



GRAUER PFLEGEMARKT
24h-pflegevertraege.de

verbraucherzentrale

SCHEIN-LEGAL UND SCHEINBAR GÜNSTIG

Wie erkennbar ist das Risiko der Scheinselbstständigkeit bei der Suche nach einer Betreuungskraft für die sog. häusliche 24-Stunden-Betreuung?

Marktcheck I

SCHEIN-LEGAL UND SCHEINBAR GÜNSTIG

Wie erkennbar ist das Risiko der Scheinselbstständigkeit bei der Suche nach einer Betreuungskraft für die sog. häusliche 24-Stunden-Betreuung?

Projekt: „Verbraucherschutz im ‚Grauen Pflegemarkt‘ stärken“
Modelle, Probleme und Entwicklungstendenzen des „Grauen Pflegemarktes“
aus Verbraucherperspektive

Autorinnen:

Michelle Jahn, Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e. V.
Natalia Bott, Verbraucherzentrale Berlin e. V.

Grafiken/Diagramme:

Michelle Jahn, Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e. V.
Cihan Karaboga, Verbraucherzentrale Berlin e. V.
Henning Kunz, Verbraucherzentrale Berlin e. V.

Verbraucherzentrale Berlin e. V.
Ordensmeister Straße 15 – 16
12099 Berlin
Telefon: 030 214 85-0
Fax: 030 211 72 01
Internet: www.verbraucherzentrale-berlin.de
Vorstand: Dörte Elß
Vorsitzender des Verwaltungsrats: Reiner Wild
Vereinsregister AG Berlin-Charlottenburg VR 2788 B
Umsatzsteuer-ID: DE158685837

Gender-Hinweis:

Aus Gründen der leichteren Lesbarkeit wird im nachstehenden Text das generische Maskulinum bei personenbezogenen Substantiven und Pronomen verwendet. Dies impliziert jedoch keine Benachteiligung des weiblichen oder anderweitigen Geschlechts. Weibliche und anderweitige Geschlechteridentitäten werden dabei ausdrücklich mitgemeint, soweit es für die Aussage erforderlich ist. Die männliche Sprachform soll im Sinne der sprachlichen Vereinfachung als geschlechtsneutral zu verstehen sein.

INHALT

1. EINLEITUNG UND PROBLEMAUFRISS	6
1.1. Selbstständige „24-Stunden“-Betreuungskräfte im eigenen Haushalt: Warum besteht ein Verbraucherrisiko?	6
1.2. Worin besteht das Risiko der Scheinselbstständigkeit?	7
1.3. Selbstständigkeit mit Gewerbe im Inland und mit „Selbstentsendung“	7
1.4. Wie kann die Beschäftigung auffallen?	8
2. FRAGESTELLUNG	9
3. VORGEHEN	10
3.1. Auswahl der Vermittlungsagenturen	10
3.2. Ablauf der Untersuchung	11
3.2.1. Schritt 1: Ist das rechtliche Modell anhand des Internetauftritts erkennbar?	11
3.2.2. Schritt 2: Wie ist das rechtliche Modell im Internetauftritt erkennbar?	11
3.2.3. Schritt 3: telefonische Kontaktaufnahme in den unklaren Fällen	11
3.2.4. Schritt 4: Untersuchung der Aussagen zum Risiko der Scheinselbstständigkeit auf den Webseiten	11
4. KRITERIEN	12
4.1. Kriterien für Schritt 1: Ist das rechtliche Modell anhand des Internetauftritts erkennbar?	12
4.2. Kriterien für Schritt 2: Wie ist das rechtliche Modell im Internetauftritt erkennbar?	12
4.3. Kriterien für Schritt 3: telefonische Kontaktaufnahme in den unklaren Fällen	13
4.4. Kriterien für Schritt 4: Prüfung der Webseiten im Hinblick auf die Informationen zum Risiko der Scheinselbstständigkeit	13
5. ERGEBNISSE	14
5.1. Schritt 1: Ist das rechtliche Modell anhand des Internetauftritts erkennbar?	14
5.1.1. Gruppe 1: Vermittlung Selbstständiger	14
5.1.2. Gruppe 2: keine Vermittlung Selbstständiger	15
5.1.3. Gruppe 3: Beschäftigungsmodell nicht hinreichend klar	16
5.2. Schritt 2: Wie ist das rechtliche Modell im Internetauftritt erkennbar?	16
5.2.1. Gruppe Nr. 1: Vermittlung Selbstständiger	16
5.2.2. Gruppe Nr. 2: keine Vermittlung Selbstständiger	18
5.3. Schritt 3: Telefonische Kontaktaufnahme in den unklaren Fällen (Gruppe 3)	19
5.4. Schritt 4: Prüfung der Webseiten im Hinblick auf die Informationen zum Risiko der Scheinselbstständigkeit	20
5.4.1. Aussagen zum Risiko der Scheinselbstständigkeit generell	20
5.4.2. Aussagen zum Risiko der Scheinselbstständigkeit im konkreten Fall	21
5.4.3. Anzahl der Klicks von der Startseite aus zur Information	23
5.4. Gesamtergebnis: Anteil der Agenturen, die Selbstständige vermitteln	23

6. BEWERTUNG DER ERGEBNISSE UND SCHLUSSFOLGERUNGEN	25
6.1. Schritt 1: Erkennbarkeit des Selbstständigkeitsmodells im Internetauftritt	25
6.2. Schritt 2: Wie ist das rechtliche Modell im Internetauftritt erkennbar?	25
6.3. Schritt 3: telefonische Kontaktaufnahme in unklaren Fällen der Gruppe Nr. 3	25
6.4. Schritt 4: Prüfung der Webseiten im Hinblick auf die Informationen zum Risiko der Scheinselbstständigkeit	25
6.5. Schlussfolgerung	26
7. VERBRAUCHERTIPPS	26
8. ANHANG: QUELLENVERZEICHNIS	28
8.1. Literatur/Kommentare	28
8.2. Urteile	28

1. EINLEITUNG UND PROBLEMAUFRISS

1.1. SELBSTSTÄNDIGE „24-STUNDEN“-BETREUNGSKRÄFTE IM EIGENEN HAUSHALT: WARUM BESTEHT EIN VERBRAUCHERRISIKO?

Bei der sogenannten „24-Stunden“-Betreuung¹ im eigenen Haushalt gibt es im Wesentlichen drei verschiedene Modelle: das Arbeitgebermodell, die Entsendung sowie die Beauftragung Selbstständiger.

Teilweise kommt dieses Arrangement durch Vermittlung über eine darauf spezialisierte Vermittlungsagentur² zustande. Am häufigsten vermitteln diese Agenturen die Dienstleistung innereuropäisch entsendeter Betreuungskräfte.³ Sie sind bei einem Unternehmen mit Sitz im Ausland sozialversicherungspflichtig angestellt. Unter der Tätigkeit in Selbstständigkeit wird verstanden, dass die Betreuungskraft ihre Tätigkeit im Rahmen des Arrangements im Haushalt des Pflegebedürftigen als eigenständiger Unternehmer aufgrund eines Auftrags bzw. Dienstleistungsvertrags und nicht als Arbeitnehmer des Pflegebedürftigen bzw. des Haushaltes oder eines Unternehmens erbringt.

Bei der „24-Stunden“-Betreuung im eigenen Haushalt durch eine selbstständige Betreuungskraft besteht das Risiko einer scheinselfständigen Beschäftigung. Das bedeutet, dass eine Betreuungskraft formal eine selbstständige Leistung aufgrund eines Dienst- oder Werkvertrages erbringt, in Wirklichkeit aber unselbstständige Arbeit in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis leistet.⁴

Die Arbeitnehmereigenschaft liegt regelmäßig vor, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und er dabei einem die Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und durch die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, richtet sich ausgehend von den genannten Umständen nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung und hängt davon ab, welche der Merkmale überwiegen.⁵ Maßgebend sind stets die konkreten Umstände im Einzelfall.⁶ Wenn es Unterschiede zwischen der Vertragsdurchführung und der Vereinbarung gibt, geht die gelebte Praxis der formellen Vereinbarung grundsätzlich vor.⁷

Die Gerichte beurteilen die Eigenart der „24-Stunden“-Betreuung uneinheitlich. Die Tätigkeit als selbstständige Betreuungskraft wird nicht von vornherein ausgeschlossen. So führte das Bundessozialgericht (BSG) in seiner Entscheidung aus: „Als Ausgangsüberlegung richtig ist (...), dass eine Tätigkeit wie die eines hauswirtschaftlichen Familienbetreuers bzw. einer hauswirtschaftlichen Familienbetreuerin grundsätzlich sowohl als Beschäftigung als auch im Rahmen eines freien Dienstverhältnisses ausgeübt werden kann.“⁸ Ein anderes Gericht folgerte aus der zeitlichen

¹ Die Bezeichnung „24 Stunden-Pflege“, „24 Stunden-Betreuung“ oder „Rund-um-die-Uhr“-Betreuung ist branchenüblich. Kennzeichnend ist, dass Leistungen wie Betreuung und hauswirtschaftliche Versorgung meistens durch aus dem (EU-)Ausland stammende Betreuungskräfte erbracht werden, die im Haushalt des Pflegebedürftigen wohnen. Diese verfügen typischerweise nicht über eine in Deutschland anerkannte Pflegeausbildung.

² Dabei handelt es sich um natürliche oder juristische Person, die Betreuungskräfte für ein privates Arrangement im Bereich der so genannten „24-Stunden-Betreuung“ gewerbsmäßig vermitteln. Vermittlungsagenturen können unterschiedliche Größen und Rechtsformen haben und neben der Vermittlung weitere Dienstleistungen, wie z. B. solche des ambulanten Pflegedienstes, Haushaltsdienstleistungen etc. anbieten.

³ „...ist dieses Modell in der Praxis derzeit am weitesten verbreitet“, vgl. S. Leiber/V. Rossow, Kein Schattendasein mehr. Entwicklungen auf dem Markt für „24-Stunden-Pflege“, APuZ 2019, S. 39, online abrufbar unter <https://www.bpb.de/apuz/294927/kein-schattendasein-mehr-entwicklungen-auf-dem-markt-fuer-24-stundenpflege>

⁴ Kunz in Kunz/Henssler/Brand/Nebeling, Praxis des Arbeitsrechts, 6. Auflage 2018, § 16 Rn. 789.

⁵ ständige Rechtsprechung, vgl. BSG, Urteil vom 28.09.2011 – B 12 R 17/09 R, BeckRS 2012, 67108 Rn. 16, m.w.N.; zuletzt sinngemäß BSG, Urteil vom 07.06.2019 – B 12 R 6/18 R, BeckRS 2019, 12884, Rn. 13.

⁶ BSG Urteil vom 07.06.2019 – B 12 R 6/18 R, BeckRS 2019, 12884, Rn. 16 m.w.N.

⁷ BSG Urteil vom 07.06.2019 – B 12 R 6/18 R, BeckRS 2019, 12884, Rn. 23 m.w.N.

⁸ BSG, Urteil vom 28.09.2011 – B 12 R 17/09 R, BeckRS 2012, 67108, Rn. 17.

Dimension des „Einsatzauftrages“ (14- Tage-Einsatz, 24-Stunden-Service) und der erforderlichen Reaktionsfähigkeit der Betreuungskraft auf die sich ständig verändernde Betreuungssituation, dass dem „zwangsläufig eine Flexibilität im Handeln“ gegenübersteht und dass der Betreuungskraft „gerade wegen der Individualität und Einzigartigkeit dieser Situation prinzipiell ein großer Entscheidungsspielraum“ belassen werde. Die Betreuungskraft unterliege also keinem Weisungsrecht hinsichtlich Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung.⁹ Zum Teil wird im Gegenteil der Schluss gezogen, dass die geforderte Reaktion auf „pflegerische Notwendigkeiten“ gegen eine Gestaltungsfreiheit spreche.¹⁰

Einer selbstständigen Betreuungskraft dürften Verbraucher keine Weisungen hinsichtlich der genauen Art der geforderten Tätigkeit und der Zeit erteilen. Zeitpläne werden dann typischerweise nicht erstellt. Verbraucher dürften lediglich Eckpunkte festlegen und müssten der Betreuungskraft weitgehend Freiraum lassen, wann sie welche Tätigkeiten ausübt und wie genau sie dabei vorgeht. Zudem würde die Betreuungskraft im Regelfall eigene Arbeitsmittel mitbringen. Bei Ausfall z. B. wegen Krankheit müsste sie für Ersatz sorgen und dürfte die Ausführung ihrer Dienstleistung an ihre Hilfspersonen delegieren. Das ist in einem solchen Arrangement häufig nicht gewünscht, da die Zufriedenheit der Pflegebedürftigen mit dem Arrangement stark von gegenseitiger Sympathie und Vertrauen geprägt ist. In die Gesamtbetrachtung fließt auch ein, ob die Betreuungskraft Urlaubsgeld und Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall erhält, ob sie ihre Tätigkeit dokumentieren muss und diese kontrolliert wird, ob sie ein Gewerbe angemeldet hat, eigene Rechnungen stellt, ob sie eigene Werbung betreibt und ob sie die Aufträge ablehnen kann. Gerade letzteres wird nicht erwünscht sein – Verbraucher, die eine Betreuungskraft engagieren, wollen diese möglichst längerfristig beschäftigen, sie soll ihren Einsatz gerade nicht verweigern dürfen.

