
Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht

Zweiwochenschrift für die betriebliche Praxis

NZA Online Aufsatz 1/2014

12. Juni 2014 · 31. Jahrgang · Seite 1–5

In Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift herausgegeben von:

Prof. Dr. Jobst-Hubertus Bauer, Rechtsanwalt, Stuttgart – Prof. Dr. Johannes Peter Francken, Präsident des LAG Baden-Württemberg a. D., Freiburg – Edith Gräfl, Vorsitzende Richterin am BAG, Erfurt – Dr. Thomas Klebe, Leitung Hugo Sinzheimer Institut für Arbeitsrecht, Frankfurt a. M. – Wolfgang Koberski, Vorstand bei den Sozialkassen des Baugewerbes, Wiesbaden – Prof. Dr. Eckhard Kreßel, Leiter Personal- und Arbeitspolitik der Daimler AG, Stuttgart – Prof. Dr. Dr. h. c. Ulrich Preis, Universität zu Köln – Prof. Dr. Reinhard Richardi, Universität Regensburg – Prof. Dr. Rainer Schlegel, Vorsitzender Richter am BSG, Kassel – Ingrid Schmidt, Präsidentin des BAG, Erfurt – Prof. Dr. Klaus Schmidt, Präsident des LAG Rheinland-Pfalz a. D., Heidelberg – Prof. Dr. Achim Schunder, Rechtsanwalt, Frankfurt a. M. – Prof. Dr. Ulrike Wendeling-Schröder, Universität Hannover – Prof. Dr. Hellmut Wißmann, Präsident des BAG a. D., Erfurt

Schriftleitung: Prof. Dr. Achim Schunder, Dr. Jochen Wallisch und Martin Wildschütz
Beethovenstr. 7b, 60325 Frankfurt a. M.

Online-Aufsatz

Professor Dr. Dr. h. c. Lothar Knopp*

Gesetzlicher Mindestlohn im Gesundheits(un)wesen? – Mit einem Fokus auf die häusliche Pflege

Die geplante Einführung eines flächendeckenden gesetzlichen Mindestlohns könnte für die so genannte häusliche Pflege fatale Folgen haben. Sie ist wichtiger Teil des zum Gesundheitswesen gehörenden Pflegebereichs, besser gekennzeichnet als „Pflegerotstand“. Mangels deutscher Alternativen hat sich ein prosperierender Markt für ausländische Pflegehilfskräfte entwickelt, die in Privathaushalten Pflegebedürftiger tätig sind. Es geht für betroffene Pflegebedürftige vor allem um die Frage der Bezahlbarkeit einer so genannten 24-Stunden-Betreuung, eine Betreuungsform, die viele dem „Risiko Alten- und Pflegeheim“ vorziehen. Die bisher hier aufzuwendenden Kosten wären nach Einführung eines gesetzlichen Mindestlohns, sollte er auch für ausländische Pflegehilfskräfte gelten, nicht mehr haltbar, was das „Aus“ für entsprechende Modelle bedeuten würde.

I. Problemstellung bei der „häuslichen Pflege“ – zB das „polnische Modell“

Entscheidet sich ein Pflegebedürftiger im Alter oder auch als chronisch Kranker, im eigenen Heim versorgt zu werden, um so dem Risiko „Alten- und Pflegeheim“ zu entgehen und soweit es aus medizinischen Gründen auch vertretbar erscheint, klaffen Wunsch und Realität häufig weit auseinander. Sind die Angehörigen nicht oder nur teilweise in der Lage, die häusliche Versorgung des Betroffenen neben den mobilen Pflegediensten mitzutragen, ist guter Rat teuer und dies im wahrsten Sinne dieser Aussage. So steht in der Regel für eine so genannte 24-Stunden-Betreuung zuhause kein deutsches Personal zur Verfügung. Finanziell tragbar wäre

