



## Standard rechtskonformer Betreuung in häuslicher Gemeinschaft (BihG)

BihG ist neben ambulanter und stationärer Pflege zur unverzichtbaren dritten Säule der Versorgung bei Alter und Krankheit in Deutschland geworden. In 300.000 Haushalten versorgen Betreuungspersonen aus Osteuropa pflege- und betreuungsbedürftige Menschen. In der Praxis haben sich mehrere rechtliche Modelle etabliert. Um Schwarzarbeit von legalen Modellen zu unterscheiden, hat der VHBP wichtige Merkmale rechtskonformer Betreuung in häuslicher Gemeinschaft zusammengestellt – aus der Perspektive von Interessenten und Kunden, also der Rechtsordnung in Deutschland. Der VHBP leistet keine Rechtsberatung und übernimmt keine Haftung.

### Inhalt:

1. Betreuungspersonen als Arbeitnehmer
2. Betreuungspersonen als Selbständige
3. Betreuungspersonen als Arbeitnehmerähnliche
4. Entsendung von Betreuungspersonen aus dem Ausland
5. Sozialversicherung von Betreuungspersonen

### Zu 1. Betreuungspersonen als Arbeitnehmer

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

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

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

#### b) **Erfassung und Vergütung von Arbeits- und Bereitschaftszeit**

Bereitschaftszeit ist wie Arbeitszeit mindestens mit dem allgemeinen Mindestlohn zu vergüten (EuGH, Urteil vom 21.2.2018, C-518/15). Ähnlich wie bei den SOS-Kinderdörfern ist auch bei BihG eine klare Abgrenzung von Arbeits-, Bereitschafts- und Freizeit mit erheblichen praktischen Schwierigkeiten verbunden. Kann eine Betreuungsperson außerhalb der vereinbarten Arbeitszeit den Haushalt nach eigenem Willen nicht verlassen, ist von einer ständigen Präsenzpflcht und somit entgeltpflichtigem

# Standard Rechtskonformität BihG

Stand: 26.10.2020



verband für  
häusliche betreuung  
und pflege e.V.

Bereitschaftsdienst auszugehen. Wofür entsprechende Ruhezeiten zu gewähren sind. Ist der Haushalt direkt der Arbeitgeber der Betreuungsperson, hat er unabhängig von den o.g. Voraussetzungen in Zeiten von – bei Arbeitnehmern vergütungspflichtigem – Urlaub oder Krankheit der Betreuungsperson (im Durchschnitt 8-10 Wochen/Jahr) einen entsprechenden Ersatz zu organisieren und finanzieren.

## **Zu 2. Betreuungspersonen als Selbständige**

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

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

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

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

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

## **Zu 3. Betreuungspersonen als Arbeitnehmerähnliche**

Arbeitnehmerähnlichkeit i. S. des § 2 SGB VI bedeutet, dass Betreuungspersonen einerseits unternehmerisch selbständig arbeiten gem. den o.g. Bedingungen für Selbständige. Andererseits gelten sie als so schutzbedürftig, dass sie gesetzlich sozialversichert sind und Anspruch auf arbeitsrechtliche Mindestabsicherung haben (Urlaub, Lohnfortzahlung bei Krankheit). Es handelt sich also um eine Form der Selbständigkeit mit der Besonderheit, dass Sozialversicherungsbeiträge und

# Standard Rechtskonformität BihG

Stand: 26.10.2020



verband für  
häusliche betreuung  
und pflege e.V.

Steuern vom Auftraggeber abgeführt werden. Ein ähnliches Modell existiert derzeit in Polen. Für die Feststellung, ob es sich nach deutschem Recht um ein Auftrags- oder Arbeitsverhältnis handelt, ist die bloße Bezeichnung des nach deutschem oder ausländischem Recht abgeschlossenen Vertrags nicht relevant. Es besteht also das Risiko, daß ein Arbeitnehmerähnlicher nach polnischem Recht in Deutschland aber als Arbeitnehmer gilt. Entscheidend ist, wie der Vertrag tatsächlich gelebt wird.