Die behördliche Entscheidung, dass Scheinselbstständigkeit vorliegt, kann in einem Gerichtsverfahren nachgeprüft werden. Die Beurteilung des Arrangements erfolgt dabei oft erst im Nachhinein, wenn das Vertragsverhältnis beendet ist. In ähnlich gelagerten Fällen hat die Rechtsprechung je nach Einzelfall anhand einer Vielzahl von Kriterien unterschiedlich entschieden.

1.2. WORIN BESTEHT DAS RISIKO DER SCHEINSELBSTSTÄNDIGKEIT?

Wenn die von den Verbrauchern angenommene und beabsichtigte „echte“ Selbstständigkeit als Beschäftigungsverhältnis eingestuft wird, treffen Verbraucher alle daraus resultierenden Arbeitgeberpflichten. Dazu zählt z. B. die Pflicht zur Einhaltung von arbeitsrechtlichen Regelungen (Arbeitszeit, Mindestlohn, Urlaubsansprüche etc.). Empfindlich treffen kann Verbraucher die Verpflichtung zur Einhaltung der sozialversicherungsrechtlichen Regelungen, insbesondere die Pflicht zur Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge. Ferner muss die Lohnsteuer abgeführt bzw. nachgezahlt werden. Neben den Arbeitgeberpflichten drohen auch ordnungs- und strafrechtliche Konsequenzen. Denn die Scheinselbstständigkeit ist gem. § 1 Abs. 2 Nr. 1 Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz (SchwarzArbG) eine Form der Schwarzarbeit, die gem. § 111 Abs. 1 Nr. 2 Sozialgesetzbuch Viertes Buch (SGB IV) bußgeldbewehrt ist. Zudem machen sich Auftraggeber unter Umständen gem. § 266 a Strafgesetzbuch (StGB) wegen des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt strafbar.¹¹

1.3. SELBSTSTÄNDIGKEIT MIT GEWERBE IM INLAND UND MIT „SELBSTENTSENDUNG“

Selbstständige müssen nicht zwingend über ein Gewerbe in Deutschland verfügen. Sie können auch ein Gewerbe im EU-Ausland betreiben und sich selbst nach Deutschland entsenden (Art. 12 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 883/2004). Voraussetzung für die Selbstentsendung nach Deutschland ist, dass diese maximal 24 Monate andauert und die selbstständige Betreuungskraft tatsächlich ein Gewerbe im EU- Ausland betreibt. Wie bei den Selbstständigen mit

.....

⁹ LSG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 18.02.2015 – L 7 R 225/11, Rn. 48, abrufbar unter

<http://www.landesrecht-mv.de/jportal/portal/page/bsmvprod.psm;jsessionid=0.jp35?showdoccase=1&doc.id=JURE150015025&st=ent>

¹⁰ LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 27.11.2012 – L 8 R 900/11, BeckRS 2014, 68211, Rn.43.

¹¹ Lackner/Kühl/Heger, StGB, 29. Auflage 2018, § 266 a Rn. 3.

8 | Einleitung und Problemaufriss

Gewerbe in Deutschland besteht das Risiko der Scheinselbstständigkeit grundsätzlich auch bei der Selbststentzung. Der Unterschied besteht aber darin, dass die Betreuungskraft mithilfe der so genannten A1-Bescheinigung¹² nachweisen kann, dass sie im Heimatland sozialversichert ist. Diese im Heimatland des Gewerbetreibenden ausgestellte Bescheinigung entfaltet eine Bindungswirkung für Gerichte und Behörden in Deutschland.¹³ Selbst für den Fall, dass die Betreuungskraft nach ausländischem Recht selbstständig, nach deutschem Sozialversicherungsrecht aber als Arbeitnehmer gelten sollte, gilt die Bindungswirkung der A1-Bescheinigung und die darin enthaltene Bestätigung, dass die Betreuungskraft als Selbstständige sozialversichert ist.¹⁴ Für Verbraucher bewirkt dies, dass sie durch die Vorlage der A1-Bescheinigung vor der Nachzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen in Deutschland geschützt sind. Die Bindungswirkung und damit der Schutz für den Verbraucher gilt allerdings nicht im Falle einer gefälschten Bescheinigung¹⁵ oder wenn die Bescheinigung durch Betrug oder Rechtsmissbrauch erwirkt wurde.¹⁶

1.4. WIE KANN DIE BESCHÄFTIGUNG AUFFALLEN?

Ob die Betreuungskraft selbstständig oder als Arbeitnehmer im Haushalt tätig war, können die Zollbehörden (Finanzkontrolle Schwarzarbeit) gem. § 2 SchwarzArbG prüfen. Die Behörde kann unangekündigte Kontrollen im Haushalt durchführen. Solche Fälle wurden den Projektmitarbeiterinnen am projekteigenen Infotelefon für Verbraucher geschil- dert. Ferner wurde von Strafanzeigen der Zollbehörden wegen Scheinselbstständigkeit auch in den telefonischen Be- ratungen anderer Institutionen berichtet. Außerdem kann die Nachprüfung der Beschäftigung im Rahmen eines Sta- tusfeststellungsverfahrens gem. § 7a SGB IV erfolgen. So zum Beispiel, wenn die Betreuungskraft bei der Deutschen Rentenversicherung Bund beantragt, den Status ihrer Beschäftigung als Selbstständige festzustellen.

.....
¹² Die A1-Bescheinigung (früher E101) ist eine Bescheinigung, mit der Arbeitnehmer und andere Erwerbstätige nachweisen können, dass für sie das Recht des Wohnstaates (Entsendestaates) maßgebend ist. Die amtliche Bezeichnung lautet „Bescheinigung über die Rechtsvorschriften der sozialen Sicherheit, die auf den/die Inhaber/ in anzuwenden sind“ (Art. 11 ff Verordnung (EG) Nr. 883/2004; Art. 19 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 987/2009).

¹³ EuGH, Urteil vom 06.09.2018 – C-527/16, Rn. 41 ff. m.w.N, abrufbar unter <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=205401&pageIndex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=595223>

¹⁴ vgl. EuGH, Urteil vom 30.03.2000 – C-178/97, Rn. 32 ff, abrufbar unter <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=45201&pageIndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6514431>

¹⁵ LSG Bayern, Urteil vom 27.02.2007 – L 5 KR 188/04, BeckRS 2009, 64048.

¹⁶ EuGH, Urteil vom 06.02.2018 – C-359/16, Rn.48 ff., abrufbar unter <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=199097&pageIndex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=404383>

2. FRAGESTELLUNG

Die Wahl des rechtlichen Betreuungsmodells kann wie dargestellt für Verbraucher weitreichende Folgen haben. Viele Verbraucher suchen eine geeignete Vermittlungsagentur auch über das Internet. Daher wurde im Rahmen des Marktchecks der Frage nachgegangen, wie offensichtlich es für Verbraucher bei der Internetrecherche ist, ob die vermittelnde Agentur mit dem Selbstständigenmodell arbeitet. Wenn Verbraucher über die Risiken der Scheinselbstständigkeit nicht informiert sind, ist es für sie besonders prekär, wenn Vermittlungsagenturen sie glauben machen wollen, das Vertragsarrangement der Selbstständigkeit sei unproblematisch legal. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage nach dem Informations- und Aufklärungsverhalten der Vermittlungsagenturen gegenüber den Verbrauchern. Ohne Sensibilisierung für die Problematik und mit drängenden anderweitigen Sorgen werden Verbraucher das gegebene Versprechen der Legalität nicht weiter hinterfragen.

Daher verfolgt diese Marktuntersuchung folgende Ziele:

1. Beschreibung des Informations- und Aufklärungsverhaltens der entsprechenden Vermittlungsagenturen:
Es soll identifiziert werden, wie die Vermittlungsagenturen gegenüber Verbrauchern kommunizieren, dass sie im Selbstständigenmodell arbeiten. Die auf den Webseiten gefundenen Angaben zum Beschäftigungsverhältnis der Betreuungskräfte wurden hierbei nicht auf ihre Richtigkeit hin überprüft.
2. Analyse der von den Agenturen gegebenen Informationen zur Scheinselbstständigkeit bezüglich ihrer inhaltlichen Richtigkeit.

3. VORGEHEN

3.1. AUSWAHL DER VERMITTLUNGSAGENTUREN

Im September und Oktober 2019 wurden Anbieter über zwei verschiedene Suchmaschinen zufällig ausgewählt. Zunächst erfolgte eine Suche über „Google“, der weltweit meist frequentierten Suchmaschine. Anschließend wurde eine weitere Suche über „DuckDuckGo“ gestartet. Da bei dieser Suchmaschine – nach eigenen Angaben – keine Daten aus vorherigen Suchen gespeichert werden, diente sie dazu, den Markt möglichst breit zu erfassen.

Die Suche erfolgte anhand der folgenden Suchworte:

- „24 Stunden Pflege preiswert“
- „24 Stunden Pflege günstig“
- „Pflegekräfte Polen 1.000 Euro“

Die Auswahl der Suchwörter orientierte sich an den Begriffen, die ein „preisbewusster“ Verbraucher vermutlich eingeben würde, wenn er nach dieser Betreuungsform sucht. Die Preisfrage spielt für Verbraucher üblicherweise eine zentrale Rolle. Hier fällt das Selbstständigenmodell mangels Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen sowie sonstigen Steuern und Abgaben preiswerter als andere Beschäftigungsformen wie die Arbeitnehmerentsendung und das Arbeitgebermodell aus.

Durch die entsprechende Auswahl des Suchbegriffs „preiswert“ und „günstig“ wurde vermutet, dass die Wahrscheinlichkeit, auf die Anbieter mit dem Selbstständigenmodell in den Suchergebnissen zu stoßen, steigt. Der dritte Suchbegriff nahm auf das Land „Polen“ Bezug, weil dies zur Zeit der Untersuchung das Land war, aus dem nach wissenschaftlichen Erkenntnissen die meisten Pflegekräfte stammen¹⁷ und mit welchem viele Verbraucher diese Betreuungsform assoziieren.¹⁸

Es wurden jeweils die ersten 80 Suchergebnisse erfasst, insgesamt also 160. Suchergebnisse, die bei beiden Suchmaschinen aufgetreten waren, wurden nur einmal berücksichtigt. Anschließend wurden die Webauftritte der Suchergebnisse untersucht. Dabei wurde die Untersuchungsgruppe auf in Deutschland ansässige Vermittlungsagenturen für „24-Stunden“-Betreuung begrenzt, d. h. solche, die laut Impressum ein Büro oder eine Zweigniederlassung in Deutschland betreiben. Demzufolge wurden herausgefiltert:

- Agenturen mit alleinigem Sitz im Ausland
- Unternehmen, die lediglich als ambulante Pflegedienste¹⁹ tätig werden
- Personalvermittlungsunternehmen für gewerblich tätige Kunden
- Vermittlungsportale und -plattformen, bei denen Angebote lediglich inseriert werden

Nach Bereinigung der Untersuchungsgruppe wurden 84 Vermittlungsagenturen sowie deren Internetauftritte näher in Augenschein genommen.

¹⁷ Leiber/Rossow, Kein Schattendasein mehr. Entwicklungen auf dem Markt für „24-Stunden-Pflege“, Project „Euro Agency Care“ der Universität Duisburg-Essen, Vortrag am 23.09.2019 Friedrich-Ebert-Stiftung, Berlin

¹⁸ Vgl. Leiber/Rossow, APuZ 2019, 37, abrufbar unter

<https://www.bpb.de/apuz/294927/kein-schattendaseinmehr-entwicklungen-auf-dem-markt-fuer-24-stunden-pflege>

3.2. ABLAUF DER UNTERSUCHUNG

3.2.1. Schritt 1: Ist das rechtliche Modell anhand des Internetauftritts erkennbar?

Die Untersuchung wurde in vier Schritten durchgeführt. Zunächst wurden die Internetauftritte der 84 Agenturen dahingehend untersucht, ob die Vermittlungsagenturen (auch) die Vermittlung selbstständiger Betreuungskräfte anbieten. Anhand bestimmter Kriterien wurden die Agenturen in drei Gruppen einsortiert:

- **Gruppe 1:** Agenturen, die Selbstständige vermitteln
- **Gruppe 2:** Agenturen, die keine Selbstständigen vermitteln
- **Gruppe 3:** Agenturen, bei denen das Modell unklar ist

Die Richtigkeit der Angaben wurde dabei nicht nachgeprüft.

