Isère*), BeckRS 2010, 91197.

„Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs müssen „gleichwertige Ausgleichsruhezeiten“ im Sinne von Art. 17 Abs. 2 der Richtlinie 2003/88 [...] dadurch gekennzeichnet sein, dass der Arbeitnehmer während dieser Zeiten gegenüber seinem Arbeitgeber keiner Verpflichtung unterliegt, die ihn daran hindern kann, frei und ohne Unterbrechung seinen eigenen Interessen nachzugehen, um die Auswirkungen der Arbeit auf seine Sicherheit und Gesundheit zu neutralisieren. Solche Ruhezeiten müssen sich daher unmittelbar an die Arbeitszeit anschließen, deren Ausgleich sie dienen, um eine Ermüdung oder Überlastung des Arbeitnehmers durch die Kumulierung aufeinanderfolgender Arbeitsperioden zu verhindern. Um die Sicherheit und einen wirksamen Schutz der Gesundheit des Arbeitnehmers zu gewährleisten, muss somit grundsätzlich vorgesehen werden, dass eine Arbeitsperiode regelmäßig von einer Ruheperiode abgelöst wird. Damit der Arbeitnehmer sich tatsächlich ausruhen kann, muss er sich nämlich für eine bestimmte Zahl von Stunden, die nicht nur zusammenhängen, sondern sich auch unmittelbar an eine Arbeitsperiode anschließen müssen, aus seiner Arbeitsumgebung zurückziehen können, um sich zu entspannen und von der mit der Wahrnehmung seiner Aufgaben verbundenen Ermüdung zu erholen. Dieses Erfordernis ist umso dringlicher, wenn die regelmäßige tägliche Arbeitszeit abweichend von der allgemeinen Regel durch die Ableistung eines Bereitschaftsdienstes verlängert wird.“<sup>278</sup>

**Damit stellte sich die Frage, ob durch die Begrenzung der Arbeitszeit ein gleichwertiger Schutz gewährleistet werde.** Der EuGH legte dazu zunächst dar, dass „es nur unter ganz außergewöhnlichen Umständen zulässig ist, ` dass ein Arbeitnehmer einen anderen angemessenen Schutz‘ erhält, weil die Gewährung gleichwertiger Ausgleichsruhezeiten aus objektiven Gründen nicht möglich ist.“<sup>279</sup> Zwar kommt den Mitgliedsstaaten insoweit ein gewisser Ermessensspielraum zu, jedoch sei allein in der Begrenzung der jährlichen Arbeitstage ein solcher nicht gegeben.<sup>280</sup>

Die vom *EuGH* entschiedene Konstellation lässt sich nicht vollständig auf die 24-Stunden-Betreuung übertragen. Insoweit unterscheiden sich die Fälle bereits in tatsächlicher Hinsicht. Ein Modell der 24-Stunden-Betreuung, in der sich zwei Pflegekräfte in einem Turnus von jeweils etwa zwei Monaten abwechseln

---

<sup>278</sup> EuGH v. 14.10.2010 – C-428/09 (Union syndicale Solidaires Isère), BeckRS 2010, 91197; EuGH v. 9.9.2003 – Rs. C-151/02 (Jaeger), NZA 2003, 1019 (1024) (Nachweise in Zitat ausgelassen).

<sup>279</sup> EuGH v. 14.10.2010 – C-428/09 (Union syndicale Solidaires Isère), BeckRS 2010, 91197.

<sup>280</sup> EuGH v. 14.10.2010 – C-428/09 (Union syndicale Solidaires Isère), BeckRS 2010, 91197; Franzen/Gallner/Oetker/Gallner, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2018, RL 2003/88/EG, Art. 17 Rn. 10.

(Tandemmodell), führt dazu, dass sich Zeiträume höherer Arbeitsbelastung mit Zeiträumen ohne Arbeitsbelastung abwechseln. Dies kann nicht mit der vom EuGH entschiedenen Konstellation gleichgesetzt werden. Insoweit ist bereits ein Abweichen von Art. 6 der Richtlinie 2003/88/EG nicht möglich. Die wöchentliche Höchstarbeitszeit beschränkt somit auch die tägliche Arbeitszeit auf – im Beispiel des Tandemmodells mit einem Wechselturnus von 2 Monaten – 13,8 Stunden (in der 7-Tage-Woche). Das heißt, auch in diesem Modell sind der Pflege- und Betreuungskraft 10,2 Stunden täglich als Ruhezeit zu gewähren. Insoweit wechseln sich bereits Arbeits- und Ruheperioden ab. Ein vollständiger Ausschluss von Ruhezeiten während der Arbeitsphase ist damit gerade nicht verbunden. Auch wenn die Ruheperioden während der Arbeitsphase ggf. nicht als gleichwertig zu den in der Richtlinie vorgesehenen Ruheperioden angesehen werden könnten, spricht viel dafür, diese – jedenfalls in Verbindung mit dem turnusmäßigen Wechsel von Arbeits- und Ruhephasen alle zwei Monate (Beispielsfall) – als angemessenen Schutz i.S. des § 17 Abs. 2 der Richtlinie 2003/88/EG anzusehen. Auch wenn der EuGH diese Konstellation bisher nicht entschieden hat, wird man annehmen müssen, dass sich diese im Rahmen des mitgliedstaatlichen Ermessensspielraums bewegt.

Voraussetzung dazu ist jedoch wiederum, dass die Gewährung gleichwertiger Ausgleichsruhezeiten aus objektiven Gründen nicht möglich ist.<sup>281</sup> Insoweit ist an die zu erbringende Pflegeleistung anzuknüpfen. Entsprechende Ausgleichsruhezeiten in der Arbeitsphase führten dazu, dass eine zeitlich möglichst umfangreiche Pflege in der häuslichen Gemeinschaft nicht gewährleistet werden kann. Eine umfangreiche Pflege durch eine Pflege- und Betreuungskraft lässt sich objektiv nicht mit Ausgleichsruhezeiten vereinbaren. Die Kontinuität des Dienstes (Art. 17 Abs. 3 lit. c) RL 2003/88/EG) würde wiederum gefährdet. Es spricht somit viel dafür, die Gewährung gleichwertiger Ausgleichsruhezeiten als aus objektiven Gründen nicht möglich anzusehen.

---

<sup>281</sup> Siehe zu diesem Kriterium EuGH v. 14.10.2010 – C-428/09 (Union syndicale Solidaires Isère), BeckRS 2010, 91197; EuGH v. 9.9.2003 - Rs. C-151/02 (Jaeger), NZA 2003, 1019 (1020).



### **c) Ein letztes Zwischenfazit**

Es ist damit festzuhalten: Auch wenn der *EuGH* dazu bislang nicht ausdrücklich Stellung bezogen hat und die Rechtsprechung auch nur wenige Anhaltspunkte liefert, spricht viel dafür, die Möglichkeit der Abweichung nach Art. 17 Abs. 2, 3 der Richtlinie 2003/88/EG für die 24-Stunden-Betreuung als eröffnet anzusehen. Eine Abweichung von der wöchentlichen Höchstarbeitszeit ist dadurch jedoch nicht möglich. Die Möglichkeit nach Art. 17 Abs. 1 der Richtlinie von den Bestimmungen dieser Richtlinie abzuweichen, ist für diese Pflegekräfte nicht eröffnet. Damit ist auch der Handlungsspielraum des Gesetzgebers im Hinblick auf die Bereichsausnahme des § 18 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG begrenzt. Es besteht keine Möglichkeit, Pflegekräfte in der 24-Stunden-Betreuung aus dem Anwendungsbereich des ArbZG auszuklammern, ohne ihnen einen der Richtlinie 2003/88/EG entsprechenden Schutz zu gewähren.

