

Eva Kocher / Nastazja Potocka-Sionek

Rechtsfragen beim Einsatz polnischer Betreuungskräfte (Live-ins) in Deutschland durch Vermittlung polnischer Agenturen

Inhalt

I.	Einleitung und Fragestellung	4
1.	Polnische Live-in-Betreuerinnen in Deutschland	4
2.	Typische Arbeitssituationen von Live-in-care	5
3.	Fragestellung der vorliegenden Studie.....	7
4.	Gegenstand und Vorgehensweise	9
5.	Terminologie und Begriffe	10
II.	Kollisionsrechtliche Fragen der grenzüberschreitenden Tätigkeit.....	11
1.	Das anwendbare Vertrags- oder Arbeitsrecht	11
a)	Rechtliche Grundlagen: Art. 3, 8 Rom I-VO.....	11
b)	Anwendbares Arbeitsrecht im Fall der Entsendung	14
c)	Die Dienst-/Geschäftsreise.....	17
d)	Internationale Zuständigkeit der Gerichte.....	18
2.	Das anwendbare Sozial(versicherungs)recht.....	19
a)	Rechtliche Grundlagen: Art. 11 und 13 VO 883/2004.....	19
b)	Die Entsendung (Art. 12 VO 883/2004/EG).....	20
c)	Die A1-Bescheinigung.....	22
3.	Anwendbares Recht: Analyse von Verträgen und typischen Konstellationen	24
a)	Arbeitsverträge.....	24
b)	Vertragliche Regelungen zum anwendbaren Recht in zivilrechtlichen Dienstverträgen zu Live-in-care	25
c)	Auslandseinsatz als Geschäftsreise	31
4.	Ergebnis	31
III.	Rechtsverhältnis zwischen Agentur und Live-in	32

1.	Rechtsverhältnis im Fall eines Arbeitsvertrags.....	33
a)	Das polnische Arbeitsrecht.....	33
b)	Das polnische Sozialversicherungsrecht	35
c)	Arbeitnehmerüberlassung/Leiharbeit.....	35
2.	Rechtsverhältnis im Fall der Beschäftigung auf der Basis zivilrechtlicher Verträge ...	36
a)	Dienstvertrag (<i>umowa zlecenia sensu largo</i>) im Verhältnis zum Mandatsvertrag ..	37
b)	Abgrenzung vom Arbeitsvertrag	37
c)	Arbeitsrechtliche Ansprüche bei Beschäftigung aufgrund von zivilrechtlichen Verträgen.....	38
d)	Sozialrechtliche Ansprüche bei zivilrechtlichen Dienstverträgen nach polnischem Recht.....	40
e)	Dienstverträge „im Rahmen einer unternehmerischen Geschäftstätigkeit“ im polnischen Recht	41
3.	Analyse von Verträgen und typischen Konstellationen.....	42
a)	Bezeichnung des Vertragstyps.....	42
b)	Bestimmung der vertraglichen Leistungen/Weisungsbindung	42
c)	Festlegung des Arbeitsorts.....	44
d)	Festlegung der Arbeitszeit	45
e)	Delegation an Dritte	46
f)	Kontroll- und Sanktionsmechanismen	46
g)	Gesamtbewertungen von Live-in-care.....	47
4.	Ergebnisse.....	54
IV.	Einzelne Vertragsklauseln/Rechte und Pflichten	55
1.	Höchst Arbeitszeiten	55
a)	Bereitschaftsdienst im deutschen Recht und im Unionsrecht	56
b)	Der Bereitschaftsdienst im polnischen Recht	56
2.	Aufzeichnung/Dokumentation von Arbeitszeit	57
a)	Das Problem des Nachweises von erbrachter Arbeitszeit	57
b)	Rechtslage im deutschen und polnischen Recht	58
3.	Vergütung	59

a)	Einordnung der Tagegelder.....	60
b)	Mindestlohnrecht.....	60
4.	Kündigung	62
a)	Vertragliche Bestimmungen zu Kündigungsrechten	62
b)	Regelungen zu Vertragsstrafen.....	63
c)	Rechtlicher Rahmen	65
V.	Schlussfolgerungen / Problemstellungen	66
VI.	Handlungsempfehlungen	67
1.	Pflege- und arbeitspolitische Regulierung	69
2.	Rechtsgrundlagen der Beschäftigung	71
a)	Rechtssichere Abgrenzung von Arbeitsverhältnissen und Selbstständigenbeschäftigung	72
b)	Rechtsfolgen der Beschäftigung	74
c)	Kontrolle und Überwachung	75
3.	Probleme des grenzüberschreitenden Charakters von Live-in-care	76
a)	Internationales Recht	76
b)	Handlungsmöglichkeiten auf Ebene der EU	77
c)	Vorschläge für Deutschland	79
d)	Kollektivvertragliche Ebene	83
VII.	Zusammenfassung und Ausblick	83
	Glossar polnischer Begriffe	85
	PLN – DE	85
	DE – PLN	86
	Rechtsquellen	88
	Literaturverzeichnis	90

Rechtsfragen beim Einsatz polnischer Betreuungskräfte (Live-ins) in Deutschland durch Vermittlung polnischer Agenturen

I. Einleitung und Fragestellung

1. Polnische Live-in-Betreuerinnen in Deutschland

Die häusliche Pflege durch – fast ausschließlich weibliche – migrantische Erwerbstätige, die in den Haushalten der Pflegebedürftigen nicht nur arbeiten, sondern auch wohnen („Live-in“), ist zu einem festen Bestandteil des deutschen Pflegesystems geworden. Die Schätzungen reichen von etwa 160.000 deutschen Haushalten, in denen migrantische Live-in-Betreuer:innen eingesetzt werden,¹ bis etwa 500.000 Pflegekräften mit Migrationshintergrund.² Ihre Situation ist durch rechtliche Intransparenz und Unsicherheit geprägt sowie mit einem Verdacht systematischer Rechtsverstöße belastet. Vor allem mit dem Arbeitszeitregime, das nicht selten mit dem Begriff „24-Stunden-Pflege“ beschrieben wird, sind tiefgreifende rechtliche Probleme verbunden.³

Bei der Live-in-care werden fast ausschließlich migrantische Beschäftigte in deutschen Haushalten tätig; überwiegend handelt es sich um Frauen aus mittel- und osteuropäischen Staaten der Europäischen Union, aber auch aus Drittstaaten. In aller Regel verfügen diese nicht über einen eigenen Haushalt in Deutschland; es handelt sich dann um transnationale Arbeit in Form der „Pendelmigration“.⁴ Nach einer aktuellen Umfrage unter Betreuer:innen in Polen betrug die durchschnittliche Dauer der Arbeit mit einer Pflegeperson 2-3 Monate.⁵ Die Covid 19-Pandemie und die damit zeitweise verbundenen Beschränkungen der Freizügigkeit seit März 2020 haben nicht nur Mobilität und Rückkehr der Betreuer:innen erschwert,⁶ sondern auch die mangelhafte sozialrechtliche Absicherung vieler unter ihnen sowie die fehlende Nachhaltigkeit des derzeitigen Modells von Live-in-care sichtbar gemacht.⁷ Ein großer Teil

¹ Hielscher/Kirchen-Peters/Nock 2017, 95; Ausschuss über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte der Vereinten Nationen 12.10.2018, Rn. 42.

² Leiblfinger/Prieler/Schwiter/Steiner/Benazha/Lutz, *Journal of Long-Term Care* 2020, 144; Habel/Tschenker 2022.

³ Vgl. Habel/Tschenker 2022; Kocher, in: Rudolph/Schmidt (Hrsg.) 2019, 195.

⁴ Für Daten siehe Habel/Tschenker 2022, 10 ff m.w.N.; Rossow/Leiber 2022, 5 ff.

⁵ Związkowa Alternatywa 2021.

⁶ Habel/Tschenker, *SozSich* 2020, 215; Bartig/Harder/Herpell/Nowicka/Schwass/Matuszczyk 2021.

⁷ Leiblfinger/Prieler/Schwiter/Steiner/Benazha/Lutz, *Journal of Long-Term Care* 2020, 144.

dieser Live-ins macht nicht selbstständig von ihrer Arbeitnehmerfreizügigkeit Gebrauch, sondern wird durch Agenturen in deutsche Haushalte vermittelt.⁸ Schätzungen zur Zahl solcher Agenturen reichen von 274⁹ bis zu an die 700¹⁰.

Auch die Datenlage zur Beschäftigung polnischer Live-ins in Deutschland ist nicht gut¹¹ (was auch mit dem großen Anteil an „Schwarzarbeit“ zu tun hat¹²). Es gibt aber Hinweise darauf, dass Polen als Herkunftsland der Live-ins in Deutschland eine große Rolle spielt; in einer aktuellen Studie gaben in Deutschland befragte Agenturen Polen als Hauptrekrutierungsland mit knapp 50 Prozent an.¹³ Nach anderen Zahlen¹⁴ waren im Jahre 2018 11 Prozent der insgesamt in Deutschland tätigen polnischen Arbeitnehmer:innen in der Betreuung eingestellt. Auch nach Angaben des polnischen Ministeriums für Entwicklung, Arbeit und Technologie waren unter den 37.115 Arbeitnehmer:innen, die im Jahr 2019 durch Vermittlungsagenturen nach Deutschland vermittelt wurden, 1.744 häusliche Pflegekräfte; Leiharbeitsagenturen vermittelten danach 26.317 Personen, darunter 3.743 häusliche Pflegekräfte an entleihende Arbeitgeber in Deutschland. Die Gesamtzahlen der häuslichen Pflegekräfte und ihr Anteil an der Gesamtzahl der Vermittelten hat allerdings seit 2016 deutlich abgenommen.¹⁵

2. Typische Arbeitssituationen von Live-in-care

So unterschiedlich wie die Betreuungsbedarfe, die betreuten Personen und die Live-ins sind auch die Sachverhaltskonstellationen. Da die Live-ins für die Dauer der Live-in-care im Haushalt der betreuten Personen wohnen, und sie häufig mit einem Verständnis von häuslicher Betreuung beschäftigt werden, das davon ausgeht, dass diese Aufgaben „eigentlich“ von (den weiblichen Mitgliedern) der Familie zu leisten seien, entstehen in der Praxis ganz unterschiedliche Kooperationsformen, bei denen die soziale Interaktion mal stärker durch den marktlich-vertraglichen Kontext, mal stärker durch das familiaristische Verständnis geprägt ist.¹⁶

Diese Studie behandelt Probleme, die sich in einer bestimmten Grundkonstellation ergeben: Eine in Polen lebende Betreuerin (= Live-in) schließt mit einer in Polen ansässigen Agentur

⁸ Bundesregierung (Deutschland) BT-Drucks. 18/12840, 170.

⁹ Leiber/Matuszczyk/Rossow, Zeitschrift für Sozialreform 2019, 365; siehe auch Stiftung Warentest, Stiftung Warentest 2017, 86.

¹⁰ Für einen Überblick über die vorliegenden Daten siehe Leiber/Rossow 2022, 4. Vgl. auch Benazha/Leiblfinger/Prieler/Steiner, in: Aulenbacher/Lutz/Schwiter (Hrsg.) 2021, 20, 26 (400).

¹¹ Matuszczyk, StudiaBAS 2019, 123.

¹² Leiber/Rossow, in: Horn/Schweppe/Böcker/Bruquetas-Callejo (Hrsg.) 2021, 127, 129; zum Begriff „Schwarzarbeit“ Emunds/Kocher/Habel/Pflug/Tschenker/Deetzen 2021.

¹³ Benazha/Leiblfinger/Prieler/Steiner, in: Aulenbacher/Lutz/Schwiter (Hrsg.) 2021, 20.

¹⁴ Matuszczyk, StudiaBAS 2019, 123.

¹⁵ Minister Rozwoju, Pracy i Technologii, 24.11. 2020.

¹⁶ Sehr gute Einblicke finden sich bei Emunds/Schacher 2012; Kretschmann 2016; Rossow 2021, 95 ff; 152 ff.

einen Vertrag über die Erbringung von Betreuungsleistungen in deutschen Haushalten (oder einem deutschen Haushalt).¹⁷ Die Agentur wiederum hat einen Vertrag mit einer in Deutschland zu betreuenden Person oder deren Angehörigen abgeschlossen, auf deren Grundlage sie die Live-in in diesen Haushalt schickt (bzw. entsendet¹⁸). Die Live-ins haben in diesen Fällen typischerweise keine Ausbildung. Pflege im medizinischen Sinn (Behandlungspflege) wird meist nicht versprochen, Grundpflege aber häufig geleistet.

Zwar findet Live-in-care in unterschiedlichen vertraglichen Arrangements statt; dies ist ja das Kernthema dieser Studie. Dennoch ist bereits früher festgestellt worden, dass sich die tatsächlichen Arbeitssituationen über die Vertragsgestaltungen hinweg stark ähneln.¹⁹ Um die konkrete Arbeitssituation an dieser Stelle noch ohne jede rechtliche Bewertung anschaulich zu machen, seien hier beispielhaft die Sachverhalte zweier höchstgerichtlicher Entscheidungen in Deutschland skizziert:

Der eine (schon etwas ältere) Fall²⁰ betraf einen Vertrag zwischen einer Agentur, die im Bereich der ambulanten "Pflege und Betreuung" bundesweit tätig war. Ihr Unternehmensziel war darauf gerichtet, zumeist älteren und gesundheitlich eingeschränkten Personen einen bis zu 24 Stunden täglich dauernden, umfassenden Service durch eine „hauswirtschaftliche Familienbetreuerin“ anzubieten. Die Live-ins führten jeweils im Rahmen eines regelmäßig 14-tägigen Einsatzes den Haushalt der betreuten Person im heimischen Umfeld und übernahmen ggf weitere Dienstleistungen – auch im Sinne von "Gesellschaft" und "Unterhaltung" – nach den jeweiligen Bedürfnissen der betreuten Person.

Dieser (vom Bundessozialgericht (BSG) entschiedene) Fall wies die Besonderheit auf, dass die Live-in zunächst an einer von der Agentur betriebenen Aus- und Weiterbildungseinrichtung (die von den Live-ins teilweise selbst bezahlt werden musste) unterwiesen wurden, und dass der Kontakt zur betreuten Person durch eine bei der Agentur angestellte examinierte Krankenschwester hergestellt wurde.

Die letztgenannten Voraussetzungen waren im zweiten Fall nicht gegeben. Im Übrigen war die Arbeitssituation jedoch sehr ähnlich:²¹ Hier war die Live-in allerdings aus Bulgarien nach Berlin entsandt worden. Sie arbeitete im Haushalt der über 90-jährigen zu betreuenden Person, bei der sie auch ein Zimmer bewohnte. Ihre Aufgaben umfassten neben Haushaltstätigkeiten (wie Einkaufen, Kochen, Putzen etc.) eine „Grundversorgung“ (wie Hilfe bei der Hygiene, beim

¹⁷ Zu Ausnahmesituationen – z.B. direkter Vertragsschluss der Betreuerin mit Angehörigen von betreuten Personen, siehe die Angaben unten I.4.

¹⁸ Dazu genauer unten II.1.b).

¹⁹ Bucher 2018, unter A.II. und B.

²⁰ BSG 28.9.2011 – B 12 R 17/09 R.

²¹ BAG 24.6.2021 – 5 AZR 505/20, NZA 2021, 1398 ff. Siehe auch den vom BGH 2019 entschiedenen Fall, unten III.3.(iii), bei Fn 156.

Ankleiden ua.) und soziale Aufgaben (zB Gesellschaft leisten, Ansprache, gemeinsame Interessenverfolgung). Die Agentur hatte dazu einen Vertrag mit der zu betreuenden Person geschlossen, der in einer Leistungsbeschreibung auch formulierte, dass Nachtwachen erbracht würden und eine „24 Stunden Betreuung/Pflege“ „angedacht“ sei.

Dieser Fall, der vom Bundesarbeitsgericht (BAG) im Juni 2021 entschieden und dabei einige Bekanntheit erlangt hat, macht sehr gut die Problematik deutlich, die die meisten Fälle von Live-in-care typischerweise gemein haben. Ähnlich wie in anderen sozialrechtlichen Dreiecks-konstellationen werden die versprochenen Leistungen zu Beginn eher vage beschrieben; die Vereinbarungen werden dann im Zweifel im Verhältnis zu den betreuten Personen durch zusätzliche Dokumente oder persönliche Gespräche relativ großzügig ausgelegt, im Verhältnis zu den Live-ins wiederum im Vorfeld relativ einschränkend formuliert.²² Das BAG hat angesichts einer Reihe entsprechend widersprüchlicher Formulierungen im konkreten Fall in Frage gestellt, „ob die arbeitsvertraglich vereinbarte Wochenarbeitszeit von 30 Stunden ernsthaft gewollt war“: „Bei gebotener lebenspraktischer Betrachtungsweise [könnte] allen Beteiligten klar gewesen sein, dass angesichts des Alters der zu betreuenden Person und des mit ihr vereinbarten Leistungsumfangs für die der [Live-in] obliegenden Arbeiten eine Arbeitszeit von 30 Wochenstunden objektiv nicht ausreichend war.“ Es war u.a. auch nicht plausibel gemacht worden, ob „es ihr gestattet war, nach sechs Arbeitsstunden, zur Nachtzeit und an den Wochenenden die zu betreuende Person sich selbst zu überlassen. Es spricht deshalb einiges dafür, dass die vertraglichen Vereinbarungen zur Arbeitszeit lediglich der kostengünstigen Gestaltung geschuldet waren.“²³

Aus diesen Vagheiten und Widersprüchlichkeiten ergeben sich in der Praxis allerdings keine Handlungsoptionen der Live-in-Betreuerinnen, sondern im Gegenteil eine höchste prekäre Situation. Dadurch, dass die Live-in im Haushalt mit der betreuten Person lebt, faktisch eine gewisse Verantwortung zugesprochen bekommt und in der Regel keinerlei Kenntnisse oder Vorstellungen von alternativen Betreuungsmöglichkeiten hat, ist sie den Anforderungen, die sich aus der Situation zu ergeben scheinen, ausgeliefert – und setzt im Zweifel ihre Zeit entsprechend den Anforderungen der Situation und der betreuten Person ein.

3. Fragestellung der vorliegenden Studie

Der Beschäftigung polnischer Live-ins in deutschen Privathaushalten liegen unterschiedliche rechtliche Konstruktionen und Vertragstypen zugrunde. Schon die vertragliche Verbindung

²² Zu dieser grundsätzlichen Problematik dieser Dreiecksverhältnisse siehe Rosenow/Kocher, KJ 2022, erscheint demnächst.

²³ BAG 24.6.2021 – 5 AZR 505/20; siehe auch Habel/Tschenker 2022, 21 ff zu den widersprüchlichen Verständnissen von „Arbeitszeit“ im Selbstverständnis der Vermittler:innen.

zwischen der polnischen Agentur und dem Privathaushalt kann im Einzelnen sehr unterschiedlich sein; so kann als Leistung der Agentur entweder nur die Vermittlung der Live-in vorgesehen oder aber bestimmt sein, dass die Agentur die Pflegeleistung selbst erbringt.²⁴ Im ersten Fall wird ein Beschäftigungsverhältnis der Live-in mit dem jeweiligen Haushalt vermittelt. Im zweiten Fall ist die Live-in gegenüber der Agentur zur Leistung verpflichtet und bei dieser beschäftigt; ausländische Agenturen lassen die Beschäftigten dann im Wege der Entsendung in Deutschland tätig werden.

Obwohl verlässliche hierzu Daten fehlen, gibt es Hinweise darauf, dass polnische Live-ins am häufigsten auf dem Weg der Entsendung durch polnische Agenturen in Deutschland tätig werden.²⁵ Nach neueren Untersuchungen nutzen dabei fast drei Viertel der Agenturen, die polnische Live-ins vermitteln, die Vertragsform *umowa zlecenia* (wörtlich: Mandatsvertrag).²⁶ Bei einer Umfrage der polnischen „Gewerkschaftlichen Alternative“ (*Związkowa Alternatywa*) aus dem Jahre 2021 gaben 73 Prozent der Befragten an, dass sie einen solchen Dienstvertrag hatten; 12 Prozent waren über einen Arbeitsvertrag beschäftigt. Bei der Frage, wer jeweils (unabhängig vom Vertragstyp) Vertragspartner war, nannten 62 Prozent eine polnische Agentur, 22 Prozent eine deutsche Agentur und 12 Prozent waren direkt mit einer deutschen Familie in vertraglichen Beziehungen.²⁷ Die *umowa zlecenia* ist aufgrund ihrer zivilrechtlichen (und nicht arbeitsrechtlichen) Verortung im polnischen Recht in besonderer Weise durch Unsicherheit, fehlende Stabilität und fehlenden Schutz charakterisiert.²⁸ Sie wird deshalb umgangssprachlich auch als *umowa śmieciowa* („Müllvertrag“) bezeichnet. In der erwähnten Umfrage gaben 64 Prozent aller Befragten mit einem solchen Vertrag an, dass sie gerne einen Arbeitsvertrag hätten.²⁹

Der transnationale Charakter dieser Beschäftigung bringt darüber hinaus spezifische rechtliche Probleme mit sich. Unabhängig davon, ob die Agentur in Deutschland oder im Ausland angesiedelt ist, stellt sich regelmäßig die Frage, welches Recht auf das Beschäftigungsverhältnis anzuwenden ist. Dies betrifft sowohl das Arbeitsrecht (und damit die Frage, welche Rechtsordnung über die Einordnung als Arbeitsverhältnis oder Selbstständigentätigkeit

²⁴ Bucher 2018, 43 ff; 216 ff; Deckert-Regui/Liessneck 2020, 11.

²⁵ Deckert-Regui/Liessneck 2020, 11; siehe auch Leiber/Rossow/Österle/Frerck, International Journal of Care and Caring 2020, 1.

²⁶ Leiber/Rossow/Österle/Frerck, International Journal of Care and Caring 2020, 1 13. Hier wurden im Zeitraum 11/2017 bis 3/2018 Entsendeagenturen aus Polen (39) und Vermittlungsagenturen aus Deutschland (65) mittels einer Onlinebefragung zu rechtlichen Modellen befragt. Ähnlich die Untersuchung des DIMR (Freitag 2020); siehe auch Steiner/Prieler/Leibfinger/Benazha, Österreichische Zeitschrift für Soziologie 2019, 1 aufgrund einer Analyse der Internetauftritte von Agenturen in Frankfurt/Main

²⁷ Związkowa Alternatywa 2021 (15 Prozent schlossen selbstständige Dienstverträge für ihr eigenes Unternehmen ab bzw. arbeiteten „schwarz“).

²⁸ Ludera-Ruszel, FOI 2019, 25, 28.

²⁹ Związkowa Alternatywa 2021.

entscheidet, welcher Mindestlohn und welches Arbeitszeitregime gelten) als auch das Sozialversicherungsrecht. Um ein gutes Bild von der rechtlichen Situation der Live-ins zu erhalten, sind deshalb nicht nur das deutsche und polnische Recht in den Blick zu nehmen, sondern auch das Kollisionsrecht sowie das sonstige harmonisierende und koordinierende Recht der Europäischen Union. Dies leistet die vorliegende Studie.

4. Gegenstand und Vorgehensweise

Die Studie analysiert die Rechtslage bezogen auf konkrete Originalverträge, die Gegenstand der Live-in-Beratung im Rahmen des Projekts „MB 4.0 – Gute Arbeit für Deutschland“ waren und uns anonymisiert zur Verfügung gestellt wurden; zusätzlich lagen uns einige Verträge aus der Beratung durch das Projekt „Faire Mobilität“ vor.

Von den insgesamt 30 Verträgen, die uns so zur Analyse zur Verfügung standen, waren acht Arbeitsverträge, von denen sieben mit einer Agentur und einer mit der betreuten Person als Arbeitgeberin abgeschlossen waren. Die Arbeitsverträge waren zur Hälfte unbefristet und zur Hälfte befristet abgeschlossen. Von den übrigen Verträgen waren 22 als zivilrechtliche Verträge konstruiert. Von diesen zivilrechtlichen Verträgen wurden acht im Vertragstext als *umowa o świadczenie usług* (Dienstvertrag) und 12 als *umowa zlecenia* (Mandatsvertrag³⁰) bezeichnet.³¹ Ein Vertrag war als *Umowa w zakresie współpracy w świadczeniu usług opiekuńczych* (Vertrag über die Zusammenarbeit bei der Erbringung von Pflegeleistungen) benannt. Ein weiterer Vertrag war ein Vermittlungsvertrag (*umowa pośrednictwa*), der zwischen der Live-in als selbstständiger Dienstleisterin und einem Vermittler abgeschlossen wurde.

Überwiegend waren die Verträge zwischen einer Agentur (Auftraggeberin) und einer natürlichen Person (Auftragnehmerin, Live-in) geschlossen. Es gab allerdings drei zivilrechtliche Verträge, in denen eine Firma Auftragnehmerin war (zweimal war die Live-in selbst Inhaberin, einmal eine Seniorenbetreuung). Alle diese Verträge sowie die Arbeitsverträge, also die ganz überwiegende Mehrheit, betraf Konstellationen der Entsendung der Live-ins.

Unter den zivilrechtlichen Verträgen waren acht unbefristet als Rahmenverträge für eine unbestimmte Zahl von Einsätzen abgeschlossen (einer allerdings unbefristet nur für einen einzigen Auftrag); die übrigen Verträge waren befristet für einen bestimmten, einmaligen Einsatz, überwiegend für wenige Wochen und Monate, zwei auf ein oder anderthalb Jahre geschlossen,

³⁰ Bzw. in einem Fall „Vorschlag für einen Mandatsvertrag“.

³¹ Bei einem Vertrag fehlt die Titelseite und damit die Bezeichnung; aus dem Text wird aber deutlich, dass es sich ebenfalls um eine *umowa zlecenia* handeln dürfte.

Auffallend ist die hohe Heterogenität der Vertragsgestaltung.³² Nur dreimal verwenden jeweils zwei Verträge identische Formulierungen oder sind auch nur ähnlich aufgebaut. Im Übrigen scheinen die Vertragsformulierungen keinem Muster oder Vorbild zu folgen. Zum Teil fallen nicht nur offensichtliche Redaktionsfehler auf,³³ sondern auch rechtlich befremdliche Formulierungen, wie z.B. die Angabe „Grundlage dieses Vertrages sind die Bestimmungen nach EU-Recht“³⁴. In einem anderen Vertrag wurde aus nicht nachvollziehbaren Gründen (vermutlich versehentlich) die Gerichtszuständigkeit an eine Stadt in Polen geknüpft, in der weder die Agentur noch die Live-in ansässig waren.

Die vorliegende Studie stellt nicht nur den rechtlichen Rahmen dieser Verträge im Einzelnen dar, sondern analysiert auch, wie konkrete Vertragsgestaltungen rechtlich zu bewerten sind.

Die Untersuchung erfolgt in mehreren Schritten: Zunächst wird geklärt, unter welchen Voraussetzungen polnisches oder deutsches Recht auf diese Verträge anzuwenden ist (II.). In einem zweiten Schritt werden auf dieser Basis die Verträge zwischen polnischen Live-ins und polnischen Agenturen rechtlich zwischen zivilrechtlichem Dienstvertrag und Arbeitsvertrag eingeordnet und bewertet (III.). Ein weiterer Abschnitt geht auf einzelne Rechtsfragen ein, die sich bei Analyse der Beispielsverträge zeigten (IV.), bevor nach einer Zusammenfassung (V.) konkrete Handlungsempfehlungen für unterschiedliche Regelungsebenen diskutiert werden (VI.).

5. Terminologie und Begriffe

Da die Beschäftigten in Live-in-care in ihrer ganz überwiegenden Mehrheit Frauen sind, wird für ihre Bezeichnung im Singular die weibliche Form verwendet; wenn sie in ihrer Funktion als Vertragspartei angesprochen sind, werden die vertraglichen Bezeichnungen sowie die entsprechenden Gerichtsurteile in der Regel mit „Live-in“ und „Auftragnehmerin“ übersetzt (der Begriff ist nicht gleichzusetzen mit dem der rechtlichen Betreuung i.S.d. §§ 1896 ff Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)). Mit „Auftraggeberin“ ist in aller Regel die Agentur gemeint, außer es werden explizit Vertragsparteien in Deutschland (betreute Person) angesprochen.

Wir werden unten (III.2.a)) zeigen, dass unabhängig von ihrer konkreten Bezeichnung alle hier verwandten zivilrechtlichen Verträge als „Mandatsverträge im weiteren Sinne“ (*umowa zlecenia sensu largo*) eingeordnet werden können. Hierbei handelt es sich um zivilrechtliche

³² Allerdings weisen Leiber/Rossow, in: Horn/Schweppe/Böcker/Bruquetas-Callejo (Hrsg.) 2021, 127, 140 darauf hin, dass z.B. über die „Labour Mobility Initiative“ (*Inicjatywa Mobilności Pracy*) durchaus Kontakte unter den Akteuren bestünden.

³³ Beispiele sind die versehentliche Bezeichnung beider Vertragsparteien als „Auftraggeber“ oder beider als „Auftragnehmer“, oder auch die Verwendung zweier unterschiedlicher Definitionen in ein und demselben Artikel für ein und dasselbe Phänomen.

³⁴ Hier wird also eine Rechtsordnung benannt, die kaum materielle Standards regelt, da das EU-Recht in der Sozialpolitik überwiegend über die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen wirkt.

Dienstverträge im Sinne des deutschen Rechts. Zum besseren rechtsvergleichenden Verständnis wird deshalb als Gegenbegriff zum Arbeitsvertrag im Folgenden überwiegend der Begriff des „zivilrechtlichen Dienstvertrags“ verwendet, auch wenn in der politischen Debatte in Polen und z.T. in den Vertragstexten selbst der Begriff „Mandatsvertrag“ vorherrscht.

II. Kollisionsrechtliche Fragen der grenzüberschreitenden Tätigkeit

Die rechtliche Bewertung der grenzüberschreitenden Tätigkeit in einem deutschen Haushalt setzt zunächst eine Beantwortung der Frage voraus, welche Rechtsordnung anwendbar ist – die polnische oder die deutsche.

1. Das anwendbare Vertrags- oder Arbeitsrecht

a) Rechtliche Grundlagen: Art. 3, 8 Rom I-VO

Soweit es dabei um die vertraglichen Rechtsverhältnissen als solche geht, richtet sich die Beantwortung dieser Frage nach der Rom-I-Verordnung (VO 593/2008/EG).³⁵ Diese enthält unterschiedliche Regeln für Arbeitsvertrag und zivilrechtlichen Vertrag. Die richtige Zuordnung eines Vertrags ist ein komplexer Rechtsanwendungsvorgang, der letztlich unabhängig von der Bezeichnung des Vertrags selbst ist. Diese Fragen werden unter III.3 genauer behandelt. Für die Zwecke dieses Abschnitts beschreiben wir die Rechtslage zunächst auf Basis der Annahme, dass die im Vertrag getroffene Bezeichnung rechtlich zutreffend ist.

(i) Dienstvertrag zwischen Agentur und Live-in

Die meisten der uns vorliegenden Verträge sind zwischen einer polnischen Agentur und einer polnischen Live-in, die in Deutschland arbeiten soll, abgeschlossen. Für diese gilt – als allgemeine Grundlage des Systems über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht nach der Rom I-VO – die **Parteiautonomie**. Nach Art. 3 Abs. 1 können die Vertragsparteien das anwendbare Recht also grundsätzlich frei bestimmen.

Soweit die Parteien keine Rechtswahl getroffen haben, unterliegen **selbstständige Dienstleistungsverträge** nach Art. 4 Abs. 1 Buchst. b) Rom I-VO im Prinzip dem Recht des Staates, in dem die Dienstleisterin (hier: die Live-in) ihren gewöhnlichen Aufenthalt i.S.d. Art. 19 Rom I-VO hat. Der Dienstleistungsvertrag ist in der Rom-I-Verordnung nicht definiert; der Begriff ist unter Berücksichtigung der EU-Instrumente zur Dienstleistungsfreiheit (Art. 57 AEUV) autonom auszulegen.³⁶ Danach ist eine Dienstleistung jede selbstständige, in der Regel gegen Entgelt ausgeübte wirtschaftliche Tätigkeit. Der Begriff erfasst alle Arten von zivilrechtlichen Verträgen über Dienstleistungen, also sowohl Dienstverträge als auch Werkverträge.

³⁵ Verordnung Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht

³⁶ Siehe auch Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt; Ferrari, 2. Aufl. 2020, 101.

Der gewöhnliche Aufenthalt einer natürlichen Person, die im Rahmen der Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit handelt, ist nach Art. 19 Abs. 1 S. 2 Rom I-VO der **Ort ihrer Hauptniederlassung**. Bei Gesellschaften, Vereinen und juristischen Personen handelt es sich nach S. 1 um den Ort ihrer Hauptverwaltung.

Für Dienstverträge in der Live-in-Betreuung bedeutet dies, dass es für den Fall, dass der Vertrag keine Bestimmung des anwendbaren Rechts vorsieht, nicht auf den Ort ankommt, an dem sich die Agentur befindet, sondern auf die „Hauptniederlassung“ bzw. den Schwerpunkt der beruflichen Tätigkeit der Live-in. Je nach den persönlichen und beruflichen Verhältnissen der Live-in kann dieser in Polen oder in Deutschland liegen.

(ii) Dienstvertrag zwischen Agentur oder Live-in mit deutschen Auftraggeber:innen

Einer der uns vorliegenden Beispielsverträge ist als „Vermittlungsvertrag“ konstruiert. In diesem Fall wurde der eigentliche Dienstvertrag zur Betreuung zwischen der polnischen Live-in und dem deutschen Haushalt abgeschlossen. Hierfür gilt im Prinzip dasselbe wie für den Dienstvertrag zwischen Agentur und Live-in, denn auch in diesem Verhältnis ist die Live-in die Dienstleisterin im Sinne des Art. 4 Abs. 1 Buchst. b) Rom I-VO.

Allerdings sind hier zusätzlich die speziellen kollisionsrechtlichen Regelungen zum Verbraucherschutz einschlägig; denn es ist davon auszugehen, dass die betreute Person Verbraucher:in im Sinne des Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO ist. Ein solcher Vertrag unterliegt dem Recht des Staates, in dem der oder die Verbraucher:in ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat, sofern die Unternehmerin (hier: die Live-in-Betreuerin oder die Agentur) ihre berufliche Tätigkeit in dem Staat ausübt, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, oder eine solche Tätigkeit auf irgend einer Weise auf diesen Staat ausrichtet, und der Vertrag in den Bereich dieser Tätigkeit fällt.

Für die Verträge zwischen einer (polnischen) Agentur oder polnischer Betreuungsperson auf der einen Seite und betreuter Person in Deutschland auf der anderen Seite gilt daher in der Regel deutsches Recht. Haben die Parteien eine davon abweichende Rechtswahl getroffen, so stellen die zwingenden Bestimmungen des deutschen Rechts den verbraucherschützenden Mindeststandard zugunsten der betreuten Person dar (kollisionsrechtliches „Günstigkeitsprinzip“ für Verbraucherverträge nach Art. 6 Abs. 1 und 2 Rom I-VO).³⁷ Da es dabei nicht um Arbeitsbedingungen geht, sondern um Standards für die Betreuung/die Leistung der Betreuerin, wird auf diese Rechtsfragen hier nicht weiter eingegangen.

³⁷ Art. 6 Abs. 2 Rom I-VO: Die Parteien können „das auf einen Vertrag, der die Voraussetzungen des Absatzes 1 erfüllt, anzuwendende Recht nach Maßgabe des Artikels 3 wählen. Diese Rechtswahl darf jedoch nicht dazu führen, dass dem Verbraucher der Schutz entzogen wird, der ihm durch diejenigen Bestimmungen gewährt wird, von denen nicht durch Vereinbarung nach dem Recht abgewichen werden kann, das ohne die Rechtswahl aufgrund von Absatz 1 anzuwenden wäre.“

(iii) Arbeitsvertrag: Recht des gewöhnlichen Arbeitsorts als Grundlage

Auch für einen Arbeitsvertrag mit grenzüberschreitendem Bezug gilt zunächst die **Rechtswahlfreiheit**.

Sie wird aber nach Art. 8 Abs. 1 Rom I-VO eingeschränkt durch das **kollisionsrechtliche Günstigkeitsprinzip**: Diejenige Rechtsordnung, die ohne Rechtswahl anwendbar wäre, gibt den Mindeststandard der Arbeitnehmerrechte vor, z.B. im Hinblick auf Bestimmungen zum Kündigungsschutz, zur Arbeitszeit, zum Urlaub, u.ä.³⁸

Art. 8 Abs. 2 regelt also sowohl das anwendbare Recht für den Fall, dass die Parteien eines Arbeitsvertrages keine Rechtswahl getroffen haben, als auch das Recht, das im Fall der Rechtswahl die Mindeststandards für das kollisionsrechtliche Günstigkeitsprinzip vorgibt. Danach unterliegt der Arbeitsvertrag dem Recht des Staates, in dem oder andernfalls von dem aus die Arbeitnehmerin „in Erfüllung des Vertrags **gewöhnlich ihre Arbeit verrichtet**“ (*lex loci laboris*-Grundsatz). Führt eine Arbeitnehmerin ihre Arbeit in mehr als einem Vertragsstaat aus, ist nach dem Ort zu suchen, an dem oder von dem aus die arbeitsvertraglichen Pflichten „hauptsächlich“³⁹ bzw. in dem oder von dem aus „unter Berücksichtigung aller für diese Tätigkeit kennzeichnenden Umstände der größte Teil der Verpflichtungen gegenüber dem Arbeitgeber“⁴⁰ erfüllt werden. Es handelt es sich um den „Ort, an dem der Arbeitnehmer den **tatsächlichen Mittelpunkt seiner beruflichen Tätigkeit** begründet hat“.⁴¹ Reicht selbst diese weite Auslegung des Begriffs "gewöhnlicher Arbeitsort" nicht aus, um das anwendbare Recht zu bestimmen, sieht Art. 8 Abs. 3 vor, dass der Vertrag dem Recht des Staates unterliegt, in dem sich die Niederlassung befindet, die den Arbeitnehmer eingestellt hat.⁴²

Für die Tätigkeit einer Live-in-Betreuerin in einem deutschen Haushalt ergibt sich daraus die Anwendung des deutschen Rechts, wenn ein befristeter Arbeitsvertrag gerade für diesen Einsatz abgeschlossen wurde. Handelt es sich um einen Rahmenarbeitsvertrag, der für eine Vielzahl von Einsätzen formuliert ist, kommt es darauf an, ob die Tätigkeit überwiegend in Deutschland oder in Polen ausgeübt wird.

(iv) Qualifikation als Arbeitsvertrag oder Dienst(leistungs)vertrag

Die Frage, ob die Regeln über Dienstleistungsverträge oder die Regeln über Arbeitsverträge anzuwenden sind, ist eine Vorfrage der Qualifikation. Sie hat insbesondere Auswirkungen darüber, in welchem Ausmaß eine Rechtswahl zulässig ist oder nicht. Die Rom I-VO nimmt

³⁸ Comba 2021, 119; Schlachter, in: ErfK, Rom I-VO, Art. 3, 8, 9, Rn. 19.

³⁹ EuGH 13.7.1993 – C-125/92 (Mulox IBC Ltd v Hendrick Geels), ECLI:EU:C:1993:306, Rn. 20 und 26.

⁴⁰ EuGH 15.3.2011 – C-29/10 (Koelzsch), ECLI:EU:C:2011:151 Rn. 39 ff; EuGH 15.12.2011 – C384/10 (Voogsgeerd), ECLI:EU:C:2011:842 ; ausführlich Schlachter, in: ErfK, Rom I-VO, Art. 3, 8, 9, Rn. 8 ff.

⁴¹ EuGH 9.1.1997 – C-383/95 (Rutten v Cross Medical), ECLI:EU:C:1997:7, Rn. 23.