3.2.2. Schritt 2: Wie ist das rechtliche Modell im Internetauftritt erkennbar?

Bei den Gruppen 1 und 2 wurde anhand festgelegter Kriterien untersucht, an welcher Stelle die entsprechenden Informationen auftauchen und wie leicht sie zu finden waren.

3.2.3. Schritt 3: telefonische Kontaktaufnahme in den unklaren Fällen

Die Gruppe 3 wurde anschließend in Telefongesprächen zum Beschäftigungsmodell befragt. Es handelte sich um eine verdeckte Befragung. Eine der Projektmitarbeiterinnen gab sich mithilfe einer Fallgeschichte als Interessentin aus. Dabei wurde die folgende Fallgeschichte verwendet:

Die Enkelin ist auf der Suche nach einer Betreuungskraft für ihre Großmutter. Dieser geht es zunehmend schlechter, sie hatte in letzter Zeit häufiger plötzliche Ohnmachtsanfälle, zwei Mal musste sie sogar ins Krankenhaus. Durch Zufall war die Tochter bei einem der Anfälle anwesend und konnte den Notarzt rufen. Der Großvater ist noch fit und nicht pflegebedürftig. Allerdings zeigte sich, dass er in den Notsituationen überfordert war. Die Familie wohnt weit von den Großeltern entfernt, ein Pflegeheim ist keine Option. Die Familie benötigt in erster Linie jemanden, der im Haushalt hilft und betreut; pflegerische Tätigkeiten wie Anziehen, Waschen etc. sind derzeit nicht erforderlich. Ein Pflegegrad wird derzeit beantragt. Die Großeltern verfügen über ein großes Haus und könnten ein separates Schlaf- und Badezimmer zur Verfügung stellen. Die Familie wünscht sich, dass die Betreuungskraft über einen Führerschein verfügt, um Einkäufe zu erledigen.

Der Wohnort der Großeltern wurde jeweils angepasst, je nachdem, in welcher Region die Vermittlungsagentur tätig war. Die Ergebnisse der Telefonate wurden im Hinblick darauf dokumentiert, wie die Agenturen kommunizierten, mit welchem rechtlichen Modell sie arbeiten.

Nach diesem Untersuchungsschritt stand fest, wie viele der Agenturen insgesamt Selbstständige vermitteln.

3.2.4. Schritt 4: Untersuchung der Aussagen zum Risiko der Scheinselbstständigkeit auf den Webseiten

In einem weiteren Untersuchungsschritt wurden die Webseiten der Agenturen, die Selbstständige vermitteln, im Hinblick darauf untersucht, ob und wie sie über das Risiko der Scheinselbstständigkeit informieren.

.....

¹⁹ Ambulante Pflegedienste sind solche, die über eine Zulassung nach § 72 SGB XI verfügen.

4. KRITERIEN

4.1. KRITERIEN FÜR SCHRITT 1: IST DAS RECHTLICHE MODELL ANHAND DES INTERNETAUFTRITTS ERKENNBAR?

Gruppe 1: Die Tatsache, dass eine Vermittlung Selbstständiger stattfindet, wurde auf Grund der folgenden, vorab festgelegten Kriterien ermittelt:

- Angabe, dass eine Vermittlung Selbstständiger stattfindet
- Angabe, dass Betreuungskraft im Rahmen ihres eigenen angemeldeten Gewerbes tätig wird
- Angabe, dass Betreuungskraft freiberuflich tätig wird

Um die Gruppe der Vermittlungsagenturen bilden zu können, die sicher Selbstständige vermitteln, wurde nach dieser konkreten Aussage gesucht. Da Betreuungskräfte in Selbstständigkeit über ein eigenes angemeldetes Gewerbe verfügen, wurde auch diese Aussage dahingehend gewertet, dass eine Vermittlung Selbstständiger stattfindet. Die Bezeichnung „freiberuflich“ wird oft synonym zur Selbstständigkeit verwendet, so dass auch diese Aussage als Kriterium herangezogen wurde.

Gruppe 2: Die Tatsache, dass eine Vermittlung Selbstständiger nicht erfolgt, wurde aufgrund der folgenden Kriterien festgestellt:

- ausdrückliches Distanzieren bzw. Abraten von der Beschäftigung Selbstständiger
- Angabe, dass die Agentur mit dem Modell der Entsendung arbeitet und/oder:
 - Angabe, dass die Pflegekräfte bei der Agentur oder einem Dienstleistungsunternehmen fest angestellt sind
 - Angabe, dass die Pflegekräfte bei der Agentur oder einem Dienstleistungsunternehmen sozialversichert sind

Die Aussage, dass die Agentur mit dem Modell der Entsendung arbeitet, wurde für sich genommen nicht als hinreichendes Kriterium angesehen. Schließlich kann es sich dabei auch um eine selbstständige Betreuungskraft handeln, die sich selbst entsendet, s. o. unter 1.3. Daher wurde die Angabe, dass „Entsendung“ stattfindet, nur gemeinsam mit einem der anderen beiden Kriterien als ausreichend gewertet. Nur wenn zusätzlich eine Anstellung oder die Sozialversicherung bei dem Dienstleister erwähnt wurde, konnte darauf geschlossen werden, dass keine Selbstständigen vermittelt werden.

Gruppe 3: Die Agenturen, die aufgrund der vorstehend genannten Kriterien nicht klar eingruppiert werden konnten, bildeten eine eigene Gruppe.

4.2. KRITERIEN FÜR SCHRITT 2: WIE IST DAS RECHTLICHE MODELL IM INTERNETAUFTRITT ERKENNBAR?

Die Gruppen 1 und 2 wurden anhand der folgenden Kriterien untersucht:

- Auf welche Kategorie in der Hauptnavigation musste zuerst geklickt werden, um die Information zu erhalten?
- Wie hieß die Kategorie, bei der sich die entscheidende Information fand?

In Gruppe 1 wurde zudem noch folgendes geprüft:

- Wie viel Klicks waren von der Hauptseite bis zur Information erforderlich?

4.3. KRITERIEN FÜR SCHRITT 3: TELEFONISCHE KONTAKTAUFNAHME IN DEN UNKLAREN FÄLLEN

Die Kriterien, anhand derer die Vermittlungsagenturen der Gruppe 3 in einer der beiden Gruppen 1 oder 2 einsortiert wurden, entsprachen den Kriterien aus dem Untersuchungsschritt 1 (s.o. 4.1.). Hierbei bestand lediglich der Unterschied, dass auf die entsprechenden mündlichen Aussagen gewartet bzw. durch Nachfragen hingewirkt wurde.

4.4. KRITERIEN FÜR SCHRITT 4: PRÜFUNG DER WEBSEITEN IM HINBLICK AUF DIE INFORMATIONEN ZUM RISIKO DER SCHEINSELBSTSTÄNDIGKEIT

Ferner wurden Informationen auf den Webseiten dahingehend überprüft, auf welche Weise die Agenturen das Risiko der Scheinselbstständigkeit darstellten und welche Information sie dazu gaben. Dies wurde anhand von folgenden Kriterien bewertet:

- Es wird dargestellt, dass die Frage der Selbstständigkeit anhand des Gesamtbildes der Tätigkeit im jeweiligen Einzelfall beurteilt wird
- Es werden Kriterien für die Annahme der Selbstständigkeit genannt
- Es wird auf die Risiken/Folgen der Scheinselbstständigkeit hingewiesen
- Es wird Rechtsprechung zu der Annahme der Scheinselbstständigkeit zitiert und wenn ja, welche Urteile wurden zitiert
- Es wird ausgeführt, das Risiko der Scheinselbstständigkeit bestehe von vornherein nicht bzw. das Unternehmen trage dafür Sorge, dass die Gefahr der Scheinselbstständigkeit nicht besteht
- Es werden konkrete Lösungswege aufgezeigt, wie Verbraucher dem Risiko der Scheinselbstständigkeit entgehen können
- Wie viele Klicks waren von der Startseite erforderlich, um auf die Information zu stoßen?

5. ERGEBNISSE

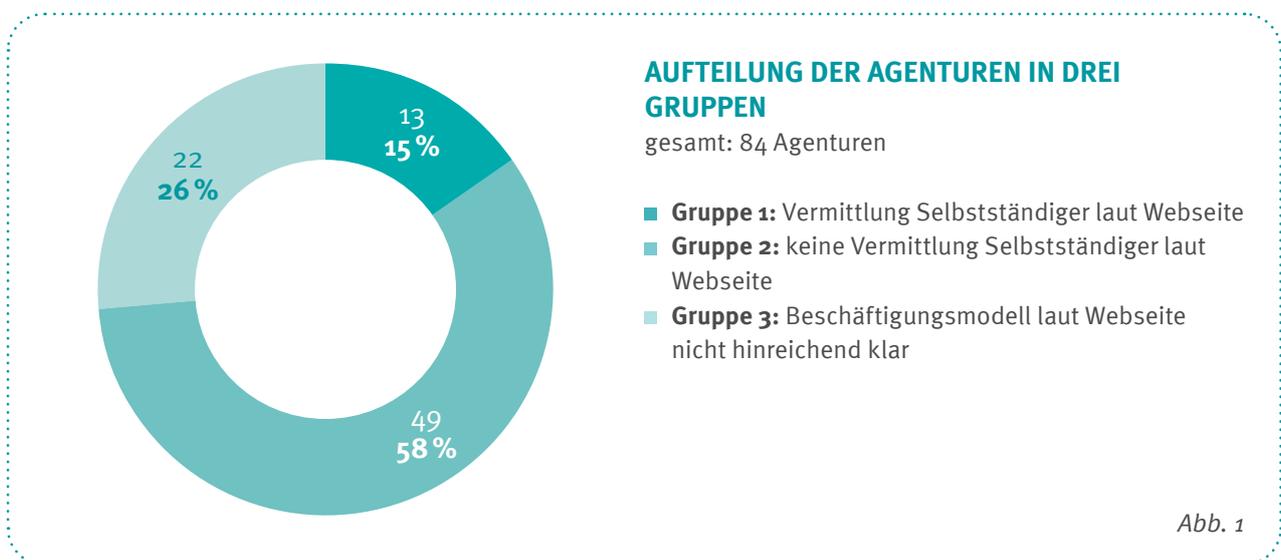
5.1. SCHRITT 1: IST DAS RECHTLICHE MODELL ANHAND DES INTERNETAUFTRITTS ERKENNBAR?

Die Überprüfung der Webseiten der 84 Vermittlungsagenturen ergab insgesamt folgendes Bild:

13 Agenturen vermittelten Betreuungskräfte, die als Selbstständige tätig sind. Dies entspricht einem Anteil von 15 %.

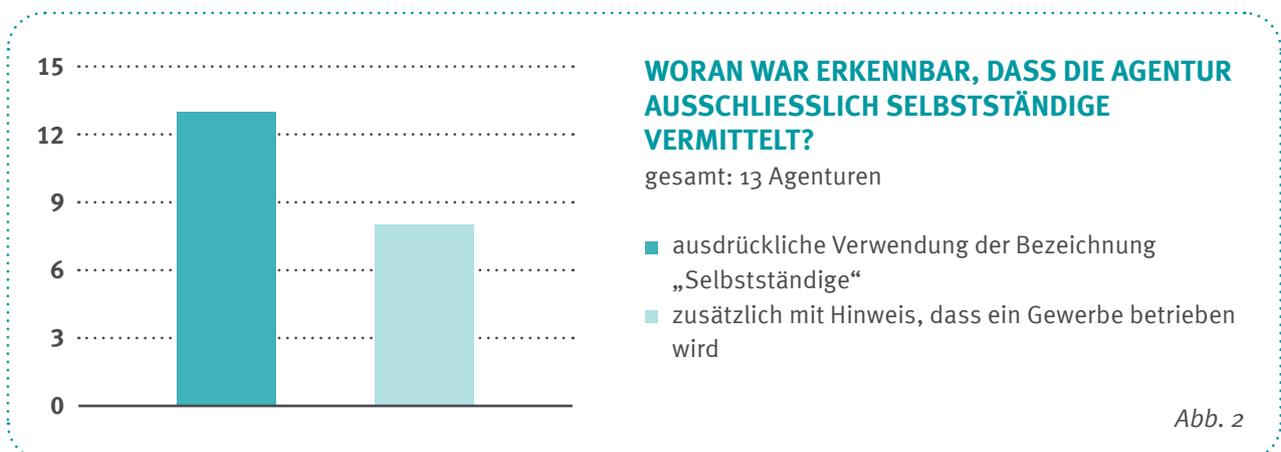
49 Agenturen vermittelten keine selbstständigen Betreuungskräfte. Dies entspricht einem Anteil von 58 %.