### **5. Handlungsspielraum im Recht des Mindestlohns**

Auch mit Blick auf die vergütungsrechtlichen Vorgaben bedarf es einer Konkretisierung der höchstrichterlichen Vorgaben zur Abgrenzung von Rufbereitschaft und Bereitschaftsdienst für die 24-Stunden-Betreuung. Die maßgebende Fragestellung konzentriert sich hierbei darauf, ob und unter welchen Voraussetzungen Zeiten des Aufenthalts der Pflege- und Betreuungskraft in den Räumlichkeiten des Pflegebedürftigen vergütungspflichtig sind – und wenn ja, in welcher Höhe. Die Tätigkeiten der Pflegekräfte können dabei im Ausgangspunkt sowohl im Rahmen eines Bereitschaftsdienstes, als auch im Gewand der Rufbereitschaft erbracht werden:

#### **a) Bereitschaftszeit als vergütungspflichtige „Nicht-Arbeitszeit“**

§ 1 Abs. 2 S. 1 MiLoG statuiert die Pflicht, jede Zeitstunde mit 8,50 € (aktuell 9,19 €)<sup>282</sup> zu vergüten. Welche konkreten Zeiträume bei der Ermittlung der Zahl der Zeitstunden relevant sind, sagt das Gesetz allerdings nicht und es schweigt deshalb auch darüber, ob Bereitschaftsdienstzeiten Berücksichtigung finden müssen, also Zeitspannen, innerhalb

---

<sup>282</sup> BGBl. I 2018 S. 1876.

derer „sich der Arbeitnehmer, ohne dass von ihm wache Aufmerksamkeit gefordert wird, für Zwecke des Betriebs an einer vom Arbeitgeber bestimmten Stelle innerhalb oder außerhalb des Betriebs aufzuhalten hat, damit er erforderlichenfalls seine volle Arbeitstätigkeit unverzüglich aufnehmen kann“.<sup>283</sup>

#### aa) Derzeitige Rechtsprechung des BAG

Obwohl der Wortlaut des Gesetzes also schweigt hat das BAG wie bereits dargestellt in einer Entscheidung vom 29.6.2016 ausdrücklich festgelegt: „Bereitschaftszeit ist mit dem gesetzlichen Mindestlohn zu vergüten“.<sup>284</sup> Bereitschaftszeit ist damit nach Auffassung der derzeitigen Judikatur nicht nur Arbeitszeit im arbeitsschutzrechtlichen Sinne, sondern ebenso vergütungspflichtige Arbeit i.S.v. § 611a Abs. 1 BGB. Denn auch die vom Arbeitgeber veranlasste Untätigkeit – so das Verständnis des BAG – sei dann, wenn der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz oder an einer anderen vom Arbeitgeber bestimmten Stelle verweilen muss, zu vergüten. Ob und in welchem Umfang der Arbeitgeber die Arbeitskraft des Beschäftigten tatsächlich in Anspruch nimmt, sei unter diesen Voraussetzungen für die Vergütung unerheblich.<sup>285</sup> Auch die instanzgerichtliche Rechtsprechung hat sich diesem Verständnis angenommen, mitunter allerdings auch lediglich mit dem Hinweis, dass Bereitschaftsdienst nach § 611a BGB vergütungspflichtig sei, es den Vertragsparteien indes freistünde, eine gesonderte Vergütungsregelung zu treffen.<sup>286</sup> In der Literatur wird teilweise auch davon ausgegangen, dass „Arbeitsstunde“ im Sinne der Mindestlohnbestimmungen entsprechend dem Begriffsverständnis im Arbeitszeitrecht zu verstehen ist, sodass auch Arbeitsbereitschaft und Bereitschaftsdienst mindestlohnrelevante Arbeitszeit sei.<sup>287</sup> Auch Bestimmungen, die eine Unentgeltlichkeit der Bereitschaftszeit, d.h. der inaktiven Phase des

---

<sup>283</sup> BAG v. 25.4.2007 – 6 AZR 799/06, NZA 2007, 1108 (1109); v. 28.1.2004 – 5 AZR 530/02, NZA 2004, 656 (659).

<sup>284</sup> BAG v. 29.6.2016 – 5 AZR 716/15, NZA 2016, 1332 (1334); dies bestätigend in der Folge BAG v. 19.11.2014 – 5 AZR 1101/12, BeckRS 2014, 74316; vgl. auch BeckOK ArbR/Kock, 51. Ed. Stand 1.3.2019, § 2 ArbZG Rn. 8.

<sup>285</sup> BAG v. 29.6.2016 – 5 AZR 716/15, NZA 2016, 1332 (1334); v. 19.11.2014 – 5 AZR 1101/12, BeckRS 2014, 74316.

<sup>286</sup> LAG Köln v. 17.2.2016 – 11 Sa 734/15, BeckRS 2016, 69861.

<sup>287</sup> Lembke, NZA 2016, 1 (5); ders. 2015, 70 (73).

Bereitschaftsdienstes vorsehen, verstoßen nach mitunter anzutreffender Ansicht gegen das Mindestlohngesetz.<sup>288</sup>

**bb) Vorschlag einer Gesetzesänderung: Bereitschaftsdienst ist nicht (vollständig) zu vergüten**

Der Gesetzgeber hat es freilich in der Hand, dies zu ändern – allgemein oder nur für den Bereich der Pflege. Dies liegt auch nahe, weil gewichtige Gründe gegen die Systemstimmigkeit dieser Rechtsprechung sprechen<sup>289</sup>:

Der Gesetzgeber ist davon ausgegangen, dass allein die „erbrachte Arbeitsleistung“ mit dem Mindestlohn vergütet werden muss, was sich bereits in der Regelung zur Fälligkeit des Mindestlohns aus § 2 Abs. 1 Nr. 1 MiLoG ergibt. So schlussfolgern auch *Greiner/Strippelmann* aus der Bestimmung, dass Zeiten der Nichtarbeit nicht in den Anwendungsbereich des MiLoG fallen sollen. Hätte der Gesetzgeber für Zeiten, in denen keine Arbeitsleistung tatsächlich erbracht wird, anderes vorgesehen, wäre es naheliegend, etwa auf den Monat abzustellen, in dem die Arbeitsleistung nach den vertraglichen Bestimmungen zu erbringen war.<sup>290</sup> Ebenso wenig Anlass für eine Gleichstellung von Bereitschaftsdienst und Arbeitszeit bietet der Wortlaut des § 1 MiLoG. Einen Fachausdruck „Zeitstunde“ kennt das Arbeitsrecht nicht. Das Gesetz legt nahe, dass es auf die Zeit der „Arbeit“ ankommt und eben nicht die Zeit, in der nicht gearbeitet wurde: § 2 Abs. 1 Nr. 2 MiLoG nimmt Bezug auf den Monat, in dem die „Arbeitsleistung erbracht wurde“. Damit verbunden ist der Bezug zu tatsächlicher Arbeitsleistung, nicht hingegen auf Zeiten des Zuwartens.<sup>291</sup> Ein Gleichlauf zwischen der arbeitszeitrechtlichen und vergütungsrechtlichen Einordnung des Bereitschaftsdienstes ist auch weder aus unionsrechtlichen Gesichtspunkten, noch mit Blick auf die Relativität des Arbeitszeitbegriffs notwendig.<sup>292</sup> Betrachtet man zudem die vertragstypologische

---

<sup>288</sup> *Viethen*, NZA-Beil. 2014, 143 (146).

<sup>289</sup> S. bereits *Thüsing/Hütter*, NZA 2015, 950 ff.

<sup>290</sup> *Greiner/Strippelmann*, BB 2015, 949 (949).

<sup>291</sup> So im Ergebnis auch *Wank*, Anm. zu BAG v. 29.6.2016 – 5 AZR 716/15, AP MiLoG § 1 Nr. 2.

<sup>292</sup> *ErfK/Wank*, 19. Auflage 2019, § 2 ArbZG Rn. 30.

Abgrenzung des Arbeitsvertrags von anderen Vertragstypen, so ist der Tätigkeitsbezug maßgebend. „Arbeit“ – und an dieser Stelle bricht das BAG mit einer derartigen Betrachtungsweise – kann dann nicht bereits der Aufenthalt an einem bestimmten Ort sein. Es ist eben nicht die Anwesenheitspflicht, sondern vielmehr die Festsetzung einer bestimmten Tätigkeit des Arbeitnehmers, die die vertragseigene Arbeitsleistung charakterisiert.<sup>293</sup> Die Pflicht zur Anwesenheit an einem bestimmten Ort ist in der Folge keine Arbeit, sondern eine Beeinträchtigung der Freizeit des Arbeitnehmers. Unbestritten ist diese auch graduell stärker als diejenige, die der Beschäftigte in der Rufbereitschaft hinnehmen muss. Im Umkehrschluss folgt daraus indes keine Qualifizierung der Bereitschaftszeiten als Arbeitsleistung im zuvor dargelegten Sinne. Erst das aktive Gebrauchen des Weisungsrechts löst die Arbeitspflicht und damit auch die vergütungspflichtige Arbeitsleistung des Arbeitnehmers aus.