⁴² Comba 2021, 131; EuGH 15.12.2011 – C384/10 (Voogsgeerd), ECLI:EU:C:2011:842, Rn. 46.

hierfür eine eigene Abgrenzung zwischen Arbeitsverträgen und zivilrechtlichen Dienst(leistungs)verträgen vor („autonomer Arbeitnehmerbegriff“⁴³). Der Begriff „individueller Arbeitsvertrag“ (Art. 8 Rom I-VO) muss also eigenständig und nicht auf der Grundlage der nationalen Vorschriften ausgelegt werden.⁴⁴ Handelt es sich also um einen Arbeitsvertrag im Sinne des europäischen Kollisionsrechts (und nicht, wie evtl. im Vertrag angegeben, um einen zivilrechtlichen Dienstvertrag), dann wäre die Rechtswahl zwar zulässig, aber nur im eingeschränkten Rahmen des kollisionsrechtlichen Günstigkeitsprinzips; ergänzend zum polnischen Recht wäre die deutschen Mindeststandards anzuwenden.

b) Anwendbares Arbeitsrecht im Fall der Entsendung

(i) Allgemeine Grundsätze und Begriff der Entsendung

Nach Art. 8 Abs. 2 Satz 2 Rom I-VO ändert sich der gewöhnliche Arbeitsort (und somit das auf den Arbeitsvertrag anwendbare Recht) nicht, wenn die Arbeitnehmerin „**vorübergehend**“ in einem anderen Land beschäftigt ist. In Erwägungsgrund Nr. 36 der Rom I-VO heißt es dazu: „Die in einem anderen Land ausgeübte Arbeit ist als vorübergehend anzusehen, wenn der Arbeitnehmer nach Erfüllung seiner Aufgaben im Ausland voraussichtlich seine Arbeit im Herkunftsland wieder aufnehmen wird“. Dies ist die Situation der Entsendung; ist diese vorübergehend, ändert sich also der gewöhnliche Arbeitsort durch die Entsendung nicht, und es ist grundsätzlich das **Recht des Herkunftsstaats** anzuwenden. Ist jedoch von vornherein geplant, dass die berufliche Tätigkeit überwiegend im Ausland (hier: in Deutschland) ausgeübt werden soll, dann ist von vornherein das **Recht des Aufnahmestaats** anzuwenden.

Eine Entsendung setzt also zweierlei voraus: Erstens muss die Tätigkeit „gewöhnlich“ im Herkunftsstaat ausgeübt werden; zweitens muss die Arbeitnehmer:in „vorübergehend“ im Entsendestaat beschäftigt sein.⁴⁵ Dies kann in der Praxis erhebliche Rechtsunsicherheit mit sich bringen.⁴⁶ Werden Beschäftigungsverhältnisse vor diesem Hintergrund zu Unrecht als „Entsendung“ bezeichnet, so spricht man von „**Scheinentsendung**“. Art. 4 der Richtlinie 2014/67/EU zur Durchsetzung der Entsende-Richtlinie enthält Kriterien, die helfen sollen, solche Scheinentsendungen zu identifizieren:⁴⁷

- Eine echte Entsendung setzt voraus, dass **das Unternehmen im Herkunftsstaat „tatsächlich wesentliche Tätigkeiten [ausübt],** die über rein interne Management- und/oder Verwaltungstätigkeiten hinausgehen“.

⁴³ Zum Arbeitnehmerbegriff im EU Recht siehe u.a.: Kountouris, Industrial Law Journal 2018, 192, 192; Giubboni, ELLJ 2018, 223, 1; Ludera-Ruszel, SPP 2020, 167, 167.

⁴⁴ Ferrari, 2. Aufl. 2020, 217.

⁴⁵ Krebber, in: EuArbRK, RL 96/71/EG Art. 2, Rn. 6 ff.

⁴⁶ Arnholtz/Stampe Lovelady 2022.

⁴⁷ Siehe auch Krebber, in: EuArbRK, RL 96/71/EG Art. 2, Rn. 13.

- Bei einer echten Entsendung kehrt die entsandte Arbeitnehmerin nach Erledigung der Arbeit oder nach Erbringung der Dienstleistungen, für die sie entsandt wurde, **wieder in den Mitgliedstaat zurück, aus dem sie entsandt wurde**, oder dies wird von ihr erwartet. Relevant für die Einordnung ist auch, ob Reise, Verpflegung und Unterbringung von dem entsendenden Arbeitgeber bereitgestellt oder die Kosten von ihm erstattet werden (Art. 4 Abs. 3).

„Bei diesen Umständen handelt es sich um Anhaltspunkte für die vorzunehmende Gesamtbeurteilung, weswegen sie nicht isoliert betrachtet werden dürfen.“ (Art. 4 Abs. 1 Satz 3 der Richtlinie 2014/67/EU).

(ii) Anwendbares Arbeitsrecht

Aber selbst wenn das Recht des Herkunftsstaats (hier: Polen) anzuwenden ist, wird dieses infolge des Entsenderechts durch das Recht des Aufnahmestaats (hier: Deutschland) überlagert. Art. 3 Abs. 1 der Entsende-Richtlinie 96/71/EG, in Deutschland in § 2 Abs. 1 Arbeitnehmerentsendegesetz (AEntG) umgesetzt, legt diejenigen **zwingenden Mindestvorschriften** (i.S.d. Art. 9 Rom I-VO) fest, die unabhängig von dem auf das jeweilige Arbeitsverhältnis anwendbaren Recht eingehalten werden müssen: Höchstarbeitszeiten und Mindestruhezeiten; bezahlter Mindestjahresurlaub; Entlohnung einschließlich der Überstundensätze (dies gilt nicht für die zusätzlichen betrieblichen Altersversorgungssysteme); Sicherheit, Gesundheitsschutz und Hygiene am Arbeitsplatz, einschließlich der Schutzmaßnahmen für Schwangere und Wöchnerinnen, Kinder und Jugendliche; Gleichbehandlung von Männern und Frauen sowie andere Nichtdiskriminierungsbestimmungen; Bedingungen für die Unterkünfte von Arbeitnehmer:innen, wenn sie von der Arbeitgeberin für Arbeitnehmer:innen, die von ihrem regelmäßigen Arbeitsplatz entfernt sind, zur Verfügung gestellt werden; Zulagen oder Kostenerstattungen zur Deckung von Reise, Unterbringungs- und Verpflegungskosten für Arbeitnehmer, die aus beruflichen Gründen nicht zu Hause wohnen.⁴⁸

Vom Arbeitsrecht des Aufnahmestaats (hier Deutschland) gelten danach also nur Mindestbestimmungen, wenn sie **entweder gesetzlich oder durch allgemeinverbindlichen Mindestlohtarifvertrag in der jeweiligen Branche festgelegt** sind. Im Übrigen bleibt zunächst das Recht des Herkunftslandes (hier Polen) maßgeblich.

Nach **Ablauf von zwölf Monaten Beschäftigungsdauer in Deutschland** ändert sich die Rechtslage. Denn dann finden nicht mehr nur die Mindestarbeitsbedingungen, sondern grundsätzlich alle arbeitsrechtlichen Vorschriften des deutschen Rechts Anwendung (§ 13b Abs. 1

⁴⁸ Katalog nach Inkrafttreten der Neuregelung des AEntG mit Wirkung vom 30.7.2020; vgl. Laber/Stanka, ArbRB (Arbeitsrechtsberater) 2020, 247, 247, 249.

AEntG).⁴⁹ Die Frist kann durch Mitteilung des Arbeitgebers um weitere sechs Monate auf 18 Monate verlängert werden (§ 13b Abs. 2 AEntG).

Dabei ist zu beachten, dass nicht nur unabhängig von Unterbrechungen alle Zeiten einer Arbeitnehmerin im Rahmen desselben Vertrags zusammengerechnet werden (§ 13c Abs. 1 und 4 AEntG), sondern dass bei einer „**Ablösung**“ von **Arbeitnehmer:innen** die Entsendezeiten von ersetzter und ersetzender Arbeitnehmerin addiert werden (§ 13c Abs. 7 AEntG).⁵⁰ Zusammengerechnet wird in diesem Fall, wenn die Arbeitnehmer:innen „die gleiche Tätigkeit am gleichen Ort“ ausführen. Dies ist anzunehmen, wenn die Aufgaben auf derselben Rechtsgrundlage (insbesondere im Rahmen derselben Dienst- oder Werkverträge) ausgeführt werden (§ 13c Abs. 7 Satz 2 Nr. 1 AEntG).⁵¹

(iii) Sonderfälle, insbesondere Arbeitnehmerüberlassung

Das gleiche gilt, wenn das Entsendemodell als Vierecksbeziehung ausgestaltet ist, z.B. wenn eine deutsche Vermittlungsagentur zwischengeschaltet wird, um den Kontakt zwischen der polnischen Agentur und dem Privathaushalt herzustellen. Dann werden sowohl ein Vertrag über die Vermittlung zwischen deutschem Privathaushalt und deutscher Vermittlungsagentur als auch ein Vertrag zwischen der deutschen Vermittlungsagentur und der polnischen Agentur über Rechte und Pflichten der Kooperation im Innenverhältnis geschlossen.

Das Entsenderecht gilt auch, wenn die vorübergehende grenzüberschreitende Tätigkeit in Form der **Arbeitnehmerüberlassung** erfolgt. Grundlage der Bestimmung des anwendbaren Rechts sind hier ebenfalls Art. 3 Abs. 1 und Art. 8 Rom I-VO. Nach Art. 1 Abs. 3c), Art. 3 Abs. 1 Entsende-Richtlinie 96/71/EG sind aber die zwingenden Mindestbedingungen des Leiharbeits-/Arbeitnehmerüberlassungsrechts des Aufnahmestaats zu beachten.⁵² In Deutschland ist dies in § 2 Abs. 2 AEntG umgesetzt; danach gelten die deutschen Mindestbestimmungen auch für ausländische Arbeitgeber:innen, die Arbeitnehmer:innen an Entleiher:innen zur Beschäftigung in Deutschland überlassen.⁵³ Zu den zwingend zu beachtenden Vorschriften gehören bei einer Tätigkeit in Deutschland insbesondere die festgesetzten Mindestarbeitsbedingungen (§ 8 Abs. 3 AEntG).

⁴⁹ Zur Problematik (kein Statutenwechsel angeordnet, d.h. nach wie vor bleibt parallel das polnische Recht anwendbar, falls vereinbart) siehe auch Franzen, EuZA 2021, 3, 3, 13.

⁵⁰ Damit wird Art. 3 Abs. 1a Uabs. 4 und 5 der Entsende-Richtlinie 96/71/EG umgesetzt, der durch die Änderungsrichtlinie (EU) 2018/957 eingefügt wurde.

⁵¹ Franzen, in: ErfK, AEntG § 13c, Rn. 6: arbeitsplatzbezogene Betrachtungsweise.

⁵² Krebber, in: EuArbRK, RL 96/71/EG Art. 1, Rn. 35. (Rn. 33: Ob es sich beim Dienstleistungsempfänger um ein Unternehmen oder um eine natürliche Person/einen privaten Haushalt handelt, spielt dabei keine Rolle.)

⁵³ Brors, ZESAR 2018, 265, 270; Deinert 1996, 339, 343.

Darüber hinaus gilt auch für ausländische Entleihunternehmen die Erlaubnispflicht nach § 1 Abs. 1 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG). Nach § 3 Abs. 4 AÜG können auch Staatsangehörige/Unternehmen aus anderen EU-Mitgliedstaaten unter den gleichen Voraussetzungen wie deutsche Staatsangehörige eine Erlaubnis erhalten. Allerdings entschied das BAG im April 2022,⁵⁴ dass ein Verstoß gegen die Pflicht, eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis einzuholen, bei ausländischen Verleihunternehmen lediglich als Ordnungswidrigkeit geahndet wird (§ 16 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 AÜG). Die vertragsrechtliche Folge der §§ 9 Abs. 1 Nr. 1, 10 Abs. 1 AÜG, die zur Folge hätte, dass bei fehlender Erlaubnis automatisch ein Arbeitsverhältnis mit der Entleiherin entsteht, sei keine „Bedingung für die Überlassung von Arbeitskräften“, die nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 AEntG auch auf ausländische Arbeitnehmerüberlassungsunternehmen anwendbar sei. Hat also der Verleiher keine Erlaubnis in Deutschland, bleibt der Arbeitsvertrag mit dem Verleiher dennoch wirksam.

(iv) Ergebnis

Handelt es sich um eine Entsendung, gelten also trotz der grundsätzlichen Anwendung polnischen Rechts die zwingenden Mindestbestimmungen des deutschen Rechts, einschließlich der Erlaubnispflicht für die Arbeitnehmerüberlassung.

Das Vorliegen einer Entsendung setzt allerdings voraus, dass ein gewöhnlicher Arbeitsort im Herkunftsstaat vorliegt, und die Entsendung demzufolge nur vorübergehend ist.⁵⁵ Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, so ist von vornherein ausschließlich deutsches Recht anzuwenden (bzw. im Fall der Wahl polnischen Rechts: das deutsche Recht, soweit es günstiger für die Arbeitnehmer:innen ist). Allerdings sieht Art. 5 Abs. 4 der Entsende-Richtlinie 96/71/EG vor, dass eine Arbeitnehmerin sich auch dann auf die Rechte aus dem Entsenderecht berufen kann, wenn die Arbeitgeberin fälschlicherweise den Eindruck erweckt hat, es handele sich um eine Entsendung. Für die von solchen Fehlern oder Täuschungen betroffenen Arbeitnehmer:innen dürfen keine ungünstigeren Bedingungen gelten als für entsandte Arbeitnehmer:innen (Art. 5 Abs. 5 Entsende-RL 96/71).

c) Die Dienst-/Geschäftsreise

Im polnischen Recht wird davon ausgegangen, dass das Entsenderecht auf Dienstreisen nicht anwendbar sei, da diese nicht zu einem Wechsel des Arbeitsorts führten.⁵⁶ Es muss sich dann um atypische Arbeitsaufgaben handeln, die eine gewisse Abweichung von der üblichen Arbeitsleistung darstellen und in der Regel außerordentlicher, kurzfristiger und gelegentlicher

⁵⁴ BAG 26.4.2022 – 9 AZR 228/21 (auf Grundlage der Pressemitteilung; die Urteilsbegründung als solche liegt noch nicht vor). Anders noch LAG Baden-Württemberg 9.4.2021 – 12 Sa 15/20, BB 2022, 197 ff; vgl. Wank/Roloff, in: ErfK, AÜG § 1, Rn. 8; Habel/Tschenker 2022.

⁵⁵ Krebber, in: EuArbRK, RL 96/71/EG Art. 2, Rn. 10; 13.

⁵⁶ Oberstes Gericht 14.11.2013 – II UK 204/13, 13.1.2015 – II UK 205/13 (damals ging es noch um ein E-101-Formular).

Natur sind. In der polnischen Rechtspraxis ist die Abgrenzung zwischen Entsendung und einer Dienstreise umstritten.⁵⁷

Nach der Rechtsprechung des polnischen Obersten Gerichtshofs schließt jedenfalls die Ausstellung von A1-Formularen die Anerkennung aus, dass sich die betreffende Person in den darin angegebenen Zeiträumen auf einer Geschäftsreise befand.⁵⁸ Diese Entscheidung betraf allerdings das Sozialversicherungsrecht (siehe unten II.2.c)). In der polnischen Rechtswissenschaft wird insofern die Auffassung vertreten, dass die A1-Bescheinigung auch bei Geschäftsreisen beantragt werden könne, da hierfür nach der Verordnung zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit VO 883/2004 andere Voraussetzung gelten als nach der Richtlinie über die Entsendung von Arbeitnehmern RL/96/71, die die arbeitsrechtlichen Bedingungen regelt.⁵⁹

Allerdings gelten die polnischen Regelungen nur für Entsendungen nach Polen; für die hier maßgebliche Entsendung nach Deutschland gilt deutsches Entsenderecht. Dieses sieht in § 24 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 AEntG ebenfalls eine Ausnahme für Geschäftsreisen vor, die allerdings klar begrenzt ist. Danach sind die deutschen Mindestarbeitsbedingungen nicht anzuwenden, wenn Arbeitnehmer:innen für ihren Arbeitgeber Besprechungen oder Verhandlungen im Inland führen, Vertragsangebote erstellen oder Verträge schließen, und in diesem Zusammenhang maximal für einen ununterbrochenen Zeitraum von 14 Tagen bzw. 30 Tagen innerhalb eines Zeitraums von zwölf Monaten in Deutschland tätig sind.⁶⁰ Die tatsächliche Erbringung von Dienstleistungen ist hiervon nie erfasst; damit liegen die Voraussetzungen für Ausnahmen vom Entsenderecht in den uns vorliegenden Gestaltungen nicht vor.

d) Internationale Zuständigkeit der Gerichte

(i) Grundsätze

Im Fall zivilrechtlicher Verträge sind nach Art. 4 Abs. 1 der Brüssel Ia-VO (VO (EU) 1215/2012) die Gerichte am Ort des Wohnsitzes des/der Beklagten zuständig, alternativ (Art. 7 Abs. 1) auch die Gerichte am Ort, an dem der Vertrag zu erfüllen war (dies wird in den Fällen von Live-in-care in der Regel Deutschland sein). Art. 25 Abs. 1 Brüssel Ia-VO erlaubt allerdings auch Vereinbarungen über den Gerichtsstand.

Im Fall von Arbeitsverträgen gelten abweichend Art. 20-23 Brüssel Ia-VO. Auch hiernach kann ein Arbeitgeber nicht nur dort verklagt werden, wo er seinen (Wohn-)Sitz hat, sondern auch am gewöhnlichen Arbeitsort der Arbeitnehmerin (hier: Deutschland). Von diesen Regelungen

⁵⁷ Oberstes Gericht 19.11.2008 – II PZP 11/08; Zachariasiewicz, in: Pazdan (Hrsg.) 2015, 498, 524.

⁵⁸ Otto, in: Rasnača/Bernaciak (Hrsg.) 2020, 181, 191 f.

⁵⁹ Szywniewski, Monitor Prawa Pracy 2019, 6, 11.

⁶⁰ Die Norm orientiert sich an aufenthaltsrechtlichen Vorschriften, siehe Uznanski, in: § 16 Nr. 2 BeschF., § 16 Nr. 2, Rn. 539.

kann nach Art. 23 zuungunsten der Arbeitnehmer:innen jedoch solange nicht abgewichen werden, wie noch keine Streitigkeit entstanden ist.

Für Entsendefälle sieht § 15 AEntG vor, dass entsandte Arbeitnehmer:innen ihre Rechte aus dem AEntG auch vor einem deutschen Arbeitsgericht einklagen können.

(ii) Anwendung auf Live-in-Verträge

Fast alle der vorliegenden zivilrechtlichen Dienstverträgen machen von der Möglichkeit der Gerichtsstandsvereinbarung Gebrauch. Sie geben dann als Gerichtsstand für Streitigkeiten das Gericht am Ort an, an dem sich der Sitz des Auftraggebers befindet. Zum Teil wird dies abstrakt formuliert; in wenigen Fällen wird konkret die Stadt genannt, in der die Agentur ihren Sitz hat. Nur ein Vertrag (der davon ausgeht, dass die Pflegekraft eine eigene unternehmerische Tätigkeit ausübt), bestimmt das Gericht des Arbeitsortes, d.h. der Stadt, wo die betreute Person wohnt, als zuständig.

Eine Live-in-Betreuerin kann also auch vor deutschen Gerichten gegen Auftrag- oder Arbeitgeber:in klagen. Anders ist dies nur, wenn es sich um einen zivilrechtlichen Vertrag handelt, in dem eine abweichende Vereinbarung getroffen wurde – vorausgesetzt, es handelt sich tatsächlich um einen zivilrechtlichen Vertrag, also um eine selbstständige Tätigkeit (siehe III.3). In einem Arbeitsvertrag wäre die Gerichtsstandsvereinbarung hingegen unwirksam.

2. Das anwendbare Sozial(versicherungs)recht

a) Rechtliche Grundlagen: Art. 11 und 13 VO 883/2004

Die Regeln für die Bestimmung des Sozialversicherungsrechts, das in grenzüberschreitenden Situationen anwendbar ist, sind in der Verordnung (EG) Nr. 883/2004⁶¹ und ihrer Durchführungsverordnung (EG) Nr. 987/2009 festgelegt. Diese gelten sowohl für Arbeitnehmer:innen als auch für die selbstständige Erwerbstätigkeit.

Dabei gilt nach Art. 11 Abs. 3 a) VO (EG) Nr. 883/2004 grundsätzlich das **lex locus laboris Prinzip**; wer also in einem Mitgliedstaat eine Beschäftigung oder selbstständige Erwerbstätigkeit ausübt, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats.

Art. 13 der VO 883/2004 regelt, welches Sozialversicherungssystem anzuwenden ist, wenn **Tätigkeiten in mehreren EU-Mitgliedstaaten** ausgeübt werden (Abs. 1 für Arbeitnehmer:innen; Abs. 2 für Selbstständige). Leitprinzip ist hier das der Eingliederung in eine Rechtsordnung.⁶² Wenn eine Person „ständig abwechselnd“ mehr als geringfügige Tätigkeiten

⁶¹ Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit.

⁶² Becker, ZIAS 2021, 467.

in zwei oder mehr Mitgliedstaaten ausübt,⁶³ unterliegt sie den Rechtsvorschriften ihres Wohnmitgliedstaats. Anders ist das nur, wenn festgestellt werden kann, dass in einem anderen Staat als dem Wohnsitzstaat ein „wesentlicher Teil“ der Tätigkeit ausgeübt wird. In diesem Fall sind bei Arbeitnehmer:innen die Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats maßgebend, in dem sich der Sitz oder die Niederlassung des Arbeitgebers befindet (Art. 13 Abs. 1 b)i)). Bei Selbstständigen gelten in einem solchen Fall die Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem sich der Mittelpunkt der Tätigkeit des/der Selbstständigen befindet (Art. 13 Abs. 2 b)).

Für die Frage, ob ein „wesentlicher Teil“ der Tätigkeit außerhalb des Herkunftsstaats ausgeübt wird, gibt Art. 14 Abs. 8 VO (EG) 987/2009 vor, dass im Fall eines Arbeitsvertrags auf die Dauer der Arbeitszeit und/oder die Höhe des Arbeitsentgelts abgestellt wird; im Falle selbständiger Erwerbstätigkeit soll es auf den Umsatz, die Arbeitszeit, die Anzahl der erbrachten Dienstleistungen und/oder das Einkommen ankommen. Als Grenze gilt ein Anteil von weniger als 25 Prozent der Tätigkeit.⁶⁴

Ergänzend ist aber zu beachten, dass „marginale Tätigkeiten“ bei Art. 13 VO 883/2004 von vornherein ausgeklammert werden.⁶⁵ Findet die Tätigkeit also weitgehend in einem einzigen Mitgliedstaat statt, weil die Tätigkeiten im anderen Mitgliedstaat weniger als 5 Prozent der Gesamtarbeitszeit oder –vergütung ausmachen, gilt nicht Art. 13, sondern Art. 11 VO 883/2004. „Auch die Eigenart der Tätigkeiten, beispielsweise Tätigkeiten, die unterstützenden Charakter haben, die nicht eigenständig ausgeübt werden, die zuhause oder im Dienste der Haupttätigkeit ausgeübt werden, können als Indikator dafür gelten, dass es sich dabei um unbedeutende Tätigkeiten handelt.“⁶⁶

b) Die Entsendung (Art. 12 VO 883/2004/EG)

Für Entsendungen, d.h. die vorübergehende Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat, ist die Sonderregelung in Art. 12 der VO 883/2004 anzuwenden. Die Abgrenzung zu Art. 13 ist nicht ganz einfach; im Kern geht es bei der Entsendung um Arbeitsverhältnisse, bei denen die auswärtige Tätigkeit vorübergehend, aber längerfristig in einem konkreten anderen Staat erfolgt bzw. erfolgen soll.⁶⁷ Auch eine Person, die eingestellt wird, um in einen anderen

⁶³ Siehe Art. 14(5b) der Verordnung (EG) 987/2009.

⁶⁴ Siehe auch Kohte/Rabe-Rosendahl, ZESAR 2021, 371, 373.

⁶⁵ Schreiber, in: KassKomm, VO (EG) 883/2004 Art. 13, Rn. 6-8. Vgl. KOM(2010) 794 endg.: „geringfügige Tätigkeiten und Nebentätigkeiten, die hinsichtlich ihrer Arbeitszeitdauer und Vergütung unbedeutend sind“; EuGH 13.7.2017 - C-89/16 (Radosław Szoja), Rn. 39: setzt dies mit „unbedeutend“ gleich.

⁶⁶ Verwaltungskommission für die Koordinierung der Systeme Dezember 2013, 30

⁶⁷ Zur Abgrenzung Niksova, AuR 2022, 33-36; siehe auch EuGH 20.5.2021 – C-879/19 (Format II), ECLI:EU:C:2021:409; vgl. Art. 14 Abs. 7 VO 987/2009 zur Abgrenzung „ist die Dauer der Tätigkeit in einem oder weiteren Mitgliedstaaten (ob dauerhaft, kurzfristiger oder vorübergehender Art) entscheidend.“

Mitgliedstaat entsandt zu werden, ist von dieser Regelung umfasst, wenn sie unmittelbar vor Beginn ihrer Beschäftigung bereits den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats unterlag, in dem das entsendende Unternehmen seinen Sitz hat (Art. 14 Abs. 1 der Durchführungsverordnung VO (EG) Nr. 987/2009).

Eine entsandte Arbeitnehmerin unterliegt nach Art. 12 VO 883/2004 weiterhin den Rechtsvorschriften des Herkunftsstaats – **falls der Arbeitgeber selbst gewöhnlich dort [im Herkunftsstaat] tätig ist**. Hier wird nun also nicht nur auf den Tätigkeitsort der Arbeitnehmerin, sondern zusätzlich auf den Tätigkeitsort der Arbeitgeberin abgestellt.⁶⁸ Konkretisiert wird diese Voraussetzung in Art. 14 Abs. 2 der Durchführungsverordnung VO 987/2009. Danach ist ein Arbeitgeber nur dann gewöhnlich im Herkunftsstaat tätig, wenn er dort gewöhnlich andere nennenswerte Tätigkeiten als reine interne Verwaltungstätigkeiten ausübt. Für die Auslegung kann auch der (nicht bindende) Beschluss Nr. A2 der Verwaltungskommission für die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit vom 12. Juni 2009⁶⁹ herangezogen werden, der die folgenden Kriterien nennt:

- Ort, an dem das Unternehmen seinen Sitz und seine Verwaltung hat;
- Zahl der Verwaltungsangestellten, die in den jeweiligen Mitgliedstaaten arbeiten;
- Ort, an dem die entsandten Arbeitnehmer:innen angeworben werden;
- Ort, an dem die meisten Verträge mit Kund:innen geschlossen werden;
- das Recht, das auf die Verträge mit Arbeitnehmer:innen einerseits und mit Kund:innen andererseits anwendbar ist;
- Umsatz während eines angemessenen typischen Zeitraums in jedem der betroffenen Mitgliedstaaten;
- Anzahl der im Entsendestaat ausgeführten Aufträge.

Diese Liste ist nicht abschließend. Die Kriterien sind an den Einzelfall anzupassen und insbesondere die Art der Tätigkeiten berücksichtigen. Es wird vorgeschlagen, sich bei der Bemessung eines hinreichenden Ausmaßes der Tätigkeit auch hier an einem Anteil von 25 Prozent zu orientieren.⁷⁰

Im Fall von Leiharbeitsunternehmen hat der EuGH kürzlich festgestellt, dass diese nur dann eine "gewöhnliche Tätigkeit" im Herkunftsstaat ausüben, wenn ein nennenswerter Teil der

⁶⁸ Genauer zu den Hintergründen bzw. der vorangegangenen Rechtsprechung Becker, ZIAS 2021, 467, 473; Niksova, AuR 2022, 33-36.

⁶⁹ ABl. C-106/5; die hier genannten Kriterien gehen auf EuGH 10.2.2000 – C-202/97 (FTS), ECLI:EU:C:2000:75, Rn. 42 f. zurück.

⁷⁰ Niksova, AuR 2022, 33-36.

Überlassungstätigkeit für Unternehmen erfolgt, die in diesem Mitgliedstaat niedergelassen und tätig sind.⁷¹

Handelt es sich um Arbeitsverträge, so bleibt das Recht des Herkunftsstaates darüber hinaus nur bestehen, wenn die voraussichtliche Dauer der Entsendung **24 Monate nicht überschreitet** und **nicht eine andere Person abgelöst wird**. Das Ablöseverbot soll Versuche verhindern, durch eine turnusmäßige Auswechslung von Arbeitnehmer:innen die Anwendung des Sozialversicherungsrechts des Aufnahmemitgliedstaats zu umgehen. Das Ablöseverbot ist nach der Rechtsprechung des EuGH arbeitsplatzbezogen zu verstehen; es solle vermieden werden, dass die Vorteile des Entsenderechts auch für Arbeitnehmer:innen gelten, „die nacheinander zur Ausführung derselben Arbeiten entsandt werden“.⁷² Nach den Hinweisen der Verwaltungskommission in ihrem Praktischen Leitfaden zum anwendbaren (Sozialversicherungs-)Recht ist aber in Ausnahmefällen eine Ablösung möglich, z.B. „wenn ein Arbeitnehmer, der für 20 Monate entsandt wurde, nach zehn Monaten schwer erkrankt und ersetzt werden muss“.⁷³

Im Fall von **Selbstständigen** gibt es kein Ablösungsverbot. Die Anwendbarkeit der Vorschriften des Herkunftsstaats bleibt hier also schon dann bestehen, wenn „die voraussichtliche Dauer dieser Tätigkeit vierundzwanzig Monate nicht überschreitet“ (Art. 12 Abs. 2).

Maßgeblich für die Einordnung eines Vertragsverhältnisses ist auch hier die tatsächliche Situation, nicht nur der Wortlaut der Vertragsdokumente.⁷⁴

c) Die A1-Bescheinigung

Der jeweils zuständige Sozialversicherungsträger des Herkunftsstaates hat festzustellen, ob die Voraussetzungen des Art. 12 Abs. 1 der VO (EG) Nr. 883/2004 vorliegen. Dies geschieht in der Praxis mittels einer A1-Bescheinigung.⁷⁵ Auch für „Geschäftsreisen“ kann eine A1-Bescheinigung beantragt und ausgestellt werden (siehe oben II.1.c)). Das gleiche gilt im Zusammenhang mit Art. 13 VO 883/2004 (Art. 19 Abs. 2 VO (EG) Nr. 987/2009).

Die A1-Bescheinigung stellt ausschließlich die Anwendung des Sozialversicherungsrechts im Herkunftsstaat fest. Kommt die Behörde zum Schluss, dass dieses nicht anwendbar ist, kann sie nicht umgekehrt die Sozialversicherungspflicht in einem anderen Mitgliedstaat

⁷¹ EuGH 3.6.2021 – C-784/19 (Team Power Europe); zust. Niksova, AuR 2022, 33-36.

⁷² EuGH 6.9.2018 – C-527/16, Alpenrind II, Rn. 86 ff.

⁷³ Verwaltungskommission für die Koordinierung der Systeme Dezember 2013, 18; siehe Thüsing 2019, 71.

⁷⁴ EuGH 4.10.2012 C-115/11 (Format I), ECLI:EU:C:2012:606, Rn. 46.

⁷⁵ Liegt keine A1-Bescheinigung vor, ist dies ein Indiz dafür, dass die Situation nicht als Entsendung einzustufen ist (Klein, ZESAR 2015, 272, 274).

feststellen.⁷⁶ Die Bescheinigung entfaltet aber sozialrechtliche Bindungswirkung für den Aufnahmestaat.⁷⁷ Ein deutscher Sozialversicherungsträger kann also die Situation nicht selbstständig anders einschätzen als der polnische Sozialversicherungsträger ZUS, wenn dieser eine A1-Bescheinigung ausgestellt hat – und umgekehrt.

Allerdings kann die Behörde, welche die A1-Bescheinigung ausgestellt hat, sie widerrufen bzw. für ungültig erklären (Art. 5 DurchführungsVO 987/2009). Dies setzt voraus, dass ein Konsultationsverfahren mit dem entsprechenden Versicherungsträger im Entsendeland (hier: Deutschland) durchgeführt wird, um sicherzustellen, dass die versicherte Person am Ende nicht ohne jeden Sozialversicherungsschutz dasteht.⁷⁸ Denn bei einem Widerruf bzw. einer Ungültigerklärung der A1-Bescheinigung z.B. durch den polnischen Sozialversicherungsträger *Zakład Ubezpieczeń Społecznych* (ZUS) wird die betreffende Person rückwirkend aus dem polnischen Sozialversicherungssystem ausgeschlossen.

Im Fall von Arbeitsverhältnissen muss der versichernde Arbeitgeber dann mit der ZUS abrechnen, d.h. diese muss die Beiträge zurückzahlen.⁷⁹ Der Arbeitgeber muss stattdessen die Beiträge zur Sozialversicherung im Entsendeland (z.B. Deutschland) entrichten; sind diese höher als die bereits in Polen gezahlten, stehen Nachzahlungen an. Beschäftigte auf Grundlage zivilrechtlicher Dienstverträge, die allein für ihre Beiträge verantwortlich sind, müssen auch selbst Beiträge ins deutsche Sozialversicherungssystem nachzahlen. Dies kann auch bei Anrechnung der in Polen bezahlten Beiträge hohe Nachzahlungen zur Folge haben. Bei zivilrechtlichen Dienstverträgen, die nicht im Rahmen einer unternehmerischen Tätigkeit in Polen abgeschlossen wurden (siehe unten III.2.e)), gilt nach polnischem Sozialversicherungsrecht zunächst dasselbe wie bei Arbeitsverträgen; auch in diesen Fällen ist die Auftraggeberin (d.h. die Agentur) beitragspflichtig. Schwierige Fragen stellen sich allerdings, wenn die Beschäftigte in diesem Fall in Deutschland als „selbstständig“ Tätige behandelt wird, mit der Folge voller Beitragspflicht in Deutschland.

Die A1-Bescheinigung hat keine arbeitsrechtliche Bindungswirkung.⁸⁰ Auch bei Vorliegen einer A1-Bescheinigung kann also ein Arbeitsgericht jederzeit die oben II.1.a) und b) genannten Grundsätze anwenden.

⁷⁶ Vgl. Apellationsgericht Gdansk 16.7.2017 – III AUa 1786/16.

⁷⁷ Zu den Grenzen, z.B. bei Betrug vgl. Verbundene Rechtssachen EuGH 2.4.2020 – C-370/17 (CRPNPAC), ECLI:EU:C:2020:260 und EuGH – C-37/18 (Vueling Airlines Sa); EuGH 6.9.2018 – C-527/16, (Alpenrind II), ECLI:EU:C:2018:669; so bereits zur Vorgängerbescheinigung E 101, EuGH 26.1.2006 – C-2/05 (Herbosch Kiere), ECLI:EU:C:2006:69; vgl. Dríguez, *Common Market Law Review* 2021, 929.

⁷⁸ III U 61/19 und III UK 298/19, Oberster Gerichtshof, 10.9.2020; Jadżyn 2020.

⁷⁹ Śliwińska/Kuczkowski, *Dziennik Gazeta Prawna*.

⁸⁰ Zuletzt klargestellt durch EuGH 14.5.2020 – C-17/19 (Bouygues travaux publics u.a.), ECLI:EU:C:2020:379 (noch zur Bescheinigung E 101); siehe schon EuGH 4.10.1991 – C-196/90 (De

3. Anwendbares Recht: Analyse von Verträgen und typischen Konstellationen

Im Entsendemodell ist die Live-in in ihrem Herkunftsland bei einer Agentur beschäftigt und wird nach Deutschland entsandt, um ihre Vertragsleistung in einem privaten Haushalt in Deutschland zu erbringen. Diesem Modell folgen alle der uns vorliegenden Verträge bis auf einen Vertrag, der als Vermittlungsvertrag bezeichnet ist.

Im Folgenden wird anhand der vorliegenden Beispiele darauf eingegangen, wie das anwendbare Recht in Live-in-care zu bestimmen ist. Dabei wird in diesem Abschnitt zunächst davon ausgegangen, dass die Beschäftigung rechtlich zutreffend arbeitsvertraglich bzw. als zivilrechtlicher Dienstvertrag gestaltet wurde. Die Einordnung selbst und die Folgen einer möglichen Scheinselbstständigkeit werden im nächsten Abschnitt (unter III.2 und 3) behandelt.

a) Arbeitsverträge

(i) Deutsches Recht anwendbar

Die uns vorliegenden Arbeitsverträge sehen (soweit überhaupt geregelt) die **Anwendung des deutschen Rechts** vor. Zum Teil beziehen die Verträge sich darüber hinaus auch konkret auf die Anwendung des deutschen (Arbeitszeit-)Rechts.

Dies entspricht auch der Rechtslage in den einschlägigen Fallgestaltungen von Live-in-care, in denen die eigentliche Arbeitsleistung in Deutschland erbracht wird. Der „gewöhnliche Arbeitsort“ im Sinne des Art. 8 Abs. 2 Rom I-VO liegt in Deutschland. Eine („vorübergehende“) Entsendung (mit der Folge, dass polnisches Recht angewandt, aber durch deutsche Mindeststandards überlagert wird) liegt nicht vor, wenn eine Arbeitnehmerin ausschließlich zur Tätigkeit in einem anderen Land beschäftigt wird. Entsprechend hat die polnische staatliche Arbeitsaufsichtsbehörde (*Państwowej Inspekcji Pracy*) in einem Schreiben vom 27.4.2021 festgestellt, dass eine Entsendung grundsätzlich nicht vorliege, wenn die Erbringung der Arbeit außerhalb Polens nicht von vorübergehender Natur ist, sondern den einzigen Zweck der Beschäftigung darstellt.⁸¹

(ii) Ersatz einer anderen Person (Ablöseverbot)

Eine andere Frage ist es, unter welchen Voraussetzungen eine Entsendung deshalb ausgeschlossen ist, weil die entsandte Person eine andere entsandte Person ersetzen soll. Dieses sog. „Ablöseverbot“ gilt nur für Arbeitsverhältnisse (siehe oben II.1.b)(i) für das Arbeitsrecht und b)II.2. für das Sozialversicherungsrecht).

Paep), ECLI:EU:C:1991:381, Rn. 13; vgl. Deckert-Regui/Liessneck 2020, 35 ff sowie Habel/Tschenker 2022).

⁸¹ Główny Inspektorat Pracy, <https://www.za.org.pl/skandaliczna-odpowiedz-panstwowej-inspekcji-pracy-odnosnie-sytuacji-polskich-opiekunek-w-niemczech/> 27.04.2021.

Ein von vornherein geplanter turnusmäßiger Wechsel mehrerer Pflegekräfte lässt sich mit diesen unionsrechtlichen Vorgaben nicht vereinbaren.⁸² Für die Live-in, die eine andere Person ablöst, ist deshalb das Recht des Staats anzuwenden, in dem sie tätig wird.⁸³

Allerdings hat das **Oberste Gericht (Sąd Najwyższy) im Januar 2020** für eine Live-in-Konstellation anders entschieden. Seiner Meinung ist eine solche Ablösung auch dann nicht gegeben, wenn Arbeitnehmer:innen nacheinander entsandt werden, um jeweils eigene Verträge und damit eigene Aufgaben zu erfüllen. Hier sei der vorige Vertrag beendet; die Tätigkeit werde von einer anderen Arbeitnehmerin deshalb übernommen, weil die Tätigkeit aufgrund ihres Charakters nur für beschränkte Zeit ausgeübt werden könne. Deshalb sei eine A1-Bescheinigung auszustellen.⁸⁴ Diese Rechtsprechung ist unionsrechtlich problematisch.⁸⁵

b) Vertragliche Regelungen zum anwendbaren Recht in zivilrechtlichen Dienstverträgen zu Live-in-care

(i) Vertragliche Regelungen zum anwendbaren Recht

In den zivilrechtlichen Dienstverträgen einschließlich der Mandatsverträge finden sich die unterschiedlichsten Regelungen zum anwendbaren Recht. Sieht man von rätselhaften Bestimmungen⁸⁶ ab, lassen sich Regelungen unterscheiden, die auf das anwendbare Vertragsrecht abzielen, sowie Regelungen zum Sozialversicherungsrecht.

Die meisten Dienstverträge sehen explizit vor, dass das **polnische Zivilgesetzbuch (Kodeks cywilny)** anwendbar ist. Manchmal heißt es auch noch allgemeiner „Für diesen Vertrag gilt polnisches Recht“.

