

Häusliche 24h-Betreuung durch Selbständige

**Gesetzgeberische Wege
zur Verhinderung von Scheinselbständigkeit
und zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen**

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

November 2019

GLIEDERUNG

I. Ausgangslage: Risiko der Scheinselbständigkeit belastet die Betreuenden – Selbständige Betreuerinnen fallen durch das Netz gesetzlichen Schutzes	3
1. Häusliche Betreuung findet ganz überwiegend durch Selbständige statt – denn durch Arbeitnehmerinnen sind die meisten Modelle nicht realisierbar	3
a) Arbeitszeitrechtliche Grenzen von Arbeitnehmern	3
b) Vergütungsrechtliche Grenzen von Arbeitnehmern	4
2. Selbständige Betreuerinnen sind durch das Arbeit- und Sozialrecht nicht geschützt	6
3. Zwischenfazit	6
4. Das Risiko der Scheinselbständigkeit ist hoch – auch auf Grund der Unbestimmtheit der Normen	6
II. Wege zu einem besseren rechtlichen Rahmen.....	8
1. Abgrenzung von Selbständigen und Arbeitnehmern erleichtern	8
a) Anknüpfungspunkt: Die Rechtsprechung der Arbeits- und Sozialgerichte	8
b) Vertypungen als gesetzgeberischer Weg: Vorbilder in der Vergangenheit	14
c) Elemente und Struktur einer Zweifelsregelung	16
aa) Destillat der Rechtsprechung als Ausgangspunkt der Vertypung.....	16
bb) Positiv- statt Negativregelung	17
cc) Zweifelsregelung zur Verhinderung der Gesetzesumgehung	19
dd) Vorschlag einer Formulierung.....	20
2. Arbeitsentgelt- und Arbeitszeitschutz auch für selbständige Betreuerinnen schaffen.....	20
a) Anknüpfungspunkte: Vorbilder eines Schutzes von Selbständigen in Deutschland und Europa.....	21
b) Verfassungsrechtliche Grenzen der Übertragbarkeit	21

I. Ausgangslage: Risiko der Scheinselbständigkeit belastet die Betreuenden – Selbständige Betreuerinnen fallen durch das Netz gesetzlichen Schutzes

Die rechtliche Lage der Betreuerinnen (denn fast nur um weibliche Betreuungskräfte handelt es sich in der Praxis) in der 24h-Betreuung lässt sich einfach beschreiben:

- Häusliche Betreuung findet ganz überwiegend durch Selbständige statt – denn durch Arbeitnehmerinnen sind die meisten Modelle nicht realisierbar (1),
- selbständige Betreuerinnen sind durch das Arbeit- und Sozialrecht nicht, oder doch kaum geschützt (2),
- dabei ist das Risiko der Scheinselbständigkeit hoch – auch auf Grund der Unbestimmtheit der maßgeblichen Normen (3).

1. Häusliche Betreuung findet ganz überwiegend durch Selbständige statt – denn durch Arbeitnehmerinnen sind die meisten Modelle nicht realisierbar

Auch wenn die Zahlen schwer zu ermitteln sind: Häusliche Betreuung findet ganz überwiegend durch Selbständige statt. Das ergibt sich schon aus den arbeitszeitrechtlichen Grenzen und den Kosten durch den Mindestlohn, die zwingend mit einer Betreuung im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses verbunden wären:

a) Arbeitszeitrechtliche Grenzen von Arbeitnehmern

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 Betreuerinnen und Pflegekräfte in der 24-Stunden-Betreuung unter diesen Ausnahmetatbestand fallen, wird überwiegend verneint.¹ Damit gilt als

¹ 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).

notwendige Folge das Arbeitszeitgesetz. Folgende Grundsätze sind zu daher für Arbeitnehmerinnen zu beachten:

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

Es ist offensichtlich, dass dies mit „echter“ 24h-Betreuung durch eine Person nur wenig zu tun hat.

b) Vergütungsrechtliche Grenzen von Arbeitnehmern

Überdies gilt: Zeiten, in denen Betreuerinnen Vollarbeit oder auch nur Bereitschaftsdienst leisten, sind mit dem Mindestlohn zu vergüten.²

Legt man – unter Nichtberücksichtigung des ArbZG – ein wörtliches Verständnis einer 24-Stunden-Betreuung zugrunde, ergibt sich Folgendes: Die Betreuerin hat in einem arbeitsvertraglich vorgegebenen Umfang Vollarbeit zu leisten und sich auch den Rest des Tages oder eines großen Teils davon – und insbesondere auch während der Nachtruhe – in „greifbarer Nähe“ des Pflegebedürftigen aufzuhalten, um ggf. Pflegeleistungen oder andere Formen der Betreuung 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 €

² Zu Mindestlohnpflichtigkeit von Bereitschaftsdienst trotz diesbezüglichem Schweigen des Gesetzes BAG v. 11.10.2017 – 5 AZR 591/16, NZA 2018, 32. Kritisch *Thüsing/Hütter*, NZA 2015, 917.

