»Oma's neue Polin«* – oder wie die Justiz sich aufmacht, die Politik das Fürchten zu lehren

1.

»Und weil ein Bild mehr sagt als hunderttausend Worte, so weiß jeder Propagandist die Wirkung des Tendenzbildes zu schätzen: von der Reklame bis zum politischen Plakat schlägt das Bild zu, boxt, pfeift, schießt in die Herzen und sagt, wenns gut ausgewählt ist, eine neue Wahrheit und immer nur eine.«[1]

Diese Einsicht, 1926 vielleicht noch relativ frisch, ist heute Allgemeingut. Und sie ist fraglos der Grund dafür, dass nahezu jeder Artikel zum jüngsten Urteil des Bundesarbeitsgerichts (BAG) zum Lohnanspruch ausländischer Pflegekräfte[2] mit einem Foto startet, welches von vornherein klarstellt, dass es im Folgenden nicht um kalte juristische Dogmatik, sondern um elementar Menschliches geht. Die in Stellung gebrachten Bilder ähneln sich, die Botschaft ist jeweils die

gleiche. Zu sehen sind etwa die ineinander verschränkten Hände zweier Personen – die eine mit Falten, arthrotischen Verdickungen und Altersflecken, die beiden anderen in makelloser Jugendlichkeit, liebevoller Zugewandtheit und erahnbarer Tatkraft.

Zwischen diesen Händen besteht eine Beziehung, sie sprechen miteinander. Die alte sucht und findet Trost und Fürsorge, die jungen verheißen Geborgenheit und Schutz. Aus den jeweiligen Unterschriften erfährt man, dass es sich um Archivbilder handelt, noch genauer wäre wohl Symbol- oder eben Tendenzbilder gewesen, denn auch die Archivbilder zeigen nicht etwa eine je abgelauschte Wirklichkeit. Die Realität der häuslichen Pflege, um die es geht, dürfte nur selten derart ergreifende Fotos produzieren. Der Sachverhalt, den das BAG zu beurteilen hatte und der pars pro toto für zahllose ähnliche Sachverhalte steht, lässt daran wenig Zweifel. In jedem dieser Fälle handelt es sich darum, dass private Pflegekräfte, meist weiblich und aus Osteuropa, für die häusliche Betreuung von pflegebedürftigen Personen von gewerblichen Agenturen nach Deutschland vermittelt, einen Lohn beziehen, der in krassem Missverhältnis zu ihrem Arbeitseinsatz und – wie das BAG nun im Anschluss an die Vorinstanzen festgestellt hat – auch im Widerspruch zur geltenden Rechtslage steht.

2.

Auf den ersten Blick scheint es freilich, als hätten die Erfinder dieser sehr einträglichen Idee alles richtig gemacht, als wären sie um nichts mehr bedacht gewesen, als den geltenden Vorschriften des deutschen und europäischen Arbeitsrechts Genüge zu tun. Erst bei genauerem Hinschauen entfaltet sich vor dem Auge des Betrachters ein recht unappetitliches Geschäftsmodell, das von modernem Sklavenhaltertum nicht weit entfernt ist.

a. Im BAG-Fall war Klägerin eine bulgarische Altenpflegerin, die für eine 96-jährige Berlinerin (Z) die häusliche Pflege übernommen hatte. Nach ihrem Ausscheiden klagte sie für sieben Monate Tätigkeit – im Grundsatz erfolgreich – gut 38.000 Euro ein und damit die Differenz zwischen dem bereits erhaltenen Lohn (knapp 7.000 Euro) und dem, worauf sie meinte, nach einem täglichen 24-Stunden-Einsatz, Anspruch zu haben.

