

# Von der Schwarzarbeit zur legalen pflegerischen Dienstleistung

WIE WIR DEN STATUS DER OSTEUEPÄISCHEN PFLEGERINNEN LEGALISIEREN KÖNNEN

GESUNDHEITSPOLITISCHES SEMINAR, 26.4.2008, ERBACHER HOF, MAINZ

## Einleitung

Zunächst herzlichen Dank für die Einladung von Karlsruhe nach Mainz, der ich gerne nachgekommen bin. Vorab – ich bin zwar Sozialrichter – aber kein ausgesprochener Kenner der gesetzlichen Pflegeversicherung; dienstlich habe und hatte ich bisher vor allem mit der Unfallversicherung, der Rentenversicherung, dem Schwerbehindertenrecht, der Arbeitslosenversicherung und der Sozialhilfe zu tun. Nun werden Sie nicht ganz unberechtigt fragen, warum steht dann Herr Dollinger vor uns, wenn er kein ausgesprochener Experte auf dem Gebiet der Pflege ist. Die Antwort ist zweiteilig: Sie hat einen formalen Teil: Herr van Lier hat mich eingeladen zu gerade diesem Thema zu Ihnen zu sprechen und mit Ihnen ins Gespräch zu kommen. Zum zweiten, inhaltlichen Teil der Antwort: Ich habe mir das Thema zugetraut, weil es mit dem eigentlichen materiellem Recht der ja erst gestern durch Zustimmung des Bundesrats realisierten Reform der gesetzlichen Pflegeversicherung, also dem Sozialgesetzbuch Elftes Buch (SGB XI), letztlich nur am Rande zu tun hat. Der Status der osteuropäischen Pflegerinnen in Deutschland wird nämlich nicht so sehr vom Pflegeversicherungsrecht geprägt, als vielmehr von einem Querschnitt aus europäischem Gemeinschaftsrecht (Stichwort: Dienstleistungsfreiheit und Niederlassungsfreiheit der Unionsbürger), deutschem Aufenthalts- und Beschäftigungsrecht (Stichworte: Aufenthaltsgenehmigung, Beschäftigungsverordnung) und nicht zuletzt vom Einkommensteuerrecht (Stichwort: Steuer-

ermäßigung für haushaltsnahe Beschäftigungsverhältnisse und für die Inanspruchnahme haushaltsnaher Dienstleistungen). Dieses wirkliche Bermuda-Dreieck aus einer Mischung von Sozial-, Verwaltungs- und Steuerrecht mit Ihnen anzugehen und möglichst auch Lösungsansätze zu finden, erhoffe ich mir vor dem Hintergrund meiner Erfahrung als ehemaliger Verwaltungsrichter, der mit einer Vielzahl von ausländer- und aufenthaltsrechtlichen Fällen in der Gerichtspraxis befasst war.

Im Fortgang habe ich eine Dreigliederung vorgesehen: 1. Feststellung der tatsächlichen Sachlage, des Sachverhalts, 2. Bestandsaufnahme des rechtlichen Rahmens und 3. Lösungsansätze und Zukunftsperspektiven für Pflegebedürftige einerseits und ambulante ausländische Pflegerinnen und Pflegekräfte andererseits.

## 1. Die tatsächliche Sachlage auf dem Markt der ambulanten Pflege – oder, wie es der ARD-Ratgeber Recht plakativ formuliert – „Schwarzmarkt Altenpflege“.

Nach den Feststellungen des Statistischen Bundesamtes gibt es in Deutschland ca. 2,13 Millionen Menschen (Stand Dezember 2005), die auf permanente pflegerische Hilfestellungen angewiesen sind. Als relativ große Gruppen darin sind dies mit einem hohen Betreuungsbedarf die demenziell Erkrankten sowie andere Schwer- und Schwerstpflegebedürftige (gemäß den

Konrad-Adenauer-Stiftung e.V.

FRANZ-WILHELM DOLLINGER

Mai 2008

[www.kas.de](http://www.kas.de)

[www.kas.de/mainz](http://www.kas.de/mainz)

Vorgaben der Pflegeversicherung) in hohem Lebensalter - 82 % der Pflegebedürftigen sind 65 Jahre und älter; 33 % sogar 85 Jahre und älter. Nur etwa ein Drittel dieser Pflegebedürftigen lebt in Pflegeheimen; zwei Drittel, d.h. ca. 1,45 Millionen pflegebedürftige Menschen werden zu Hause versorgt, vorwiegend allerdings solche in den Pflegestufen I und II. Laut Pflegestatistik 2005 des Statistischen Bundesamtes beträgt der Anteil der Pflegebedürftigen der Stufe III (höchste Stufe mit Rund-um-die-Uhr-Betreuung und mindestens 5stündigem Pflegeeinsatz täglich) im Heim 21% und bei den zu Hause Versorgten dagegen nur 10%.

Bei der Versorgung in der häuslichen Umgebung arbeiten sehr oft Ehefrauen, (Schwieger-)Töchter, Nachbarinnen, seltener Ehemänner, Söhne u. a. unentgeltlich bzw. für die von den Pflegekassen für die häusliche Pflege gezahlten monatlichen Pflegegelder (Pflegestufe I = 205 Euro <künftig, wohl ab 1.7.08: 235 Euro>, II = 410 EURO <künftig, wohl ab 1.7.08: 440 Euro>, III = 665 EURO <künftig, wohl ab 1.7.08: 700 Euro>; dazu kommen für solche ansonsten nicht pflichtversicherte Pflegepersonen noch Beiträge der Pflegekasse zur Rentenversicherung). Nicht immer können auf diese Weise alle Bedürfnisse der kranken alten Menschen rund um die Uhr erfüllt werden. Durch emotionale Bindungen zwischen Eltern- und Kind-Generation kommen zusätzliche Konfliktpotentiale bei diesen Arbeiten hinzu.

Zunächst sind es Haushaltsarbeiten, die vom Arbeitgeberhaushalt nicht mehr selbst erledigt werden können. Beispiele für Einschränkungen: Lebensmittel einkaufen - fehlende Orientierung wegen einer Demenzerkrankung, Essen zubereiten - Schmerzen bei Bewegung der Finger durch Rheuma, Wäscheversorgung - fehlende Körperkraft beim Heben und Tragen, Reinigungsarbeiten in der Wohnung - fehlende Körperkraft um auf Hocker oder Leitern zu steigen. Dazu kommen oft von vorneherein auch Tätigkeiten, die sich mit anderen Berufsfeldern, insbesondere der Alten-

oder Krankenpflege, überlagern: Beaufsichtigung der demenzkranken Person zur Vermeidung von Stürzen oder Fremdschädigungen oder dem Weglaufen, ihre Grundversorgung bei der persönlichen Hygiene (Pflege beim Waschen und Ausscheiden), bei der Nahrungsaufnahme (sonst verhungern z. B. demente Menschen im Laufe der Zeit) - also Tätigkeiten im weitesten Sinne des Begriffs Altenpflege.