## Zu 4. Entsendung von Betreuungspersonen aus dem Ausland

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

### a) Entsendung nach Art. 11 VO 883/04

Die Betreuungsperson wird in ihrem Heimatland als Arbeitnehmer angestellt oder als Arbeitnehmerähnlicher beauftragt, aber bei einer deutschen Krankenversicherung sozialversicherungspflichtig angemeldet. Diese Gestaltungsoption bedeutet für angestellte Arbeitnehmer, daß bei der Anmeldung nicht nur der ggf. niedrige Nettolohn, sondern auch die Sachwerte für Kost und Logis, sowie zweckfreie Entsendezulagen i.S. der §§ 2 a und 2 b ArbEntG angemeldet werden müssen. Das hat zur Konsequenz, daß die Arbeitgeberbruttokosten wahrscheinlich deutlich höher sind, als wenn das Entsendeunternehmen die möglichen Vorteile eines osteuropäischen Sozialversicherungs- und Steuersystems nutzt. Die Anmeldung einer Betreuungsperson bei einer deutschen Krankenkasse ausdrücklich als Arbeitnehmerähnliche hat zur Folge, daß sie als Selbständige anzumelden ist. Sofern dem die Deutsche Rentenversicherung zustimmt, sind sämtliche Einnahmen, also auch Entsendezulagen anzugeben.

### b) Entsendung nach Art. 12 VO 883/04

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

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

### c) Entsendung nach Art. 13 VO 883/04

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

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

# Standard Rechtskonformität BihG

Stand: 26.10.2020



verband für  
häusliche betreuung  
und pflege e.V.

- Die Tätigkeit in mindestens zwei EU-Mitgliedsstaaten muß durch den Auftraggeber oder die Betreuungsperson dokumentiert werden.

## **Zu 5. Sozialversicherung von Betreuungspersonen**

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

### **a) A1-Bescheinigung**

Zur Bestätigung, dass angestellter oder arbeitnehmerähnlicher Mitarbeiter dem Sozialversicherungssystem des Entsendestaates unterliegt, wird durch dessen Sozialversicherungsanstalt eine A1-Bescheinigung ausgestellt. Sie ist für Behörden und Gerichte des Landes, in das die Betreuungsperson entsandt wird, bindend, sofern sie nicht durch die ausstellende Behörde widerrufen wird. Eine A1-Bescheinigung ist zwar nicht für jede entsandte Person zwingend erforderlich. Aber weil dieses EU-Dokument die Sozialversicherungspflichtigkeit bestätigt, sieht es der VHBP als Voraussetzung für Rechtskonformität an.

### **b) Besonderheiten des polnischen Rechts für Arbeitnehmerähnliche**

- Der Auftraggeber hat für seine Betreuungspersonen Sozialversicherungsbeiträge und Einkommensteuern abzuführen.
- Sozialversicherungsbeiträge werden mindestens vom polnischen monatlichen Mindestlohn abgeführt, auf Antrag der Betreuungsperson vom vollen Gehalt.
- Der Mindeststundensatz für Auftragnehmer und Selbständige, die ihre Geschäftstätigkeit persönlich betreiben, beträgt 2020 17 PLN (ca. € 3,70) und wird jedes Jahr aktualisiert.

### **c) Scheinselbständigkeit von Betreuungspersonen**

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

### **d) Bemessungsgrundlage für Sozialabgaben**

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

1) Betreuungspersonen werden direkt durch Pflege- und Betreuungsbedürftigen, ambulante Pflegedienste oder durch Arbeitgeber im Ausland angestellt auf Grundlage eines Arbeitsvertrages mit wahrheitswidrig geringer Stundenzahl, z.B. 10 Stunden/Woche. Die übrige erbrachte Tätigkeit wird bar oder über Arbeit-/Auftraggeber im Ausland bezahlt.

2) Die Arbeit von Betreuungspersonen wird auf zwei Verträge aufgeteilt: 1) Anstellungsvertrag mit einem Arbeitgeber im Ausland über z.B. 10 Stunden/Woche mit entsprechendem Gehalt für hauswirtschaftliche und grundpflegerische Arbeiten und 2) Vertrag mit einem gemeinnützigem Auftraggeber im Ausland über z.B. 30 Stunden/Woche mit Steuer- und Sozialabgabenfreiem Aufwendungsersatz für betreuende Leistungen.

# Standard Rechtskonformität BihG

Stand: 26.10.2020



verband für  
häusliche betreuung  
und pflege e.V.

## Quellenhinweise

### 1. Gesetze und Verordnungen

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

### 2. Rechtsprechung

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

### 3. Literatur zu BihG

Petermann, Arne/Ebbing, Tobias/Paul, Michael (2017):

Das Tätigkeitsprofil von Betreuungspersonen in häuslicher Gemeinschaft, BAGSS, Saarbrücken.

[http://www.bagss.de/fileadmin/user\\_upload\\_berufsakademie/Content\\_allg/Forschungsbericht\\_BihG\\_Studie.pdf](http://www.bagss.de/fileadmin/user_upload_berufsakademie/Content_allg/Forschungsbericht_BihG_Studie.pdf)