

GEMEINSAME POSITION

SOZIALVERBAND

VdK

SAARLAND



Arbeitskammer des Saarlandes
beraten.bilden.forschen.

Zur Diskussion gestellt:

Mehr Rechtssicherheit in der Betreuung in häuslicher Gemeinschaft (BihG)

Positionen – Argumente –
Forderungen

**GEMEINSAME
POSITION**

SOZIALVERBAND

VdK

SAARLAND



Arbeitskammer des Saarlandes
beraten.bilden.forschen.

Zur Diskussion gestellt:

Mehr Rechtssicherheit
in der Betreuung
in häuslicher
Gemeinschaft (BihG)

Positionen – Argumente –
Forderungen

Inhalt

1	Gesellschaftliche Situation – umfassende Hilfeangebote sind erforderlich	4
2	Merkmale von BihG – Standards einer professionellen Versorgungssäule	5
3	Rechtslage – Rechtssicherheit ist möglich und nötig	6
4	Handlungsbedarfe und Lösungsvorschläge für BihG	8
5	Fazit – was jetzt geschehen muss	11

Verfasser

- **Jürgen Bender**
Präsident des Landessozialgerichts für
das Saarland a. D., Pflegebeauftragter
des Saarlandes
- **Armin Lang**
ehem. Abgeordneter des Saarländischen
Landtages und Leiter der Landesvertretung
der Ersatzkassen e. V. (vdek),
Landesvorsitzender Sozialverband VdK
Saarland
- **Birgit Mohns-Welsch**
Ltd. Verwaltungsdirektorin und
Sozialdezernentin a. D.
- **Helga Setz**
Referatsleiterin Pflege i. R.,
vdek-Landesvertretung Saarland,
ehem. Pflegestützpunkt-Geschäftsführerin
- **Krystian Temi**
Geschäftsführender Gesellschafter,
Pflegeherzen GbR
- **Beatrice Zeiger**
Geschäftsführerin
der Arbeitskammer des Saarlandes
- **Egbert Ulrich**
Leiter der Saarländischen Beratungsstelle
Wanderarbeit und mobile Beschäftigte
bei der Arbeitskammer des Saarlandes

Zur Diskussion gestellt:

Mehr Rechtssicherheit in der Betreuung in häuslicher Gemeinschaft (BihG) Positionen – Argumente – Forderungen*

Seit mehr als einem Jahrzehnt scheuen sich Gesellschaft und Politik, eine Lösung für ein in Deutschland weit verbreitetes Problem zu finden. Es geht um die Versorgung pflege- und hilfebedürftiger Menschen in der eigenen Häuslichkeit durch Betreuungspersonen, vornehmlich aus Osteuropa. In diesem rechtlich unzureichend geregelten Umfeld Dienstleistungen für hilfeschuchende Menschen rechtskonform zu erbringen, ist äußerst schwierig. Damit nimmt man hin, dass Menschen in diesem Bereich mit krimineller Energie ausgenutzt und in die Illegalität gedrängt werden, statt einen Rechtsrahmen zu schaffen, der „sauberes“, aber auch wirtschaftlich und fachlich sinnvolles Arbeiten ermöglicht.

Mit dieser Ausarbeitung, an der Experten der Branche und von außerhalb mitwirkten, markieren wir den Rahmen der dringenden Handlungsbedarfe und zeigen Lösungsmöglichkeiten auf. Wir wissen uns einig mit über einer Million Betroffenen, das heißt Pflegebedürftigen, ihren Angehörigen und den Betreuungskräften in den Pflegehaushalten.

Wir hoffen auf Ihre Unterstützung!

*Diese Ausarbeitung wurde anfangs maßgeblich von Frederic Seebohm, Geschäftsführer des Verbands für häusliche Betreuung und Pflege e. V., mit initiiert. Von ihm stammen auch wichtige inhaltliche Impulse und Formulierungen. Wir bedanken uns für die Zusammenarbeit.



TEIL 1:

Gesellschaftliche Situation – umfassende Hilfeangebote sind erforderlich

Ausgangslage

Möglichst lange in der eigenen Häuslichkeit leben und versorgt werden, ist ein zentrales Anliegen vieler Menschen, auch bei schwersten Erkrankungen und bei Pflegebedürftigkeit. Dieser Wunsch der Betroffenen und ihrer Angehörigen tritt in allen gesellschaftlichen Schichten auf. Indessen stößt er immer häufiger an Grenzen und endet in für die Betroffenen unlösbaren Notsituationen.

In der Regel stehen technische Hilfen (wie Notrufsysteme) und medizinische Hilfsmittel (z. B. Lifter und Pflegebetten) zur Verfügung, die ambulante medizinische und pflegerische Versorgung können professionelle Dienste sicherstellen, auch „Essen auf Rädern“ kann organisiert werden. Doch schon die Wohnungs- und Wäscheversorgung oder Einkäufe durch nachbarschaftliche und/oder ehrenamtliche Betreuungsdienste sind oft wegen fehlender Verlässlichkeit nicht sicher zu stellen.