Diese tatsächliche Situation verbunden mit der Einführung der sozialen Pflegeversicherung im Jahre 1995, die erstmals die Zahlung monatlichen Pflegegeldes für die häusliche Pflege einführte, hat zur vermehrten Einstellung auch und insbesondere ausländischer Haushalts- und Pflegehilfen in im Bundesgebiet belegenen Pflegehaushalten geführt.

Ein nicht ganz untypisches Beispiel: Frau A ist 87 Jahre alt und an Demenz erkrankt. Die Familie kann die Betreuung von Frau A zu Hause allein nicht mehr schultern. Deshalb engagiert sie über eine Vermittlungsagentur in Polen eine polnische Pflegerin, die für die Dauer der Pflegezeit in die Wohnung von Frau A ins Gästezimmer einzieht und für Frau A kocht, ihr die Medikamente gibt, sie im Rollstuhl spazieren fährt, sie wäscht, bei den Toilettengängen begleitet und ins Bett bringt. Nachts hat Frau A die Möglichkeit mit einer Funkklingel nach der Pflegerin zu läuten, was tatsächlich nächtlich regelmäßig zweimal vorkommt. Im halbjährlichen Turnus wechselt sich die Pflegerin mit einer anderen Kollegin aus Polen bei der Pflege von Frau A ab. An zwei bis drei Nachmittagen hat die Pflegerin wöchentlich frei. Frau A bzw. deren Familie zahlt der Pflegerin monatlich 1.000 Euro in Bar (alt.: der polnischen Vermittlungsagentur 1250 Euro). - Dabei handelt es sich klar um Schwarzarbeit, wie die nähere Betrachtung des rechtlichen Rahmens zeigen wird.

## 2. Der rechtliche Rahmen

a) *Die große gemeinschaftsrechtliche Verheißung des EG-Vertrags und der*

Konrad-Adenauer-Stiftung e.V.

FRANZ-WILHELM DOLLINGER

Mai 2008

[www.kas.de](http://www.kas.de)

[www.kas.de/mainz](http://www.kas.de/mainz)

*Dienstleistungsrichtlinie für die EU-  
Unionsbürger*

Die unmittelbare Anwendung der Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EGV) ermöglicht es ausländischen Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedsstaat der Europäischen Gemeinschaft Dienstleistungen in der Bundesrepublik Deutschland mit eigenem Personal für die Dauer der betreffenden Arbeiten auszuführen. Auf Grundlage des mit dem EU-Beitrittsvertragsgesetzes vom 18. September 2003 ratifizierten EU-Beitrittsvertrages sind zum 1. Mai 2004 zehn <weitere> Staaten der EU beigetreten. Es handelt sich hierbei um die Staaten Tschechische Republik, Estland, Zypern, Malta, Lettland, Litauen, Ungarn, Polen, Slowenien und die Slowakische Republik. Zum 1. Januar 2007 sind dann weiter Rumänien und Bulgarien dazu gekommen als derzeit jüngste Mitgliedstaaten der Gemeinschaft. Für die Staatsangehörigen der neuen Beitrittsstaaten sehen die Beitrittsverträge, jedoch mit ausdrücklicher Ausnahme von Malta und Zypern, für eine Übergangszeit von bis zu sieben Jahren Dauer einige wesentliche abgestufte Regelungen vor. Die Bundesrepublik Deutschland hat sich für die Bereiche der Arbeitnehmerfreizügigkeit und die Dienstleistungsfreiheit in den Beitrittsverträgen im Rahmen eines flexiblen „2+3+2-Modells“ die bis zu siebenjährigen Übergangsfristen zur Abwehr tatsächlicher oder drohender schwerwiegender Störungen in bestimmten empfindlichen Wirtschaftssektoren vorbehalten. In den in Nr. 13 der Anhänge zu Art. 24 der Beitrittsakten festgelegten Wirtschaftssektoren gilt die Arbeitnehmerfreizügigkeit und die Dienstleistungsfreiheit in Richtung Deutschland deshalb nur eingeschränkt. Von den Übergangsbestimmungen werden das Baugewerbe einschließlich verwandter Wirtschaftszweige, die Reinigung von Gebäuden, Inventar und Verkehrsmitteln und sonstige Dienstleistungen erfasst.

Nach Artikel 50 des EG-Vertrages handelt es sich bei Dienstleistungen um

grenzüberschreitende gewerbliche, kaufmännische, handwerkliche oder freiberufliche Leistungen, die nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit von Personen unterliegen. Die Dienstleistungsfreiheit beinhaltet das Recht für Unternehmen eines Mitgliedstaates der EU, ungehindert bestimmte Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat der EU zu erbringen, ohne dass das Unternehmen dort eine ständige Niederlassung zu unterhalten hat. Da auch die Pflegeeinrichtungen/Pflegeagenturen und Pflegemakler eine gewerbliche Dienstleistung erbringen, fällt dieses Gewerbe ebenfalls unter die Dienstleistungsfreiheit. Die Dienstleistungsfreiheit ermöglicht es, Dienstleistungserbringern aus den neuen EU-Beitrittsländern in der Bundesrepublik Deutschland tätig zu werden. Jedoch ist dies kein Freibrief.

Osteuropäische Unternehmen aus den Beitrittsstaaten können zwar wohl im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit die in die Bundesrepublik Deutschland entsandten Arbeitnehmer ihrerseits als Subunternehmer im Rahmen von Werkverträge ohne das Erfordernis einer Arbeitserlaubnis zu den rechtlichen Rahmenbestimmungen ihres Herkunftslandes einsetzen. Die entsandten Mitarbeiter - soweit es sich um echte Subunternehmer handelt - können sich auch selbst auf die Dienstleistungsfreiheit berufen. Nach der Rechtsprechung des EuGH in Sachen „Vander Elst“ (Urteil vom 9. August 1994, EuZW 1994, 600 ff., bestätigt durch Urteil vom 21. Oktober 2003, Rs. C-317/01 „Abatay“) kann der Dienstleistungserbringer auch Arbeitnehmer aus Drittstaaten als Subunternehmer einsetzen, die sich legal im Heimatstaat des Arbeitgebers aufhalten.

Das hilft aber regelmäßig weder den in Deutschland lebenden Pflegebedürftigen noch den aus dem Gemeinschaftsraum stammenden ausländischen Pflegekräften. Diese sind nämlich in Deutschland regelmäßig nicht als echte, rechtlich anzuerkennende Subunternehmer tätig, sondern als faktische Ar-

Konrad-Adenauer-Stiftung e.V.