Es ist freilich offensichtlich, dass so etwa gar nicht legal angeboten werden kann – auch wenn es zuweilen gerade so praktiziert wird. Unter Berücksichtigung der Regelungen des ArbZG ist die Berechnung anzupassen. 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 Pflegekraft 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 – diese könnten freilich nach herrschender Meinung grds. auch nicht auf den Mindestlohn angerechnet werden.³ Zudem umfasst dieser Bruttolohn nicht den Anteil des Arbeitgebers an der Sozialversicherung. Die Kosten erhöhen sich damit nochmal um ca. 20 %. All dies zeigt: Wird 24-Stunden-Betreuung tatsächlich durch Arbeitnehmer/Beschäftigte erbracht, und wird dies konsequent rechtlich

³ *Lembke*, NZA 2015, 70 (75); *MHdBArbR/Krause*, 4. Aufl. 2018, § 61 Rn. 17; *Schaub ArbR-HdB/Vogelsang*, 17. Aufl. 2017, § 66 Rn. 33.

durchgesetzt, dann wird sie deutlich teurer als das, was ganz überwiegend heute auf dem Markt angeboten wird.

2. Selbständige Betreuerinnen sind durch das Arbeit- und Sozialrecht nicht geschützt

Die somit ganz überwiegend als Selbständige tätigen Betreuerinnen werden durch das Arbeitsrecht nicht und durch das Sozialrecht nur sehr fragmentarisch erfasst:

- Arbeitsrechtlich gibt es keine Schranken der Arbeitszeit und keine Entgeltgrenze nach unten.
- Das Sozialrecht enthält zwar eine Pflicht zur Krankenversicherung, aber keine Pflicht zur Arbeitslosenversicherung oder zur Rentenversicherung.

3. Zwischenfazit

Die dadurch bedingte weitgehende Schutzlosigkeit wird vielfach -und zurecht - beklagt:

„Schon die Bezeichnung der Arbeitskräfte als 24-Stunden-Pflegekräfte belegt, dass ihre Beschäftigung mit den geltenden Arbeitszeitvorschriften unvereinbar ist. Doch weder Politik noch Justiz oder Zoll kümmern sich de facto darum. Weil ohne richterlichen Beschluss die Unverletzlichkeit der Wohnung gilt, muss kein Beteiligter mit staatlichen Kontrollen rechnen – und auf dem Papier erscheinen die Verträge meist gesetzeskonform.“⁴

4. Das Risiko der Scheinselbständigkeit ist hoch – auch auf Grund der Unbestimmtheit der Normen

Dabei ist das Risiko der Scheinselbständigkeit hoch. Denn die Abgrenzung von Selbständigen und unselbständigen Beschäftigten/Arbeitnehmern ist nur im Einzelfall möglich und erfolgt gemäß typologischer Gesamtschau unter Berücksichtigung und Gewichtung einer Vielzahl von Kriterien. Die Unsicherheit ist dabei erheblich.

⁴ Exemplarisch s. die Stellungnahme im Magazin Mitbestimmung Ausgabe 06/2018, abrufbar unter https://www.boeckler.de/66355_111567.htm?id=magazinmitbestimmung_8a0cd50ecce34cfd150d3d512ccf42cf.

Arbeitnehmer ist nach § 611a BGB, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist.⁵ 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.⁶ 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 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.⁷

Dieser allgemeine Rahmen ist in den vergangenen Jahren durch die Rechtsprechung im Hinblick auf die 24-Stunden-Pflege/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-Pflege.⁸ Für die Zuordnung – so das BSG – kommt es stets „auf die Gesamtschau der jeweiligen Umstände des Einzelfalls“ an.⁹ Eben darin liegt aber eine Unsicherheit, die allgemein beklagt wird. Während das BSG noch in einer jüngsten Entscheidung feststellte, dass die Tätigkeit von Pflegekräften *in Pflegeheimen* aufgrund der organisatorischen Einbindung regelmäßig in einer abhängigen Beschäftigung ausgeübt wird und damit der

⁵ 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.

⁶ 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.

⁷ So ausdrücklich bereits BSG v. 30.04.1981 – 8/8a RU 12/80, SozR 2200 § 539 Nr 80, Rn. 116.

⁸ 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“.

⁹ BSG v. 18.11.2015 – B 12 KR 16/13 R, NJOZ 2016, 666 (671).

Sozialversicherungspflicht unterliegt¹⁰, bleibt auch in dieser Entscheidung die Frage für die häusliche Betreuung unbeantwortet: „Derzeit nicht vom Senat zu entscheiden sind andere Ausprägungen der Tätigkeit als Honorarpflegefachkraft, etwa ... im Rahmen ambulanter Pflege“ heißt es ausdrücklich in den Entscheidungsgründen des Urteils. Das ist unbefriedigend.

II. Wege zu einem besseren rechtlichen Rahmen

Es gilt daher bessere gesetzliche Wege zur Verhinderung von Scheinselbständigkeit und zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen zu finden.