**Unbestritten: Der Gesetzgeber kann dennoch durchaus einen Mittelweg gehen und eine Vergütungspflicht für die aus dem MiLoG herausgenommene Bereitschaftszeiten schaffen, die hinter dem Mindestlohn zurückbleibt, etwa einen Bruchteil des Mindestlohns.** Eine ausdrückliche Regelung der Vergütungspflicht wäre zu empfehlen, und ist vielleicht sogar notwendig. Denn auch wenn damit keine gesetzliche Pflicht bestünde, inaktive Bereitschaftsdienstzeiten mit dem Mindestlohn zu vergüten, ergibt sich daraus nicht, dass diese überhaupt nicht zu vergüten wäre. Denn auch wenn während dieser Zeit keine Arbeitsleistung i.S.v. § 611a Abs. 1 BGB erbracht wird, wird gleichwohl etwas im fremdnützigen Interesse geleistet: Der Arbeitnehmer hält sich unter Aufopferung seiner Freizeit bereit. Insoweit wäre der Bereitschaftsdienst wie die Rufbereitschaft zu behandeln, während der der Arbeitnehmer – mit den Worten des BAG – „nicht die nach dem Arbeitsvertrag geschuldete, sondern eine andere, zusätzliche Leistung [erbringt]“<sup>294</sup>; auch deren Vergütung gleicht aus, dass in die Freizeitgestaltung des Arbeitnehmers eingegriffen wird, indem ihm abverlangt wird, seinen Aufenthaltsort so zu wählen, dass er die Arbeit auf Abruf aufnehmen kann.<sup>295</sup> In erster Linie bestimmt sich die Höhe der Vergütung

---

<sup>293</sup> Ähnlich bereits *Thüsing/Hütter*, NZA 2015, 970 (972).

<sup>294</sup> BAG v. 22.1.2004 – 6 AZR 543/02, BeckRS 2004, 30800702.

<sup>295</sup> BAG v. 22.1.2004 – 6 AZR 543/02, BeckRS 2004, 30800702.

dabei nach den arbeits- bzw. tarifvertraglichen Vereinbarung, wobei sich ihre absolute Untergrenze nach den Grundsätzen des § 138 BGB richtet. Dies hat das BAG in der Vergangenheit ausdrücklich erkennen lassen:

„Die Vergütungsvereinbarung darf nicht nur die Zeiten der Heranziehung zu Vollarbeit, sondern muss auch den Verlust an Freizeit im Übrigen angemessen berücksichtigen. Unter diesen Voraussetzungen können die Arbeitsvertragsparteien die Vergütung des Bereitschaftsdienstes nach dem voraussichtlichen Grad der Heranziehung zu Vollarbeit pauschalieren. Ein Verstoß gegen die guten Sitten (§ 138 I BGB) oder der Tatbestand des Wuchers (§ 138 II BGB) kommen in Betracht, wenn dem Arbeitnehmer erhebliche Leistungen ohne jede Vergütung abverlangt werden.“<sup>296</sup>

Fehlt eine gesetzliche Regelung oder vertragliche Vereinbarung, ist der Rechtsgedanke des § 612 Abs. 2 BGB heranzuziehen und die für eine entsprechende Bereitschaftszeit übliche Vergütung anzusetzen.

#### **cc) Vorschlag einer normativen Regelung für Bereitschaftsdienst in der Pflege**

Die vorangestellten Überlegungen machen deutlich: Die derzeitige Rechtsprechung des BAG überzeugt nicht vollständig. Insbesondere mit Blick darauf, dass ein Bereithalten des Arbeitnehmers unter Einschränkung seiner Freizeit nicht mit der aktiven Erbringung von Arbeitsleistung gleichzusetzen ist, es sich beim Bereitschaftsdienst also vielmehr um ein *aliud* handelt, sollte eine gesetzliche Regelung des Bereitschaftsdienstes im MiLoG zur Klärung angestrebt werden. Folgende Formulierung könnte hierbei den Ausgangspunkt bilden:

#### **§ 1 Mindestlohn**

(2a) Zeiten des Bereitschaftsdienstes, in denen die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer keine Arbeit erbringt, sind von den Bestimmungen des Absatzes 2 ausgenommen. Fehlt eine Vereinbarung über die Vergütung der Bereitschaftszeit, ist § 612 Absatz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechend anzuwenden. Sie darf – von Hundert des Mindestlohns nicht unterschreiten.

---

<sup>296</sup> BAG v. 12. 3. 2008 – 4 AZR 616/06, NJOZ 2008, 4189 (4196).

Alternativ und politisch wohl leichter durchzusetzen - könnte eine solche Regelung nur für die häusliche Pflege getroffen werden, etwa in der Dritten Pflegearbeitsbedingungenverordnung (3. PflegeArbbV). Wie bereits zuvor dargelegt<sup>297</sup>, wäre auch in diesem Zusammenhang eine Änderung der Ermächtigungsgrundlage (§§ 10, 11 AEntG) notwendig, um den Anwendungsbereich der Verordnung auf den Bereich der häuslichen 24-Stunden-Betreuung zu erweitern.

## **b) Alternative für die Praxis: Rahmen für eine Einbettung der Pflegetätigkeit in Rufbereitschaft**

Kommt es zu keiner Gesetzesänderung für den Bereitschaftsdienst, bleibt der Praxis nur, auf die Rufbereitschaft auszuweichen. Anders als der Bereitschaftsdienst ist diese – jedenfalls nach der Rechtsprechung des BAG – nicht vom Mindestlohn erfasst. Vielmehr besteht bei der Rufbereitschaft die Möglichkeit, die Vergütungspflicht des Arbeitgebers auf Zeiten der aktiven Leistung des Arbeitnehmers zu beschränken:

Zu Erinnerung: Das BAG unterscheidet die Rufbereitschaft vom Bereitschaftsdienst zunächst anhand der Vorgaben zum Aufenthaltsort des Beschäftigten. Anders als im Bereitschaftsdienst wird die Rufbereitschaft als Arbeitsmodalität definiert, bei der für den Arbeitnehmer die Möglichkeit, seinen Aufenthaltsort selbst zu bestimmen, besteht. Er muss sich gerade nicht zwingend in der Einrichtung bzw. im Betrieb des Arbeitgebers aufhalten.<sup>298</sup> Gleichmaßen ist der Arbeitnehmer in der Wahl seines Aufenthaltsorts nicht vollkommen uneingeschränkt: Der Beschäftigte muss sich an einem Ort aufhalten, der noch eine Entfernung zur Arbeitsstelle aufweist, die es ihm ermöglicht, diese in angemessener kurzer Zeit zu erreichen.<sup>299</sup> Die Entfernung zum Aufenthaltsort darf nach den Vorgaben der Rechtsprechung dem Zweck der Rufbereitschaft nicht zuwiderlaufen.<sup>300</sup> Mit Blick auf eine konkrete Zeitvorgabe hat das BAG entschieden, dass jedenfalls die Vorgabe, in 20 Minuten nach Abruf zur Arbeitsaufnahme bereit zu sein, keine Rufbereitschaft mehr darstellt.<sup>301</sup> Für

---

<sup>297</sup> S. hierzu unter Gliederungspunkt IV. 3.

<sup>298</sup> BAG v. 31.1.2002 – 6 AZR 214/00, NJOZ 2002, 1926 (1928).

<sup>299</sup> BAG v. 31.1.2002 – 6 AZR 214/00, NJOZ 2002, 1926 (1928).

<sup>300</sup> BAG v. 31.1.2002 – 6 AZR 214/00, NJOZ 2002, 1926 (1928); v. 19.12.1991 – 6 AZR 592/89, NZA 1992, 560 (560).

<sup>301</sup> BAG v. 31.1.2002 – 6 AZR 214/00, NJOZ 2002, 1926 (1929).

ein Zeitfenster von 45 Minuten hingegen wurde die Annahme einer Rufbereitschaft vom Sechsten Senat bejaht.<sup>302</sup>

Wesentliches Abgrenzungsmerkmal ist danach die grundsätzlich freie Bestimmung des Aufenthaltsorts. Hinzu tritt, dass der Beschäftigte bei der Rufbereitschaft auch im Hinblick auf seine Tätigkeiten, die er während der Rufbereitschaft wahrnimmt, frei ist. Einschränkungen bestehen nur insoweit, als dass er seine Erreichbarkeit stets sicherstellen muss, um sich in angemessener Zeit am Arbeitsplatz wieder einzufinden.<sup>303</sup> Ansonsten steht es dem Beschäftigten frei, sich in der Zeit, in der er keine aktive Leistung erbringt, um persönliche bzw. familiäre Angelegenheiten zu kümmern, Freizeitaktivitäten wahrzunehmen o.ä.