Manche Verträge verweisen ausdrücklich auf die Anwendbarkeit der **Entsende-Richtlinie** (auf der Basis einer Anwendung polnischen Rechts). Ein zivilrechtlicher Dienstvertrag sieht explizit die Anwendbarkeit des deutschen Mindestlohngesetzes vor, bezieht sich also auf die Anwendung entsenderechtlicher Bestimmungen, ohne dies explizit so zu formulieren: *„Führt der Auftragnehmer den Auftrag in Deutschland aus, hat er Anspruch auf eine Vergütung in Höhe von 9,50 Euro pro Stunde [Mindestlohn Jan-Jun 2021] für jede Stunde, in der er den Auftragsgegenstand der Seniorenbetreuung ausführt.“* Einige Dienstverträge enthalten

⁸² So auch Thüsing 2019, 70. Siehe auch VHBP, https://www.mobilelabour.eu/wp-content/uploads/2017/07/VHBP_Position-on-the-proposed-revision-of-the-PWD.pdf 2017.

⁸³ Thüsing 2019, 70.

⁸⁴ Oberstes Gericht 16.1.2020 – II UK 200/18, ähnlich Berufungsgericht Gdansk 18.1.2018 – III AUa 951/17.

⁸⁵ Unproblematisch hingegen die Entscheidung Bezirksgericht Suwałki 28.6.2013 – III U 182/13, wo der Wechsel der Betreuungsperson mit einer Veränderung des Gesundheitszustands der betreuten Person zusammenhing (siehe dazu oben bei Fn. 73).

⁸⁶ „Grundlage dieses Vertrages sind die Bestimmungen nach EU-Recht“, so zwei der zivilrechtlichen Dienstverträge.

Bestimmungen wie *„Die durchschnittliche Zeit für die Pflegeleistungen wird die in Deutschland vorgeschriebene Zeit (40 Stunden pro Woche) nicht überschreiten“*, eine Formulierung, die darauf hinweist, dass von der Geltung des deutschen Arbeitszeitgesetzes (ArbZG) ausgegangen wird. Möglicherweise sichern sich die Vertragsersteller:innen hier im Hinblick auf eine mögliche entsenderechtliche Überlagerung des polnischen Rechts für den Fall ab, dass die Beschäftigung im deutschen Recht als „Arbeitsverhältnis“ einzuordnen wäre. Denn dann wären ungeachtet einer (zulässigen) vertraglichen Wahl des polnischen Rechts die deutschen arbeitsrechtlichen Mindeststandards anzuwenden (siehe oben II.1.b)(ii) und (iv)).

Zum **Sozialversicherungsrecht** bestimmen manche Dienstverträge ausdrücklich, dass Art. 11 Abs. 3 (a) der VO 883/2004 bzw. dass das deutsche Sozialversicherungsrecht anwendbar ist. Andere beziehen sich indirekt darauf, indem sie regeln, dass „der Auftragnehmer [sicherstellt], dass er nach deutschem Recht selbständig ist und über alle erforderlichen Unterlagen und Nachweise über die gezahlten Sozialversicherungsbeiträge verfügt“ oder feststellt, dass der Auftragnehmer *„nach diesem Vertrag [...] dem deutschen Sozialversicherungssystem [unterliegt; er] verpflichtet sich, diesen Status beizubehalten. Von der Vergütung des Auftragnehmers werden Sozialversicherungs- und Krankenversicherungsbeiträge bei der Allgemeine Ortskrankenkasse (AOK) in der nach deutschem Recht festgelegten Höhe abgeführt“*. Ein anderer verhält sich hierzu unbestimmt (*„Der Dienstleister ist verantwortlich für die Abführung von Versicherungsbeiträgen, Steuern und sonstiger gesetzlicher Abgaben, die auf die Vergütung aus diesem Vertrag anfallen. Sollten nachträglich Steuern oder Versicherungsbeiträge erhoben werden, so zahlt der Dienstleister diese direkt an die zuständige Stelle“*). Ein Vertrag bezieht sich darauf, dass „der Auftraggeber [...] aus der Vergütung des Auftragnehmers einen Einkommenssteuervorschuss in Höhe des Betrags [erhebt], der in den Bestimmungen des deutschen Rechts festgelegt ist - Steuerklasse 3“. Dies könnte als konkludente Wahl des deutschen Rechts ausgelegt werden.

Ein Vertrag regelt indirekt die Anwendung des polnischen Sozialversicherungsrechts (*„Auf das Gehalt des Auftragnehmers und etwaige Prämien werden Beiträge zur Renten-, Kranken- (auf Wunsch des Auftragnehmers freiwillig) und Unfallversicherung in Höhe des gesetzlichen Satzes im Land des Sitzes des Auftraggebers oder des Wohnsitzes des Auftragnehmers erhoben“*). Angesichts der dargestellten Rechtslage der VO 883/2004 (siehe oben II.2.) sind solche Klauseln problematisch. Ihre Wirksamkeit hängt von weiteren Bestimmungen und der Durchführungspraxis des Vertrags ab. Deshalb wird im Folgenden noch genauer auf die Angaben zum Ort der Beschäftigung und der Art der vereinbarten Tätigkeiten eingegangen.

(ii) Bestimmungen zum Ort der Beschäftigung

Regelungen, die für die Bestimmung des anwendbaren Rechts relevant sind, sind insbesondere die Angaben zum Ort der Tätigkeit. Nach ihnen (bzw. der entsprechenden Vertragspraxis) beurteilt sich einerseits, ob das Entsenderecht den Vertrag überlagert, was mindestens im Hinblick auf das Sozialversicherungsrecht relevant ist; auch eine arbeitsrechtliche Überlagerung kommt in Betracht, wenn eine Beschäftigung nach deutschem Recht als Arbeitsverhältnis einzuordnen ist.

Nur in einem Beispielsvertrag wird explizit festgelegt, dass „*der Auftragnehmer [...] seine vertraglichen Pflichten in Deutschland erfüllen [wird]*“. Hier liegt die Anwendung des deutschen Sozialversicherungsrechts nahe (siehe oben II.2.).

In fast allen anderen Verträgen wird dies deutlich offener formuliert: „*Der Auftraggeber beauftragt den Auftragnehmer mit der Erbringung von Pflegeleistungen in Polen und Deutschland*“; „*Die Einsatzorte werden abwechselnd in Polen und in Ländern der Europäischen Union, z. B. in Deutschland, liegen*“. Oder noch offener: „*Der Ort der Ausführung des Auftrags wird von den Parteien jedes Mal vereinbart und festgelegt, bevor der Auftragnehmer mit der Ausführung des Auftrags beginnt*“ oder (häufiger) „*Die Dienstleistungen werden an einem vom Auftraggeber jeweils angegebenen Ort erbracht*“.

In diesen Fällen ist eine Bewertung erforderlich, welches Gewicht die Tätigkeiten in den beiden Staaten jeweils haben. Denn grundsätzlich kommen die sozialrechtlichen Regelungen über die Tätigkeiten in mehreren Mitgliedstaaten (Art. 13 VO 883/2004) oder über die Entsendung (Art. 12 VO 883/2004) nur in Betracht, wenn im Herkunftsstaat mehr als nur „marginale“ Aufgaben durchgeführt werden. Die Annahme einer Entsendung (und damit das Fortbestehen der sozialversicherungsrechtlichen Bindung in Polen) setzt sowohl eine berufliche Tätigkeit der Auftragnehmerin im Herkunftsstaat als auch wesentliche Tätigkeiten des Auftraggebers im Herkunftsstaat voraus (siehe oben II.2.b)). Auch arbeitsrechtlich setzt die Entsendung voraus, dass gewöhnlich im Herkunftsstaat gearbeitet wird (siehe oben II.1.b)(i)⁸⁷).

Diese sozialrechtliche Frage war schon vielfach Gegenstand von Gerichtsverfahren in Polen. Üblicherweise ergingen gerichtliche Entscheidungen, wenn die Agentur/Auftraggeberin gegen diese Entscheidungen voring; in einigen Fällen wandten sich aber auch Live-ins (die Versicherten) selbst gegen ihren Ausschluss aus dem polnischen Sozialversicherungssystem. Hier sei auf ein Urteil des Obersten Gerichts vom Januar 2019 hingewiesen, das eine Person betraf, die als selbstständige Tätigkeit "Sozialhilfe ohne Unterkunft für ältere und behinderte Menschen" angemeldet hatte, aber diese Tätigkeit in Polen nicht aufgenommen hatte, sondern nach Deutschland gereist war, wo sie mit der Schwiegertochter eines Kunden einen Vertrag

⁸⁷ Scheiwe 2021

über Betreuung abschloss.⁸⁸ Das Oberste Gericht entschied hier zwar nicht in der Sache, sondern wies zur Klärung zur mit den deutschen Sozialversicherungsbehörden an die polnische Behörde zurück. Er äußert aber die Einschätzung, dass in Fällen der von polnischen Staatsangehörigen in Deutschland erbrachten Pflegedienstleistungen in vielen Fällen der Grundsatz der *lex loci laboris* verletzt werde (weil der Tätigkeit in Deutschland nicht eine ähnliche Tätigkeit im Polen vorausgegangen sei).

(iii) Differenzierung der Arbeitsleistungen (Betreuung, Marketing und Rekrutierung)

Anlass einer Vielzahl von Gerichtsentscheidungen in Polen war dementsprechend die Einschätzung der zuständigen polnischen Sozialversicherungsbehörde ZUS, dass eine Scheinentsendung vorliege. Sie hatten sich dabei mit Vertragsklauseln zu beschäftigen, die Live-in insbesondere dazu verpflichten, in Polen neue Arbeitskräfte anzuwerben.⁸⁹ In den Beispielsverträgen, die uns vorliegen, werden die Tätigkeiten, die zusätzlich zu Pflege und Betreuung zu erbringen sind, unterschiedlich bezeichnet: „Marketing- und Rekrutierungsleistungen“ oder „Informations- und Vermittlungsdienstleistungen“; in einem Vertrag heißt es insofern, dass die „Marketing- und Rekrutierungsdienstleistungen [...] darauf abzielen, Personal für den Kunden zu gewinnen“.

Für den Ort der Tätigkeiten wird dabei in unterschiedlichen Formulierungen in der Regel folgendes festgelegt: *„Die Dienstleistungen werden abwechselnd in zwei Ländern der Europäischen Union erbracht. Häusliche Pflegedienste - in Deutschland, Informations- und Vermittlungsdienste - in Polen. Die häusliche Pflege und die Informationsdienste bestehen aus aufeinander folgenden Dienstleistungen, die nacheinander in Deutschland und Polen erbracht werden, und werden daher abwechselnd in diesen Ländern erbracht“*. *„Die Marketing- und Rekrutierungsleistungen werden in Polen erbracht“* bzw. *„Die Informations- und Vermittlungsdienstleistungen werden vom Auftragnehmer an einem Ort seiner Wahl in Polen, insbesondere am Wohnort, erbracht.“*

Manche Verträge enthalten ausdrückliche Festlegungen, dass die Dienstleistungen in keinem Land geringfügig seien: *„Die Vertragsparteien vereinbaren, dass die Dienstleistungen in keinem Land weniger als 5 Prozent der Gesamtzeit, in der sie erbracht werden, in Anspruch nehmen sollten.“*⁹⁰

⁸⁸ Oberstes Gericht 29.1.2019 – III UK 10/18.

⁸⁹ Vgl. zu diesen Praktiken auch Schreiben der polnischen staatlichen Arbeitsaufsichtsbehörde Główny Inspektorat Pracy, <https://www.za.org.pl/skandaliczna-odpowiedz-panstwowej-inspekcji-pracy-odnosnie-sytuacji-polskich-opiekunek-w-niemczech/> 27.04.2021; Deckert-Regui/Liessneck 2020.

⁹⁰ Deckert-Regui/Liessneck 2020 berichten, dass die Anwerbung neuer Live-Ins z.T. mit ca. 10 Prozent des Entgelts einberechnet wird.

Solche Vertragsklauseln zielen auf Art. 13 VO 883/2004, wonach eine Anwendung des polnischen Sozialversicherungsrechts als dem Recht des Wohnsitzmitgliedstaats auch dann in Betracht kommt, wenn die Beschäftigung zwar in beiden Ländern stattfindet, die Tätigkeiten in Polen aber nicht „marginal“ sind (siehe oben II.2.b)).⁹¹

Für die Frage, ob dies ausreicht, um das polnische Sozialversicherungsrecht anwenden zu können, kommt es jedoch nicht nur auf die Vertragsformulierung, sondern auch auf die Vertragspraxis an. In den typischen Live-in-Konstellationen werden in der Regel keine Betreuungsleistungen in Polen ausgeübt, so dass es sich nicht um Entsendekonstellationen handeln dürfte, auf die das polnische Sozialversicherungsrecht anwendbar bleibt. Zudem üben die polnischen Agenturen in einer Vielzahl von Fällen auch keine relevante Betreuungstätigkeit in Polen aus; auch dies hindert die Annahme einer Entsendekonstellation. Die Erbringung von Marketingdienstleistungen in Polen wiederum dürfte in der Praxis kaum in nennenswertem Ausmaß durchgeführt werden. Marketing-Dienstleistungen in Polen werden meist faktisch nicht erwartet, oder nur in sehr begrenztem Umfang geleistet. Bei der Frage, ob diese Tätigkeiten nur „marginal“ sind, ist zudem auch zu berücksichtigen, dass sie im Hinblick auf die Hauptleistungspflichten allenfalls unterstützenden Charakter haben (siehe oben bei Fn. 73). Diese Klauseln führen also nur in besonderen Ausnahmefällen zur Anwendung des polnischen Sozialversicherungsrechts.

Dementsprechend sieht auch das polnische Ministerium für Entwicklung, Arbeit und Technologie diese Vertragspraxis als Problem an.⁹² Auch die ZUS vertrat in Fällen von Live-in-care meist die Auffassung, dass die Tätigkeit des Auftraggebers in Polen nicht ausreichte, um von einer Entsendung ausgehen zu können.⁹³

Zu ähnlichen Ergebnissen kommen **die polnischen Gerichte**, soweit sie sich bereits mit diesen Fragen beschäftigt haben:

So stellte bereits das **Apellationsgericht Szczecin in einer Entscheidung von 2016** fest, dass die polnische Rentenbehörde die Ausstellung einer A1-Bescheinigung für Live-in-care zu Recht verweigert hatte. Es stellt dabei maßgeblich auf fehlendes Umsatzvolumen in Polen sowie die Tatsache ab, dass in Deutschland eine größere Zahl an Verträgen abgeschlossen wurde.⁹⁴

⁹¹ Vgl. Thüsing 2019.

⁹² Minister Rozwoju, Pracy i Technologii, 24.11. 2020, 9.

⁹³ Apellationsgericht Szczecin 5.7.2016 – III AUa 906/15; Apellationsgericht Gdansk 16.6.2017 – III AUa 181/17; Bezirksgericht Warschau-Prag 28.3.2018 – VII U 171/16.

⁹⁴ Apellationsgericht Szczecin 5.7.2016 – III AUa 906/15.

Das gleiche Gericht behandelte **im Jahre 2018** die Frage, welchen Unterschied es machen konnte, dass in Polen Schulungs-, Marketing- und Beratungstätigkeiten ausgeübt wurden. In diesem Fall hatte die polnische Rentenbehörde angenommen, dass der aus der Schulungs- und Beratungstätigkeit erzielte Inlandsumsatz unregelmäßig und unvergleichlich geringer sei als die Einnahmen aus den in Deutschland durchgeführten Pflegedienstleistungsverträgen; die ausgeübte Tätigkeit bestehe also hauptsächlich in der Erbringung von Dienstleistungen für ausländische Kund:innen. Dies hob das Berufungsgericht dann auf, und stellte maßgeblich darauf an, dass es in Polen eine tatsächliche, regelmäßige, kontinuierliche und organisierte Ausbildungstätigkeit gebe; die Agentur habe Angebote für Fachausbildungen für eine enge Gruppe von Empfänger:innen erstellt, an Messen von Ausbildungseinrichtungen teilgenommen und eine Website betrieben. Man beschäftigte Personen speziell für die Durchführung des Ausbildungsprogramms. Die Tatsache, dass man mit den in Polen ausgeübten Tätigkeiten ein geringes Einkommen erzielt, stellte für das Berufungsgericht deshalb kein entscheidendes Kriterium mehr dar.⁹⁵ Dies scheint also ein eher ungewöhnlicher Fall gewesen zu sein.

Für den Regelfall der Live-in-Betreuung in Deutschland entschied hingegen das **Oberste Gericht im Mai 2021**, dass der jeweils erzielte Umsatz eines der wichtigsten Kriterien in der Gesamtabwägung sein müsse.⁹⁶ Würden keine 25 Prozent des Umsatzes im Land der Niederlassung des entsendenden Unternehmens erzielt, sei eine eingehende Analyse anderer Kriterien wie die Zahl der Mitarbeiter:innen in den beiden Ländern und die Zahl der jeweils abgeschlossenen Verträge erforderlich.⁹⁷ So wurde für einen Dienstvertrag von einem Jahr Vertragsdauer die Anwendung des polnischen Sozialversicherungsrechts abgelehnt, bei dem es um die Bereitstellung von Haushaltshilfe, Hauswirtschaft und Pflegeleistungen für ältere oder kranke Menschen, sowie Informations- und Vermittlungsdienste zum Zweck der Personalgewinnung für den Auftraggeber gehen sollte.⁹⁸

Allerdings litten in der Folge dieser Entscheidung viele Bescheide der ZUS daran, dass sie zu pauschal nur auf Umsatzzahlen und Arbeitnehmer:innenzahlen abstellten, statt auf eine Gesamtbetrachtung; dies wird in der Rechtsprechung seither nachgesteuert.⁹⁹

⁹⁵ Appellationsgericht Szczecin 7.11.2018 – III AUa 611/16; ähnlich Appellationsgericht Szczecin III AUa 87/15 und III AUa 660/17.

⁹⁶ Oberstes Gericht 27.5.2021 – II USKP 46/21.

⁹⁷ Verweis auf die Urteile des Obersten Gerichts 16.12.2014 – II UK 94/14 und 18.11. 2015 – II UK 100/14.

⁹⁸ So auch Berufungsgericht in Gdansk 16.6.2017 – III AUa 1786/16: Die Marketingdienstleistungen in Polen machten weniger als 5 Prozent der Gesamtarbeitszeit des Auftragnehmers aus. Ähnlich Landgericht Gliwice 22.1.2021 – VIII U 196/19. Unklar bleibt, weshalb das Amtsgericht Zgorzelec 25.5.2021 – I C 381/20 zur Anwendung des polnischen Arbeitsrechts kommt.

⁹⁹ Vgl. Oberstes Gericht 27.5.2021 – II USKP 46/21; Berufungsgericht Poznań 29.9.2021 – III AUa 1418/19.

c) Auslandseinsatz als Geschäftsreise

In mehreren Verträgen wird die Tätigkeit im Ausland als „Geschäftsreise“ bezeichnet: *„Die Erbringung von häuslichen Hilfs- und Pflegediensten erfordert häufig Geschäftsreisen ins Ausland. Der Arbeitgeber gibt stets den Ort an, an dem die häuslichen Hilfs- und Pflegeleistungen erbracht werden“* oder *„Die Erbringung von häuslichen Hilfs- und Pflegediensten erfordert häufig Geschäftsreisen ins Ausland. Die Durchführung von Geschäftsreisen ins Ausland ist eine wesentliche Bedingung des Vertrags“*. In einem Fall ist dies besonders unbestimmt formuliert: *„Die Erbringung der Leistungen kann mit der Notwendigkeit einer Dienstreise des Auftragnehmers verbunden sein, darunter auch einer Auslandsreise, womit der Auftragnehmer einverstanden ist“*.

Manchmal wird die Auslandstätigkeit nur indirekt in Bestimmungen zum Tagesgeld für Dienstreise angesprochen: *„Aufgrund der Erbringung von Pflegeleistungen in Deutschland ist der Auftragnehmer verpflichtet, im Zusammenhang mit der Vertragserfüllung zu reisen. Zusätzlich zur Vergütung erhält der Auftragnehmer eine Auswärtszulage (43,84 € pro Tag) für jeden geraden und 42,42 € pro Tag für jeden ungeraden Arbeitsmonat.“* *„Die Vergütung für die Ausübung der Pflegetätigkeit beträgt 1.400 PLN brutto zuzüglich Tagegelder für Dienstreisen sowie einen Pauschalbetrag von 1.400 EUR für einen vollen Monat der Ausübung dieser Tätigkeit. Die Kosten für die An- und Abreise zum Ort der Pflegetätigkeit werden vom Auftraggeber in Höhe von 70 EUR pro Strecke übernommen, sofern der Arbeitnehmer mindestens 30 Tage lang gearbeitet hat.“*

Zu einer solchen Klausel äußerte sich das Bezirksgericht Legnica bereits einmal recht unmissverständlich: Die Bezeichnung des Arbeitsortes der [Live-in] in ihren Arbeitsverträgen sei illusorisch und entspreche nicht der tatsächlichen Art der Arbeit, zu der sie verpflichtet sei.¹⁰⁰

Wie festgestellt, haben diese Klauseln nach Entsenderecht keinen Einfluss auf das anwendbare Recht. Ihnen kommt aber Bedeutung wegen der möglichen Freiheit von Sozialversicherungsbeiträgen zu (siehe dazu unten IV.3.a)).

4. Ergebnis

In den typischen Konstellationen, die durch die vorliegenden Beispielsverträge geregelt werden, erbringen die polnischen Live-ins ihre Leistungen so gut wie ausschließlich in Deutschland.

Soweit es sich um **Arbeitsverträge** handelt, ist deshalb in der Regel von vornherein deutsches Arbeitsrecht anzuwenden. Falls arbeitsvertraglich die Anwendung polnischen Rechts

¹⁰⁰ Bezirksgericht Legnica 29.10.2015 – V Pa 104/15.

vorgesehen sein sollte (was in den uns vorliegenden Beispielen nicht der Fall ist), gilt nach dem kollisionsrechtlichen Günstigkeitsprinzips der deutsche Rechtsstandard, soweit er günstiger als der polnische ist. Eine etwa vorhandene A1-Bescheinigung entfaltet insofern keine Wirkung.

Handelt es sich um einen Sonderfall, in dem die Agentur ihre Tätigkeiten auch in Polen ausübt und die Betreuerin keine andere Betreuerin ablöst, dann kann eine Entsendung vorliegen, mit der Folge, dass polnisches Sozial- und Arbeitsrecht vom Grundsatz her anwendbar ist. Auch dann greifen jedoch nach dem AEntG die zwingenden arbeitsrechtlichen Mindestschutzvorschriften des deutschen Rechts; sie überlagern dann das polnische Arbeitsrecht.

In diesen Fällen sind die deutschen Arbeitsgerichte für Klagen der Live-ins zuständig.

Die uns vorliegenden **zivilrechtlichen Dienstverträge** gehen in der Regel von einer grundsätzlichen Anwendung polnischen Rechts für das Vertragsrecht aus. Eine solche Rechtswahl ist zulässig, wenn es sich tatsächlich um zivilrechtliche Dienstverträge und nicht um Arbeitsverträge handelt (siehe dazu unten III.4).

Viele der uns vorliegenden Verträge verweisen auf die Anwendung des **deutschen Sozialversicherungsrechts**. Dies entspricht auch den Anforderungen des Koordinierungsrechts (VO 883/2004), jedenfalls wenn die Live-in keine nennenswerten Leistungen in Polen wahrnimmt. Sowohl bei Arbeitsverträgen wie bei zivilrechtlichen Dienstverträgen ist polnisches Sozialversicherungsrecht aufgrund von Entsendung bis zu 24 Monaten nur anwendbar, wenn sowohl die Agentur selbst als auch die Live-in nennenswerte Leistungen in Polen wahrnimmt. Die vertraglichen Vereinbarungen zu Marketing, Personalrekrutierung oder ähnlichem reichen hierzu in der Regel nicht aus. Aber auch wenn die Voraussetzungen für die Anwendung polnischen Sozialversicherungsrechts nicht vorliegen sollten: Ist einmal eine entsprechende A1-Bescheinigung ausgestellt, so kann diese nur in einer Zusammenarbeit zwischen polnischen und deutschen Sozialversicherungsträgern widerrufen oder für ungültig erklärt werden. Dieses Verfahren ist Gegenstand zahlreicher polnischer Gerichtsentscheidungen; sie hatten Fälle zum Gegenstand, in denen die ZUS das für den Widerruf vorgesehene Verfahren nicht eingehalten und die deutschen Sozialversicherungsträger nicht einbezogen hatte.¹⁰¹

III. Rechtsverhältnis zwischen Agentur und Live-in

Bereits die Frage des anwendbaren Rechts setzt eine Beantwortung der Frage voraus, ob es sich um einen Arbeitsvertrag oder um einen zivilrechtlichen Dienstvertrag handelt (diese Frage wurde in Teil II. noch offen gelassen, siehe bei II.1.a)). Dieselbe Frage ist zu beantworten, wenn

¹⁰¹ Berufungsgericht Gdansk 16.6. 2017 – III AUa 1786/16; Berufungsgericht Szczecin 15. 3 2018 – III AUa 181/17; Landgericht Warschau-Prag 28.3.2018 – VII U 171/16; Berufungsgerichtes Białystok 3.2.2021 – III AUa 783/20.

festgestellt werden soll, welche Rechte und Pflichten sich für die Vertragsparteien jeweils ergeben.

In den meisten Rechtsordnungen stehen beide Vertragsformen für die Gestaltung von Beschäftigungsverhältnissen zur Verfügung; im ersteren Fall werden die Beschäftigten als „Arbeitnehmer:innen“, im letzteren Fall als „Selbstständige“¹⁰² tätig. Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen gibt es einerseits in der Frage, welche Varianten von Dienstleistungsverträgen vorkommen. Andererseits gewähren nicht wenige Rechtsordnungen auch den zivilrechtlich Beschäftigten einen bestimmten sozialen Schutz. So gibt es z.B. im deutschen Recht die Figur der „arbeitnehmerähnlichen Person“. Im polnischen Recht gibt es wiederum arbeits- und sozialrechtliche Ansprüche insbesondere für Personen, die im Rahmen eines zivilrechtlichen Dienstvertrags arbeiten. Diese sind aber wesentlich schwächer ausgestaltet als bei einem Arbeitsvertrag. Die Abgrenzung zwischen Arbeitsvertrag und zivilrechtlichen Dienstverträgen spielt also in allen in Betracht kommenden Rechtsordnungen eine wichtige Rolle für die Reichweite des sozialen (insbesondere arbeitsrechtlichen) Schutzes.

Im Folgenden werden die wesentlichen Unterschiede zwischen den Vertragstypen sowie ihre Abgrenzung **auf Grundlage des polnischen Rechts** behandelt. Denn die Abgrenzung ist rechtlich nur von Interesse für die zivilrechtlichen Dienstverträge, und diese sehen in der Regel die Anwendung polnischen Rechts vor (siehe oben II.3.b)(i)). Selbst wenn es sich dabei um „Arbeitsverträge“ im Sinne des Kollisionsrechts/der Rom I-VO handeln sollte (siehe dazu unten III.3.g)(iv)), wäre eine solche Rechtswahl zulässig; das polnische Recht würde dann allerdings durch das deutsche Recht der Mindestarbeitsbedingungen überlagert (siehe oben II.1.b)(iv)).

1. Rechtsverhältnis im Fall eines Arbeitsvertrags

a) Das polnische Arbeitsrecht

Das polnische Arbeitsrecht definiert den Arbeitsvertrag in Art. 22 § 1 des Arbeitsgesetzbuchs (Kodeks pracy, KP).¹⁰³ Danach *„verpflichtet sich der Arbeitnehmer [mit der Begründung eines Arbeitsverhältnisses], eine bestimmte Arbeit zu Gunsten des Arbeitgebers und unter dessen Leitung an einem vom Arbeitgeber bestimmten Ort und zu einer bestimmten Zeit zu verrichten, und der Arbeitgeber [verpflichtet sich dazu], den Arbeitnehmer gegen Entgelt zu beschäftigen“*. Die wesentlichen Elemente der Definition sind also **Arbeit für einen anderen unter dessen Leitung**; dies wird insbesondere anhand des Merkmals der Weisungsgebundenheit festgestellt.

¹⁰² Zur spezifischen Verwendung des Begriffs „Selbstständigkeit“ im polnischen Recht siehe unten III.2.e).

¹⁰³ Ausführlich zu der Entwicklung des Arbeitsrechts: Cloppenburg 2020, 38 ff

Die Definition stimmt in ihren wesentlichen Elementen mit entsprechenden Definitionen im deutschen Recht (§ 611a Abs. 1 BGB) und im EU-Recht¹⁰⁴ (EuGH-Rechtsprechung) überein. Allerdings verwendet das deutsche Recht zusätzlich zur Weisungsgebundenheit den Begriff der Fremdbestimmung. Er wird z.T. dahingehend ausgelegt, dass auch ohne konkrete Weisungen im Einzelfall ein Arbeitsverhältnis daraus hergeleitet werden kann, dass die Arbeitnehmerin in die betriebliche Organisation des Arbeitgebers integriert ist.¹⁰⁵

Wie auch im deutschen und im EU-Recht hat die polnische Definition insofern zwingenden Charakter, als sie unabhängig davon gilt, wie die Beschäftigungsform im Vertrag bezeichnet ist (Art. 22 § 1¹ KP). Dies bekräftigt Art. 22 § 1², wonach „es [...] nicht zulässig [ist], den Arbeitsvertrag durch einen zivilrechtlichen Vertrag zu ersetzen“. Ein Gericht kann das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses deshalb auch dann feststellen, wenn die Parteien in gutem Glauben meinten, einen zivilrechtlichen Vertrag abgeschlossen zu haben, dessen Inhalt oder Erfüllungsweise jedoch den Merkmalen eines Arbeitsverhältnisses entspricht (sog. faktischer Arbeitsvertrag, *faktyczna umowa o pracę*; solche Phänomene werden in Deutschland als „Scheinselbstständigkeit“ bezeichnet).¹⁰⁶ Bei der Bewertung, ob ein bestimmtes Rechtsverhältnis ein Arbeitsverhältnis darstellt, ist deshalb nicht auf den Vertragstext, sondern auf die objektiven Merkmale abzustellen.¹⁰⁷

Um die Richtung der Rechtsprechung abschätzen zu können, ist es wichtig zu wissen, dass der Oberste Gerichtshof Polens Wert auf die Feststellung legt, dass es keine gesetzliche Vermutung für einen Arbeitsvertrag gibt;¹⁰⁸ im Streit- oder Zweifelsfall muss also die Arbeitnehmerin das Vorliegen eines Arbeitsvertrags nachweisen. Dies wird dadurch erschwert, dass die polnische Rechtsprechung davon ausgeht, dass dieselben Tätigkeiten im Rahmen eines Arbeitsvertrags oder eines zivilrechtlichen Vertrags ausgeübt werden können, soweit dies mit Art und Zweck der Arbeit vereinbar ist. Sind in einem konkreten Fall also Merkmale eines Arbeitsvertrags und eines zivilrechtlichen Vertrags in gleicher Intensität vorhanden, so wird der Vertragstyp letztlich durch die Formulierung im Vertrag der Parteien bestimmt.¹⁰⁹ Wie

¹⁰⁴ Für einen Überblick über die unionsrechtlichen Grundlagen und die EuGH-Rechtsprechung siehe Kocher, 2. Aufl. 2020, § 1, Rn. 101 ff.

¹⁰⁵ Zum deutschen Recht insbesondere BAG 1.12.2020 – 9 AZR 102/20, NZA 2021, 556 ff. Wank, EuZA 2016, 143; Wank, AuR 2017, 140; Junker, JZ 2021, 519.

¹⁰⁶ Oberstes Gericht 3.6.2008 – I PK 311/07, OSNP 2009, Nr. 19–20, Punkt. 258; Oberstes Gericht 25.11.2005 – I UK 68/05.

¹⁰⁷ Ludera-Ruszel, FOI 2019, 25, 26 f.

¹⁰⁸ Oberstes Gericht 23.9.1998 – II UKN 229/98, OSNAPiUS 1999, Nr. 19, Punkt 627; Oberstes Gericht 25. 11. 2005 I UK 68/05.

¹⁰⁹ Urteil des Obersten Gerichtshofs vom 18.6.1998, I PKN 191/98, OSNAPiUS 1999, Nr. 14, Punkt 449; Urteil des Obersten Gerichtshofs vom 25. November 2005 I UK 68/05.

diese Abgrenzung im Einzelnen getroffen wird, wird unten III.3. am Beispiel der Live-in-Verträge genauer gezeigt.

Die Einordnung als Arbeitsvertrag hat weitreichende Folgen. Insbesondere die im Arbeitsgesetzbuch festgelegten Arbeitszeitregelungen (z. B. Begrenzung der Arbeitszeit, Mindestruhezeit, Überstundenregelung)¹¹⁰ gelten nur für Arbeitnehmer:innen. Arbeitsrechte wie bezahlter Urlaub, gesetzliche Feiertage, religiöse Feiertage, unbezahlter Urlaub sowie Mutterschafts- und Elternurlaub sind ebenfalls Arbeitnehmer:innen vorbehalten. Gleiches gilt für die Verpflichtungen von Arbeitgeber:innen, Werkzeuge und/oder Arbeitsmittel bereitzustellen (Art. 104¹ Abs. 1 pkt 1 KP) oder die Verbesserung der beruflichen Qualifikationen der Angestellten zu fördern (Art. 17, Art. 94 Abs 6 KP). Einige wenige Rechte wie Arbeitsschutz, Mindestlohn und kollektive Organisation sieht das polnische Recht aber auch für Beschäftigte mit zivilrechtlichen Dienstverträgen vor (siehe unten III.2.c)).

b) Das polnische Sozialversicherungsrecht

Der arbeitsrechtliche Begriff des Arbeitnehmers ist nach Art. 8 des Gesetzes vom 13. Oktober 1998 über das System der sozialen Sicherheit (*ustawa o systemie ubezpieczeń społecznych*)¹¹¹ auch zentral für den Anwendungsbereich des Sozialversicherungssystems. Zudem gibt es im polnischen Recht zwar keine spezialisierten Arbeits- oder Sozialgerichtsbarkeiten; arbeits- und sozialrechtliche Streitigkeiten werden aber gemeinsam in besonderen Spruchkörpern der allgemeinen Gerichtsbarkeit verhandelt. Die Maßstäbe des Arbeitnehmerbegriffs werden für das Arbeits- und Sozialversicherungsrecht gleichlaufend interpretiert.

Zum Verständnis der vorliegenden Verträge ist allerdings noch die Information von Bedeutung, dass Beiträge zur Renten-, Invaliditäts-, Unfall- und Krankenversicherung nur für das Einkommen im engeren Sinn zu zahlen sind; auf die Tagespauschalen für eine Geschäftsreise ins Ausland werden keine Sozialversicherungsbeiträge gezahlt.¹¹²

c) Arbeitnehmerüberlassung/Leiharbeit

Live-in-care ist auch in Form der Leiharbeit/Arbeitnehmerüberlassung denkbar; diese liegt sogar nahe. Denn die Besonderheit der Arbeitnehmerüberlassung besteht darin, dass die Weisungsbefugnis nicht bei der entsendenden Agentur bleibt, sondern bei der aufnehmenden

¹¹⁰U.a. Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub (Art. 152 bis 173 kodeks pracy) oder Versicherungsleistungen im Falle der Arbeitsunfähigkeit (Art. 92 § 4 kodeks pracy), sowie die Regelungen zu den Arbeits- und Ruhezeiten (Art. 128-151 kodeks pracy)

¹¹¹ Dz.U. 1998 nr 137 poz. 887

¹¹² Oberstes Gericht 13. 1. 2015 – II UK 205/13; 14.11.2013 – II UK 204/13.

Auftraggeberin ausgeübt wird. Im Fall von Live-in-care wird die Weisungsbefugnis im Zweifel durch den Privathaushalt ausgeübt, für den die Live-in tätig wird.¹¹³

2. Rechtsverhältnis im Fall der Beschäftigung auf der Basis zivilrechtlicher Verträge

Arbeit für einen anderen kann nicht nur aufgrund eines Arbeitsvertrags, sondern auch aufgrund eines zivilrechtlichen Vertrags verrichtet werden. Rechtsgrundlage kann dann sowohl im polnischen wie im deutschen Recht ein zivilrechtlicher Dienstvertrag sein (Art. 734 § 1, Art. 750 Kodeks Cywilny (KC, Zivilgesetzbuch; vgl. § 611a BGB) oder ein Werkvertrag (Art. 627 KC; vgl. § 631 BGB). Da für diese Verträge kaum zwingende Vorgaben gelten, besteht große Flexibilität bei der Gestaltung des Vertragsinhalts (Grundsatz der Vertragsfreiheit, Art. 353¹ KC).

Die Beschäftigung auf der Basis von zivilrechtlichen Verträgen ist in Polen weit verbreitet. Das Statistische Zentralamt schätzt, dass im Jahr 2019 etwa 1,2 Millionen Menschen auf diese Weise ohne ein Arbeitsverhältnis beschäftigt waren.¹¹⁴ Aufgrund der mit ihnen verbundenen rechtlichen und ökonomischen Probleme werden solche zivilrechtlichen Verträge für Beschäftigungsverhältnisse in der politischen Diskussion in Polen häufig als „Müllvertrag“ (*umowa śmieciowa*) bezeichnet. Sie waren und sind seit vielen Jahren Gegenstand intensiver politischen Debatten. Mehrere Gesetzesänderungen sind bereits ergangen.¹¹⁵ Im Rahmen der letzten großen Reform der PiS-Regierung (unter dem Namen 'Polski Ład', 'Polnische Ordnung'), die am 1. Januar 2022 in Kraft trat, war zunächst sogar die vollständige Abschaffung von „Müllverträgen“ angekündigt. Es sollte ursprünglich keine Trennung von zivilrechtlichen und Arbeitsverträgen mehr geben, sondern nur noch einen einzigen Vertragstyp. Man beschränkte sich aber am Ende auf das Vorhaben, die zivilrechtlichen Dienstverträge vollständig sozialversicherungspflichtig zu machen. Dies wurde zwar zunächst nicht umgesetzt; die Reform von 2021/22 bezog sich letztlich allein auf das Steuerrecht. Allerdings hat Polen in seinem Aufbau- und Resilienzplan der Europäischen Kommission zugesagt, alle zivilrechtlichen Verträge im ersten Quartal 2023 voll beitragspflichtig zu machen.¹¹⁶

¹¹³ Emunds/Kocher/Habel/Pflug/Tschenker/Deetzen 2021. So war es wohl in dem Fall organisiert, den der Oberste Gerichtshof unter III PK 146/16 entschied (19.10.2017).

¹¹⁴ GUS 2019

¹¹⁵ Bereits mit Wirkung ab Januar 2021 ist eine Reform in Kraft getreten, die besser verhindern soll, dass die Sozialversicherungspflicht von Dienstverträgen durch den Abschluss von „Werkverträgen“ umgangen wird. Seither müssen Auftraggeber Werkverträge an die Sozialversicherungsanstalt melden, die dadurch in die Lage versetzt wird, die Einordnung zu kontrollieren (Art. 36 ust.17 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych, Dz.U. z 2020 poz. 266 z późn. zm.).

¹¹⁶ Dies ist Teil des von der Europäischen Kommission genehmigten polnischen Aufbau- und Resilienzplans nach Art. 4 Abs. 2, Art. 17 ff der Verordnung (EU) 2021/241 zur Einrichtung der Aufbau- und Resilienzfazilität (Europäische Kommission, Vorschlag für einen Durchführungsbeschluss des

a) Dienstvertrag (*umowa zlecenia sensu largo*) im Verhältnis zum Mandatsvertrag

Der Mandatsvertrag (*umowa zlecenia*) ist ein besonderer zivilrechtlicher Vertrag. Art. 734 § 1 des Zivilgesetzbuches (kodeks cywilny, KC) definiert ihn wie folgt: *“Durch einen Mandatsvertrag verpflichtet sich der Auftraggeber, eine bestimmte Rechtshandlung für ihn vorzunehmen.”* Er ist damit vergleichbar mit dem deutschen Geschäftsbesorgungsvertrag nach § 675 BGB („Dienstvertrag oder Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat“, einer besonderen Form des Auftragsvertrags).