In 26 % der Fälle bzw. bei 22 Agenturen konnte auf der Webseite nicht festgestellt werden, ob sie Selbstständige vermitteln.



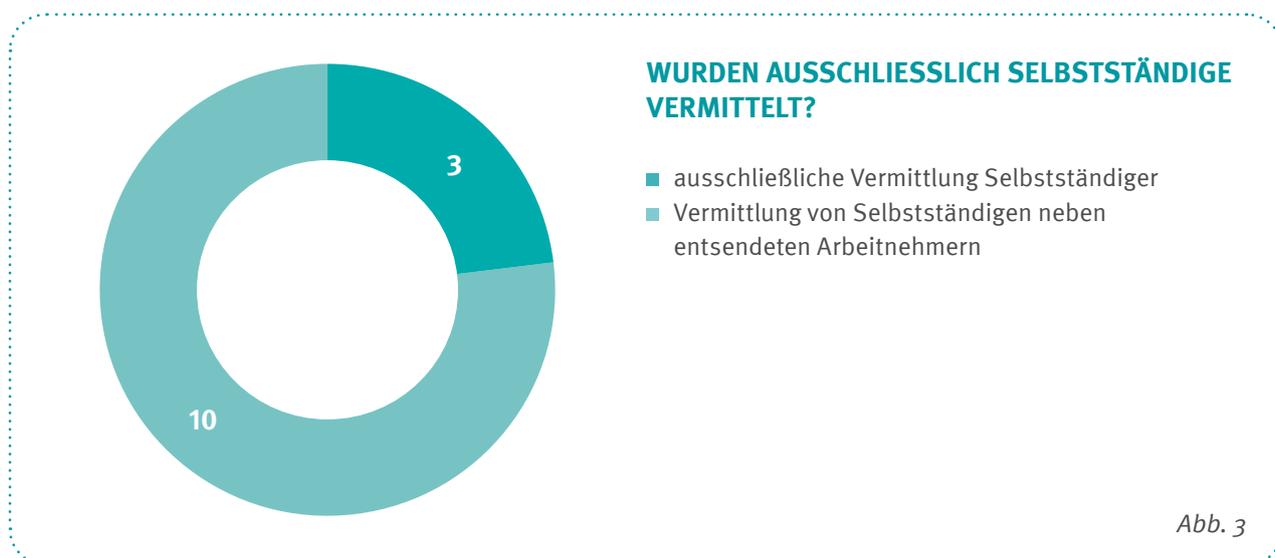
5.1.1 Gruppe 1: Vermittlung Selbstständiger

Bei 13 Agenturen war die Tatsache, dass eine Vermittlung Selbstständiger stattfindet, bereits auf der Internetseite erkennbar. Sie zählten daher zur Gruppe 1.

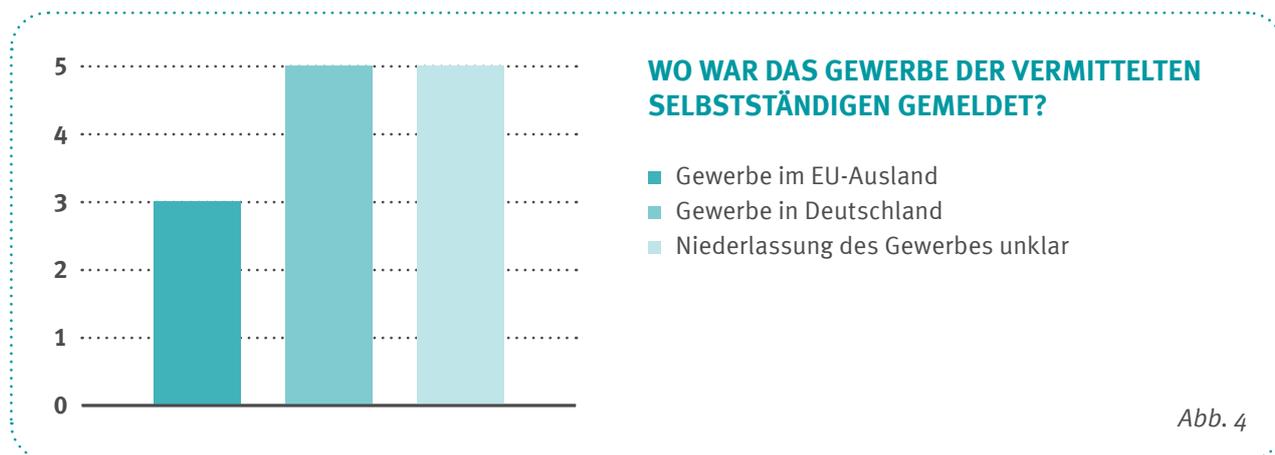


Alle 13 Agenturen, die laut Webseite selbstständige Betreuungskräfte vermitteln, verwendeten ausdrücklich die Bezeichnung „selbstständig/als Selbstständige“. 8 Agenturen sprachen zusätzlich von „Gewerbetreibenden“ oder davon, dass eine „Gewerbebeanmeldung“ vorliege. Die Angabe, dass die Betreuungskraft „freiberuflich“ tätig wird, verwendete keine der Agenturen.

Von den 13 Agenturen vermittelten drei Agenturen ausschließlich selbstständige Betreuungskräfte. Andere boten dies neben der Entsendung von Arbeitnehmern an.



Drei der 13 Agenturen vermittelten ausschließlich Selbstständige mit Gewerbe im EU-Ausland, die so genannten „Selbstentsendeten“. Fünf Agenturen vermittelten (auch) Selbstständige mit Gewerbe in Deutschland. Bei fünf Agenturen blieb es unklar, ob sie Selbstständige mit Gewerbe in Deutschland und/oder Selbstentsendete vermittelten.



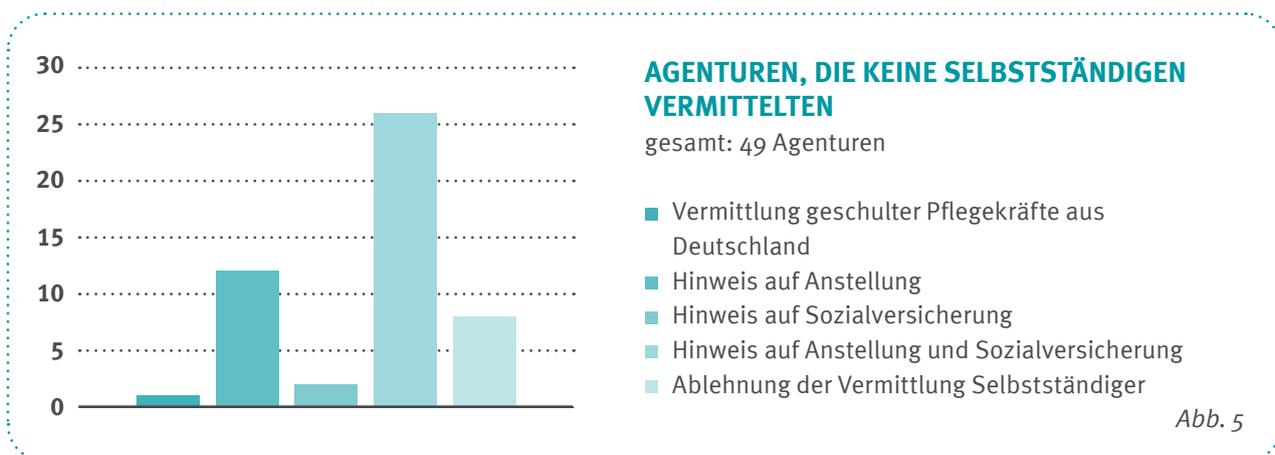
5.1.2. Gruppe 2: keine Vermittlung Selbstständiger

Die Gruppe 2 bildeten die Agenturen, bei denen es anhand der Angaben im Internetauftritt erkennbar war, dass sie nicht mit dem Selbstständigenmodell, sondern mit einem anderen Modell arbeiten. Das war bei 49 der überprüften 84 Agenturen der Fall.

Eine der Agenturen arbeitete ausschließlich mit geschulten Pflegekräften aus Deutschland, die sich im Zweiwochenrhythmus abwechselten.

Die Mehrheit der übrigen 48 Agenturen erwähnte, dass sie mit dem Modell der Entsendung arbeiten. Da diese Angabe allein nicht ausreichte, weil es auch Selbstentsendung gibt (s.o. unter 1.3.), musste zusätzlich eines der beiden weiteren o. g. Kriterien erfüllt sein, und zwar die Angabe, dass ein Anstellungsverhältnis oder die Sozialversicherung beim Entsendeunternehmen vorliegen. Es zeigte sich, dass 26 und damit mehr als die Hälfte dieser Agenturen beide Kriterien erfüllten.

Acht der geprüften Agenturen gaben an, Selbstständige nicht zu vermitteln und lehnten eine Beschäftigung Selbstständiger ausdrücklich ab.



5.1.3. Gruppe 3: Beschäftigungsmodell nicht hinreichend klar

Bei 22 der 84 Agenturen konnte anhand des Webauftritts allein nicht eindeutig festgestellt werden, ob sie Selbstständige vermitteln. Das entspricht einem Anteil von etwas über 26 % an der gesamten Untersuchungsgruppe.

Entweder fehlten bei diesen Agenturen vollständig die Informationen zum Modell. Oder die vorhandenen Angaben reichten nicht aus, da zum Beispiel ohne weitere Erläuterung mitgeteilt wurde, mit „Entsendung“ zu arbeiten.

5.2. SCHRITT 2: WIE IST DAS RECHTLICHE MODELL IM INTERNETAUFTRITT ERKENNBAR?

Internetauftritte der Agenturen wurden anschließend dahingehend untersucht, wie das Beschäftigungsmodell der Betreuungskräfte zu erkennen war.

5.2.1. Gruppe 1: Vermittlung Selbstständiger

5.2.1.1. Auf welche Kategorie in der Hauptnavigation der Webseite musste zuerst geklickt werden, um die Information über die Vermittlung der Betreuungskräfte in Selbstständigkeit zu erhalten?

Die Untersuchung der Webseiten der 13 Agenturen, die bereits laut Internetauftritt Selbstständige vermitteln, führte zu den folgenden Ergebnissen.

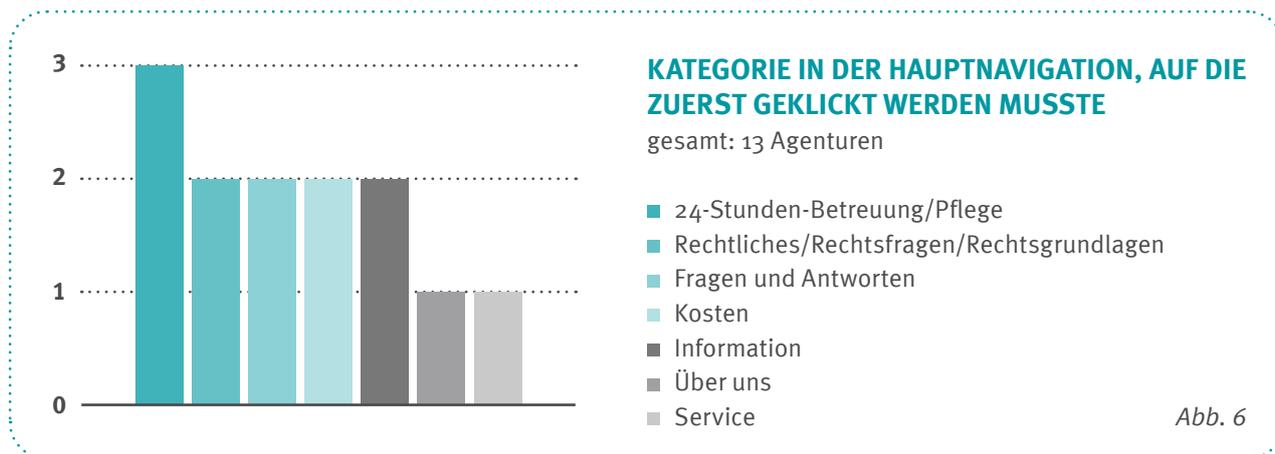
Eine einheitliche Kategorie in der Hauptnavigation der Webseite, die zuerst gewählt werden musste, um zu der ent-

scheidenden Information zu gelangen, hat sich nicht ergeben.

Angaben über die Vermittlung der Betreuungskräfte in Selbständigkeit platzierten drei der Vermittlungsagenturen unter dem Navigationsbereich „24 Stunden Betreuung“ bzw. „24 Stunden Pflege“.