So stellt das BAG diesbezüglich fest: „Im Gegensatz zum Bereitschaftsdienst, der im Bedarfsfall die sofortige Arbeitsaufnahme ermöglichen soll und der deshalb nach Anlage 5 § 7 II AVR in der Einrichtung zu leisten ist, ermöglicht die Rufbereitschaft dem Arbeitnehmer grundsätzlich die Gestaltung seiner an sich arbeitsfreien Zeit. Dies bedeutet, dass der Arbeitnehmer die Möglichkeit haben muss, sich um persönliche und familiäre Angelegenheiten zu kümmern, an sportlichen oder kulturellen Veranstaltungen teilzunehmen, sich mit Freunden zu treffen etc.“ (BAG v. 31.1.2002 – 6 AZR 214/00, NJOZ 2002, 1926 (1929))

Blickt man nun auf den vergütungsrechtlichen Teil der Rufbereitschaft, so ergibt sich zunächst, dass die Vertragsparteien insbesondere bei der Entlohnung der passiven Zeiten der Rufbereitschaft in ihrer Entscheidung hierüber frei sind. Zwar ist es möglich, die gesamte Zeit der Rufbereitschaft zu vergüten, gleichermaßen wäre es jedoch auch rechtmäßig, nur aktive Leistungszeiten, in denen der Beschäftigte Arbeit erbringt, vergütungspflichtig auszugestalten. Hierbei können im Vergleich zur „Normalarbeit“ etwa geringere bzw. für die Zeit der aktiven Leistung höhere Entgelte vereinbart werden, auch Pauschalen oder Zuschläge können von den Parteien frei geregelt werden.<sup>304</sup> Anders als Arbeit im Bereitschaftsdienst<sup>305</sup> ist nach der überwiegenden Literaturmeinung und mittlerweile auch der instanzgerichtlichen Rechtsprechung

---

<sup>302</sup> BAG v. 22.1.2004 – 6 AZR 543/02, BeckRS 2004, 30800702.

<sup>303</sup> Vgl. *Wank*, RdA 2015, 285 (288).

<sup>304</sup> Ausführlich zu diesen Gesichtspunkten *Bayreuther*, NZA 2018, 348 (350).

<sup>305</sup> BAG v. 11.10.2017 – 5 AZR 591/16, NZA 2018, 32.

Rufbereitschaft nicht mit dem gesetzlichen Mindestlohn zu vergüten.<sup>306</sup> Bei der Rufbereitschaft beschränkt sich die Pflicht zur Zahlung des Mindestlohns vielmehr auf die während derselben erbrachten Arbeitsleistungen, inaktiven Zeiten sind nicht von den Bestimmungen des MiLoG umfasst.<sup>307</sup>

Dies vorangestellt, lässt sich auch für den Bereich der 24-Stunden-Betreuung eine Ausgestaltung der Pflegeleistungen als Rufbereitschaften konzipieren. Den Ausgangspunkt hierfür bildet eine vertragliche Regelung, nach der es der Pflege- und Betreuungskraft – jedenfalls für bestimmte Zeiten in der Woche – möglich ist, ihren Aufenthaltsort frei zu wählen und im Bedarfs innerhalb eines vorgegebenen Zeitrahmens zu den Räumlichkeiten des Pflegebedürftigen zurückzukehren. Während hierbei die Erreichbarkeit der Pflege- und Betreuungskraft gewährleistet sein muss, steht es ihr im Übrigen frei, welche Tätigkeiten sie in der inaktiven Phase der Rufbereitschaft wahrnimmt, etwa Telefonate mit Familienangehörigen, Einkäufe o.ä. Was aber gilt, wenn die Pflege- und Betreuungskraft sich dazu entscheidet, in den Räumlichkeiten des Pflegebedürftigen, etwa in einem eigens für sie eingerichteten Zimmer, zu verweilen?

Wichtig dabei ist, dass es entscheidend auf die *Möglichkeit* der freien Wahl des Aufenthaltsorts ankommt.<sup>308</sup> Nur wenn der Arbeitgeber Örtlichkeiten vorgibt scheidet eine Rufbereitschaft aus. Im Umkehrschluss schließt es die Annahme von Rufbereitschaft jedoch nicht aus, wenn die Pflege- und Betreuungskraft – trotz der Möglichkeit, einen beliebigen Aufenthaltsort zu wählen – in inaktiven Zeiten in den Räumlichkeiten des Pflegebedürftigen verweilt. Hat die Pflege- und Betreuungskraft etwa einen eigenen Raum in Gestalt eines privaten Rückzugsorts im Haus des Pflegebedürftigen und hält sie sich trotz der freien Ortswahl in tatsächlicher Hinsicht stets in ihrem eigenen Raum auf, widerspricht dies nicht den richterlichen Vorgaben zur Rufbereitschaft. Vielmehr bleibt es dann dabei, dass es sich um inaktive Phasen einer

---

<sup>306</sup> LAG Hessen v. 21.11.2016 – 16 Sa 1257/15, DStR 2017, 1173 (1174); ErfK/Franzen, MiLoG, 19. Aufl. 2019, § 1 Rn. 4; Lembke, NZA 2015, 70 (73); MüKo-BGB/Müller-Glöge, MiLoG, 7. Aufl. 2016, § 1 MiLoG Rn. 17.

<sup>307</sup> MüKo-BGB/Müller-Glöge, 7. Aufl. 2016, § 1 MiLoG Rn. 17.

<sup>308</sup> BAG v. 31.1.2002 – 6 AZR 214/00, NJOZ 2002, 1926 (1928); v. 19.12.1991 – 6 AZR 592/89, NZA 1992, 560 (560).



Rufbereitschaft handelt, die in vergütungsrechtlicher Hinsicht der Privatautonomie der Vertragsparteien unterliegen. Ob und in welchem Umfang die Pflege- und Betreuungskraft in diesem Fall vergütet werden soll, unterliegt nicht den Bestimmungen zum gesetzlichen Mindestlohn. Entscheidend ist letztlich, dass die vertragliche Regelung eine freie Wahl des Aufenthaltsorts der Pflege- und Betreuungskraft für die Zeit der Rufbereitschaft vorsieht. In welcher Art und Weise die Pflege- und Betreuungskraft von dieser Möglichkeit Gebrauch macht, obliegt ihr selbst. Der Aufenthalt in den Räumlichkeiten des Pflegebedürftigen führt dabei jedenfalls nicht zur Annahme eines Bereitschaftsdienstes, denn Vorgaben zum Aufenthalt macht der Arbeitgeber gerade nicht. Vielmehr bleibt es dabei, dass die Pflege- und Betreuungskraft im Rahmen einer Rufbereitschaft tätig wird.

### **c) Anrechenbarkeit von Kost und Logis**

§ 107 Abs. 2 S. 1 GewO ordnet an, dass Arbeitnehmer und Arbeitgeber Sachbezüge als Teil des Arbeitsentgelts vereinbaren können, wenn dies dem Interesse des Arbeitnehmers oder der Eigenart des Arbeitsverhältnisses entspricht. Eine Anrechnung von Kosten und Logis ist mit Blick auf § 1 MiLoG jedoch nicht unproblematisch, da dieser nach weit verbreiteter Auffassung als Geldbetrag zu gewähren ist.<sup>309</sup> Begründet wird dies mitunter mit dem Wortlaut des § 1 Abs. 1, 2 MiLoG („Zahlung eines Arbeitsentgelts“) sowie Sinn und Zweck des Mindestlohns, dem Arbeitnehmer einen Lohn als Mindestbetrag, der ihm tatsächlich zur Verfügung steht, zuzusprechen.<sup>310</sup> Andere Stimmen gehen davon aus, dass eine Anrechenbarkeit im Grundsatz zwar zulässig sein soll,<sup>311</sup> wobei ungeachtet der Möglichkeit der Vereinbarung von Sachbezügen jedenfalls der unpfändbare Teil des Arbeitseinkommens in Geld bezahlt werden müsse. Da sich der Mindestlohn an der Pfändungsfreigrenze orientieren sollte, führe dies im Ergebnis zu einem nur sehr geringfügigen Raum für eine Anrechnung von Kosten und Logis auf das auszuzahlende Arbeitsentgelt.<sup>312</sup> Mitunter wird indes vertreten, dass auch

---

<sup>309</sup> *Lembke*, NZA 2015, 70 (75); *MHdBArbR/Krause*, 4. Aufl. 2018, § 61 Rn. 17; *Schaub ArbR-HdB/Vogelsang*, 17. Aufl. 2017, § 66 Rn. 33.