Allerdings finden nach Art. 750 KC *„die Bestimmungen über den Mandatsvertrag [...] entsprechend für Verträge über die Erbringung von Dienstleistungen, die nicht durch andere Bestimmungen geregelt sind,“* Anwendung. Diese erfassen dann auch Verträge über Realakte (wie z.B. Pflege- und Betreuungsleistungen). Der „Mandatsvertrag“ (*umowa zlecenia*) ist damit (anders als im deutschen Recht) das eigentliche Grundmodell für die Regelung der Dienstverträge im polnischen Recht;¹¹⁷ der Begriff „Mandatsvertrag im weiten Sinne“ (*umowa zlecenia sensu largo*) wird deshalb in der Praxis oft verwendet, um jeglichen Dienstvertrag (*umowa o świadczenie usług*) zu bezeichnen. Lediglich die zivilrechtliche Beschäftigung über Werkverträge, also Verträge, bei denen es um die Erreichung eines bestimmten, objektiv überprüfbaren Ergebnisses geht, sind hiervon nicht erfasst.

Wir verwenden deshalb im Folgenden für den „Mandatsvertrag im weiteren Sinne“ des polnischen Rechts (*umowa zlecenia sensu largo*) den Begriff des (zivilrechtlichen) Dienstvertrags, der die Vertragsform im Vergleich mit dem deutschen Recht am besten kennzeichnet.

b) Abgrenzung vom Arbeitsvertrag

Das wichtigste Kriterium für die Bestimmung eines Arbeitsvertrags ist das Weisungsrecht des Arbeitgebers. Bei zivilrechtlichen Beschäftigungsverhältnissen fehlt es an einem solchen hierarchischen Unterordnungsverhältnis.¹¹⁸ Allerdings: Auch der Auftraggeber eines Dienstvertrags kann dem Auftragnehmer Weisungen über die Art und Weise der Ausführung des Auftrags erteilen.¹¹⁹ Ähnlich wie im deutschen Recht¹²⁰ sind deshalb Weisungen im Rahmen der Ausführung von zivilrechtlichen Dienstverträgen von arbeitsrechtlichen Weisungen zu unterscheiden. Der polnische Oberste Gerichtshof hat insofern darauf abgestellt, ob

Rates zur Billigung der Bewertung des Aufbau- und Resilienzplans Polens, 1.6.2022, COM(2022)268 fin, Annex S. 60 (Punkt A71G).

¹¹⁷ Kapusta, in: Załucki (Hrsg.) 2020.

¹¹⁸ Nacewicz 2004, 38, obwohl diese dennoch Anweisungen erhält (vgl. Świątkowski/Wujczyk, King's Law Journal 2016, 165).

¹¹⁹ So auch für Kontrollen: Oberstes Gericht 17.2.1999 – I PKN 568/98.

¹²⁰ BAG 24.6. 2021 – 5 AZR 505/20, NZA 2021, 1398 ff.

Anweisungen, fachliche Ratschläge, Empfehlungen oder Vorschläge nur die Ausführung von im Vertrag festgelegten Tätigkeiten koordinieren und eher inhaltlicher Art sind; dann würden sie keine Indizien für einen Arbeitsvertrag darstellen. Haben sie allerdings einen Ordnungscharakter und hat der Arbeitgeber die vertragliche Befugnis, dem Arbeitnehmer verbindliche Arbeitsanweisungen über die Art und Weise der Ausführung (Arbeit im technischen Sinne) zu erteilen sowie den Arbeitsprozess direkt zu gestalten, spreche dies für einen Arbeitsvertrag; dann wird angenommen, dass die Auftragnehmerin dem Auftraggeber so zu Verfügung steht, dass dieser auszuführende Aufgaben quasi „laufend“ bestellen kann.¹²¹

Konkret werden z.B. folgende Elemente als Indizien für einen Arbeitsvertrag angegeben: bestimmte Zeit der Arbeit und Ort der Ausführung der Tätigkeiten (...); Unterzeichnung einer Anwesenheitsliste (...); die Verpflichtung, die Anweisungen von Vorgesetzten zu befolgen (...); Leistung von Schichtarbeit und ständige Verfügbarkeit (...); genaue Bestimmung des Ortes und der Zeit der Ausführung der anvertrauten Arbeit und Ausführung unter der Aufsicht von Vorgesetzten.¹²² Kein (einseitig auszuübendes) Weisungsrecht liege vor, wenn die Festlegung, an welchen Tagen, zu welchen Zeiten und an welchem Ort der Auftrag zu erfüllen ist, nicht durch einseitige Weisung, sondern im (Dienst-)Vertrag selbst festgelegt wird.¹²³ Wenn hingegen der Vertrag den Auftraggeber allgemein berechtigt, Zeit und Ort der Ausführung von Tätigkeiten im Rahmen des Vertrags einseitig zu bestimmen, oder wenn dem Auftraggeber im Vertrag das einseitige Recht eingeräumt wird, Vertragsbestandteile zu ändern, wären dies Indizien für einen Arbeitsvertrag.¹²⁴

Als wichtiger Unterschied zwischen Dienstvertrag und Arbeitsvertrag ist auch anerkannt, dass die Pflichten aus dem Arbeitsvertrag durch die Arbeitnehmer:in persönlich durchzuführen sind und nicht auf Dritte übertragen werden können. Im Dienstvertrag ist dies jedoch möglich.¹²⁵ Sieht der Vertrag also die Möglichkeit vor, andere Personen mit der Ausführung der Arbeit zu beauftragen, spricht dies gegen das Vorliegen eines Arbeitsvertrags.

c) Arbeitsrechtliche Ansprüche bei Beschäftigung aufgrund von zivilrechtlichen Verträgen

Arbeitsrechtliche Ansprüche bei Beschäftigung mit zivilrechtlichen Verträgen bestehen grundsätzlich nicht. Es gibt aber Ausnahmen.

So darf das Koalitionsrecht (Recht der gewerkschaftlichen Vereinigung) nach einem entsprechenden Urteil des polnischen Verfassungsgerichtshofs von 2015 nicht von der Form

¹²¹ Oberstes Gericht 25.11.2005 – I UK 68/05.

¹²² Oberstes Gericht 25.11.2005 – I UK 68/05.

¹²³ Oberstes Gericht 6.10.1998 – I PKN 389/98.

¹²⁴ Nowacka/Rotkiewicz, 2. Aufl. 2016, Kapitel IX.

¹²⁵ Art. 738 § 1 KC.

der Beschäftigung abhängig sein.¹²⁶ Dementsprechend sieht das Gewerkschaftsgesetz (*ustawa o związkach zawodowych*) seit 2019 vor, dass „jede Person, die eine Erwerbsarbeit verrichtet“, kollektive Rechte wie das **Versammlungs- und Vereinigungsrecht, das Recht auf Kollektivverhandlungen und das Streikrecht** nach dem Gewerkschaftsgesetz geltend machen kann. Diese Rechte sind also nicht auf Arbeitnehmer:innen beschränkt, sondern gelten auch für alle natürlichen Personen, die auf Basis zivilrechtlicher Verträge beschäftigt sind und selbst keine anderen Personen für diese Arbeit beschäftigen (entspricht der Figur der „Solo-Selbstständigen“ aus der politischen Debatte).

Auch Arbeitsschutzvorschriften sind grundsätzlich unabhängig von der Rechtsform der Beschäftigung.¹²⁷ So gilt die **Verpflichtung, sichere und gesunde Arbeitsbedingungen zu gewährleisten**,¹²⁸ gemäß Art. 304 § 1 KP nicht nur gegenüber Arbeitnehmer:innen, sondern auch gegenüber allen natürlichen Personen, die Arbeit auf zivilrechtlicher Grundlage verrichten. Voraussetzung ist, dass die Arbeiten nicht an einem von der Auftragnehmerin frei gewählten Ort, sondern an der Arbeitsstelle bzw. an einem vom Auftraggeber bestimmten Ort ausgeführt werden. Lediglich die Pflichten zur Sicherheitsschulung (Art. 237³ § 2 KP) und ärztlichen Untersuchung (Art. 229 KP) beziehen sich nach dem Gesetzestext nur auf Arbeitnehmer:innen, so dass umstritten ist, ob sie auch für Auftragnehmer:innen gelten.¹²⁹

Und zuletzt sieht das Gesetz vom 10. Oktober 2002 über den Mindestlohn (*ustawa o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, MinWynagrU*)¹³⁰ auch **Mindestlohnsätze** für die Beschäftigung auf Grundlage von Mandatsverträgen (Art. 734 KC) und anderen Dienstverträgen (Art. 750 KC) vor.¹³¹ Danach hat die Auftragnehmerin Anspruch auf den per Verordnung festgelegten allgemeinen Mindeststundensatz (Art. 8a Abs. 1 *MinWynagrU*). Dieses Recht ist nicht abdingbar (Art. 8a Abs. 4 *MinWynagrU*). Der Vertrag muss festlegen, wie die Stundenzahl zu ermitteln ist (Art. 8b Abs. 1 *MinWynagrU*).

Allerdings: Nach Art. 8d Abs. 1 Punkt 5 sind die **Mindestlohnbestimmungen nicht anwendbar auf die Live-in-Beschäftigung**, d.h. auf „Verträge über häusliche Pflegedienste für behinderte, chronisch kranke oder ältere Menschen, wenn der Dienstleistungserbringer aufgrund der Art der Pflege bei dem Dienstleistungsempfänger in dessen Haus oder Wohnung wohnt und die Dienstleistung für den Dienstleistungsempfänger oder seine bei ihm wohnenden Familienangehörigen ununterbrochen mehr als einen Tag lang erbracht wird, es sei denn, die

¹²⁶ Verfassungsgerichtshof 2.6.2015 – K 1/13.

¹²⁷ Nowacka/Rotkiewicz, 2. Aufl. 2016, Kapitel XI

¹²⁸ Zum Umfang siehe Art. 207 § 2 KP.

¹²⁹ Mędrala, *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska*, sectio G (Ius) 2015, 143

¹³⁰ Gesetzblatt 2020.0.2207, in der geänderten Fassung

¹³¹ Gesetzblatt 2020.0.2207, in der geänderten Fassung

Dienstleistung wird in einer Einrichtung erbracht, die rund um die Uhr für behinderte, chronisch kranke oder ältere Menschen da ist“. Diese Bestimmung ist unionsrechtlich problematisch; so hat der EuGH im Februar 2022 entschieden, dass Hausangestellte nicht gegenüber anderen Beschäftigten benachteiligt werden dürfen; wenn diese überwiegend Frauen seien – wie es auch in der Live-in-care der Fall ist – stellt ihre Ausgrenzung eine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dar.¹³²

d) Sozialrechtliche Ansprüche bei zivilrechtlichen Dienstverträgen nach polnischem Recht

Während Selbstständige im deutschen Recht lediglich einer Pflichtversicherung in der Krankenversicherung unterliegen (die nur die Krankheitskosten, nicht aber den Verdienstaufschlag infolge Krankheit erfasst), sowie nach § 2 des Sechsten Buches des Sozialgesetzbuches (SGB VI) unter bestimmten Voraussetzungen auch in der Rentenversicherung, sind Beschäftigte mit zivilrechtlichen Dienstverträgen in Polen relativ weitgehend in das Sozialversicherungssystem in allen seinen Zweigen integriert. Art. 8 Abs. 2a *System ubezpieczeń społecznych* (Gesetz über das Sozialversicherungssystem) regelt seit 2016:

Als Arbeitnehmer im Sinne des Gesetzes gilt auch eine Person, die auf der Grundlage eines zivilrechtlichen Dienstvertrags [*umowa zlecenia sensu largo*] Arbeit leistet, [...].

Personen, die auf der Grundlage eines zivilrechtlichen Dienstvertrags arbeiten, unterliegen obligatorisch der Alters- und Invaliditätsrentenversicherung (Art. 6 Abs. 1 Nr. 4 *ustawy System Ubezpieczeń Społecznych*), Unfallversicherung (Art. 12 Abs. 1 *ustawy System Ubezpieczeń Społecznych*), und freiwillige Krankenversicherung (Art. 11 Abs. 2 *ustawy System Ubezpieczeń Społecznych*).¹³³ Hat eine Person mehrere Verträge abgeschlossen, besteht eine Beitragspflicht nur für das Einkommen aus einem dieser Verträge. Nach der Reform, die für das erste Quartal 2023 angekündigt ist,¹³⁴ sollen nun alle Unterschiede, die aktuell noch zwischen der Sozialversicherungspflicht für Arbeitsverträge und für zivilrechtliche Verträge

¹³² EuGH 24.2.2022 – C-389/20 (CJ .I. Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)), ECLI:EU:C:2022:120, für eine Bestimmung des spanischen Rechts der Arbeitslosenversicherung. Aufgrund des grenzüberschreitenden Charakters der Live-In-Beschäftigung (Art. 45 AEUV, Entsende-Richtlinie) ist das Unionsrecht auch auf die polnischen Mindestlohnvorschriften anwendbar.

¹³³ Die jährliche Bemessungsgrundlage für die Beiträge (d.h. das Einkommen) darf in einem bestimmten Kalenderjahr nicht höher sein als das Dreißigfache des voraussichtlichen durchschnittlichen Monatsentgelts in der Volkswirtschaft für ein bestimmtes Kalenderjahr (Artikel 19 Abs. 1 des Gesetzes über das Sozialversicherungssystem). Die Beitragsbemessungsgrundlage für die obligatorische Unfall- und die freiwillige Krankenversicherung entspricht der für die Renten- und Invaliditätsversicherung, allerdings mit einer etwas geringeren oberen jährlichen Beitragsbemessungsgrundlage (Art. 20 des Gesetzes über das Sozialversicherungssystem).

¹³⁴ Siehe oben Fn. 116.

bestehen, entfallen. Auch zivilrechtliche Verträge sollen dann unabhängig vom Einkommen und auf der Basis des tatsächlichen Einkommens voll sozialversicherungspflichtig werden.¹³⁵

Außer in den Fällen, dass der Vertrag „im Rahmen einer unternehmerischen Geschäftstätigkeit“ der Auftragnehmerin durchgeführt wird (siehe unten III.2.e)), ist die Beitragszahlung bei zivilrechtlichen Dienstverträgen zwischen Auftragnehmer:in und Auftraggeber:in aufgeteilt.¹³⁶

Darüber hinaus haben alle Beschäftigten oder Gleichgestellte das Recht auf kostenlose Gesundheitsversorgung ("ubezpieczenie zdrowotne"); dieser Versicherungsschutz wird durch den Nationalen Gesundheitsfonds *Narodowy Fundusz Zdrowia* (NFZ) implementiert. Anderes gilt hingegen für den Verdienstausschlag infolge einer Krankheit (*ubezpieczenie chorobowe*). Das polnische Recht kennt insofern ohnehin keine Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, sondern verweist auf die Krankenversicherung. Alle Beschäftigten, die in der obligatorischen Renten- und Invaliditätsversicherung versichert sind, können sich hierfür freiwillig in der Krankenversicherung versichern. Sie erhalten dann z.B. auch Krankengeld¹³⁷ und Mutterschafts- sowie Elterngeld.¹³⁸

e) Dienstverträge „im Rahmen einer unternehmerischen Geschäftstätigkeit“ im polnischen Recht

Die Sozialversicherungspflicht gilt auch, wenn der zivilrechtliche Dienstvertrag „im Rahmen der unternehmerischen Geschäftstätigkeit“ der Auftragnehmerin abgeschlossen wurde. Übt die Auftragnehmerin eine solche selbstständige „unternehmerische Tätigkeit“ aus und wird der Vertrag im Rahmen dieser Tätigkeit abgeschlossen, so werden Sozialversicherungsbeiträge nur auf einer Bemessungsgrundlage von 30 Prozent des Mindestlohns abgeführt.¹³⁹

Der wichtigste Unterschied zu sonstigen Dienstverträgen liegt allerdings darin, dass bei Verträgen „im Rahmen der unternehmerischen Geschäftstätigkeit“ die Auftragnehmer:innen den Beitrag zur Rentenversicherung aus eigenen Mitteln zahlen. Verträge legen deshalb z.T.

¹³⁵ Europäische Kommission, Vorschlag für einen Durchführungsbeschluss des Rates zur Billigung der Bewertung des Aufbau- und Resilienzplans Polens, 1.6.2022, COM(2022)268 fin, Annex S. 60 (Punkt A71G: "(i) ensure that all civil-law contracts are subject to social security contributions (pension, disability, accident and occupational disease, sickness benefits), regardless of the income earned, with the exception of contracts with students under 26 years of age; (ii) abolish the rule that social security contributions are paid on the basis of minimum wage for civil-law contracts").

¹³⁶ Ustawa z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych, Art. 16 ust. 4.

¹³⁷ Ustawa z dnia 25 czerwca 1999 r. o świadczeniach pieniężnych z ubezpieczenia społecznego w razie choroby i macierzyństwa). Sie müssen hierfür 90 Tage lang ununterbrochen Krankenversicherungsbeiträge gezahlt haben (der Satz beträgt 2,45 Prozent des Gesamtbeitrags). Das Krankengeld beträgt dann 80 Prozent des durchschnittlichen Monatsentgelts eines Arbeitnehmers in den letzten 12 Monaten vor der Erkrankung.

¹³⁸ Ustawa z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych), Art. 11 (2) i. V. m. Art. 6 (1) pkt. 5.

¹³⁹ Sztabińska, in: Holda (Hrsg.) 2021.

fest, ob die Auftragnehmerin ihre Aufgaben innerhalb oder außerhalb des Bereichs einer eigenen unternehmerischen Geschäftstätigkeit ausführt.

Nach dem Gesetz über das Unternehmertum (*Prawo Przedsiębiorców*) ist eine „unternehmerische Tätigkeit“ eine organisierte gewerbliche Tätigkeit, die in eigenem Namen und auf Dauer ausgeübt wird (Art. 3). Der Begriff der „unternehmerischen Tätigkeit“ kommt aus dem polnischen Einkommensteuerrecht (*Ustawa z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych*).¹⁴⁰ Art. 5b Abs. 1 des Einkommensteuergesetzes definiert insofern die unternehmerische Tätigkeit negativ. Zivilrechtliche Dienstverträge, die die folgenden Kriterien kumulativ erfüllen, fallen nicht unter den Begriff: 1) der Auftraggeber trägt die Verantwortung gegenüber Dritten für das Ergebnis der Tätigkeit und deren Ausführung; 2) die Tätigkeit wird unter Leitung des Auftraggebers und an den von diesem bestimmten Ort und Zeit ausgeführt; 3) die Auftragnehmerin trägt nicht das wirtschaftliche Risiko, das mit der durchgeführten Tätigkeit verbunden ist.¹⁴¹ Die polnische Sozialversicherungsanstalt ZUS nimmt auf dieser Grundlage an, dass ein Dienstvertrag einer Selbstständigen nicht im Rahmen von deren unternehmerischer Geschäftstätigkeit ausgeführt wird, wenn die Auftragnehmerin ausschließlich für ein einziges Unternehmen tätig wird. Für diesen Fall gehe man in der Regel davon aus, dass der Vertrag der Umgehung des Arbeitsrechts diene und in Wirklichkeit eine Arbeitnehmerstellung anzunehmen sei.¹⁴²

3. Analyse von Verträgen und typischen Konstellationen

Unter den 30 Verträgen, die uns zur Analyse zur Verfügung standen, waren acht als „Arbeitsverträge“ bezeichnet, 22 als zivilrechtliche Dienstverträge. In drei dieser Verträge wird explizit die „Selbstständigenstellung“ (Vertrag im Rahmen unternehmerischer Geschäftstätigkeit) angesprochen. Die folgende Analyse beschränkt sich auf die zivilrechtlichen Dienstverträge.

a) Bezeichnung des Vertragstyps

Fast alle Dienstverträge regeln explizit, dass „kein Arbeitsverhältnis zwischen dem Vermittler und Dienstleister begründet wird“ oder „der Auftragnehmer keine Arbeitnehmerrechte aus diesem Vertrag erwirbt“. Diese Angaben entfalten per se allerdings noch keine Rechtswirkungen, da sie nicht ausschließen, dass ein faktisches Arbeitsverhältnis (Scheinselbstständigkeit) besteht (siehe oben III.1.a)).

b) Bestimmung der vertraglichen Leistungen/Weisungsbindung

Vor diesem Hintergrund sind diejenigen Vorschriften von rechtlichem Interesse, die etwas über die Weisungsbindung der Auftragnehmer aussagen.

¹⁴⁰ Dz.U.2021.1128 t.j.

¹⁴¹ Oberstes Gericht 24.7.2001 – I PKN 560/00.

¹⁴² ZUS 2019, 28

Vertragsbestimmungen, wonach die Auftragnehmerin verpflichtet ist, auch andere als die im Vertrag genannten laufenden Tätigkeiten im Auftrag des Vorgesetzten zu erbringen, stellen **Hinweise auf Weisungsrechte und damit Arbeitsverträge** dar. In dieser Richtung finden sich die folgenden Formulierungen: *„Der Auftragnehmer verpflichtet sich, für die Dauer des Vertrages zur Verfügung zu stehen, um die im Vertrag festgelegten Aufgaben und die spezifischen Aufgaben im Zusammenhang mit der Zusammenarbeit bei der Organisation der Betreuung der ihm anvertrauten Personen, die so genannten ‚Anweisungen‘, zu erfüllen. Was die Änderung von Aktivitäten betrifft, so kann ihr Inhalt anhand von Anweisungen und Anordnungen geändert oder präzisiert werden.“* Oder in einem anderen Vertrag: *„Bei Bedarf kann der Tätigkeits- und Verantwortungsbereich durch mündliche Anweisung des Arbeitgebers jederzeit geändert bzw. ergänzt werden.“* bzw. *„Der Arbeitgeber behält sich vor, den Arbeitnehmer in anderen Arbeitsbereichen einzusetzen und ihm alle zumutbaren Aufgaben zuzuweisen, die seiner Ausbildung, Fähigkeiten, Berufserfahrungen entsprechen, wenn dies aus betrieblichen Gründen oder in der Person oder im Verhalten des Arbeitnehmers liegenden Gründen geboten erscheint.“* Auch die folgende Formulierung ergibt solche Hinweise: *„Darüber hinaus ist der Auftragnehmer bereit, weitere 40 Stunden (d.h. 160 Stunden im gesamten Abrechnungszeitraum) zugunsten des Auftraggebers zu leisten und stellt diese zur freien Verfügung des Auftraggebers.“* Ein Vertrag verweist für den genauen Umfang der Tätigkeit auf eine „Arbeitsordnung“ (*regulamin*), ein Begriff der üblicherweise eher mit Arbeitsverträgen assoziiert wird.

Zwei Formulierungen wirken zwar so, als könnten sie auf Weisungsbindung hinweisen, sind aber in der Sache **mit der Annahme von Selbstständigkeit vereinbar**. Wenn es z.B. heißt, *„bei der Ausführung des Auftrags untersteht der Auftragnehmer nicht der direkten Weisung der Gesellschaft, ist nicht von der Gesellschaft abhängig und nicht an deren Anweisungen gebunden“* und dann der Zusatz kommt *„Er sollte jedoch alle angemessenen Anweisungen der Gesellschaft hinsichtlich der Vertragserfüllung berücksichtigen“*, wird dies so auszulegen sein, dass es sich auf die auch bei Dienstverträgen üblichen Anweisungen bezieht. Auch der Satz *„Der Auftragnehmer führt sorgfältig die ihm anvertrauten Arbeiten aus“* normiert eher einen Haftungsmaßstab (Sorgfalt) und sagt eher nichts über die Befugnis der Zuweisung von Arbeiten aus.

Zuletzt gibt es die unterschiedlichsten abstrakten **Formulierungen, die das Ziel verfolgen, Weisungsbindung auszuschließen**. Am auffallendsten sind insofern diejenigen Verträge, die die Aufgaben sehr detailliert beschreiben; sie enthalten z.T. sehr genaue Listen von Tätigkeiten, manchmal auch als geschlossenen Katalog; überwiegend erfolgt dies in Anhängen, manchmal auch im Vertragstext. Daneben gibt es eher abstraktere Formulierungen wie *„Weisungsfreiheit“*, oder *„der Auftragnehmer stellt sicher, dass es keine Einflussnahme auf die*

Art und Weise der Leistungserbringung durch den Auftragnehmer gibt“. Andere Verträge formulieren den gleichen Anspruch positiv: *„Der Auftragnehmer erbringt seine Leistungen nach dem aktuellen Bedarf des Auftraggebers im Rahmen seiner eigenen Verfügbarkeit“*, *„Die Wahl der Art und Weise und des Zeitpunkts der Durchführung der Tätigkeiten obliegt allein dem Auftragnehmer“* oder *„Das Unternehmen kann einen Zeitrahmen innerhalb der vom Auftragnehmer angegebenen Verfügbarkeit angeben. [...] Der Auftragnehmer entscheidet selbst über die Aufteilung der angegebenen Zeit für Pflegeleistungen.“* Solche Formulierungen sind aber nur ein erster Hinweis darauf, dass tatsächlich Weisungsfreiheit besteht. Denn für die abschließende Beurteilung kommt es weniger auf den Vertragstext als auf die tatsächliche Durchführung an. Trotz solcher Formulierungen kann also ein Arbeitsvertrag vorliegen, wenn entweder der Auftraggeber (die Agentur) Weisungen erteilt, oder die Live-in-Kräfte an Personen in Deutschland überlassen werden, die dann wiederum Weisungen erteilen können (Arbeitnehmerüberlassung).

c) Festlegung des Arbeitsorts

Von besonderer Relevanz für die Einordnung als Arbeits- oder Dienstvertrag sind Weisungen zu Arbeitsort und Arbeitszeit. Für die vertragliche Gestaltung von Arbeitsort und Arbeitszeit finden sich zwei Vertragstypen: Es gibt einmal **Rahmenverträge**, aufgrund derer dann konkrete Einsätze gesondert bestimmt werden, und **befristete Verträge**, die von vornherein für einen bestimmten, einmaligen Einsatz abgeschlossen werden, dessen Ort dann im Voraus festgelegt wird. Bei den befristeten Verträgen ist der Arbeitsort vertraglich im vornhinein festgelegt, so dass sich insoweit kein Weisungsrecht bestehen kann.

Zwei Rahmenverträge ähneln insofern den befristeten Verträgen, als sie vorsehen, dass *„der Ort der Ausführung des Auftrags [...] von den Parteien jedes Mal vereinbart und festgelegt [wird], bevor der Auftragnehmer mit der Ausführung des Auftrags beginnt.“* Dies ist unproblematisch mit der Annahme von Selbstständigkeit vereinbar.

Problematisch sind jedoch Bestimmungen, wie sie die meisten der uns vorliegenden Rahmenverträge enthalten: *„Der Auftragnehmer wird an dem vom Auftraggeber genannten Ort Leistungen zu Gunsten der ihm vom Auftraggeber genannten Person erbringen.“* Oder *„Der Arbeitgeber gibt stets den Ort an, an dem die häuslichen Hilfs- und Pflegeleistungen erbracht werden. Der Ort der Leistungserbringung kann schriftlich, per E-Mail, Fax oder Telefon angegeben werden und ist für den Auftragnehmer verbindlich.“* Zwar ist es grundsätzlich auch für Dienstverträge nicht unüblich, dass der Ort sich aus Sachnotwendigkeiten der Dienstleistung ergibt. Besteht allerdings ein Rahmenvertrag über die Ausführung von Pflege-/Betreuungsleistungen und ist die Live-in-Betreuerin vertraglich verpflichtet, bestimmte Einsätze wahrzunehmen, so ist dies ein deutliches Indiz für Weisungsbindung. Das gleiche

gilt, wenn zwar der Vertrag hierzu nichts aussagt, in der Praxis aber eine Verpflichtung zur Wahrnehmung bestimmter Einsätze auf Anweisung der Agentur besteht.

d) Festlegung der Arbeitszeit

Sehr häufig werden die Auftragnehmerinnen dazu verpflichtet, *„dem Auftraggeber am Ende eines jeden Monats ein ausgefülltes **Einsatzstundenbuch** zu übergeben“* oder auf andere Weise am Monatsende die Stunden nachzuweisen. Solche Bestimmungen sind mit der Annahme von Selbstständigkeit vereinbar, insbesondere wenn die Abrechnung auf Stundenbasis erfolgt; dann handelt es sich nicht um ein Instrument der Weisungsbindung, sondern der Abrechnung.

Viele andere Verträge enthalten hingegen **Angaben zu Höchstarbeitszeiten**, die für alle diejenigen, die die Praxis in der Ausführung der Verträge kennen, wundern dürften: Arbeitszeiten von *„höchstens 40 Stunden pro Woche“*, *„4-8 Stunden täglich/ bis zu 10-15 Stunden pro Woche/bis zu 40-60 Stunden monatlich“*, *„max. 120 Stunden pro Monat“*; wöchentlich durchschnittlich 35 Stunden. Für diese Verträge ist auch charakteristisch, dass sie jeweils ein Verfahren für den Fall vorsehen, dass der vereinbarte Zeitrahmen überschritten wird. Dann ist in der Regel eine Zustimmung oder manchmal auch nur Information der Agentur erforderlich. Dies ließe sich jedoch gerade in einem Dienstvertrag auch damit begründen, dass bei Verträgen auf der Basis von Stundenentgelten die andere Vertragspartei wissen muss, wenn die vereinbarte Gesamtsumme nicht ausreichen wird.

Von Interesse für die Abgrenzung zum Arbeitsvertrag sind vor allem solche Bestimmungen, die **die Zeiteinteilung der Beschäftigten erheblich einschränken**. Diese Bestimmungen sind zunächst nicht für die Einordnung als Arbeits- oder Dienstvertrag relevant, sondern auch im Hinblick auf die Gestaltung der Arbeitsbedingungen (und der Gewährleistung von Mindestruhezeiten, siehe dazu genauer unten IV.1). In zwei Verträgen fällt der Begriff *„24-h-Betreuung“*, einmal ohne weitere Angaben, das andere mit dem Hinweis *„nachts (21:00 bis 7:00 Uhr) ist eine ständige Anwesenheit gewährleistet. Unter der Woche hat der Auftragnehmer das Recht, den Einsatzort (nach Vereinbarung) für 10 Stunden zu verlassen.“* Ein Vertrag äußert sich insofern eher widersprüchlich, indem einerseits formuliert wird, dass *„der Dienstleister [in diesem Fall eine Seniorenbetreuungsfirma] in der Bestimmung seiner Arbeitszeiten frei [ist]. Die Einsatzzeiten werden zwischen den Vertragsparteien einvernehmlich abgestimmt“*, es andererseits aber in deutlichem Widerspruch hierzu heißt: *„In der Nacht zwischen 22:00 und 7:00 Uhr gilt lediglich eine Rufbereitschaft für Notfälle. Der Dienstleister kann sich täglich die Erbringung der Dienstleistung so einteilen, dass in der Zeit zwischen 11:00 Uhr und 20:00 Uhr eine Abwesenheit von zwei Stunden vom Dienstleistungsort möglich ist. Die Abwesenheitszeit kann ebenfalls nach Absprache innerhalb einer Woche unterschiedlich geteilt werden.“* In einem anderen Vertrag heißt es: *„Der Umfang der*

erbrachten Leistungen wurde auf maximal 160 Stunden pro Monat festgelegt. In der verbleibenden Zeit des Tages sollte der Auftragnehmer in Bereitschaft sein, um den Auftraggeber zu unterstützen und eventuell zu helfen“ oder in einem weiteren Vertrag „Die Pflegeperson hat Anspruch auf 2 Stunden Pause pro Tag oder 2 mal einen halben Tag oder einen ganzen Tag pro Woche. Die Pause wird für den Fall angepasst, dass ein Familienmitglied die Pflegeperson ersetzt.“ Bestimmungen wie diese deuten auf eine bestehende Weisungsbindung hin.

Auf der anderen Seite ist eine große Freiheit in der Festlegung der Arbeitszeit noch kein Hinweis auf eine selbstständige Tätigkeit, denn das polnische Arbeitsrecht kennt auch Arbeitzeitsysteme, bei denen Arbeitnehmer:innen ihre Arbeitszeit selbst bestimmen (sog. „aufgabenbezogene Arbeitszeit“ nach Art. 140 KP). Solche Arbeitszeitmodelle kommen auch bei der Beschäftigung von Betreuerinnen für Live-in-care in Deutschland vor.¹⁴³

Dies spricht dafür, die Bestimmungen über die Freiheit zur Bestimmung von Arbeitszeiten bei der Einordnung der Beschäftigung als „Arbeitsverhältnis“ oder „zivilrechtlichen Dienstvertrag“ nicht in den Vordergrund zu stellen. Denn das Hauptproblem besteht in der Praxis der Live-in-care meist darin, dass Arbeitszeiten sich aus den Anweisungen und Erwartungen der betreuten Person bzw. deren Familie vor Ort ergeben (siehe oben I.2).

e) Delegation an Dritte

In den meisten (neun) der uns vorliegenden Verträge erfordert eine Delegation die vorherige (manchmal schriftliche) Zustimmung des Auftraggebers. Nur ein Vertrag lässt die Delegation explizit und uneingeschränkt zu; die restlichen Verträge äußern sich nicht zum Thema.

Alle diese Bestimmungen sind mit der Annahme von Selbstständigkeit aber noch vereinbar. Etwas problematischer ist dies nur für die vier Verträge, die eine Delegation an Dritte vollständig ausschließen. Hier kommt es auf den Gesamtkontext des Vertrags an, ob man dies bereits als Indiz für einen Arbeitsvertrag, oder eher als Ausdruck eines besonderen persönlichen Vertrauensverhältnisses ansieht, wie es auch in einem zivilrechtlichen Dienstvertrag vereinbart sein kann.

f) Kontroll- und Sanktionsmechanismen

Relevant für die Abgrenzung zwischen Arbeits- und Dienstvertrag ist auch, ob und inwieweit Auftraggeber Kontrollen und Sanktionsmechanismen etabliert haben; dies kann Rückschlüsse auf einseitige Weisungsbefugnisse zulassen. Auch hier ist zu beachten, dass nicht nur Hinweise auf Weisungsbefugnisse der Agentur, sondern auch Weisungsbefugnisse der

¹⁴³ So war es z.B. in den Fällen Bezirksgericht Legnica 29.10.2015 - V Pa 104/15; Oberstes Gericht 19.10.2017 – III PK 146/16.

Familie der betreuten Person für die Einordnung maßgeblich sein können (genauer dazu unten III.3.g)(ii)-(iv)).

Manche Verträge enthalten solche Befugnisse z.B. mit der Formulierung, *„der Auftraggeber und die Familie oder der Kooperationspartner haben das Recht, den Auftragnehmer ohne ihn darüber zu informieren am Arbeitsplatz zu kontrollieren und die Qualität, Aktualität und Sicherheit seiner Dienstleistung zu prüfen.“* Einen noch deutlicheren **Hinweis auf arbeitsrechtliche Einbindung** enthält insofern die folgende Vertragsklausel: *„Erhält der Auftragnehmer nach Abschluss des Auftrags eine negative Stellungnahme von der Familie [...], ist der Auftraggeber berechtigt, 30 Prozent der monatlichen Vergütung abzuziehen. Die negative Stellungnahme wird in die Personalakte des Auftragnehmers aufgenommen und kann negative Folgen für die weitere Zusammenarbeit [...] haben.“*

Andere Sanktionen entsprechen hingegen eher dem, was auch bei einem selbstständigen Dienstvertrag üblich wäre, wie z.B. das Recht des Auftraggebers, „mangelhaft erbrachte Leistungen“ nicht zu bezahlen und den Vertrag unter bestimmten Voraussetzungen zu kündigen. Interessant erscheint auch die folgende Gestaltung von Konfliktsituationen in der Familie in Deutschland (die mit der Annahme eines Dienstvertrags vereinbar ist): *„Bei einer Konfliktsituation mit dem Patienten und/oder seiner Familie [...], ist der Auftragnehmer verpflichtet, telefonisch und per E-Mail seinen Koordinator und zusätzlich [...] die Rechtsabteilung unverzüglich zu informieren. Unternimmt die Auftragnehmerin ohne vorherige Rücksprache Schritte, die nicht Hilfeleistung oder Lebensrettung oder andere unerlässliche Handlungen zugunsten des Patienten oder/und der Familie betreffen, trägt sie Gefahr und Folgen dieser Handlungen.“*

g) Gesamtbewertungen von Live-in-care

Insgesamt haben wir in mindestens vier der vorliegenden Dienstverträge Hinweise gefunden, nach denen bereits der Vertragstext ein Arbeitsverhältnis nahelegte. Hierunter fand sich auch derjenige Vertrag, der als „Vermittlungsvertrag“ bezeichnet war, also auf den ersten Blick die geringsten Verpflichtungen der Agentur begründen sollte. Eine abschließende Einschätzung, in welchen der vorliegenden Beispielsverträge tatsächlich ein arbeitsrechtliches Verhältnis nach polnischem Recht vorliegt, ist jedoch alleine aufgrund der vertraglichen Unterlagen nicht möglich. Die meisten Vertragsbeispiele enthalten sowohl Bestimmungen, die auf eine selbständige Tätigkeit, als auch solche, die auf ein Arbeitsverhältnis hindeuten können.

Für die Bewertung bedarf es zusätzlich zur Analyse des Vertragstextes einer Gesamtbetrachtung, die auch die tatsächliche Durchführung des Vertrags berücksichtigt. Da uns diese Angaben für die vorliegenden Beispielsverträge fehlen, kann dies hier nicht unternommen werden. Auf Basis der vorliegenden Rechtsprechung sowie unter Zugrundelegung einer

typisierten Fallgestaltung (siehe oben I.2) kann jedoch gezeigt werden, worauf im Einzelfall zu achten sein wird, und welche besonderen Fallstricke sich stellen.

Diese Bewertung erfolgt zunächst nach polnischem Recht ((i) und (ii)). Für die Anwendung des deutschen Mindestarbeitsbedingungen nach Entsenderecht ist hingegen der deutsche Arbeitnehmerbegriff maßgeblich, hierauf wird unter (iii) eingegangen. Nur für die Frage, ob bei Wahl des polnischen Rechts (z.B. in einem zivilrechtlichen Dienstvertrag) zusätzlich das günstigere deutsche Recht anzuwenden ist (Art. 8 Abs. 1 S. 2 Rom I-VO), kommt es auf den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff an ((iv)).

(i) Polnische Rechtsprechung: Überblick

Von Interesse ist dabei zunächst ein **Urteil des Obersten Gerichts** vom 17. Februar 1999;¹⁴⁴ Es hatte keinen Bezug zu Deutschland, sondern betraf 19 häusliche Pflegekräfte, die durch den polnischen Sozialhilfeausschuss in Polen beschäftigt wurden. Die Beschäftigungsverhältnisse zeichneten sich dadurch aus, dass die Betreuer:innen wochentags im Durchschnitt jeweils 8 Stunden pro Tag arbeiteten und die Arbeit persönlich ausführten. Ihr Arbeitsplan wurde von den Außendienstmitarbeiter:innen des Sozialhilfeausschusses festgelegt, der die Arbeit auf der Grundlage des von den Sozialarbeiter:innen vor Ort gemeldeten Bedarfs organisierte. Die Betreuer:innen waren zunächst im Rahmen von Arbeitsverträgen tätig; dann wurden diese Verträge durch zivilrechtliche Dienstverträge abgelöst.

Umstritten war insbesondere, ob die Betreuer:innen gegenüber dem „Feldorganisator“ des Sozialhilfeausschusses weisungsgebunden waren. Der Oberste Gerichtshof verneinte dies.

In seinem Urteil stellte der Oberste Gerichtshof auf einige formale Änderungen ab, die mit der Ablösung der Arbeits- durch Dienstverträge verbunden waren. So durften die Betreuer:innen sich nun grundsätzlich (mit Zustimmung des Auftraggebers) vertreten lassen. Zudem wurde auf den Zeiterfassungsbögen nur in der Anfangsphase die genaue Anfangs- und Endzeit der Tätigkeit angegeben; später bezog sich dies nur noch auf die Gesamtanzahl der Stunden, die betreuten Kund:innen "zugewiesen" waren. Anstelle von Stundenzetteln wurden nur noch monatliche Berichte erstellt; Anwesenheitslisten wurden nicht mehr unterzeichnet. Zudem wurde die Arbeit der Pflegekräfte nicht mehr (wie noch zur Zeit der Arbeitsverträge) einmal im Monat überprüft; eine Kontrolle fand nun nur noch im Falle von Konflikten oder Vorbehalten seitens der Kund:innen statt. Während die Betreuer:innen vorher auf Grundlage der Ergebnisse von Kontrollen und Bewertungen Prämien und Preise bekommen konnten, waren solche Leistungen nun nicht mehr vorgesehen.