Beklagte war eine bulgarische GmbH, welche unter Indienstnahme einer deutschen Vermittlungsagentur die gewerbsmäßige Ent-

sendung ihrer bulgarischen Arbeitskräfte nach Deutschland betreibt und sich auf den Standpunkt stellte, die Klägerin habe alles, was sie vertraglich zu beanspruchen hatte, tatsächlich auch von ihr bekommen.

b. Zwischen Beklagter und Klägerin bestand ein *Arbeitsvertrag* nach bulgarischem Recht, in dem die Klägerin als Sozialassistentin figurierte. Eine *Zusatzvereinbarung* stellte klar, dass eine *Entsendung* nach Deutschland geplant war. Vereinbart wurde eine Arbeitszeit von 6 Stunden pro Tag bzw. 30 Stunden pro Woche; Samstag und Sonntag waren arbeitsfrei. Das Entgelt beruhte – von marginalen Gratifikationen abgesehen – auf den deutschen Regeln zum Mindestlohn und betrug netto 950 Euro pro Monat. Ausdrücklich akzeptierte die Klägerin in der *Zusatzvereinbarung*, zu den genannten Bedingungen entsandt zu werden und in diesem Rahmen eine tägliche Ruhezeit von 60 Minuten sowie eine wöchentliche Ruhezeit von 2 Arbeitstagen einzuhalten. Zudem erklärte sie: *»Ich bin mit der Bedingung einverstanden, keine Überstunden/Arbeitsstunden zu machen.«*

c. Auf Grundlage dieses Vertrages fand die *Entsendung* der Klägerin nach Deutschland statt, wo sie für die Betreuung der Frau Z eingesetzt wurde. Ihr Aufgabenspektrum ergab sich allerdings nicht aus ihrem *Arbeitsvertrag*, sondern aus einem zwischen der Beklagten und Z (vertreten durch ihren Sohn Z) abgeschlossenen *Dienstleistungsvertrag*. Zu den in diesem Vertrag aufgezählten Pflege- und Haushaltstätigkeiten gehörten Aufräumen, Waschen, Putzen, Nahrungszubereitung, Einkäufe, Terminvereinbarung mit und Begleitung zu Ärzten sowie eine pflegerische Grundversorgung, Hilfe bei der Hygiene und beim Ankleiden, Windeln kontrollieren und gegebenenfalls wechseln, Unterstützung bei alltäglichen Aktivitäten, Spaziergänge etc. Daneben waren soziale Aufgaben zu erfüllen: Gesellschaft leisten, kulturelle Aktivitäten, Ansprache und – als Auffangtatbestand für eventuell Vergessenes – *»weitere Tätigkeiten«*, um eine ordnungsgemäße Betreuung sicherzustellen. Der Klägerin wurde in der Wohnung der Z ein eigenes Zimmer zugewiesen; die Mahlzeiten sollte sie gemeinsam mit Z einnehmen. Ihre Zimmertür, so stellte sich schon bei Dienstantritt heraus, musste stets offenbleiben, damit sie für Z jederzeit – auch in der Nacht – erreichbar war. Im *Dienstleistungsvertrag* ist denn auch nebulös von *Rufbereitschaft* die Rede; gleichwohl werden *Bereitschaftszeiten* explizit ausgeschlossen.[3] Offenbar war hier

eine Rechtsberatung am Werk, die auch noch den letzten potenziellen Stolperstein aus dem juristischen Konstrukt entfernt sehen, gleichzeitig aber auch kein Schlupfloch in Richtung mehr Gehalt für die Pflegekraft offen lassen wollte.

3.

Es ist unübersehbar, dass zwischen *Arbeitsvertrag* (Beklagte/Klägerin) und *Dienstleistungsvertrag* (Beklagte/Z) eine Diskrepanz besteht. Ersterer ist an der *Rechtsposition* der Arbeitnehmerin ausgerichtet und verdankt seine konkrete Fassung dem anwaltlich betreuten Bemühen, deutschem und europäischem Recht – insbesondere den zwingenden Arbeitszeit- und Freizeitregelungen sowie den gesetzlichen Bestimmungen zu Mindestlohn und Entsendung – Rechnung zu tragen. Der *Dienstleistungsvertrag* hingegen orientiert sich vor allem an den *Interessen* der Pflegebedürftigen und enthält eine von der bulgarischen Arbeitgeberin gegenüber Z übernommene Verpflichtung zur *Rundumbetreuung* durch die Pflegekraft. Auf die im *Arbeitsvertrag* mit der GmbH vereinbarte 30-Stunden-Woche wird im *Dienstleistungsvertrag* nicht bzw. nur mittelbar und nebulös Bezug genommen.[4] Das Aufgabenspektrum hingegen ist lückenlos und in dem arbeitsvertraglich vereinbarten Zeitrahmen kaum zu erfüllen. Aber selbst wenn es, wie die Beklagte im Prozess vortragen lässt, möglich wäre, die im *Dienstleistungsvertrag* aufgezählten Tätigkeiten in den täglichen 6 Stunden durchzuführen, so ist doch offenkundig, dass diese 6 Arbeitsstunden nicht an einem Stück abgeleistet werden können, sondern über den ganzen Tag und auch die Nacht verteilt eine permanente Einsatzbereitschaft voraussetzen. Dass dies für den Entgeltanspruch der Klägerin allerdings keine Rolle spielen soll, ergibt sich aus dem ausdrücklichen Ausschluss von *Überstunden* und *Bereitschaftszeiten*. In diesem liegt die Botschaft: Arbeite 30 Stunden – egal, wie lange das dauert.