1. Abgrenzung von Selbständigen und Arbeitnehmern erleichtern

Dabei liegt ein erster wichtiger Schritt in der Erleichterung der Abgrenzung von Selbständigen auf der einen Seite und Arbeitnehmern/Beschäftigten auf der anderen Seite. Wenn diese gelingt, reduziert sich die Gefahr der Scheinselbständigkeit und können tatsächlich abhängig Beschäftigte ihrer Rechte besser einklagen.

a) Anknüpfungspunkt: Die Rechtsprechung der Arbeits- und Sozialgerichte

Ausgangspunkt muss dabei die vorhandene Rechtsprechung der Arbeits- und Sozialgerichte sein. 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 abhängigen Beschäftigung auszugehen.¹¹ In die entgegengesetzte Richtung geht die Rechtsprechung aber zumeist bei den Live-Ins. In seiner Entscheidung vom 28.9.2011 hat das BSG ausführlich zur Selbständigkeit einer häuslichen Pflegekraft judiziert.¹² Dem Urteil lag eine Tätigkeit einer hauswirtschaftlichen Betreuungskraft zugrunde, die ein Gewerbe „Hauswirtschaftliche

¹⁰ BSG v. 7.6.2019 – B 12 R 6/18 B.

¹¹ LSG Bayern v. 9.5.2017 – L 7 R 5035/17, BeckRS 2017, 142630 mwN.

¹² BSG v. 28.9.2011 – B 12 R 17/09 R, BeckRS 2012, 67108.

Betreuung“ angemeldet hatte und im 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 Pflegekraft 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 beschäftigtypische Leistungspflicht der Pflegekraft ergäbe, da dieser für eine Arbeitnehmerin untypische Handlungsspielräume zukämen. Da sich die im Einzelfall notwendig werdenden Leistungen der Pflegekraft 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 Pflgetätigkeiten (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 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 Pflegekraft 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.¹³ 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 vorzunehmen, ob die Absicht auf Erzielung von Einkommen nur teilweise auf steuerpflichtige Einkünfte gerichtet sei.¹⁴

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.¹⁵ Auch wenn es im vom BSG zu entscheidenden Rechtsstreit nicht um eine häusliche Pflegekraft, sondern um einen Erziehungsbeistand (Leistungen der 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.

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

¹³ BSG v. 28.9.2011 – B 12 R 17/09 R, BeckRS 2012, 67108.

¹⁴ BSG v. 25.5.2011 – B 12 R 13/09, Rn. 11, *juris*.

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

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 biete¹⁶:

„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 demenzten 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 Pflegekraft 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.¹⁷ 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

¹⁶ 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.

¹⁷ OLG Frankfurt a.M. v. 7.3.2014 – 1 Ws 179/13, BeckRS 2014, 17893.

sich bereits aus der Natur des Leistungsspektrums, dass 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.¹⁸ 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.¹⁹ 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.²⁰ 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.²¹

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

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

¹⁹ *LSG Schleswig-Holstein v. 24.5.2018 – L 5 BA 16/18*, BeckRS 2018, 10591.

²⁰ *LSG Schleswig-Holstein v. 24.5.2018 – L 5 BA 16/18*, BeckRS 2018, 10591.

²¹ *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.²² 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.“²³ 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.²⁴ 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.:

„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

²² LSG Baden-Württemberg v. 19.7.2017 – L 2 R 3158/16, Rn. 60, *juris*.

²³ LSG Baden-Württemberg v. 23.4.2015 – L 11 R 3224/14, Rn. 35, *juris*.

²⁴ LSG Schleswig-Holstein v. 11.5.2017 – L 5 KR 90/15, Rn. 35, *juris*.

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.“²⁵

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 bei ihr anfallenden Aufwand jeweils eigens kalkuliert und diesen zur Grundlage ihrer Vergütungsberechnung macht.²⁶

b) Vertypungen als gesetzgeberischer Weg: Vorbilder in der Vergangenheit

Daran gilt es anzuknüpfen und die genannten Merkmale vertypend für den Pflege- und Betreuungsbereich gesetzgeberisch vorzustrukturieren. Ansätze für solche Vertypungen hat es in der Vergangenheit verschiedentlich gegeben.

Mit dem „Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte“²⁷, das am 1.1.1999 in Kraft trat, sollte die als vermehrt auftretend erkannte Problematik der sog. Scheinselbständigkeit bekämpft werden. In § 7 Abs. 4 SGB IV wurde zu diesem Zweck eine Vermutungsregel implementiert, nach der bei Erfüllung zweier der damals im Gesetz genannten Kriterien die Beschäftigteneigenschaft einer Person vermutet wurde. Die Regelung stand von Beginn an in der Kritik.²⁸ Einige der Kriterien wurden als deutlich zu weitgehend angesehen, weswegen eine Erweiterung der Sozialversicherungspflicht befürchtet wurde, während andere Kriterien viel zu unbestimmt sein und daher nicht weiterhelfen könnten. Letztlich gingen sowohl die

²⁵ LSG Schleswig-Holstein v. 11.5.2017 – L 5 KR 90/15, Rn. 35, *juris*

²⁶ LSG Nordrhein-Westfalen v. 10.6.2009 – L 16 R 53/08, *juris*.

