

Kongress Pflege

Berlin | 24. – 25.1.2020

 Springer Pflege

Seminar 3

Samstag, 25. Januar 2020, 9.00 – 12.30 Uhr

Honorar- und Leasingkräfte in der Pflege

Voraussetzungen und Folgen der Abgrenzung von selbstständiger Tätigkeit zum sozialrechtlichen Beschäftigungsverhältnis

RinBSG Dr. Miriam Meßling

Honorarkräfte in der Pflege? – Entscheidungen des BSG vom 7.6.2019

- BSG: Komplex von insgesamt siebzehn Verfahren entschieden (Anfrageverfahren, § 7a SGB IV, bzw. Betriebsprüfungsverfahren, § 28p SGB IV)
- Abgrenzung zwischen selbstständiger Tätigkeit und abhängiger Beschäftigung -> Versicherungspflicht bei verschiedenen Gesundheitsberufen
- am 4.6.2019 Urteile zu Tätigkeiten sogenannter Honorarärzte in Krankenhäusern
- am 7.6.2019 Urteile zu Tätigkeiten von Honorarpflegefachkräften in stationären Pflegeeinrichtungen

Leitfall B 12 R 6/18 R

Sachverhalt

„Akteure“

- Klägerin: eine zugelassene Pflegeeinrichtung.
 - beschäftigt u.a. Leiharbeiterinnen/n und Honorarkräfte (damals bis zu 85 %).
- Beigeladener: staatlich anerkannter Altenpfleger und Fachkraft für Leitungsaufgaben in der Pflege
- Rentenversicherung stellt auf Antrag (§ 7a SGB IV) Versicherungspflicht in allen SV-Zweigen fest

Geschlossene Verträge

- Pflegeheim schloss mit Vermittlungsagentur, die auch der Beigeladene beauftragte, einen **Vermittlungsvertrag**
 - Inhalt: Beigeladener wird in „befristetes Arbeitsverhältnis,, vermittelt; er selbst sei als "selbstständige Pflegekraft ... für alle Sozialversicherungsabgaben verantwortlich"

- Pflegeheim und Beigeladene schlossen dann einen "**Dienstleistungsvertrag**" (Zeit vom 6. bis 14.11.2012 und 21. bis 28.11.2012) , der auf weitere Zeiträume „erstreckt“ wurde
 - Inhalt
 - Verpflichtung, vereinbarte Aufträge in eigener Verantwortung auszuüben und die Interessen des Heims zu berücksichtigen.
 - fester Stundenlohn (*29 Euro, am Wochenende 32,20 Euro und feiertags 35 Euro; eine Nachtzulage ab 20 Uhr von 3,20 Euro*)
 - Arbeitszeit von täglich mindestens zehn Stunden bei möglicher Mehrarbeit
 - Heim gewährt freie Unterkunft, Verpflegung und Arbeitskleidung

Entscheidung des BSG

unter Beibehaltung der in der Rechtsprechung entwickelten
Maßstäbe
und
besonderer Berücksichtigung der Qualitätsanforderungen von
Pflege

Vorüberlegung: Beschäftigung wg. § 10 Abs 1 S 1 AÜG?

nein, denn:

- Vermittlungsagentur schuldete klagendem Pflegeheim nicht die Zurverfügungstellung eines eigenen Arbeitnehmers.
- Vermittlungsvertrag sah nur vor, dass beigeladener Pfleger in befristetes Arbeitsverhältnis mit der Klägerin vermittelt werde.
- Zwischen Vermittlungsagentur und Beigeladenem bestand kein Arbeitsverhältnis, aufgrund dessen dieser dem Heim zur Arbeitsleistung nach deren Weisungen überlassen wurde.
- Hauptleistungspflichten wurden zwischen Heim und Pfleger vereinbart

Vorüberlegung: Selbstständigkeit wegen § 2 S 1 Nr 2 SGB VI ?

nein:

- § 2 S 1 Nr 2 SGB VI lässt sich keine prinzipielle "Anerkennung" selbstständiger Pflegekräfte durch den Gesetzgeber in dem Sinne entnehmen, dass diese Berufsgruppe generell selbstständig tätig wäre.
- Altenpfleger sind bereits vom Wortlaut der Vorschrift nicht umfasst.
- Begriff „Pflegepersonen“ in Nr 2 geht zwar davon aus, dass es sich grundsätzlich um weisungsabhängige (und insoweit arbeitnehmerähnliche) Tätigkeiten handelt
- Aber: keine Fiktion oder Vermutung allein aufgrund der ausgeführten Tätigkeiten -> „ergebnisoffen“

Vorüberlegung: Begriff „Honorarkraft“

- Was bedeutet Vorverständnis von einer „Honorarkraft“?
- Es spielt keine Rolle, ob nach der Verkehrsanschauung anerkannt ist, dass Honorarkräfte im Gesundheitswesen selbstständig tätig sind oder sein können.
- Die Abgrenzung zwischen Beschäftigung und Selbstständigkeit erfolgt nicht abstrakt für bestimmte Berufs- und Tätigkeitsbilder.