darüber hinaus eine solche Versorgung für den „durchschnittlichen“ Pflegebedürftigen sowieso nicht. Das jeweils gewährte Pflegegeld bei den Pflegestufen I bis III¹ ist hier nur ein Tropfen auf den heißen Stein und wird durch die in den meisten Fällen erforderlichen flankierenden Tätigkeiten der mobilen Pflegedienste aufgesogen. In dieses Dilemma stoßen seit Jahren vermehrt und mit Erfolg ausländische Betreuungskräfte („Pflegehilfskräfte“), überwiegend aus Mitgliedstaaten der EU, allen voran aus Polen. Inzwischen bevölkert auch bulgarisches und rumänisches Betreuungspersonal heimische Wohngefilde pflegebedürftiger älterer Menschen und chronisch Kranker. Der hier bereits bestehende Markt wird mit Angeboten durch stetig zunehmende Nachfrage nahezu „überschwemmt“,² was das politische Desaster im Bereich der häuslichen Pflege noch transparenter macht. Die Attraktivität des Einsatzes ausländischer Betreuungskräfte spiegelt sich vor allem im Preis wider, also in den Kosten, die von einem Pflegebedürftigen hierfür aufzuwenden sind. Die jeweiligen Modelle sind insoweit auch alternativlos, möchte ein

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Staatsrecht, Verwaltungsrecht und Umweltrecht, geschäftsführender Direktor des Zentrums für Rechts- und Verwaltungswissenschaften (ZfRV) an der Brandenburgischen Technischen Universität Cottbus-Senftenberg sowie geschäftsführender Direktor der deutsch-polnischen Forschungseinrichtung German-Polish Centre for Public Law and Environmental Network (GP PLEN).

1 Pflegestufe I 235 Euro, Pflegestufe II 440 Euro, Pflegestufe III 700 Euro (§ 37 I SGB XI).

2 Vgl. nur die Internetpräsenz obiger Thematik unter Stichworten wie „Häusliche 24-Stunden-Pflege, Polnische Pflegekraft“ uÄ.

Pflegebedürftiger zuhause versorgt werden. Es nützt dagegen wenig, pauschal gegen in Deutschland ansässige Vermittler ausländischer Betreuungskräfte zu wettern und ihrem Vorgehen „Illegalität“ vorzuwerfen,³ dafür aber keine tragfähigen Lösungen aus deutscher Sicht anzubieten. Mitnichten ist jedes Modell als „illegal“ einzustufen, wenngleich – wie in anderen Lebensbereichen aber auch, und gerade in Alten- und Pflegeheimen – illegale Praktiken immer wieder vorkommen, eine Grauzone, die nur schwer erfassbar ist. Lediglich beispielhaft sei hier das weit verbreitete und rechtlich grundsätzlich nicht beanstandbare so genannte „polnische Modell“ kurz umrissen.⁴

Der Pflegebedürftige oder seine Angehörigen wenden sich zunächst an eine in Deutschland ansässige Vermittlungsagentur,⁵ die polnische Betreuerinnen und Betreuer vermittelt. Von dort werden Vorschläge für geeignete Personen unterbreitet. Diese Personen können, müssen aber nicht ausgebildete Pflegekräfte sein, da es vorrangig um die *Betreuung* des Pflegebedürftigen in seiner Wohnung geht. Sind die Vorschläge aus Sicht des Pflegebedürftigen akzeptabel, wobei in der Regel die Betreuung für einen Pauschalpreis angeboten wird, kommt es zu einem Vertrag zwischen Pflegebedürftigem oder seinem Vertreter und einer in Polen ansässigen Firma, bei der die Betreuungskraft angestellt ist. Sozialversicherungsabgaben, Steuern etc werden von der polnischen Firma abgeführt. Der pflegebedürftige Kunde erhält lediglich monatlich eine Rechnung für den Einsatz der Betreuungsperson in seinem Haushalt. Die ihm entstehenden Kosten kann er unter steuerrechtlichen Maßgaben auch steuerlich geltend machen.⁶ Der Vermittler erhält für seine Vermittlungstätigkeit eine Vermittlungsprovision, geregelt ebenfalls in einem gesonderten Vertrag zwischen Vermittler und pflegebedürftigem Kunden. Kost und Logis für die Betreuungsperson hat der Kunde zur Verfügung zu stellen, ebenfalls ein angemessenes Reisegeld und die Gewährung ausreichender Freizeit, was im Einzelnen in dem Vertrag zwischen dem Kunden und der polnischen Firma geregelt ist, ebenso wie die vor Ort zu erbringenden Tätigkeiten der Betreuungsperson.⁷ Das Preispaket für deren Einsatz bemisst sich nach dem Schwierigkeitsgrad der Betreuungssituation, nach Erfahrung und Deutschkenntnissen der Betreuungsperson und kann im Einzelfall eine deutliche Schwankungsbreite, auch je nach Anbieter, haben. Ins Verhältnis gesetzt zu der von den Koalitionären vorgesehenen Höhe eines gesetzlichen Mindestlohns liegen solche Preisangebote bei einer 24-Stunden-Anwesenheit der ausländischen Betreuungskraft im Wohnbereich des Pflegebedürftigen aber immer noch deutlich unter dem vorgesehenen Mindestlohn von 8,50 Euro brutto/Zeitstunde. In der Regel werden neben dem ausländischen Betreuungspersonal aber weiterhin mobile Pflegedienste vor Ort tätig sein, da diese im Einzelfall für die medizinische Pflege zuständig sind, was den ausländischen Betreuungskräften untersagt und in den Verträgen zwischen polnischer Firma und pflegebedürftigem Kunden regelmäßig auch eindeutig geregelt ist.⁸