a. Die ins Auge stechende Inkongruenz war allerdings kein abstimmungstechnisches Versehen, sondern von den beteiligten Unternehmen von vornherein angesteuert. Das wird deutlich, wenn man sich den Beitrag des weiteren Players auf dem Spielfeld der häuslichen Pflege in Deutschland (aber auch in Österreich und der Schweiz) durch osteuropäische Arbeitskräfte ansieht. Es handelt sich um den sog. *Kontaktvermittler*, die unverzichtbare Schnittstelle zwischen den Parteien des *Dienstleistungsvertrages*, ohne den sich die Vertragspart-

ner kaum je gefunden hätten. Der Vermittler ist Spezialist für die sog. *»Live-in-Betreuung«*. Im Internet wirbt seine Branche mit dem Versprechen einer *24-Stunden-Pflege* und *bezahlbarer Betreuung rund um die Uhr in der vertrauten häuslichen Umgebung*. Den Interessenten liefert er die Informationen zu Angebot und Nachfrage und stellt die Verbindung zwischen ausländischem Arbeitgeber und Pflegebedürftigem her. Er ist zwar weder Partei des *Arbeits-* noch des *Dienstleistungsvertrages*, kann aber durchaus als *spiritus rector* des gesamten Geschehens gesehen werden.

b. Im BAG-Fall ist als Vermittler die *Deutsche Seniorenbetreuung* aufgetreten, eine private Agentur, die sich nach veröffentlichter Selbstdarstellung mit der Vermittlung ausländischer Pflegekräfte an deutsche Haushalte befasst. Im Internet verspricht sie *»24h liebevolle und kompetente Betreuung vor Ort«* und rühmt sich, seit 2004 bereits *»über 50.000 Vermittlungen von privaten 24h Pflegekräften aus Osteuropa«* getätigt zu haben. In dieser und weiteren Anzeigen wird die 24h-Verheißung mehrfach wiederholt, sodass eigentlich kein Zweifel am zeitlichen Umfang des angedachten Arbeitseinsatzes aufkommen kann.[5]

Der arglose Betrachter steht vor einem Rätsel. Bei 24 Stunden liebevoller und kompetenter Betreuung kann ja kaum an eine einzige Pflegekraft gedacht sein, eher schon an drei oder vier Betreuungspersonen, was wiederum in den Bereich des Unbezahlbaren führen würde. Allerdings erwartet den Besucher der Website des Unternehmens unter der Rubrik *»Fragen & Antworten zur häuslichen 24-Stunden-Betreuung«* eine erstaunliche Klarstellung: *»Die Bezeichnung 24-Stunden-Pflege bedeutet nicht, dass die Betreuungs-/Pflegekräfte im wörtlichen Sinne 24 Stunden am Stück arbeiten, sondern es existieren für entsendete Arbeitnehmer Regelungen für die Arbeitszeiten (Arbeitszeitgesetz), die unbedingt einzuhalten sind … Die Begriffe 24-Stunden-Betreuung sind reine Marketingbezeichnungen für die Suche und Auffindbarkeit unserer Dienstleistungen im Internet.«*

c. So viel geoffenbarte Chuzpe verblüfft. Verfassungsjuristen mögen sich an das Zivildiensturteil des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1985 erinnert fühlen, wo festgestellt wird, dass die Dauer von 24 Monaten Ersatzdienst die Dauer von 18 Monaten Wehrdienst nicht übersteigt.[6] Hintergrund dieser spektakulären Feststellung war seinerzeit der im Zivildienstgesetz[7] manifestierte politische Wille, die