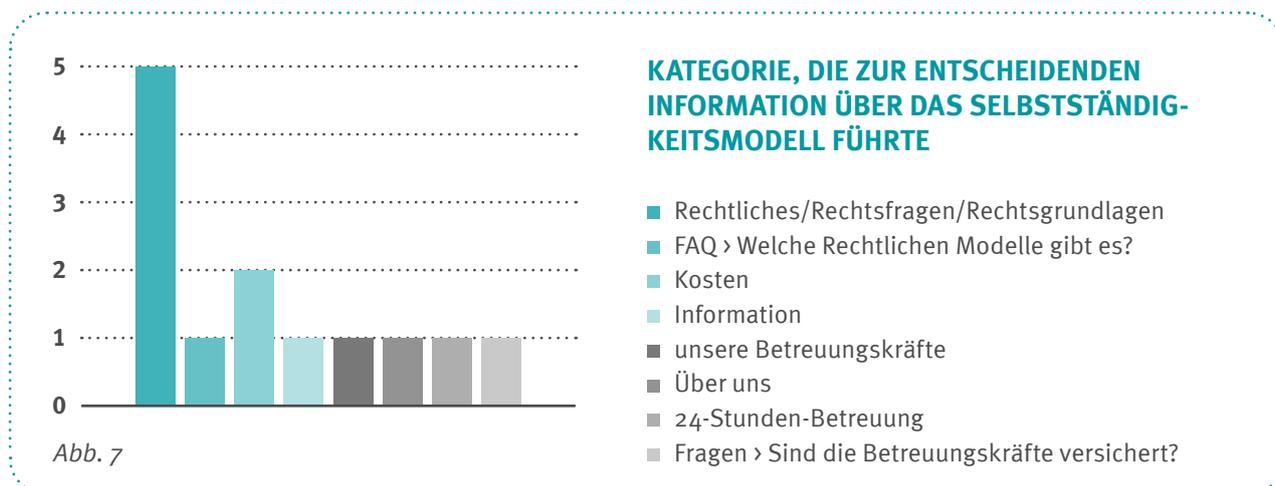
In jeweils zwei Fällen waren diese unter „Rechtliches/Rechtsfragen/Rechtsgrundlagen“, „Fragen und Antworten“, „Kosten“ oder „Information“ enthalten.

In jeweils einem Fall wurden sie unter „über uns“ oder „Service“ untergebracht.



5.2.1.2. Wie hieß die Kategorie in der Navigation der Webseite, bei der sich die entscheidende Information fand?

Auch bei dieser Untersuchungsfrage ergab sich kein einheitliches Bild. In der Mehrheit der Fälle war die Information quer durch die verschiedenen Kategorien gestreut.



Bei fünf der 13 Agenturen war die Information der Vermittlung Selbstständiger unter der Kategorie „Rechtliches“, „Rechtsfragen“ oder „Rechtsgrundlagen“ auffindbar. In einem weiteren Fall befand sich die Information als Antwort auf eine Frage in den FAQ nach den rechtlichen Modellen.

In zwei Fällen war die Information in der Kategorie „Kosten“ aufgeführt.

Ansonsten kam die Information jeweils einmal in den folgenden Kategorien vor: „Information“, „unsere Betreuungskräfte“, „über uns“, „24 Stunden Betreuung“ oder unter der Frage „Sind die Betreuungskräfte versichert?“

5.2.1.3. Wie viel Klicks waren von der Hauptseite bis zur Information erforderlich?

Bei den meisten Agenturen, die mit Selbstständigkeit arbeiten, war diese Information mit einem Klick zu erreichen.

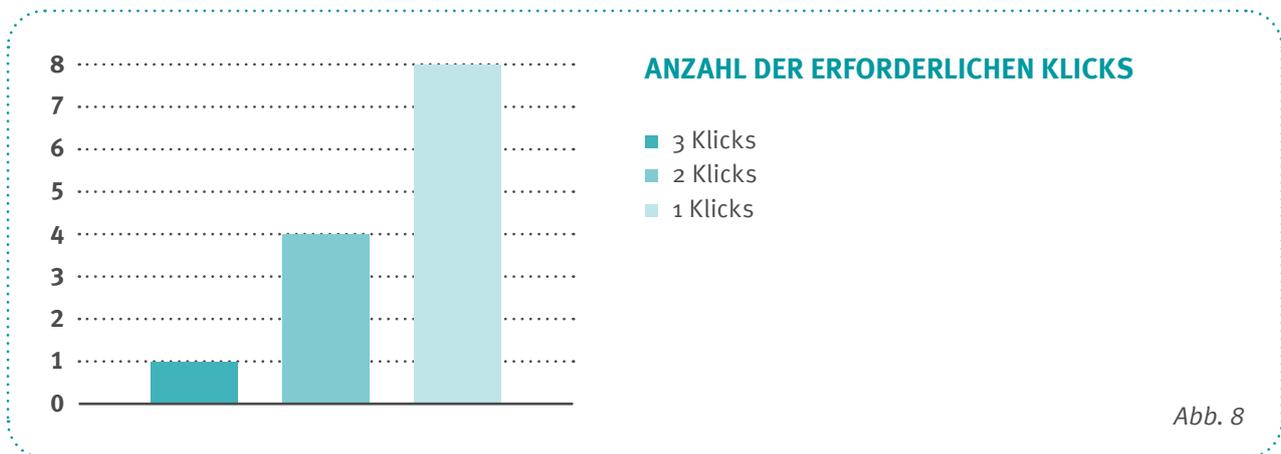


Abb. 8

Bei der Prüfung, wie viele Klicks erforderlich waren, um auf die Informationen zur Selbstständigkeit als Modell der Beschäftigung zu gelangen, konnte Folgendes zufällig beobachtet werden: In vier Fällen war unabhängig von der Anzahl der Klicks längeres Scrollen auf der einschlägigen Webseite erforderlich. Und in einem Fall befand sich die Information in einem Sternchenhinweis.

5.2.2. Gruppe 2: keine Vermittlung Selbstständiger

5.2.2.1. Unter welcher Kategorie in der Hauptnavigation des Webauftrittes fand sich die Information?

Auf den Webseiten gab es verschiedene Kategorien in der Hauptnavigation, die man wählen musste, um zu der entscheidenden Information zu gelangen. In der Grafik werden die vier häufigsten Kategorien bildlich dargestellt: „24-Stunden-Betreuung“ bzw. „24-Stunden-Pflege“, „Information“, „Leistungen/Unser Angebot“ und „Über uns“. In 21 Fällen tauchte die Information jedoch unter einer anders bezeichneten Kategorie in der Hauptnavigation auf.

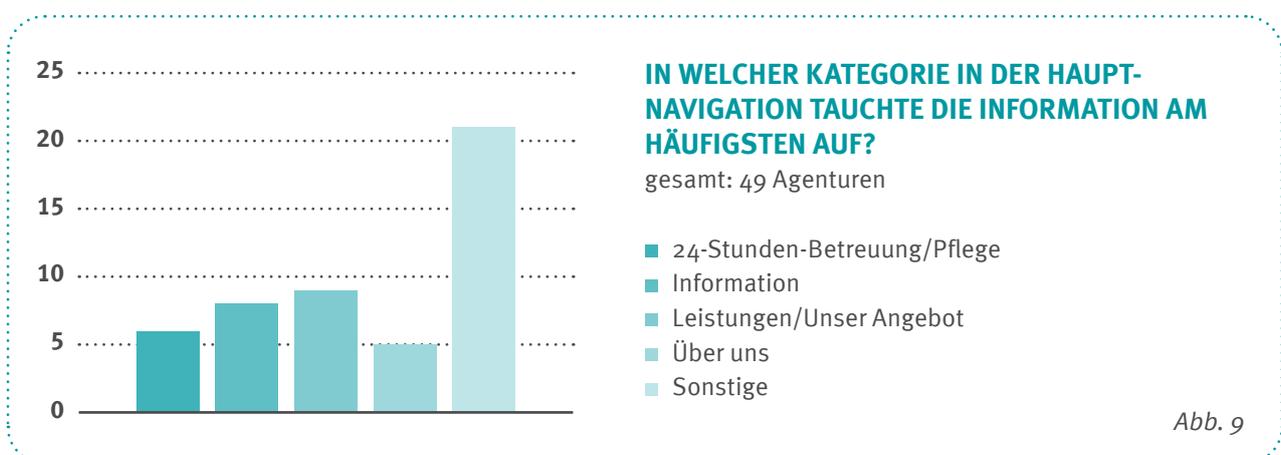


Abb. 9

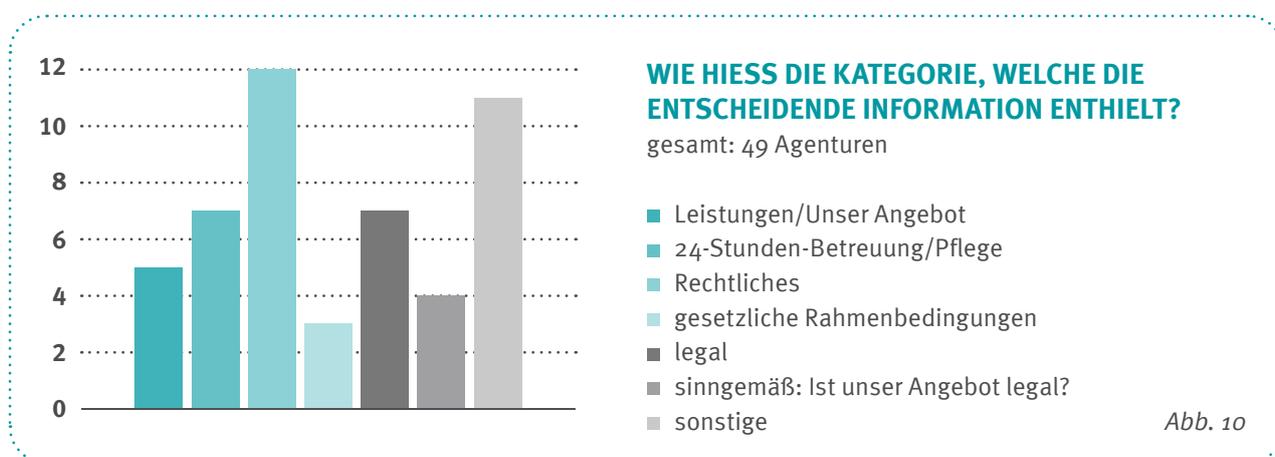
5.2.2.2. Wie hieß die Kategorie der Navigation, bei der sich die entscheidende Information fand?

Es ließen sich 15 verschiedene Kategorien bilden, unter denen sich die entscheidende Information letztendlich fand.

Die Kategorie in der Hauptnavigation des Webauftrittes, unter der die Information zum Beschäftigungsmodell aufgefunden wurde, wurde in 15 Fällen mit dem Zusatz „rechtlich“ oder mit ähnlichen Beschreibungen, wie z.B. „gesetzliche Rahmenbedingungen“ umschrieben. In 11 Fällen befand sich die entscheidende Information im Zusammenhang mit dem Stichwort „legal“, davon in vier Fällen als Antwort bei der Frage nach der Legalität des Modells.

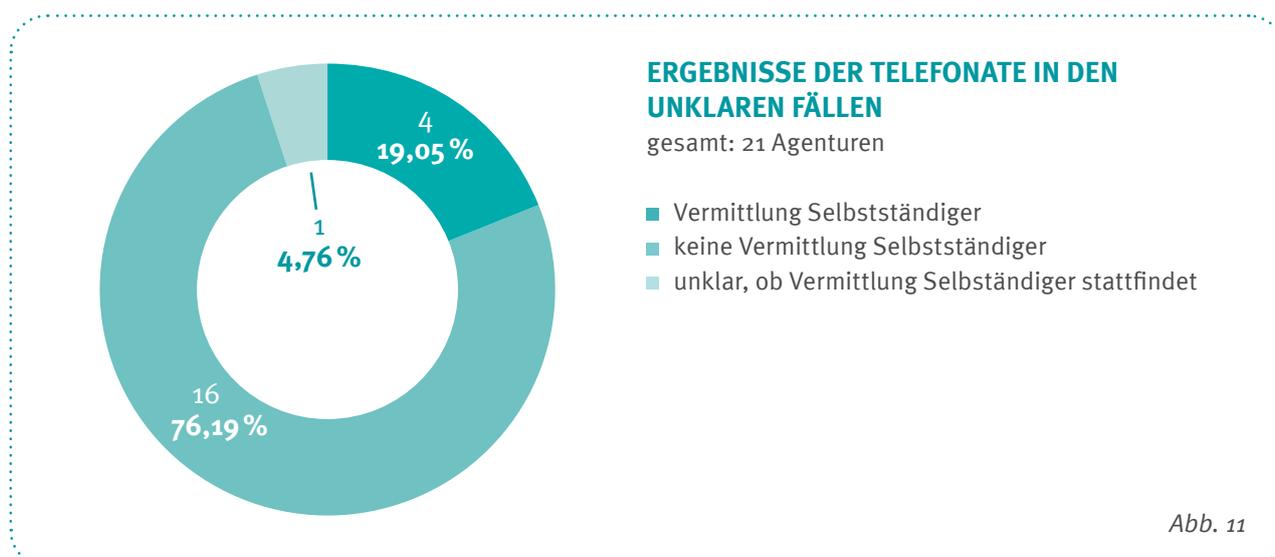
Das bedeutet, dass in insgesamt 26 Fällen die entscheidende Information in Verbindung mit der Bezeichnung „rechtlich“ oder „legal“ stand.