Aus Sicht der Akteure des beschriebenen Modells oder ähnlicher Modelle stellt sich daher gegenwärtig die existenzielle und damit berechtigte Frage, ob die Einführung des gesetzlichen Mindestlohns auch den Bereich der häuslichen Pflege durch ausländische Betreuungskräfte erfasst und somit einen inzwischen bewährten und mangels politischer Lösungsalternativen notwendigen Markt zu zerschlagen geeignet ist, da pauschale Preisangebote für die häusliche Pflege von zB 1600 Euro bis 2000 Euro brutto/monatlich, nur um einmal *eine* Spannbreite zu nennen, so nicht mehr haltbar wären mit der weiteren Folge, dass eine Betreuung und Versorgung im

häuslichen Bereich für betroffene Pflegebedürftige künftig dann obsolet werden könnte, falls Angehörige für eine solche Betreuung nicht oder nur in geringem Umfang zur Verfügung stehen.

II. EU-Betreuungskräfte: Arbeitnehmerentsendung oder Arbeitnehmerüberlassung

1. Vertragsgestaltung und Vertragsausführung

Bei der Erbringung grenzüberschreitender Dienstleistungen ist grundsätzlich zwischen Arbeitnehmerentsendung und Arbeitnehmerüberlassung zu unterscheiden. Der beim polnischen Unternehmen – um der Einfachheit halber bei diesem Beispiel zu bleiben – angestellte Arbeitnehmer verrichtet seine Arbeit zunächst bei einem Dritten (pflegebedürftiger Person) in Deutschland. Nicht jeder drittbezogene Personaleinsatz stellt aber eine Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) dar.⁹ So spricht auf Grund der überwiegenden Vertragsgestaltungen im Verhältnis Kunde–polnische Firma vieles dafür, dass es sich nicht um Arbeitnehmerüberlassungsverträge, sondern um Dienstleistungsverträge im Rahmen des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (AEntG) handelt, deren Gegenstand die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen beinhaltet. Eine Arbeitnehmerüberlassung liegt nur vor, wenn der Verleiher dem Entleiher Leiharbeiter zur Verfügung stellt und ihm das Recht einräumt, arbeitsrechtliche Weisungsbefugnisse auszuführen.¹⁰ Soweit in der Regel die Verträge zwischen Kunden und ausländischer Firma einen Ausschluss von Weisungsbefugnissen des Kunden gegenüber der Betreuungsperson enthalten, kann nicht von einer Arbeitnehmerüberlassung, sondern nur von einer Arbeitnehmerentsendung auszugehen sein. Bei der Arbeitnehmerentsendung zur grenzüberschreitenden Erbringung von Dienstleistungen muss der ausländische Dienstleister in eigener Verantwortung die Dienstleistung ausführen, das heißt, Zeit und Inhalt der Dienstleistung maßgeblich bestimmen, Weisungen durch den Pflegebedürftigen sind grundsätzlich ausgeschlossen.¹¹ Üblicherweise wird deshalb in besagten Verträgen im Einzelnen festgelegt, welche Tätigkeiten die Betreuungsperson im Haushalt des Pflegebedürftigen durchzuführen hat, wie deren Freizeit ausgestaltet ist etc Weicht die tatsächliche *Vertragsdurchführung* aber von der vertraglich vereinbarten Durchführung ab, kann eine Arbeitnehmerüberlassung vorliegen. Für die Einordnung der Vertragsbeziehung als Arbeitnehmerentsendung oder Arbeitnehmerüberlassung ist entscheidend, wie die Rechtsbeziehungen objektiv einzuordnen sind. Der wirkliche Geschäftsinhalt ist den vertraglichen Vereinbarungen, aber gerade auch der praktischen Durchführung zu entnehmen.