Entscheidung für den Wehrersatzdienst so unattraktiv wie möglich zu machen, sowie die Bereitschaft der Verfassungsrichtermehrheit[8], der politischen Präferenz die juristische Absegnung folgen zu lassen. Aber lässt sich mit diesem rechtshistorischen Rückgriff auf die Interpretationstauglichkeit von Zahlen ein 24-h-Arbeitseinsatz in einen 6-h-Arbeitstag umdeuten?

Dies jedenfalls nicht einfach deshalb, weil eine private Vermittlungsagentur es für eine gute Marketingidee hält, aus Gründen der besseren Auffindbarkeit im Internet mit falschen Zahlen auf sich aufmerksam zu machen. Natürlich lässt sich argumentieren, es handle sich bei der 24-h-Formel lediglich um schönfärberische Werbung, und dass diese mit alternativen Fakten operiert, ist, das weiß man, *name of the game*. Trotzdem stellt sich die Frage, wieviel annoncierte Irreführung die Rechtsordnung verkraftet, ohne ihrerseits an Glaubwürdigkeit zu verlieren. Es geht schließlich nicht um eine Werbeaussage von der Qualität: *Haribo macht Kinder froh*, sondern um ein Versprechen, das nicht zufällig genau an einer real existierenden Notlage ansetzt, nämlich dem existenziellen Bedürfnis nach *bezahlbaren Vollzeitpflegekräften*. Darauf mit einem irreführenden Eyecatcher zu reagieren, zeugt von einem doch eher zynischen Marktverständnis, das auf fremde Not mit einem bewusst falsch gesetzten Signal antwortet. Dass die Rechtsordnung darauf bisher keine adäquate, etwa den Grundsätzen des unlauteren Wettbewerbs nachgebildete Antwort gefunden hat, verdient eine Deutung.

d. Die ist allerdings nicht schwer zu finden. Dass der Gesetzgeber zu der dubiosen Praxis schweigt, hängt offenkundig damit zusammen, dass er das Dilemma zwar kennt, aber keinen Ausweg anzubieten hat. Die jahrzehntelange Vernachlässigung des inländischen Pflegekräftemarkts im Verbund mit der demographischen Entwicklung hat eine Situation geschaffen, die durch feiertägliche Beteuerungen der Solidarität mit *unseren Alten* nicht zu kalmieren ist. Die Statistiken schwanken, bieten aber in allen Varianten ein trostloses Bild: Von den geschätzten 4,1 Millionen pflegebedürftigen Menschen in Deutschland findet nur etwa ein Fünftel einen Platz in den verfügbaren Pflegeheimen; der weitaus größere Teil ist auf die verschiedenen Möglichkeiten ambulanter Betreuung angewiesen. Bei den meisten dieser ca. 3.300.000 Personen sind deren Angehörige in die häusliche Pflege eingebunden, und das gilt vor allem für die ca. 80.000 pflegebedürftigen Menschen, die aufgrund Alters oder Krankheit eine *Voll-*

zeitpflege benötigen. Selbst wenn viele Familienmitglieder oder Partner dazu grundsätzlich bereit sind und zudem eine gewisse finanzielle staatliche Hilfe sowie die Unterstützung ambulanter Pflegedienste in Anspruch nehmen können, stellt die Lückenlosigkeit des erforderlichen Einsatzes die Pflegewilligen doch vor unüberwindliche Schwierigkeiten. Die Notwendigkeit ständiger Verfügbarkeit schließt die Teilnahme an einem eigenen sozialen Leben häufig aus; an eine Berufstätigkeit ist oft gar nicht mehr zu denken.