FRANZ-WILHELM DOLLINGER

Mai 2008

[www.kas.de](http://www.kas.de)

[www.kas.de/mainz](http://www.kas.de/mainz)

beitnehmer. Denn sie arbeiten und wohnen in aller Regel im Haushalt des oder der Pflegebedürftigen, für den oder die sie allein - oft Rund- um die Uhr - tätig sind. Ein Subunternehmer müsste aber, um rechtlich als selbständig anerkannt zu werden, mehrere Kunden nachweisen können. Daran wird es bei den Pflegekräften der Natur der Sache gemäß zumeist fehlen. Daraus folgt, dass in aller Regel ein faktisch abhängiges Beschäftigungsverhältnis vorliegt und im Hinblick auf diese Pflegekräfte allenfalls von Scheinselbständigkeit gesprochen werden kann. Dem entsprechend sind die Pflegekräfte gemäß der weiten Definition des EG-vertraglichen „Arbeitnehmerbegriffs“ in Art. 39 EGV durch den EuGH letztlich doch in aller Regel als Arbeitnehmer zu betrachten.

Bis zur Herstellung des uneingeschränkten Rechtes auf Freizügigkeit der Arbeitnehmer - also bis 2011 - gelten aber auch und gerade für die osteuropäischen Arbeitnehmer die bereits vorgestellten gemeinschaftsrechtlichen Übergangsregelungen. Die Arbeitnehmerfreizügigkeit innerhalb der EU ist für die Staatsangehörigen der neuen Beitrittsländer im Rahmen für bis zu maximal sieben Jahre, die sogenannte 2+3+2-Regelung, aufgeschoben und/oder beschränkt. Arbeitnehmer aus den neuen osteuropäischen Beitrittsstaaten dürfen weiterhin in Deutschland weder in Pflegediensten noch in Privathaushalten eine Arbeit aufnehmen, es sei denn, sie sind im Besitz einer gültigen Arbeits- und Aufenthaltsgenehmigung!

Eine solche können sie im Rahmen der EG-vertraglichen Dienstleistungsfreiheit m. E. nur auf einem Umweg legal erreichen: Die ausländischen Pflegekräfte lassen sich bei einer Vermittlungsagentur im EG-Ausland - etwa in Polen - anstellen und dort sozial versichern. Die polnische Agentur vermittelt die Pflegekräfte an eine sogenannte „Pflegekräfte-Maklerin“ mit Sitz im Bundesgebiet, die die Pflegekräfte ihrerseits dann an im Bundesgebiet belegene Pflegehaus-

halte weitervermittelt. Liegen gültige Werkverträge zwischen der polnischen und inländischen Vermittlungsagentur und ebensolche zwischen der inländischen Vermittlungsagentur und den inländischen Pflegehaushalt vor, dürfte diese Variante, deren Charme darin liegt, dass es keiner deutschen Arbeitserlaubnis bedarf - gemeinschaftsrechtskonform sein. Die gravierenden Nachteile: Die Pflegekräfte erhalten nach Abzug der im Inland und in Polen zur entrichtenden Sozialabgaben, Steuern und Vermittlungsgebühren netto mitunter nur die Hälfte des vom Pflegehaushalt gezahlten Entgelts, regelmäßig weniger als 1.000 Euro. Das macht diesen Weg für viele osteuropäische Pflegekräfte wenig attraktiv.

b) *Das rechtliche Kleinklein in Aufenthaltsgesetz und Beschäftigungsverordnung*

Im Zentrum der bundesstaatlichen Regelungen für die Zulassung osteuropäischer Pflegekräfte steht die auf der Grundlage von § 39 Abs. 6 Aufenthaltsgesetzes ergangene Beschäftigungsverordnung - BeschV - vom 22. November 2004. Sie hat die bis dahin geltende Anwerbestoppausnahmeverordnung - ein typisch deutsches Wortungstüm - abgelöst. Für das Thema der Beschäftigung osteuropäischer Pflegekräfte sind zwei Vorschriften dieser Verordnung von entscheidendem Interesse: nämlich die §§ 21 und 30 der Verordnung - daher kann ich Ihnen kaum ersparen diese beiden Normen im Wortlaut vorzustellen.

Die Vorschrift zu den Haushaltshilfen, § 21 BeschV, lautet:

„Die Zustimmung zu einem Aufenthaltstitel zur Ausübung einer versicherungspflichtigen Vollzeitbeschäftigung bis zu drei Jahren für hauswirtschaftliche Arbeiten in Haushalten mit Pflegebedürftigen im Sinne des Elften Buches Sozialgesetzbuch kann erteilt werden, wenn die betreffenden Personen auf Grund einer Absprache der Bundesagentur für Arbeit mit der Arbeitsver-

Konrad-Adenauer-Stiftung e.V.

FRANZ-WILHELM DOLLINGER

Mai 2008

[www.kas.de](http://www.kas.de)

[www.kas.de/mainz](http://www.kas.de/mainz)

waltung des Herkunftslandes über das Verfahren und die Auswahl vermittelt worden sind. Innerhalb des Zulassungszeitraums von drei Jahren kann die Zustimmung zum Wechsel des Arbeitgebers erteilt werden.

Für eine erneute Beschäftigung nach der Ausreise darf die Zustimmung nach Satz 1 nur erteilt werden, wenn sich die betreffende Person nach der Ausreise mindestens so lange im Ausland aufgehalten hat, wie sie zuvor im Inland beschäftigt war.“

Die Vorschrift führt die Ende 2002 außer Kraft getretene Regelung des § 4 Abs. 9a Anwerbestoppausnahmereordnung wieder ein, die es Haushalten mit Pflegebedürftigen ermöglicht, ausländische Haushaltshilfen für bis zu drei Jahre in Vollzeitbeschäftigung einzustellen. Die Wiedereinführung der Regelung ist zur Unterstützung der Haushalte mit Pflegebedürftigen erneut notwendig, so die Begründung zum Gesetzestext.

Der offizielle und legale Weg führt über die örtliche deutsche Arbeitsagentur oder über die Zentralstelle für Arbeitsvermittlung (ZAV) in Bonn. Diese Stellen vermitteln offiziell Haushaltshilfen etwa aus Polen, Rumänien oder Ungarn inklusive Arbeits- und Aufenthaltserlaubnis, gleichsam aus einer Hand. In einer Art von neudeutsch sogenanntem „one-shop-government“ wirkt die Arbeitsverwaltung in einem internen Zustimmungsverfahren an der Zulassung eines Ausländers zum Arbeitsmarkt mit; nach außen wird die Entscheidung allein und in einem von der Arbeitsverwaltung getroffen und verantwortet.

Der Haken: echte Pflegeaufgaben - etwa das Setzen einer Insulininjektion - dürfen die durch die Arbeitsverwaltung vermittelten ausländischen Haushaltshelferinnen und Helfer im Pflegehaushalt nicht verrichten, ist ihr gesetzlich zugelassener Beschäftigungszweck - aus Gründen des nationalen Arbeitmarktschutzes zugunsten ortansässiger Fachpflegekräfte - doch auf rein haus-

haltswirtschaftliche Arbeiten beschränkt.