¹⁴⁴ Oberstes Gericht 17.1.1999 – I PKN 568/98.

Neben diesen Hinweisen auf fehlende Kontrollen entnahm das Oberste Gericht das Fehlen einer Weisungsbefugnis insgesamt maßgeblich daraus, dass die Betreuer:innen keine Vorgaben dazu hatten, wann die Arbeit auszuführen war. Sie könnten ihre Arbeit jederzeit verrichten; die Betreuungszeiten würden nach Absprache mit den Kund:innen selbst festgelegt. Die Person, die über den Zeitpunkt der Erbringung der Dienstleistung entscheide, sei nicht der Auftraggeber, sondern die Person, für die die Dienstleistung erbracht werde. Den Schritt, Arbeitnehmerüberlassung zu diskutieren, ging der Gerichtshof allerdings nicht.

Auf dieser Grundlage akzeptierten auch polnische Instanzgerichte in neueren Urteilen die Einordnung von häuslichen Pflegekräften als „Selbstständige“. Insgesamt liegen drei veröffentlichte Urteil von Amts- bzw. Bezirksgerichten zu dieser Abgrenzung vor.

So wies **das Amtsgericht Jelenia Góra** im Jahre 2017 die Klage einer Live-in ab, die mit einem Dienstvertrag durch eine Agentur in Deutschland eingesetzt worden war.¹⁴⁵ Entscheidend für die Einordnung als „selbstständig“ war für das Gericht einerseits, dass die Live-in nicht nur das Recht hatte, Beschäftigungsangebote der Agentur abzuweisen, weil ihr der Ort oder andere Bedingungen nicht zusagten, sondern dass sie das in einem Fall auch tatsächlich getan hatte, ohne dass es für sie negative Folgen (z.B. für weitere Einsätze) hatte. Ein weiteres wichtiges Kriterium gegen die Annahme eines Arbeitsvertrags war im konkreten Fall, dass die Agentur *„sich nicht in die Art und Weise einmischte, wie die Pflegekräfte ihre Aufgaben erfüllten, und sie nicht beaufsichtigte“*. Die Agentur hatte selbst niemanden vor Ort und nahm während des Aufenthalts in Deutschland lediglich zweimal Kontakt auf: zu Beginn der Reise, um sich zu vergewissern, dass die Live-in am Ort eingetroffen war, und am Ende der Reise, um sie über die Abfahrtszeit des Busses nach Polen zu informieren.

Zu einem ähnlichen Ergebnis kam das **Amtsgericht Szczecin** im April 2018 anlässlich einer Klage gegen ein Unternehmen, das Betreuungsleistungen für Personen erbrachte, die vom Städtischen Zentrum für Familienhilfe angezeigt werden (hier gab es also wieder keinen grenzüberschreitenden Bezug).¹⁴⁶ Dies war so organisiert, dass die Dauer der täglichen/wöchentlichen Betreuung durch Verwaltungsbescheid des städtischen Familienfürsorgezentrums festgelegt wurde. Auf dieser Grundlage vereinbarte die Live-in Beginn und Ende ihrer Arbeit individuell, ohne dass die Arbeitszeit durch das Unternehmen genehmigt werden musste. Am Monatsende legte die Live-in ein Arbeitsblatt vor, auf dem die Zahl der geleisteten Arbeitsstunden eingetragen wurden, und zwar ausschließlich zum Zweck der Berechnung der Vergütung. Die Betreuer:innen erhielten gelegentlich Anfragen zu Notfällen und sogenannten

¹⁴⁵ Amtsgericht Jelenia Góra 21.2.2017 – IV P 31/16.

¹⁴⁶ Amtsgericht Szczecin 18.4.2018 – IX P 73/17.

„Interventionsstunden“, konnten sich jedoch weigern, einer solchen Anordnung nachzukommen. Die Kontrollen „beschränkten sich darauf zu überprüfen, ob sie die Pflege in Übereinstimmung mit dem Dienstvertrag erbrachte“; diese Kontrollen fanden allerdings auch nur selten statt (mindestens einmal pro Jahr).

Auf dieser Grundlage akzeptierte das Amtsgericht Szczecin die Annahme eines zivilrechtlichen Dienstvertrags. Es habe „kein Element der Unterordnung des Arbeitnehmers in Bezug auf Arbeitszeit oder Leistung unter die Aufsicht eines Vorgesetzten“ gegeben; insbesondere habe das Unternehmen sich nicht in die Art und Weise eingemischt, in der die einzelnen Betreuer:innen ihre Arbeit organisierten.

Zu einem ähnlichen Ergebnis kam (in einem ähnlichen Sachverhalt) das **Amtsgericht in Rybnik** im Mai 2021.¹⁴⁷ Auch hier beauftragte die Agentur die Betreuer:innen zur Erfüllung eines Vertrages mit dem Städtischen Sozialzentrum über Betreuungsleistungen Dritter. Der Umfang der Tätigkeiten umfasste Hilfe bei der Befriedigung von Bedürfnissen des täglichen Lebens, hygienische Pflege, ärztlich verordnete Pflege und die Sicherstellung von Kontakten der betreuten Person mit der Umwelt. Die Live-in übte ihre Tätigkeit von Montag bis Freitag und manchmal auch an Wochenenden aus. Die tägliche Arbeitszeit schwankte zwischen 2 und 12 Stunden und fiel auf verschiedene Tageszeiten. Die Arbeit an bestimmten Tagen und Stunden wurde von der Live-in laufend auf Arbeitskarten und in monatlichen Arbeitsplänen vermerkt. Anwesenheitslisten wurden aber nicht unterzeichnet.

Die Live-in war in diesem Fall zwar verpflichtet, ihre Aufgaben persönlich wahrzunehmen. Nach Meinung des Amtsgerichts spielte dies jedoch für die Einordnung keine Rolle, da sich die Notwendigkeit der persönlichen Durchführung aus der Art der ausgeübten Tätigkeiten ergab; Pflegetätigkeiten erforderten eine entsprechende Vorbereitung und Erfahrung. Das Amtsgericht Rybnik kam insgesamt zum Schluss, dass die Agentur nicht vorgeschrieben habe, in welchem Zeitraum die Leistungen zu erbringen waren, sondern lediglich den Umfang der Betreuung bestimmt. Sie habe es also der Live-in überlassen, die genaue Arbeitszeit und die Art der ausgeübten Tätigkeiten zu bestimmen; der Arbeitsplan habe sich nach den Bedürfnissen der zu Betreuenden gerichtet.

(ii) **Bewertung**

Die polnische Rechtsprechung kommt damit zwar in einigen Fällen zu einer Anwendung des Rechts der zivilrechtlichen Dienstverträge; allerdings gehen die Gerichte dabei immer davon aus, dass die vertraglich geregelten Freiheiten in der Gestaltung in der Praxis auch tatsächlich ausgeübt werden konnten.

¹⁴⁷ Amtsgericht Rybnik 20.5.2021 – V P 114/20.

Der wichtigste blinde Fleck, den die Auseinandersetzung mit den Verträgen und der Rechtsprechung zu Live-in-care aufgedeckt hat, ist das Verhältnis der Live-ins zu den betreuten Personen. Denn zum einen gestalten die Agenturen in ihren Vereinbarungen mit den Auftraggeber:innen indirekt wesentlich deren Erwartungen und Anforderungen an die Live-in-Kräfte. Insbesondere die Erwartung der Familien und betreuten Personen, eine „24h-Betreuung“ zur Verfügung gestellt bekommen zu haben, schränkt die Handlungsoptionen der Live-ins vor Ort ganz erheblich ein; diese Erwartung wird aber durch die Agenturen maßgeblich gestaltet. Die Arbeitnehmer:innenstellung kann sich insofern gerade daraus ergeben, dass die Art ihrer Aufgabe von vornherein nicht feststeht, aber auch nicht frei gestaltet werden kann, sondern sich praktisch vollständig aus den organisatorischen Notwendigkeiten der Tätigkeit ergibt¹⁴⁸ - denen die Live-in-Kräfte mangels entsprechender Ausbildung und mangels Handlungsalternativen vor Ort faktisch vollständig unterworfen sind.

Geht man jedoch – wie es die polnischen Gerichte tun – davon aus, dass die Agenturen keine Möglichkeit des Einflusses auf die Gestaltung vor Ort haben, so muss eine Arbeitnehmerüberlassung an den jeweiligen deutschen Haushalt/Vertragspartner in Betracht gezogen werden. Dies wurde in der polnischen Rechtsprechung bisher noch nicht erwogen, liegt aber nahe, wenn man die erhebliche Beschränkung der Handlungsmöglichkeiten berücksichtigt, der sich aus der üblichen engen Einbindung der Live-in-Kräfte in die deutschen Haushalte in Betracht zieht.

(iii) Einordnung der Rechtsverhältnisse nach deutschem Recht

Das polnische Recht der Abgrenzung von Arbeitsvertrag und zivilrechtlichem Dienstvertrag ist relevant in den Fällen, in denen es vertraglich gewählt wurde (siehe aber unten (iv) zum Arbeitnehmerbegriff der Rom I-VO), sowie in den Fällen der Entsendung. Der deutsche Arbeitnehmer:innenbegriff ist bei einer Entsendung dagegen insoweit einschlägig, als hier parallel immer auch deutsche Mindeststandards anzuwenden sind – und zwar unabhängig davon, wie das jeweilige Rechtsverhältnis nach polnischem Recht zu qualifizieren ist.

Zur Qualifizierung von Live-in-Beschäftigung gibt es in Deutschland allerdings noch kaum Gerichtsurteile. Häufig zitiert wird deshalb bis heute das Urteil des BSG aus dem Jahre 2011, das in einem Fall einer hauswirtschaftlichen Familienbetreuerin eines privaten Pflegedienstes die Einordnung als „Selbstständige“ akzeptierte (zum Sachverhalt siehe schon oben I.2).¹⁴⁹ In diesem Urteil stellt das BSG die Behauptung auf, häusliche 24-h-Pflege könne grundsätzlich „sowohl als Beschäftigung als auch im Rahmen eines freien Dienstverhältnisses“ ausgeübt

¹⁴⁸ Brors/Böning, NZA 2015, 846-850.

¹⁴⁹ BSG 28.9.2011 – B 12 R 17/09 R; ausführliche Auseinandersetzung hiermit somit mit der instanzgerichtlichen Rechtsprechung bei Thüsing 2019, 28 ff. Der Sachverhalt des von ihm 33 erwähnten Urteil des BAG ist von den typischen Fallgestaltungen von Live-in-care allerdings recht weit entfernt.

werden¹⁵⁰ – eine Annahme, die den Schutzcharakter der Einordnung als Arbeitsvertrag verkennt und methodisch problematisch ist.¹⁵¹

Die Kriterien für die Einordnung ergeben sich aus § 611a Abs. 1 BGB (für das Arbeitsrecht) bzw. § 7 Abs. 1 SGB IV (für das Sozialversicherungsrecht). Entscheidend sind dabei das Bestehen eines Weisungsrechts einerseits oder die Fremdbestimmung bzw. Eingliederung in einen fremden Betrieb andererseits. Entscheidend ist das „Gesamtbild der Arbeitsleistung“,¹⁵² auf die Bezeichnung im Vertrag kommt es im Zweifel nicht an.¹⁵³

Es ist hier nicht der Ort, konkrete einzelne Arbeitssituation arbeits- und/oder sozialversicherungsrechtlich einzuordnen; dies bleibt am Ende immer eine Entscheidung des Einzelfalls. Wichtig ist jedoch einerseits, auf die besonderen Rahmenbedingungen im Fall des BSG hinzuweisen; bereits oben (I.5) wurde darauf hingewiesen, dass in diesem Fall die Einbindung durch die Agentur in Form von Qualifizierung (zudem auch Qualitätskontrolle und Dokumentationspflichten) eher untypisch war. Vor allem aber stellte das BSG damals fest, dass die Live-in „keiner arbeitnehmertypischen Leistungspflicht [unterlegen habe], weil sich für sie bei ihrer Tätigkeit für einen Arbeitnehmer uncharakteristische Handlungsspielräume ergaben“. Diese Feststellung wird sich in den typischen Live-in-Gestaltungen eher nicht treffen lassen. Auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur wird mittlerweile ganz überwiegend davon ausgegangen, dass in den typischen Fällen von Live-in-care von einer Arbeitnehmer:innenstellung auszugehen ist.¹⁵⁴

Dementsprechend hat das BSG im Juli 2021 eine Entscheidung des Landessozialgerichts (LSG) Stuttgarts bestätigt, das die Tätigkeit einer Live-in als abhängige Beschäftigung gewertet hatte.¹⁵⁵ Hier war zwar keine Agentur zwischengeschaltet, sondern der rechtliche Betreuer (i.S.d. §§ 1896 ff BGB) der betreuten Person hatte unmittelbar mit polnischen Live-ins einen "Betreuungs- und Pflegevertrag mit freier Kost und Logis" abgeschlossen, ohne dass eine A1-Bescheinigung vorgelegen hätte. Die Deutsche Rentenversicherung (DRV) Bund wertete die Live-in-Kräfte als „nach dem Gesamtbild der tatsächlich durchgeführten Tätigkeit weisungsgebunden und in die Haushaltsabläufe der S eingebunden“; die Sozialgerichte bestätigten diese Einschätzung.

¹⁵⁰ BSG 28.9.2011 – B 12 R 17/09 R; vgl. auch BAG 11.8.2015 – 9 AZR 98/14.

¹⁵¹ Ausführlich hierzu Kocher 2022, 50 ff.; 80 ff.

¹⁵² BSG 28.9.2011 – B 12 R 17/09 R; siehe auch § 611a Abs. 1 S. 5 BGB.

¹⁵³ Vgl. § 611a Abs. 1 S. 6 BGB.

¹⁵⁴ Bucher 2018, 200 ff; Kocher, in: Rudolph/Schmidt (Hrsg.) 2019, 195; Habel/Tschenker 2022, 23 ff; Knopp, NZS 2016, 445; Brors/Böning, NZA 2015, 846-850; siehe auch den Literaturüberblick bei Thüsing 2019, 34 ff, der selbst im Ergebnis (37 f) rechtliche Bedenken gegen die Annahme einer Selbstständigenstellung äußert; vgl. auch die Kurzfassung von Thüsing/Beden/Denzer/Bleckmann/Pöschke, NZS 2021, 321.

¹⁵⁵ LSG Stuttgart 23.2.2021 – L 9 BA 1700/19; bestätigt durch BSG 23.7.2021 – B 12 R 10/21 B.

Auch einige Strafverfahren gegen Verantwortliche in Agenturen hat es in Fällen von Live-in-care zuletzt gegeben; dort ging es um den Straftatbestand des wegen unrichtiger Einordnung als Selbstständige unterlassenen Abführens von Sozialversicherungsbeiträgen (§ 266a Strafgesetzbuch (StGB)). Der Bundesgerichtshof (BGH) bestätigte z.B. 2019 ein Urteil gegen einen Einzelunternehmer, der von 2008 bis 2014 osteuropäische (meist ungelernte) Pflegekräfte aus Polen und Rumänien in Privathaushalte in Deutschland vermittelte; Entsendebescheinigungen lagen nicht vor.¹⁵⁶ Zur Arbeitgeberstellung führte das Gericht aus, dass die Zeit zwar frei eingeteilt werden konnte; die Pflegekräfte seien von dem verantwortlichen Ansprechpartner in der Familie in die jeweils erwartete Tätigkeit eingewiesen und – teilweise engmaschig – kontrolliert worden; Freizeit sei „nur ausnahmsweise gewährt“ worden. Die von der Pflegekraft konkret zu erbringende Tätigkeit wurde demnach von der zu pflegenden Person bestimmt, bzw. (falls diese hierzu nicht in der Lage war) von einem oder mehreren Angehörigen. Hier weist das Gericht auch zutreffend darauf hin, dass selbst dann, wenn Einbindung und Weisungsgebundenheit sich in der Wohnung der betreuten Person in Deutschland vollziehen und nicht in der Organisation der Agentur selbst, dies die Annahme einer Arbeitgeberstellung der Agentur nicht ausschließt; in Betracht kommt in einem solchen Fall Arbeitnehmerüberlassung.

Um die Verträge und Situationen angemessen bewerten zu können, ist zuletzt auch auf die BAG-Entscheidung vom Juni 2021 hinzuweisen,¹⁵⁷ die sich zwar nicht mit der Abgrenzung von Arbeits- und zivilrechtlichem Dienstvertrag beschäftigte, die aber sehr gut die Schwierigkeit benannte, die sich ergibt, wenn man lediglich die abgeschlossenen Verträge ohne angemessene Einschätzung der Praxis bewertet: Es fragt sich hier immer, ob die vertragliche Vereinbarung „ernsthaft gewollt war“ oder ob nicht „bei gebotener lebenspraktischer Betrachtungsweise allen Beteiligten klar gewesen sein [musste]“, dass die Praxis anders aussehen würde.

(iv) Einordnung der Rechtsverhältnisse nach Art. 8 Rom I-VO

Noch eine weitere Rechtsordnung ist relevant für die Einordnung der Rechtsverhältnisse zwischen polnischer Agentur und Betreuerin: Für die Abgrenzung nach der Rom I-VO ist der (autonom, also unionsrechtlich) zu bestimmende Arbeitnehmerbegriff einschlägig.¹⁵⁸ Er stimmt

¹⁵⁶ BGH 24.9.2019 – 1 StR 346/18, BGHSt 64, 195 m. zust. Anm. Brand, NJW 2019, 3535 f; das Urteil war rechtsdogmatisch auch deshalb von Interesse, weil es den Irrtum über die Arbeitgeberstellung nicht mehr als Verbots-, sondern als Tatbestandsirrtum einordnete; für die Fragen dieser Studie ist diese Frage jedoch nicht von Bedeutung.

¹⁵⁷ BAG 24.6.2021 – 5 AZR 505/20; siehe oben I.2., bei Fn. 23.

¹⁵⁸ Schlachter, in: ErfK, Rom I-VO, Rn. 4.

in seinen wesentlichen Elementen mit entsprechenden Definitionen im deutschen und polnischen Recht überein; der Schwerpunkt liegt auf Kriterien der Weisungsbindung.¹⁵⁹

Für Live-in-care spielt der unionsrechtliche Arbeitnehmer:innenbegriff für eine zentrale Frage eine Rolle, nämlich für die Frage, ob die Rechtswahl allein aufgrund von Art. 3 Rom I-VO, oder auch aufgrund von Art. 8 Rom I-VO zu beurteilen ist. Im letzteren Fall („Arbeitsverhältnis“ im Sinne der Rom I-VO) würde das deutsche Arbeitsrecht zusätzlich zum polnischen Recht gelten, soweit es günstiger ist (Art. 8 Abs. 1 S. 2 Rom I-VO). Da in allen der uns vorliegenden zivilrechtlichen Dienstverträge eine Rechtswahl zugunsten des polnischen Rechts getroffen wurde, beschränkt sich die Relevanz des unionsrechtlichen Begriffs auf diese Fälle.

In der Rechtsprechung des EuGH finden sich noch keine Fälle, die eine Nähe zu Live-in-care hätten; die Entscheidung „Sindicatul Familia Constanța“ akzeptierte zwar die Annahme eines Arbeitsverhältnisses zwischen Pflegeeltern und der entsprechenden (rumänischen) Behörde; deren Verpflichtung und Verantwortung gegenüber ihren Pflegekindern war jedoch von ganz anderer Art und Intensität als die von Live-in-Beschäftigten.¹⁶⁰ Da das Unionsrecht jedoch von den mitgliedstaatlichen Gerichten anzuwenden ist, kann vermutet werden, dass die polnischen oder deutschen Gerichte, wenn sie mit dem unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff zu tun bekommen, vergleichbare Orientierungen anwenden wie im nationalen Recht – jedenfalls soweit die abstrakten Rechtssätze strukturell ähnlich sind.

4. Ergebnisse

Die wesentlichen Unterschiede zwischen den Vertragstypen sowie ihre Abgrenzung ist vor allem für die sog. zivilrechtlichen Dienstverträge von Interesse. Diese sehen in der Regel die Anwendung polnischen Rechts vor, deshalb wurde hier zunächst auf Grundlage des polnischen Rechts geprüft. Wie gezeigt wurde, ist die polnische Rechtsprechung aktuell jedoch noch sehr zurückhaltend in der Bewertung der tatsächlichen Arbeitssituationen und der Berücksichtigung der Einbindungsverhältnisse im deutschen Haushalt vor Ort (siehe oben III.3.g)(i) und (ii).

Selbst wenn der jeweilige Vertrag nach der insofern einschlägigen Rom I-VO gar nicht als zivilrechtlicher Dienstvertrag, sondern als „Arbeitsvertrag“ einzuordnen wäre, wäre eine solche Wahl des polnischen Rechts allerdings zulässig. Der wesentliche Unterschied, der sich bei einer Scheinselbstständigkeit nach der Rom I-VO ergibt, ist, dass das polnische Recht durch das kollisionsrechtliche Günstigkeitsprinzip – d.h. die Anwendung deutschen Arbeitsrechts soweit günstiger – ergänzt würde.

¹⁵⁹ Siehe genauer Kocher, 2. Aufl. 2020, § 1, Rn. 101 ff; vgl. auch Habel/Tschenker 2022, 34 ff.

¹⁶⁰ EuGH, 20.11.2018 – C-147/17 (Sindicatul Familia Constanța).

Zu beachten ist aber, dass selbst für den Fall, dass nach polnischem und Unionsrecht von einer echten Selbstständigkeit auszugehen wäre, und selbst für den Fall, dass das Unternehmen zu Unrecht eine Entsende-Bescheinigung beantragt hatte, die Live-ins sich zusätzlich auf das deutsche Entsenderecht berufen können, wenn sie nach deutschem Recht als Arbeitnehmerinnen einzuordnen wären. Da der Begriff "Arbeitnehmer" für die Zwecke der Entsende-Richtlinie nach dem Recht desjenigen Mitgliedstaats zu bestimmen, in dessen Gebiet der Arbeitnehmer entsandt wird (Art. 2 Abs. 2 der Entsende-Richtlinie 96/71/EG),¹⁶¹ richtet sich die Einordnung als Arbeitsvertrag oder zivilrechtlichem Dienstvertrag insofern nach deutschem Recht.¹⁶² Das deutsche Recht ist bereits etwas sensibilisiert gegenüber Vertragsgestaltungen, die reale Weisungsverhältnisse vor Ort überdecken (siehe oben III.3.g)(iii)). Damit könnten die Live-ins ihre Ansprüche auch vor deutschen Gerichten einklagen (II.1.d)). Um solche handelt es sich nach den hier getroffenen Feststellungen aber typischerweise bei Live-in-care.

IV. Einzelne Vertragsklauseln/Rechte und Pflichten

1. Höchstarbeitszeiten

Wie bereits erwähnt, sind die Bestimmungen zur Arbeitszeit relevant für die Einordnung des Beschäftigungsverhältnisses. Oben (III.3.) ging es jedoch nur um die Frage, inwieweit sich aus Bestimmungen über die Arbeitszeit Indizien für eine Weisungsgebundenheit der Live-in ergeben können. Hier geht es nun um die Frage, welche rechtlichen Grenzen es für vertragliche Arbeitszeitregelungen im Falle von Arbeitsverträgen oder zivilrechtlichen Dienstverträgen gibt.

Hier spielt die Differenz der Beschäftigungsformen eine große Rolle, denn für zivilrechtliche Dienstverträge gibt es keine zwingenden Arbeitszeitbegrenzungen. Allenfalls aus allgemeinen Verboten sittenwidriger Vertragsgestaltung bzw. aus Verfassungsrecht lässt sich ein bestimmter Mindestschutz entnehmen.¹⁶³

Im Fall von Arbeitsverträgen (oder Scheinselbstständigkeit) ergeben sich hingegen Arbeitszeitgrenzen aus dem polnischen Arbeitsrecht sowie aus dem deutschen Arbeitsrecht (zur Frage, welche Rechtsordnung im Einzelfall anwendbar ist, siehe oben II.3.).

¹⁶¹ Siehe Majkowska-Szulc, in: Biernat/Dudzik (Hrsg.) 2009, 248, 250. Darauf weist das polnische Ministerium für Entwicklung, Arbeit und Technologie auch interessierte Unternehmen hin (<https://orka2.sejm.gov.pl/INT9.nsf/klucz/ATTBVUK5E/Prozent24FILE/i13869-01.pdf>).

¹⁶² Krebber, in: EuArbRK, RL 96/71/EG Art. 2, Rn. 1; 3.

¹⁶³ Kocher, in: Scheiwe/Krawietz (Hrsg.) 2014, 85.

a) Bereitschaftsdienst im deutschen Recht und im Unionsrecht

Zum deutschen Arbeitsrecht entschied das BAG (im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH¹⁶⁴), dass Bereitschaftszeiten in Live-in-care in vollem Umfang als Arbeitszeit berechnet (und mit Mindestlohn bezahlt) werden müssen.¹⁶⁵

b) Der Bereitschaftsdienst im polnischen Recht

Das polnische Arbeitsgesetzbuch regelt den Bereitschaftsdienst in Art. 151⁵. Bereitschaftsdienst¹⁶⁶ wird danach nicht zur Arbeitszeit gerechnet, wenn die Arbeitnehmerin während des Bereitschaftsdienstes keine Arbeit leistet (151⁵ Abs. 2 KP). Allerdings darf der Bereitschaftsdienst das Recht des Arbeitnehmers auf Ruhezeiten nicht beeinträchtigen (151⁵ Abs. 2 KP). Als Kompensation für Bereitschaftszeiten haben Arbeitnehmer:innen Anspruch auf eine der Dauer des Bereitschaftsdienstes entsprechende Freistellung von der Arbeit, oder alternativ auf eine Vergütung in Höhe von 60 Prozent der Vergütung.

Diese Bestimmungen gelten nach 151⁵ Abs. 3 KP jedoch nicht für den „zu Hause“ geleisteten **Bereitschaftsdienst**. Die Idee dahinter ist, dass Arbeitnehmer:innen in einem solchen Fall größere Freiheit darin haben, wie sie ihre Zeit verbringen, solange nur gewährleistet ist, dass die Arbeit sofort aufgenommen werden kann. In der polnischen Rechtsprechung ist der Bereitschaftsdienst einer polnischen Live-in-Betreuerin, die während des gesamten Zeitraums mit den Betreuten in deren Wohnung (in Deutschland) zusammenlebte und der ein Zimmer mit Bad zur Verfügung stand, mit dieser Situation gleichgesetzt worden.¹⁶⁷ Eine Entscheidung des Amtsgerichts Zgorzelec wiederum hielt eine Arbeitszeitaufzeichnung einer Live-in schon deshalb für unplausibel, weil diese auch Zeiten der Bereitschaft einbezogen hatt.¹⁶⁸

In der polnischen rechtswissenschaftlichen Literatur wird bereits angemerkt, dass die Regelung des Artikels 151⁵ KP der Richtlinie 2003/88/EG und der Rechtsprechung des EuGH nicht übereinstimmt.¹⁶⁹ Dies ist zutreffend; zwar trifft das europäische Recht keine Aussagen über die Vergütung;¹⁷⁰ es bewertet aber Zeiten, in denen Arbeitnehmer:innen sehr kurzfristig damit rechnen müssen, Arbeit leisten zu müssen, unabhängig vom Arbeitsort als Arbeitszeit.¹⁷¹

¹⁶⁴ Zuletzt vor allem EuGH 9.3.2021 – C-344/19 (Radiotelevizija Slovenija), ECLI:EU:C:2021:182 und C-580/19 (Stadt Offenbach am Main), ECLI:EU:C:2021:183; m. Anm. Kocher, RdA 2022, 50.

¹⁶⁵ BAG 24.6.2021 – 5 AZR 505/20, NZA 2021 1398 ff., m. Anm. Tschenker, NZA 2021, 641.

¹⁶⁶ Bereitschaftsdienst = die Zeit, in der sich ein Arbeitnehmer außerhalb der normalen Arbeitszeit an einem vom Arbeitgeber angegebenen Ort zur Arbeit bereithält (151⁵ Abs. 1 KP).

¹⁶⁷ Bezirksgericht Legnica 29.10.2015 – V Pa 104/15.

¹⁶⁸ Amtsgericht Zgorzelec 25.5.2021 – I C 381/20.

¹⁶⁹ Rycak, in: Walczak (Hrsg.) 2021.

¹⁷⁰ Kodeks Pracy. Komentarz. Red. Sobczyk 2020 wyd. 5/ Sobczyk, mit Bezug auf post. ETS z 11.1.2007 r., C-437/05, Jan Vorel v. Nemocnice Cesky Krumlov, Zb. Orz. 2007, s. I-00331, pkt 34

¹⁷¹ Zuletzt vor allem EuGH 9.3.2021 – C-344/19 (Radiotelevizija Slovenija), ECLI:EU:C:2021:182 und C-580/19 (Stadt Offenbach am Main), ECLI:EU:C:2021:183; m. Anm. Kocher, RdA 2022, 50.

Die Norm konnte sich früher auf bestimmte Anhaltspunkte in der EuGH-Rechtsprechung stützen; nach neuerer Rechtsprechung ist der konkrete Aufenthaltsort jedoch allenfalls noch ein Indiz unter mehreren und kann nicht mehr für die Anerkennung von Arbeitszeit allein den Ausschlag geben;¹⁷² entscheidend für die Gesamtbeurteilung, ob eine Bereitschaftszeit als Arbeitszeit zu werten ist, ist es, ob und inwiefern sich eine Arbeitnehmerin „außerhalb [ihres] familiären und sozialen Umfelds aufhalten muss und weniger frei über die Zeit verfügen kann, in der [sie] nicht in Anspruch genommen wird“.¹⁷³ Diese Voraussetzungen sind bei Bereitschaft in der Wohnung der betreuten Person regelmäßig gegeben.

2. Aufzeichnung/Dokumentation von Arbeitszeit

a) Das Problem des Nachweises von erbrachter Arbeitszeit

Im Fall der bulgarischen Live-in-Kraft wies das BAG den Fall an das LAG Berlin-Brandenburg zurück, zur Feststellung der konkreten Zahl der geleisteten Arbeitsstunden einschließlich der Bereitschaftszeit.¹⁷⁴ Insbesondere habe das LAG noch festzustellen, in welchem zeitlichen Umfang die Live-in Vollarbeit oder Bereitschaftsdienst geleistet habe. Die Arbeit muss dabei auf Veranlassung der Agentur geleistet worden sein.¹⁷⁵ Allerdings wies das BAG bereits darauf hin, dass es „angesichts des Betreuungsumfangs und des Umstands, dass die [Live-in] bei der zu betreuenden Person Wohnung nehmen musste“, Aufgabe der Agentur war „konkret vorzugeben, an welchen Tagen die Live-in von wann bis wann zur Arbeit zur Verfügung stehen musste und von wann bis wann sie sich zurückziehen und frei über die Nutzung ihrer Zeit bestimmen durfte, ohne auf mögliche Bedürfnisse der zu betreuenden Person Rücksicht nehmen zu müssen.“ Dennoch bleibt am Ende die Darlegungs- und Beweislast für die angefallenen Arbeitsstunden bei der Live-in.¹⁷⁶

Vor den polnischen Gerichten stellen sich ähnlich Beweisfragen. In einem Fall des Amtsgerichts Zgorzelec,¹⁷⁷ in dem es um den Anspruch einer Live-in auf Überstundenvergütung ging, wurde unter anderem darauf hingewiesen, dass zwischen Tätigkeiten, die ausschließlich für die zu pflegende Person ausgeführt werden, und solchen, die auch von der Pflegekraft genutzt werden (z.B. Zubereitung gemeinsamer Mahlzeiten, gemeinsamer Einkauf, gemeinsame Wäsche), unterschieden werden müsse. Nach dem Urteil muss die Live-in für den Anspruch auf Überstunden nachweisen, wie viel Zeit sie ausschließlich der Pflege

¹⁷² Kocher, RdA 2022, 50, 52.

¹⁷³ EuGH 9.3.2021 – C-344/19, (Radiotelevizija Slovenija), ECLI:EU:C:2021:182, Rn. 35; 37, NZA 2021, 485, 487; EuGH 9.3.2021 – C-580/19 (Stadt Offenbach am Main), ECLI:EU:C:2021:183 Rn. 36; 38, NZA 2021, 489, 491; genauso bereits die Definition in EuGH 9.9.2003 – C-151/02 (Jaeger), ECLI:EU:C:2003:437, Rn. 65, NZA 2003, 1019, 1022.

¹⁷⁴ LAG Berlin-Brandenburg 17.8.2020 – 21 Sa 1900/19 (noch nicht rechtskräftig).

¹⁷⁵ BAG 24.6.2021 – 5 AZR 505/20, NZA 2021 1398 ff.

¹⁷⁶ BAG 4.5.2022 – 5 AZR 359/21.

¹⁷⁷ Amtsgericht Zgorzelec 25.6.2021 – I C 381/20.

gewidmet hat, wobei Tätigkeiten für sich selbst außer Acht gelassen werden. Sie verwies als Nachweis auf ihre eigene Arbeitszeitaufstellung; diese hielt das Gericht nicht für eine zuverlässige Quelle für die Ermittlung der tatsächlichen Arbeitszeit.

Vor diesem Hintergrund gewinnt die Aufzeichnung oder Dokumentation von Arbeitszeit ihre Bedeutung. Sie ist entscheidend für eine effektive Rechtsdurchsetzung.

b) Rechtslage im deutschen und polnischen Recht

Fragen der Rechtsdurchsetzung und der Effektivität des Arbeitszeitrechts (konkret der Arbeitszeit-Richtlinie 2003/88/EG) haben den EuGH zuletzt stärker beschäftigt. Insbesondere entschied er im Mai 2019 in „Comisiones Obreras“, dass es jedenfalls für die Berechnung von Überstunden Aufgabe des Arbeitgebers sein müsse, eine hinreichende Dokumentation von Arbeitszeiten zu gewährleisten, d.h. „ein verlässliches System zur Erfassung der täglichen Arbeitszeit einzurichten“.¹⁷⁸

Diese Anforderung ist für die Live-in-care nach polnischem und deutschem Recht noch nicht hinreichend umgesetzt.¹⁷⁹ Das BAG ist auch der Meinung, dass selbst wenn ein solches unionsrechtlich erforderliches „verlässliches System“ fehle, dies nichts an den Regelungen über die Beweislast und die Beweiserbringung für Überstunden ändere.¹⁸⁰

Allerdings sind Arbeitgeber **nach deutschem Recht** aktuell dazu verpflichtet, die Arbeitsstunden, die über acht Stunden täglich hinausgehen, zu dokumentieren (§ 16 Abs. 2 ArbZG). Solche Aufzeichnungen der Arbeitszeit müssen zwei Jahre aufbewahrt und auf Verlangen den zuständigen Behörden vorgelegt werden. Eine bestimmte Form der Aufzeichnung ist nicht vorgegeben. Zudem sieht § 17 MiLoG vor, dass in bestimmten Branchen Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit der Arbeitnehmer:innen spätestens bis zum Ablauf einer Woche aufzuzeichnen. Auch diese Aufzeichnungen sind mindestens zwei Jahre aufzubewahren und zur behördlichen Prüfung bereitzuhalten. Die Branchen, für die dies vorgesehen ist, sind in § 2a des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes geregelt; hierzu zählt z.B. das Gebäudereinigungsgewerbe (§ 2a Abs. 1 Nr. 7), nicht aber Live-in-care.

Im **polnischen Arbeitsrecht** gilt dagegen nach Art. 149¹ KP grundsätzlich eine Pflicht des Arbeitgebers, Aufzeichnungen über die Arbeitszeit des Arbeitnehmers zu führen, um das Gehalt und andere arbeitsbezogene Leistungen des Arbeitnehmers ordnungsgemäß zu ermitteln. Diese Aufzeichnungen stehen also im arbeitsvertraglichen Kontext und sind nicht in erster Linie als Ressourcen für behördliche Kontrollen gedacht. Eine ähnliche Regelung gibt es auch für zivilrechtliche Dienstverträge; hier hat aber umgekehrt die Auftragnehmerin

¹⁷⁸ EuGH 14.5.2019 – C-55/18 (Comisiones Obreras, CCOO), ECLI:EU:C:2019:402.

¹⁷⁹ Tschenker, NZA 2021, 641.

¹⁸⁰ BAG 4.5.2022 – 5 AZR 359/21 (Pressemitteilung; schriftliche Begründung liegt noch nicht vor).

rechtzeitig vor Ablauf der Zahlungsfrist in schriftlicher, elektronischer oder dokumentarischer Form Informationen über die Anzahl der Stunden für die Ausführung von Aufträgen oder die Erbringung von Dienstleistungen vorzulegen (§ 8b Abs. 2. des polnischen Mindestlohngesetzes).

Eine Aussage von der grundsätzlichen Pflicht gilt jedoch insbesondere im Fall der „aufgabenbezogenen Arbeitszeit“ nach Art. 140 KP;¹⁸¹ hier muss der Arbeitgeber die ordnungsgemäße Verwendung der Arbeitszeit durch den Arbeitnehmer nicht kontrollieren und deshalb auch keine Aufzeichnungen über die Arbeitszeit führen. Diese Regelung wird z.T. auch in Live-in-care angewandt.¹⁸²

3. Vergütung

Bei den Vergütungen in den von uns untersuchten Dienstverträgen fällt auf, dass einige Verträge ein monatliches Gehalt von einigen hundert Euro plus Reisekostenerstattung, andere ein Gehalt von 1.600 bis 1.700 Euro pro Monat vorsehen. In einigen ist der Satz extrem niedrig; ein (Dienst-)Vertrag spricht von einer Vergütung in Höhe von 40,11 Euro brutto pro Monat. Ähnliche Vertragsgestaltungen finden sich häufig (z.B. *„für Arbeiten in EU-Ländern - 1500 PLN brutto, Erstattung der Aufenthaltskosten, d. h. Tagegelder und Reisekosten. Für in Polen ausgeführte Arbeiten - 500 PLN brutto“*; 615 Euro brutto pro Monat. 1000 Euro netto pro Monat eine Zulage für zusätzliche Lebenshaltungskosten für im Ausland erbrachte Dienstleistungen; *„1650 PLN brutto pro Monat. Für jeden Tag des Einsatzes in Deutschland - ein [...] Tagegeld in Höhe von 38,85 € brutto (= 271,95 € brutto pro Woche)“*. In einigen Vereinbarungen werden die Zulagen als fakultativ benannt (*„796 Euro brutto pro Monat. Der Auftraggeber kann eine Zulage wegen einem außerhalb Polens ausgeführtem Vertrag zahlen“*). Ein Vertrag sieht ein Honorar von 50 Euro pro Monat für die tatsächliche Erbringung von Haushalts- und Pflegehilfsdiensten vor, sowie ein Tagegeld zur Deckung der Aufenthalts- und sonstigen Nebenkosten, ein Übernachtungsgeld und gegebenenfalls die Erstattung sonstiger Kosten. Dazu werden für *„Marketing-Dienstleistungen“* 14,70 PLN brutto pro Stunde im Jahr 2019, 17 PLN brutto pro Stunde im Jahr 2020 und darüber hinaus eine Provision von 50 € netto für jeden erfolgreich abgeschlossenen Vertrag vorgesehen. In einem Vertrag heißt es, der Auftraggeber könne einen Ermessensbonus gewähren.

Die Frage von Überstunden wird in den Verträgen nicht angesprochen. Die Vergütung wird allein auf der Grundlage der im Vertrag festgelegten (maximalen) Arbeitszeit berechnet. Z.B. *„Für die Erbringung von Dienstleistungen im Umfang von 40 Stunden pro Woche verpflichtet sich der Auftraggeber zur Zahlung eines Gehalts von 1593 EUR brutto pro Monat.“* Nur in

¹⁸¹ siehe oben III.3.d), bei Fn. 143.

¹⁸² Vgl. III PK 146/16, Oberster Gerichtshof, 19.10.2017.

einem (zivilrechtlichen Dienst-)Vertrag findet sich eine Bestimmungen über zusätzliche Vergütung für Nachtarbeit (Tagesatz - 70 €; Nachtarbeit, falls geleistet - 10 €).