An diese Misere knüpft die *Deutsche Seniorenbetreuung* mit ihren 24-h-Annoncen an. Adressat dieser Werbung ist schließlich jemand, der passgenau das, was da so leichthändig in Aussicht gestellt wird, dringend benötigt. Vielleicht ahnt man als nervlich aufgebrauchter Angehöriger, dass die Umsetzung etwas weniger überzeugend ausfallen könnte als die vollmundigen Anpreisungen, aber dennoch möchte man glauben, dass hier die (teil)erlösende Antwort auf ein eigentlich unlösbares Problem liegt. Dass die feinsinnig als *»Marketingbezeichnung«* geoutete 24-h-Werbung nichts anderes ist als ein ziemlich direkter Hinweis darauf, dass es hier um das Geschäft mit der Pflege geht, hält kaum einen pflegenden Angehörigen davon ab, auf ein Wunder zu hoffen, und in dieser Erwartungshaltung wird er vom ersten Moment des Kontaktes mit der Vermittlungsbranche an von dieser bestärkt. Die *Deutsche Seniorenbetreuung* etwa stellt dem ausländischen Arbeitgeber einen von ihr selbst entwickelten *Erhebungs- und Fragebogen* zur Verfügung, in dem sie den bei der betreuungsbedürftigen Person nachgefragten Pflegebedarf säuberlich auflistet. Der Arbeitgeber schließt dann auf Grundlage dieses Fragebogens – nein nicht etwa den *Arbeitsvertrag* mit der Pflegekraft, sondern – den *Dienstleistungsvertrag* mit der zu Pflegenden ab. So auch in unserem Fall. Im Vertrag zwischen der bulgarischen GmbH und Frau Z wird auf den Fragebogen explizit Bezug genommen und somit nicht nur auf den dort aufgeführten umfänglichen Pflegebedarf, sondern auch auf die für Z so wichtige Zauberformel: *Angedachter Einsatz: 24 Stunden/Betreuung/Pflege*. Damit, dass die Beklagte im Prozess darauf verweisen wird, dass ein *angedachter Ansatz* nicht identisch sei mit einem *vereinbarten Ansatz*, dürfte Z wohl kaum gerechnet haben.

Es wäre allerdings grundfalsch, hinter der *Deutschen Seniorenbetreuung* das einzige schwarze Schaf auf der grünen Wiese der Pflegekräftevermittlung zu vermuten. Ein Blick ins Internet genügt, um festzustellen, dass dort eine ganze Herde der gleichen Spezies grast. Die 24h- (zuweilen auch 24-h-7-)Formel dient den vermittelnden Agen-

turen als digitaler Lockruf für alle Suchenden, hat für die Branche aber nur die Funktion eines Marktzugangscodes und ist nicht mit der Intention verbunden, tatsächlich 24 Stunden tägliche Betreuung auch nur anzubieten. Die Modelle, die sich im Schatten dieser Propaganda ausbreiten, fallen durchaus verschieden aus, und bei genauerer Betrachtung schrumpfen die 24-Stunden im Laufe der Detailbeschreibungen auch meist auf sehr allgemeine Schilderungen der möglichen Leistungen auf Grundlage des geltenden Arbeitsrechts zusammen. Dieses Zurückrudern ins Kleingedruckte verhindert aber gerade nicht, dass sich die von der Notwendigkeit getriebenen Hoffnungen des Kunden an der Ganztagsbetreuung – 24 Stunden an sieben Tagen in der Woche – ausrichten und nicht etwa an der meist unkommunizierten Minimalform des Leistungsspektrums im *Arbeitsvertrag*. Das Hilfsportal *https://www.pflege-durch-angehoerige.de* bringt diese Aporie auf das verzagte Fazit: *»Der Begriff 24-Stunden-Pflegekraft hat sich leider in Deutschland etwas falsch eingebürgert. Selbstverständlich kann niemand 7 Tage die Woche 24 Stunden arbeiten. Deshalb sind die Arbeitszeiten vertraglich geregelt und sollten auch eingehalten werden.«*