Hier werden 7 Kategorien dargestellt.



5.3. SCHRITT 3: TELEFONISCHE KONTAKTAUFNAHME IN DEN UNKLAREN FÄLLEN (GRUPPE 3)

Bei 22 der 84 Agenturen konnte anhand des Webauftrittes allein nicht eindeutig festgestellt werden, ob sie Selbstständige vermitteln. Sie wurden daher telefonisch kontaktiert.



In einem Telefonat stellte sich heraus, dass das Unternehmen keine Haushalts- und Betreuungskräfte vermittelte, sondern eine Notruflösung anbot.

In den Telefonaten mit den anderen 21 Agenturen wurden weitere vier Unternehmen ausgemacht, die Selbstständige vermitteln. Dies entspricht einem Anteil von 19% (vier von 21). Von den restlichen 17 Agenturen vermittelten 16 keine Selbstständigen. In einem Fall konnte das Beschäftigungsmodell trotz mehrfacher Nachfrage nicht geklärt werden.

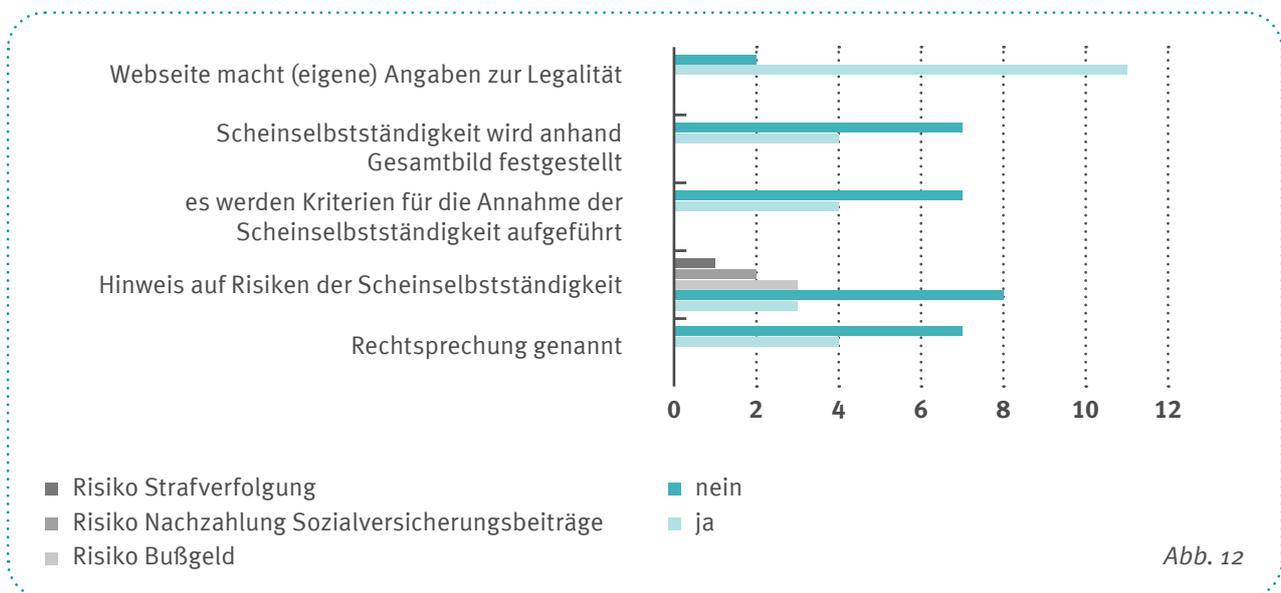
Von den vier Agenturen vermittelte eine nur Selbstständige, die ihren Gewerbesitz im EU-Ausland hatten (Selbstsendung, s.o. unter 1.3.).

In Gesprächen stellten Vermittlungsagenturen in den Vordergrund die zeitliche Verfügbarkeit der Betreuer, den Bedarf an Betreuung, die räumlichen Voraussetzungen im Haushalt (separates Wohnzimmer mit Zugang zu mindestens einem gemeinschaftlichen Bad und zur Küche) sowie die Wünsche in Bezug auf die Sprachkenntnisse und Zusatzleistungen. Bis auf wenige Ausnahmen wurden die rechtlichen Hintergründe der Beschäftigung von der Agentur nur nach ausdrücklicher Nachfrage der Befragungsperson genannt.

Bei Nachfrage nach den rechtlichen Hintergründen erhielt man meistens nur die Antwort, es laufe alles „legal“ ab, die Firmen arbeiteten mit Kooperationspartnern zusammen. Erst auf die explizite Frage, ob Selbstständige vermittelt werden oder wie die Betreuungskräfte versichert sind, erfuhr man, dass eine sozialversicherungspflichtige Anstellung vorlag. Als zielführend stellte sich heraus, danach zu fragen, ob die Betreuungskräfte angestellt sind und für diese Sozialversicherungsbeiträge im Heimatland gezahlt werden.

5.4. SCHRITT 4: PRÜFUNG DER WEBSEITEN IM HINBLICK AUF DIE INFORMATIONEN ZUM RISIKO DER SCHEINSELBSTSTÄNDIGKEIT

5.4.1. Aussagen zum Risiko der Scheinselbstständigkeit generell



Von den 13 Agenturen, die nach dem Webauftritt Selbstständige vermitteln, machten 11 Agenturen Angaben dazu, ob dieses Modell „legal“ sei.

In vier Fällen wurde dargestellt, dass die Frage, ob ein Arbeitsverhältnis oder eine Selbstständigkeit vorliege, an-

hand des Gesamtbildes der Tätigkeit beurteilt wird. Vier Agenturen nannten mehrere Kriterien, die für oder gegen eine Selbstständigkeit sprechen (z. B. keine Weisungsbefugnis des Haushaltes hinsichtlich Ort, Zeit und Art der Tätigkeit, eigenes unternehmerisches Risiko, eigene Arbeitsmittel, Gewerbeanmeldung, Rechnungsausstellung durch die Betreuungskraft, keine Entgeltfortzahlung bei Urlaub oder Krankheit etc.).

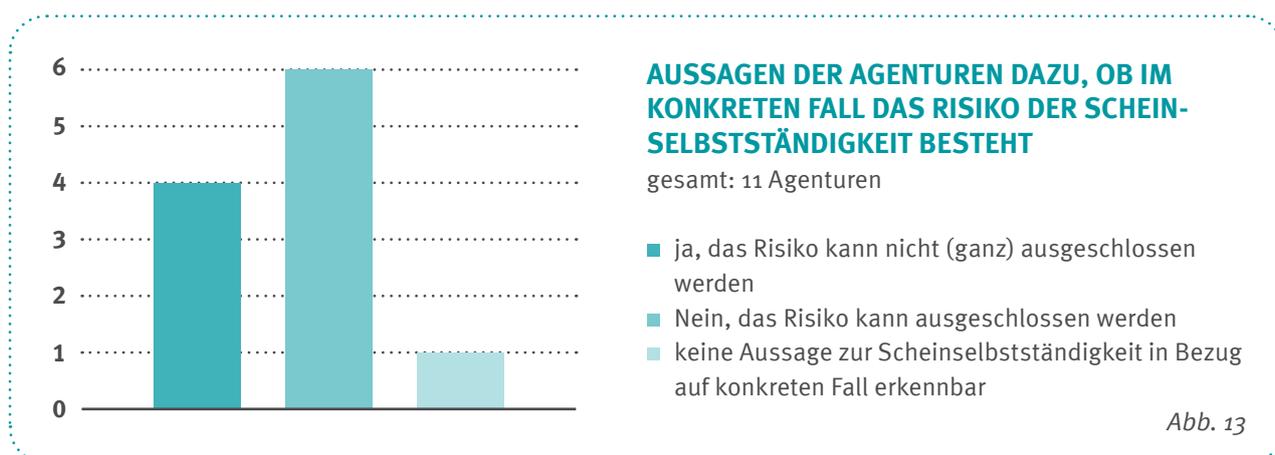
Auf die Risiken der Scheinselbstständigkeit wiesen drei der Agenturen hin, wobei nur eine auf alle möglichen Folgen wie Nachzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen, Bußgeld und mögliche Strafverfolgung hinwies.

Vier Agenturen verwiesen auf Rechtsprechung. Dabei nannten zwei Agenturen lediglich Urteile, wonach keine Scheinselbstständigkeit bestanden hätte. Eine Agentur nannte beispielhaft Urteile für beide Fälle, d. h. in denen Scheinselbstständigkeit abgelehnt und angenommen wurde. Eine Agentur nannte nur Rechtsprechung, wonach Scheinselbstständigkeit angenommen worden war.

5.4.2. Aussagen zum Risiko der Scheinselbstständigkeit im konkreten Fall

5.4.2.1. Besteht das Risiko der Scheinselbstständigkeit im konkreten Fall?

Von den 11 Agenturen, die Angaben zur Legalität des Selbstständigkeitsmodells machten, gaben sechs an, dass das Risiko der Scheinselbstständigkeit in ihrem Fall nicht bestehe beziehungsweise das Unternehmen dafür Sorge trage, dass dies nicht der Fall sei.



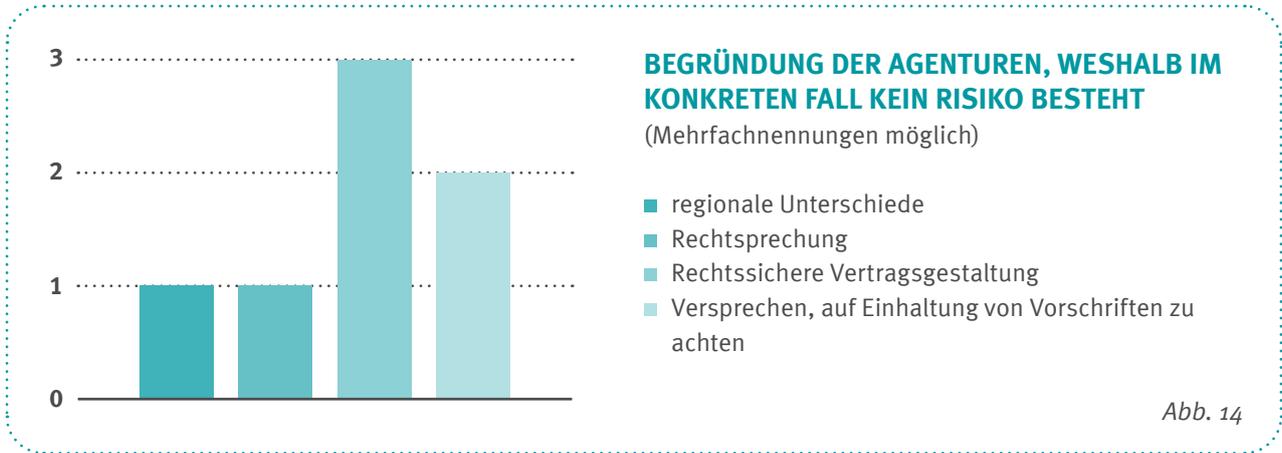
So wurde z. B. die Scheinselbstständigkeit in einem Fall lediglich als „regionales Problem“ je nach zuständiger Behörde dargestellt. In diese Regionen entsende man dann stattdessen Betreuungskräfte aus Polen. Eine Agentur zitierte einen Beschluss des OLG Frankfurt²⁰ als Hinweis dafür, dass man sich nicht um die Legalität der Beschäftigung sorgen müsse. Diese (strafrechtliche) Gerichtsentscheidung setzte sich nicht damit auseinander, ob ein Beschäftigungsverhältnis der Betreuungskräfte mit dem Privathaushalt vorlag, sondern damit, ob ein Anstellungsverhältnis zwischen der Betreuungskraft und der Vermittlungsagentur bestand. Das Urteil hat keine Bindungswirkung für eine rechtliche Beurteilung des Verhältnisses zwischen den Betreuungskräften und den Privathaushalten.

Drei Unternehmen gaben an, Verträge der Betreuungskräfte rechtssicher zu gestalten.