²⁷ BGBl. I, 1998, Nr. 85, S. 3843.

²⁸ S. die Zusammenfassung im Zwischenbericht der Kommission „Scheinselbständigkeit“, NZA 1999, 1145.

Rechtsprechung als auch die Literatur davon aus, dass trotz der Normierung die Kriterien nicht abschließend waren, sondern weiterhin eine Gesamtschau aller Kriterien notwendig sei.²⁹ Recht schnell wurde der Kriterienkatalog mit dem Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit³⁰ vom 20.12.1999 rückwirkend zum 1.1.1999 wieder geändert, nunmehr griff die ausdrücklich widerlegbare Vermutungswirkung soweit drei der nunmehr fünf Kriterien erfüllt waren. Hinzukommen musste – eine entscheidende Einschränkung – nun aber eine Verletzung von Mitwirkungspflichten insbesondere nach § 206 SGB V durch den mutmaßlichen Arbeitnehmer gegenüber der ermittelnden Behörde.³¹ Nicht ohne Grund wurde die in der Praxis unbrauchbare Regelung des § 7 Abs. 4 SGB IV mit Gesetz vom 23.12.2002³² dann wieder abgeschafft und durch eine entgegengesetzte Vermutungsregelung zum Vorliegen einer Selbständigkeit bei Ich-AGs (Existenzgründerzuschuss nach § 421 SGB III) abgelöst.³³

Auch arbeitsrechtlich gibt es Parallelen. Die SPD-Fraktion erkannte das Problem der Scheinselbständigkeit und der Scheinwerkverträge im Jahr 2013 für sich erneut³⁴ und legte einen Gesetzesentwurf vor. Dieser sah Änderungen des § 7 SGB IV sowie des § 1 AÜG vor.³⁵ Diese Versuche scheiterten freilich daran, dass hier eine Vertypung erfolgen sollte für alle Arbeitnehmer- und Beschäftigtengruppen unabhängig von der Branche, in der sie arbeiten, und unabhängig von den Tätigkeiten, die sie verrichten. Das kann nicht gelingen, denn:

„Bei der Frage, in welchem Maße der Mitarbeiter persönlich abhängig ist, ist vor allem die Eigenart der jeweiligen Tätigkeit zu berücksichtigen. Es gibt keine abstrakten, für alle Arten von Arbeitnehmern schlechthin geltenden Kriterien. Für Dienstverhältnisse eines Akkordarbeiters, eines Kapitäns, einer Tänzerin oder eines Chefarztes kann es bei der Frage, ob sie persönlich abhängig sind oder nicht, kaum einen einheitlich Maßstab geben.“³⁶

²⁹ BSG v. 28.1.1999 – B 3 KR 2/98 R, BB 1999, 1663 m. Anm. von Ory; Kollmer, NJW 1999, S. 608 f.

³⁰ BGBl. I 2000, Nr. 1, S. 2.

³¹ BGBl. I, 2000, Nr. 1, S. 2; Gesetzesmaterialien BT-Dr 14/1855; Beschlussempfehlung des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung, BT-Dr 14/2046.

³² BGBl I, 2002, Nr. 87, S. 4621.

³³ Hierzu ausführlich Sommer, NZS 2003, 169 (170).

³⁴ Zu den Vorgängerregelungen in § 7 Abs. 4 SGB IV a.F. aus dem Jahr 1999 s. unten IV 1. b) ee).

³⁵ BT-Drucks. 17/12378, S. 6 ff.

³⁶ BAG v. 15.3.1978 - 5 AZR 819/76, BAGE 30, 163.

Hier aber ist es anders: Der Bereich der 24h-Betreuung lässt sich nach Tätigkeit und Struktur klar abgrenzen.

c) Elemente und Struktur einer Zweifelsregelung

Eine Vertypung ist daher möglich – aber wie soll sie aussehen?

aa) Destillat der Rechtsprechung als Ausgangspunkt der Vertypung

Schaut man auf die soeben aufgeführte Rechtsprechung ergeben sich damit Anhaltspunkte für eine Selbständigkeit von Pflegekräften, die regelmäßig betont werden:

- Individualität der Pflegeleistungen und damit einhergehender Handlungs- und Entscheidungsspielraum³⁷
- Nur Vorgabe einiger Eckpunkte: Beginn, Ende und grober Inhalt der Arbeit³⁸
- Ausbleiben von Einzelanordnungen bzgl. Pflegeleistungen³⁹
- Entscheidungsfreiheit bzgl. Ausgestaltung täglicher Arbeits- und Ruhezeiten⁴⁰
- Unternehmerisches Risiko bzgl. Akquise von Anschlussaufträgen⁴¹
- Kein Lohn- bzw. Entgeltfortzahlungsanspruch bei Urlaub bzw. Krankheit⁴²
- Keine Vergütung im Krankheits- oder Todesfall des Pflegebedürftigen⁴³

³⁷ BSG Urt. v. 28.9.2011 – B 12 R 17/09 R, BeckRS 2012, 67108, Rn. 19; LSG Mecklenburg-Vorpommern v. 18.2.2015 – L 7 R 225/11, *juris*; OLG Frankfurt a.M. v. 7.3.2014 – 1 Ws 179/13, BeckRS 2014, 17893.