e. Dass es sich bei den *»Live-in«*-Annoncen immer schon um Wanderungen auf einem schmalen rechtlichen Grat handelte, ist den Beteiligten durchaus bewusst. Die semantische Klarstellung auf der Website der *Deutschen Seniorenbetreuung (»Marketingbeschreibung«)* lässt daran ebenso wenig Zweifel, wie das auffällige Bemühen der beklagten GmbH, den *Arbeitsvertrag* mit der Klägerin nach außen juristisch wasserdicht zu machen. Der Kunde – in unserem Fall die Familie Z – hat wiederum kein Interesse daran, sich die rechtlichen Besonderheiten der offerierten 24-Stunden-Dienste ausdeutschen zu lassen, und hält sein möglicherweise ungutes Gefühl durch relativ hohe monatliche Gebühren an die Vermittler und das beruhigende Bewusstsein in Schach, dass die meisten seiner Schicksalsgenossen – von 90% ist in Schätzungen die Rede – ohnehin den Seitenweg der Schwarzbeschäftigung bevorzugen, seine Verantwortungsbilanz also vor diesem Hintergrund gar nicht so schlecht aussieht.

Der klare Verlierer dieser Art innovativer Pflegekräftevermittlung ist damit ausgemacht: die ausländische Arbeitnehmerin, deren Los als schlechtbezahlte Haushaltssklavin sich auch nicht dadurch verklären lässt, dass sie in ihrem Heimatland vermutlich noch prekärere Bedingungen antreffen würde. Da es sich bei den potenziellen Be-

treuerinnen aber nur selten um gesetzeskundige oder juristisch beratene Personen handeln dürfte, sondern um solche, die regelmäßig kein Interesse daran haben, ihre Entsendungstauglichkeit durch unbequemes Beharren auf letztlich nicht durchschauten Rechtspositionen zu gefährden, kommt von dieser Seite kaum je Protest.

4.

Der vorliegende Fall ist diesbezüglich atypisch. Die Klägerin, Jahrgang 1951, hatte bereits die Altersgrenze erreicht als es mit Z, bzw. ihrem Sohn aufgrund der asymmetrischen Erwartungshaltungen zu vermehrten Konflikten kam. Ihr ging es weniger um die nächste Vermittlung als um eine bis zum Ende der Entsendungszeit erträglichere Arbeitsplatzsituation, die sie in der Lebensrealität der Familie Z aber nicht finden konnte. Im Prozess trägt sie vor, sie habe nicht nur jeden Tag von 6.30 bis gegen 22 bzw. 23 Uhr gearbeitet, sondern hätte sich auch nachts in ständiger *Bereitschaft* halten müssen, um der Frau Z im (nicht seltenen) Bedarfsfall verschiedenste Hilfestellungen zu leisten. Ihren wiederholten Wunsch nach Freizeit habe der Sohn stets mit dem Hinweis abgewiesen, dass seine Mutter auf ständige Hilfe angewiesen sei. Dies habe er schließlich bei der *Deutschen Seniorenbetreuung* als Bedarf zu Protokoll gegeben, und der *Dienstleistungsvertrag* würde dies durch Bezugnahme auf den Erhebungsbogen (»… *auf der Grundlage* …«) dokumentieren. Die Klägerin wiederum wollte nicht mehr akzeptieren, dass alle Zusagen ihres Arbeitsvertrages betreffend Lohn, Urlaub und Freizeit Schall und Rauch sein sollten.

Inwieweit es den Zs überhaupt klar war, dass weder der Vermittler noch die Pflegekraft bezüglich der Pflegeleistungen ihr Vertragspartner war, bleibt unklar. Ihr arbeitgeberähnliches Auftreten lässt daran Zweifel aufkommen, und diesen Effekt kann man als von den Vermittlungsagenturen durchaus gewollt deuten. Durch die trickreiche Verschränkung von *Fragebogen* und *Dienstleistungsvertrag* einerseits und *Dienstleistungsvertrag* und *Arbeitsleistungspflicht* andererseits war ein widersprüchliches Rechtsgemenge entstanden, das von jedem anders, nämlich im Sinne seiner eigenen Interessen ausgelegt werden konnte. Letztlich kam es darauf an, wer am längeren Hebel saß. Wenn es etwa in § 3 Abs. 4 des *Dienstleistungsvertrages* heißt: *»Die Freizeit-/Pausenregelung erfolgt nach gegenseitiger Absprache bzw. entsprechend den Vereinbarungen im Fragebogen sowie unter Berücksichtigung der Betreuungssituation vor Ort«,* so ist damit alles oder nichts vereinbart.

