

Freie Berufsausübung und deren gesetzliche und sozialversicherungsrechtliche Auslegung und Handhabung

Seit mehreren Jahren ist es die Praxis der Sozialversicherungsträger, grundsätzlich und ohne ergebnisoffene Einzelfallprüfung anzunehmen, dass Pflegekräfte in Einrichtungen wie Krankenhäusern, Pflege- oder Altenheimen nicht selbständig tätig sein können. Werden die Vertragsverhältnisse als Dienstverträge ohne Weisungsbefugnis der Einrichtungen ausgestaltet, so wird dies als Verschleierung einer sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung im Sinne von § 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV gewertet. Zur Begründung wird angeführt, die Tätigkeit der Pflegekräfte unterscheide sich nicht wesentlich von der der festangestellten Pflegepersonen. Auch die freiberuflich Tätigen unterlägen den Weisungen der jeweiligen Leitung; sie hätten darüber hinaus auch keine Möglichkeit, Arbeitszeit, -ort und -dauer selbst zu bestimmen.

Der Argumentation ist zuzugeben, dass sich die Vertragsabwicklung tatsächlich weitgehend gleicht. Dennoch gibt es wesentliche Unterschiede zwischen festangestellten und freiberuflichen Pflegekräften, die einer rechtlichen Gleichsetzung der beiden Gruppen entgegenstehen. Zunächst wird in der Vertragsanbahnung in jedem Fall neu und ohne rechtliche Bindung an bereits vollzogene Aufträge entschieden, zu welchen Bedingungen die Tätigkeit erbracht werden soll. Das schließt die Dauer der Schichten, ihre Anzahl und die im Vergleich mit angestellten Pflegekräften in aller Regel höhere Entlohnung ein. Darüber hinaus nehmen die freiberuflichen Pflegekräfte bewusst die Risiken und Nachteile in Kauf, die mit einer gewerblichen Tätigkeit verbunden sind, um ein größeres Maß an Selbstbestimmung zu verwirklichen, als das im Rahmen eines Arbeitsvertrags möglich wäre. Sie versichern sich selbst hinsichtlich der Risiken einer Berufshaftpflicht, der Krankheit und der Altersvorsorge. Im Kern verfolgen freiberufliche Pflegekräfte ein Konzept der eigenen Verantwortlichkeit gegenüber dem

Auftraggeber und den Betreuten, während angestellte Pflegepersonen in erster Linie für ihren Auftraggeber tätig sind und damit den Grundsätzen der Fremdbestimmung folgen. Diese Wahl der selbständigen Pflegekräfte wird von der Verfassung, insbesondere von Art. 12 Abs. 1 GG, geschützt.

Die entgegenstehende Sichtweise der Spitzenverbände der Sozialversicherungen wird den aufgezeigten notwendigen Differenzierungen nicht gerecht. Belastbare Anzeichen dafür, dass die gewählten vertraglichen Vereinbarungen und ihre tatsächliche Durchführung generell zum Zweck der Täuschung der Sozialversicherungsträger durchgeführt würden und nicht zur Verfolgung eines Konzepts der selbstbestimmten Arbeit, sind nicht ersichtlich.

Das zwar nicht ausdrücklich vorgetragene, aber denkbare und nachvollziehbare Argument, die Pflegekräfte bedürften dennoch eines Schutzes durch die gesetzliche Sozialversicherung, könnte in seiner Pauschalität nicht verfangen.

Erstens wird so fälschlicherweise von der überwiegenden Ausgestaltung einer bestimmten Tätigkeit im Rahmen von Arbeitsverträgen darauf geschlossen, dass diese Tätigkeit nur und ausschließlich in angestellter Form erfolgen kann. Das kommt einem naturalistischen Fehlschluss nahe und kann schon deshalb nicht überzeugen, weil es sich bei selbständigen Pflegekräften und angestellten Pflegekräften nicht um dieselbe Berufsgruppe handelt, sondern um wesentlich verschiedene Modelle der Verwirklichung pflegerischer Tätigkeiten. Auf die unterschiedlichen Zuweisungen der Verantwortung und der Bestimmungsmacht sei nochmals hingewiesen.

Zweitens wäre selbst dann, wenn man die Schutzwürdigkeit auch der selbständigen Pflegekräfte bejahen und die ausdrückliche Einlassung der Betroffenen, sie bedürften dieses Schutzes nicht, als irrelevant beiseiteschieben würde, der mit der in Rede stehenden Auslegung von § 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV verbundene Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG nicht zu rechtfertigen. Je nachdem, wie man die Berufsgruppen definiert, handelt es sich um ein Berufsverbot für selbständige Pflegekräfte, die in Einrichtungen arbeiten, oder zumindest um eine erheblich einschränkende Berufsausübungsregelung, die die freiberuflichen

Pflegepersonen auf den ambulanten Bereich verweisen würde. Der letztgenannte Ausweg ist zurzeit praktisch versperrt, da die derzeit geltenden Versorgungsverträge eine Leistungserbringung durch Freiberufler ausschließen. In beiden Fällen wäre die Subsumtion unter den Beschäftigungsbegriff des § 7 Abs. 1 SGB IV nicht erforderlich und damit unverhältnismäßig.

Der Schutz über eine Sozialversicherung, sollte er dem Gesetzgeber nötig erscheinen, könnte auch über eine Versicherungspflicht wie im Falle des § 2 Nr. 2 SGB VI hergestellt werden. Wäre es aber dem Gesetzgeber verboten, die selbständige Pflege in Einrichtungen unter Berufung auf die Notwendigkeit eines sozialversicherungsrechtlichen Schutzes abzuschaffen oder erheblich in ihrem Betätigungsfeld zu beschränken, so gilt das erst recht für die Sozialversicherungsträger bei der Auslegung von § 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV, die die Entscheidung des Gesetzgebers nicht überspielen dürfen, die freiberufliche Pflege grundsätzlich zuzulassen (vgl. § 2 Nr. 2 SGB VI) und für die Betroffenen dabei zum Teil keine gesetzliche Versicherungspflicht vorzusehen. Abhilfe könnte der Gesetzgeber dadurch schaffen, indem er die gesetzliche Rentenpflichtversicherung auf andere, bisher nicht einbezogene Pflegeberufe wie die der Altenpfleger ausdehnen könnte, ohne dabei das Berufsbild der freiberuflichen Pflege zu beeinträchtigen.