³⁸ BSG v. 12.2.2004 – B 12 KR 26/02 R, BeckRS 2004, 40610; LSG Baden-Württemberg v. 14.12.2018 – L 8 R 985/17.

³⁹ BSG v. 12.2.2004 – B 12 KR 26/02 R, BeckRS 2004, 40610; 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.

⁴⁰ OLG Frankfurt a.M. v. 7.3.2014 – 1 Ws 179/13, BeckRS 2014, 17893.

⁴¹ LSG Schleswig-Holstein v. 24.5.2018 – L 5 BA 16/18, BeckRS 2018, 10591.

⁴² FG Niedersachsen v. 20.11.2014 – 5 K 32/13, BeckRS 2015, 95025.

⁴³ FG Niedersachsen v. 20.11.2014 – 5 K 32/13, BeckRS 2015, 95025.

- Vorhandensein mehrerer Auftraggeber⁴⁴
- Einzelne Aufträge können abgelehnt werden⁴⁵
- Keine Einbindung in Dienstpläne⁴⁶
- Fehlen eigener Investitionen in Betriebsmittel ist unbeachtlich⁴⁷
- Ausbleiben eigener Betriebsstätte ebenfalls unbeachtlich⁴⁸
- Keine tätigkeitsbezogenen Dokumentationspflichten⁴⁹

Konkret ergibt die Gesamtschau, dass insbesondere das *BSG* dem Vorhandensein von Handlungs- und Entscheidungsspielräumen bei der Einordnung von Betreuungskräften als selbständige Erwerbstätige maßgebliche Bedeutung beimisst. Hiermit einher geht die Flexibilität selbständig Tätiger hinsichtlich der inhaltlichen Konturierung der Betreuungsleistungen. Erhält die Pflegekraft 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 Pflegekraft, eigenständig Anschlussaufträge zu akquirieren, werten die Gerichte als Indiz einer selbständigen Erwerbstätigkeit. Andersherum wird als negatives Abgrenzungsmerkmal vertreten, dass die Zusammenarbeit mit anderen Betreuungskräften sowie die Koordinierung des Pflege- und Betreuungsablaufs mit Betriebsstrukturen von Pflegediensten nicht zwangsläufig gegen die Selbständigkeit der Betreuungskraft sprechen – vielmehr ergäben sich diese Gesichtspunkte nach Auffassung der Rechtsprechung aus der Notwendigkeit einer kontinuierlichen und verlässlichen Sicherstellung der Pflege.

bb) Positiv- statt Negativregelung

⁴⁴ LSG Schleswig-Holstein v. 11.5.2017 – L 5 KR 90/15, Rn. 35, *juris*.

⁴⁵ LSG Nordrhein-Westfalen v. 10.6.2009 – L 16 R 53/08, *juris*.

⁴⁶ LSG Schleswig-Holstein v. 11.5.2017 – L 5 KR 90/15, Rn. 35, *juris*; ähnlich auch LSG Bayern v. 16.7.2015 – L 7 R 978/12, BeckRS 2016, 71017; zur grundlegenden Bedeutung der Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation s. 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).

⁴⁷ BSG v. 14.3.2018 – B 12 KR 3/17 R, NZS 2018, 867 (867); vgl. aber auch LSG Schleswig-Holstein v. 24.5.2018 – L 5 BA 16/18, BeckRS 2018.

⁴⁸ BSG v. 31.3.2017 – B 12 R 7/15 R, NZS 2017, 664 (669).

⁴⁹ OLG Frankfurt a.M. v. 7.3.2014 – 1 Ws 179/13, BeckRS 2014, 17893.