<sup>310</sup> Vgl. *Lembke*, NZA 2015, 70 (75).

<sup>311</sup> *ErfK/Franzen*, 19. Aufl. 2019, § 1 MiLoG Rn. 6; *Weigert*, NZA 2017, 745 (750 f.).

<sup>312</sup> *ErfK/Franzen*, 19. Aufl. 2019, § 1 MiLoG Rn. 6.

Sachbezüge existenzsichernd sein können und die Festsetzung des Mindestlohns sinnvollerweise nur als Geldbetrag in Euro und kaum in anderer Weise hätte erfolgen können.<sup>313</sup>

Ungeachtet dessen ist in Anlehnung an die Grundvorgaben aus § 107 Abs. 2 GewO eine Gesetzesänderung hinsichtlich der (ggf. anteiligen) Anrechenbarkeit von Kosten und Logis auf den gesetzlichen Mindestlohn denkbar – und mitunter sogar schon diskutiert worden. Konkret wurde für den Bereich der Saisonarbeit in Erwägung gezogen, branchenspezifische Regelungen in das MiLoG einzuarbeiten, die dann auch eine Anrechenbarkeit von Sachbezügen enthalten könnten.<sup>314</sup> Eine dahingehende Ausnahmebestimmung kann gleichermaßen für den Bereich der häuslichen 24-Stunden-Betreuung eingeführt werden. Diese sollte dann eng gefasst werden und auch nur Anwendung finden, wenn und soweit die mit der Einführung des Mindestlohns verfolgten Ziele nicht beeinträchtigt werden.<sup>315</sup>

#### **d) Der Wert von Musterverträgen**

Ein letztes Wort zum Wert von Musterverträgen: Pflegedienstleister, die Pflegekräfte an Pflegebedürftige bzw. deren Angehörige vermitteln, bieten mitunter vorformulierte Musterverträge für die Einstellung der Pflegeperson an. Dies entspricht einem Bedürfnis nach Rechtssicherheit durch die oftmals rechtlich unkundigen Pflegeinteressierten.

Der Deutsche Caritasverband e.V. etwa stellt einen zweisprachigen Musterarbeitsvertrag speziell für die häusliche Pflegebetreuung durch polnisches Pflegepersonal bereit<sup>316</sup>, der auch die Besonderheiten des Tätigkeitsfeldes berücksichtigt, jedenfalls berücksichtigen soll. Musterverträge haben dabei

---

<sup>313</sup> Weigert, NZA 2017, 745 (750).

<sup>314</sup> BT-Drucks. 18/2010, S. 18; vgl. auch Schaub ArbR-Hdb/Vogelsang, 17. Aufl. 2017, § 66 Rn. 10.

<sup>315</sup> Vgl. BT-Drucks. 18/2010, S. 13.

<sup>316</sup> Information des Deutschen Caritasverbandes zu den Rahmenbedingungen der Beschäftigung von Haushaltshilfen in Haushalten von Pflegebedürftigen v. 6.2.2014, S. 22 ff, abrufbar unter [http://beratung-senioren.de/downloads/informationsmaterial/2014/07\\_Haushaltshilfen\\_Inforeader.pdf](http://beratung-senioren.de/downloads/informationsmaterial/2014/07_Haushaltshilfen_Inforeader.pdf) (letzter Abruf: 25.6.2019).

vordergründig den Mehrwert, einheitliche und weitestgehend rechtssichere Gestaltungsmöglichkeiten zu bieten. Das zumindest ist die Erwartung derer, die sie in Anspruch nehmen. Insbesondere für Fälle, in denen der Pflegebedürftige mehrere Pflegekräfte jährlich in Anspruch nimmt, kann die Verwendung eines Vertragsmusters Einheitlichkeit und reduzierten Verwaltungs- bzw. Kostenaufwand gewährleisten. Umgekehrt sind Musterarbeitsverträge, sofern sie auch als solche stets gleich verwendet werden, oftmals recht starr und berücksichtigen nicht zwangsläufig sämtliche Besonderheiten mit Blick auf die Interessen der Vertragsparteien. Blickt man etwa auf den Musterarbeitsvertrags des Caritasverbands, wird deutlich, dass dieser zwar auch vertragliche Bestimmungen zum Gesichtspunkt Kosten und Logis enthält. Konzipiert ist die Vereinbarung jedoch so, dass hinsichtlich der Unterkunft der Pflege- und Betreuungskraft ausschließlich zwischen einer kostenfreien Gestellung durch den Arbeitgeber und einer monatlichen Pauschale für die Unterkunft ausgewählt werden kann. Anderweitige Möglichkeiten, etwa eine (anteilige) Anrechnung der durch die Gestellung der Unterkunft ersparten Kosten, sieht das Vertragsmuster nicht vor.<sup>317</sup>

Gleiches gilt zudem etwa für Modalitäten der Arbeitsleistung: Zwar wird im Mustervertrag des Caritasverbands festgesetzt, dass die durchschnittliche Arbeitszeit regelmäßig wöchentlich 38,5 Stunden beträgt; das Muster bietet dem Verwender allerdings keine Möglichkeiten, Vereinbarungen zur zeitlichen Einbettung, etwa in einen Bereitschaftsdienst oder eine Rufbereitschaft zu treffen. Eben hierin liegt das Manko von Musterverträgen, sodass stets abzuwägen ist, inwieweit der Mehrwert eines vorformulierten Vertragsentwurfs durch fehlenden Handlungsspielraum der Vertragsparteien abschmilzt. Auch Vertragsmuster, die für eine Pflegebetreuung durch selbständige tätige Pflegekräfte konzipiert worden sind, lassen (naturgemäß) wenig Spielraum für Anpassungen an die jeweiligen Bedürfnisse des einzelnen Pflegebedürftigen. Genannt sei beispielartige der Mustervertrag des Pflegedienstleistungsvermittlers „Pflege zu Hause“, dessen Muster bis auf die Eintragung der Vertragsparteien und den Beginn bzw. das Ende des Dienstvertrags

---

<sup>317</sup> Andere Vertragsmuster schweigen diesbezüglich vollständig, vgl. etwa den Vordruck des Pflege- und Betreuungsportals „Betreut.de“, abrufbar unter [https://www.betreut.de/wp-content/uploads/sites/2/2014/05/Muster\\_Vertrag-%C3%BCber-Arbeit-auf-Abruf.pdf](https://www.betreut.de/wp-content/uploads/sites/2/2014/05/Muster_Vertrag-%C3%BCber-Arbeit-auf-Abruf.pdf) (letzter Abruf: 25.6.2019).

keinen weiteren Regelungsspielraum eröffnet.<sup>318</sup> Muster können gleichermaßen als Ausgangspunkt für die Anfertigung eines eigenen, auf den Bedarf und die individuell gewünschten Rahmenbedingungen der Pflegeleistungen angepassten Vertrags fungieren

Es mag daher erwogen werden, dass von neutraler Stelle stärker differenzierende Musterverträge erarbeitet und den zu Pflegenden und ihren Angehörigen zur Verfügung gestellt werden. Dies könnte verbunden werden mit erläuternden *Questions and Answers*, die für die praktischen Fälle Handlungshinweise zur Vermeidung von Rechtswidrigkeiten geben.

---

<sup>318</sup> Beispiel eines Dienstleistungsvertrags der Pflege zu Hause Küffel GmbH, abrufbar unter [https://www.pflegezuhaus.info/index.php?eID=tx\\_securedownloads&u=0&g=0&t=1558538892&hash=41d492e289dec56of531cdbe3ea236f60a488b4d&file=fileadmin/pflegezuhaus/Dokumente/Beispiel\\_-\\_DLV\\_01.pdf](https://www.pflegezuhaus.info/index.php?eID=tx_securedownloads&u=0&g=0&t=1558538892&hash=41d492e289dec56of531cdbe3ea236f60a488b4d&file=fileadmin/pflegezuhaus/Dokumente/Beispiel_-_DLV_01.pdf) (letzter Abruf: 25.6.2019).

