

Die Freiberufliche Berufsausübung ist ein Grundrecht von Pflegefachpersonen!

Der Deutsche Berufsverband für Pflegeberufe (DBfK) ist die Interessenvertretung der angestellten und freiberuflich tätigen Pflegefachpersonen sowie der Pflegeunternehmer. Er vertritt deren Belange im Diskurs mit der Politik und den Sozialversicherungsträgern. Er steht dafür ein, dass der Rechtslage entsprechende und faire Verfahren angewendet werden.

Seit geraumer Zeit ist in der Form einer Statusfeststellung nach § 7a Absatz 1 Satz 1 SGB IV auch für freiberufliche Pflegefachpersonen eine rentenversicherungsrechtliche Prüfung der selbständigen Ausübung des Berufes möglich. In der jüngsten Zeit wird im Rahmen dieses Prüfverfahrens regelmäßig und ohne besondere Wertung des Einzelfalles seitens der DRV Bund die Feststellung der Selbständigkeit verneint. Hintergrund ist ein Positionspapier der Spitzenverbände der Sozialversicherung vom 09. Mai dieses Jahres, welches prinzipiell das berufliche pflegerische Handeln in Institutionen des Gesundheitswesens als „abhängige Beschäftigung“ definiert. Die Begründung zu dieser Auffassung stützt sich darauf, dass pflegerisches Handeln in die organisatorischen Arbeitsstrukturen und Handlungsabläufe der Institution eingebunden sei.

Der DBfK stellt grundsätzlich fest, dass angesichts der Charakteristika der grundgesetzlich nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG Heilberufe erfassten Pflegeberufe Gesundheits- und Krankenpflege, Gesundheits- und Kinderkrankenpflege und Altenpflege eine freiberufliche Berufsausübung eine rechtlich nicht zu beanstandende und professionell wünschenswerte Möglichkeit der Berufsausübung ist. Pauschale Bewertungen (DRV Bund), dass eine pflegerische Tätigkeit grundsätzlich eine Freiberuflichkeit ausschließe, weisen wir entschieden zurück. Sie sind getragen von fundamentaler Unkenntnis der modernen Pflege und ihrer rechtlichen Grundlagen. Eine freiberufliche Berufsausübung ist das Recht jeder Pflegefachperson!

Eine freiberufliche Berufsausübung in der Pflege ist seit mehr als 100 Jahren üblich. Schon Agnes Karll, Gründerin der modernen berufsständischen Vertretung der Pflegefachpersonen, und ihre Mitstreiterinnen waren als freiberufliche Krankenpflegerinnen tätig – mit allen Vorteilen und Risiken eines freien Berufes. Die berufliche Pflege hat durch Akademisierung und Bildungsleistungen seit den 80er-Jahren des vorherigen Jahrhunderts eine nachhaltige professionelle Aufwertung erfahren, der die Politik mittlerweile Rechnung getragen hat, indem sie die selbstverantwortliche Ausübung der Heilkunde durch Pflegefachpersonen betont. Die Ausübung der freiberuflichen Pflege ist heute vielfältig und flexibel an den Strukturwandel des modernen Gesundheitswesens angepasst. Dementsprechend ist die Anzahl der pflegerischen Freiberufler in verschiedenen Segmenten der Gesundheitsversorgung enorm angestiegen.

Im Einzelnen:

Pflege bezieht sich in seinen geregelten Berufen Gesundheits- und Krankenpflege, Gesundheits- und Kinderkrankenpflege und Altenpflege auf einen eigenen Gegenstand von Wissen, Handeln und Können, den sie selber erforscht und akademisch umsetzt. Pflege erfüllt in der Verbindung von Forschen und tätiger Umsetzung der daraus gewonnenen Erkenntnisse in der direkten Beziehung zu einem Klienten oder Klientensystem ein wesentliches Merkmal freiberuflichen Tätigseins. Der Habitus beruflicher Pflege wird auch dadurch getragen, dass das Ausüben der Heilkunde den Regeln und Qualitätsbestimmungen der eigenen Profession verpflichtet ist.

Die Ausübung von Pflege in einem der drei Fachberufe ist heilberufliche Tätigkeit nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG. Pflege genießt aktuell eine weitere Aufwertung des Tätigkeitsprofils als Heilberuf, indem die am 20.10.2011 beschlossene Heilberuferichtlinie zur Übertragung ärztlicher Tätigkeiten zur selbstständigen Ausübung der Heilkunde auf Pflegende nach § 63 Abs. 3c SGB V verabschiedet wurde. Im Übrigen wurde die Ausübung von Pflege als Heilkunde höchstrichterlich bereits 2002 bestätigt (BVerfG, 2 BvF 1/01 vom 24.10.2002, Absatz-Nr. (1 - 392).