Gleiches gilt für die Realisierung eines Mindestmaßes an „gesellschaftlicher Teilhabe“, inklusive der Wahrnehmung externer Termine bei Ärzten und Therapeuten. Die Sicherstellung all dieser Angebote durch viele unterschiedliche Dienstleister ist für die Betroffenen alleine schwer realisierbar. Ihre Organisation, Finanzierung und Abrechnung sind gerade von alleinlebenden, hochbetagten oder schwerkranken Menschen in der Regel nicht leistbar.

Ein besonderer Versorgungsnotstand besteht dann, wenn umfangreiche Betreuungsbedarfe zu decken sind, familiäre bzw. nachbarschaftliche Hilfen nicht zur Verfügung stehen, der Hilfesuchende in der eigenen Wohnung verbleiben will und dies – bei sachgerechter Organisation von Betreuung und Versorgung – auch schaffen könnte. Immer dann, wenn für die meiste Zeit des Tages keine Hilfe zur Verfügung steht, kommt das Gefühl von Schutzlosigkeit, die Angst vor dem Alleinsein und dem Fehlen von schnellen Hilfen bei akuten Notsituationen auf. Solche existentiellen Probleme lassen sich nicht durch minuten- oder stundenweise tätige Dienstleister lösen.

In diesen Fällen des Versorgungsnotstands ist ganztägige Versorgung durch Präsenzkkräfte geboten. Sie leben und arbeiten in häuslicher Gemeinschaft mit den zu betreuenden Menschen. Häufig wechseln sich zwei Betreuungspersonen pro Hilfesuchendem zirka alle 6 bis 10 Wochen ab und gewährleisten somit die Grundlage der Versorgung. Die Betreuungspersonen ergänzen die professionelle Pflege, bzw. machen diese im häuslichen Bereich oft erst möglich. Sie entlasten die Angehörigen und entspannen so die familiäre Situation. Der Verbleib der Hilfesuchenden in der eigenen Häuslichkeit mit sachgerechter Versorgung wird dadurch sichergestellt.

„Betreuung in häuslicher Gemeinschaft“ – eine unverzichtbare Säule in der Versorgungsrealität

Im Dezember 2019 waren in Deutschland 4,13 Mio. Menschen pflegebedürftig, davon wurden 980.000 in Heimen und 3,31 Mio. zu Hause versorgt.¹ Rund 300.000² von ihnen können nur deshalb zu Hause leben, weil sie meistens durch osteuropäische Betreuungspersonen in häuslicher Gemeinschaft versorgt werden.

Hierzu gibt es auch mittelfristig keine Alternative, weder durch die professionelle ambulante Pflege noch durch die stationäre Versorgung. Wenn der Zustrom der osteuropäischen Betreuungskräfte ausfiele, wären die von ihnen unterstützten hilfebedürftigen Menschen von einem Tag auf den anderen unversorgt. Eine Vorahnung darauf bewirkte die Corona-Krise. Es gibt Berichte darüber, dass Betreuungspersonen nur erschwert einreisen konnten, Angst hatten auszureisen bzw. wiederzukommen, Lücken in der Versorgung ohne verlässliche Alternativen rissen auf. Angehörige mussten berufliche Tätigkeiten unterbrechen.

Deshalb muss die BihG auf ein rechtlich und fachlich gesichertes Fundament gestellt werden. Hierzu bedarf es insbesondere einer Klarstellung im § 18 Absatz 1 Nummer 3 Arbeitszeitgesetz, wie es weiter unten in Option 3 erläutert wird.

Problem der Illegalität

Eine große Anzahl von Betreuungspersonen arbeitet ohne Sozialversicherungsschutz und/oder korrekte Verträge. Hinzu kommt illegale Migration, zum Beispiel aus Weißrussland und aus diversen Balkanstaaten. Ohne Aufenthalts- und Arbeitser-

laubnis sind Betreuungspersonen aus diesen Ländern besonderen Risiken ausgesetzt und müssen zu Löhnen arbeiten, die häufig nur halb so hoch sind wie bei den Betreuungspersonen, die legal in Deutschland tätig sind.



TEIL 2:

Merkmale von BihG – Standards einer professionellen Versorgungssäule

Tätigkeitsprofil der Betreuungspersonen

BihG umfasst ein komplexes Aufgabenspektrum, wie es pflegende Angehörige seit jeher leisten. Davon geht das SGB XI bei der Realisierung des Versorgungsgrundsatzes „ambulant vor stationär“ ganz selbstverständlich aus. Ihre Tätigkeitsfelder lassen sich drei Bereichen zuordnen, wobei die Zeitanteile sich im Zeitverlauf je nach individueller Situation des zu versorgenden Menschen verschieben können:

- Hauswirtschaft (40 % der Zeit)
- Betreuung (35 % der Zeit)
- Grundpflege (25 % der Zeit)

Arbeitszeit

Die Arbeitszeiten einer Betreuungsperson sind abhängig von den individuellen Bedürfnissen der Hilfesuchenden und den sonstigen Ressourcen, die im Nahbereich zur Verfügung stehen bzw. aktiviert werden können. Im typischen Tagesverlauf wechseln unterstützende und vorbereitende Tätigkeiten sowie gemeinsame Aktivitäten und begleitende Maßnahmen einander ab.