3 Vgl. etwa „Kleine Anfrage“ der Abgeordneten *Klaus Ernst, Kathrin Senger-Schäfer, Jutta Krellmann* ua Abgeordneten und der Fraktion DIE LINKE v. 18.1.2012, „Arbeitnehmerrechte ausländischer Pflegehilfskräfte im grauen Pflegemarkt“, BT-Drs. 17/8373.

4 Vgl. *Banek* in *Knopp* (Hrsg.), *Morbus Deutschland*, 2013, S. 57 ff.

5 Vgl. zu einzelnen Vermittlungsagenturen Stiftung Warentest, abrufbar unter: www.test.de/themen/bildung-soziales/test/Pflege-zu-Hause-Vermittlungsagenturen-im-Test-1.772.650-1774894/.

6 Vgl. §§ 33, 35 a EStG sowie *Banek* in *Knopp* (o. Fn. 4), S. 61 f.

7 Zu einem Vertragsmuster s. zB *Banek* in *Knopp* (o. Fn. 4), insbes. S. 71 ff.

8 Zu den vom Betreuungspersonal durchzuführenden Tätigkeiten s. beispielhaft das Vertragsmuster *Banek* in *Knopp* (o. Fn. 4), S. 71 ff., dort § 1 Nr. 1 und Anhang.

9 Vgl. zB *Hamann* in *Schüren AÜG*, 2010, § 1 Rn. 97; *Boemke* in *ders./Lembke*, *Komm. AÜG*, 2013, § 1 Rn. 68.

10 Vgl. zB *Boemke* in *ders./Lembke* (o. Fn. 9), § 1 Rn. 32; *Kalb* in *Henssler/Willemsen/Kalb* ([HWK] Hrsg.), *ArbeitsR-Komm.*, 2012, § 1 AÜG Rn. 17; *Erk/Wank*, 14. Aufl. 2014, § 1 AÜG Rn. 22; vgl. auch *EuGH*, *EuZW* 2011, 347 (350 f.).

11 *Körner*, *NZS* 2011, 370 (372).

Wird der Vertrag abweichend von den getroffenen Vereinbarungen durchgeführt, ist die tatsächliche Durchführung für die Einordnung des Vertragsverhältnisses maßgeblich. D. h., werden Weisungen der Betreuungsperson durch den Pflegebedürftigen und nicht durch das ausländische Unternehmen gegeben, kann es sich um eine Arbeitnehmerüberlassung handeln, nämlich dann, wenn der Dritte (Kunde) den Arbeitnehmer derart persönlich anweist, „dass damit zugleich Einsatz und Arbeit dieses einzelnen Arbeitnehmers unmittelbar bindend organisiert werden“.¹²

2. Arbeitnehmerentsendung

Im oben bereits zitierten Koalitionsvertrag¹³ heißt es im Hinblick auf die Einführung eines gesetzlichen Mindestlohns hierzu: „Von dieser Regelung unberührt bleiben nur Mindestlöhne nach dem AEntG.“ Das heißt, die Mindestlohnthematik richtet sich nach bisher schon geltendem Recht. Für den Pflegebereich gilt bei der Erbringung grenzüberschreitender Dienstleistungen die Pflegearbeitsbedingungenverordnung (PflegeArbbV)¹⁴ – über §§ 2 Nr. 1, 10, 11 AEntG –, die allerdings mit Ablauf des 31.12.2014 außer Kraft tritt und die als Mindestentgelt gem. § 2 PflegeArbbV seit dem 1.7. 2013 in den alten Bundesländern und Berlin 9 Euro brutto/Stunde und in den neuen Bundesländern 8 Euro brutto/Stunde festlegt. Sie gilt vor allem nach § 1 III PflegeArbbV für alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die *überwiegend* pflegerische Tätigkeiten der Grundpflege nach § 14 IV Rn. 1–3 SGB XI erbringen. Bei dem ausländischen Betreuungspersonal handelt es sich aber um keine solchen Arbeitnehmer, da seine Tätigkeit überwiegend hauswirtschaftlich geprägt ist – in der Regel handelt es sich auch nicht um ausgebildete Pflegerinnen und Pfleger –, weshalb die PflegeArbbV schon aus diesem Grund nicht anwendbar ist.¹⁵

