

Büscher, Andreas / Igl, Gerhard / Klie, Thomas / Kostorz, Peter / Kreutz, Marcus / Weidner, Frank / Weiß, Thomas / Welti, Felix

Probleme bei der Umsetzung der Vorschrift zur Ausübung vorbehaltenener Tätigkeiten (§ 4 Pflegeberufegesetz) - Anmerkungen und Lösungsvorschläge

Dezember 2019

Inhaltsverzeichnis

1	ANLASS, ZWECK UND ADRESSATEN DER HINWEISE ZU § 4 PFLBG	1
2	RECHTLICHE MAßSTÄBE	1
3	IDENTIFIZIERUNG DER RECHTLICHEN PROBLEMBEREICHE UND HINWEISE ZUM VERSTÄNDNIS.....	1
3.1	Übersicht über die Problembereiche	1
3.2	Situation bei den gesonderten Ausbildungsabschlüssen	2
3.3	Situation bei den Ausbildungsabschlüssen nach bisherigem Recht	3
3.4	Pflege alter Menschen – Pflege von Kindern und Jugendlichen	3
3.5	Ergänzende Hinweise zu den vorbehaltenen Aufgaben in der Pflege	4
3.5.1	Verhältnis von Planung und Organisation des Pflegeprozesses	4
3.5.2	Qualitätssicherung	4
3.5.3	Feststellung und Begutachtung der Pflegebedürftigkeit.....	4
3.5.4	Gestaltung des Pflegeprozesses; Pflegeberatung	4
4	AUTOREN	5

1 Anlass, Zweck und Adressaten der Hinweise zu § 4 PflBG

Das Gesetz über die Pflegeberufe (Pflegeberufegesetz – PflBG) tritt zum 1. Januar 2020 in Kraft. Mit diesem Gesetz werden den Pflegefachberufen zum ersten Mal vorbehaltene Tätigkeiten¹ eingeräumt (§ 4 PflBG). Diese Vorschrift hat schon jetzt zu Unsicherheiten bei der Auslegung geführt.

In den nachstehenden Hinweisen werden einige dieser Auslegungsfragen identifiziert und es werden Vorschläge zu Lösungen unterbreitet. Diese Hinweise stellen keine Rechtsberatung dar, die den rechtsberatenden Berufen und Organen vorbehalten ist.

Adressaten dieser Hinweise sind vor allem die mit der Pflegeausbildung befassten Träger der praktischen Ausbildung und die Verantwortlichen in den Pflegeschulen. Ebenso richten sich die Hinweise an die künftig Auszubildenden und die bereits nach bisherigem Recht ausgebildeten Altenpflegerinnen und Altenpfleger (AltPflG) sowie Gesundheits- und Kinderkrankenpflegerinnen und Gesundheits- und Kinderkrankenpfleger (KrPflG). Adressaten sind weiter Träger von und Verantwortliche in Krankenhäusern, Altenheimen und ambulanten Diensten.

Die Verfasser dieser Hinweise sind Pflege- und Rechtswissenschaftler, die sich eingehend mit der Ausgestaltung pflegerischer Handlungsfelder, dem Pflegeberuferecht und den vorbehaltenen Aufgaben befasst haben (zu den Autoren s. unten Abschnitt 4).

2 Rechtliche Maßstäbe

Werden einem bestimmten Heilberuf Tätigkeiten und Aufgaben eingeräumt, die nur die Angehörigen dieses Berufes ausüben dürfen, dient dies alleinig dem Gesundheitsschutz einschließlich des Patientenschutzes und des Schutzes der zu behandelnden oder zu pflegenden Personen. Es besteht eine objektive Pflicht des Staates, diesen Schutz zu gewährleisten. Diese Schutzpflicht wird im Pflegeberufegesetz umgesetzt, indem bestimmte pflegerische Aufgaben den Angehörigen der Pflegefachberufe vorbehalten sind, weil sie hierfür entsprechend qualifiziert sind. Die Besonderheit dieses Vorbehalts ist, dass diese pflegerischen Aufgaben ausschließlich diesen Personen zugewiesen sind. Auch Ärzte sind von der Wahrnehmung dieser Aufgaben ausgeschlossen. Verstöße gegen die Vorbehaltsvorschrift sind mit Geldbuße bewehrt.