## V. Summa

I. 24-Stunden-Betreuung kann grds. in abhängiger Beschäftigung oder in selbständiger Erwerbstätigkeit erbracht werden. Die Abgrenzung erfolgt anhand zahlreicher Kriterien, die im Rahmen einer Gesamtabwägung aller Umstände der individuellen Art und Weise der Leistungserbringung zu bewerten sind. Dieser allgemeine Rahmen ist in den vergangenen Jahren durch die Rechtsprechung im Hinblick auf die 24-Stunden-Betreuung verschiedentlich konkretisiert worden. Der Frage nach der Selbständigkeit des Leistenden kann sich dabei sowohl anhand positiver als auch negativer Bewertungskriterien angenähert werden. Besteht mit Blick auf die Ausführung einzelner Aufträge ein umfassendes Weisungsrecht eines Dritten bezüglich Zeit, Dauer, Ort und Art der Leistung, spricht dies regelmäßig gegen die Annahme einer Selbständigkeit. Hier ändert auch für sich genommen nicht die Belastung des Erwerbstätigen mit etwaigen zusätzlichen Risiken, wenn die tatsächliche Ausgestaltung der Arbeitsausführung im Übrigen für die Annahme einer abhängigen Beschäftigung nahelegt.

Es gibt damit in Anlehnung an die höchstrichterliche sowie instanzgerichtliche Judikatur der Arbeits- und auch Sozialgerichtsbarkeit Anhaltspunkte für eine Selbständigkeit von Pflegekräften, die seitens der Rechtsprechung regelmäßig betont werden:

- Individualität der Pflegeleistungen und damit einhergehender Handlungs- und Entscheidungsspielraum
- Nur Vorgabe einiger Eckpunkte: Beginn, Ende und grober Inhalt der Arbeit
- Ausbleiben von Einzelanordnungen bzgl. Pflegeleistungen
- Entscheidungsfreiheit bzgl. Ausgestaltung täglicher Arbeits- und Ruhezeiten
- Unternehmerisches Risiko bzgl. Akquise von Anschlussaufträgen
- Kein Lohn- bzw. Entgeltfortzahlungsanspruch bei Urlaub bzw. Krankheit
- Keine Vergütung im Krankheits- oder Todesfall des Pflegebedürftigen
- Vorhandensein mehrerer Auftraggeber
- Einzelne Aufträge können abgelehnt werden
- Keine Einbindung in Dienstpläne
- Fehlen eigener Investitionen in Betriebsmittel ist unbeachtlich

- Ausbleiben eigener Betriebsstätte ebenfalls unbeachtlich
- Keine tätigkeitsbezogenen Dokumentationspflichten

Konkret ergibt die Gesamtschau, dass insbesondere das *BSG* dem Vorhandensein von Handlungs- und Entscheidungsspielräumen bei der Einordnung von Pflegekräften als selbständige Erwerbstätige maßgebliche Bedeutung beimisst. Hiermit einher geht die Flexibilität selbständig Tätiger hinsichtlich der inhaltlichen Konturierung der Pflegeleistungen. Erhält die Pflege- und Betreuungskraft keine Einzelanordnungen, sondern wird vielmehr allein der zeitliche und inhaltliche Rahmen abstrakt festgelegt, spricht auch dies nach der sozialrechtlichen Rechtsprechung für eine Selbständigkeit. Auch das unternehmerische Risiko einer Pflege- und Betreuungskraft, eigenständig Anschlussaufträge zu akquirieren, werten die Gerichte als Indiz einer selbständigen Erwerbstätigkeit. Andersherum wird als negatives Abgrenzungsmerkmal vertreten, dass die Zusammenarbeit mit anderen Pflegekräften sowie die Koordinierung des Pflegeablaufs mit Betriebsstrukturen von Pflegediensten nicht zwangsläufig gegen die Selbständigkeit der Pflege- und Betreuungskraft sprechen – vielmehr ergäben sich diese Gesichtspunkte nach Auffassung der Rechtsprechung aus der Notwendigkeit einer kontinuierlichen und verlässlichen Sicherstellung der Pflege.

Demgegenüber gibt es regelmäßig ebenso Anhaltspunkte in die andere Richtung, also für die Annahme einer abhängigen Beschäftigung:

- Organisation und Sicherstellung der Pflege obliegt Pflegedienstleister
- Konkrete Einzelanordnungen bzgl. Inhalt und Abfolge von Pflegeleistungen
- Eingliederung in verbindliche Zeitpläne eines Pflegedienstleisters
- Ablehnung oder Kündigung einzelner Pflegeaufträge nicht oder nur mit Zustimmung Dritter möglich
- Teilnahme an Teambesprechungen und Werbeveranstaltungen Dritter
- Pflege- und Betreuungskraft trägt nicht Risiko für Akquise von Anschlussaufträgen
- Pflicht zur Krankheits- und Urlaubsvertretung anderer Pflegekräfte

- Ausbleiben von weiteren Weisungen im Anschluss an einleitende Weisung bei Pflegebeginn unbeachtlich, da eigenständiges Arbeiten von qualifizierter Pflege- und Betreuungskraft erwartet wird

Deutlich wird damit: Eine selbständige Tätigkeit in der 24-Stunde-Pflege ist nach den Vorgaben der Rechtsprechung möglich – wenn auch oftmals nicht rechtsicher. Jede Pflegesituation wird im Rahmen einer umfassenden Gesamtschau einzeln gewertet. Ob und in welchem Umfang einer Pflege- und Betreuungskraft im Rahmen ihrer Pflgetätigkeit ein Handlungs- und Entscheidungsspielraum zukommt, der sowohl zeitlich als auch inhaltlich demjenigen eines Selbständigen entspricht, kann regelmäßig nicht mit abschließender Rechtssicherheit beantwortet werden. Dies gilt umso mehr, wenn die Vermittlung der Pflege- und Betreuungskraft durch einen Pflegedienst erfolgt, da dann mit Blick auf die organisatorische Wahrnehmung und Sicherstellung der Kontinuität der Pflege oftmals Anhaltspunkte für eine unselbständige Pflgetätigkeit der Pflege- und Betreuungskraft bestehen. *Mutatis mutandis* gilt bei einer sozialrechtlichen Einordnung der Pflege- und Betreuungskraft als Beschäftigte i.S.v. § 7 SGB VI dann regelmäßig, dass diese auch Arbeitnehmerin im arbeitsrechtlichen Sinne ist, wobei insofern nicht auf die wirtschaftliche, sondern vielmehr auf die persönliche Abhängigkeit der Pflege- und Betreuungskraft abzustellen ist.

II. Ein 24-Stunden-Bereitschaftsdienst ist mit den Regelungen des – nur für Arbeitnehmer geltenden – ArbZG nicht zu vereinbaren. Hinsichtlich der Arbeitszeit ist nach dem ArbZG zu gewährleisten,

- eine werktägliche Arbeitszeit von maximal 8 Stunden, mit der Möglichkeit zur Verlängerung auf maximal 10 Stunden, wenn innerhalb von sechs Kalendermonaten oder innerhalb von 24 Wochen im Durchschnitt werktäglich acht Stunden nicht überschritten werden,
- die Einhaltung von feststehenden Ruhepausen von 30 Minuten bei einer Arbeitszeit von sechs bis neun Stunden und von 45 Minuten bei einer Arbeitszeit von 45 Minuten,

- die Einhaltung der Ruhezeit von mindestens elf Stunden täglich. Die Ruhezeit darf dabei nicht als Bereitschaftsdienst ausgestaltet sein, weil dies dem Erholungszweck der Ruhezeit zuwiderlaufen würde,
- die Einhaltung der Sonn- und Feiertagsruhe bzw. das Gewähren von Ersatzruhetagen.

**III.** Bei der 24-Stunden-Betreuung muss mit Blick auf den kollisionsrechtlichen Rahmen für die Bestimmung des anzuwendenden materiellen Rechts zwischen den jeweiligen Pflegemodellen unterschieden werden: Wird eine Pflege- und Betreuungskraft aus dem Ausland als Arbeitnehmer in Deutschland tätig, findet in arbeitsrechtlicher Hinsicht gem. Art. 8 Rom I VO bei üblicher Tätigkeit in Deutschland das deutsche Arbeitsrecht Anwendung. Zudem sind über Art. 9 Rom I VO jedenfalls die zwingenden arbeitsrechtlichen Arbeitnehmerschutzvorschriften anzuwenden, also insbesondere die Bestimmungen zum Mindestlohn und zum Arbeitszeitrecht. Dies gilt sowohl in Konstellationen, in denen der Arbeitsvertrag unmittelbar zwischen Betreutem und Pflege- und Betreuungskraft geschlossen wird als auch im Entsendemodell, bei dem ein Pflegedienstleister vermittelnd tätig wird. Wird eine ausländische Pflege- und Betreuungskraft als Selbständige auf der Grundlage eines Dienstvertrags in einem deutschen Haushalt tätig, richtet sich die kollisionsrechtliche Verortung nach Art. 6 Abs. 1 lit. a Rom I VO. Ist der Betreute Verbraucher – wovon regelmäßig auszugehen ist – ist bei fehlender Rechtswahl aufgrund der Ausübung der beruflichen Tätigkeit in Deutschland das deutsche Recht anzuwenden.