Hinzu kommt ein weiterer, faktischer Haken, der seinerseits zwei Seiten hat: Die Dauer der Vermittlungszeit über die Arbeitsverwaltung gerät oftmals länger - warum: weil sich zu den Konditionen nach Zahlung von Steuern und Sozialabgaben in Deutschland nicht viele osteuropäische Pflegekräfte finden lassen.

Eine speziellere Bestimmung zu den auf dem deutschen Arbeitsmarkt möglichen ausländischen Pflegefachkräften findet sich in § 30 BeschV, sie lautet:

„Die Zustimmung zu einem Aufenthaltstitel zur Ausübung einer Beschäftigung als Gesundheits- und Krankenpflegerin oder Gesundheits- und Krankenpfleger oder Gesundheits- und Kinderkrankenpflegerin oder Gesundheits- und Kinderkrankenpfleger sowie Altenpflegerin oder Altenpfleger mit einem bezogen auf einschlägige deutsche berufrechtliche Anforderungen gleichwertigen Ausbildungsstand und ausreichenden deutschen Sprachkenntnissen kann erteilt werden, sofern die betreffenden Personen von der Bundesagentur für Arbeit auf Grund einer Absprache mit der Arbeitsverwaltung des Herkunftslandes über das Verfahren, die Auswahl und die Vermittlung vermittelt worden sind.“

Dazu führt die Gesetzesbegründung aus: Damit wird die bisherige Regelung des § 5 Nr. 7 Anwerbestoppausnahmereordnung fortgeführt und die Vermittlungsabsprachen können nach Bedarf abgeschlossen werden. Der Kreis der Zulassungen wird sich jedoch durch § 39 Abs. 6 AufenthG eher auf Pflegekräfte aus den neuen EU-Mitgliedsstaaten konzentrieren, die danach auch ohne Vermittlungsabsprache, aber vorbehaltlich des Vorrangs bevorzogter Bewerber zugelassen werden können.

Der erste Haken: der berufsrechtlich gleichwertige Ausbildungsstand der polnischen mit der deutschen Pflegekraft

Konrad-Adenauer-Stiftung e.V.

FRANZ-WILHELM DOLLINGER

Mai 2008

[www.kas.de](http://www.kas.de)

[www.kas.de/mainz](http://www.kas.de/mainz)

bedarf des Nachweises, der oft schwer zu führen ist. Haken Nr. 2: Entsprechend den von der Arbeitsverwaltung vermittelten Haushaltshilfen haben die ausländischen Pflegefachkräfte Steuern und Sozialabgaben in Deutschland zu entrichten, ein Umstand der viele osteuropäische Pflegekräfte davon abhält, in einem inländischen Pflegehaushalt zu arbeiten.

Sind die Regelungen der §§ 21, 30 BeschV gemeinschaftsrechtskonform?, d.h. genügen sie den Anforderungen an die hier allein maßgebliche Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Auslegung des EG-Vertrags?

Die Antwort auf diese Frage ist schwer, sie bedarf einer Prognoseentscheidung über künftige Rechtsprechung, was schon schwer genug ist, befinden Sie sich vor Gericht doch letztlich immer irgendwie wie auf hoher See. Gemessen an den bisherigen Entscheidungen des EuGH zu Dienstleistungsfreiheit im Bereich der privaten Arbeitsvermittlung, insbesondere nach dem Urteil des EuGH in Sachen ITC Innovative Technology Center GmbH gegen die Bundesagentur für Arbeit vom 11. Januar 2007 (Rs. C-208/05) bleiben aber nicht ganz unerhebliche Zweifel an der Europarechtsfestigkeit beider Normen - d.h. von § 21 und 30 BeschV.

Zum Sachverhalt:

Die ITC - eine private Arbeitsvermittlungsgesellschaft - schloss mit dem Arbeitssuchenden D. einen Vermittlungsvertrag. Nach diesem Vertrag verpflichtete sich ITC zur Unterstützung des Arbeitssuchenden bei der Aufnahme eines sozialversicherungspflichtigen Arbeitsverhältnisses einschließlich aller Leistungen zur Durchführung der Arbeitsvermittlung. D. legte ITC den Vermittlungsgutschein vor, den ihm die Bundesagentur ausgestellt hatte. In dem Gutschein hieß es, dass der Arbeitssuchende einen oder mehrere Vermittler seiner Wahl in Anspruch nehmen könne und dass der im Gutschein angegebene

Betrag an den privaten Vermittler gezahlt werde, der ihn in ein Beschäftigungsverhältnis vermittelt habe. Nach den einschlägigen Bestimmungen des SGB III wird die Vergütung u. a. nur dann gezahlt, wenn es sich um eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung handelt, die Arbeitszeit mindestens 15 Stunden wöchentlich beträgt und eine Beschäftigungsdauer von mindestens drei Monaten vereinbart wurde. Daraufhin schloss Herr D. auf Vermittlung von ITC für die Zeit von September 2003 bis März 2004 einen befristeten Arbeitsvertrag mit einem in den Niederlanden ansässigen Unternehmen. Dieser Arbeitgeber bestätigte, dass es sich um ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis mit einer Arbeitszeit von mindestens 15 Stunden wöchentlich handele. Mit Schreiben vom 15. September 2003 beantragte ITC bei der Bundesagentur die Auszahlung von zunächst 1 000 Euro auf den von ihr gleichzeitig vorgelegten Vermittlungsgutschein. Die Bundesagentur lehnte mit Bescheid den Antrag ab, weil der Arbeitssuchende in keine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung in Deutschland vermittelt worden sei. Es kam zu Rechtsstreit den das Sozialgericht Berlin dem EuGH vorlegte.

Das Ergebnis des EuGH:

Die Art. 39 EGV, 49 EGV und 50 EGV - also die Arbeitnehmerfreizügigkeit und die Dienstleistungsfreiheit gleichermaßen - stehen einer nationalen Regelung (wie § 421g Abs. 1 Satz 2 des Dritten Buches des deutschen Sozialgesetzbuchs) entgegen, nach der die Zahlung der einem privaten Arbeitsvermittler von einem Arbeitssuchenden für seine Vermittlung geschuldete Vergütung durch einen Mitgliedstaat voraussetzt, dass die von diesem Vermittler vermittelte Beschäftigung in diesem Staat sozialversicherungspflichtig ist. Sieht eine nationale Regelung vor, dass der Mitgliedstaat die einem privaten Arbeitsvermittler geschuldete Vergütung nur dann zahlt, wenn die von diesem vermittelte Beschäftigung in diesem Staat

Konrad-Adenauer-Stiftung e.V.

