

Selbständige Tätigkeit in der Pflege – unmöglich?

Stellungnahme zur aktuellen Diskussion

In den letzten Wochen hat die Schärfe in der Diskussion um die freiberufliche Tätigkeit in der Pflege zugenommen. Hintergrund ist ein Positionspapier der Spitzenverbände der Sozialversicherung vom 09.05.2012 zu diesem Thema, das uns u. a. vorliegt. Offenbar wird es Auftraggebern von der DRV Bund seit kurzem zugeschickt, wenn diese Unterlagen zur Statusprüfung nach § 7 a SGB VI anfordern. Darin wird Pflegekräften quasi grundsätzlich das Recht abgesprochen, freiberuflich in Einrichtungen tätig sein zu können. Zitat aus diesem Rundschreiben:

„Die Pflege in einem Krankenhaus bzw. Alten- oder Pflegeheim wird nach der Organisation des Krankenhauses bzw. des Alten- oder Pflegeheimes durch eine Vielzahl von abhängig beschäftigten Pflegekräften sichergestellt. Wird eine solche Stelle zeitlich begrenzt durch einen Dritten besetzt, erfolgt aufgrund der Eingliederung der Ersatzkraft in das Gesamtgefüge diese Arbeitsleistung ebenfalls in aller Regel in abhängiger Beschäftigung. Die Pflegepersonen sind hinsichtlich Arbeitszeit, -ort, -dauer und Arbeitsausführung weisungsgebunden in das Krankenhaus bzw. das Alten- oder Pflegeheim eingebunden.“

Ausgehend von dieser Einschätzung kommt die DRV Bund zu dem Schluss, **dass eine selbständige Tätigkeit in der Pflege im klinischen Umfeld oder in Alten- und Pflegeheimen grundsätzlich nicht möglich sei.** Es könne nicht wirksam begründet werden, sondern sei schlicht nur in Form einer abhängigen Beschäftigung möglich. Sie bezieht sich dabei auf ein Urteil des Hamburger Senats aus 2004 (LSG Hamburg vom 18.05.2004 – L 1 KR 80/04).

Dies ist nach unserer Sicht eine sehr einseitige Darstellung und Einschätzung, zumal diese Rechtsprechung in der Folge von unterschiedlichen Sozialgerichten widerlegt wurde.

Die DRV Bund ignoriert in ihrer Einschätzung weit jüngere und wichtigere Entscheidungen der Sozialgerichte. Sie vertritt eine nicht haltbare Rechtsauffassung aus unserer Sicht. Und sie übersieht, dass der Gesetzgeber selbst diese Möglichkeit ausdrücklich zulässt, denn:

- 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 wird durch die freie Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft sowie die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit und dem Vorliegen eines unternehmerischen Risikos gekennzeichnet. **Entscheidend für die versicherungsrechtliche Beurteilung** ist immer das Gesamtbild der Tätigkeit, seine Ausgestaltung in der Praxis, die rechtliche und tatsächliche Gestaltung des Vertragsverhältnisses.

FreelanceSecure GmbH,
Schulstraße 4
D-83119 Obing

Tel. +49 (0)8624 90096-0
Fax +49 (0)8624 90096-60

info@FreelanceSecure.de
www.FreelanceSecure.de

Geschäftsführender
Gesellschafter:
Joachim Bambach
Sitz: Obing, HRB 21814
Ust-IdNr: DE282620514