3. Arbeitnehmerüberlassung

Sollte die tatsächliche Durchführung des Vertrags zwischen ausländischer Firma und deutschem Kunden vom o. vorgestellten Vertragsinhalt abweichen, könnte es sich um eine Arbeitnehmerüberlassung handeln, wobei für die Einordnung des Rechtsverhältnisses als Arbeitnehmerüberlassung oder Arbeitnehmerentsendung der Grad der tatsächlichen Eingliederung des Fremdarbeitnehmers in den Beschäftigungsbetrieb und insbesondere die Ausübung des Weisungsrechts maßgebend sein sollen.¹⁶ So wird teilweise bei der so genannte 24-Stunden-Betreuung im Haushalt des Pflegebedürftigen die Auffassung vertreten, es handele sich *unabhängig* von den vertraglichen Vereinbarungen und den konkreten Umständen des Einzelfalls um eine Arbeitnehmerüberlassung, weil der Pflegebedürftige in der Alltagsrealität den Inhalt der Tätigkeit, die Arbeitszeit und eine urlaubsbedingte Abwesenheit der Pflegehilfskraft bestimme.¹⁷ Nach den regelmäßigen vertraglichen Vereinbarungen in dem dargestellten Modell ist zunächst eine Weisungsbefugnis des Kunden bzw. der pflegebedürftigen Person gegenüber der ausländischen Betreuerin ausgeschlossen. Der Inhalt der jeweils zu erbringenden Tätigkeit ist vertraglich geregelt bzw. im Einzelnen festgelegt, ebenso im Wesentlichen die Arbeitszeit und die Freizeit der Betreuerin, wobei sich die Frage der urlaubsbedingten Abwesenheit nicht stellt, da die ausländische Hilfskraft in der Regel zwei bis drei Monate im Haushalt des Pflegebedürftigen tätig ist und dann ein Wechsel in der Person der Betreuungskraft eintritt. Die Realität des Alltags führt entgegen der anders lautenden Auffassung zu keinem anderen Ergebnis. Die mit dem ausländischen Unternehmen vereinbarten Dienstleistungen bestimmen regelmäßig den Inhalt der von der Betreuungsperson zu erbringenden Tätigkeiten, wie zB hauswirt-

schaftliche Versorgung (Kochen, Waschen, Einkaufen uÄ) sowie Hilfe beim Ankleiden, Waschen, Toilettengängen uÄ aus dem Bereich der Grundpflege, darüber hinaus individuelle Leistungen, die in besagtem Vertrag gesondert vereinbart werden.¹⁸ Dementsprechend wird das Betreuungspersonal auch von seinem ausländischen Arbeitgeber angewiesen. Gesonderte Weisungen durch den Pflegebedürftigen zur Konkretisierung der vereinbarten Leistungen bedarf es in der Regel nicht, da es sich bei den zu erbringenden Tätigkeiten um solche einfacher Art handelt, zu deren Konkretisierung die Betreuungskraft durchaus selbstständig in der Lage sein wird. Gleiches gilt für die Art und Weise der auszuübenden Tätigkeit. Zudem wäre es wirklichkeitsfremd anzunehmen, dass die zu betreuende Person die einzelnen Schritte der Betreuerin begleitet bzw. kontrolliert, um sie zum Beispiel anzuweisen, wie sie einen Staubsauger halten soll oder welchen Putzlappen sie zu benutzen hat. Oftmals wird die pflegebedürftige Person hierzu auch gar nicht in der Lage sein.

Soweit es im häuslichen Alltag dennoch zu Einzelanweisungen des Pflegebedürftigen kommt, wenn er zB ein Getränk möchte oder sich ein bestimmtes Mittagessen wünscht, führt dies für sich betrachtet noch nicht zu einer Arbeitnehmerüberlassung im Rechtssinne. Hierzu hat zB das LAG Hamburg¹⁹ festgestellt:

„Das Arbeitgeberweisungsrecht wird bei der Arbeitnehmerüberlassung während der Dauer des Fremdfirmeneinsatzes allein vom Inhaber des Einsatzbetriebs oder dessen Personal ausgeübt. Erhält der Arbeitnehmer sowohl vom Vertragsarbeitgeber als auch vom Inhaber oder sonstigen Personal des Einsatzbetriebs Weisungen in Bezug auf die Arbeitsleistung, scheidet Arbeitnehmerüberlassung in der Regel aus. Entscheidend ist, dass der Entleiher die Arbeitskraft während des gesamten Fremdfirmeneinsatzes lenkt und sich der Verleiher auf die Rolle eines Personalgestellers beschränkt.“

Soweit der Pflegebedürftige aber tatsächlich solche Weisungen erteilt, dass dadurch Einsatz und Arbeitsinhalt entgegen dem zu Grunde liegenden Vertragsinhalt unmittelbar umgestaltet werden, kann ebenfalls nicht generell von einer Arbeitnehmerüberlassung ausgegangen werden. Eigenmächtige Weisungen des Pflegebedürftigen bleiben grundsätzlich ohne Auswirkungen auf die rechtliche Einordnung des Vertrags.²⁰ Nach der Rechtsprechung des BAG²¹ kann die einseitige Ausübung des Weisungsrechts durch den Leistungsempfänger – hier: Pflegebedürftigen – abweichend von den Vertragsvereinbarungen eine andere rechtliche Einordnung des Vertragsverhältnisses nur rechtfertigen, wenn die Ausübung des Weisungsrechts durch den Pflegebedürftigen beiden Vertragsparteien bekannt ist und sie zumindest geduldet werden. Hiervon ist vorliegend in der Regel aber zunächst nicht auszugehen. Auch Weisungen hinsichtlich des Einsatzortes sind

12 BAG, NZA 1992, 19 (23).

13 Koalitionsvertrag „Deutschlands Zukunft gestalten“ zwischen CDU, CSU und SPD, 18. Legislaturperiode, S. 68, unter Nr. 2.2.

14 BAuz. 2010 Nr. 110 S. 2571.

15 Antwort der BReg. auf die „Kleine Anfrage“ der Abgeordneten *Jutta Krellmann, Kathrin Senger-Schäfer, Diana Golze*, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE v. 3.9.2012, BT-Drs. 17/2844, 8, unter Nr. 10; vgl. auch *Koerber*, NZA 2013, 929 (932).

16 Vgl. *Hamann* in *Schüren* (o. Fn. 9), § 1 Rn. 201; LAG Hamburg, Urt. v. 29.10.2010 – 6 Sa 62/10, BeckRS 2011, 70967.

17 Vgl. *Körner*, NZS 2011, 370 (372); Antwort der BReg. auf die „Kleine Anfrage“ der Abgeordneten *Klaus Ernst, Kathrin Senger-Schäfer, Jutta Krellmann*, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE, „Arbeitnehmerrechte ausländischer Pflegehilfskräfte im grauen Pflegemarkt“, BT-Drs. 17/8373, 2.

18 Vgl. den Anhang zum Vertragsmuster *Banek* in *Knopp* (o. Fn. 4), S. 74.

19 LAG Hamburg, BeckRS 2011, 70967; so auch *Hamann* in *Schüren* (o. Fn. 9), § 1 Rn. 135.

20 So zB LAG Hamburg, BeckRS 2011, 70967.

21 BAG, AP AÜG § 10 Nr. 19 = BeckRS 2010, 71643.

nach dem vorgestellten „polnischen Modell“ und ähnlichen Modellen obsolet, da es sich regelmäßig um eine Betreuung im häuslichen Bereich der pflegebedürftigen Person handelt. Was Weisungsbefugnis und Arbeitszeit angeht, finden sich hier in den Verträgen regelmäßig ebenfalls klare Regelungen. So erfolgt zum einen mehrheitlich ein Wechsel der Betreuungsperson nach zwei bis drei Monaten, das ausländische Unternehmen stellt also nach Weggang der einen Betreuungsperson eine andere zur Verfügung. Die konkrete zeitliche Lage der einzelnen Tätigkeiten während des Einsatzes der Betreuungsperson richtet sich vor allem nach den Bedürfnissen des Pflegebedürftigen und bedarf einer Konkretisierung vor Ort, ebenso wie die von der Betreuungsperson in Anspruch zu nehmende Freizeit. Insoweit erfolgt eine Absprache zu den Dienstzeiten vor Ort zwischen Betreuungsperson und Pflegebedürftigem entsprechend den individuellen Bedürfnissen, wobei die vertraglichen Regelungen regelmäßig auch hier bestimmte Vorgaben vorsehen.²²