FRANZ-WILHELM DOLLINGER

Mai 2008

[www.kas.de](http://www.kas.de)

[www.kas.de/mainz](http://www.kas.de/mainz)

sozialversicherungspflichtig ist, befindet sich ein Arbeitsuchender, dem der Vermittler eine in einem anderen Mitgliedstaat sozialversicherungspflichtige Arbeitsstelle vermittelt hat, in einer ungünstigeren Lage als bei der Vermittlung einer Arbeitsstelle im Inland, weil in letzterem Fall die dem Vermittler geschuldete Vermittlungsgebühr übernommen worden wäre. Eine solche Regelung stellt ein Hemmnis dar, denn sie kann Arbeitsuchende, insbesondere diejenigen, deren finanzielle Mittel begrenzt sind, und folglich auch die privaten Arbeitsvermittler davon abhalten, in einem anderen Mitgliedstaat Arbeit zu suchen, weil die Vermittlungsgebühr nicht vom Herkunftsmitgliedstaat der Arbeitsuchenden bezahlt wird, und ist mithin nach Art. 39 EG grundsätzlich verboten. Eine Maßnahme, die die Freizügigkeit der Arbeitnehmer beeinträchtigt, ist nur dann zulässig, wenn mit ihr ein berechtigter, mit dem Vertrag vereinbar Zweck verfolgt wird, und sie aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist. Es ist daher zu prüfen, ob eine Maßnahme wie die deutsche Regelung über die Vermittlungsgutscheine damit gerechtfertigt werden kann, dass die Regelung erstens ein neues Instrument der nationalen Arbeitsmarktpolitik darstellt, das die Vermittlung von Arbeitnehmern verbessern und die Arbeitslosigkeit verringern soll, zweitens die nationale Sozialversicherung schützen soll, die nur durch inländische Beitragszahlung gesichert werden kann und der bei der Vermittlung von Arbeitsuchenden in andere Mitgliedstaaten Beitragsverluste entstünden, und drittens den nationalen Arbeitsmarkt gegen den Verlust von Fachkräften schützen soll. Der weite Beurteilungsspielraum, über den die Mitgliedstaaten im Bereich der Sozialpolitik verfügen, vermag keine Beeinträchtigung der Rechte rechtfertigen, die der Einzelne aus den Bestimmungen des Vertrags herleiten kann, in denen seine Grundfreiheiten verankert sind. Bloße allgemeine Behauptungen, dass die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Regelung über Vermittlungsgut-

scheine geeignet sei, die Vermittlung von Arbeitnehmern zu verbessern und die Arbeitslosigkeit in Deutschland zu verringern, genügen nicht, um darzutun, dass das Ziel dieser Regelung es rechtfertigt, eine der Grundfreiheiten des Gemeinschaftsrechts zu beschränken, und um vernünftigerweise die Annahme zu begründen, dass die gewählten Mittel zur Verwirklichung dieses Zieles geeignet sind oder sein könnten. Dasselbe gilt für den zweiten Rechtfertigungsgrund, den Schutz des deutschen Sozialversicherungssystems. Es ist nämlich nicht dargetan worden, dass zwischen dem Verlust von Sozialbeiträgen in Deutschland und der Vermittlung eines Arbeitsuchenden in einen anderen Mitgliedstaat ein ursächlicher Zusammenhang besteht. In Anbetracht der hohen Arbeitslosigkeit in Deutschland liegt außerdem nicht auf der Hand, dass dort eine freie Stelle unbesetzt bleibt, weil ein Arbeitsuchender in einen anderen Mitgliedstaat vermittelt worden ist. Zwar kann eine erhebliche Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellen (vgl. insbesondere Urteil vom 28. April 1998 in der Rechtssache C 158/96, Kohll, Slg. 1998, I 1931, Randnr. 41). Eine solche Gefährdung ist im vorliegenden Fall jedoch nicht dargetan.

Sie sehen daran: der EuGH entscheidet im Zweifel pro Dienstleistungsfreiheit und contra Arbeits- und Sozialmarktschutz im hergebrachten Sinn der bundesdeutschen letztlich immer noch dem Sachleistungsgedanken verhafteten Sozialstaatsrecht. Doch was folgt daraus für die Pflegepraxis: Solange Sie nicht das Bestreben haben Rechtsgeschichte zu schreiben und im Streitfall ein deutsches Verwaltungs- oder Sozialgericht davon überzeugen zu wollen, Ihren Fall dem EuGH im Vorabentscheidungsverfahren vorzulegen, sind Sie der bundesdeutschen Rechtsordnung unterworfen, und dazu zählen nun eben auch die Vorschriften der Beschäftigungsverordnung.

Konrad-Adenauer-Stiftung e.V.

FRANZ-WILHELM DOLLINGER

Mai 2008

[www.kas.de](http://www.kas.de)

[www.kas.de/mainz](http://www.kas.de/mainz)

*c) Die Inanspruchnahme haushaltsnaher Dienstleistungen und Beschäftigungen nach dem Einkommensteuergesetz*

Einkommensteuerrechtlich ist die auf Antrag von der Steuerverwaltung zu gewährende Steuerermäßigung bei Aufwendungen der Arbeitgeber osteuropäischer Pflegekräfte für haushaltsnahe Beschäftigungsverhältnisse und für die Inanspruchnahme haushaltsnaher Dienstleistungen in den Blick zu nehmen. In der Sache geht es hier um im Wesentlichen um die Inanspruchnahme haushaltsnaher Dienstleistungen nach § 35a Abs. 2 EStG.

Dienstleistung i. S. v. § 35a Abs. 2 S. 1 EStG ist jede (berufliche) Tätigkeit, die aufgrund einer Verpflichtung oder freiwillig erbracht wird. Sie setzt wie die Dienstleistung nach §§ 611 ff. BGB ein Schuldverhältnis voraus, aufgrund dessen der Steuerpflichtige berechtigt ist, die vereinbarte Leistung zu fordern (§ 214 Abs. 1 S. 1 BGB); ein Arbeitsverhältnis muss nicht begründet werden. In Betracht kommt auch eine entgeltliche Geschäftsbesorgung. Dienstleistungserbringer kann jede natürliche und juristische Person sein. Der für die geschuldete Dienstleistung erforderliche Zeitaufwand ist unerheblich. Nicht begünstigt sind Leistungen, die aufgrund familienrechtlichen Verpflichtung zu erbringen sind, sowie solche aus Gefälligkeit im Familienverbund (etwa Betreuung des Kleinkinds durch die Oma).