Wer sich vor Ort durchzusetzen verstand, hatte die Definitionsmacht über die Abläufe, und da Z mit der Klägerin keine Absprachen traf[9], der Fragebogen jenseits der 24-h-Metapher alles offenhielt und eine Berufung auf den Arbeitsvertrag im Verhältnis zu Z nicht möglich war, zog die Klägerin bei jedem Konflikt den Kürzeren.

So weit so gut oder so schlecht oder so gewöhnlich. Nachdem aber der bulgarische Arbeitgeber der Klägerin wegen nicht auszuräumender Unstimmigkeiten die Kündigung ausgesprochen hatte, packte diese nicht ihre Koffer, um in die Heimat zurückzureisen, sah sich auch nicht auf dem Schwarzmarkt nach einer neuen Arbeit um, sondern suchte eine gewerkschaftliche Beratungsstelle auf. Das war der Auftakt für die gerichtliche Befassung mit dem Geschehen durch drei Instanzen. Und alle drei Instanzen kamen – cum kilo salis – im entscheidenden Punkt zum gleichen Ergebnis, das kurz zusammengefasst heißt: *Die Klägerin kann nicht nur für die vereinbarte Arbeitszeit den gesetzlichen Mindestlohn verlangen, sondern es müssen zum gleichen Tarif auch die geleisteten Bereitschaftszeiten entgolten werden*. Das heißt: Wenn der Sachvortrag der Klägerin bezüglich ihres 24-h-Einsatzes auch nur annähernd zutrifft – das Arbeitsgericht Berlin hat dies angenommen, das Landesarbeitsgericht hat 21 Stunden für realistisch gehalten, das BAG hat zur genauen Ermittlung der tatsächlich via Arbeit oder Bereitschaft geleisteten Stunden an die Vorinstanz zurückverwiesen – ist der Arbeitsvertrag mit seiner 30-Stunden-Fiktion Makulatur. Je nach Ergebnis der noch folgenden Beweisaufnahme kann die Klägerin tatsächlich mit einer Nachzahlung von mehreren zehntausend Euro rechnen.

5.

Die Reaktionen auf das BAG-Urteil, das nicht nur die grundsätzliche Anwendung inländischer Mindestlohnregeln, sondern auch die Entgeltfähigkeit der Bereitschaftszeiten zum gesetzlichen Mindestlohn festschrieb, fielen sehr unterschiedlich aus. Der Vorstand der Deutsche Stiftung Patientenschutz, Brysch, sprach von einem Tsunami für alle, die daheim auf die Unterstützung ausländischer Pflegekräfte angewiesen seien. Die Präsidentin des Sozialverbands VdK, Bentele, befürchtet, nun drohe der häuslichen Pflege ein »Armageddon«; Rund-um-die-Uhr Pflege werde für die allermeisten unbezahlbar.

Die Politik verhält sich politisch. Jens Spahn etwa begrüßt das Urteil und stellt fest, dass er Ähnliches schon vor Jahren angemahnt

habe, antwortet aber auf eine durch das Urteil veranlasste Anfrage der Linken, das Gesundheitsministerium sehe im Moment keinen Handlungsbedarf. Der Ball liege beim Arbeitsministerium. Dieses müsse die private häusliche Pflege als Problem annehmen und ein entsprechendes Regulierungskonzept vorlegen. Hubertus Heil wiederum, ebenfalls vom Urteil voll überzeugt, sieht allerdings nicht sein Ressort in der Pflicht: »Das ist Aufgabe der Pflegepolitik und der Pflegeversicherung« wird er zitiert.

Am lockersten pariert der Geschäftsführer des Bundesverbandes für häusliche Betreuung und Pflege die justizielle Keule. Das Urteil, so kommentiert Frederic Seebohm im ZDF-Morgenmagazin, sei *»kalter Kaffee«* und dazu noch *»ohne Koffein«*. Es werde keine Konsequenzen haben außer, dass der Schwarzmarkt weiter anwachse. Die Politik solle handeln. Letzteres findet auch Renata Föry von der Pflegevermittlung *»Seniocare24«* (sic!), die im gleichen Kanal mit Blick auf das Urteil unheilvoll prognostiziert, dass das Wegschauen der Politik den Schwarzmarkt geradezu antreiben werde.