Zwei weitere Unternehmen versprachen, auf die Einhaltung von Vorschriften zu achten: Eines gab an, sich darum zu

²⁰ OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 7.3.2014 – 1 Ws 179/13, BeckRS 2014, 17893. 22

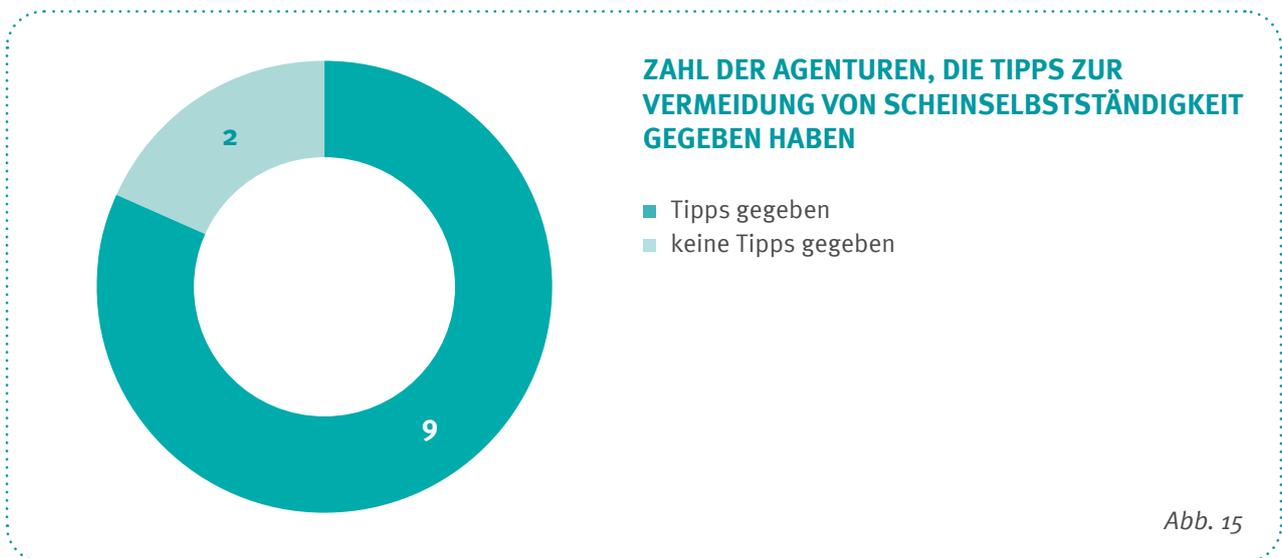
kümmern, dass die Betreuungskräfte allen behördlichen und weiteren Anforderungen gerecht würden. Ähnlich formulierte eine andere Agentur: Bei ihr würden sich die Betreuungskräfte dazu verpflichten, die gesetzlichen Anforderungen einzuhalten.



Keine der Agenturen gab an, dass Verbraucher diejenigen sind, die als Arbeitgeber angesehen werden können, falls Scheinselbstständigkeit festgestellt wird, und dass Verbraucher in diesem Fall zu (alleinigen) Adressaten von Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen werden oder dass es gegen sie allein zu ordnungsbehördlichen oder strafrechtlichen Verfahren kommen kann. Ebenso wenig wurde angegeben, dass dies selbst dann passieren kann, wenn die Agentur oder die Betreuungskraft die Einhaltung aller gesetzlichen Vorschriften zusagt.

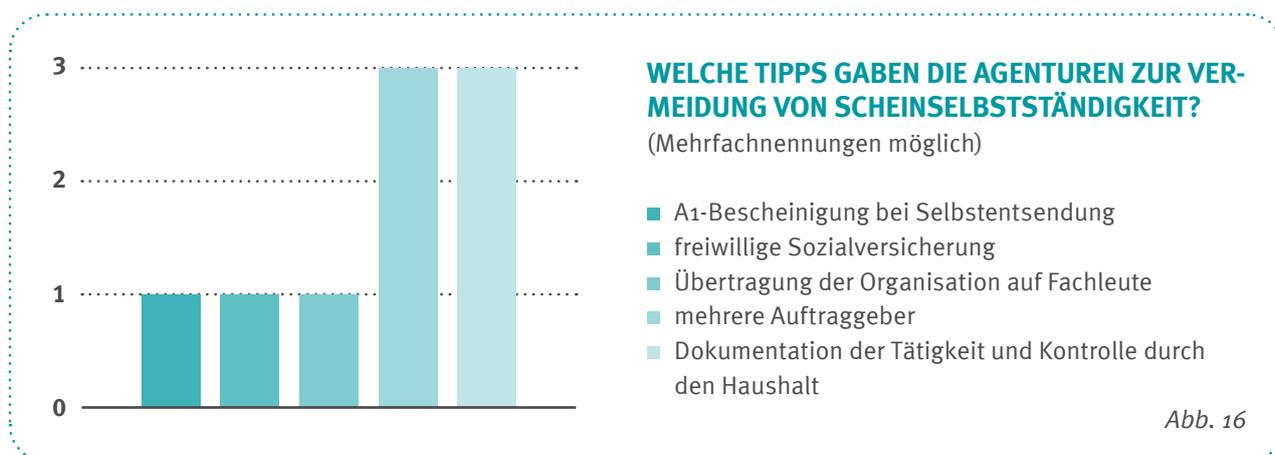
5.4.2.2. Welche Lösungswege für Betroffene werden genannt, um dem Problem der Scheinselbstständigkeit zu entgehen?

Neun von 11 Agenturen nannten (vermeintliche) Tipps und Lösungen, wie eine Scheinselbstständigkeit von den Betroffenen vermieden werden könne.



Darunter fanden sich folgende Angaben: Vorlage der A1-Bescheinigung bei Selbstentsendung (einmal genannt, zweimal angedeutet), freiwillige Sozialversicherung der Betreuungskraft und Übertragung der Organisation der Tätigkeit

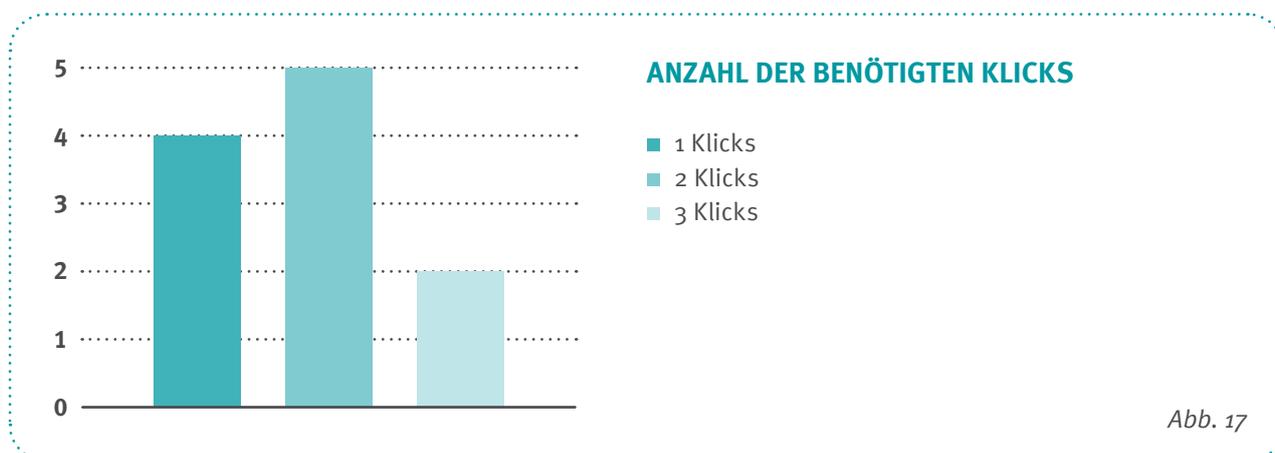
auf ein Fachbüro (jeweils einmal genannt), Beschäftigung bei mehreren Auftraggebern (dreimal genannt), Dokumentation der Tätigkeit und Kontrolle durch den Haushalt (dreimal genannt).



5.4.3. Anzahl der Klicks von der Startseite aus zur Information

Von den 13 Agenturen, die laut Webseite selbstständige Betreuungskräfte vermitteln, machten 11 Agenturen Aussagen zum Risiko der Scheinselbstständigkeit. Diese Information war in vier Fällen einen Klick von der Startseite entfernt, in fünf Fällen zwei Klicks und in zwei Fällen drei Klicks.

Eine geringe Anzahl von Klicks bedeutete aber nicht, dass die Aussage zum Risiko der Scheinselbstständigkeit leicht aufzufinden war. Es zeigte sich bei der Durchsicht der Webseiten, dass in vier Fällen ein längeres Scrollen auf der Webseite erforderlich war. In keinem der Fälle waren die Informationen zur Scheinselbstständigkeit gegenüber den restlichen Informationen textlich oder farblich hervorgehoben.



5.4. Gesamtergebnis: Anteil der Agenturen, die Selbstständige vermitteln

Von den 84 überprüften Agenturen vermittelten insgesamt 17 Pflege- und Betreuungsarrangements mit selbstständigen Betreuungskräften. Das entspricht einem Anteil von etwas über 20 %.

Bei vier der 17 Unternehmen, die Selbstständige vermitteln, konnte diese Beschäftigungsform erst durch ein Telefonat ermittelt werden, bei 13 dieser Agenturen konnte die Beschäftigungsform bereits im Internet erkannt werden.

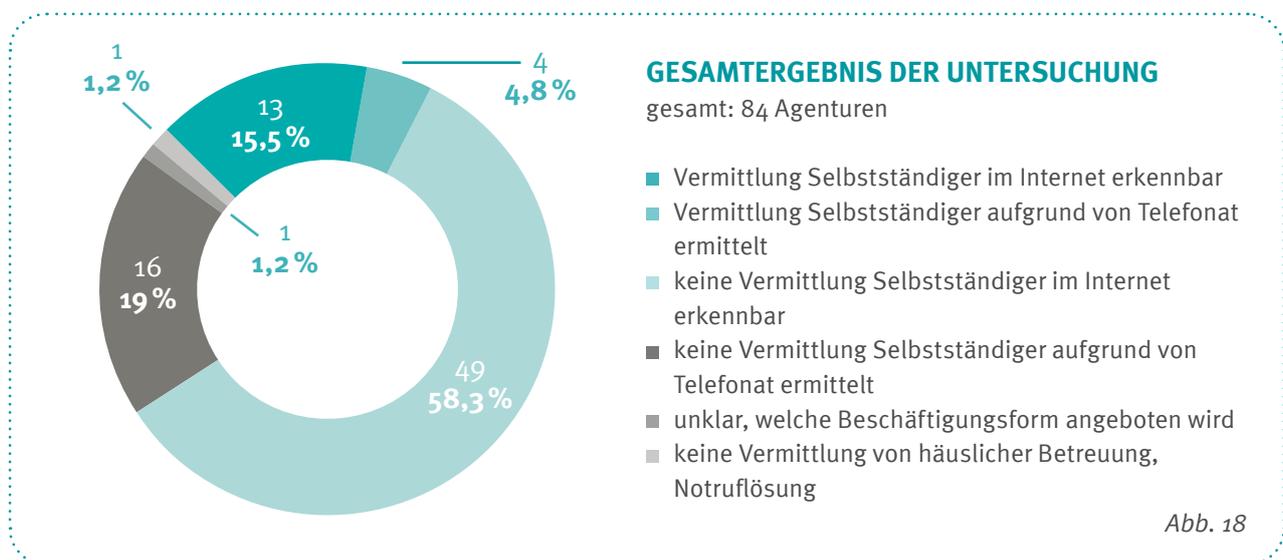
Vier der 17 Agenturen vermittelten Selbstständige mit Gewerbesitz im EU-Ausland. Bei den restlichen 13 stand entweder fest, dass es sich nur um Selbstständige mit Sitz in Deutschland (fünf Fälle) handelte oder es blieb unklar, ob Selbstständige mit Sitz in Deutschland oder Ausland vermittelt werden.

Demgegenüber standen insgesamt 65 Agenturen, die keine Selbstständigen vermittelten. Das war bei 49 der Fälle im Internet erkennbar. Bei 16 Agenturen konnte dies im Rahmen eines Telefonates geklärt werden.

Eine der Agenturen bot keine häusliche Betreuung im Sinne dieser Untersuchung, sondern eine Notruflösung an. Dies wurde ebenfalls erst im Rahmen eines Telefonats klargestellt.

Bei einer Agentur blieb die genaue Beschäftigungsform auch nach einem Telefonat ungeklärt.