Gemäß § 3 Abs. 2 Krankenpflegegesetz (Ausbildungsziel) üben Gesundheits- und Krankenpfleger/-innen und Gesundheits- und Kinderkrankenpfleger/-innen folgende Aufgaben eigenverantwortlich aus:

- a. Erhebung und Feststellung des Pflegebedarfs, Planung, Organisation und Durchführung und Dokumentation der Pflege
- b. Evaluation der Pflege, Sicherung und Entwicklung der Qualität der Pflege,
- c. Beratung, Anleitung und Unterstützung von zu pflegenden Menschen und ihrer Bezugspflegepersonen in der individuellen Auseinandersetzung mit Gesundheit und Krankheit (...)

Das Altenpflegegesetz formuliert in § 3 Abs. 1 ähnlich, dass die Ausbildung zur „selbständigen und eigenverantwortlichen Pflege einschließlich der Beratung, Begleitung und Betreuung alter Menschen“ befähigen soll.

Beide Berufegesetze akzentuieren die qualitative Position der Pflege, d.h. sie bestimmen die Verantwortung der Berufsangehörigen in ihren konkreten Tätigkeiten bei der Koordination und Kooperation mit anderen Gesundheitsberufen im interprofessionellen Abstimmungsprozess.

Die Pflege erfährt auch durch die sozialrechtlichen Forderungen eine besondere Profilierung. Pflege als Querdisziplin ist als personenbezogene höhere Dienstleistung mehr als auf „helfen“ und „sorgen“ ausgerichtet (vgl. auch SVRKAiG 2003: 421).

Aus der Formulierung des Ausbildungszieles in § 3 Abs. 2 KrPflG ist nach Igl (2008, S. 53) abzuleiten, dass schon nach geltendem Recht Pflegende Heilkunde ausüben. Dies begründet er insbesondere in Bezug auf die eingangs aufgeführten Punkte.

Grundlage für pflegerisches Handeln ist der jeweilige Stand pflegewissenschaftlicher, medizinischer Erkenntnisse und Erkenntnisse anderer Bezugswissenschaften (vgl. § 3 Abs. 1 Satz 1 KrPflG zu wissenschaftlichen Grundlagen und § 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4. SGB XI zu Expertenstandards Pflege).

In einem modernen Verständnis eines Freien Berufes, ist die Pflege diesem zuzurechnen. Zuvorderst stehen Pflegefachpersonen als Träger des Berufes mit ihrem Handeln für die verbindlich definierten Qualitäten ihrer Arbeit ein. Die Ausübung des Berufes ist weiterhin vor allem durch die persönliche Erbringung der Dienstleistung in der direkten Beziehung zu einem Patienten (Klienten) gekennzeichnet. Weiteres wesentliches Kennzeichen eines freien Berufes ist der eigene Gegenstand der Berufsausübung, wie er weiter oben beschrieben wurde.

Pflege als Freier
Beruf

Dem nachgeordnet ist die Frage, inwieweit sich diese Leistungen in organisatorische Abläufe, z.B. einer Institution, einzugliedern haben. Hier geht es nicht um die Frage, dass freiberuflich zu erbringende Leistungen selbstverständlich die Abläufe nicht stören, sondern sinnvoll ergänzen oder tragen müssen. Sondern darum, dass sich freiberuflich Pflegende aus freien Stücken, also selbstverantwortet den mit der Ausübung der Pflege einhergehenden Pflichten unterziehen. Anders als abhängig beschäftigte Arbeitnehmer sind sie sich – vor dem Hintergrund ihrer Klientenbeziehung – in ihrem Tun in erster Linie selbstverantwortlich. Sie tragen entsprechend auch selber die Risiken ihres Handelns.

Nach § 7 Absatz 1 SGB IV ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine abhängige Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und die Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. Eine selbständige Tätigkeit hingegen ist durch die freie Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft sowie die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit und das Vorliegen eines unternehmerischen Risikos gekennzeichnet. Entscheidend für die versicherungsrechtliche Beurteilung ist das Gesamtbild der Tätigkeit nach Maßgabe der den Einzelfall bestimmenden rechtlichen und tatsächlichen Gestaltung der Verhältnisse.

Die DRV Bund vertritt eine rechtsirrig Auffassung, wenn sie ohne Einzelfallprüfung und –bewertung grundsätzlich eine selbständige Ausübung der Pflege verneint. Dem wird bereits dadurch widersprochen, dass in § 2 Absatz 1 Nr. 2 SGB VI eine explizite Erwähnung der Rentenversicherungspflicht selbstständiger Pfleger erfasst wird. Damit hat der Gesetzgeber ausdrücklich vorgesehen, dass Pflegepersonen selbständig tätig sein können.