Unabhängige wissenschaftliche Untersuchungen haben ergeben, dass Betreuungspersonen selbst ihre tatsächliche Arbeitszeit auf 6 bis 7 Stunden/Tag einschätzen.³

Neben diese Arbeitszeit treten weitere Präsenzzeiten, bei denen echte, d. h. planbare Freizeit neben Einsatzzeiten vorhanden sein muss. Hierzu bedarf es rechtlicher Regelungen (siehe hierzu Teil 3).

Komplementarität und Koordination von BihG

In jedem Einzelfall ist eine passende und sichere Gesamtversorgung zu organisieren. Hier sind täg-

liche Arbeitszeiten, Präsenzzeiten und echte, planbare Freizeit festzulegen.

Dazu gehört, dass Voraussetzungen dafür geschaffen werden, dass die Betreuungspersonen mindestens einen freien Tag pro Woche und täglich feste Pausenzeiten realisieren können. Deshalb ist BihG – neben familiärer Unterstützung – immer nur komplementär mit weiteren externen Dienstleistern und/oder ehrenamtlicher Unterstützung verantwortlich organisierbar.

Die BihG braucht deshalb stets eine vorausschauende Planung, eine umfassende Organisation, professionelle Begleitung und die komplette Klärung der Gesamtversorgung, inklusive ihrer Finanzierung. Soweit vorhanden, könnten Case-Management-orientierte Pflegestützpunkte derartige Organisations- und Koordinationsfunktionen wahrnehmen. Schon jetzt übernehmen gut geführte und räumlich nahe Vermittlungsagenturen sehr oft derartige Dienstleistungen.

Fairness – Wettbewerb und Kosten

Im Gegensatz zur gelegentlich verbreiteten Meinung werden Betreuungspersonen trotz des unsicheren Rechtsrahmens durch die Vermittlungsagenturen und die betroffenen Familien in der Regel fair behandelt. Dies gilt insbesondere, wenn ergänzende Unterstützungsleistungen zur Verfügung stehen und flexibel genutzt werden können.

Illegal arbeitende Betreuungspersonen ohne Aufenthaltstitel gehen allerdings hohe Risiken bezüglich Arbeitsbedingungen und Vergütung ein. Sie sind wegen fehlender Schutzmechanismen erpressbar und ohne professionelle Begleitung auch hilflos.

Kosten und Finanzierung

Die Gesamtkosten von BihG sind abhängig von der Qualifikation der Betreuungspersonen und dem gewählten rechtlichen Modell. Bei – im weiteren Sinne – legaler Beschäftigung liegen sie bei der Nutzung einer Vermittlungsagentur aktuell zwischen € 2.500 und € 3.000/Monat, d. h. bei rund dem Doppelten des Nettolohns der Betreuungsperson. Der auf die Tätigkeit des Dienstleisters im Heimatland entfallende Kostenanteil soll den Aufwand für Steuern, Sozialabgaben, An- und Abreisekosten der Betreuungsperson, Administration, Personalrekrutierung, Organisation des Personalwechsels bei Ur-

laub und Krankheit decken. Darüber hinaus enthält er die Kosten für die Sicherstellung der laufenden Begleitung, des Notfallservice und einen Deckungsbeitrag für die deutsche Vermittlungsagentur.

Die Sicherstellung der Finanzierung der BihG durch die Betroffenen selbst bzw. ihre Familien erfordert ein besonderes Engagement. Zwar kann bei BihG das Pflegegeld gemäß Pflegegrad in Anspruch genommen werden. Dieses deckt jedoch nur zu einem geringen Teil die aufzuwendenden Gesamtkosten.

Zu den sogenannten „baren“ Aufwendungen für die Betreuungsperson kommen stets die Kosten für das Vorhalten der Wohnung und für die Beköstigung der Betreuungsperson hinzu. Bei der Gesamtkalkulation der Aufwendungen für die „Gesamtversorgung“ müssen stets die oben dargestellten Kosten der ergänzenden Betreuung und Versorgung hinzugerechnet werden. Dieses Gesamtkosten-Volumen ist von Betroffenen aus den unteren und mittleren Einkommenschichten in der Regel nur schwer finanzierbar. Hier sind dringend solidarisch aufzubringende Ergänzungen nötig.

Setzt das Bundesrecht einen Meilenstein?

Im Arbeitsentwurf des Bundesministerium für Gesundheit (Stand April 2021) zur erneuten Reform des SGB XI ist ein neuer § 45f vorgesehen. Danach sollen Pflegebedürftige in häuslicher Pflege mit mindestens Pflegegrad 2 folgende Leistungen erhalten: Ersatz von Aufwendungen für die Betreuung im Haushalt der Pflegebedürftigen durch eine in diesem Haushalt lebende Betreuungsperson, die Hilfestellung, insbesondere bei der Haushaltsführung und Bewältigung des Alltags, übernimmt und Angehörige entlasten kann (Unterstützung in der häuslichen Betreuung).