Hierbei ist zielführend für die Schaffung von Rechtsicherheit allein eine Positivregelung in dem Sinne, dass das Gesetz nicht typologische Indizien, wann eine Unselbständigkeit gegeben ist, sondern wann eine Selbständigkeit gegeben ist, formuliert. Denn wie dargelegt ist der praktische Regelfall ja der Selbständigen-Vertrag. Die umgekehrte Vermutungsregelung („Wenn Kriterium x oder y erfüllt ist, dann bist Du entgegen der Vertragsregelung unselbständig...“) würde demgegenüber auch verfassungsrechtliche Fragen aufwerfen.⁵⁰ Denn durch die Feststellung der Versicherungspflicht einer Tätigkeit nach § 7 SGB IV greifen die Sozialversicherungsträger durch die eintretende Pflichtmitgliedschaft des Beschäftigten in dessen allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG ein.⁵¹ Dass die hiermit verbundenen sozialen Absicherungen vorteilhaft sein können, ändert an der Eingriffsqualität nichts.⁵² Zugleich liegt ein Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 GG vor, wenn aufgrund der Vermutungswirkung eine tatsächlich vorliegende (versicherungsfreie) selbständige Tätigkeit nicht anerkannt wird. Zugleich ist auch der Arbeitgeber durch die für ihn mit der Pflichtmitgliedschaft des Beschäftigten einhergehenden bußgeldbewehrten (Zahlungs-) Pflichten jedenfalls in seinem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG betroffen. Ein solcher Eingriff müsste verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden. Die Einführung einer Vermutungswirkung für die Unselbständigkeit kann dazu führen, dass in konkreten Fällen tatsächlich Selbständigkeit vorliegt, diese der Betroffene aber nicht nachweisen kann und somit als Beschäftigter i.S.d. § 7 SGB IV gilt. Somit würde eine neue Kategorie des „Beschäftigten kraft Vermutung“⁵³ geschaffen werden. Im Verwaltungsverfahren gilt aber der Grundsatz, dass die Behörde im Bereich der Eingriffsverwaltung die materielle Beweislast für das Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage trägt.⁵⁴ Eine umfassende, einschränkungslose Beweislastumkehr zulasten des Bürgers kehrt den Grundsatz der grundrechtlichen Freiheitsvermutung in sein Gegenteil um und ist daher verfassungsrechtlich sperrig.

⁵⁰ Zur Rechtslage vor 2002 s. *Degenhart*, ZfA 1999, 531 ff.

⁵¹ *Merten*, NZS 1998, 545 (547).

⁵² So auch *Degenhart*, ZfA 1999, 531 ff.

⁵³ So schon *Degenhart*, ZfA 1999, 531 (539); *Bauer/Diller/Lorenzen*, NZA 1999, 169 (170).

⁵⁴ BVerwG v. 25.3.1964 – VI C 150.62, BVerwGE 18, 168 (171); BeckOKVwGO/*Breunig*, 29. Ed. 2014, § 108 VwGO Rn. 17; *Kopp/Schenke*, VwGO, § 108 Rn. 13; *Lüke*, JZ 1966, 587 (593).

Würde man demgegenüber eine Zweifelsregelung in die umgekehrte Richtung schaffen („Du bist im Zweifel tatsächlich selbständig, wenn Du das so vereinbart hast und folgende Kriterien erfüllt sind..“), dann stellen sich diese verfassungsrechtlichen Fragen nicht: die Vertragspartner haben jedoch die Möglichkeit der Rechtsicherheit, wenn Sie sich an den gesetzlichen Indizien orientieren.

cc) Zweifelsregelung zur Verhinderung der Gesetzesumgehung

Eine solche Regelung kann freilich auch dann – ganz im Sinne typologischer Abgrenzung und anders als vorangegangene Vorschläge – nur im Sinne einer Zweifelsregelung formuliert sein. Durch die Kodifizierung der Kriterien und die Vermutungswirkung soll Rechtsicherheit für die tatsächlich Selbständigen einerseits und die Rechtsdurchsetzung für Beschäftigte, die als Scheinselbständige auftreten, andererseits erleichtert werden.⁵⁵ Problem ist in der Regel nicht das geltende Recht, sondern dessen Durchsetzung, die häufig an der komplizierten und vom Einzelfall abhängigen Rechtsprechung scheitert. Regelungsanliegen ist daher eine Vereinfachung der Feststellung der Beschäftigten- bzw. Arbeitnehmereigenschaft für das betroffene Personal und auch die Vollzugsbehörden. Als Mittel zur Erreichung dieses Zwecks sei eine Vermutungsregelung geeignet, da diese das Risiko vermeidet, dass die rechtliche Unsicherheit der Einordnung als Arbeitnehmer oder Selbständiger zulasten des betroffenen (potentiellen) Arbeitnehmers geht.

Geht man über eine bloße Vermutungs- und Zweifelsregelung hinaus käme es zu einer unzulässigen Reduktion der maßgeblichen Kriterien: Sind nur noch wenige Kriterien zur Bestimmung der Arbeitnehmer/Beschäftigteneigenschaft vorhanden würde der Typus eingeschränkt. Es ist zulässig, wenn der Gesetzgeber die wichtigsten typologischen Merkmale benennt. Denn nicht alle Merkmale sind gleichwertig. Es gibt Kriterien, die größere Prägestärke zur Erfüllung des Typus sind, und damit aussagekräftiger für die Zuordnung eines Arbeitnehmers sind als andere. Eine

⁵⁵ S. auch die damalige Begründung zur Vermutungsregelung im SGB V in BT-Drucks. 17/12378, S. 10.