Einige Verträge beziehen sich auf den in Deutschland geltenden Mindestlohn, entweder explizit oder implizit (Stundensatz oder Monatslohn, der dem MiLoG entspricht), z.B.: „Wird der Auftrag in Deutschland ausgeführt, hat der Auftragnehmer Anspruch auf eine Vergütung von 9,50 EUR pro Stunde.“ [*Mindestlohn Jan-Jun 2021, dem Zeitraum der Vertragsunterzeichnung*] oder „Der berechnete Stundensatz darf 9,19 EUR brutto nicht unterschreiten.“ [*Mindestlohn 2019, in diesen Fällen dem Mindestlohn im Zeitraum der Vertragsunterzeichnungen 2020 nicht ganz entsprechend*].

a) Einordnung der Tagegelder

Hintergrund der Gewährung von Tagegeldern in einer Höhe, die im Verhältnis zur Vergütung unverhältnismäßig hoch ist,¹⁸³ ist wohl das Sozialversicherungsrecht. Denn nach dem polnischen Sozialversicherungsrecht werden Tagegelder bei der Berechnung der Bemessungsgrundlage für Beiträge nicht berücksichtigt (§ 2 Abs. 1 Nr. 15 der entsprechenden Verordnung¹⁸⁴). Durch Verwendung des Begriffs der Geschäftsreise versuchen die Agenturen dieser Praxis einen Anschein von Legalität zu geben.¹⁸⁵ Für einen Großteil der Tagegelder dürfte das Bezirksgericht Legnica dies richtig eingeschätzt haben: „Die Bezeichnung des Arbeitsortes der [Live-in] in ihren Arbeitsverträgen ist illusorisch und entspricht nicht der tatsächlichen Art der Arbeit, zu der sie verpflichtet sei. Es gibt also keinen Grund für einen Anspruch [der Live-in] auf Tagegelder für Dienstreisen. Vielmehr kann es sich bei der [...] im Arbeitsvertrag als "Tagegeld" bezeichneten Leistung um einen falsch bezeichneten Bestandteil der Grundvergütung handeln.“¹⁸⁶

b) Mindestlohnrecht

Wird Live-in-care in Form eines Arbeitsvertrags erbracht, gelten die Bestimmungen des Mindestlohngesetzes (*MinWynagrU*). Die uns vorliegenden Verträge weisen aber zu Recht nicht auf den polnischen Mindestlohn hin. Denn im Fall von Arbeitsverträgen ist aufgrund des AEntG ohnehin der deutsche und nicht der polnische Mindestlohn anzuwenden.

¹⁸³ Siehe aber auch die Regelung der Tagesgelder bei Dienstreisen im öffentlichen Dienst; im Fall einer Dienstreise nach Deutschland beträgt diese 49€Euro (Verordnung des Ministers für Arbeit und Sozialpolitik vom 29. Januar 2013 über die Ansprüche, die einem Arbeitnehmer, der in einer staatlichen oder regionalen Regierungseinheit des Haushaltsbereichs arbeitet, für eine Dienstreise zu zahlen sind). Hier werden aber auch andere Vergütungen bezahlt.

¹⁸⁴ Verordnung des Ministers für Arbeit und Sozialpolitik vom 18. Dezember 1998 über die Modalitäten der Festlegung der Berechnungsgrundlage für die Renten- und Invaliditätsversicherungsbeiträge (Dz. U. von 1998, Nr. 161, Pos. 1106, in geänderter Fassung).

¹⁸⁵ So die Bewertung dieser Praxis durch das Apellationsgericht Wrocław 9.4.2018 – III AUa 856/17.

¹⁸⁶ Bezirksgericht Legnica 29.10.2015 – V Pa 104/15.

Das *MinWynagrU* gilt allerdings seit 1. Januar 2017¹⁸⁷ auch für zivilrechtliche Dienstverträge. Mit dieser Gesetzesänderung sollte u.a. der „Missbrauch von Mandatsverträgen“ (d.h. die Ersetzung von Arbeitsverträgen durch zivilrechtliche Dienstverträge) bekämpft werden.¹⁸⁸ Allerdings findet das Gesetz keine Anwendung auf „Verträge über häusliche Pflegedienste für behinderte, chronisch kranke oder ältere Menschen, wenn die Live-in aufgrund der Art der Pflege bei dem Dienstleistungsempfänger in dessen Haus oder Wohnung wohnt und die Dienstleistung für den Dienstleistungsempfänger oder seine bei ihm wohnenden Familienangehörigen ununterbrochen mehr als einen Tag lang erbracht wird, es sei denn, die Dienstleistung wird in einer Einrichtung erbracht, die rund um die Uhr für behinderte, chronisch kranke oder ältere Menschen da ist“ (Art. 8d Abs. 1).¹⁸⁹ Nur in einem der uns vorliegenden Verträge wird ausdrücklich auf diese Ausnahme vom Mindestlohngesetz hingewiesen. Zur Unionsrechtswidrigkeit dieser Bestimmung siehe oben III.2.c), bei Fn. 132.

Soweit es sich um eine Entsendesituation handelt und das deutsche AEntG anzuwenden ist (siehe oben II.1.b)), gelten ohnehin die Vorschriften des deutschen MiLoG. Danach sind auch alle Bereitschaftszeiten mit dem Mindestlohn zu vergüten. Am Beispiel des Falls einer Live-in, die bei einer bulgarischen Agentur abhängig beschäftigt war, wurde dies vom BAG bereits explizit bestätigt.¹⁹⁰

Aufgrund der Vergütungsgestaltung in den Verträgen ist von Interesse, wieweit Tagesgelder oder andere Zulagen auf den Mindestlohn anzurechnen sind. Grundsätzlich gilt, dass Zuschläge oder Zulagen, denen ein besonderer Zweck zugemessen wird, wie z.B. Nachtzuschläge (§ 6 Abs. 5 ArbZG), nicht auf den Mindestlohn anrechenbar sind,¹⁹¹ im Gegensatz zu Zuschlägen oder Zulagen für Wochenend-, Feiertagsarbeit, Schmutzarbeit oder gefährliche Tätigkeiten.¹⁹² Für Entsendezulagen trifft § 2b AEntG eine spezielle Regelung. Zulagen „für die Zeit der Arbeitsleistung im Inland“ als solche können auf den Mindestlohn angerechnet werden. Anders ist es, wenn Zulagen zur Erstattung von Kosten gezahlt werden,

¹⁸⁷ Gesetz vom 22.7.2016 zur Änderung des Mindestlohngesetzes und einiger anderer Gesetze (GBl. 2016, Pos. 1265 mit Änderungen). Im Jahr 2022 beträgt der Mindestlohn 3010 PLN brutto (2363 PLN netto) und der Mindeststundensatz 19,70 PLN (13,91 PLN netto). Im Jahr 2021 betrug der Mindestlohn 2800 PLN brutto (2062 PLN netto), während der Mindeststundensatz für bestimmte zivilrechtliche Verträge 18,30 PLN brutto beträgt.

¹⁸⁸ Begründung des Gesetzentwurfs zur Änderung des Gesetzes über den Mindestlohn für Arbeit und einiger anderer Gesetze, <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12281200/12333352/12333357/dokument218839.pdf>.

¹⁸⁹ Zur Begründung siehe <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12281200/12333352/12333357/dokument218839.pdf>, 6.

¹⁹⁰ BAG 24.6.2021 – 5 AZR 505/20, NZA 2021, 1398 ff. 

¹⁹¹ Vgl. BAG 18.11.2015 – 5 AZR 761/13, NZA 2016, 828, 830, Rn. 23, 25 für die 2. PflegeArbbV.

¹⁹² BAG 17.2.2018 – 5 AZR 69/17, NZA 2018, 781, 783, Rn. 17; BAG 25.5.2016 – 5 AZR 135/16, NZA 2016, 1327, 1330, Rn. 3.

die infolge der Entsendung tatsächlich entstanden sind, wie z.B. Reise-, Unterbringungs- und Verpflegungskosten (Entsendekosten).

Danach wären die Tagegelder – da sie in der Praxis lediglich der Form halber als solche bezahlt werden – eher als Teil der Grundvergütung anzusehen und auf den Mindestlohn anzurechnen. Allerdings verlagert § 2b Abs. 2 AEntG das Risiko solcher Unklarheiten auf den Arbeitgeber – im Zweifel handelt es sich um Erstattung von Entsendekosten; in diesem Fall wäre der volle Mindestlohn zusätzlich zu den Tagegeldern zu zahlen.

4. Kündigung

Als Argument für die fehlende Regelungsbedürftigkeit von Live-in-care wird nicht selten angeführt, dass die Live-ins eine starke Marktposition hätten, da sie jederzeit die Arbeitsstelle verlassen und bessere Bedingungen suchen könnten. Wenn man von der Frage absieht, ob eine solche Suche angesichts der Struktur des Marktes überhaupt Aussicht auf Erfolg hätte,¹⁹³ spielt für die Stichhaltigkeit dieses Arguments auch eine Rolle, inwiefern eine Kündigung rechtlich überhaupt möglich wäre.

a) Vertragliche Bestimmungen zu Kündigungsrechten

Die uns vorliegenden zivilrechtlichen Dienstverträge sehen in der Regel die Möglichkeit vor, dass jede Partei den Vertrag unter Einhaltung einer im Vertrag festgelegten Frist kündigen kann. Die Kündigungsfristen in den uns vorliegenden Verträgen variieren insofern: Sie betragen in der Regel sieben oder 14 Tage, können aber auch länger (z.B. einen Monat) oder kürzer (z.B. zwei Tage) sein.

Dabei sind die Kündigungsbedingungen für die Agenturen durchgehend günstiger gestaltet als für die Live-ins. Insbesondere wird die Kündigungsbefugnis der Live-ins oft erheblich beschränkt. So heißt es z. B. in einem der Verträge ausdrücklich: *"Der Vertrag kann von jeder Partei unter Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden; diese Frist kann jedoch abgeändert werden, wenn die Interessen des Auftraggebers dies erfordern und insbesondere, wenn die Kontinuität der Betreuung gewährleistet werden muss"*. In einem anderen Vertrag steht: *"Jede Partei kann den Vertrag unter Einhaltung einer Frist von 14 Tagen kündigen, wobei die Kündigung durch den Auftragnehmer nur aus wichtigem Grund erfolgen kann"*. Ein weiteres Beispiel ist die Bestimmung: *"Der Auftragnehmer verpflichtet sich, von seinem Recht, den Vertrag innerhalb der ersten zwei Monate nach Inkrafttreten des Vertrags zu kündigen, keinen Gebrauch zu machen, unter Androhung aller negativen finanziellen Folgen und Verluste, die dem Auftraggeber durch diese Vertragsverletzung entstehen."*

¹⁹³ Leiber/Rossow/Österle/Frerik, International Journal of Care and Caring 2020, 1.

Darüber hinaus sehen die Verträge häufig vor, dass der Auftraggeber den Vertrag fristlos kündigen kann, wenn die Auftragnehmerin ihre Pflichten verletzt bzw. die Dienstleistungen nicht innerhalb der festgelegten Frist aufnimmt oder während der Vertragslaufzeit einstellt. In einem anderen Vertrag heißt es: *"Bei mangelhafter Leistung behält sich der Auftraggeber das Recht vor, keine Vergütung für den Auftrag zu erhalten und den Auftrag durch einseitige Willenserklärung mit sofortiger Wirkung zu beenden. In diesem Fall sind die Kosten für die Rückkehr in das Land von der Auftragnehmerin selbst zu tragen. Als Bestätigung für mangelhaft erbrachte Leistungen gelten die schriftlichen Einwände der betreuten Person oder ihres Vertreters."* Nur zwei Verträge geben nicht nur der Agentur, sondern auch der Live-in das Recht, im Fall einer Pflichtverletzung der anderen Seite den Vertrag mit sofortiger Wirkung zu kündigen.

In einem der vorliegenden Verträge heißt es, dass *"die Kündigung des Vertrages durch die Live-in die Wirksamkeit bereits erteilter Weisungen, zu deren Ausführung sie verpflichtet ist, nicht berührt, es sei denn, sie wird vom Auftraggeber ausdrücklich und schriftlich von dieser Verpflichtung entbunden. Im Hinblick auf diese Anweisungen bleibt der Vertrag in seiner Gesamtheit gültig."*

b) Regelungen zu Vertragsstrafen

Die Kündigungsmöglichkeiten sind zudem fast immer dadurch eingeschränkt, dass Schadenersatzzahlungen oder Vertragsstrafen drohen.

Nur in drei der uns vorliegenden zivilrechtlichen Dienstverträge wurde keine Vertragsstrafe festgesetzt. In der Regel wird in den Verträgen ein Katalog von Verstößen detailliert aufgeführt, für die eine bestimmte Vertragsstrafe gilt. Oft werden für die Verletzung einzelner Vertragspflichten innerhalb einer Vertrag mehrere getrennte Vertragsstrafen – in gleicher oder unterschiedlicher Höhe – festgelegt.

Vertragsstrafen gelten (wenig überraschend) für folgende Verstöße:

- Pflichtwidrige Ausführung der Aufgaben, z.B. unter Einfluss von Alkohol oder anderen Betäubungsmitteln – 500 bis 4000 Euro; Begehen eines Verbrechens gegen das Vermögen, die Gesundheit, die Freiheit oder die Ehre der betreuten Person; Diebstahl von Eigentum der betreuten Person (z.B. 3 000 PLN); Ausführung des Vertrages auf eine Weise, die für die betreute Person entwürdigend ist; Kündigung des Vertrags durch die betreute Person aufgrund einer Pflichtverletzung der Live-in.
- Schutz der vertraglichen Interessen der Agentur: Angabe unvollständiger oder falscher Daten im Bewerbungsformular oder in der Gesundheitserklärung (z.B. 3 000 PLN).

- Verletzung der Verpflichtung zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen; z.T. sehr allgemein formuliert (*„Die Auftragnehmerin ist verpflichtet, vertrauliche Informationen, von denen sie im Zusammenhang mit der Erfüllung dieses Vertrages Kenntnis erhält, als Geschäftsgeheimnis im Sinne des Gesetzes vom 16. April 1993 zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs - unter Androhung der in diesem Gesetz vorgesehenen zivil- und strafrechtlichen Haftung - geheim zu halten und nicht an Dritte weiterzugeben.“*), z.B. auch spezifischer (Die Live-in wird z.B. verpflichtet, Informationen über das erhaltene Gehalt und andere Vorteile im Zusammenhang mit der Ausführung des Vertrags, alle Finanzdaten, Geschäftsdaten, Materialien, Geschäftsgeheimnisse oder andere Informationen über den Auftraggeber oder seine Kund:innen, Informationen über Dienstleistungen, Gehälter von anderen Mitarbeiter:innen, einschließlich Informationen über die Gesundheit, den finanziellen Status und den Familienstand der zu betreuenden Person, vertraulich zu behandeln und nicht an Dritte weiterzugeben).

Am häufigsten werden für das Verlassen der Arbeit und/oder die Aufnahme von Arbeit für eine andere Agentur Vertragsstrafen festgesetzt.

- Verstöße gegen das Wettbewerbsverbot sind oft mit besonders hohen Vertragsstrafen bedacht (z.B. 20 000 PLN, 5 000 Euro, sechs Monatsvergütungen): *„Die Auftragnehmerin verpflichtet sich, während der Laufzeit des Vertrages keine Tätigkeit auszuüben, die mit der derzeitigen oder geplanten Tätigkeit des Auftraggebers konkurriert.“* *„Die Auftragnehmerin verpflichtet sich, während der Laufzeit des Vertrages und bis zu sechs Monate nach dessen Beendigung weder direkt noch indirekt Dienstleistungen für die betreute Person zu erbringen“* (in anderen Verträgen sind hier zwölf Monate genannt).
- Nichterscheinen oder sonstige Nicht-Übernahme der Tätigkeit. Hierfür gibt es unterschiedliche Formulierungen: die betreute Person wird vorsätzlich oder grob fahrlässig Gefahren für die Gesundheit oder das Leben ausgesetzt; der Arbeitsplatz wird ohne vorherige (schriftliche) Benachrichtigung des Auftraggebers eigenmächtig verlassen; die betreute Person wird unbeaufsichtigt verlassen; (willkürliches) Nichterscheinen am vereinbarten Leistungsort, obwohl vorher Verfügbarkeit angezeigt war (10 000 PLN). Siehe zum Beispiel die folgende Formulierung: *wenn der Auftragnehmer willkürlich und ohne Einhaltung der Kündigungsfrist und ohne Zustimmung des Auftraggebers den Ort der Ausführung des Auftrags verlässt, ist der Auftragnehmer verpflichtet, ohne vorherige Zahlungsaufforderung eine Entschädigung in Höhe von 1 Monatsvergütung für den Auftrag zu zahlen.“*

In der Regel ist die Höhe der Vertragsstrafe unabhängig von der monatlichen Vergütung vertraglich festgelegt. Nur zwei der von uns analysierten Verträge sehen vor, dass der Auftraggeber das Recht hat, eine Vertragsstrafe in Höhe von $\frac{1}{2}$ des letzten Monatsgehalts und $\frac{1}{4}$ des letzten Monatsgehalts für die zweite und jede weitere Pflichtverletzung zu verlangen. Es ist üblich, Vertragsstrafen für jedes einzelne fehlerhafte Verhalten vorzusehen, z.B. für jeden Verstoß gegen das Alkoholverbot oder für jeden Verstoß gegen die Verpflichtung, die vertraglich vereinbarten Tätigkeiten auszuführen, oder für jeden Tag der Verspätung. So können sich die Strafen leicht summieren. Nur in einem Vertrag ist ein maximaler Gesamtbetrag der Vertragsstrafen festgelegt (15.000 PLN). In einigen Verträgen ist allerdings die Möglichkeit vorgesehen, die Vertragsstrafen in Abhängigkeit vom Grad der Schädlichkeit des betreffenden Verhaltens zu verringern oder unter besonderen Umständen auf die Verhängung einer Vertragsstrafe zu verzichten.

In den Verträgen wird eine Höchstfrist für die Zahlung festgelegt; diese beträgt in der Regel einige Tage bis zwei Wochen ab dem Tag, an dem das die Vertragsstrafe begründende Ereignis eingetreten ist.

Praktisch alle von uns untersuchten Verträge sehen vor, dass ungeachtet dieser Vertragsstrafen der Auftraggeber berechtigt ist, Schadenersatz für die nicht ordnungsgemäße Erfüllung der Verpflichtung in voller Höhe zu verlangen. Manche Verträge bestimmen, dass die Live-in die Verantwortung für den Schaden trägt, der entsteht, wenn sie den Vertrag ohne triftigen Grund kündigen sollte. Einige Verträge sehen vor, dass die Agentur die Kosten in Rechnung stellen kann, einschließlich der Kosten, die dem Auftraggeber im Zusammenhang mit der Auslandsreise des Auftragnehmers entstanden sind, wenn die Agentur aus Gründen kündigt, die eine sofortige Beendigung des Vertrags rechtfertigen. Manchmal sind zusätzliche finanzielle Folgen vorgesehen. So ist in einem Vertrag festgelegt, dass die Live-in, wenn sie das Unternehmen über ihre Qualifikationen täuscht, nicht nur eine einmalige Vertragsstrafe in Höhe von 500 Euro zu zahlen hat, sondern auch den Anspruch auf Vergütung (für die mangelhafte Arbeit) verliert.

c) Rechtlicher Rahmen

Nach polnischem Arbeitsrecht kann eine Vertragsstrafe festgesetzt werden, um Schaden zu pauschalisieren; die Vertragsstrafe nach Art. 483 KC ersetzt also den Ersatz des Schadens, der durch die Nichterfüllung oder die nicht ordnungsgemäße Erfüllung einer nicht monetären Verpflichtung entstanden ist. Die Verpflichtung zur Zahlung ist dann unabhängig davon, ob durch die Nichterfüllung oder nicht ordnungsgemäße Erfüllung der Verpflichtung ein Schaden entstanden ist. Die Parteien können Art. 484 Abs. 1 KC allerdings vereinbaren, dass neben der Vertragsstrafe noch ein die Vertragsstrafe übersteigender Schadensersatz verlangt

werden kann. Die Vertragsstrafe ist aber in jedem Fall auf die Schadensersatzforderung anzurechnen.

Ist die Verpflichtung im Wesentlichen erfüllt, die Verletzung also eher geringfügig, so kann der Schuldner eine Herabsetzung der Vertragsstrafe verlangen; dasselbe gilt, wenn die Vertragsstrafe grob überhöht ist (Art. 485 Abs. 2 KC). Diese Vorschriften können durch Vereinbarung nicht ausgeschlossen werden.

Das **Bezirksgericht Szczecin** entschied am 8. Oktober 2013 einmal über eine Streitigkeit zwischen polnischer Live-in und der Agentur, die sie zur Live-in-Betreuung nach Deutschland entsandt hatte.¹⁹⁴ Die Agentur hatte hier eine Vertragsstrafe in Höhe von 5.000 PLN gefordert, weil die Live-in ihre Pflichten nicht erfüllt hatte. Die Live-in machte dagegen geltend, sie sei nach Rücksprache mit der Agentur nach Polen zurückkehrt, da sich der Gesundheitszustand der betreuten Person deutlich verschlechtert habe. Die Klage wurde damals zurückgewiesen, da die Agentur nach Auffassung des Gerichts die Pflichtverletzung nicht nachgewiesen hatte.

V. Schlussfolgerungen / Problemstellungen

Grenzüberschreitende Live-in-Betreuung wird sowohl in Arbeitsverträgen als auch in Form von zivilrechtlichen Dienstverträgen ausgeübt. Im Regelfall werden dabei Verträge zwischen einer Live-in und einer polnischen Agentur abgeschlossen.

Die größten Probleme werfen insofern die **zivilrechtlichen Dienstverträge** auf, die deshalb in Polen auch als „Müllverträge“ bezeichnet worden sind. Dabei ist zunächst aufgrund der in den meisten Verträgen erfolgten Rechtswahl polnisches Recht maßgeblich für die Abgrenzung, ob es sich hier wirklich um einen zivilrechtlichen Vertrag oder um einen Arbeitsvertrag handelt. Dieses ermöglicht zwar aufgrund der besonderen Arbeitssituationen in der Live-in-care eine Einordnung vieler Beschäftigungsverhältnisse als „Arbeitsverhältnisse“ und damit der Live-in als Arbeitnehmerin. Polnische Arbeitsgerichte haben aber bisher das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses der Live-ins wohl überwiegend verneint. Diese Rechtsprechung hatte es mit Fallgestaltungen zu tun, in denen sie eine echte Wahlfreiheit und Gestaltungsfreiheit der Live-in-Beschäftigten im Sinne einer selbstständigen Tätigkeit erkannte, so dass sie zu einer Einordnung als zivilrechtlichem Dienstvertrag kam. Allerdings ist festzustellen, dass in dieser Rechtsprechung maßgebliche Gesichtspunkte, die die sich auf die beschränkten Handlungsoptionen der Beschäftigten beziehen, bisher unberücksichtigt blieben, insbesondere die konkrete Situation in den Haushalten vor Ort.

Allerdings könnten Live-ins, die mit zivilrechtlichen Dienstverträgen nach polnischem Recht beschäftigt und nach Deutschland entsandt sind, sich darauf berufen, dass sie

¹⁹⁴ Bezirksgericht Szczecin 8.10.2013 – II Ca 850/13.

Arbeitnehmerinnen im Sinne der Rom I-VO sind; dann würde das polnische Vertragsrecht durch das kollisionsrechtliche Günstigkeitsprinzip – d.h. die Anwendung deutschen Arbeitsrechts, soweit günstiger als das polnische Recht – ergänzt. Was dies im Einzelnen bedeutet, hängt vom Rechtsgebiet ab, da es einen Vergleich der deutschen und der polnischen Rechtslage voraussetzt. Es bedeutet aber in jedem Fall, dass mindestens der deutsche Mindestlohn, das deutsche Arbeitszeitrecht und weitere Regelungen anzuwenden wären. Zudem wäre eine Berufung auf deutsches Entsenderecht möglich, womit sich der **Arbeitnehmerbegriff nach deutschem Recht** bestimmen würde; dies hätte auch die Möglichkeit der Klage vor deutschen Arbeitsgerichten sowie Ansprüche auf deutsche arbeitsrechtliche Mindeststandards (§ 2 AEntG) zur Folge. Diese (arbeitsrechtlichen) Ansprüche sind unabhängig von einer etwa für „Selbstständigkeit“ ausgestellten A1-Bescheinigung.

Erfolgt danach eine Anwendung des Entsenderechts, d.h. eine Überlagerung des polnischen Rechts durch die arbeitsrechtlichen Mindeststandards des deutschen Rechts, so ist auch das deutsche Arbeitnehmerüberlassungsrecht anzuwenden. Entsende-Konstellationen können danach rechtlich auch als verdeckte Arbeitnehmerüberlassung anzusehen sein – selbst wenn sie vertraglich nicht als Leiharbeit/Arbeitnehmerüberlassung ausgestaltet waren.¹⁹⁵ Hierfür kommt es darauf an, ob das Weisungsrecht (das die Anwendung des deutschen Entsenderechts begründet haben müsste) tatsächlich bei der entsendenden Agentur oder beim Haushalt liegt, in dem die Live-in-Beschäftigte tätig wird. Liegt das Weisungsrecht in Deutschland, so handelt es sich um Arbeitnehmerüberlassung, für die eine behördliche Erlaubnis in Deutschland vorliegen muss. (Das Fehlen der Erlaubnis hätte allerdings keine arbeitsvertraglichen, sondern lediglich ordnungsbehördliche Konsequenzen.)

Was die vertraglichen Bestimmungen im Einzelnen angeht, so ist insbesondere auf die Problematik der Vertragsstrafen hinzuweisen, die es einer Live-in in der Praxis erheblich erschweren, ein Beschäftigungsverhältnis zu verlassen, das sie selbst für unzumutbar hält – selbst wenn das Verlangen nach einer Vertragsstrafe im Einzelfall rechtlich nicht haltbar ist.

VI. Handlungsempfehlungen

Die Probleme, die in der vorliegenden Studie aufgezeigt wurden, sind nicht einfach zu lösen, da sie auf ganz unterschiedlichen Ebenen verortet sind:

Die hier analysierten Verträge spiegeln zunächst die besondere Prekarität und Abhängigkeit polnischer Live-ins.¹⁹⁶ Da diese in dem Haushalt wohnen, für den sie tätig sind, sind sie potenziell mit der Erwartung konfrontiert, ohne zeitliche Grenzen verfügbar sein zu müssen.

¹⁹⁵ Brors/Böning 2015; Habel/Tschenker 2021; vgl. LAG Baden-Württemberg 9.4.2021 – 12 Sa 15/20, BB 2022, 197 ff.

¹⁹⁶ Für eine Beschreibung siehe schon oben I.2.

Aufgabenstellungen sind im vornhinein in aller Regel nicht klar abgegrenzt – weder gegenüber den betreuten Personen, noch gegenüber den Live-ins. Da beide Seiten im Zweifel unterschiedliche Erwartungen haben, ist diese eine potenziell konfliktreiche Situation, ohne dass die Live-in-Situation für das Austragen von Konflikten geeignet wäre. Dies spiegelt sich an den Unklarheiten im Begriff der „Arbeit“; dessen Verwendung wird oft sowohl für die soziale Arbeit der Freizeitgestaltung für die betreuten Personen als auch für Bereitschaften in Zweifel gezogen.¹⁹⁷ Live-ins, die nur selten hinreichend qualifiziert und ausgebildet sind, um den Pflege- und Betreuungsbedarf und damit auch die zeitlichen Anforderungen der Tätigkeit einschätzen zu können, haben hier die schwächste Position.

Für die Rechtsposition ist relevant, ob es sich um Arbeitsverträge oder zivilrechtliche Dienstverträge handelt. Mit dieser Abgrenzung geht aber in allen Rechtsordnungen hohe Rechtsunsicherheit einher. Dies hat einerseits etwas mit der typologischen Methode der Abgrenzung zu tun, wie sie auch im polnischen und im deutschen Recht angewandt wird.¹⁹⁸ Gestaltungen mit zivilrechtlichen Dienstverträgen enthalten oft auch in Situationen weitgehender Abhängigkeit der Live-in-Kräfte einzelne Gestaltungselemente, die sie als Argumente für Selbstständigkeit liefern (siehe oben III.3.).

Weitere Rechtsunsicherheit kommt aus der grenzüberschreitenden Situation. Das Kollisionsrecht ermöglicht die Wahl des anwendbaren Rechts. Soweit der Vertrag die Anwendung polnischen Rechts vorsieht, ist dieses bei Entsendesituationen teilweise durch deutsches Recht überlagert.¹⁹⁹ Dies erschwert die Einschätzung der konkret bestehenden Rechte und Pflichten.

An der politischen und insbesondere rechtspolitischen Debatte um Handlungsmöglichkeiten beteiligen sich **zivilgesellschaftliche Organisationen** (Gewerkschaften, Interessenvertretungen der Live-ins, Verbraucherverbände, Menschenrechtsorganisationen), **Wirtschaftsakteure** (Vermittlungsagenturen und ihre Interessenvertretungen), **staatliche Akteure** (Ministerien, Parlamente, auf europäischer Ebene auch der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss) sowie **Wissenschaftler:innen**, einschließlich politikberatender Kommissionen (wie z.B. die Gleichstellungskommissionen der Bundesregierung). Bereits die Vertreter:innen des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses, die im Jahr 2020 das Vereinigte Königreich, Deutschland, Italien und Polen besuchten, um sich über den Stand der „Pflege durch im Haushalt lebende Pflegekräfte“ zu informieren,²⁰⁰ stellten insofern fest: Interessenvertreter:innen der Beschäftigten, Arbeitgebern und Pflegebedürftigen teilen oft

¹⁹⁷ Zur Rechtsfrage im Fall von Arbeitsverträgen siehe oben IV.1.

¹⁹⁸ Siehe oben III.1. und III.3.h).

¹⁹⁹ Siehe oben II.3.

²⁰⁰ Roglewski/Florek 2020

ganz ähnliche Einschätzungen, Perspektiven und Ziele; sie sind sich in der Kritik vieler Strukturprobleme, insbesondere der Ausbeutung migrantischer Frauen bei dieser Arbeit, einig. Entsprechend ist in der deutschen politischen Diskussion die Forderung nach einer Regulierung von Live-in-care weit verbreitet. Forderungen nach höherer Rechtssicherheit, Transparenz, Qualitätssicherung und staatlicher Finanzierungsbeteiligung finden sich in fast allen Forderungskatalogen.

Die Regulierung von Live-in-care wird seit vielen Jahren mit unterschiedlichen Zielrichtungen diskutiert. Man kann dabei grob unterscheiden zwischen **pflegepolitischen** Zielsetzungen, die auf „gute Pflege“ abzielen und die oft auch arbeitsmarktpolitische Probleme (Fachkräftemangel in der Pflege) adressieren, und **arbeitspolitischen** Zielsetzungen, die „gute Arbeit“ erreichen wollen. **Verbraucherpolitische** Stellungnahmen nehmen wiederum die speziellen Interessen der Pflege-/Betreuungsbedürftigen bzw. ihrer Familien in den Blick. Qualitätssicherung wird auch hier vor allem mit der Perspektive „guter Pflege“ diskutiert, allerdings konzentriert auf die Berücksichtigung der individuellen Wünsche der Familien.²⁰¹

Die folgenden Empfehlungen bewerten diese Debatten vor dem Hintergrund der Erkenntnisse des vorliegenden Gutachtens.

1. Pflege- und arbeitspolitische Regulierung

Live-in-care als ein Baustein von „global care chains“ ist pflegepolitisch ein umstrittenes Instrument. Sie beantwortet für viele Familien die Frage, wie (meist ältere) Personen, die in ihrem eigenen Haushalt alleine nicht mehr vollständig zurechtkommen, mit Hilfe von Unterstützung weiter in ihrer gewohnten Umgebung leben können. Sie hat aber große Abhängigkeit und Prekarität der Live-ins zur Folge; deren konkrete Arbeits- und Lebenssituation hängt stark davon ab, wie die individuelle Familie/der jeweilige Haushalt in Deutschland das Verhältnis zu ihnen gestalten.²⁰²

In der pflegepolitischen Debatte ist umstritten, welche Rolle Live-in-care langfristig zukommen sollte. Zum Teil wird eine Etablierung von Live-In-Pflege als „dritte Säule des Pflegesystems“²⁰³ oder „Teil eines Langzeitpflege-Systems“²⁰⁴ vorgeschlagen. Dagegen wird Live-in-care auch grundsätzlich hinterfragt; zunehmend wird vorgeschlagen, die Nachfrage nach Live-in-care pflegepolitisch zu reduzieren. Hintergrund ist dabei die Annahme, dass es nicht rechtskonform möglich ist, eine 1:1-Betreuung durch eine einzige Person zu organisieren.²⁰⁵ Vor diesem

²⁰¹ Aulenbacher/Lutz/Schwiter (Hrsg.) 2021.

²⁰² Zu den unterschiedlichen Herangehensweisen siehe z.B. Emunds/Schacher 2012; Kretschmann 2016.

²⁰³ Bundesverband für häusliche Betreuung und Pflege e.V. (VHBP) 2021.

²⁰⁴ Europäischer Wirtschafts- und Sozialausschuss (EWSA) 2016

²⁰⁵ Aulenbacher/Lutz/Schwiter, in: Aulenbacher/Lutz/Schwiter (Hrsg.) 2021, 238

Hintergrund wird z.B. die Entwicklung und Förderung anderer Betreuungsmodelle gefordert, wie Wohncluster, Wohngruppen und ähnliche kommunale Infrastrukturen, bzw. ein Ausbau qualitativ hochwertiger stationärer Angebote sowie bezahlbarer professioneller Dienstleistungen zur Unterstützung der Angehörigenpflege.²⁰⁶ Ein Bericht der Europäischen Stiftung zur Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen (Eurofound) bemerkte 2020, dass in den Staaten, in denen es flexible lokale und ambulante Betreuungsoptionen gibt und guten Zugang zu Unterstützung, Live-in-Betreuung tatsächlich kaum vorkommt.²⁰⁷ Für einen solchen Ansatz spricht viel, er setzt aber eine intensive politische Debatte und entsprechenden politischen Willen voraus.

Selbst bei einem solchen dringend notwendigen Umsteuern in der Pflegepolitik ist aber davon auszugehen, dass es weiterhin Situationen geben wird, in denen eine 1:1-Betreuung die passendste Lösung ist. Für diese Fälle bedarf es einer Regulierung, die nicht nur die Qualität der Pflege, sondern auch die Qualität der Arbeit zum Gegenstand hat. Der VHBP (Bundesverband für häusliche Betreuung und Pflege) hat mit dieser Zielsetzung bereits selbst Qualitätsstandards eingeführt, die für Mitgliedsunternehmen verbindlich sind.²⁰⁸ Der DIN-SPEC-Standard 33454:2021-02 wurde 2021 als Grundlage für eine Zertifizierung der Verpflichtung auf Qualitätsstandards für Vermittler, Dienstleistungserbringer und Betreuungskräfte im Bereich von Live-in-care entwickelt.²⁰⁹

Damit Standards allerdings auch die Grundlage für staatliche und sozialversicherungsrechtliche Anerkennung sein können,²¹⁰ bedarf es einer unabhängigen Qualitätssicherung. Zur Prüfung und Kontrolle der Qualitätsorientierung könnte ein Zertifikat für Agenturen geschaffen werden, das durch eine von der Branche unabhängige Prüfstelle zu vergeben wäre und Voraussetzung für öffentliche Leistungen der Ko-Finanzierung wäre.²¹¹ Für diese Ko-Finanzierung gibt es mit den §§ 45a und 45b SGB XI bereits erste pflegeversicherungsrechtliche Ansätze.²¹²

²⁰⁶ Emunds/Kocher/Habel/Pflug/Tschenker/Deetzen 2021; Riefgraf/Reimer, in: Aulenbacher/Riefgraf, Birgit, Theobald, Hildegard (Hrsg.) 2014, 293; Steffen/Böning 2014; Aulenbacher/Lutz/Schwiter, in: Aulenbacher/Lutz/Schwiter (Hrsg.) 2021, 238. Im Detail siehe auch Isfort/Weidner/Malsburg/Lüngen 2012

²⁰⁷ Eurofound 2020, 58.

²⁰⁸ Bundesverband für häusliche Betreuung und Pflege e.V. (VHBP) 2021. Bundesverband für häusliche Betreuung und Pflege e.V. (VHBP) 2020

²⁰⁹ Deutsches Institut für Normung 2021. (Verfahren unter Leitung des DIN (Deutsches Institut für Normung), um einen Standard zur Beschreibung einer bis dahin noch nicht standardisierten Technologie zu beschreiben (SPEC für englisch specification).)

²¹⁰ ²¹⁰ Emunds/Kocher/Habel/Pflug/Tschenker/Deetzen 2021; siehe auch die Vorschläge eines Berichts des Europäischen Parlaments Barslund/Wispelaere/Lenaerts/Schepers/Fries-Tersch 2021, 55.

²¹¹ Emunds/Kocher/Habel/Pflug/Tschenker/Deetzen 2021; für eine Zertifizierung von Agenturen auch Deutscher Gewerkschaftsbund 2016, 5; Bundesregierung (Deutschland) BT-Drucks. 18/12840, 172; Deutscher Gewerkschaftsbund 2020b; Steffen 2015.

²¹² Siehe auch die Kritik an der derzeitigen Regelung in Emunds/Kocher/Habel/Pflug/Tschenker/Deetzen 2021; Bundesministerium für Gesundheit (Deutschland) März 2021 hatte bereits einen neuen § 45f SGB XI vorgeschlagen, der Live-In-Care unter

Dort ist auch vorgesehen, dass die Länder Angebote von Live-in-care als „häusliche Betreuung im Privathaushalt“ anerkennen können (§ 45a Abs. 1 S. 2, Abs. 3, § 45b Abs. 4 S. 3 SGB XI); eine entsprechende Rechtsverordnung gibt es jedoch bislang nur in Nordrhein-Westfalen (Anerkennungs- und Förderungsverordnung (AnFöVO) vom 23.1.2019).

In eine etwas andere Richtung gehen Vorschläge der aktuellen Bundesregierung, die nun „Haushalts-Schecks“ einführen möchte, wie sie schon lange aus arbeitsmarkt- und gleichstellungspolitischen Gründen vorgeschlagen werden.²¹³ Solche Zuschüsse und Unterstützungen sollten immer einer „doppelten Personenzentrierung“²¹⁴ folgen, also an Mindeststandards guter Arbeit gebunden werden.²¹⁵

Anforderungen guter Arbeit, die mit einem Anreiz- und Zertifizierungssystem zu verbinden wären, sind bereits von unterschiedlichen Akteuren formuliert worden.²¹⁶ Im Folgenden werden sie vor dem Hintergrund der polnisch-deutschen Vertragsanalyse konkretisiert.

Dabei wird zunächst generell darauf eingegangen, wie das Vertragsverhältnis rechtlich gestaltet werden sollte, was also eine wichtige Zielsetzung der Regulierung sein könnte (2.). Anschließend werden Regelungsideen für die Ebenen des internationalen, europäischen und nationalen Rechts dargestellt (3.).

2. Rechtsgrundlagen der Beschäftigung

Das arbeitspolitische Kernproblem sind vor allem überlange Arbeitszeiten; diese drohen zur Überforderung von Live-ins beizutragen, und stellen insofern auch ein Risiko für die Versorgungsqualität dar.²¹⁷ Nicht zu unterschätzen sind daneben auch die zahlreichen arbeitspolitischen Folgeprobleme, die sich in der typischen transnationalen Konstellation aus

dem Namen „Unterstützung in der häuslichen Betreuung“ explizit benannt hätte („Betreuung in deren Haushalt durch eine in diesem Haushalt lebende Betreuungsperson, die Hilfestellungen insbesondere bei der Haushaltsführung und Bewältigung des Alltags übernimmt und Angehörige entlasten kann (Unterstützung in der häuslichen Betreuung)“).

²¹³ SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP 2021, 70; siehe auch Bundesregierung (Deutschland) BT-Drucks. 18/12840.

²¹⁴ Hagedorn/Hänselmann/Emunds/Heimbach-Steins 2022, die den Begriff allerdings zunächst vor allem für die häusliche Pflege durch Familien und Angehörige entwickelt haben.

²¹⁵ Eurofound 2020, 58.