Deutsche Bank
BLZ: 700 700 24
Kto.: 816 093 900

Seite 2

- § 2 Absatz 1 Nr. 2 SGB VI legt ausdrücklich fest, dass selbstständige Pflegepersonen unter bestimmten Voraussetzungen in der gesetzlichen Rentenversicherung pflichtversichert sind. Demnach sagt der Gesetzgeber, dass Pflegepersonen selbständig tätig sein können. Darauf nimmt das Bundessozialgericht in einem Urteil 2009 z. B. Bezug (Urteil vom 11.03.2009, B 12 KR 21/07R).
- Zum Thema Weisungsgebundenheit: Der Inhalt der Tätigkeit wird durch einen Behandlungsplan oder ärztliche Anordnungen vorgegeben, das ist richtig. Wie dies aber umgesetzt wird, muss und kann eine Pflegefachkraft eigenständig entscheiden und umsetzen – und damit unterliegt diese Umsetzung auch der unternehmerischen Freiheit der selbständigen Pflegefachkraft. Dazu ein Urteil des LSG Bayern aus 2011 (AZ. L 5 R 627/09). 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.“*
- Zum Thema unternehmerisches Risiko, das hier ebenfalls eine Rolle spielt: Das unternehmerische Tätigwerden ergibt sich durch das notwendige Gewinnen von weiteren Auftraggebern. Darüber hinaus muss die Honorarkraft 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).
- Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes ist immer eine Einzelfallprüfung notwendig (BSG vom 11.03.2009, B12KR 21/07R). Es ist ein Unding, das die DRV seit Monaten offenbar keine Prüfung der Frage der Pflichtversicherung mehr durchführen möchte, grundsätzlich eine Anerkennung freiberuflich Pflegenden als Selbständige zu verweigern scheint.

Wie man sieht: Die DRV Bund trifft hier eine grundsätzliche Einschätzung, die sowohl aktuelle Rechtsprechung als rechtliche Grundlagen nicht beachtet. Allerdings gibt es bei der DRV selber auch andere Auffassungen. Uns liegt das Schreiben eines Verantwortlichen der DRV vor, der die Lage rechtlich einwandfrei beurteilt. Er schreibt auf eine Anfrage eines Kollegen richtigerweise:

„Grundsätzlich kann jede Tätigkeit entweder im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses oder als selbständige Tätigkeit ausgeübt werden“ und bezieht sich dabei auf § 7 SGB IV. Und weiter: „Ein freies Mitarbeiterverhältnis kann auch bei Pflegekräften vorliegen, vgl. das Urteil des bayrischen Landessozialgerichtes vom 22.03.2011. Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes ist die Entscheidung zu § 7 Abs. 1 SGB IV (vgl. BSG-Urteil vom 11.03.2009 - B 12 R 11/07 R im Zusammenhang mit dem Statusfeststellungsverfahren) einzelfallabhängig zu treffen.“

Seite 3

Das aktuelle Vorgehen der DRV und zum Teil auch der Krankenkassen behindert aus unserer Sicht die weitere Professionalisierung der Pflege. In dieser Frage geht es nicht um „echte“ Scheinselbständigkeit, bei der Mitarbeiter in eine Selbständigkeit gedrängt werden, die sie nicht möchten. Sondern hochmotivierte, professionelle arbeitende und gut ausgebildete Kolleginnen und Kollegen sollen daran gehindert werden, ihre Leistungen auf selbständiger Basis anzubieten!

Aber: Wo genau ist denn jetzt das Problem zu suchen?

Wer sich eingehend damit befasst wird das eigentliche Problem rasch lokalisieren: Blickt man neutral auf die Ausgestaltung der Zusammenarbeit zwischen Kliniken und freiberuflichen Pflegefachkräften, so wie es üblich ist, MUSS man feststellen: Beide Seiten müssen hier noch dazu lernen. Zum einen sind die Einrichtungen selbst, die aufgrund von Verunsicherung und mangelnder Kenntnis der Gesamtzusammenhänge bzw. der Hintergründe des Sozialrechts und der einschlägigen Rechtsprechung, das Problem der Scheinselbständigkeit verursachen. Es herrscht vielfach Unkenntnis und Unsicherheit darüber, wie eine Honorartätigkeit ausgeführt werden kann oder muss, damit sie den Kriterien einer echten Selbständigkeit entspricht. Auf der anderen Seite sind es die Freiberufler, die – zum Teil ebenfalls aus Unkenntnis und Verunsicherung - nicht in der Lage zu sein scheinen, die gesetzlich geregelten Kriterien, die für eine selbständige Tätigkeit sprechen, in der gelebten Alltagspraxis darzustellen.