Mit dieser Kostenerstattung werden diverse Anrechnungen und Vorbedingungen verbunden, die die tatsächliche finanzielle Entlastung des Pflegebedürftigen wieder erheblich einschränken. Dennoch könnte diese Regelung einen „Meilenstein“ bedeuten. Mit ihr würde erstmals die „Betreuung in häuslicher Gemeinschaft“ (BihG) als kostenerstattungsrelevante Leistung Eingang in ein deutsches Sozialgesetzbuch finden und diese soziale Versorgungssäule in der Hilfe für pflegebedürftige und behinderte Menschen als existentiell notwendig anerkannt werden sowie Leistungsansprüche der Betroffenen auslösen.

Da der vorliegende Arbeitsentwurf zur Änderung des SGB XI in dieser Legislaturperiode mit hoher Wahrscheinlichkeit vor der Bundestagwahl im September 2021 nicht mehr als SGB-XI-Änderungsgesetz verabschiedet wird, bleibt noch genügend Zeit, die Detailvorschläge zu erörtern. An dieser Stelle soll deshalb zunächst nur kurz auf Einzelprobleme des Entwurfs eingegangen und der politische Wille positiv gewürdigt werden, dieses Leistungsfeld in der häuslichen Versorgung einer gesetzlichen Regelung zuzuführen und hierfür auch Leistungsansprüche zu etablieren.

Der genannte Gesetzentwurf sieht vor, dass die Länder ermächtigt werden sollen, durch Rechtsverordnung die Anerkennung der Leistungsangebote, die Mindestanforderungen für Vermittlungsstellen und für die Qualifikation, der im Haushalt lebenden Betreuungspersonen zu bestimmen. Damit schiebt der Bundesgesetzgeber ein schwieriges Detail der Einbeziehung auch ausländischer Betreuungskräfte in die pflegerische Versorgung den Ländern zu, mit der Gefahr, dass ein sehr unübersichtlicher „Regelungsflickenteppich“ entsteht. Möglicherweise ergibt sich aus dieser Regelungsabsicht aber auch die Chance, pragmatische und im Interesse der Pflegebedürftigen, ihrer Familien, der Betreuenden und der sie vermittelnden Agenturen Lösungen zu finden, die die Rechtssicherheit aller Betroffenen erhöht.

So bleibt noch viel zu tun, damit aus dem Meilenstein kein Stolperstein wird.



TEIL 3:

Rechtslage – Rechtssicherheit ist möglich und nötig

Durch Agenturen ordnungsgemäß und zu fairen Bedingungen vermittelte Betreuungspersonen sind in der Unterzahl. So arbeitet nur ein Teil der Betreuungspersonen derzeit voll umfänglich legal. Es bestehen vielfältige Rechtsunsicherheiten.

Rechtsunsicherheit

Rechtsunsicherheit bedeutet, dass sowohl die Betreuungspersonen selbst als auch die beauftragenden Familien sich zwar teilweise auf geltendes Recht und die einschlägige Rechtsprechung stüt-

zen können, jedoch wegen unkonkreter rechtlicher Regelungen und fehlender höchstrichterlicher Entscheidungen von den unterschiedlichen Auslegungen der Behörden (zum Beispiel Deutsche Rentenversicherung, Gewerbeämter) abhängig sind.

Der derzeit gültige Rechtsrahmen bei der Betreuung von Menschen mit Handicaps geht ganz selbstverständlich davon aus, dass die Sorge für die Betroffenen als kurzfristig sicherzustellende Dienstleistung entweder von der Familie abgedeckt oder an externe professionelle Anbieter übertragen wird. Reichen die familiär und ambulant einsetzbaren Hilfen nicht aus, bleibt für hilfebedürftige Menschen der Umzug ins Pflegeheim.

Gerade die vielfältige Ausdifferenzierung des Pflegeleistungsrechts in den letzten Jahren strebt dagegen immer mehr die Sicherstellung der Versorgung in der eigenen Häuslichkeit an. Dies setzt jedoch die Sicherung der Gesamtbetreuung mit unmittelbarer Unterstützung bei plötzlich und kurzfristig auftretendem Hilfebedarf sowie die Erledigung der Haushaltsführung inklusive passender Hilfen zur Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft voraus.

Dieser Gesamtversorgungsbedarf einer stetig wachsenden Gruppe, insbesondere hochbetagter Menschen, trifft aktuell auf eine Generation von Angehörigen, die zur Sicherung ihrer eigenen Existenz bzw. zur Verwirklichung ihrer eigenen Lebensplanung Beruf und Familie inklusive Pflege von Angehörigen miteinander vereinbaren wollen und müssen, häufig aber auch bei größter Anstrengung nicht leisten können. Die gesetzlich garantierten Freistellungs- und Beurlaubungsmöglichkeiten von pflegenden Beschäftigten sind höchst unzureichend. Sie werden fast nicht in Anspruch genommen und sind dementsprechend auch keine Alternative zur BihG.

Hinzu kommen die Auswirkungen der in den letzten Jahrzehnten gesellschaftlich gewollten und auch geförderten beruflichen und persönlichen Mobilität und damit verbunden ein erheblicher Anstieg der alleinlebenden älteren Menschen, die eben keine Nachkommen in nächster Nähe haben. Die BihG ist derzeit deshalb ein geeignetes Instrument, diese sehr individuellen Versorgungsbedarfe zu decken und gleichzeitig die persönlichen Wünsche und Ansprüche der Betroffenen zu erfüllen.