Bildlich stellt sich das Ergebnis wie folgt dar:



6. BEWERTUNG DER ERGEBNISSE UND SCHLUSSFOLGERUNGEN

6.1. SCHRITT 1: ERKENNBARKEIT DES SELBSTSTÄNDIGKEITSMODELLS IM INTERNETAUFTRITT

In einem Viertel der Fälle wurde bei Betrachtung der Webseiten nicht hinreichend klar, mit welchem rechtlichen Modell die Vermittlungsagenturen arbeiteten. Dies zeigt, dass es für Verbraucher schwierig ist, über die rechtlichen Hintergründe des Tätigwerdens der Betreuungskräfte zu erfahren. Selbst wenn die Webseiten nach dieser Frage gezielt von juristisch vorgebildeten Personen durchsucht werden, reichen die Informationen auf den Webseiten oft nicht aus, um das Beschäftigungsmodell eindeutig zu erkennen. Aus der Untersuchung wurde deutlich, dass dieses Thema beim Informationsangebot der Agenturen nicht im Vordergrund steht.

6.2. SCHRITT 2: WIE IST DAS RECHTLICHE MODELL IM INTERNETAUFTRITT ERKENNBAR?

In vielen der 84 Fälle war die relevante Information zwar nur einen oder zwei Klicks entfernt, allerdings auch dann nicht immer leicht auffindbar. So musste in einigen Fällen länger gescrollt werden oder die Information war in einem Sternchenhinweis versteckt und damit für Verbraucher kaum aufzufinden. Eine einheitliche Kategorie oder Rubrik der Webseite, bei der man die Information erwarten kann, hat sich nicht herausgebildet. Viele platzierten die Information jedoch im Zusammenhang mit Stichwörtern „legal“ oder „rechtliches“.

6.3. SCHRITT 3: TELEFONISCHE KONTAKTAUFNAHME IN UNKLAREN FÄLLEN DER GRUPPE 3

Durch die telefonische Kontaktaufnahme ergab sich, dass vier weitere Agenturen die Vermittlung Selbstständiger anbieten. Zusammen mit den gefundenen 13 Agenturen, bei denen die Vermittlung Selbstständiger schon im Internet erkennbar war, sind es demnach insgesamt 17 Agenturen der 84 untersuchten. Dass sich die überwiegende Mehrheit der 17 Agenturen im Internet zur Vermittlung Selbstständiger bekennt, lässt vermuten, dass diese das Selbstständigenmodell als unproblematisch ansehen bzw. dass sie möglicherweise die Erfahrung gemacht haben, dass Verbraucher dieses Modell trotz rechtlicher Risiken präferieren.

Der Umstand, dass die Frage nach der Beschäftigung Selbstständiger in den geführten Gesprächen erst ausdrücklich gestellt werden musste, zeigt, dass dieses Thema in der Vertragsanbahnung nicht an erster Stelle steht. Daraus wird deutlich: Verbraucher ohne Vorwissen um die verschiedenen Beschäftigungsmodelle der sog. häuslichen 24-Stunden-Betreuung haben kaum eine Chance, von rechtlichen Hintergründen und ihren Folgen zu erfahren sowie diese bei ihrer Entscheidung zu berücksichtigen.

6.4. SCHRITT 4: PRÜFUNG DER WEBSEITEN IM HINBLICK AUF DIE INFORMATIONEN ZUM RISIKO DER SCHEINSELBSTSTÄNDIGKEIT

11 der 13 Agenturen, die laut Webauftritt Selbstständige vermitteln, machten Angaben zum Risiko der Scheinselbstständigkeit. Jedoch fand sich diese Information auf den Webseiten der Agenturen überwiegend nicht prominent. Auch hier erwies sich das Kriterium der Anzahl der zu tätigenen Klicks für die Auffindbarkeit der Information letztlich als nicht aussagekräftig. Die Informationen befanden sich im Regelfall nur ein oder zwei Klicks entfernt, waren zum Teil aber auf der Webseite selbst schwierig aufzufinden.

Bei knapp der Hälfte der Agenturen wurde der Eindruck vermittelt, dass das Risiko der Scheinselbstständigkeit beim konkreten Angebot nicht bestehe bzw. dass sich die Agentur darum kümmere, das Risiko auszuschließen.

26 | Bewertung der Ergebnisse und Schlussfolgerungen

Von den genannten Tipps und Ratschlägen ist allein die Vorlage einer ungefälschten A1-Bescheinigung geeignet, das Risiko für Verbraucher tatsächlich auszuschließen. Das ist allerdings nur der Fall, wenn es sich um eine Selbstentsendung handelt (s.o. unter 1.3). Hat die Betreuungskraft ein Gewerbe in Deutschland angemeldet, wird keine A1-Bescheinigung ausgestellt. Von den 17 Agenturen, die Selbstständige vermittelten, meldeten lediglich bei vier und damit in weniger als 25% der Fälle die Betreuungskräfte ihr Gewerbe im EU-Ausland an. Bei den restlichen 13 stand entweder fest, dass es sich um Selbstständige mit Sitz in Deutschland handeln sollte oder es blieb unklar, ob Selbstständige mit Sitz im Inland oder Ausland vermittelt werden. Bei Unklarheit über den Sitz des Gewerbes ist ungewiss, ob die A1-Bescheinigung dem Verbraucher einen Schutz bieten kann. Daher verbleibt für ihn in einem solchen Fall wie bei einem in Deutschland angemeldeten Gewerbe das Risiko, für die Folgen einer möglicher Scheinselbstständigkeit teuer eintreten zu müssen.

Alle anderen Ratschläge der Vermittlungsagenturen zur Umgehung der Scheinselbstständigkeit bieten Verbrauchern keinen ausreichenden Schutz.

Insbesondere ist der Empfehlung, auf das Vorliegen mehrerer Auftraggeber zu achten, nicht zu folgen: Dies reicht nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts keinesfalls aus.²¹ Auch die Vertragsgestaltung allein ist nicht ausreichend, da es darauf ankommt, wie das Vereinbarte tatsächlich gelebt wird. Vertragliche Zusagen der Agenturen bzw. Dienstleistungsunternehmen können gegenüber den Behörden oder vor Gericht nicht vorgebracht werden. Der Nachweis behördlicher Anmeldungen ist für sich genommen ebenfalls nicht aussagekräftig. Es ist gerade charakteristisch für die Scheinselbstständigkeit, dass diese dem äußeren Anschein nach wie eine selbstständige Tätigkeit aussehen soll. Behörden und Gerichte können daher unabhängig von Gewerbebeanmeldungen etc. entscheiden, dass es sich um Scheinselbstständigkeit handelt. Die Angaben der Anbieter sollten demzufolge keinesfalls als einzige Informationsquelle genutzt werden.

6.5. SCHLUSSFOLGERUNG

Der Gesamtanteil der Agenturen, die Selbstständige vermittelten, lag bei 20% und damit höher als erwartet, angesichts der Risiken, die mit der Scheinselbstständigkeit verbunden sind. Zu beachten ist, dass die Untersuchung lediglich die im Internet zugänglichen Vermittlungsagenturen in den Blick nahm. Wegen der kostengünstigeren und scheinbar unkomplizierten Beauftragung von Selbstständigen ist zu vermuten, dass der Anteil an selbstständig tätigen Betreuungskräften in Privathaushalten weitaus höher liegt, wenn der Vertrag auf andere Weise als durch eine Vermittlungsagentur zu Stande kommt.

.....
²¹ BSG, Urteil vom 07.06.2019 – B 12 R 6/18 R, BeckRS 2019, 12884, Rn. 33 m.w.N.

7. VERBRAUCHERTIPPS

- Verbraucher sollten von der Beauftragung Selbstständiger in der Regel absehen. Es besteht das Risiko, dass bei einer Kontrolle des Zolls oder in einem nachgeschalteten Statusfeststellungsverfahren bei der Deutschen Rentenversicherung Bund von einer abhängigen Beschäftigung ausgegangen wird. Aufgrund der uneinheitlichen Rechtsprechung kann in einem Gerichtsverfahren entschieden werden, dass die Betreuungskraft als Arbeitnehmer und nicht selbstständig war. Dies führt zur Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen und kann zudem ordnungs- und strafrechtliche Konsequenzen (Bußgeld, Geldstrafe oder Freiheitsstrafe) haben.
- Verbraucher sollten auf den Webseiten der Vermittlungsagentur prüfen, ob diese sozialversicherungspflichtig angestellte Betreuungskräfte vermitteln.
- Auch wenn laut Webseite ein legales, sozialversicherungspflichtiges Anstellungsverhältnis vorliegen soll: Verbraucher sollten vor Vertragsschluss noch einmal explizit danach fragen, welches Beschäftigungsmodell vorliegt.
- Verbrauchern sollten sich vorab Vertragsentwürfe zusenden zu lassen. Sie sollten prüfen, ob die Unternehmen darin Angaben zum Status der Betreuungskräfte machen und sich vertraglich zu einem bestimmten Beschäftigungsmodell und den entsprechenden Nachweisen verpflichten. Insbesondere sollten Verbraucher in den zur Unterschrift übermittelten Unterlagen darauf achten, dass es sich tatsächlich um eine Betreuungskraft im Anstellungsverhältnis handelt und ob eine A1-Bescheinigung als Nachweis vorgelegt werden soll.

Wenn dennoch die Beauftragung Selbstständiger in Erwägung gezogen wird:

- Verbraucher sollten prüfen, ob die Folgen der Beauftragung einer Betreuungskraft akzeptabel sind (z. B. keine Einzelweisungen, Auftragsdurchführung ggf. auch durch Dritte und Auftragsablehnung möglich).
- Bei der Beauftragung einer selbstständigen Betreuungskraft mit Gewerbeanmeldung im Ausland sollte stets die so genannte A1-Bescheinigung angefordert werden. Es sollte schon vor Vertragsschluss gefordert werden, dass diese Bescheinigung im Original vorgelegt wird.
- Bei Vorlage der A1-Bescheinigung sollte ihre Echtheit geprüft werden. Ferner sollte eine Kopie zum Verbleib beim Verbraucher gemacht werden.

8. ANHANG: QUELLENVERZEICHNIS

8.1. LITERATUR/KOMMENTARE

- Kühl, Kristian/Heger, Martin/Dreher, Eduard (Begr.)/Maassen, Hermann (Begr.)/Lackner, Karl (Fortf.), Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Auflage München 2018
- Kunz, Jürgen/Henssler, Martin/Brand, Jürgen/Nebeling, Martin: Praxis des Arbeitsrechts, 6. Auflage Bonn 2018
- Leiber, Simone/Rossow, Verena, Kein Schattendasein mehr. Entwicklungen auf dem Markt für „24-Stunden-Pflege“, Projekt „Euro Agency Care“ der Universität Duisburg-Essen, Vortrag am 23.09.2019 Friedrich-Ebert-Stiftung Berlin
- Leiber, Simone/Rossow, Verena, Kein Schattendasein mehr. Entwicklungen auf dem Markt für „24-Stunden-Pflege“, APuZ (Zeitschrift der Bundeszentrale für politische Bildung), 69. Jahrgang, 33-34/2019, 37-42 abrufbar unter <https://www.bpb.de/apuz/294927/kein-schattendasein-mehr-entwicklungen-auf-dem-markt-fuer-24-stunden-pflege>

8.2. URTEILE

- EuGH, Urteil vom 06.09.2018, Az. C-527/16, abrufbar unter <http://curia.europa.eu/>
- EuGH, Urteil vom 06.02.2018, Az. C-359/16, abrufbar unter <http://curia.europa.eu/>
- EuGH, Urteil vom 30.03.2000, Az.: C-178/97, abrufbar unter <http://curia.europa.eu/>
- BSG, Urteil vom 07.06.2019, Az. B 12 R 6/18 R, BeckRS 2019, 12884
- BSG, Urteil vom 28.09.2011, Az. B 12 R 17/09 R, BeckRS 2012, 67108
- LSG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 18.02.2015, Az. L 7 R 225/11, abrufbar unter <http://www.landesrecht-mv.de/>
- LSG NRW, Urteil vom 27.11.2012, Az. L 8 R 900/11, BeckRS 2014, 68211
- LSG Bayern, Urteil vom 27.02.2007, Az. L 5 KR 188/04, BeckRS 2009, 64048
- OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 07.03.2014, Az. 1 Ws 179/13, BeckRS 2014, 17893.

IMPRESSUM

Herausgeber

Verbraucherzentrale Berlin e. V.
Ordensmeisterstr. 15 – 16
12099 Berlin
Tel.: 030 214 85-0
Fax: 030 211 72 01

Für den Inhalt verantwortlich: Dörte Elß,
Vorstand der Verbraucherzentrale Berlin e. V.

Text: Michelle Jahn, Natalia Bott

Titelbild: LIGHTFIELD STUDIOS / Adobe Stock

Gestaltung: Henning Kunz

Stand: August 2020

© Verbraucherzentrale Berlin e. V.

Gefördert durch:



Bundesministerium
der Justiz und
für Verbraucherschutz

aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages

verbraucherzentrale