Maßstab § 7 Abs. 1 SGB IV

Ausgangspunkt daher:

**Abgrenzung abhängige Beschäftigung –
Selbstständigkeit nach § 7 Abs. 1 SGB IV**

- § 7 Abs. 1 SGB IV: Beschäftigung ist nichtselbstständige Arbeit, insb. in Arbeitsverhältnis (*S 1*). Anhaltspunkte sind Tätigkeit nach Weisungen und Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers (*S 2*).

Vertragslage

Ausgangspunkt ist regelmäßig **Inhalt der getroffenen Vereinbarungen**

-> Überprüfung danach:

- sind diese mit zwingendem Recht vereinbar?
- liegen mündliche oder konkludente Änderungen vor?
- Ist ernsthaft gemeint, was dokumentiert ist?

-> Ermittlung des **wahren Inhalts der Vereinbarungen**

Gewichtung der Indizien

- Das bedeutet: Vertragslage nur Ausgangspunkt; wesentlich ist dagegen, was wirklich gelebt wird
- LSG hat hierzu Feststellungen zu treffen
- Allein Bezeichnung und vertragliche Festlegung der Selbstständigkeit unerheblich
- Erforderlich: Einzelfallbetrachtung mit Gewichtung der Indizien

- [Hier: Verträge ohnehin nicht eindeutig
 - „Dienstleistungsvertrag„/„freien Mitarbeiter“
 - „allgemeinen Grundsätze des Arbeitsrechts“]

Indizwirkung: Versorgungsauftrag ?

Folgt aus den „regulatorischen Rahmenvorgaben“ eine generelle Festlegung auf Abhängigkeit?

- Nach SGB XI hoher Organisationsgrad zur Qualitätssicherung
 - § 71 Abs 2 Nr 1 SGB XI: die Pflege in einem Heim muss unter ständiger Verantwortung einer qualifizierten Pflegefachkraft stehen
 - Diese muss Pflegeleistungen für jeden betreuten Pflegebedürftigen in den Grundzügen selbst festlegen, die Durchführung organisieren und ihre Umsetzung angemessen kontrollieren.
- Heimrecht (hier: § 6 HeimG BaWü) formuliert strenge Vorgaben für Kontrolle und Verantwortlichkeit des Betreibers für Struktur-, Prozess- und Ergebnisqualität; Kontrolle durch Heimaufsicht

Entscheidung des BSG:

- Grundsätzlich nein: Regulatorische Rahmenvorgaben haben keine „zwingende, übergeordnete und determinierende Wirkung hinsichtlich des sozialversicherungsrechtlichen Status von in stationären Einrichtungen tätigen Pflegefachkräften.“
- Vgl. entspr. zur ambulanten Versorgung *BSG Urteil vom 24.3.2016 - B 12 KR 20/14 R -*

Aber:

- Regulatorische Rahmenbedingungen haben Auswirkungen auf Gewichtung der Indizien
- **im Regelfall haben sie die Eingliederung von Pflegefachkräften in die Organisations- und Weisungsstruktur der stationären Pflegeeinrichtung zur Folge**
- Für eine nur ausnahmsweise in Betracht kommende selbstständige Tätigkeit im sozialversicherungsrechtlichen Sinne müssen daher gewichtige Indizien bestehen

Zum Vergleich: Honorarärzte (Urteile vom 4.6.2019 - B 12 R 2/18 R u.a.)

- erforderlich: ausreichende, dem Versorgungsauftrag entsprechende diagnostische und therapeutische Möglichkeiten, also jederzeit verfügbares besonders geschultes Personal
- umfassende Sicherstellungspflichten des Krankenhauses führen zu weitreichender Einbindung der Ärzte in die Qualitätssicherungs- und Kontrollmechanismen
- -> regulatorische Rahmenbedingungen der stationären Behandlung bedingen im Regelfall die Eingliederung ärztlichen Krankenhauspersonals in die Organisations- und Weisungsstruktur des Krankenhauses

Indizwirkung: Berufsbild ?