Die in dieser Ausarbeitung beschriebene Betreuung in häuslicher Gemeinschaft lässt sich jedoch nicht

im aktuell gültigen arbeitsrechtlichen Rahmen erbringen. Es kommt daher zwangsläufig zu Übertretungen arbeitszeitrechtlicher Vorgaben, sodass beträchtlicher Handlungsbedarf besteht. Hier sind Kreativität, Mut und politischer Realitätssinn gefragt. Dabei sind Anleihen bei früherem oder aktuell gültigem Recht, sowie Neuregelungen nötig und möglich.

Bereits das derzeit gültige Arbeits- und Tarifrecht regelt spezifische Bedürfnisse einzelner Berufsgruppen. Es lohnt ein Blick in die arbeitszeitrechtlichen Regelungen für die sogenannten SOS-Kinderdörfer (§ 18 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG), ebenso in die rechtlichen Regelungen für sogenannte „feste freie Mitarbeiter“ (§ 12a TVG) u. a. bei öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten.

Derzeit praktizierte Modelle von BihG

Die Beschäftigung von mittel- oder osteuropäischen Menschen in Form unterschiedlich praktizierter BihG-Modelle vollzieht sich nach deutschem Recht, das lediglich durch Regelungen des Entsendegesetzes modifiziert wird. Scheinselbstständigkeit unterliegt klaren rechtlichen Kriterien, die auch für eingereiste „Selbstständige“ gelten. Trotz Rechtsunsicherheit bemüht sich die Praxis um legale Gestaltungsmodelle:

- ***Modell 1: Anstellung durch den Betroffenen-Haushalt***

Grundsätzlich können Betreuungspersonen durch die Betroffenen-Haushalte selbst angestellt werden. Dies empfahl bis vor kurzem zum Beispiel die ZAV-Broschüre „Vermittlung von europäischen Haushaltshilfen“.⁴ Diese Option ist in der Realität allerdings kaum gangbar. Der Hilfesuchende selbst und/oder seine bevollmächtigten Angehörigen können in der Regel die für eine Anstellung erforderliche Vertragsgestaltung und Abwicklung inklusive der nötigen Aufsicht nicht leisten. Sie sind häufig mit den steuerlichen und sozialversicherungsrechtlichen Aufgaben eines Arbeitgebers überfordert. Ganz besonders überfordert sie die Organisation von Vertretungen in Fällen von Krankheit und Urlaub. Zu der arbeitsrechtlichen Problematik siehe auch Modell 2.

- ***Modell 2: Anstellung durch ambulante Dienste oder Vermittlungsagenturen***

Anders verhält es sich bei einer Anstellung durch ambulante Dienste oder Vermittlungsagenturen.

Als Unternehmen sind sie in der Anstellung von Arbeitnehmern erfahren. Allerdings bedeutet BihG auch hierbei eine ständige Präsenz von Angestellten im Haushalt, insbesondere auch nachts.

Würde diese aufgrund des geltenden Arbeitsrechts als zu vergütende Bereitschaftszeit behandelt, müssten 4 bis 5 Vollzeitkräfte beschäftigt werden, um die Versorgung der hilfebedürftigen Person „rund-um-die-Uhr“ und über ein komplettes Arbeitsjahr sicherzustellen. Diese müssten nach Tarifvertrag oder nach Mindestlohn bezahlt werden. Ein solcher Personalaufwand ist in der Praxis weder organisier- noch finanzierbar.

- **Modell 3: Entsendung**

Die meisten der im weitesten Sinne legal tätigen Betreuungspersonen werden derzeit durch einen Arbeit- oder Auftraggeber aus Osteuropa zur Dienstleistung nach Deutschland entsandt. Entsendung bedeutet u. a., dass die sozialversicherungsrechtlichen Regeln des Herkunftslandes für maximal 18 Monate weitergelten. Das Entsenderecht wird genutzt, um die im jeweiligen Heimatland günstigeren steuerlichen und sozialversicherungsrechtlichen Rahmenbedingungen weiter nutzen zu können. Die entsprechende Entsendebescheinigung A1 dokumentiert, dass die Betreuungsperson in ihrem Herkunftsland sozialversicherungspflichtig gemeldet ist.

Sie ist für die deutschen Behörden bindend. Das A1-Formular gibt jedoch keine Auskunft darüber, ob und in welcher Höhe Sozialversicherungsbeiträge im Herkunftsland abgeführt werden. Die bei Modell 2 ausgeführte arbeitsrechtliche Problematik gilt selbstverständlich auch bei Modell 3.