²¹⁶ Case Management und Gewährleistung von Rahmenbedingungen (Personalpools) für die effektive Gewährleistung einer Arbeitszeitbegrenzung (Emunds/Kocher/Habel/Pflug/Tschenker/Deetzen 2021; Aufwertung der Tätigkeit der Live-In (Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (Österreich) 2017; Deutscher Gewerkschaftsbund 2016; Freitag 2020; Steffen 2015; European Economic and Social Committee (EESC) 21.9.2016; vgl. auch Bundesverband für häusliche Betreuung und Pflege e.V. (VHBP) 2021; Anforderungen an Haushalte (Zimmer, Internet, Arbeitsmittel, etc.); Bundesministerium für Gesundheit (Deutschland) März 2021, 114; Deutsches Institut für Normung 2021; European Economic and Social Committee (EESC) 21.9.2016. Um eher verbraucherpolitische Zielsetzungen geht es bei der Frage nach Mindeststandards für die Qualifikation der Live-Ins (Bundesministerium für Gesundheit (Deutschland) März 2021, 114; Deutsches Institut für Normung 2021).

²¹⁷ Rossow/Leiber 2022.

der starken Abhängigkeit der Live-in-Kräfte ergeben: Da die Arbeitssituation darauf ausgerichtet ist, dass diese im Haushalt leben, haben sie kaum Möglichkeiten, sich zu entziehen, was die Tendenz zur Ausdehnung der Arbeitszeit, der kontinuierlichen Bereitschaft, als auch fehlende Privatsphäre und mangelnden Schutz vor Übergriffen mit sich bringt. Die Hauptinformationsquelle von Live-ins über ihre künftige Arbeitssituation sind zudem vorvertragliche Zusicherungen der Agenturen und/oder der Familien. Erweisen diese sich als unrichtig, stellen hohe Androhungen von Vertragsstrafen ein Hindernis dar und machen eine Nutzung etwa gegebener Arbeitsmarktchancen unwahrscheinlich bis unmöglich bzw. äußerst riskant.

Die vorliegende Untersuchung hat bestätigt, was bereits zahlreiche frühere Studien hervorgehoben haben: Die rechtliche Unsicherheit in der Anwendung des Arbeitsrechts stellt vor allem für die betroffenen Live-ins und ihre Berater:innen ein Problem dar.²¹⁸ Zwar ist es den Vertragsparteien rechtlich nicht freigestellt, welches Vertragsmodell sie wählen.²¹⁹ Die typische Konstellation, in der eine Live-in in einem fremden Haushalt den Anforderungen der Betreuungssituation potenziell zeitlich unbegrenzt unterworfen ist, und in der die einzige Handlungsmöglichkeit in der (meist vertragsstrafenbewehrten) Kündigung besteht, ist vielmehr als Arbeitsvertrag einzuordnen,²²⁰ der mit einer Agentur abgeschlossen wurde, die das Weisungsrecht an den jeweiligen Haushalt überträgt (Arbeitnehmerüberlassung).²²¹ Diejenigen Verträge, die als zivilrechtliche Dienstverträge konstruiert sind, sind allerdings meist so gestaltet, dass sie diese Abhängigkeit nicht widerspiegeln, sondern durch die Einräumung formaler Handlungsspielräume Unklarheit über die rechtliche Einordnung schaffen und so den Live-in-Beschäftigten – die hohen Barrieren bei der Durchsetzung ihrer Rechte begegnen – das Mindestmaß an Rechten vorenthalten, das ihnen im Arbeitsvertrag zustünde.

a) Rechtssichere Abgrenzung von Arbeitsverhältnissen und Selbstständigenbeschäftigung

Die Zielsetzung des Koalitionsvertrags eine „rechtssichere Grundlage für die 24-Stunden-Betreuung im familiären Bereich“ zu schaffen,²²² kann deshalb nur auf eine Förderung sozialversicherungspflichtiger Beschäftigung im Arbeitsverhältnis hinauslaufen, ob im Wege der

²¹⁸ Siehe oben III.3; Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (Österreich) 2017; Deutscher Gewerkschaftsbund 2020a.

²¹⁹ So aber wohl Deutsches Institut für Normung 2021, 11 f.

²²⁰ Vgl. auch die entsprechenden rechtspolitische Zielsetzungen von Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (Österreich) 2017; Steffen 2015; Freitag 2020, 29; 34; Steffen/Böning 2014.

²²¹ Emunds/Kocher/Habel/Pflug/Tschenker/Deetzen 2021, dort auch als rechtspolitische Zielsetzung formuliert.

²²² SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP 2021, 81.

Entsendung oder nicht. Das sog. „österreichische“ Modell, d.h. das Vorbild des österreichischen Hausbetreuungsgesetzes,²²³ schafft nur scheinbare Rechtssicherheit. Es suggeriert, dass eine Live-in-Beschäftigung in gleicher Weise im Arbeitsverhältnis und im zivilrechtlichen Dienstvertrag möglich sei. Es enthält keine eigenständige arbeitsrechtliche Regelung; nach wie vor gilt auch in Österreich, dass ein Beschäftigungsverhältnis, das in Weisungsgebundenheit bzw. in organisatorischer Einbindung durchgeführt wird, als Scheinselbstständigkeit und damit als Arbeitsverhältnis zu behandeln ist.²²⁴ Allerdings verdeckt das Gesetz Situationen der Scheinselbstständigkeit und hindert damit vermutlich scheinselbstständige Betroffene daran, ihre arbeitsrechtlichen Ansprüche geltend zu machen. Vor allem aber richtet es sich schon von seiner Zielsetzung her nicht gegen die bestehenden hochprekären und überlastenden Arbeitssituationen. Es bringt Live-in-Beschäftigung aus der Irregularität, auf Kosten der Beschäftigten, an deren Situation sich in der Sache kaum etwas geändert hat.²²⁵

Allerdings sind die bestehenden rechtlichen Rahmenbedingungen in Polen und Deutschland ebenfalls nicht geeignet, zu einer Verbesserung der Situation beizutragen. Insbesondere in Polen hat es bereits Gerichtsverfahren um den arbeitsrechtlichen Status von Live-in-Beschäftigten gegeben, in denen die polnische Rechtsprechung sich kaum mit den realen Durchführungssituationen beschäftigt und sich stattdessen stark an vertraglich formal eingeräumten Befugnissen orientiert hat. Auch in der deutschen Diskussion werden z.T. die realen Gestaltungsmöglichkeit vor Ort/im Haushalt und die starke Einflussnahme der Agenturen auf die Gestaltung der Arbeitssituation nicht ausreichend in den Blick genommen. Dies spricht dafür, die Kriterien der Abgrenzung von Arbeits- und Selbstständigenverhältnis fallgruppenbezogen, d.h. für die Fälle der Live-in-Betreuung, explizit zu normieren und dabei den Blick der Rechtsanwender:innen auf die typischen tatsächlichen Arbeitssituationen zu richten.

Hier werden zunächst nur die materiellrechtlichen Regelungsoptionen diskutiert, bevor unten auf die Frage eingegangen wird, was dies für Fälle bedeutet, in denen sich verschiedene Rechtsordnungen (hier: polnisches und deutsches Recht) überlagern.

²²³ Dazu ausführlich Tschenker, AuR 2022, 155 sowie die empirische Untersuchung von Kretschmann 2016 und Kretschmann, in: Appelt/Heidegger/Preglau/Wolf (Hrsg.) 2010, 187

²²⁴ Tschenker, AuR 2022, 155, 156.

²²⁵ Rossow/Leiber 2022 2 f; Aulenbacher/Leiblfinger/Prieler, in: Aulenbacher/Lutz/Schwiter (Hrsg.) 2021, 66; Ganner, in: Welti/Fuchs/Fuchsloch/Naegele/Udsching (Hrsg.) 2017, 649; Leiblfinger/Prieler 2018; Steiner/Prieler/Leiblfinger/Benazha, Österreichische Zeitschrift für Soziologie 2019, 1; Kretschmann, in: Appelt/Heidegger/Preglau/Wolf (Hrsg.) 2010, 187; Kretschmann 2016; Tschenker, AuR 2022, 155; Bachinger, Femina Politica 2016, 39

Da die typische Betreuungs- und Pflegesituation eine der Abhängigkeit ist, ist bei Live-in-Betreuung nicht von einer Vermutung der Selbstständigkeit,²²⁶ sondern von einer Vermutung der Arbeitnehmer:inneneigenschaft auszugehen. Hierfür müssen jedoch die Voraussetzungen, unter denen die Vermutung anzuwenden ist, normiert werden. Voraussetzung für die Anwendung der Vermutung ist insofern, dass es sich um einen Fall von Live-in-care handelt, dass also die Beschäftigte in dem Haushalt lebt, für den sie arbeitet.

In diesen Fällen müssen dann möglichst konkret formulierte Indikatoren die Situation gut beschreiben, unter denen die Annahme berechtigt sein kann, dass eine 1:1-Betreuung ausnahmsweise in einem zivilrechtlichen Dienstvertrag statt einem Arbeitsvertrag stattfindet.²²⁷

In einer solchen Situation setzt die Annahme eines zivilrechtlichen Dienstvertrags nicht nur voraus, dass die Parteien dies ausdrücklich vereinbart haben und dass die Live-in keine Pflichten gegenüber einer Agentur oder Vermittlungsstelle übernommen hat, sondern ausschließlich der zur betreuenden Person oder einer ihr nahestehenden Person selbst zu entsprechenden vertraglichen Leistungen verpflichtet ist.²²⁸ Selbstverständlich darf formal kein Weisungsrecht bestehen; die Live-in muss vertraglich berechtigt sein, im selben Zeitraum auch andere Personen zu betreuen, sowie qualifizierte Dritte bei der Betreuung einzusetzen. Als Indizien dafür, dass dann entgegen der Vermutung eine Selbstständigenstellung vorliegen könnte, sind vor allem von Bedeutung, ob die Live-in die Voraussetzungen mitbringt, um der Situation nicht unterworfen zu sein, sondern selbst kompetent und eigenständig handeln zu können. Eine Selbstständigenstellung kommt also nur in Betracht, wo die Live-in eine gute nicht nur häusliche, sondern auch pflegerische Ausbildung hat, die es ihr ermöglicht, in konkreten Situationen Handlungsnotwendigkeiten einschätzen zu können. Der Vertrag muss auch die (finanziell abgesicherte und in der Praxis vor Ort akzeptierte und praktikable) Befugnis der Live-in-Beschäftigten enthalten, im Zweifelsfall sowie in der eigenen Freizeit Dritte (wie z.B. ambulante Dienstleister) heranziehen zu können; hierfür müssen diese vertraglich benannt sein.

b) Rechtsfolgen der Beschäftigung

Gegen die Vermutung von Arbeitsverhältnissen wird z.T. angeführt, dass sich dies nicht rechtskonform organisieren lasse, weil mit dem Arbeitsrecht Rechte auf Mindestvergütungen und Höchstarbeitszeiten einhergehen,²²⁹ deren Berücksichtigung Live-in-care zu teuer machen

²²⁶ So der Vorschlag von Thüsing 2019

²²⁷ Zu dieser Herausforderung siehe schon Kocher 2022, insbes. 155 ff.

²²⁸ Thüsing 2019

²²⁹ BAG 24.6.2021 – 5 AZR 505/20, NZA 2021 1398 ff.; für eine Bereichsausnahme im Arbeitszeit- und im Mindestlohnrecht siehe aber Thüsing/Beden/Denzer/Bleckmann/Pöschke, NZS 2021, 321

würden. An anderer Stelle wurde bereits dargestellt, dass diese These die Handlungsmöglichkeiten der Agenturen und Haushalte als zu gering einschätzt.²³⁰ Bei entsprechenden Rahmenbedingungen guter Arbeit, insbesondere bei der Organisation eines gemischten Betreuungs- und Pflegearrangements, ist die Durchführung von 1:1-Betreuung in Arbeitsverhältnissen möglich, ohne dass es einer Ausnahme im Arbeitszeitrecht bedarf.²³¹ Eine solche wäre ohnehin unionsrechtswidrig; auch das österreichische Recht widerspricht insofern der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG.²³²

c) Kontrolle und Überwachung

Vielerorts wird auch gefordert, dass sowohl die präventive Überwachung wie die nachträgliche Kontrolle deutlich gestärkt werden müsste, um die effektive Durchsetzung des Arbeitsrechts zu gewährleisten.²³³ Hierfür sprechen auch die in dieser Studie festgestellten Mängel der vertraglichen Gestaltung, die auf Seiten der Agenturen oftmals unzureichende Rechtskenntnisse oder jedenfalls ein unzureichendes Rechtsbewusstsein erkennen ließen.²³⁴

Die Frage, wie sich Überwachung und Kontrolle effektivieren ließen, ist nicht Gegenstand dieses Gutachtens. Hierfür liegen unterschiedliche Vorschläge vor; in Betracht kommen eine unabhängige Zertifizierungsstelle, aber auch pflegeversicherungsrechtliche Akteur:innen, die im Rahmen des Case Managements stärker auch Fragen guter Arbeit in den Blick nehmen sollten.²³⁵ Selbstverständlich sind auch die staatlichen Arbeitsschutzbehörden sowie die Behörden der Zollverwaltung zuständig, deren Prüfauftrag nach § 2 Abs. 1 Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz (SchwarzArbG) auch die Feststellung der Arbeitgeber-/Arbeitnehmereigenschaft erfasst.

Ein wichtiger Punkt, der relevant wird, wenn nicht nur die unmittelbaren Tätigkeiten der Agenturen, sondern auch die Bedingungen vor Ort geprüft werden müssen, ist die Ermöglichung von Kontrollen in Privathaushalten.²³⁶ Hier besteht Regelungsbedarf; darauf weisen

(Arbeitszeitrecht: Konkretisierung der Bereichsausnahme des § 18 Abs. 1 ArbZG); siehe auch Bundesverband für häusliche Betreuung und Pflege e.V. (VHBP) 2021.

²³⁰ Rossow/Leiber 2022

²³¹ Zur Unanwendbarkeit von § 18 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG siehe z.B. Kocher, in: Scheiwe/Krawietz (Hrsg.) 2014, 85. Das BVerwG, 8.5.2019 – 8 C 3/18 hat dies zuletzt für eine Wohngruppe der Kinder- und Jugendhilfe auf der Basis europarechtskonformer Auslegung ebenfalls verneint (kein Zusammenleben in häuslicher Gemeinschaft).

²³² Tschenker, AuR 2022, 155, 157; genauer zur Rechtslage Scheiwe 2021.

²³³ Freitag 2020; Steffen 2015; Deutscher Gewerkschaftsbund 2020a

²³⁴ Siehe oben I.4.

²³⁵ Freitag 2020; Steffen 2015; Deutscher Gewerkschaftsbund 2020a

²³⁶ Freitag 2020.

sowohl die Empfehlung des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses (EWSA) von 2016²³⁷ hin, als auch der aktuelle Bericht des Europäischen Parlaments von 2021²³⁸.

3. Probleme des grenzüberschreitenden Charakters von Live-in-care

Die grenzüberschreitende Situation und die Komplexität der kollisionsrechtlichen Lage tragen zur besonderen Prekarität der migrantischen Live-in-Beschäftigten in Deutschland bei. Auch der EWSA bemängelt, dass „fehlende Bestimmungen für die grenzüberschreitende Beschäftigung von im Haushalt lebenden Pflegekräften [...] es einigen Unternehmen [ermöglichen], niedrigere Löhne für die gleiche Arbeit anzubieten, was zum Sozialdumping beiträgt. Besonders auffällig ist dies bei polnischen und slowakischen Agenturen und Unternehmen, die im Haushalt lebende Pflegekräfte nach Deutschland entsenden.“²³⁹

Allerdings ergibt sich eine besondere Schwierigkeit bei der transnationalen Konstellation: Unterschiedliche Regelungsebenen und Akteure wirken zusammen. Im Folgenden wird auf die internationale/völkerrechtliche Ebene (a), die EU (b) sowie Deutschland (c) eingegangen.

a) Internationales Recht

Die Schwierigkeiten wären abgemildert, wenn die Rechtsordnungen stärker miteinander harmonisiert wären als dies aktuell der Fall ist. Der EWSA weist insofern auf die völkerrechtlichen Mindeststandards des ILO-Übereinkommens 189 zum Schutz von Hausangestellten hin. Es ist nur von wenigen EU-Mitgliedstaaten unterzeichnet, zu denen zwar Deutschland, aber nicht Polen gehört.²⁴⁰ Dieses Übereinkommen kann tatsächlich ein Anstoß zur Gleichbehandlung von Hausangestellten gegenüber anderen Arbeitnehmer:innen im nationalen Recht sein.²⁴¹

Ein Bericht des Europäischen Parlaments wiederum²⁴² hebt die Bedeutung der „Allgemeinen Grundsätze und operativen Leitlinien für eine faire Personalanwerbung“ der International Labour Organization (ILO) (von 2019) hervor sowie der „Leitlinien für Arbeitsvermittler zu ethischer Anwerbung, menschenwürdiger Arbeit und Zugang zu Rechtsbehelfen für migrantische Hausangestellte“, die als Bericht durch die International Organization for

²³⁷ European Economic and Social Committee (EESC) 21.9.2016

²³⁸ Barslund/Wispelaere/Lenaerts/Schepers/Fries-Tersch 2021, 55.

²³⁹ Erfahrungen des Projekts „Faire Mobilität“ des DGB: www.faire-mobilitaet.de. Jetter/Maaßen/Stephan/Sommer/Karato 2020

²⁴⁰ Das Übereinkommen 189 der ILO trat am 5. September 2013 in Kraft und wurde bislang von Belgien, Deutschland, Finnland, Irland, Italien, Portugal und der Schweiz sowie von 14 außereuropäischen Ländern ratifiziert.

²⁴¹ Überblick über die Bedeutung für das deutsche Recht: Kocher, NZA 2013, 929-934; Trebilcock, International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations 2018, 149; Scheiwe/Schwach, ZIAS 2012, 317.

²⁴² Barslund/Wispelaere/Lenaerts/Schepers/Fries-Tersch 2021, 52.

Migration (IOM) 2020 herausgegeben wurden.²⁴³ Diese Richtlinien beruhen auf völkerrechtlichen Mindeststandards, betonen die Rolle der Arbeitsschutzbehörden sowie von Registrierungs- oder Zertifizierungssystemen, das Verbot von Vermittlungsgebühren auf Seiten der Arbeitssuchenden, sowie das Recht, jederzeit ohne Erlaubnis des Arbeitgebers oder Vermittlers in das Herkunftsland zurückkehren oder den Arbeitgeber wechseln zu können. Sie weisen auch darauf hin, dass für migrantische Hausangestellte der Zugang zu kostenfreier und verlässlicher Information über ihre Rechte und Beschäftigungsbedingungen von besonderer Bedeutung ist.

b) Handlungsmöglichkeiten auf Ebene der EU

(i) Explizite Berücksichtigung von Live-in-care im EU-Recht

Die Chancen der Harmonisierung durch EU-Recht werden im Bereich der Live-in-care bisher nicht genutzt. Deshalb ist der Hinweis des EWSA wichtig, dass künftig die Rechte der im Haushalt lebenden Pflegekräfte (sowie der von ihnen betreuten Personen) bei Überarbeitungen oder Vorschlägen für Rechtsvorschriften der EU und der Mitgliedstaaten explizit berücksichtigt werden sollten.

Auch in der Europäischen Säule Sozialer Rechte fehlt eine solche Erwähnung, und dementsprechend in Rechtsakten, die auf diese zurückgehen, wie z.B. die Richtlinie 2019/1152 über transparente und verlässliche Arbeitsbedingungen.²⁴⁴ Sogar die aktuelle Initiative der Europäischen Kommission vom März 2022 für eine „Europäische Strategie für Pflege und Betreuung“²⁴⁵ berücksichtigt Live-in-care nicht, obwohl sie doch darauf abzielt, „angemessene Arbeitsbedingungen für Betreuungs- und Pflegekräfte zu fördern und dafür zu sensibilisieren, dass Betreuungs- und Pflegearbeit anerkannt und in einer Weise vergütet werden muss, die den hohen gesellschaftlichen Wert und das wirtschaftliche Potenzial widerspiegelt.“ Sichtbar ist diese Leerstelle auch bei dem aktuellen Richtlinienvorschlag zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit.²⁴⁶ Obwohl diese Richtlinie selbstverständlich auch Plattformen im Bereich haushaltsnaher Dienstleistungen und Betreuung/Pflege erfasst, konzentriert die Diskussion sich bislang auf Essenslieferdienste und Personenbeförderung, so dass unsichtbarere Formen prekärer Plattformarbeit wie Betreuung und Pflege in der Anwendung drohen übersehen zu werden.²⁴⁷

²⁴³ International Organization for Migration (IOM) 2020

²⁴⁴ Deutscher Gewerkschaftsbund 2020a, 7 fordert insofern eine zügige Umsetzung.

²⁴⁵ https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13298-Europaische-Strategie-fur-Pflege-und-Betreuung_de. Die Stellungnahmefrist der Konsultation lief Ende März 2022 ab.

²⁴⁶ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit, COM(2021) 762 final.

²⁴⁷ Barslund/Wispelaere/Lenaerts/Schepers/Fries-Tersch 2021, 54; Mateescu/Ticona, in: Das Acevedo (Hrsg.) 2021, 57; Sedacca 2021

Ob für eine solche explizite Berücksichtigung wirklich erst noch eine bessere Datenbasis geschaffen werden muss,²⁴⁸ ist angesichts der Vielzahl der Studien, die es auch zum europäischen Vergleich gibt,²⁴⁹ eher fraglich. Allerdings wäre eine Sichtbarmachung von Live-in-care in den Datengrundlagen, z.B. von Eurostat, hilfreich.²⁵⁰

(ii) Regelung von Vermittlermärkten

Den internationalen Regelungen könnte größere Durchschlagskraft verliehen werden, wenn auf Basis des ILO-Übereinkommens 181 über private Arbeitsvermittler von 1997 ein europäischer Rechtsakt die private Vermittlung und Anwerbung von Arbeitskräften regulieren würde.²⁵¹

Die Regulierung von privaten Vermittler:innen ist für den Bereich der Live-in-care auch vorzugswürdig gegenüber dem Vorschlag des polnischen Arbeitsministeriums statt privater Vermittlungsagenturen auf die Nutzung des EURES-Netzwerks (European Employment Services) zu setzen.²⁵² Gerade die Verantwortungsübernahme durch Agenturen bringt Chancen mit sich, dass hier tatsächlich Mindeststandards gewährleistet werden könnten. In der Rechtsbeziehung zwischen Haushalt/Angehörigen/betreuungsbedürftigen Personen auf der einen und Live-ins auf der anderen Seite erscheinen die Voraussetzungen für eine verantwortliche Gestaltung von Arbeitsbedingungen nur in Ausnahmefällen gegeben.

(iii) Effektive Um- und Durchsetzung von EU-Recht, insbesondere im Entsenderecht

Es gibt allerdings bereits Normen des EU-Rechts, die von großer Relevanz für die Arbeit in Live-in-care sind, auch wenn diese dort nicht ausdrücklich Berücksichtigung findet. Dies ist zum einen die **Arbeitszeitrichtlinie** 2003/88/EG; hier wäre nicht nur ein Aufgabenfeld für die Mitgliedstaaten, sondern auch für EU-Organe. Eine verbindliche Pflicht der verlässlichen, objektiven und zugänglichen Arbeitszeiterfassung für mobile Beschäftigte könnte hier ein wichtiges Instrument sein.²⁵³ Der Bericht des Europäischen Parlaments²⁵⁴ schlägt zudem vor, eine EU-Initiative solle Best Practices definieren, die zeigen, wie die Arbeitsbedingungen von

²⁴⁸ Eurofound 2020, 58.

²⁴⁹ Barslund/Wispelaere/Lenaerts/Schepers/Fries-Tersch 2021; Leiber/Matuszczyk/Rossow, Zeitschrift für Sozialreform 2019, 365

²⁵⁰ European Economic and Social Committee (EESC) 21.9.2016; vgl. Barslund/Wispelaere/Lenaerts/Schepers/Fries-Tersch 2021, 52; Eurofound 2020, 58.

²⁵¹ Deutscher Gewerkschaftsbund 2020a, 6.

²⁵² Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej 2020.

²⁵³ Deutscher Gewerkschaftsbund 2020a, 8.

²⁵⁴ Barslund/Wispelaere/Lenaerts/Schepers/Fries-Tersch 2021, 55.

Live-in-Beschäftigten in Konformität mit dem Arbeitszeitrecht gestaltet werden könnten.²⁵⁵ Für das Design von Best Practices selbst gibt es bereits Vorschläge.²⁵⁶

Für transnationale Live-in-care spielt darüber hinaus die Um- und Durchsetzung der **Entsende-Richtlinie** 96/71/EG eine große Rolle. Die vorliegende Studie hat gezeigt, dass z.B. die entsenderechtlichen Rahmenbedingungen in Live-in-care häufig missachtet werden. Der Koalitionsvertrag für die aktuelle deutsche Bundesregierung tritt „europaweit“ für „eine richtlinienkonforme Umsetzung der Entsenderichtlinie sowie deren einfache Handhabung und Durchsetzung zum Schutz entsandter Beschäftigter und effektive und effiziente Kontrollen, um gegen Missbrauch und Betrug vorgehen zu können,“ ein. Der Koalitionsvertrag weist insofern generell auch auf das Potenzial der **Europäischen Arbeitsbehörde** (ELA) hin, Kontrolle und Information in der gesamten Branche zu verbessern. Dazu brauche es ein klares Mandat, das Mitgliedstaaten zu Kooperation und gegenseitiger grenzüberschreitender Auskunft und Inspektionen anhält.²⁵⁷

Ob hierfür die „Europäische Plattform zur Bekämpfung nicht angemeldeter Erwerbstätigkeit“, die seit 26. Mai 2021 als ständige Arbeitsgruppe der Europäischen Arbeitsbehörde eingerichtet ist, das richtige Instrument ist,²⁵⁸ erscheint allerdings zweifelhaft. Auch wenn diese unter anderem persönliche und Haushaltsdienstleistungen zu einem Schwerpunktbereich erklärt hat,²⁵⁹ so ist sie doch zu wenig auf den Schutz der Arbeitnehmer:innen fokussiert und zu stark von repressiven Logiken geprägt.

c) Vorschläge für Deutschland

(i) Kontrolle und Überwachung in Deutschland

Von entscheidender Bedeutung für eine effektive Durchsetzung des Entsenderechts ist deshalb nach wie vor eine gute Ausstattung der nationalen Kontrollbehörden; der Koalitionsvertrag verspricht dies für Deutschland.²⁶⁰ Wie die Kontrollstandards für die Probleme der Live-in-care konkretisiert werden könnte, hat das Deutsche Institut für Menschenrechte in seiner Studie von 2020 benannt (Einhaltung der Anforderungen für eine Entsendung, Überprüfung der beteiligten Vertragsparteien, Erreichbarkeit der Agenturen, Konzept zum Umgang mit

²⁵⁵ Barslund/Wispelaere/Lenaerts/Schepers/Fries-Tersch 2021, 55; eine solche Beschreibung findet sich z.B. bereits in Emunds/Kocher/Habel/Pflug/Tschenker/Deetzen 2021.

²⁵⁶ Emunds/Kocher/Habel/Pflug/Tschenker/Deetzen 2021

²⁵⁷ SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP 2021, 137; siehe auch Barslund/Wispelaere/Lenaerts/Schepers/Fries-Tersch 2021, 55; Benio/Kielbasa, <https://praca.gazetaprawna.pl/artykuly/1447726,uslugi-opieki-domowej-w-niemczech-wazne-dla-polskich-firm.html> 2020

²⁵⁸ Dies meint insbesondere der EWSA (European Economic and Social Committee (EESC) 21.9.2016).

²⁵⁹ European Labour Authority (ELA), [work programme for 2021-2022](#).

²⁶⁰ SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP 2021, 137; siehe auch die entsprechende Forderung an Deutschland in Ausschuss über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte der Vereinten Nationen 12.10.2018.

Konflikten und Gewalt).²⁶¹ Eine entsprechende Initiative könnte zu einer rechtskonformeren Gestaltung von Live-in-care beitragen. Ein Verbandsklagerecht von Gewerkschaften könnte den Rechtsschutz ebenfalls erheblich verbessern.²⁶²

Einige gravierende Probleme des sozialen Schutzes entstehen daraus, dass Fehler von A1-Bescheinigungen einerseits oft auf Sachverhaltsangaben von Vermittlungsagenturen zurückgehen, die eigene Interessen verfolgen. Die Bescheinigung enthält zwar nur Angaben zum anwendbaren Sozialversicherungsrecht, trifft aber dabei auch eine Aussage dazu, ob die in Frage stehende Person in dem anderen Mitgliedstaat eine Aufgabe als Arbeitnehmer oder als Selbständiger übernimmt. Diese Bescheinigung kann deshalb dazu eingesetzt werden, Personen für die Arbeit in einem anderen Mitgliedstaat gezielt als Selbständige erscheinen zu lassen.²⁶³ Peter Schüren hat für vergleichbare Fälle bereits einmal vorgeschlagen, eine Ausgleichshaftung des Einsatzarbeitgebers (hier: der Haushalte) vorzusehen für Fälle, in denen nur auf Grund der sozialversicherungsrechtlich bindenden Zuordnung kein Arbeitsverhältnis angenommen werden kann.²⁶⁴ Allerdings käme auch eine Durchsetzung arbeitsrechtlicher Grundsätze gegen den Anschein der A1-Bescheinigung in Betracht – denn z.B. die arbeitsrechtlichen Ansprüche aus dem deutschen Recht sind durch eine anderslautende A1-Bescheinigung gerade nicht ausgeschlossen.

Darüber hinaus müsste aber Sorge getragen werden, dass im Fall von Mängel und Rücknahmen von A1-Bescheinigungen²⁶⁵ die Risiken finanzieller Rückforderungen der zuständigen Sozialversicherungsbehörden tatsächlich von denjenigen getragen werden, die für die Beantragung und Datengrundlage der Bescheinigung Verantwortung tragen.

(ii) Zugang zum Rechtsschutz

Bereits der UN-Ausschuss über wirtschaftliche und soziale Rechte hat Deutschland empfohlen, die Beschwerdemechanismen für Live-ins („Haushaltsangestellte in der häuslichen Betreuung“) so zu verbessern, dass sie für diese Beschäftigten leicht zugänglich sind.²⁶⁶ Dabei besteht das Problem des Zugangs zum Rechtsschutz gar nicht so sehr in formalen Hürden der Klageerhebung; denn in den hier maßgeblichen Fallgestaltungen ist meist unproblematisch eine arbeitsgerichtliche Klage in Deutschland möglich (siehe II.1.d)), für die eine Beauftragung von Rechtsanwälten nicht erforderlich ist.

²⁶¹ Freitag 2020, 31.

²⁶² Deutscher Gewerkschaftsbund 2020a, 8 weist zu Recht darauf hin, dass ein originäres Verbandsklagerecht über die in Art. 11 Abs. 3 der Durchsetzungsrichtlinie 2014/67/EU zur Entsenderichtlinie vorgesehenen Beteiligung in Individualverfahren hinausgehen müsste.

²⁶³ Krebber, in: EuArbRK, RL 96/71/EG Art. 2, Rn. 3; siehe auch schon Mankowski, EuZA 2018, 473.

²⁶⁴ Brors/Schüren 2014.

²⁶⁵ Deutscher Gewerkschaftsbund 2020a, 4.

²⁶⁶ Ausschuss über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte der Vereinten Nationen 12.10.2018

Hier wäre es z.B. möglich, anhand von Musterfällen das Recht ausländischer Live-ins auf die arbeitsrechtlichen Mindeststandards des deutschen Rechts nach Art. 8 Abs. 2 Rom I-VO oder zumindest auf die Mindeststandards des § 2 Abs. 1 AEntG einzuklagen und so mit Breitenwirkung zu kommunizieren. Diese Ansprüche bestehen auch bei Beschäftigten, die nach polnischem Recht als Selbstständige eingeordnet sind, denn im Fall von Art. 8 Abs. 2 Rom I-VO wäre der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff und im Fall des AEntG der Arbeitnehmerbegriff des deutschen Rechts zu verwenden.

Das Problem ist aber z.B., dass die Ansprüche auf Mindestlohn voraussetzen, dass die erbrachte Arbeitszeit vollständig nachgewiesen werden kann. Eine Ausdehnung der Verpflichtungen der §§ 16, 17 MiLoG (Meldepflicht, Arbeitszeitaufzeichnung) auf die Branche der Live-in-Beschäftigung könnte hier ein wichtiger erster Schritt sein.

(iii) Stärkung der Live-in-Beschäftigten durch (Rechts-)Beratung

Eine berechtigte Mindestforderung vieler Akteure bezieht sich auf Infrastrukturen von Aufklärung und Information aller Betroffenen. Die „Informationsplattform“, die sich der Koalitionsvertrag wünscht, „in allen EU-Sprachen zu Altersvorsorgesystemen, Sozialversicherungsansprüchen, Besteuerung und Portabilität sowie Informationen zum Arbeitsrecht in den Mitgliedstaaten“,²⁶⁷ wäre da wohl nur eine Basisanforderung. Auch könnte die Europäische Arbeitsagentur jedenfalls bei der erforderlichen Information von Live-in-Beschäftigten ihre Rolle noch klarer formulieren.²⁶⁸

Erforderlich sind aber darüber hinaus spezifische und breite Beratungsangebote für entsandte und mobile Beschäftigte. Live-in-Beschäftigte benötigen Zugänge zu dezentralen, vertrauenswürdigen Ansprechpartner:innen sowohl für die präventive als auch für die fall- und problembezogene Beratung,²⁶⁹ Hierfür muss eine nachhaltige, unabhängige und zugängliche Beratungsinfrastruktur in den Muttersprachen der Live-ins aufgebaut werden – sowohl im Land des Arbeitsorts als auch im Herkunftsland.²⁷⁰ In Deutschland erfüllt die Beratung durch „Faire Mobilität“ sowie die „aufsuchende“ muttersprachliche Beratung in sozialen Medien, wie sie von der „Migrationsberatung 4.0“ praktiziert wird, diese Voraussetzungen bereits gut. Wichtige Bestandteile, insbesondere Kooperationen mit entsprechenden Angeboten in den Herkunftsländern („Network for fair posting“²⁷¹) sind aber nach wie vor projektfinanziert und damit nicht nachhaltig gewährleistet. Hier besteht Handlungsbedarf.

²⁶⁷ SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP 2021, 137.

²⁶⁸ Barslund/Wispelaere/Lenaerts/Schepers/Fries-Tersch 2021, 55.

²⁶⁹ Steffen 2015.

²⁷⁰ Emunds/Kocher/Habel/Pflug/Tschenker/Deetzen 2021; Freitag 2020, 33; Steffen/Böning 2014; LeVoy/Verbruggen 2005; Deutscher Gewerkschaftsbund 2016; Steffen 2015.

²⁷¹ Hier besteht für den Bereich der Live-In-Care eine Kooperation mit dem Gesamtpolnischen Gewerkschaftsverband Ogólnopolskie Porozumienie Związków Zawodowych (OPZZ) als

Von Seiten des Deutschen Gewerkschaftsbundes (DGB) wurde deshalb bereits die Einrichtung einer Budgetlinie durch die EU-Kommission vorgeschlagen, mit deren Hilfe ein europaweites Netzwerk an Beratungsstellen geschaffen werden könnte.²⁷² Dies könnte der Ausgangspunkt für strategische Projekte über die Beratung hinaus sein,²⁷³ die sich auch vornehmen könnten, in Musterklagen das Bestehen arbeitsrechtlicher Ansprüche des deutschen Rechts zum Thema zu machen.

(iv) Aufklärung von Pflegebedürftigen und ihren Familien

Auch die Haushalte der Pflegebedürftigen sollten besser aufgeklärt werden, nicht nur über das Pflege- und Betreuungsangebot, sondern auch über Arbeitsbedingungen und Rahmenbedingungen für die Live-ins.²⁷⁴ Pflege und Betreuung sind körperlich und psychisch anspruchsvolle Tätigkeiten.²⁷⁵ Die Gestaltung des sozialen Verhältnisses mit einer Person, die im Haushalt lebt, gleichzeitig aber konkrete Arbeitsaufgabe hat, ist nicht einfach und wird von Familien und Haushalten ganz unterschiedlich praktiziert.²⁷⁶ Der EWSA empfiehlt vor diesem Hintergrund, Pflegebedürftige und ihre Familien für die Bedürfnisse der im Haushalt lebenden Pflegekräfte zu sensibilisieren, damit diese als Arbeitskräfte behandelt werden, die Respekt verdienen und Rechte besitzen.²⁷⁷ Auch Verbraucherorganisationen, die den Haushalten lange das Entsendemodell als das am einfachsten handhabbare und rechtlich unbedenklichste Modell empfohlen haben,²⁷⁸ müssten insofern sensibilisiert werden.

Der Bericht für das Europäische Parlament schlägt vor, dass die Europäische Arbeitsagentur eine Kampagne nach dem Vorbild der Kampagne „Rights for all seasons“ (über Saisonarbeit)²⁷⁹ auflegen könnte.²⁸⁰ Diese findet allerdings im Rahmen der „Europäischen Plattform

Projektpartner; Informationen zum Projekt siehe <https://www.dgb-bildungswerk.de/migration/network-fair-posting>; vgl. <https://orka2.sejm.gov.pl/INT9.nsf/klucz/ATTBVUK5E/Prozent24FILE/i13869-o1.pdf>, 7.

²⁷² Deutscher Gewerkschaftsbund 2020a, 7.

²⁷³ Siehe dazu auch das rechtspolitische Engagement von *Związkowa Alternatywa* (Gewerkschaftsalternative) und deren Branchenorganisation für Pflegekräfte, die in Deutschland arbeiten (*Związkowa Alternatywa Opiekunek*): *Związkowa Alternatywa* 2021; <https://www.za.org.pl>; vgl. auch Osos 4.11.2020.

²⁷⁴ Freitag 2020; Satola/Schywalski, in: Jacobs/Kuhlmey/Greß/Klauber/Schwinger (Hrsg.) 2016, 127, 136f; Bundesverband für häusliche Betreuung und Pflege e.V. (VHBP) 2021.

²⁷⁵ European Economic and Social Committee (EESC) 21.9.2016.

²⁷⁶ Emunds/Schacher 2012; Kretschmann 2016.

²⁷⁷ Europäischer Wirtschafts- und Sozialausschuss (EWSA) 2016.

²⁷⁸ Frings, in: Krawietz (Hrsg.) 2010, 57, 57, 67; Bucher 2018, 27 ff.

²⁷⁹ <https://www.ela.europa.eu/en/campaigns/rights-for-all-seasons>.

²⁸⁰ Barslund/Wispelaere/Lenaerts/Schepers/Fries-Tersch 2021, 55.

zur Bekämpfung nicht angemeldeter Erwerbstätigkeit“ statt und teilt deshalb deren Unzulänglichkeiten.²⁸¹ Entsprechende Aufklärungskampagnen durch einzelne Mitgliedstaaten hätten wahrscheinlich ohnehin eine höhere Chance, die Adressat:innen zu erreichen.²⁸²

d) Kollektivvertragliche Ebene

Von Seiten des DGB werden eigene Tarifverträge für Live-ins gefordert.²⁸³ Auf Seiten der Einzelgewerkschaften scheint es insofern aber noch keine Initiativen gegeben zu haben. In Dänemark wurde allerdings bereits ein erster Tarifvertrag zwischen der Gewerkschaft „3F“ und der Plattform „Hilfr.dk“ geschlossen.²⁸⁴ Ohnehin sind in Deutschland nur wenige Privathaushalte Mitglied von Arbeitgeberverbänden wie dem DHB-Netzwerk Haushalt (ehemals Deutscher Hausfrauenbund), das als wichtigste Arbeitgebervertretung der Branche mit der Gewerkschaft Nahrung-Genuss-Gaststätten (NGG) Tarifverträge für die Arbeitnehmer:innen in der privaten Hauswirtschaft abschließt.²⁸⁵

Es ist äußerst fraglich, ob solche Tarifverträge tatsächlich eine reale Chance auf Allgemeinverbindlichkeit haben und somit effektiven Schutz gewährleisten können.²⁸⁶ Auch die Erfahrungen mit Kollektivverträgen, die in Italien in Bereich der Live-in-care gemacht wurden, stimmen insofern nicht optimistisch.²⁸⁷

VII. Zusammenfassung und Ausblick

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass die Rechtsordnungen und das Kollisionsrecht zwar an sich eine angemessene arbeitsrechtliche Absicherung bei grenzüberschreitenden Einsätzen polnischer Pflegekräfte anbieten. Diese erfolgt aber in einem äußerst komplexen rechtlichen Rahmen zwischen zwei Rechtsordnungen. Zudem wird die Bindungswirkung der sozialversicherungsrechtlichen Zuordnung oft genutzt, um vermeintliche Rechtssicherheit in Bereichen wie dem Arbeitsrecht zu suchen, im einseitigen Interesse der Agenturen, die diese Arbeit organisieren.