- Tätigkeit von Pflegefachkräften in stationären Pflegeeinrichtungen weist Besonderheiten auf.
- Einzelne Gesichtspunkte, die sonst eine Tätigkeit als abhängig oder selbstständig kennzeichnen, können von vornherein nicht als ausschlaggebende Abgrenzungsmerkmale herangezogen werden

- Pflegefachkräfte, die eine staatlich anerkannte Abschlussprüfung an einer Pflegefachschule absolviert haben, arbeiten weitgehend eigenverantwortlich.
- Sie haben die Möglichkeit, in gewissem Umfang flexibel auf Wünsche und Bedürfnisse der zu pflegenden Personen zu reagieren.
- Dies kennzeichnet Fachkräfte gegenüber Pflegehilfskräften und prägt das Berufsbild unabhängig von ihrem sozialversicherungsrechtlichen Status.

Einzelfallprüfung

- Prüfung also: wie sieht konkreter Einzelfall aus?
- Hier maßgeblich war auf jeweilige Einzeleinsätze abzustellen, die nach den Feststellungen des LSG separat vertraglich vereinbart wurden.
- Eine Rahmenvereinbarung, uU mit einer verpflichtenden Abrufmöglichkeit und -bereitschaft, bestand nicht.

Eingliederung und Weisungsgebundenheit

stRspr. zu § 7 Abs. 1 SGB IV: Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig, d.h.:

- Beschäftigte in Betrieb eingegliedert und unterliegt einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers
- Weisungsgebundenheit kann - vornehmlich bei Diensten höherer Art - eingeschränkt und zur "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein
- selbstständige Tätigkeit ist vornehmlich durch eigenes Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet.

- Weisungsgebundenheit und Eingliederung in den Betrieb stehen weder in einem Rangverhältnis zueinander, noch müssen sie stets kumulativ vorliegen.
- Eingliederung geht nicht zwingend mit einem umfassenden Weisungsrecht einher. Die in § 7 Abs 1 S 2 SGB IV genannten Merkmale sind schon nach Wortlaut nur "Anhaltspunkte" für eine persönliche Abhängigkeit

Weisungsrecht bei Spezialisten

- Weisungsrecht kann insb. bei sog Diensten höherer Art („Hochqualifizierte“ / „Spezialisten“) aufs Stärkste eingeschränkt sein
- Fremdbestimmt trotzdem, wenn Tätigkeit ihr Gepräge von der Ordnung des Betriebes erhält, in deren Dienst die Arbeit verrichtet wird
- Verfeinerung "zur funktionsgerechten, dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess"

- Hier: Arbeitsort und/oder Arbeitszeit ergeben sich bereits aus vertraglichen Vereinbarungen und mit einer Tätigkeit verbundenen Notwendigkeiten
- Kommt dann darauf an, ob nach den konkreten Vereinbarungen ein Weisungsrecht hinsichtlich aller Modalitäten der zu erbringenden Tätigkeit besteht oder aber ausgeschlossen ist
- Fraglich: auch keine funktionsgerecht dienende Teilhabe am Arbeitsprozess innerhalb einer fremden Arbeitsorganisation?

Subsumtion

- Hier: **Weisungsgebundenheit** eingeschränkt, aber nicht völlig entfallen.
- Inhalt, Durchführung und Dauer der vom Pfleger geschuldeten fachgerechten Pflege bedurften der näheren Konkretisierung
- Er wurde für eine Tätigkeit in einem bestimmten Wohnbereich eingeteilt
- Arbeitsleistung war im Wesentlichen nach Maßgabe der Pflegeplanung und im arbeitsteiligen Zusammenwirken mit den anderen Mitarbeitern zu erbringen

Hier: auch **Eingliederung** gegeben

- Pfleger hat Bewohner des Pflegeheimes gepflegt
- Organisatorischer Rahmen in der Hand des Heims, also
 - Erstkontakt
 - arbeitsteilige Pflege und Betreuung
 - Abrechnung der erbrachten Leistungen
- Betriebsablauf folgte einem Dienstplan mit Schichtzeiten, in die der Pfleger sich einordnete
- Auch innerhalb des Schichtdienstes in strukturierte Betriebsabläufe eingegliedert
- Arbeits- und Verbrauchsmittel im Wesentlichen gestellt.
- Überwachung durch verantwortliche Pflegefachkraft, die für die Sicherstellung der Pflegequalität durch Visiten, Qualitätschecks, Rundgänge und Einblick in die Dokumentation verantwortlich war.