Im Übrigen ist nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts eine *Einzelfallprüfung* notwendig (BSG Urteil vom 11.03.2009, B 12 KR 21/07R). Es kann nicht sein, dass aufgrund eines Rundschreibens die DRV pauschal die Anerkennung von Pflegefachpersonen als selbständig Tätige verweigert. Im Gegenteil muss geprüft werden, ob im Einzelfall die Merkmale einer abhängigen Beschäftigung oder einer selbständigen Tätigkeit überwiegen. Entscheidend ist das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Das BSG führt im Weiteren aus, dass Kennzeichen einer abhängigen Beschäftigung die persönliche Abhängigkeit vom Arbeitgeber ist. Dazu gehört nicht wesentlich die Eingliederung in organisatorische Abläufe, sondern die grundsätzliche Eingliederung in den Betrieb selber. Z.B. übt der Arbeitgeber ein umfassendes Weisungsrecht aus. Das ist bei freiberuflich pflegenden Personen regelmäßig nicht der Fall. Im Gegenteil tragen pflegende Freiberufler das mit der selbständigen Tätigkeit verbundene Unternehmerrisiko und verfügen über eine freie Gestaltung der Arbeitskraft und der Arbeitszeit. Dass sie diese im Rahmen einer honorarvertraglichen Regelung in einem festen zeitlichen Bezugssystem mit einer klar definierten Dienstleistung zur Verfügung stellen, versteht sich von selbst und widerspricht nicht dem Prinzip der Unabhängigkeit. Selbstverständlich kann aufgrund betrieblicher Erfordernisse die freie Wahl von Arbeitszeit und Arbeitsort in freier Absprache zulässig eingeschränkt werden. Das würde in gleicher Weise auch für einen externen freiberuflichen Consulter gelten, welcher naturgemäß ebenfalls Absprachen über Zeit und Raum seiner Aktivitäten in einem fremden Unternehmen treffen muss.

Diese Auffassung wird auch mit konkretem Bezug auf die Ausübung *pflegerischer* Selbständigkeit geteilt. Freiberufler sind nicht weisungsabhängig beschäftigt. Der Inhalt der Tätigkeit ist vielmehr vorgegeben durch die ärztlichen Anordnungen und den Behandlungsplan. Wie dies umgesetzt wird obliegt der unternehmerischen Freiheit des Freiberuflers. In diesem Zusammenhang wird auf die Entscheidung des LSG Bayern vom 22.03.2011 (AZ. L 5 R 627/09) verwiesen. Darin heißt es: „ *Aufgrund der zu bestimmten Zeiten notwendigen Pflegeleistungen fehlt es hier von vorneherein an Raum für eigene Entfaltungsmöglichkeiten. Die Klägerin konnte aber nicht nur frei über den konkreten Einsatz ihrer Arbeitskraft verfügen, sondern war ausdrücklich berechtigt, den Auftrag durch Dritte durchführen zu lassen.*“

Die Rechtsprechung stellt die Frage, ob bei der zu beurteilenden Person ein Unternehmerrisiko gegeben ist. Das unternehmerische Tätigwerden im Sinne einer freiberuflichen Ausübung des Berufes ist auch belegt durch das Gewinnen von weiteren Auftraggebern. Darüber hinaus muss die betreffende Person die akquirierten Aufträge zu mehr als der allgemeinen Zufriedenheit ausführen, um weitere, Nachfolge- oder Ausweitungsaufträge zu erhalten (vgl. auch LSG Bayern Urteil vom 24.11.2009 – L 5 R 867/08).

Nur wenn die ausgeführten Anforderungen im Lichte aktueller Rechtsprechung nicht erfüllt werden liegt keine Selbständigkeit vor. Scheinselbständigkeit wird auch vom DBfK abgelehnt! Allerdings muss im Einzelfall nachgewiesen werden, dass die Anforderungen an eine selbstständige Berufstätigkeit nicht erfüllt werden. Es ist von den Pflegefachpersonen und den Auftraggebern zu erwarten, dass sie dafür Sorge tragen, Vertragsbeziehungen und Berufsausübung so zu gestalten, dass sie den rechtlichen Definitionen entsprechen.

Wir werden den durch uns vertretenen freiberuflichen Pflegefachpersonen empfehlen, einer Nichtzuerkennung der selbstständigen Ausübung von Pflege mit den geeigneten Rechtsmitteln zu widersprechen!

Berlin, im August 2012

Der Bundesvorstand