Die Dienstleistung muss haushaltsnah sein, d. h. dem inländischen Haushalt zugeordnet werden können. Der Begriff "haushaltsnah" ist gesetzlich nicht näher definiert. Unter dem Begriff des Haushalts ist nach der aktuellen Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (Urteil vom 1. Februar 2007, VI R 74/05, JURIS) die Wirtschaftsführung mehrerer (in einer Familie) zusammenlebender Personen oder einer einzelnen Person zu verstehen. Das Wirtschaften im

Haushalt umfasst Tätigkeiten, die für die Haushaltung oder die Haushaltsmitglieder erbracht werden (vgl. § 8a Satz 2 SGB IV). Hauswirtschaftliche Tätigkeiten in diesem Sinne sind solche, die üblicherweise zur Versorgung der dort lebenden Familie in einem Privathaushalt erbracht werden. Dazu gehören Einkäufen von Verbrauchsgütern, Kochen, Wäschepflege, Reinigung und Pflege der Räume, des Gartens und auch Pflege, Versorgung und Betreuung von Kindern und kranken Haushaltsangehörigen (Schmidt/Heinicke, EStG, 22. Aufl., § 10 Rz 151; vgl. auch Fischer in Kirchhof, EStG, 6. Aufl., § 35a Rz 3 unter Hinweis auf die Verordnung über die Berufsausbildung zum Hauswirtschafter/zur Hauswirtschafterin vom 14. August 1979, BGBl I 1979, 1435).

"Haushaltsnahe" Leistungen sind dem entsprechend solche, die eine hinreichende Nähe zur Haushaltsführung haben bzw. damit im Zusammenhang stehen. Das sind Tätigkeiten, die gewöhnlich durch Mitglieder des privaten Haushalts oder entsprechend Beschäftigte erledigt werden und in regelmäßigen Abständen anfallen (Blümich/Erhard, § 35a EStG Rz 16). Insofern sind die Begriffe "haushaltsnah" und "hauswirtschaftlich" (§ 10 Abs. 1 Nr. 8 EStG a.F.) sinnverwandt. Keine haushaltsnahen Leistungen sind dagegen solche, die zwar im Haushalt des Steuerpflichtigen ausgeübt werden, aber keinen Bezug zur Hauswirtschaft haben. Die teleologische, also die sinn- und zweckorientierte Auslegung bestätigt dieses Normverständnis. Nach der Gesetzesbegründung soll mit der Steuerermäßigung nach § 35a Abs. 1 EStG die Förderung von Dienstleistungen in privaten Haushalten gefördert werden, um einen Anreiz für Beschäftigungsverhältnisse im Privathaushalt zu schaffen und die Schwarzarbeit in diesem Bereich zu bekämpfen. Die Steuerermäßigung des § 35a Abs. 2 EStG soll für haushaltsnahe Tätigkeiten gewährt werden, die nicht im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses erbracht werden. Haushaltsnahe Tätigkeiten, so die Ge-

Konrad-Adenauer-Stiftung e.V.

FRANZ-WILHELM DOLLINGER

Mai 2008

[www.kas.de](http://www.kas.de)

[www.kas.de/mainz](http://www.kas.de/mainz)

setzesbegründung, sind: die Zubereitung von Mahlzeiten im Haushalt, die Reinigung der Wohnung des Steuerpflichtigen, die Gartenpflege und die Pflege, Versorgung und Betreuung von Kindern, Kranken, alten Menschen und pflegebedürftigen Personen (BT-Drucks. 15/91, S. 19). Diese Gesetzesbegründung macht deutlich, dass nach der Intention des Gesetzgebers (nur) hauswirtschaftliche Arbeiten begünstigt werden sollten. Mit der arbeitsmarktpolitisch motivierten Steuerermäßigung nach § 35a Abs. 2 EStG soll die Erledigung typisch hauswirtschaftlicher Dienstleistungen durch Dritte gefördert werden. Nicht gefördert werden sollen hingegen sonstige Handwerker-Dienstleistungen, die regelmäßig nicht von Haushaltsangehörigen, sondern von Dritten erledigt werden.

Der Steuerermäßigungsbetrag beträgt nach § 35a Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 EStG 20% der Bemessungsgrundlage, höchstens aber 600 Euro. § 35a Abs. 2 S. 1 Halbs. 2 EStG erhöht den höchstmöglichen Steuerermäßigungsbetrag auf 1200 Euro, wenn bestimmte Betreuungs- oder Pflegeleistungen erbracht werden. Anspruchsberechtigt sind sowohl die pflege- oder betreuungsbedürftige Person (s. dazu § 14 Abs. 1 und § 15 SGB XI) als auch diejenigen, die für derartige Leistungen aufkommen. Begünstigt sind nur Pflege- oder Betreuungsleistungen in einem inländischen Haushalt des Betreuten oder der betreuenden Person. Leistungen der Pflegeversicherung (s. dazu § 28 Abs. 1 SGB XI) mindern die Bemessungsgrundlage (BT-Drs. 16/643 S. 10).

Gerade diese Regelung beleuchtet die Widersprüchlichkeit der Gesetzeslage zwischen Sozial- und Verwaltungsrechts einerseits und Steuerrecht andererseits. Während das Sozial- und Verwaltungsrecht, wie dargestellt, den legalen Tätigkeitsbereich ausländischer Haushaltshilfen auf hauswirtschaftliche Arbeiten in Haushalten mit Pflegebedürftigen beschränkt, signalisiert das Steu-

errecht im Gegenzug die besondere steuerliche Förderung durch Ermäßigungsbeträge zugunsten von haushaltsnahen Betreuungs- und Pflegedienstleistungen, ohne den Einsatz ausländischer Hilfen davon ausdrücklich auszunehmen.

### 3. Die Tauglichkeit der in der Praxis vor diesem Hintergrund vollzogenen Lösungsansätze für die häusliche Pflege pflegebedürftiger Menschen

#### a) Legale Antworten

- Deutsche Pflegedienste – 4800 bis 10.000 Euro (1 bzw. 2 Pers. legal rund um die Uhr. Die eventuell ebenfalls ausländischen Altenpflegerin/-innen oder Pflegehelferinnen wohnen mit im Haus und sind bei einem anderen Arbeitgeber mit Sitz im Inland angestellt. Die Pflegekasse kommt für max. 1432 Euro, in Härtefällen bis zu 1918 Euro im Monat auf. Theoretisch wäre auch die Familie als Arbeitgeber des Helfers möglich.) Der große Vorteil Pflegekompetenz und Erlaubnis zur vollen Pflege sind gewährleistet - der große Nachteil: die erheblichen Kosten, die Einkommen und Vermögen vieler Familien und Pflegebedürftiger schlicht übersteigen und die dann regelmäßig deutlich billigere stationäre Unterbringung des Pflegebedürftigen, die regelmäßig insbesondere für demenzkranke Personen zwischen monatlich 2.300 bis 3.000 Euro zu haben ist, unausweichlich machen.

Ein Praxistipp: Suchen Sie, sollten Sie in die Situation kommen, sofern Einkommen und Vermögen von Pflegebedürftigem und dessen unterhaltspflichtigen Angehörigen nicht sehr hoch sind (Stichwort: Elternunterhalt), - am besten im Einvernehmen mit dem ins Auge gefassten ambulanten Pflegedienst - ruhig auch das Sozialamt der zuständigen Stadt oder des Landkreises auf und lassen Sie sich dort beraten. Warum?