Mit Blick auf die Sozialversicherungspflicht grenzüberschreitend tätiger Pflegekräfte lässt sich zudem durch das Ausstellen einer A1-Bescheinigung eine eindeutige Zuordnung der sozialversicherungsrechtlichen Verhältnisse sicherstellen. Diese ermöglicht es dem Arbeitgeber, Klarheit über die sozialversicherungsrechtliche Zuordnung der Pflege- und Betreuungskraft zu schaffen. Anhand der Bescheinigung lässt sich bei grenzüberschreitend tätigen Arbeitnehmern erkennen, dass diese in ihrem Heimatstaat sozialversicherungsverpflichtet sind, mit der Folge, dass Sozialversicherungsbeiträge etwa bei polnischen Pflegekräften nicht nach deutschem Recht, sondern nach polnischem Recht im ausstellenden Staat zu entrichten sind. Die



Bindungswirkung der Bescheinigung ist jedoch beschränkt: Ob die Pflege- und Betreuungskraft als Arbeitnehmerin oder Selbständige einzuordnen ist, richtet sich ungeachtet des Inhalts der Bescheinigung nach deutschem Arbeitsrecht. Die Bescheinigung gibt nur Aufschluss über den sozialrechtlichen Status der Pflege- und Betreuungskraft. Auch eine unbeabsichtigt falsche oder bewusst missbräuchliche Ausstellung, die davon ausgeht, dass es sich um eine selbständige Tätigkeit handelt, kann also die Anwendung deutschen Arbeitsrechts nicht verhindern, so es sich denn um Arbeitnehmerüberlassung handelt.

IV. In Österreich wird ganz überwiegend das sog. Selbständigen-Modell zur Inanspruchnahme der 24-Stunden-Betreuung genutzt. Kern der Novellierungen des Rechts der 24-Stunden-Betreuung stellt das HBeG dar, wodurch das Recht der Wirklichkeit u.a. durch Erhöhung der zulässigen Höchstarbeitszeiten und Senkung der vorgeschriebenen Ruhezeiten für als Arbeitnehmer tätige Pflegekräfte angepasst wurde. Da auch das neue österreichische Recht zum Schutz der Betreuungskräfte eine permanente Verfügbarkeit der Betreuungskraft nicht zulässt, kann eine 24-Stunden-Betreuung durch eine einzige Pflege- und Betreuungskraft nicht gewährleistet werden. Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften des HBeG werden mit Geldstrafe von bis zu 218 Euro bestraft. Das Kernproblem der 24-Stunden-Betreuung wurde durch die Reformen in Österreich nicht gelöst: Häufig erfüllen, insbesondere mit steigender Unselbständigkeit der zu betreuenden Person, offiziell als selbständig firmierende Personenbetreuer das Kriterium der Selbständigkeit mangels persönlicher und wirtschaftlicher Unabhängigkeit nicht. Folge einer solchen Scheinselbständigkeit ist die rückwirkende Statuierung eines Dienstverhältnisses, die häufig mit erheblichen finanziellen Nachteilen für den nunmehrigen Arbeitgeber verbunden ist. Alles in allem dürfte das österreichische Recht kaum eins zu eins auf Deutschland übertragbar sein.

V. Denkbar ist indes die typologische Festschreibung anhand eines Kriterienkatalogs. Auch wenn das BSG und die Instanzgerichte in der Sozialgerichtsbarkeit bereits mehrfach Gelegenheit hatten, für den Bereich der ambulanten Pflege sowie 24-Stunden-Betreuung Vorgaben für die Abgrenzung von selbständiger Erwerbstätigkeit und abhängiger Beschäftigung zu statuieren, fehlt es wie dargelegt bislang an einer klaren

Trennlinie und den hierfür notwendigen Vorgaben. Gleiches gilt im Arbeitsrecht. Die Feststellungen der Rechtsprechung bezogen sich bislang meist auf spezielle Einzelfälle und haben sich an der Ausgestaltung der Pflegeleistungen im zu entscheidenden Rechtsstreit orientiert.

1. Für eine rechtssichere Handhabung in der Praxis bedarf es jedoch hierüber hinaus eines abstrakten Kriterienkatalogs. Dieser kann in Gestalt einer typologisierenden Festschreibung der Selbständigkeit für den Bereich der häuslichen Pflege verfasst werden.

Drei Merkmale sind dabei wesentlich für die Einordnung der Pflege- und Betreuungskraft als Selbständige:

- Erheblicher zeitlicher Rahmen für Aufnahme und Durchführung der Tätigkeit
- Überdurchschnittlich hohe Vergütung
- Unabhängigkeit von betrieblichen Organisationsstrukturen Dritter

Zusammengefasst macht der Kriterienkatalog deutlich: Ist die Pflege- und Betreuungskraft sowohl vertraglich berechtigt als auch tatsächlich dazu imstande, zu entscheiden, an welchem Zeitpunkt des Tages sie Teile ihrer Pflegeleistungen erbringt und können der Pflegebedürftige bzw. Dritte nichts Abweichendes verbindlich anordnen, spricht dies für die Selbständigkeit der Pflege- und Betreuungskraft. Gleichmaßen dürfen die Anforderungen hierbei unter Berücksichtigung der Vorgaben des *BSG* nicht überzogen werden. Erst zeitliche und inhaltliche Einzelanordnungen für konkrete Teile der Pflegeleistungen können als arbeitsrechtliche Weisungen verstanden werden und geben Anlass für die Annahme eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses. Blickt man auf den vergütungsrechtlichen Aspekt, so spricht für die Annahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit, wenn die (pauschale) Vergütung des Dienstleisters (deutlich) über dem Entgelt eines vergleichbar eingesetzten Beschäftigten liegt und dadurch auch eine Eigenvorsorge für Leistungen im Alter möglich ist. Für den Entgeltvergleich wird man zwar zunächst nur für auf den Pflegesektor der häuslichen Pflege im privaten Wohnraum des Pflegebedürftigen und nicht etwa auch auf Entgelte aus dem Bereich der Pflegewohnheime o.ä. rekurren

müssen. Für die häusliche Pflege als solche wird dann aber ein Vergleich von sämtlichen Praxismodellen geboten sein, sodass das Honorar der in Rede stehenden Pflege- und Betreuungskraft sowohl mit solchen von (anderen) Selbständigen, eigens eingesetzten Arbeitnehmern eines Pflegedienstes und Leiharbeitnehmern abgeglichen werden kann bzw. muss. Als drittes Kriterium der typologischen Umschreibung kann die Unabhängigkeit von betrieblichen Organisationsstrukturen Dritter herangezogen werden. Dabei gilt: Wenn eine Pflege- und Betreuungskraft keiner fremden Arbeitsorganisation untergeordnet bzw. in eine solche eingegliedert ist oder sogar über eine eigene betriebliche Organisation verfügt, liegt die Annahme einer Selbständigkeit näher als eine abhängige Beschäftigung bei einem Pflegedienst oder dem Pflegebedürftigen selbst. Die Räumlichkeiten des Pflegebedürftigen können diesbezüglich nicht als Betriebsstätte Dritter qualifiziert werden. Sie stellen vielmehr schon von vornherein keine Arbeitsorganisation dar, sondern sind lediglich die zwingende Folge der alters- bzw. gesundheitsbedingten Beschränkungen des Pflegebedürftigen, die die Erbringung der Pflegeleistungen „in den eigenen vier Wänden“ notwendig machen.