Viel zu oft wird die honorarvertragliche Zusammenarbeit in einer Weise gelebt, die tatsächlich einer abhängigen Beschäftigung entspricht. Zu welchem Schluss soll ein Sozialversicherungsprüfer kommen, der in den Unterlagen zum Honorarvertrag Zeiterfassungsprotokolle des hauseigenen Systems findet? Wenn Bewerbungsunterlagen wie bei Angestellten einschließlich Lichtbild, Personalausweiskopie und Lebenslauf vorliegen? Wer handelt, als würde er Angestellte beschäftigen, darf hinterher nicht überrascht sein, wenn die zuständigen Behörden dies auch so werten. Es ist einfach NOTWENDIG; dass sowohl die Einrichtungen als Auftraggeber als auch die Pflegekräfte als Auftragnehmer ihre Zusammenarbeit tatsächlich, in der Praxis, nach den Kriterien einer selbständigen Tätigkeit gestalten.

Aber ist das denn überhaupt möglich?

Gibt es denn überhaupt einen vernünftigen, gesetzeskonformen und vor allem wirksamen Lösungsansatz?

Ja, es muss ein Umdenken seitens der DRV im Bezug auf die Pflege, ihren Auftrag und die Realität stattfinden. Aber dazu müssen alle Beteiligten ihre „Hausaufgaben“ machen. Denn es IST definitiv möglich, in einem klinischen Umfeld, in der Altenpflege oder in der ambulanten Pflege ein tatsächlich selbständiges Honorarvertragsverhältnis in der Praxis auch zu leben. Es gibt positive rechtliche Kriterien, die für eine selbständige Tätigkeit sprechen. Wer sich entsprechend ausrichten möchte, sollte sich „FreelanceSecure Care“ (www.FreelanceSecure.de) ansehen, ein Qualitätsmanagementsystem, das in

Seite 4

der gelebten honorarvertraglichen Umsetzung echte Selbständigkeit generiert und Scheinselbständigkeit ausgrenzt. Dies geschieht, indem auf einer rechtsklaren Grundlage die Kriterien für eine selbständige Tätigkeit sowohl für den Freiberufler, als auch für die Einrichtung abgebildet werden.

Erst dann, wenn klar nachgewiesen wird, dass ein Vertragsverhältnis einer selbständigen Tätigkeit entspricht weil im überwiegenden Maße die Kriterien, die eine echte selbständige Tätigkeit kennzeichnen, auch so nachweislich umgesetzt werden, erst dann wird die DRV einzelne Vertragsverhältnisse anders beurteilen. Dann wird Ruhe einkehren, die Spreu sich vom Weizen trennen, und die allseits gefürchteten Nachzahlungen von Sozialversicherungsbeiträgen werden sich auf die Einrichtungen beschränken, die keine Bereitschaft hatten, sich entsprechend den gesetzlichen Regelungen auszurichten.

Unser Fazit: Die selbständige Tätigkeit, auch in der Pflege im klinischen Umfeld IST rechtlich möglich!

Die grundsätzliche Einschätzung der DRV ist zwar der Grund der aktuellen Diskussion und Auslöser für einigen Aufwand. Sie ist rechtlich nicht auf dem aktuellen, maßgeblichen Stand. Allerdings gibt es Hausaufgaben für beide Seiten, die zu erledigen sind – auch von Seiten der Freiberufler. Es ist unser aller Aufgabe, hier GEMEINSAM für eine positive Veränderung zu sorgen!

Dazu noch ein wichtiger Hinweis: Wie wir aus den Rückmeldungen unserer Partner wissen, werden aktuell Freiberufler vermehrt aufgefordert, Rechnungen von Auftraggebern vorzulegen. Diese Rechnungen werden dann offenbar dazu verwendet, sich an die einzelnen Auftraggeber zu wenden um von diesen Beiträge nachzufordern. Dieses Vorgehen könnte gegen das Bundesdatenschutzgesetz verstoßen und ist sehr bedenklich. Unser dringender Rat an alle Freiberufler: Nennen Sie in Formularen und Anfragen keine konkreten Auftraggeber mehr! Sondern stets nur „mehrere Auftraggeber“. Einen konkreten Auftraggeber nennen Sie nur, wenn ein Statusprüfungsverfahren für einen konkreten Einsatz von Ihnen und dem Auftraggeber **zusammen** in die Wege geleitet wird.



Joachim Bambach, Geschäftsführender Gesellschafter und Christine M. Wicht, Mitentwicklerin und Partnerin des FreelanceSecure Qualitätsmanagementsystems