Gemäß § 61 Abs. 1 Satz 1 SGB XII ist Personen, die wegen einer körperli-

Konrad-Adenauer-Stiftung e.V.

FRANZ-WILHELM DOLLINGER

Mai 2008

[www.kas.de](http://www.kas.de)

[www.kas.de/mainz](http://www.kas.de/mainz)

chen, geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung für die gewöhnlichen und regelmäßig wiederkehrenden Verrichtungen im Ablauf des täglichen Lebens auf Dauer, voraussichtlich für mindestens sechs Monate, in erheblichem und höherem Maße der Hilfe bedürfen, auch sozialhilferechtlich Hilfe zur Pflege zu leisten. Dabei umfasst die Hilfe zur Pflege häusliche Pflege, Hilfsmittel, teilstationäre Pflege, Kurzzeitpflege und stationäre Pflege (§ 61 Abs. 2 Satz 1 SGB XII). Gemäß § 61 Abs. 3 SGB XII sind Krankheiten oder Behinderungen im Sinne dieser Vorschrift u. a. Störungen des zentralen Nervensystems wie Antriebs-, Gedächtnis- oder Orientierungsstörungen sowie endogene Psychosen, Neurosen oder geistige Behinderungen, infolge derer Personen pflegebedürftig sind.

In der Praxis ist danach jeder pflegebedürftig, dem ab dem fraglichen Zeitpunkt mindestens die Pflegestufe I zuerkannt gewesen ist und der deshalb entsprechendes Pflegegeld erhält.

Gemäß § 9 Abs. 1 SGB XII richtet sich die Leistung der Sozialhilfe grundsätzlich nach den Besonderheiten des Einzelfalls, insbesondere nach der Art des Bedarfs, den örtlichen Verhältnissen, den eigenen Kräften und Mitteln der Person oder des Haushalts bei der Hilfe zum Lebensunterhalt. Dabei soll den Wünschen des Leistungsberechtigten, die sich auf die Gestaltung der Leistung richten, entsprochen werden, soweit sie angemessen sind (§ 9 Abs. 2 Satz 1 SGB XII). Wünschen des Leistungsberechtigten, den Bedarf stationär oder teilstationär zu decken, soll nur entsprochen werden, wenn dies nach der Besonderheit des Einzelfalls erforderlich ist, weil anders der Bedarf nicht oder nicht ausreichend gedeckt werden kann und wenn mit der Einrichtung Vereinbarungen nach den Vorschriften des Zehnten Kapitels des SGB XII bestehen (§ 9 Abs. 2 Satz 2 SGB XII). Der damit statuierte Vorrang ambulanter Leistungen vor teilstationären und stationären Leistungen gilt gemäß § 13 Abs. 1 Satz

3 SGB XII aber dann nicht, wenn eine Leistung für eine geeignete stationäre Einrichtung zumutbar und eine ambulante Leistung mit unverhältnismäßigen Mehrkosten verbunden ist. Bei der Entscheidung ist zunächst die Zumutbarkeit zu prüfen. Dabei sind die persönlichen, familiären und örtlichen Umstände angemessen zu berücksichtigen. Bei der Unzumutbarkeit ist ein Kostenvergleich nicht vorzunehmen, d.h. im Fall der Unzumutbarkeit zahlt die Sozialhilfe bzw. die Grundsicherung im Alter.

Damit ist zunächst und vor der Durchführung eines Kostenvergleichs die Frage der Zumutbarkeit der stationären Unterbringung der Leistungsberechtigten in einer geeigneten stationären Einrichtung zu prüfen (vgl. ebenso Warendorf, in Grube/Warendorf, SGB XII, Sozialhilfe, Kommentar, 2. Auflage, 2008, § 13 Rdnr. 4; Kraher, in LPK-SGB XII, Sozialhilfe, Kommentar, 7. Auflage, 2005, § 13 Rdnr. 8, 9). Der unbestimmte Rechtsbegriff der Zumutbarkeit gliedert sich dabei in einen objektiven und einen subjektiven Teil. Objektiv unzumutbar ist die Unterbringung in einer stationären Einrichtung, die gemessen am medizinisch-psychischen Anforderungsprofil für den pflegebedürftigen selbst ungeeignet ist, z.B. weil wegen sachlichen oder fachlichen Qualitätsmängeln Leistungsberechtigte dort nicht menschenwürdig wohnen oder fachgerecht betreut werden können (vgl. näher Kraher, a.a.O., § 13 Rdnr. 9). <Vorliegend hat der Beklagte drei Alten- und Pflegeeinrichtungen im Wohnort der leistungsberechtigten pflegebedürftigen benannt, die objektiv in der Lage gewesen sind, die pflegebedürftige zum Zeitpunkt des Eintritts des Leistungsfalls (Juli 2005) aufzunehmen und medizinisch fachlich - insbesondere im Hinblick auf die Demenzerkrankung - angemessen zu betreuen. Daher liegt ein Fall objektiver Unzumutbarkeit im Sinne von § 13 Abs. 1 Satz 4 SGB XII nicht vor.> Unzumutbar könnte der ausnahmsweise Wegfall des Vorrangs ambulanter Hilfe und die stationäre Unterbringung demnach nur sein, wenn

Konrad-Adenauer-Stiftung e.V.

FRANZ-WILHELM DOLLINGER

Mai 2008

[www.kas.de](http://www.kas.de)

[www.kas.de/mainz](http://www.kas.de/mainz)

der Sozialhilfeträger bei seiner Entscheidung die persönlichen, familiären und örtlichen Umstände gemäß § 13 Abs. 1 Satz 5 SGB XII nicht angemessen berücksichtigt hat. Persönliche Unzumutbarkeit zum Einzug in ein Alten- und Pflegeheim liegt etwa vor, wenn ein junger behinderter Mensch dort allein unter Alten sozial isoliert leben müsste (vgl. Verwaltungsgerichtshof Hessen, ZFSH/SGB 1992, 82; Warendorf, a.a.O., § 13 Rdnr. 4 m.w.N.), unzumutbar sein kann aber auch, die Unterbringung in einem Heim, das den Belangen des Pflegebedürftigen nicht hinreichend Rechnung trägt, etwa weil es keine tagesstrukturierenden Maßnahmen für demenzerkrankte Pflegebedürftige anbietet oder weil es weit vom bisherigen Wohnort des Pflegedürftigen entfernt liegt und der deshalb nunmehr von seinem bisherigen sozialen Kontakt- und Umfeld völlig abgeschnitten ist und er deshalb zu vereinsamen droht.