Ein wichtiges Kriterium für die Annahme einer *Arbeitnehmerüberlassung* ist die Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Entleihers (Pflegebedürftiger bzw. Kunde). Es ist zu überprüfen, ob und inwieweit der Mitarbeiter in eine fremdbestimmte Arbeitsorganisation eingebunden ist und dabei betriebliche Einrichtungen (Arbeitsgeräte) benutzt.²³

Im Hinblick auf die häusliche 24-Stunden-Betreuung wird hier die Auffassung vertreten, dass unabhängig vom Einzelfall *generell* eine solche Eingliederung vorläge. Nach zB *Körner*²⁴ sei die 24-Stunden-Pflege geprägt von einem Zusammenleben von Pflegebedürftigen und Pflegekraft. Die Pflegekraft sei gleichsam in die Arbeitsabläufe eines fremden Haushalts eingebunden. Die Arbeitsmittel würden nicht vom Pflegedienst, sondern vom Haushalt gestellt. Schon auf Grund der erheblichen räumlichen Distanz würde im alltäglichen Miteinander die Bestimmung der Arbeitsverhältnisse zwischen den Dienstvertragspartnern Pflegebedürftiger und Pflegedienst zur bloßen Theorie. Bei dieser Ansicht wird aber schon in der Diktion von unrichtigen Annahmen – übertragen auf das vorgestellte Modell – ausgegangen. Zunächst handelt es sich bei den ausländischen Betreuungspersonen um keine „Pflegekräfte“, sondern allenfalls um „Pflegehilfskräfte“. Ein „Pflegedienst“ ist ebenfalls nicht als Akteur tätig, da es sich bei dem ausländischen Unternehmen, bei dem die Betreuungsperson angestellt ist, um keinen „Pflegedienst“ nach deutschem Rechtsverständnis handelt.²⁵ Etwas „zielgenauer“ formuliert es dagegen eine Kleine Anfrage an die Bundesregierung unter dem Titel „Arbeitnehmerrechte ausländischer Pflegehilfskräfte im grauen Pflegemarkt“.²⁶

„Das Zusammenleben von Pflegekraft mit dem oder der Pflegebedürftigen bedeutet faktisch 24-Stunden-Pflege. Die Pflegekraft ist voll in die alltäglichen Arbeitsabläufe des Haushalts eingebunden und verwendet Arbeitsmittel, die der Haushalt zur Verfügung stellt.“

Zutreffend ist zwar, dass die Betreuungsperson nach den vertraglichen Regelungen wie auch in der praktischen Handhabung Arbeitsmittel wie Handschuhe, Schutzschürzen, Putzmittel etc vom Pflegebedürftigen zur Verfügung gestellt bekommt.

Dies ist aber schon grundlegende Voraussetzung dafür, dass die Betreuungsperson überhaupt ihre vorwiegend hauswirtschaftlich geprägte Tätigkeit aufnehmen kann. Andernfalls könnte sie niemals im Rahmen eines Dienstleistungsvertrags, sondern nur auf Grund eines Arbeitsvertrags tätig werden. Darüber hinaus ist die Situation in einem Privathaushalt auch nicht mit einer betrieblichen Situation vergleichbar. Die Verwendung zur Verfügung gestellter Arbeitsmittel durch die

Betreuungsperson ist somit als alleiniges Abgrenzungskriterium zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Arbeitnehmerentsendung ungeeignet. Die Einbindung der Betreuungsperson in die alltäglichen Arbeitsabläufe versagt ebenfalls als Abgrenzungskriterium, wenn keine arbeitsteilige Arbeitsorganisation geschaffen wird.²⁷ Eine solche liegt bei der so genannten 24-Stunden-Betreuung regelmäßig aber nicht vor.

Ob schließlich von einem „Zusammenleben“ von Pflegebedürftigem und Betreuerin und damit von einer faktischen 24-Stunden-Pflege gesprochen werden kann, ist ebenfalls äußerst fraglich, denn dies erfordert mehr als nur die kostenfreie Unterbringung der Betreuungsperson im häuslichen Bereich des Pflegebedürftigen und die Gewährung der Mitbenutzung von sanitären Einrichtungen im Haushalt. Auch sehen vertragliche Regelungen zwischen ausländischer Firma und deutschem Kunden bzw. pflegebedürftiger Person für die Nacht gerade keine Betreuungstätigkeit, sondern allenfalls eine „Rufbereitschaft“ der Betreuungsperson vor.²⁸ Zusammengefasst ist es also verfehlt anzunehmen, es liege bei besagtem Modell *generell* eine Arbeitnehmerüberlassung und keine Arbeitnehmerentsendung vor. Vielmehr spricht vieles gerade für eine Arbeitnehmerentsendung, weshalb das AÜG bei derartigen Modellen nicht zur Anwendung gelangt.