Verengung nur auf bestimmte Merkmale würde aber dem Wesen des Typus widersprechen.

dd) Vorschlag einer Formulierung

Möglich ist damit folgende Regelung, eingefügt etwa als § 7g SGB IV oder als 77 Abs. 3 SGB XI:

- „Bei ambulant tätigen Betreuungs- und Pflegekräften wird eine selbständige Tätigkeit vermutet, wenn die Parteien ausdrücklich eine selbständige Tätigkeit vereinbart haben und
- a) der die Tätigkeit begründende Vertrag durch die Pflege- oder Betreuungskraft unmittelbar mit der zur betreuenden Person oder einer ihr nahestehenden Person selber abgeschlossen wird,
 - b) der die Tätigkeit begründende Vertrag die Rechte und Pflichten der Pflege- oder Betreuungskraft abschließend erfasst und ein arbeitsvertragliches Weisungsrecht der zu betreuenden Personen oder eines Dritten ausgeschlossen ist,
 - c) die Pflege- oder Betreuungskraft vertraglich berechtigt ist, im selben Zeitraum mehr als eine Person, auch in mehreren Haushalten, zu pflegen oder zu betreuen,
 - d) die Pflege- oder Betreuungskraft vertraglich berechtigt ist, einzelne Pflege- oder Betreuungsleistungen durch den Einsatz gleichwertig qualifizierter Dritter zu erbringen und
 - e) der die Tätigkeit begründende Vertrag die konkreten täglichen Arbeits- und Ruhezeiten in das Ermessen der Pflege- oder Betreuungskraft stellt.
- Zeigt die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses, dass es sich um eine abhängige Beschäftigung handelt, kommt es auf die Bezeichnung im Vertrag nicht an.“

Alternativ könnte man sich das Arbeitszeitgesetz oder die Pflegearbeitsbedingungenverordnung als Anknüpfungspunkt vorstellen, je nachdem ob Entgeltschutzvorschriften oder Arbeitszeitregelung auch für Selbständige geschaffen werden sollen.

2. Arbeitsentgelt- und Arbeitszeitschutz auch für selbständige Betreuerinnen schaffen

Ist damit klarer geregelt, wer selbständig und wer u.U. nur scheinselfständig ist, kann in einem weiteren gesetzgeberischen Schritt auch die Tätigkeit selbständiger

Betreuerinnen durch gesetzgeberischen Schutz flankiert werden – mit dem Nebeneffekt, dass der Schutzabstand zwischen selbständiger und abhängiger Beschäftigung kleiner wird und dadurch auch ggf. der Anreiz, abhängige Beschäftigung fälschlich als selbständige Tätigkeit auszugeben, gemindert wird.

a) Anknüpfungspunkte: Vorbilder eines Schutzes von Selbständigen in Deutschland und Europa

Dabei ist die Schaffung von entgeltrechtlichen Regelungen für Selbständige und auch von arbeitszeitrechtlichen Regelungen für Selbständige keine beispielelose Besonderheit. Die Mindestsätze der Honorarordnungen für Rechtsanwälte und Architekten dürfen grundsätzlich nicht unterschritten werden – auch bei selbständiger Tätigkeit. Dieser Mindestentgeltschutz selbst in akademischen Berufen wird durch hinreichende öffentliche Interessen geschützt und ist eben deshalb zulässig.

Das gleiche gilt für die Regelung der Arbeitszeit: Das Selbständige-Kraftfahrer-Gesetz bestimmt die Höchstarbeitszeiten für selbständige Kraftfahrer, weil es keinen Unterschied macht, ob der Straßenverkehr durch selbständige oder unselbständige Kraftfahrer beeinträchtigt wird.

b) Verfassungsrechtliche Grenzen der Übertragbarkeit

Diese Beispiele weisen auch die verfassungsrechtlichen Grenzen der Übertragbarkeit von arbeitsrechtlichen Schutzinstrumenten auf Selbständige. Voraussetzung ist entweder, dass eine vergleichbare Situation vorliegt weil ein vergleichbares Ungleichgewicht in der Verhandlungsmacht der Vertragspartner besteht⁵⁶ – dann mag man schon bei Vorliegen einer Regelungslücke an eine analoge Anwendung des Arbeitsrechts selber denken – oder aber ergänzende öffentliche Interessen für einen Schutz auch von selbständig

⁵⁶ S. die Bürgschaftsentscheidung des BVerfG v. 19.10.1993 - 1 BvR 567/89, NJW 1994, 36 : „Die Zivilgerichte müssen - insbesondere bei der Konkretisierung und Anwendung von Generalklauseln wie § 138 und § 242 BGB - die grundrechtliche Gewährleistung der Privatautonomie in Art. 2 I GG beachten. Daraus ergibt sich ihre Pflicht zur Inhaltskontrolle von Verträgen, die einen der beiden Vertragspartner ungewöhnlich stark belasten und das Ergebnis strukturell ungleicher Verhandlungsstärke sind“.

Tätigen, wie sie bei den genannten Beispielen offensichtlich sind. Entgelt- und Arbeitszeitregelungen sind ohne Frage Berufsausübungsregelungen, die an Art. 12 GG zu messen sind.