Fazit:

- Pfleger hat in Betriebsstruktur seine Arbeitskraft nicht anders als beim Heim angestellte Pflegefachkräfte eingesetzt
- Verglichen mit angestellten Pflegefachkräften keine ins Gewicht fallende Freiheit hins. Gestaltung und Umfang der Arbeitsleistung innerhalb der betrieblichen Ordnung/ des einzelnen Dienstes
- Unerheblich: dass er sich die zu pflegenden Personen aussuchen konnte (hier: keine Demenzpatienten).
- Denn: Pfleger konnte sich nicht entscheiden, überhaupt niemanden zu pflegen.

Indizien für Selbständigkeit?

- keine für **Selbstständigkeit** sprechenden **Anhaltspunkte**, die Weisungsgebundenheit und Eingliederung überwiegen
- kein nennenswertes Unternehmerrisiko, denn
 - fester Lohn für geleistete Stunden, also risikolos fest definiertes Honorar
 - keine Chance, durch unternehmerisches Geschick seine Arbeit so effizient zu gestalten, dass er das Verhältnis von Aufwand und Ertrag zu seinen Gunsten hätte entscheidend beeinflussen können.
 - das einzig in Betracht kommendes Risiko, von Einrichtung keine weiteren Folgeaufträge zu bekommen, für die Frage des Status in der konkreten Tätigkeit irrelevant

Honorarhöhe

- Nur eingeschränkte Bedeutung, denn: Ausdruck des Parteiwillens
- Sozialversicherung ist Schutz der Solidargemeinschaften verpflichtet
- Auftraggeber kann sich nicht durch Vereinbarung eines Zuschlages zu üblichem Lohn „freikaufen“
- Grundsatz der Solidarität aller abhängig Beschäftigten schließt es zudem aus, Versicherungspflicht über die gesetzlich geregelten Tatbestände hinaus von einem individuellen Schutzbedürfnis abhängig zu machen

Korrekturüberlegung: Fachkräftemangel?

- Etwaiger Fachkräftemangel im Gesundheitswesen ändert nichts an dem gefundenen Ergebnis.
- Für Unternehmer bestehende Schwierigkeiten, qualifizierte Beschäftigte zu gewinnen, und Erfordernisse einer Kostenoptimierung sind für die sozialversicherungsrechtliche Einordnung einer Tätigkeit nicht relevant
- Dies gilt selbst für etwaige Versorgungsprobleme im Gesundheitswesen
- Im Übrigen: Fachkräftemangel nicht nachgewiesen

Ambulante Pflege

- Was bedeutet das für die ambulante Pflege?
- **Urteil LSG Hamburg, 24.9.2019 – L 3 R 14/18 –**
Auch die regulatorischen Vorgaben, unter denen eine Pflegekraft die ambulanten Pflegeleistungen für den konkret betreuten Patienten erbringt, bedingen **im Regelfall die Eingliederung** aller eingesetzten Pflegekräfte in ihre Organisations- und Weisungsstruktur.

Regulatorische Rahmenbedingungen ambulante Pflege

- Gewährleistung einer ausreichenden, gleichmäßigen und konstanten pflegerischen Versorgung eines wechselnden Kreises von Pflegebedürftigen im jeweiligen Einzugsgebiet „rund um die Uhr“ mit Sicherstellung eines ausreichenden Früh-, Spät-, Wochenend- und Feiertagsdienstes (vgl. BT-Drs. 12/5262, 134).
- Pflegedient muss also geeignete Kräfte vorhalten und diese entsprechend ihrer fachlichen Qualifikation einsetzen

- Pflege muss unter ständiger Verantwortung einer Pflegefachkraft stehen (§ 71 Abs. 1 SGB XI).
- verpflichtendes Qualitätsmanagement (vgl. § 73 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 SGB XI)
- Expertenstandards nach § 113a SGB XI zwingend (§ 73 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 SGB XI).
- Erforderlich also: maßgeblicher Einfluss des Pflegedienstes auf die Tätigkeit aller eingesetzten Kräfte

Fazit

- Eine selbständige Tätigkeit als Pflege- (fach-)kraft im Pflegeheim ist kaum denkbar
- Zwar kein genereller Ausschluss durch BSG, da immer Einzelfallbewertung
- Den Einrichtungen vorgegebener Rahmen bedingt aber faktisch regelmäßig die Eingliederung
- Entsprechendes dürfte für die Pflege durch ambulante Pflegedienste gelten

Vielen Dank!