Aber auch wenn der Umzug ins Heim sozialhilferechtlich nicht unzumutbar ist, sind die Sozialämter jedenfalls übergangsweise zuweilen bereit entsprechend dem Vorrang ambulanter Pflegeleistungen den Einsatz privater ambulanter Pflegedienste aus Deutschland mitzufinanzieren und so dabei zu helfen, „Versorgungslücken“ zu schließen. Das setzt allerdings voraus, dass es sich um einen seriösen Pflegedienst handelt, dessen Beauftragung ein prüffähiges Pflegekonzept unter Beschreibung der Fachkompetenzen des Pflegepersonals und eine ebenso prüffähige Pflegekostenkalkulation zugrunde liegt. An beidem fehlt es in der Praxis immer wieder (vgl. dazu LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 15. September 2006, L 7 SO 4051/06 ER-B zu dem einseitigen Kostenvoranschlag eines ambulanten Pflegedienstes der auf der Basis eines nicht näher aufgeschlüsselten täglichen Pflegesatzes von 168 Euro für die Rund-um die-Uhr-Betreuung abrechnen wollte).

- Hilfe von der Arbeitsagentur – 1500

bis 2000 Euro pro HelferIn (Über die Arbeitsagenturen legal vermittelt (manchmal wird auch nachträglich von der Arbeitsverwaltung mit Zustimmung der Ausländerbehörde legalisiert). Diese Haushaltshilfen dürfen aber - eingedenk der dargestellten Rechtslage (vgl. § 21 BeschV) - offiziell nicht pflegerisch tätig sein! Die Pflegekasse kommt, obgleich den ausländischen Helferinnen die eigentliche Pflege nicht erlaubt ist, für 205 €, 410 € zwischen max. 665 € Pflegegeld monatlich (Barleistung) auf.) Nachteile: Die ausländische HelferIn darf rechtlich keine echten Pflegearbeiten verrichten, ihr ist streng genommen bereits das Setzen eines Insulinspritze untersagt. Des Weiteren erhält die ausländische HelferIn angesichts der Belastung mit deutscher Steuer und deutschen Sozialabgaben regelmäßig ein Nettogehalt von monatlich nur unter oder bis zu 1.000 Euro - damit entfällt für viele potentielle Helferinnen und Helfer die Anreizfunktion.

#### *b) Grauzonenantwort*

- Vermittlung aus dem osteuropäischen Ausland unter Zwischenschaltung einer im Bundesgebiet ansässigen Pflegekräfte-Maklerin – 1200 bis 1800 Euro plus Vermittlungsgebühr (Vermittlungsagenturen + Pflegekraft, die offiziell bei einem Unternehmen in ihrem Heimatland beschäftigt ist, einen Versicherungsnachweis aus dem Heimatland vorlegen kann und als eine Zeitarbeiterin über eine bundesdeutsche Maklerin in die Familie vermittelt wird. Möglich kraft Dienstleistungsfreiheit nach Art. 49 ff. EGV. Die Pflegekasse kommt für 205 €, 410 € bzw. max. 665 € Pflegegeld auf - da ja kein Versorgungsvertrag mit dem ausländischen Unternehmen und/oder der Maklerin besteht.) Nachteile entsprechend dem Arbeitsagenturmodell: Die ausländische HelferIn darf rechtlich keine echten Pflegearbeiten verrichten, ihr ist streng genommen bereits das Setzen eines Insulinspritze untersagt. Des Weiteren erhält die ausländische HelferIn angesichts der Belastung mit deutscher Steuer und deutschen Sozi-

Konrad-Adenauer-Stiftung e.V.

FRANZ-WILHELM DOLLINGER

Mai 2008

[www.kas.de](http://www.kas.de)

[www.kas.de/mainz](http://www.kas.de/mainz)

alabgaben regelmäßig einen Nettogehalt von monatlich nur unter oder bis zu 1.000 Euro - damit entfällt für viele potentielle Helferinnen und Helfer die Anreizfunktion.

c) *Illegales Verhalten*

- „Selbständige“ Pflegerin – 1000 bis 1500 Euro (nur ausländische Vermittlungsagentur, die ausländische Helferin ist selbständige „Sub-“unternehmerin. Vorsicht: bei regelmäßig vorliegender Scheinselbständigkeit - die Helferin arbeitet ja nur für eine/n Pflegebedürftige, bei der/dem sie zudem noch wohnt - entsprechende Konsequenz für den deutschen Arbeitgeber, der zumindest die Sozialabgaben an die deutschen Sozialleistungsträger (Unfall-, Krankheits-, Arbeitslosen- und Rentenversicherung) wird nachentrichten müssen. Die Pflegekasse kommt für 205 €, 410 € bzw max. 665 € Pflegegeld auf)

- Illegale „Perlen“ – 800 bis 1200 Euro (Vorsicht: fehlender Versicherungsschutz, Strafbarkeit, keine Pflegegeldleistungen der Pflegekasse)

Die Reihenfolge in der Häufigkeit des Bestehens der verschiedenen Formen und damit auch die Größenordnung der sozialrechtlichen Problematik dürfte gerade die umgekehrte Reihenfolge wie hier sein. Also "illegale Beschäftigungsformen" am häufigsten. Die Schätzungen über die illegalen Arbeitsverhältnisse in der innerfamiliären Pflege beginnen alle erst jenseits von 100.000 Familien, die durchaus in Kenntnis dieser rechtlichen Risiken die eine oder andere "Notlösung" auf sich nehmen, um einen "Umzug" des Pflegebedürftigen ins Pflegeheim möglichst lange hinauszuschieben oder gar zu umgehen.

#### 4. Zusammenfassung und Ausblick

Die Öffnung der nationalen Arbeitsmärkte ist die Konsequenz des Zieles der Europäischen Gemeinschaft zur Schaffung eines gemeinsamen Europäischen Binnenmarktes. So lautlos wie die Schaffung des freien Wa-

renverkehrs innerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums lässt sich der freie Dienstleistungsverkehr nicht verwirklichen, wie nicht zuletzt die Diskussion um die Beschäftigung osteuropäischer Pflegekräfte im Bundesgebiet zeigt. Die Liberalisierung des Dienstleistungsverkehrs soll das Zusammenwachsen der Völker Europas fördern und den wirtschaftlichen und sozialen Fortschritt sichern, nicht hingegen Formen illegaler Beschäftigung begünstigen. Durch den Einsatz osteuropäischen Pflegepersonals lassen sich zwar Wettbewerbsvorteile erzielen. Zugleich sieht sich der Auftraggeber bei der Überschreitung der rechtlichen Grenzen der Möglichkeit des Einsatzes von Subunternehmern der Gefahr behördlicher und strafrechtlicher Sanktionen ausgesetzt.

Ab dem 1. Januar 2011 wird aus Sicht der gesamteuropäischen Dienstleistungsfreiheit alles besser - dann fallen die Beschäftigungshürden für Pflegekräfte aus den osteuropäischen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft weg. D.h. ab dann besteht voller und uneingeschränkter Arbeitsmarktzugang für polnische oder andere osteuropäische Pflegekräfte zum deutschen Pflegemarkt, gleich ob sie als Selbständige oder Arbeitnehmer agieren.