Eine solche Regelung bedarf entsprechend der Schrankenregelung des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG, die auf das einheitliche Grundrecht insgesamt Anwendung findet,⁵⁷ als Eingriff in die Berufsfreiheit der Rechtfertigung. Diese Regel müsste auch der Schranken-Schranke der Verhältnismäßigkeit genügen. Beeinträchtigungen der Berufsfreiheit müssen also geeignet, erforderlich und verhältnismäßig i.e.S. sein im Hinblick auf ein verfolgtes legitimes Gemeinwohlinteresse.⁵⁸ Für die Anforderungen, die in der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu Grunde zu legen sind, hat das BVerfG in seinem grundlegenden Apothekerurteil⁵⁹ die sogenannte Drei-Stufen-Theorie entwickelt. Danach ist zwischen bloßen Berufsausübungsregeln, subjektiven und objektiven Zulassungsschranken zu unterscheiden.

Berufsausübungsregeln führen dabei eben nur zur geringsten Beeinträchtigung der Berufsfreiheit.⁶⁰ Durch sie bestimmt der Gesetzgeber die Art und Weise der Berufstätigkeit.⁶¹ Wegen der geringen Eingriffsintensität sind sie bereits zulässig, wenn sie auf Grund vernünftiger Allgemeinwohlerwägungen zweckmäßig erscheinen.⁶² Die Drei-Stufen-Lehre stellt zwar lediglich eine Typisierung der Verhältnismäßigkeitsprüfung dar,⁶³ die die Verhältnismäßigkeitsprüfung in der Form der Stufenlehre vollzieht und dadurch verdeutlicht und konkretisiert⁶⁴. Letztlich bleibt

⁵⁷ BVerfG Urt. v. 1.7.1980 – 1 BvR 247/75, BVerfGE 54, 237 (246); BVerfG Urt. v. 24.4.1991 – 1 BvR 1341/90, BVerfGE 84, 133 (148); BVerfG Beschl. v. 20.4.2004 – 1 BvR 838/01 u.a., BVerfGE 110, 304 (321).

⁵⁸ BVerfG Urt. v. 30.7.2008 – 1 BvR 3262/07 u.a., NJW 2008, 2409, Rn. 95.

⁵⁹ BVerfG Urt. v. 11.6.1958 – 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, 377 (405 ff.).

⁶⁰ Ruffert, in: Epping/Hillgruber, BeckOK-GG, Art. 12 GG Rn. 94; Jarass/Pierothe, GG, Art. 12 GG Rn. 25.

⁶¹ BVerfG Urt. v. 11.6.1958 – 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, 377 (405 f.); BVerfG Beschl. v. 19.3.1975 – 1 BvL 20/73 u.a., BVerfGE 39, 210 (225).

⁶² BVerfG Urt. v. 11.6.1958 – 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, 377 (405 f.); BVerfG Beschl. v. 23.3.1971 – 1 BvL 25/61, 1 BvL 3/62, BVerfGE 30, 336 (351); BVerfG Urt. v. 4.10.1983 – 1 BvR 1633/82, 1 BvR 1549/82, BVerfGE 65, 116 (125); BVerfG Beschl. v. 15.12.1987 – 1 BvR 563/85 u.a., BVerfGE 77, 308 (332); BVerfG Beschl. v. 11.2.1992 – 1 BvR 1531/90, BVerfGE 85, 248 (259); BVerfG Beschl. v. 5.12.1995 – 1 BvR 2011/94, BVerfGE 93, 362 (369).

⁶³ Vgl. Manssen, in: Mangoldt/Klein/Stark, GG, Art. 12 GG Rn. 140.

⁶⁴ Ruffert, in: Epping/Hillgruber, BeckOK-GG, Art. 12 Rn. 101; Wieland, in: Dreier, GG, Art. 12 GG Rn. 107 und 110.

sie aber eine Grobrasterung, die eine konkrete Prüfung der Verhältnismäßigkeit im Einzelfall nicht entbehrlich macht.⁶⁵ Dennoch bleibt es bei der in der Apothekerentscheidung vorgegebenen Gewichtung. Und bei dieser Gewichtung ist das Recht auf Leben und Gesundheit der zu Betreuenden angemessen zu berücksichtigen. Wenn durch Mindestentgelt die Qualität von Rechtsbeistand und von Architektenleistungen gesichert werden soll, dann zählt die Gesundheit der zu Betreuenden sicherlich nicht zu den geringwertigeren Rechtsgütern, die es zu schützen gilt. Wenn der Straßenverkehr vor übermüdeten Kraftfahrern geschützt wird, dann ist es ebenso legitim, zu Betreuende vor überarbeiteten Betreuerinnen zu schützen. Dass bei beiden Fragen zudem der Schutz der Betreuerinnen selber ein legitimes Gesetzesziel ist, ist offensichtlich.

⁶⁵ *Scholz*, in: *Maunz/Düring*, GG, Art. 12 GG Rn. 336.