Hieraus ergeben sich Anforderungen an die Politik; insbesondere bei der Kontrolle und Überwachung von Arbeitsbedingungen, aber auch der Sensibilisierung der Öffentlichkeit im Hinblick auf die Nichtdurchführbarkeit von „24h-Pflege“, Datenerhebung zu Live-in-care bzw.

²⁸¹ Siehe oben VI.3.b)(iii).

²⁸² Emunds/Kocher/Habel/Pflug/Tschenker/Deetzen 2021 für Deutschland.

²⁸³ Deutscher Gewerkschaftsbund 2016; Deutscher Gewerkschaftsbund 2020c; siehe auch Osos 4.11.2020: internationaler Tarifvertrag.

²⁸⁴ Zu den wettbewerbsrechtlichen Problemen in diesem Zusammenhang siehe Kocher 2022, 206 ff.

²⁸⁵ In den Tarifverträgen zwischen dem DHB-Netzwerk Haushalt und der NGG sind z.B. 38,5 Wochenstunden als Arbeitszeit vereinbart; vgl. Scheiwe/Krawietz (Hrsg.) 2014.

²⁸⁶ Kritisch hierzu Kocher, in: Rudolph/Schmidt (Hrsg.) 2019, 195.

²⁸⁷ Eurofound 2020 58.

häuslicher Betreuung sowie der expliziten Berücksichtigung von Live-in-care in der Arbeitspolitik könnte die Politik noch einiges bewegen.

Die Tatsache, dass der Bereich der Langzeitpflege einer derjenigen prioritären Bereiche ist, auf die künftig nach dem Willen der Europäischen Kommission die legale Migration aus Drittstaaten ausgerichtet werden sollte,²⁸⁸ macht eine verantwortliche Regulierung des Bereichs von Live-in-care auch mit Blick auf ukrainische Betreuungskräfte und andere Drittstaatlerinnen umso dringlicher. Bereits heute werden aus der Ukraine und Weißrussland stammende Live-ins teilweise von polnischen Agenturen nach Deutschland entsandt.²⁸⁹ Für diese gelten die hier beschriebenen Rahmenbedingungen; ihr Zugang zum Rechtsschutz dürfte aber eher noch schwieriger sein als der polnischer Live-ins. Vorschläge, die vor allem auf den Kampf gegen die „Irregularität“ der Beschäftigung setzen,²⁹⁰ vernachlässigen häufig den Schutz der Arbeitnehmer:innen. Bei solchen Strategien wäre es von besonderer Bedeutung, die EU-Opferschutzrichtlinie 2012/29/EU – wie es der EWSA vorschlägt – „konsequent [anzuwenden], um im Haushalt lebenden Pflegekräften, die Opfer von Ausbeutung sind, ungeachtet ihres Migrationsstatus wirksam zu helfen“.²⁹¹)

Vor diesem Hintergrund ist eine explizite Regulierung und Eindämmung rechtswidriger Praktiken von Live-in-care dringend erforderlich. Das wichtigste Handlungsinstrument ist und bleibt dabei die Beratung und die Stärkung der Live-in-Beschäftigten, um diesen eine Durchsetzung bestehenden Rechts zu ermöglichen. Es ist dringend zu empfehlen, hier stärker auf die strategische Rechtsdurchsetzung zu orientieren, und die nach deutschem Arbeitsrecht bestehenden Ansprüche gerade für Personen, die mit polnischen zivilrechtlichen Dienstverträgen beschäftigt sind (siehe oben V), exemplarisch durchzusetzen. Dies würde der Live-in-care auch die nötige arbeitspolitische Sichtbarkeit verschaffen und zur effektiven Rechtsdurchsetzung aller Live-ins beitragen.

²⁸⁸ Europäische Kommission, Mitteilung vom 27.4.2022 „Anwerbung qualifizierter Arbeitskräfte aus Drittländern“, COM(2022) 657 final, wo darauf hingewiesen wird, dass im Bereich der Langzeitpflege bis 2030 in der EU voraussichtlich bis zu 7 Millionen Arbeitsplätze entstehen werden, die nur teilweise vom EU-Arbeitsmarkt abgedeckt werden.

²⁸⁹ Becker/Fritsche/Komitowski 2021.

²⁹⁰ Vgl. den Hinweis des EWSA auf die Richtlinie über Sanktionen gegen Arbeitgeber (2009/52/EG). Zur Kritik siehe schon oben VI.3.b)(iii).

²⁹¹ European Economic and Social Committee (EESC) 21.9.2016.

Glossar polnischer Begriffe

PLN – DE

- *faktyczna umowa o pracę*: faktischer Arbeitsvertrag
- *„Inicjatywa Mobilności Pracy”*: „Labour Mobility Initiative“
- *Kodeks Cywilny (KC)*: Zivilgesetzbuch
- *Kodeks Pracy (KP)*: Arbeitsgesetzbuch
- *Ministerstwo Rozwoju*: Ministerium für wirtschaftliche Entwicklung
- *Narodowy Fundusz Zdrowia (NFZ)*: Nationaler Gesundheitsfond
- *Państwowa Inspekcja Pracy*: Arbeitsaufsichtsbehörde
- *'Polski Ład'*: 'Polnische Ordnung' (polit.)
- *Prawo przedsiębiorców*: Gesetz über das Unternehmertum
- *Regulamin pracy*: „Arbeitsordnung“
- *Sąd Apelacyjny*: Apellationsgericht
- *Sąd Najwyższy*: Oberstes Gericht
- *Sąd Okręgowy*: Bezirksgericht/Landgericht
- *Sąd Rejonowy*: Amtsgericht
- *System ubezpieczeń społecznych*: Sozialversicherungssystem
- *Trybunał Konstytucyjny*: Verfassungsgerichtshof
- *ubezpieczenie chorobowe*: Verdienstaufschlag infolge einer Krankheit
- *ubezpieczenie zdrowotne*: Recht auf kostenlose Gesundheitsversorgung für Beschäftigte oder Gleichgestellte
- *umowa o świadczenie usług*: Dienstvertrag
- *umowa pośrednictwa*: Vermittlungsvertrag
- *„umowa śmieciowa”*: „Müllvertrag“
- *umowa w zakresie współpracy w świadczeniu usług opiekuńczych*: Vertrag über die Zusammenarbeit bei der Erbringung von Pflegeleistungen
- *umowa zlecenia sensu largo*: Mandatsvertrag im weiten Sinne (Dienstvertrag)

- *umowa zlecenia*: Mandatsvertrag (wörtl.)
- *Ustawa o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (MinWynagrU)*: Gesetz über den Mindestlohn
- *Ustawa o podatku dochodowym od osób fizycznych*: Einkommenssteuergesetz
- *Ustawa o świadczeniach pieniężnych z ubezpieczenia społecznego w razie choroby i macierzyństwa*: Gesetz für Geldleistungen der Sozialversicherung bei Krankheit und Mutterschaft
- *Ustawa o systemie ubezpieczeń społecznych*: Gesetz über das Sozialversicherungssystem
- *Ustawa o związkach zawodowych*: Gewerkschaftsgesetz
- *Zakład Ubezpieczeń Społecznych (ZUS)*: polnischer Sozialversicherungsträger
- *Złoty (Zł)*: PLN
- „*Związkowa Alternatywa Opiekunek*“: „Gewerkschaftliche Alternative für Pflegekräfte“
- „*Związkowa Alternatywa*“: „Gewerkschaftliche Alternative“

DE – PLN

- Arbeitsordnung: *Regulamin pracy*
- „Gewerkschaftliche Alternative“: „*Związkowa Alternatywa*“
- „Labour Mobility Initiative“: „*Inicjatywa Mobilności Pracy*“
- Mandatsvertrag im weiten Sinne (Dienstvertrag): *umowa zlecenia sensu largo*
- „Müllvertrag“: „*umowa śmieciowa*“
- Amtsgericht: *Sąd Rejonowy*
- Apellationsgericht: *Sąd Apelacyjny*
- Arbeitsaufsichtsbehörde: *Państwowa Inspekcja Pracy*
- Arbeitsgesetzbuch: *Kodeks Pracy (KP)*
- Bezirksgericht/Landgericht: *Sąd Okręgowy*
- Dienstvertrag: *umowa o świadczenie usług*
- Einkommenssteuergesetz: *Ustawa o podatku dochodowym od osób fizycznych*
- faktischer Arbeitsvertrag: *faktyczna umowa o pracę*

- Gesetz für Geldleistungen der Sozialversicherung bei Krankheit und Mutterschaft: *Ustawa o świadczeniach pieniężnych z ubezpieczenia społecznego w razie choroby i macierzyństwa*
- Gesetz über das Sozialversicherungssystem: *Ustawa systemie ubezpieczeń społecznych*
- Gesetz über das Unternehmertum: *Prawo przedsiębiorców*
- Gesetz über den Mindestlohn: *Ustawa o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (MinWynagrU)*
- Gesetz über das System der sozialen Sicherheit: *Ustawa o systemie ubezpieczeń społecznych*
- „Gewerkschaftliche Alternative für Pflegekräfte“: „Związkowa Alternatywa Opiekunek“
- Gewerkschaftsgesetz: *Ustawa o związkach zawodowych*
- Mandatsvertrag (wörtl.): *umowa zlecenia*
- Ministerium für wirtschaftliche Entwicklung: *Ministerstwo Rozwoju*
- Nationaler Gesundheitsfond: *Narodowy Fundusz Zdrowia (NFZ)*
- Oberstes Gericht: *Sąd Najwyższy*
- PLN: *Złoty (Zł)*
- 'Polnische Ordnung': (polit.) *'Polski Ład'*
- Polnischer Sozialversicherungsträger: *Zakład Ubezpieczeń Społecznych (ZUS)*
- Recht auf kostenlose Gesundheitsversorgung für Beschäftigte oder Gleichgestellte: *ubezpieczenie zdrowotne*
- Sozialversicherungssystem: *System ubezpieczeń społecznych*
- Verdienstaufschlag infolge einer Krankheit: *ubezpieczenie chorobowe*
- Verfassungsgerichtshof: *Trybunał Konstytucyjny*
- Vermittlungsvertrag: *umowa pośrednictwa*
- Vertrag über die Zusammenarbeit bei der Erbringung von Pflegeleistungen: *Umowa w zakresie współpracy w świadczeniu usług opiekuńczych*
- Zivilgesetzbuch: *Kodeks Cywilny (KC)*

Übersicht über verwendete Rechtsquellen

- Anerkennungs- und Förderungsverordnung (Nordrhein-Westfalen) (AnFöVO)
- Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (Deutschland) (AÜG)
- Arbeitsgesetzbuch (Polen), Kodeks Pracy (KP)
- Arbeitnehmer-Entsendegesetz (Deutschland) (AEntG)
- Arbeitszeitgesetz (Deutschland) (ArbZG)
- Bürgerliches Gesetzbuch (Deutschland) (BGB)
- Einkommenssteuergesetz (Polen)
- Gesetz für Geldleistungen der Sozialversicherung bei Krankheit und Mutterschaft (Polen)
- Gesetz über das Sozialversicherungssystem (Polen)
- Gesetz über das Unternehmertum (Polen)
- Gesetz über den Mindestlohn (Polen) (MinWynagrU)
- Gesetzes über das System der sozialen Sicherheit (Polen)
- Gewerbeordnung (Deutschland) (GewO)
- Gewerkschaftsgesetz (Polen)
- Mindestlohngesetz (Deutschland) (MiLoG)
- Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (Entsende-RL 96/71))
- Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (Arbeitszeit-RL 2003/88))
- Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt (Dienstleistungs-RL 2006/123)
- Richtlinie 2009/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Juni 2009 über Mindeststandards für Sanktionen und Maßnahmen gegen Arbeitgeber, die Drittstaatsangehörige ohne rechtmäßigen Aufenthalt beschäftigen (RL 2009/52)
- Richtlinie 2012/29/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 über Mindeststandards für die Rechte, die Unterstützung und den Schutz von Opfern von Straftaten sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2001/220/JI (Opferschutz- 2012/29))

- Richtlinie 2014/67/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1024/2012 über die Verwaltungszusammenarbeit mit Hilfe des Binnenmarkt-Informationssystems (RL 2014/67 zur Durchsetzung der Entsende-Richtlinie)
- Richtlinie 2019/1152/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 über transparente und vorhersehbare Arbeitsbedingungen in der Europäischen Union (RL 2019/1152)
- Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes (Deutschland) (SchwarzArbG)
- Sozialgesetzbuch IV Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung (Deutschland) (SGB IV)
- Sozialgesetzbuch XI Soziale Pflegeversicherung (Deutschland) (SGB XI)
- Strafgesetzbuch (Deutschland) (StGB)
- Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (VO 883/2004)
- Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I-VO)
- Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (Durchführungsverordnung (VO 987/2009))
- Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Brüssel Ia-VO)
- Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)
- Zivilgesetzbuch (Polen) (KC)

Literaturverzeichnis

- Arnholtz, Jens/Stampe Lovelady, Astrid, Being posted without being a posted worker. Legal uncertainty in practice, Wien 2022.
- Aulenbacher, Brigitte/Leiblfinger, Michael/Prieler, Veronika, Das umstrittene Selbstständigenmodell – Live-in-Betreuung in Österreich, in: Aulenbacher, Brigitte/Lutz, Helma/Schwiter, Karin (Hrsg.), Gute Sorge ohne gute Arbeit? Live-in-Care in Deutschland, Österreich und der Schweiz, Weinheim 2021, S. 66–78.
- Aulenbacher, Brigitte/Lutz, Helma/Schwiter, Karin (Hrsg.), Gute Sorge ohne gute Arbeit? Live-in-Care in Deutschland, Österreich und der Schweiz, Weinheim 2021.
- Aulenbacher, Brigitte/Lutz, Helma/Schwiter, Karin, Live-in-Betreuung – (k)ein Zukunftsmodell guter Sorge und guter Arbeit?, in: Aulenbacher, Brigitte/Lutz, Helma/Schwiter, Karin (Hrsg.), Gute Sorge ohne gute Arbeit? Live-in-Care in Deutschland, Österreich und der Schweiz, Weinheim 2021, S. 238–252.
- Ausschuss über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte der Vereinten Nationen, Abschließende Bemerkungen zum sechsten Staatenbericht Deutschlands, E/C.12/DEU/CO/6 12.10.2018.
- Bachinger, Almut, 24-Stunden-Betreuung in Österreich - die Nutzung migrantisierter Arbeitskraft: Vorzeigemodell oder Arbeitsausbeutung?, Femina Politica 2016, S. 39–51.
- Barslund, Mikkel/Wispelaere, Frederic de/Lenaerts, Karolien/Schepers, Wouter/Fries-Tersch, Elena, Policies for long-term carers. Study requested by the EMPL committee 2021.
- Bartig, Susanne/Harder, Niklas/Herpell, Mathis/Nowicka, Magdalena/Schwass, Theresa/Matuszczyk, Kamil, Auswirkungen der COVID-19-Pandemie auf das transnationale System der häuslichen Pflege zwischen Deutschland und Polen 2021.
- Becker, Paul/Fritsche, Christiane/Komitowski, Doritt, 24-Stunden-Pflegekräfte aus den Staaten außerhalb der EU 2021.
- Becker, Ulrich, Voraussetzungen der Entsendung im Lichte der Funktionsbedingungen von Sozialrechtsordnungen, ZIAS 2021, S. 467–476.
- Benazha, Aranka Vanessa/Leiblfinger, Michael/Prieler, Veronika/Steiner, Jennifer, Live-in-Care im Ländervergleich, in: Aulenbacher, Brigitte/Lutz, Helma/Schwiter, Karin (Hrsg.), Gute Sorge ohne gute Arbeit? Live-in-Care in Deutschland, Österreich und der Schweiz, Weinheim 2021, S. 20–45.
- Benio, Marek/Kielbasa, Marcin, Usługi opieki domowej w Niemczech czeka niebawem rewolucja. A to ważne również dla polskich przedsiębiorstw 2020, <https://praca.gazetaprawna.pl/artykuly/1447726,uslugi-opieki-domowej-w-niemczech-wazne-dla-polskich-firm.html>.
- Brors, Christiane, Grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung nach der Reform des AÜG, ZESAR 2018, S. 265.
- Brors, Christiane/Böning, Marta, Rechtliche Rahmenbedingungen für 24-Stunden-Pflegekräfte aus Polen in Deutschland, NZA 2015, S. 846-850.

- Brors, Christiane/Schüren, Peter, Vorschläge für eine gesetzliche Regelung zur Eindämmung von Missbräuchen beim Fremdpersonaleinsatz und zur Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie 2014.
- Bucher, Barbara, Rechtliche Ausgestaltung der 24-h-Betreuung durch ausländische Pflegekräfte in deutschen Privathaushalten. Dissertation, Baden-Baden 2018.
- Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (Österreich), Familienreport 2017 2017.
- Bundesministerium für Gesundheit (Deutschland), Arbeitsentwurf für das Pflegereformgesetz März 2021.
- Bundesregierung (Deutschland), Zweiter Gleichstellungsbericht. Erwerbs- und Sorgearbeit gemeinsam neu gestalten BT-Drucks. 18/12840.
- Bundesverband für häusliche Betreuung und Pflege e.V. (VHBP), Fusion von VHBP und BHSB: Gemeinsame Stimme für die Betreuung in häuslicher Gemeinschaft 2020.
- Bundesverband für häusliche Betreuung und Pflege e.V. (VHBP), Qualifizierungsstandard für Betreuungspersonen in häuslicher Gemeinschaft 2021.
- Cloppenburg, Sonia, Deutsches und polnisches Arbeitsrecht unter europarechtlichem Einfluss. Eine rechtsvergleichende Betrachtung des ersten polnischen Gesetzes vom 10.06.2016 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, Frankfurt a. M. 2020.
- Comba, María, The Law Applicable to Cross-border Contracts involving Weaker Parties in EU Private International Law 2021.
- Deckert-Regui, Adriana/Liessneck, Toralf, Arbeitsrechtsschutz für Live-In Pflegekräfte aus der EU in Deutschland. Die aktuelle Lage der Umgehung von Arbeitsschutzgesetzen durch die polnischen Verträge umowy zlecenia und der A1-Bescheinigung, Berlin 2020.
- Deinert, Olaf, Arbeitnehmerentsendung im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen innerhalb der Europäischen Union-Rechtsprobleme der Sonderanknüpfung eines „harten Kerns“ arbeitsrechtlicher Vorschriften des Arbeitsortes, RdA 1996 1996, S. 339–352.
- Deutscher Gewerkschaftsbund, DGB-Reformkonzept. Arbeitsplatz Privathaushalt. Gute Arbeit ist möglich, Berlin 2016.
- Deutscher Gewerkschaftsbund, Ausbeutung mobiler Beschäftigter in der EU 2020a.
- Deutscher Gewerkschaftsbund, Förderung haushaltsnaher Dienstleistungen - dringende gesellschaftspolitische Aufgabe 2020b.
- Deutscher Gewerkschaftsbund, Gute Arbeit im Privathaushalt - ein Lösungsansatz mit großer Wirkung 2020c.
- Deutsches Institut für Normung, DIN SPEC 33454:2021-02. Betreuung unterstützungsbedürftiger Menschen durch im Haushalt wohnende Betreuungskräfte aus dem Ausland - Anforderungen an Vermittler, Dienstleistungserbringer und Betreuungskräfte 2021.

- Driguez, Laetitia, Posting of workers: When the ideal of cooperation between national institutions prevails over the fight against fraud: CRPNPAC and Vueling, *Common Market Law Review* 2021, S. 929–950.
- Emunds, Bernhard/Kocher, Eva/Habel, Simone/Pflug, Rebekka/Tschenker, Theresa/Deetzen, Verena von, *Gute Arbeit für Live-In-Care. Gestaltungsoptionen für Praxis und Politik*, Frankfurt a. M., Frankfurt (Oder) 2021.
- Emunds, Bernhard/Schacher, Uwe, *Ausländische Pflegekräfte in Privathaushalten. Abschlussbericht* 2012.
- Eurofound, *Long-term care workforce. Employment and working conditions*, Luxembourg 2020.
- Europäischer Wirtschafts- und Sozialausschuss (EWSA), *Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses zum Thema „Die Rechte von im Haushalt lebenden Pflegekräften“ (Initiativstellungnahme) (2016/C 487/02) 2016.*
- European Economic and Social Committee (EESC), *The rights of live-in care workers (own-initiative opinion) 21.9.2016.*
- Ferrari, Franco, *Concise commentary on the Rome I Regulation*, Cambridge 2020.
- Franzen, Martin, *Das geänderte Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG)*, *EuZA* 2021, S. 3.
- Franzen, Martin/Gallner, Inken/Oetker, Hartmut (Hrsg.), *Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht*, 4. Aufl., München 2022.
- Franzen, Martin/Gallner, Inken/Oetker, Hartmut (Hrsg.), *Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht*, 4. Aufl., München 2022.
- Freitag, Nora, *Arbeitsausbeutung beenden. Osteuropäische Arbeitskräfte in der häuslichen Betreuung in Deutschland*, Berlin 2020.
- Frings, Dorothee, *Die Entwicklung haushaltsnaher Dienstleistungen im Kontext der begrenzten Arbeitnehmerfreizügigkeit für Neu-Unionsbürgerinnen*, in: Krawietz, Johanna (Hrsg.), *Transnationale Sorgearbeit. Rechtliche Rahmenbedingungen und gesellschaftliche Praxis*, Wiesbaden 2010, S. 57–80.
- Ganner, Michael, *Die 24-Stunden-Betreuung in Österreich*, in: Welti, Felix/Fuchs, Maximilian/Fuchsloch, Christine/Naegele, Gerhard/Udsching, Peter (Hrsg.), *Gesundheit, Alter, Pflege, Rehabilitation - Recht und Praxis im interdisziplinären Dialog. Festschrift für Gerhard Igl*, Baden-Baden 2017, S. 649–660.
- Giubboni, Stefano, *Being a worker in EU law*, *ELLJ* 2018, S. 223–235.
- Główny Inspektorat Pracy, UNP: GIP-21-23215 27.04.2021, <https://www.za.org.pl/skandaliczna-odpowiedz-panstwowej-inspekcji-pracy-odnosnie-sytuacji-polskich-opiekunek-w-niemczech/>.
- GUS, *Wybrane zagadnienia rynku pracy (dane dla 2019 r.)* 2019, S. .
- Habel, Simone/Tschenker, Theresa, *Stay At Work. Zur Situation der Live-In-Pflege in der Corona-Krise*, *SozSich* 2020, S. 215–219.

- Habel, Simone/Tschenker, Theresa, Reduktion der Arbeitszeit in der Live-In-Pflege. Eine interdisziplinäre Untersuchung von Maßnahmen der Vermittlungsagenturen, Düsseldorf 2022.
- Hagedorn, Jonas/Hänselmann, Eva/Emunds, Bernhard/Heimbach-Steins, Marianne, Doppelte Personenzentrierung. Leitidee für den Leistungsmix in der häuslichen Versorgung, Frankfurt am Main 2022.
- Hielscher, Volker/Kirchen-Peters, Sabine/Nock, Lukas, Pflege in den eigenen vier Wänden: Zeitaufwand und Kosten. Pflegebedürftige und ihre Angehörigen geben Auskunft, Düsseldorf 2017.
- International Organization for Migration (IOM), Guidelines for labour recruiters on ethical recruitment, decent work and access to remedy for migrant domestic workers, Geneva 2020.
- Isfort, Michael/Weidner, Frank/Malsburg, Andrea von der/Lüngen, Markus, Mehr als Minutenpflege. Was brauchen ältere Menschen, um ein selbstbestimmtes Leben in ihrer eigenen Häuslichkeit zu führen? Expertise 2012.
- Jadżyn, Michał, Kiedy ZUS może uchylić zaświadczenie A1, <https://jadzynlt.pl/2020/05/28/kiedy-zus-moze-uchylic-zaswiadczenie-a1/> 2020.
- Jetter, Birte/Maaßen, Jens/Stephan, Nina/Sommer, Jörn/Karato, Yukako, Evaluation des Projektes „Faire Mobilität“. Abschlussbericht. BMAS Forschungsbericht 2020.
- Junker, Abbo, Anmerkung zu einer Entscheidung des BAG, Urteil vom 1.12.2020 (9 AZR 102/20). Zur Arbeitnehmereigenschaft von Crowdworkern, JZ 2021, S. 519–522.
- Kapusta, Piotr, Art. 734 [Pojęcie], in: Załucki, Mariusz (Hrsg.), Kodeks cywilny. Komentarz, 2. Aufl., Warszawa 2020.
- Klein, Stefanie, Regelungen zur Entsendung im europäischen Arbeits- und Sozialrecht im Vergleich, ZESAR 2015, S. 272–279.
- Knopp, Lothar, Osteuropäische Pflegehilfen in der häuslichen Pflege: Dringender Handlungsbedarf!, NZS 2016, S. 445–449.
- Kocher, Eva, Hausangestellte im deutschen Arbeitsrecht. Ratifikation der ILO-Konvention 189, NZA 2013, S. 929–934.
- Kocher, Eva, Die Ungleichbehandlung von Hausangestellten in der 24-Stunden-Pflege gegenüber anderen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern – eine Frage des Verfassungsrechts, in: Scheiwe, Kirsten/Krawietz, Johanna (Hrsg.), (K)Eine Arbeit wie jede andere? Die Regulierung von Arbeit im Privathaushalt, Berlin 2014, S. 85–107.
- Kocher, Eva, Der rechtliche Rahmen der 24-Stunden-Pflege in Deutschland, in: Rudolph, Clarissa/Schmidt, Katja (Hrsg.), Interessenvertretung und Care. Voraussetzungen, Akteure und Handlungsebenen, 1. Aufl., Münster 2019, S. 195–211.
- Kocher, Eva, Europäisches Arbeitsrecht, Baden-Baden 2020.
- Kocher, Eva, Bereitschaftszeit und Rufbereitschaft: eine europarechtliche Dogmatik, RdA 2022, S. 50–55.
- Kocher, Eva, Digital work platforms at the interface of labour law. Regulating market organisers, London 2022.

- Kohte, Wolfhard/Rabe-Rosendahl, Cathleen, Grenzüberschreitende Beschäftigung in der Erntehilfe als Herausforderung für das europäische und deutsche Sozialrecht, ZESAR 2021, S. 371–377.
- Kountouris, Nicola, The Concept of ‘Worker’ in European Labour Law: Fragmentation, Autonomy and Scope, Industrial Law Journal 2018, S. 192–225.
- Kretschmann, Andrea, "Die Legalisierung hat uns überhaupt keine Vorteile gebracht. Die Vorteile gibt es nur für Österreicher". Effekt national strukturierten Rechts in der transmigrantischen 24-Stunden-Care-Arbeit, in: Appelt, Erna/Heidegger, Maria/Preglau, Max/Wolf, Maria (Hrsg.), Who cares? Betreuung und Pflege in Österreich. Eine geschlechterkritische Perspektive, Innsbruck 2010, S. 187–195.
- Kretschmann, Andrea, Regulierung des Irregulären. Carework und die symbolische Qualität des Rechts, Weilerswist 2016.
- Laber, Jörg/Stanka, Stefanie, Änderungen der Rechtslage durch die Umsetzung der EU-Entsenderichtlinie, ArbRB (Arbeitsrechtsberater) 2020, S. 247–249.
- Leiber, Simone/Matuszczyk, Kamil/Rossow, Verena, Private Labor Market Intermediaries in the Europeanized Live-in Care Market between Germany and Poland: A Typology, Zeitschrift für Sozialreform 2019, S. 365–392.
- Leiber, Simone/Rossow, Verena, Self-regulation in a Grey Market? Insights from the Emerging Polish-German Business Field of Live-in Care Brokerage, in: Horn, Vincent/Schwepe, Cornelia/Böcker, Anita/Bruquetas-Callejo, María (Hrsg.), The Global Old Age Care Industry, Singapore 2021, S. 127–152.
- Leiber, Simone/Rossow, Verena, Beschäftigung von Migrantinnen in der sogenannten „24-Stunden-Betreuung“ in Privathaushalten. Expertise im Auftrag des Sachverständigenrats für Integration und Migration für das SVR-Jahresgutachten, Berlin 2022.
- Leiber, Simone/Rossow, Verena/Österle, August/Frerck, Timm, Yet another black box: Brokering agencies in the evolving market for live-in migrant care work in Austria and Germany, International Journal of Care and Caring 2020, S. 1–22.
- Leiblfinger, Michael/Prieler, Veronika, Elf Jahre 24-Stunden-Betreuung in Österreich. Eine Policy- und Regime-Analyse, Linz 2018.
- Leiblfinger, Michael/Prieler, Veronika/Schwiter, Karin/Steiner, Jennifer/Benazha, Aranka/Lutz, Helma, Impact of COVID-19 Policy Responses on Live-In CareWorkers in Austria, Germany, and Switzerland, Journal of Long-Term Care 2020, S. 144–150.
- Leitherer, Stephan (Hrsg.), Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, 118. EL, München 2022.
- LeVoy, Michele/Verbruggen, Nele, Ten Ways to Protect Undocumented Migrant Workers, Brüssel 2005.
- Ludera-Ruszel, Agata, Umowy prawa cywilnego jako podstawa zatrudnienia – wybrane zagadnienia, FOI 2019, S. 25–33.
- Ludera-Ruszel, Agata, The Concept of “Worker” under the Principle of Free Movement of Workers and Its Implications for the Protection of Workers in the European Union, SPP 2020, S. 167–174.

- Majkowska-Szulc, Sylwia, Sytuacja prawna pracownika delegowanego w ramach świadczenia usług, in: Biernat, Stanisław/Dudzik, Sławomir (Hrsg.), *Przepływ osób i świadczenie usług w Unii Europejskiej. nowe zjawiska i tendencje*, Warschau 2009, S. 248–259.
- Mankowski, Peter, Formelle Selbständige und Bescheinigung A 1 (früher E 101): Vorsicht, Gestaltungskünstler - die Realität bricht doch durch! Anmerkung zum Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 6.2.2018 - Rechtssache Altun und andere, *EuZA* 2018, S. 473–483.
- Mateescu, Alexandra/Ticona, Julia, Invisible Work, Visible Workers. Visibility Regimes in Online Platforms for Domestic Work, in: Das Acevedo, Deepa (Hrsg.), *Beyond the Algorithm. Qualitative Insights for Gig Work Regulation*, Cambridge, United Kingdom, New York, NY 2021, S. 57–80.
- Matuszczyk, Kamil, Zatrudnienie migrantek z Polski w sektorze opieki domowej w wybranych państwach członkowskich Unii Europejskiej, *StudiaBAS* 2019, S. 123–142.
- Mędrala, Małgorzata Maria, Obowiązki ze sfery bhp w zatrudnieniu niepracowniczym, *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska, sectio G (Ius)* 2015, S. 143.
- Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej, *DRP.X.052.283.2020.WP* 2020.
- Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid/Franzen, Martin/Gallner, Inken/Höpfner, Clemens (Hrsg.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht und Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht*, 22. Aufl., München 2022.
- Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid/Franzen, Martin/Gallner, Inken/Höpfner, Clemens (Hrsg.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht und Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht*, 22. Aufl., München 2022.
- Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid/Franzen, Martin/Gallner, Inken/Höpfner, Clemens (Hrsg.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht und Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht*, 22. Aufl., München 2022.
- Nacewicz, Magdalena, *Die Begründung und die Beendigung des Arbeitsverhältnisses im deutschen und im polnischen Arbeitsrecht*. Bochum, Diss. 2003, Frankfurt am Main 2004.
- Niksova, Diana, Anwendbares Sozialversicherungsrecht bei grenzüberschreitender Arbeitnehmerüberlassung (C-784/19 – Team Power Europe). *Kommentar zu EuGH C-784/19 (Team Power Europe)*, *AuR* 2022, S. 33–36.
- Nowacka, Izabela/Rotkiewicz, Marek, *Umowy cywilnoprawne jako formy zatrudnienia. Umowa zlecenia, umowa o dzieło*, Warszawa 2016.
- Osos, Katarzyna, Interpelacja nr 13869 do ministra rozwoju, pracy i technologii w sprawie sytuacji polskich opiekunek pracujących w Niemczech 4.11.2020.
- Otto, Marta, Posting of workers before Polish courts, in: Rasnača, Zane/Bernaciak, Magdalena (Hrsg.), *Posting of workers before national courts*, Brüssel 2020, S. 181–198.
- Riefgraf, Birgit/Reimer, Romy, Wandel von Wohlfahrtsstaatlichkeit und neue Care-Arrangements. Das Beispiel der Wohn-Pflege-Gemeinschaften, in: Aulenbacher, Brigitte/Riefgraf, Birgit, Theobald, Hildegard (Hrsg.), *Sorge: Arbeit, Verhältnisse, Regime*, Baden-Baden 2014, S. 293–309.

- Roglewski, Adam/Florek, Karol, Die Zukunft der Pflege durch im Haushalt lebende Pflegekräfte in Europa, Brüssel 2020.
- Rosenow, Roland/Kocher, Eva, Einsatz einer 24/7-Live-in-Kraft nach Sozialhilfe als Substitut für eine 24-Stunden-Assistenz nach dem Recht der Eingliederungshilfe. Anmerkung zu LSG Berlin-Brandenburg, 17.5.2022, L 23 SO 6/22 B ER, KJ 2022, S. erscheint demnächst.
- Rossow, Verena, Der Preis der Autonomie. Wie sorgende Angehörige Live-in-Arbeitsverhältnisse ausgestalten, Opladen, Berlin, Toronto 2021.
- Rossow, Verena/Leiber, Simone, 'Mehr Fortschritt wagen' auch im Feld der Live-in-Pflege?, Düsseldorf 2022.
- Rycak, Magdalena, Art. 151⁵ [Dyżur], in: Walczak, Krzysztof (Hrsg.), Kodeks pracy. Komentarz, 32. Aufl. 2021.
- Satola, Agnieszka/Schywalski, Beate, „Live-in-Arrangements“ in deutschen Haushalten. Zwischen arbeitsrechtlichen/vertraglichen (Un-)Sicherheiten und Handlungsmöglichkeiten, in: Jacobs, Klaus/Kuhlmey, Adelheid/Greß, Stefan/Klauber, Jürgen/Schwinger, Antje (Hrsg.), Pflege-Report 2016. Schwerpunkt: Die Pflegenden im Fokus, Stuttgart 2016, S. 127–138.
- Scheiwe, Kirsten, Domestic Workers, EU Working Time Law and Implementation Deficits in National Law. Change in Sight?, Florenz 2021.
- Scheiwe, Kirsten/Krawietz, Johanna (Hrsg.), (K)Eine Arbeit wie jede andere? Die Regulierung von Arbeit im Privathaushalt, Berlin 2014.
- Scheiwe, Kirsten/Schwach, Verena, Decent work for domestic workers“ – das Übereinkommen 189 der Internationalen Arbeitsorganisation, ZIAS 2012, S. 317–349.
- Sedacca, Natalie, Domestic Work and the Gig Economy 2021, S. .
- Śliwińska, Joanna/Kuczkowski, Łukasz, Niedługo pracownik może łatwiej stracić A1, Dziennik Gazeta Prawna 20 Oktober 2019, S. .
- SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, Koalitionsvertrag 2021-2025. Mehr Fortschritt wagen. Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit 2021.
- Steffen, Margret, ... raus aus der Schwarzarbeit. Gute Arbeit in Privathaushalten. Europäische Erfahrungen und mögliche Gestaltungsansätze der Beschäftigung osteuropäischer Haushaltshilfen und Pflegekräfte 2015.
- Steffen, Margret/Böning, Marta, Migrantinnen aus Osteuropa in Privathaushalten. Problemstellungen und politische Herausforderungen, Berlin 2014.
- Steiner, Jennifer/Prieler, Veronika/Leiblfinger, Michael/Benazha, Aranka, Völlig legal!? Rechtliche Rahmung und Legalitätsnarrative in der 24h-Betreuung in Deutschland, Österreich und der Schweiz, Österreichische Zeitschrift für Soziologie 2019, S. 1–19.
- Stiftung Warentest, Trautes Heim, da will ich sein, Stiftung Warentest 2017, S. 86–95.
- Świątkowski, Andrzej Marian/Wujczyk, Marcin, The Classification of Employment in Polish Labour Law, King's Law Journal 2016, S. 165–169.

- Sztabińska, Jadwiga, Rozdział VI. Konsekwencje wzrostu płacy minimalnej od 1.1.2021r., in: Hołda, Artur (Hrsg.), *Zmiany w podatkach i księgowości 2021 z uwzględnieniem tarcz antykryzysowych 2021*.
- Szypniewski, Michał, *Współzależności pomiędzy delegowaniem pracowników a podróżą służbową*, *Monitor Prawa Pracy* 2019, S. 6–11.
- Thüsing, Gregor, *Rechtskonforme Betreuung in den eigenen vier Wänden. Regelungen für die Betreuung in häuslicher Gemeinschaft (24-Stunden-Betreuung) de lege lata und de lege ferenda. Gutachten auf Anfrage des Bundesministeriums für Gesundheit*, Bonn 2019.
- Thüsing, Gregor/Beden, Yannik/Denzer, Matthias/Bleckmann, Lena/Pöschke, Carlo, *Rechtskonforme Betreuung in den eigenen vier Wänden. Regelungen für die Betreuung in häuslicher Gemeinschaft (24-Stunden-Betreuung) de lege lata und de lege ferenda*, *NZS* 2021, S. 321–331.
- Timmermann, Petra/Uznanski, Julia/Mävers, Gunther/Klaus, Sebastian (Hrsg.), *Beschäftigung ausländischer Mitarbeiter. Arbeitsmigrationsrecht in der Praxis*, Baden-Baden 2021.
- Trebilcock, Anne, *Challenges in Germany's Implementation of the ILO Decent Work for Domestic Workers Convention*, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 2018, S. 149–176.
- Tschenker, Theresa, *24 Stunden Arbeit - 24 Stunden Lohn. Besprechung zum Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 24. Juni 2021*, *NZA* 2021, S. 641–645.
- Tschenker, Theresa, *Regulierungsperspektiven nach den Urteilen zur Vergütung in der Live-In-Pflege - dient Österreich als Vorbild?*, *AuR* 2022, S. 155–159.
- Verwaltungskommission für die Koordinierung der Systeme, *Praktischer Leitfaden zum anwendbaren Recht in der Europäischen Union (EU), im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) und in der Schweiz* Dezember 2013, zuletzt geprüft am 27.05.2022.
- VHBP, *Vorgeschlagene Revision der Entsenderichtlinie 96/71/EC bedroht die Betreuung in häuslicher Gemeinschaft (sog. live-in-care) für ältere und behinderte Menschen in Deutschland*, Empfehlung 2017, https://www.mobilelabour.eu/wp-content/uploads/2017/07/VHBP_Position-on-the-proposed-revision-of-the-PWD.pdf, zuletzt geprüft am 28.05.2022.
- Wank, Rolf, *Die personelle Reichweite des Arbeitnehmerschutzes aus rechtsdogmatischer und rechtspolitischer Perspektive*, *EuZA* 2016, S. 143–170.
- Wank, Rolf, *Der Arbeitnehmer-Begriff im neuen § 611a BGB*, *AuR* 2017, S. 140–153.
- Zachariasiewicz, Maciej, *Stosunki pracy. VIII. Delegowanie pracowników do innego państwa członkowskiego w ramach świadczenia usług*, in: Pazdan, Maksymilian (Hrsg.), *Prawo prywatne międzynarodowe. System Prawa Prywatnego. Tom 20B*, Warszawa 2015, S. 498–528.
- ZUS, *Praca na podstawie umów cywilnoprawnych. Zasady podlegania ubezpieczeniu zdrowotnemu oraz ustalania podstaw wymiaru składek* 2019, S. .
- Związkowa Alternatywa, *Badanie o polskich pracownikach opieki w Niemczech – niepokojące dane 2021*.