4. Gesetzlicher Mindestlohn über AEntG?

Bislang gibt es eine Reihe von Tarifverträgen, die bei Beschäftigungsverhältnissen in Privathaushalten die Vergütungshöhe zwar verbindlich regeln.²⁹ Da aber in der Regel weder Privathaushalt noch Haushaltshilfe Mitglied im jeweiligen Verband bzw. der jeweils zuständigen Gewerkschaft sind, gelten derartige Tarifverträge für die meisten Beschäftigten in Privathaushalten nicht. Auch existiert bisher keine branchenübergreifende gesetzliche Regelung zu einem einheitlichen Mindestlohn in diesem Bereich, eine solche könnte nur durch Rechtsverordnung durch das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) festgelegt werden, und zwar auf der Grundlage von § 11 AEntG. Im Bereich der Pflege, wozu gerade auch die Altenpflege gehört, ist vorliegend die PflegeArbbV als spezielles Regelwerk nicht einschlägig (s. o. II 2).

Politisch hat man sich beim „grauen Markt“ ausländischer Pflegehilfskräfte bisher bewusst zurückgehalten, da ein „deutsches Äquivalent“ zu diesen Modellen nach wie vor nicht zur Verfügung steht und auch in absehbarer Zeit nicht zur Verfügung stehen, weil auch nicht zu finanzieren sein wird. Erforderlich wäre jedenfalls eine Rechtsverordnung nach AEntG, in der ein gesetzlicher Mindestlohn für die im Rahmen des Modells tätigen ausländischen Betreuungskräfte festgelegt wird, wobei die rechtliche Erfassung dieses Modells

22 Vgl. zB das Vertragsmuster *Banek* in *Knopp* (o. Fn. 4), S. 72, dort § 2 Nr. 1b.

23 Vgl. zB *Reiserer/Christ* in *Moll*, MAH ArbeitsR, 2012, § 65 Rn. 14.

24 NZS 2011, 370 (372).

25 Vor dem Hintergrund von Art. 14 II VO (EWG) Nr. 987/2009 ist es aus Gründen der Rechtssicherheit in diesem Zusammenhang aber empfehlenswert, dass seitens des Entsendeunternehmens als Personalgesteller eine sog. A1-Bescheinigung (Entsendebescheinigung) vorgelegt wird.

26 Antwort der BReg. auf die „Kleine Anfrage“ der Abgeordneten *Klaus Ernst, Kathrin Senger-Schäfer, Jutta Krellmann*, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE, „Arbeitnehmerrechte ausländischer Pflegehilfskräfte im grauen Pflegemarkt“, BT-Drs. 17/8373, 2.

27 Vgl. zB *Richardi*, MHdB z. ArbeitsR, 2009, § 16 Rn. 25.

28 Vgl. beispielhaft das Vertragsmuster *Banek* in *Knopp* (o. Fn. 4), S. 72, dort § 2 Nr. 1b.

29 ZB Entgelttarifvertrag für die Beschäftigten in der Berliner und Brandenburger privaten Hauswirtschaft und in Dienstleistungszentren, Entgelttarifvertrag für die Beschäftigten in der Hauswirtschaft in Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen.

mit seinen Facetten im Einzelfall schwierig sein dürfte und auch eine klare Abgrenzung zur PflegeArbbV vorzunehmen wäre. Betrachtet man dagegen die PflegeArbbV als ein für den gesamten Pflegebereich abschließendes Regelwerk, das auch grundsätzlich die häusliche Altenpflege erfasst, stellt

sich die Frage, ob ausländische Haushaltshilfen mit – untergeordneten – pflegerischen Funktionen im Rahmen der Arbeitnehmerentsendung überhaupt von einer Mindestlohnfestlegung außerhalb der – für sie nicht anwendbaren – PflegeArbbV erfasst werden können. ■