- **Modell 4: Selbstständiges Gewerbe**

Das Bundessozialgericht (B 12 R 17/09 R, 28.9.2011) hält BihG auch als selbstständiges Gewerbe für zulässig, wenn die spezifischen Voraussetzungen für Selbstständigkeit erfüllt sind. Dies sind vor allem die Weisungsfreiheit der Betreuungsperson und ihr unternehmerisches Auftreten. Die Weisungsfreiheit ist in der Praxis oftmals selbstverständliches Wesensmerkmal von BihG. In vielen Fällen gibt es keine Angehörigen, die vor Ort Weisungen erteilen könnten. Trotz dieser in der Praxis gelebten Voraussetzungen für Selbstständigkeit werden solche Modelle durch die Deutsche Rentenversicherung

wegen „Schein-Selbstständigkeit“ entgegen der BSG-Rechtsprechung grundsätzlich nicht akzeptiert (so eingebracht von Herrn Rechtsanwalt Frederic Seeböhm, Geschäftsführer des Verbands für häusliche Betreuung und Pflege e. V.).

Dieses Modell, das sich in Österreich als überwiegende Grundlage der Beschäftigung durchgesetzt hat, wird jedoch von den Unterzeichnern des vorliegenden Papiers in den Lösungsansätzen als problematisch angesehen und nicht weiterverfolgt, da es – vor dem Hintergrund der strikten deutschen Rechtsprechung – die Gefahr in sich birgt, die Pflegebedürftigen in die Situation zu bringen, nachträglich zur Zahlung von Sozialbeiträgen herangezogen zu werden.



TEIL 4:

Handlungsbedarfe und Lösungsvorschläge für BihG

Obwohl BihG bei rund 300.000 Familien in Deutschland die Versorgung schwer kranker und pflegebedürftiger Menschen sicherstellt, erfassen die Regelungen weder im SGB XI und XII noch in einem anderen Gesetz diese Versorgungswirklichkeit. Abgesehen von den bereits dargestellten arbeitsrechtlichen Schwachstellen fehlt es auch an qualitativen Standards bezüglich der notwendigen Betreuungspraxis in den Haushalten der Betroffenen. Ebenso hilft der sozialrechtliche Leistungskatalog nicht, die „Betreuung in häuslicher Gemeinschaft“ auskömmlich zu finanzieren.

Nach den derzeitigen Regelungen im SGB XI, aber auch im SGB XII, ist das Entsendemodell nicht durch die Pflegekasse oder die Sozialhilfeträger finanzierbar, da es nicht um eine Leistungserbringung der häuslichen Pflege nach den §§ 71 bzw. 77 SGB XI durch eine zur Leistungserbringung zugelassene Pflegekraft oder eine bei einem zugelassenen Pflegedienst angestellte Kraft geht.

Im sogenannten Arbeitgebermodell, das auf entsandte Personen nicht zutrifft, kann die Betreuung nach den Vorschriften der §§ 63b und 64f SGB XII unter bestimmten Bedingungen mit dem Sozialhilfeträger abgerechnet werden.

Nach diesen Vorschriften muss die Betreuungskraft mit allen damit verbundenen Regularien des deutschen Arbeits- und Sozialversicherungsrechts bei dem Pflegebedürftigen selbst angestellt sein (Gutachten des Deutschen Vereins vom 23.04.2020: G2/20).

Es besteht dringender Handlungsbedarf bei der/dem

1. Herstellung von Rechtssicherheit für die Betreuungspersonen und für die hilfeschuchenden Menschen,
2. Schaffung von Voraussetzungen zur Nutzung sozialrechtlicher Leistungen für die BihG,
3. Etablierung von Qualitätsstandards inklusive ihrer Überprüfung und
4. arbeits- und sozialrechtlichen Schutz der Betreuungspersonen sowie der
5. Festlegung von Standards für Vermittlungsagenturen.

Zu 1. Rechtssicherheit

Um Rechtssicherheit herzustellen, bieten sich mindestens drei Möglichkeiten an:

- **Option 1: Definition der BihG als arbeitnehmerähnliche Tätigkeit**

Im deutschen Sozialversicherungsrecht sind schon jetzt für Millionen Beschäftigte Regelungen geschaffen, die der geübten Praxis von BihG entsprechen: Die „Arbeitnehmerähnlichkeit“.

Diese „Zwischenform“ von „Arbeitnehmerstatus“ und dem Status eines „freien Mitarbeiters“ ist unter anderem geregelt im

- § 2 SGB VI – Versicherungspflicht für sog. Solo-Selbstständige
- § 12a Tarifvertragsgesetz für sog. „feste freie Mitarbeiter“ von Rundfunkanstalten
- Heimarbeitsgesetz für Heimarbeiter und Heimgewerbetreibende.

„Arbeitnehmerähnlichkeit“ bedeutet unter anderem, dass der/die Mitarbeiter/in einerseits unternehmerisch arbeitet, andererseits aber als so schutzbedürftig gilt, dass er/sie in den gesetzlichen Sozialversicherungsschutz eingebunden ist und

auch eine arbeitsrechtliche Mindestabsicherung haben muss (z. B. Urlaub, Lohnfortzahlung).

BihG als „**arbeitnehmerähnliche Tätigkeit**“ ermöglicht eine flexible Arbeitszeitgestaltung der Betreuungspersonen für Menschen, deren Hilfebedarf nur grob planbar ist und sich immer wieder kurzfristig wandelt. Darauf kann und soll die Betreuungsperson eigenverantwortlich reagieren können.