2. Sind Pflegekräfte im Rahmen der häuslichen 24-Stunde-Pflege selbständig tätig, muss hiermit nicht zwangsläufig ein Verfall sozialen Schutzes einhergehen. Um Rechtsunsicherheiten vorzubeugen und bürokratischen Mehraufwand zu vermeiden, kann in Erwägung gezogen werden, trotz der auch nach derzeitigem Recht wohl überwiegend bestehenden Rentenversicherungspflicht für selbständige Pflegekräfte in der 24-Stunden-Betreuung nach § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI dieses Tätigkeitsfeld ausdrücklich normativ zu erfassen. Hierfür könnte entweder eine neue Nummer in § 2 S. 1 SGB VI eingefügt werden. Gleichermaßen kommt in Betracht, die derzeitige Regelung in § 2 S. 1 Nr. 2 SGB VI, die bereits Teile der Pflegebranche umfasst, um die 24-Stunden-Betreuung zu ergänzen. Darüber hinaus könnten Regelungen des Arbeitszeitrecht und der Mindestvergütung auf Selbständige übertragen werden. Hinsichtlich des Arbeitszeitrechts gilt, dass die Vorgaben aus der RL 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, umgesetzt durch das ArbZG schon bereits im Rahmen seines Anwendungsbereichs nur einen Mindeststandard gewährt. Der Anwendungsbereich

kann dann erst recht erweitert werden, mit der Folge, dass auch Selbständige Schutz ihrer Arbeitszeit bzw. Freizeit genießen.

Ebenfalls ließe sich diesbezüglich erwägen, jedenfalls mit Blick auf die Ruhezeiten selbständiger Pflegekräfte in der 24-Stunden-Betreuung Sonderbestimmungen normativ zu verankern. Derartige branchenspezifische Sonderbestimmungen gibt es bereits schon nach derzeitigem Recht, etwa für den Bereich des Straßentransports. Ähnliche Regelungen sind für den Bereich der 24-Stunden-Betreuung denkbar. In Betracht käme u.a. eine Bestimmung, wonach Unterbrechungs- bzw. Ruhephasen (tagsüber) bei einer aktiven Pflegedauer von bspw. sechs Stunden im Umfang von mindestens 30 Minuten einzulegen sind. Derartige Sonderbestimmungen könnten in das ArbZG ergänzend aufgenommen werden.

Mit Blick auf die Mindestentgelte selbständiger Pflegekräfte ließe es sich gleichermaßen erwägen, den für abhängig Beschäftigte bestehenden Schutz auf den Bereich der selbständigen 24-Stunden-Betreuungskräfte zu erweitern. Diesbezüglich könnte eine spezialgesetzliche Regelung abseits des MiLoG zweckmäßig sein und zwar dergestalt, wie es bereits nach derzeitiger Rechtslage für Teile der Pflegebranche in der Dritten Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Pflegebranche (3. PflegeArbbV) ausgestaltet worden ist. Deren Anwendungsbereich wiederum wird unmittelbar von § 10 AEntG vorgegeben. Eine Erweiterung des Mindestentgeltschutzes auf den Bereich der selbständigen Pflegekräfte in der häuslichen 24-Stunden-Betreuung würde deshalb – wenn man sie bereichsspezifisch regeln möchte, eine gesetzliche Anpassung der im AEntG verankerten Ermächtigungsgrundlage für die Verordnung voraussetzen. In der Folge wäre es dann denkbar, den Anwendungsbereich der 3. PflegeArbbV in persönlicher Hinsicht auf den Kreis der Selbständigen zu erweitern. Dabei ist es mit Blick auf die Mindestentgelte einerseits möglich, das Schutzniveau demjenigen der abhängig beschäftigten Pflegekräfte gleichzusetzen. Gleichermäßen ließe sich aber auch ein geringeres Mindestentgelt bestimmen, welches den Besonderheiten der selbständigen Dienstleistungsbranche und dem hiermit verbundenen Mehr an Handlungs- und Entscheidungsspielraum angemessen Rechnung trägt.

VI. Das Arbeitszeitgesetz ist *de lege lata* nach der Bereichsausnahme des § 18 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG nicht auf Arbeitnehmer anwendbar, die in häuslicher Gemeinschaft mit den ihnen anvertrauten Personen zusammenleben und sie eigenverantwortlich erziehen, pflegen oder betreuen. Pflegekräfte in der 24-Stunden-Betreuung unterfallen diesem Tatbestand nicht: Insoweit wird in der Rechtsprechung sowohl das Kriterium des „Zusammenleben“, als auch das der „Eigenverantwortlichkeit“ abgelehnt. Auch wenn der EuGH zur Thematik bislang nicht ausdrücklich Stellung bezogen hat und die Rechtsprechung auch nur wenige Anhaltspunkte liefert, spricht viel dafür, die Möglichkeit der Abweichung nach Art. 17 Abs. 2, 3 der Richtlinie 2003/88/EG für die 24-Stunden-Betreuung als eröffnet anzusehen. Eine Abweichung von der wöchentlichen Höchst Arbeitszeit ist dadurch jedoch nicht möglich. Die Möglichkeit nach Art. 17 Abs. 1 der Richtlinie von den Bestimmungen dieser Richtlinie abzuweichen, ist für diese Pflegekräfte nicht eröffnet. Damit ist auch der Handlungsspielraum des Gesetzgebers im Hinblick auf die Bereichsausnahme des § 18 Abs. Abs. 1 nr. 3 ArbZG begrenzt. Es besteht keine Möglichkeit, Pflegekräfte in der 24-Stunden-Betreuung aus dem Anwendungsbereich des ArbZG auszuklammern, ohne ihnen einen der Richtlinie 2003/88/EG entsprechenden Schutz zu gewähren.

VII. Im Bereich des Mindestlohns besteht gesetzgeberischer Handlungsspielraum. Nach der aktuellen Rechtsprechung des BAG ist Bereitschaftsdienst vollumfänglich mit dem Mindestlohn zu vergüten. Der Gesetzgeber hat es freilich in der Hand, dies zu ändern – allgemein oder nur für den Bereich der Pflege. Er kann dabei durchaus einen Mittelweg gehen und eine Vergütungspflicht für die aus dem MiLoG herausgenommene Bereitschaftszeiten schaffen, die hinter dem Mindestlohn zurückbleibt, etwa einen Bruchteil des Mindestlohns. Eine ausdrückliche Regelung der Vergütungspflicht wäre zu empfehlen, und ist vielleicht sogar notwendig. Denn auch wenn damit keine gesetzliche Pflicht bestünde, inaktive Bereitschaftsdienstzeiten mit dem Mindestlohn zu vergüten, ergibt sich daraus nicht, dass diese überhaupt nicht zu vergüten wäre. Eine gesetzliche Regelung des Bereitschaftsdienstes zur Klärung könnte im Ausgangspunkt im MiLoG angestrebt werden. Alternativ könnte eine Regelung nur für die häusliche Pflege getroffen werden, etwa in der Dritten Pflegearbeitsbedingungenverordnung (3.

PflegeArbbV). Notwendig wäre auch in diesem Zusammenhang eine Änderung der Ermächtigungsgrundlage (§§ 10, 11 AEntG), um den Anwendungsbereich der Verordnung auf den Bereich der häuslichen 24-Stunden-Betreuung zu erweitern. Kommt es zu keiner Gesetzesänderung für den Bereitschaftsdienst, bleibt der Praxis nur, auf die Rufbereitschaft auszuweichen. Eine solche setzt jedoch zwangsläufig voraus, dass die Pflege- und Betreuungskraft ihren Aufenthaltsort sowohl in vertraglicher als auch tatsächlicher Hinsicht frei wählen darf. Nur dann handelt es sich nicht um (vergütungspflichtigen) Bereitschaftsdienst.

**VIII.** Verschiedene Anbieter halten Musterverträge für die 24-Stunden-Betreuung bereit. Abzuwägen ist stets, inwieweit der Mehrwert eines vorformulierten Vertragsentwurfs durch fehlenden Handlungsspielraum der Vertragsparteien abschmilzt. Auch Vertragsmuster, die für eine Pflegebetreuung durch selbständige tätige Pflegekräfte konzipiert worden sind, lassen (naturgemäß) wenig Spielraum für Anpassungen an die jeweiligen Bedürfnisse des einzelnen Pflegebedürftigen. Muster können gleichermaßen als Ausgangspunkt für die Anfertigung eines eigenen, auf den Bedarf und die individuell gewünschten Rahmenbedingungen der Pflegeleistungen angepassten Vertrags fungieren. Es mag daher erwogen werden, dass von neutraler Stelle stärker differenzierende Musterverträge erarbeitet und den zu Pflegenden und ihren Angehörigen zur Verfügung gestellt werden. Dies könnte verbunden werden mit erläuternden *Questions and Answers*, die für die praktischen Fälle Handlungshinweise zur Vermeidung von Rechtswidrigkeiten geben.