Vermutlich haben sie recht, die beiden Verbandsvertreter. Für sie wird sich so schnell nichts ändern. Das Entsendemodell wird an Beliebtheit verlieren, der Tsunami wird angesichts der eingespielten Alternativen ausbleiben. Vermutlich haben auch Spahn und Heil recht, bzw. das richtige Gespür dafür, wann es sich lohnt, eine Gesetzesinitiative zu ergreifen, um einen als solchen erkannten Missstand zu beheben, und wann es besser ist, zu schweigen und das Gewitter vorbeiziehen zu lassen. Sicher ist, dass eine politische Lösung des Problems der häuslichen Pflege nicht in Sicht ist und weder die schlechten Arbeitsbedingungen für ausländische Pflegekräfte noch die verzweifelte Situation für die betroffenen Familien wundersam verschwinden werden. Sicher ist aber auch, dass der Druck auf die Gesellschaft, dieses Problem als ein ureigenes zu erkennen, mit ihrer unaufhaltsam fortschreitenden Überalterung wachsen wird und damit vielleicht auch die Erkenntnis, dass es nicht weiterhilft, die Verantwortung bei irgendeiner Institution, einem geldgierigen Unternehmen oder einer ins Illegale abwandernden Bürgerfamilie zu suchen. Mit dem BAG-Urteil ist diese Erkenntnis fraglos befördert worden, und das war, wenn nicht alles täuscht, auch der Sinn der Sache.

REGINA OGOREK

Anmerkungen

* Werbung von procura24.

1 Peter Panter (= Kurt Tucholsky), Ein Bild sagt mehr als tausend Worte, Uhu, November 1926, Nr. 2; S. 75 zur Rolle der Fotografie.

2 Noch unveröffentlichtes Urteil vom 24. Juni 2021, Az. 5 AZR 505/20; der folgende Artikel stützt sich auf die Presseerklärung des BAG und auf das Urteil 2. Instanz: LArbG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 17. August 2020 – Az. 21 Sa 1900/19.

3 § 7 a.E. *»Bereitschaftszeiten sind nicht vereinbart. Eine Rufbereitschaft der Betreuungskraft kann wahrgenommen werden«.*

4 § 7 (1) *»Das Entgelt für die zu erbringende Leistung beträgt 52,07 €/Tag brutto. Das Entgelt ist gültig für eine Arbeitsleistung von 30 Std./Wo. Sind Mehrstunden angeordnet, so werden diese mit 12,00 €/Std. berechnet.«* Weshalb diese Regelung hier auftaucht, ist unerfindlich, da die Klägerin, die das Entgelt für die Arbeitsleistung zu beanspruchen hat, gar nicht Partei des *Dienstleistungsvertrages* ist.

5 *»Suchen Sie für sich selbst oder einen pflegebedürftigen Angehörigen eine fürsorgliche 24-h-Betreuung?«*

6 BVerfGE 69, 1ff; veranlasst war das Rechenkunststück durch den seit 1968 geltenden GG-Artikel 12a, II, 2: *»Die Dauer des Ersatzdienstes darf die Dauer des Wehrdienstes nicht übersteigen.«*

7 Ursprüngliche Fassung vom 13. Jan. 1960: *Gesetz über den Zivildienst der Kriegsdienstverweigerer* (sic!).

8 Tatsächlich gab es zwei Minderheitenvoten gegen den Mehrheitsentscheid (wohl nicht zufällig von Böckenförde und Mahrenholz).

9 Wovor interessanterweise sogar gewarnt wurde: § 1 Abs. 5 Dienstleistungsvertrag »Der Leistungsnehmer versichert, keine Weisungen zu Art und Weise der zu erledigenden Aufgaben des entsandten Mitarbeiters auszuüben. Dieses darf nur der Leistungsgeber. Änderungen können nur nach Absprache mit dem Leistungsgeber erfolgen. Die Nichtbeachtung kann dazu führen, dass der Mitarbeiter als Arbeitnehmer/-in des Leistungsnehmers bzw. Leistungsempfängers angesehen wird.« (sic!)