- **Option 2: Anstellung unter nachweislichem Ausschluss von Bereitschaftszeit**

Bei guter Planbarkeit des Hilfebedarfes und einer ansonsten gesicherten Versorgung, zum Beispiel in der Nacht, können Betreuungspersonen auch durch ambulante Pflege- oder Betreuungsdienste bzw. Vermittlungsagenturen nach den geltenden arbeitsrechtlichen Regeln angestellt werden. Voraussetzung ist jedoch, dass Einsätze über die vereinbarte Arbeitszeit hinaus, insbesondere in der Nacht, garantiert ausgeschlossen sind.

- **Option 3: Überprüfung der Anwendbarkeit von § 18 Abs. 1 Nr. 3 Arbeitszeitgesetz auf die Betreuungskräfte bei BihG als Arbeitnehmer in sog. häuslicher Gemeinschaft, unter der Bedingung der Neuregelung für diesen Bereich**

Nach der klassischen Definition wird hierbei das Arbeitsverhältnis durch die besonderen Lebens- und Arbeitsbedingungen des Zusammenlebens in häuslicher Gemeinschaft geprägt. Es ist auf längere Zeit ausgerichtet und setzt eine personelle Kontinuität sowie eine stete Anwesenheit der Betreuungsperson voraus. Dazu gehört auch, dass sich Arbeits- und Ruhezeiten nicht streng voneinander trennen lassen. Nach jetziger Rechtslage findet das Arbeitszeitgesetz gemäß § 18 Abs. 1 Nr. 3 keine Anwendung bei Arbeitnehmern, die in häuslicher Gemeinschaft mit den ihnen anvertrauten Personen zusammenleben und sie eigenverantwortlich erziehen, pflegen oder betreuen. Für den Bereich der BihG sind hier Neuregelungen erforderlich.

Weitere Ausführungen unter „zu 4. Arbeits- und sozialrechtlicher Schutz der Betreuungspersonen“.

Zu 2. Nutzung sozialrechtlicher Leistungen für die BihG

BihG ist im SGB XI und im XII bislang nicht als Sachleistung vorgesehen. Bei anerkannter Pflegebedürftigkeit gemäß SGB XI können die oben genannten

Kosten mit Hilfe des Pflegegeldes (je nach Pflegegrad € 125 bis € 901) durch die Betroffenen bzw. Angehörigen anteilig finanziert werden. Da diese Geldleistungen jedoch in keinem Fall ausreichen, um die sachgerecht entstehenden BihG-Leistungen zu finanzieren, sind zusätzlich erhebliche Eigenmittel der Betroffenen erforderlich. Menschen mit niedrigen Alterseinkünften ohne eigenes Vermögen und mit Angehörigen, die eher im Niedrig- bzw. Durchschnittslohnbereich angesiedelt sind, können demnach BihG nicht in Anspruch nehmen.

Damit die Inanspruchnahme von BihG aber nicht ein Privileg der mittleren und oberen Schichten unserer Gesellschaft bleibt, ist schnellstens eine Öffnung des SGB-XI- und des SGB-XII-Leistungskatalogs auch für die Mitfinanzierung von BihG erforderlich. Dazu ist, neben der Etablierung sozialrechtlicher Leistungstatbestände, auch eine Änderung der Definition des Arbeitgebermodells bei § 64f SGB XII erforderlich.

Zu 3. BihG: Qualitätsstandards und Qualifizierungsbedarfe

In einem anzustrebenden neuen sozialrechtlichen Rahmen für die BihG sollten Mindest-Qualitätsstandards und Qualifizierungsbedarfe festgelegt werden.

Danach sollten nur solche Betreuungspersonen einsetzbar sein, die

- a) mindestens befriedigende Deutschkenntnisse (B1) nachweisen (vgl. „VHBP-Standard für die Einstufung der Sprachkenntnisse von Betreuungspersonen in häuslicher Gemeinschaft“) – diese Kenntnisse sollen nach dem europäischen Referenzrahmen ermittelt werden.
- b) über einen Grundstock an Fachkenntnissen, v. a. zum Grund-/Notfallwissen in der Pflege, wie z. B. eine nach § 45a SGB XI anerkannte Ausbildung oder die IQH-Ausbildung „Fachkraft für Betreuung in häuslicher Gemeinschaft“⁵ verfügen.

Als Beispiel für die Festlegung von Qualifizierungsvoraussetzungen von Betreuungspersonen können die „Ausübungs- und Standesregeln für Leistungen der Personenbetreuung in Österreich“ herangezogen werden.⁶

Zu 4. Arbeits- und sozialrechtlicher Schutz der Betreuungspersonen

In den Sozialgesetzbüchern bzw. im Rahmen des Arbeits- oder Tarifvertragsrechts und des Arbeitszeitgesetzes sind durch Neuregelungen, z. B. in § 18 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG, Bedingungen zu formulieren, die einerseits die Betreuungspersonen schützen, andererseits ihre spezifische Tätigkeit rechtsicher ermöglichen. Hierzu gehören unter anderem Rechtsansprüche auf:

- Festlegung einer Arbeitsperiode von höchstens 8 Wochen und Festlegung einer hiernach folgenden Periode von tatsächlicher Freizeit über mindestens die gleiche Dauer,
- Festsetzung von Arbeitszeiten, Präsenzzeiten und echten Ruhe- und Freizeiten sowie mindestens einem freien Tag pro Woche plus Urlaubsanspruch u. a.,
- Vereinbarung eines individuellen Gesamt-Versorgungsplanes für den Betreuungsbedürftigen unter Einbeziehung geeigneter komplementärer Dienstleister,
- Begleitung durch ambulante Dienste, bzw. durch die professionelle Pflegeberatung im unabhängigen Pflegestützpunkt,
- Aufnahme der betreuenden Person in die Hausgemeinschaft der zu betreuenden Person und Garantie eines Mindestlohnes ohne Anrechnung von Unterkunft, Verpflegung und Fahrkosten.

Zu 5. BihG-Standards für Vermittlungsagenturen

Der Begriff der „Vermittlungsagentur“ erweckt den Eindruck, dass es sich hierbei um eine „bloße Maklertätigkeit“ handelt. Tatsächlich erfüllen seriöse Vermittlungsagenturen im Bereich der BihG wesentlich weitergehende Aufgaben. Sie halten zum Beispiel Notdienste vor, leisten Beratung bei zwischenmenschlichen Konflikten und kümmern sich um Ersatz bei Urlaub, Krankheit und Personalwechsel.

Für dieses Bündel von Dienstleistungen sollten ebenfalls Qualitätsstandards vorgegeben werden. Auch hier können die bereits seit 2016 in Österreich etablierten Ausübungs- und Standesregeln für die Organisation von Personenbetreuung⁷ zur Orientierung dienen.



Teil 5:

Fazit – was jetzt geschehen muss:

Die in dieser Ausarbeitung aufgezeigte Problemlage und die Vorschläge zur Lösung machen deutlich:

Schnelles, konstruktives, kreatives, aber auch konsequentes Handeln ist geboten. Ein Konsens ist nötig zwischen dem Bund, den Ländern und den kommunalen Spitzenverbänden, den Sozialversicherungsträgern, den Arbeitnehmer- und Arbeitgeberorganisationen, den Sozialverbänden sowie den Leistungsanbietern, inklusive den qualifiziert arbeitenden Vermittlungsagenturen. Nur dann ist möglichst bald eine rechtssichere Gestaltung der **„Betreuung in häuslicher Gemeinschaft (BihG)“** in Deutschland möglich. **Die Zeit ist reif!**

Dringend notwendig sind:

- Wissenschaftlich fundierte Feststellungen zum Hilfebedarf mittels BihG,

- eine spezifische arbeitsrechtliche Definition für BihG, welche die besonderen Bedarfe und Anforderungen dieses Arbeitsfeldes umfasst,
- die Definition von Vermittlungs- und Einsatzstandards für Betreuungspersonen in der BihG sowie von Qualitätsstandards für ihre Tätigkeit inklusive der beteiligten Vermittlungsagenturen,
- die Abgrenzung bzw. Kooperation der BihG zu und mit professionellen Pflegediensten,
- die Anpassung der Leistungskataloge in SGB XI, XII unter anderem bezüglich der besonderen Erfordernisse der BihG, wie zum Beispiel die Zusammenführung von Einzelleistungen zu Betreuungspauschalen bzw. die Schaffung eines persönlichen Budgets in der Pflege und dessen Nutzung auch im BihG-Leistungsbereich.

Saarbrücken, im Mai 2021

1 https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2020/12/PD20_507_224.html

2 <https://gesundheit-soziales.verdi.de/service/publikationen/++co++a158df38-c6a3-11e6-ac89-525400b665de>

Echte Statistiken zur tatsächlichen Zahl existieren nicht, da BihG oft illegal genutzt wird. Es lässt sich aber auch von der 2007 legalisierten sog. Personenbetreuung in Österreich (rund 30.000 Fälle) auf die Verhältnisse in Deutschland (10 x bevölkerungsreicher) schließen.

3 https://www.vhbp.de/fileadmin/Downloads/News/Forschungsbericht%20BihG%20Studie_Stand%2015.1.2018.pdf

4 https://www.bosch-bkk.de/media/bkk_medien/20_leistungen/60_pflege/infoservice_pflegeversicherung/Infobroschuere_Vermittlung_von_Haushaltshilfen_Bundesagentur_fuer_Arbeit_2017.pdf

5 <https://www.iqh-institut.de/bildung/>

6 https://www.wko.at/branchen/vbg/gewerbe-handwerk/personenberatung-betreuung/127_Personenbetreuung_Standesregeln_D.pdf

7 https://www.wko.at/branchen/vbg/gewerbe-handwerk/personenberatung-betreuung/127_Standesregeln_Organisation-von-Personenbetreuung.pdf

SOZIALVERBAND

VdK

SAARLAND



Arbeitskammer des Saarlandes
beraten.bilden.forschen.

Sozialverband VdK Saarland e. V.

Neugeländstraße 11
66117 Saarbrücken

Telefon 0681 58459-0

www.vdk.de/sl
saarland@vdk.de

Arbeitskammer des Saarlandes

Fritz-Dobisch-Straße 6 – 8
66111 Saarbrücken

Tel. 0681 4005-0

info@arbeitskammer.de
www.arbeitskammer.de