Die Einräumung von vorbehaltenen Aufgaben kann das Selbstverständnis und die gesellschaftliche und gesundheitspolitische Anerkennung eines bestimmten Berufes stärken. Diese haben jedoch, anders als der Gesundheitsschutz, keinen Verfassungsrang, und können deshalb bei der Gestaltung vorbehaltenen Aufgaben keine Rolle spielen.

3 Identifizierung der rechtlichen Problembereiche und Hinweise zum Verständnis

3.1 Übersicht über die Problembereiche

Anders als im ursprünglichen Gesetzentwurf angelegt ist für die künftige Pflegeausbildung nicht nur die generalistische Ausbildung als Pflegefachfrau oder Pflegefachmann vorgegeben, sondern es sind auch gesonderte Ausbildungsabschlüsse der Altenpflege und der Gesundheits- und Kinderkranken-

¹ § 4 PflBG ist mit „vorbehaltene Tätigkeiten“ betitelt. In der Vorschrift selbst wird dann von „Aufgaben“ gesprochen. Daher wird im Folgenden in diesem Text von „vorbehaltenen Aufgaben“ gesprochen, wenn nicht direkt auf den Titel der Vorschrift Bezug genommen wird.

pflege vorgesehen. Das wirft die Frage auf, ob Berufsangehörige der gesonderten Ausbildungsabschlüsse vorbehaltene Aufgaben bei allen zu pflegenden Personen ausüben dürfen, oder ob sich der Vorbehalt nur auf die Pflege in den jeweiligen Altersgruppen der Ausbildungsabschlüsse bezieht.

Diese Frage stellt sich ähnlich auch bei den nach bisherigem Recht ausgebildeten Altenpflegerinnen und Altenpflegern sowie Gesundheits- und Kinderkrankenpflegerinnen und Gesundheits- und Kinderkrankenpflegern.

Die schon nach bisherigem Recht bestehenden Fragen nach der Abgrenzung der zu pflegenden Altersgruppen (Kinder und Jugendliche, alte Menschen) verschärfen sich im Rahmen der Vorbehaltsthematik.

Für diese vorgenannten Fragen werden im Folgenden Hinweise zum Verständnis gegeben (s. unten Abschnitte 3.2, 3.3. und 3.4).

Weiter stellen sich verschiedene Fragen der Gestaltung von vorbehaltenen Aufgaben, so nach dem Verhältnis von Planung und Organisation des Pflegeprozesses, der Qualitätssicherung und der Gestaltung des Pflegeprozesses sowie der Feststellung und Begutachtung der Pflegebedürftigkeit. Teilweise herrschen auch bei der Gestaltung der Pflegeberatung in den verschiedenen Kontexten unterschiedliche fachliche Auffassungen darüber, ob und inwieweit hier auch Vorbehaltsaufgaben betroffen sind. Diese Fragen benötigen weitere Beratungen im Zuge der Implementierung der Vorbehaltsaufgaben in den Arbeitsfeldern und Institutionen (s. unten Abschnitt 3.5).

3.2 Situation bei den gesonderten Ausbildungsabschlüssen

Für die gesonderten Ausbildungsabschlüsse der Altenpflegerinnen und Altenpflegern sowie der Gesundheits- und Kinderkrankenpflegerinnen und Gesundheits- und Kinderkrankenpfleger nach dem PflBG heißt es im Gesetz, dass für diese die §§ 2 bis 4 entsprechend anzuwenden sind (§ 58 Abs. 3 PflBG), also auch die Vorschrift zu den vorbehaltenen Tätigkeiten. Allerdings ist nicht klar, was unter „entsprechender Anwendung“ zu verstehen ist. Rechtlich kann eine „entsprechende Anwendung“ des § 4 PflBG zweierlei bedeuten:

- Entweder bedeutet es: Der in der Altenpflege oder in der Gesundheits- und Kinderkrankenpflege ausgebildete Personenkreis kann für alle Altersgruppen vorbehaltene Aufgaben übernehmen. Das hätte zur Konsequenz, dass der gesonderte Ausbildungsabschluss in der Altenpflege auch zur Durchführung vorbehaltener Aufgaben in der allgemeinen Krankenpflege und in der Gesundheits- und Kinderkrankenpflege ebenso wie der gesonderte Ausbildungsabschluss in der Gesundheits- und Kinderkrankenpflege auch zur Durchführung vorbehaltener Aufgaben in der allgemeinen Krankenpflege und in der Altenpflege ermächtigen würde.
- Oder es bedeutet: Personen mit gesonderten Ausbildungsabschlüssen sind entsprechend ihrer spezifischen Ausbildung nur in der Alten- bzw. Gesundheits- und Kinderkrankenpflege einzusetzen. Für diese Auslegung spricht, dass sich die vorbehaltenen Aufgaben, die in § 4 Abs. 2 PflBG aufgeführt sind, auf Kompetenzen beziehen, die in der Ausbildung erworben worden sind (§ 5 Abs. 3 PflBG). Für die gesonderten Ausbildungsabschlüsse ist im letzten Ausbildungsdrittel eine Kompetenzvermittlung speziell zur Pflege von Kindern und Jugendlichen bzw. alter Menschen vorgesehen (§ 60 Abs. 1, § 61 Abs. 1 PflBG).

Das Problem könnte so gelöst werden: Wenn Personen mit gesonderten Ausbildungsabschlüssen für die jeweils anderen Altersgruppen pflegerisch tätig werden und vorbehaltene Aufgaben übernehmen wollen, bietet es sich an, dass diese Personen eine qualifizierte Weiterbildung absolvieren, die sie dazu befähigt, die Kompetenzen auch hinsichtlich der anderen Altersgruppen wahrzunehmen. Dabei bietet

es sich an, in der Weiterbildung die Kompetenzen zugrunde zu legen, die in einer generalistischen Ausbildung vermittelt werden.

3.3 Situation bei den Ausbildungsabschlüssen nach bisherigem Recht

Bei Ausbildungsabschlüssen nach bisherigem Recht auf Grundlage des AltPflG (Altenpflegerin / Altenpfleger) und des KrPflG (Gesundheits- und Krankenpfleger / Gesundheits- und Krankenpflegerin; Gesundheits- und Kinderkrankenpfleger / Gesundheits- und Kinderkrankenpflegerin) bzw. nach weiter geltendem Ausbildungsrecht (§ 66 Abs. 1 und 2 PflBG) ist die Situation ähnlich wie bei der Ausbildung nach dem PflBG. Hierfür sieht das PflBG vor, die die Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 Satz 1 PflBG betreffenden Vorschriften entsprechend anzuwenden (§ 64 Satz 3 PflBG). Da § 4 Abs. 1 Satz 2 PflBG auf Personen mit einer Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 PflBG Bezug nimmt, ist die Vorschrift zu den vorbehaltenen Tätigkeiten eine die Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 Satz 1 PflBG betreffende Vorschrift.

Grundsätzlich besteht auch hier die Frage, ob sich die entsprechende Anwendung nur auf die Berechtigung zu vorbehaltenen Tätigkeiten bei der Pflege des Personenkreises erstreckt, auf den sich die jeweilige Ausbildung bezogen hat, oder ob eine solche Beschränkung nicht gegeben ist. Anders als bei den Personen mit gesonderten Ausbildungsabschlüssen nach §§ 60, 61 PflBG könnte hier folgendermaßen vorgegangen werden:

- Personen mit einer *Ausbildung in der Gesundheits- und Krankenpflege*, können vorbehaltene Tätigkeiten für zu pflegende Menschen aller Altersgruppen wahrnehmen, da die Ausbildung auch bisher schon keine Eingrenzung auf Altersgruppen vorgesehen hat.
- Personen mit einer *Ausbildung in der Altenpflege bzw. in der Gesundheits- und Kinderkrankenpflege*, die bereits für eine längere Zeit (mindestens ein Jahr in Vollzeit) in der Pflege von Menschen anderer Altersgruppen beruflich tätig waren, können die vorbehaltenen Aufgaben auch bei der Pflege von Personen gemäß ihrer bisherigen beruflichen Tätigkeit ausüben.
- Personen, die *eine nach bisherigem Recht begonnene Ausbildung fortsetzen* (§ 66 PflBG), und die eine Ausbildung in der Altenpflege oder in der Gesundheits- und Kinderkrankenpflege abschließen, sind zu behandeln wie Personen mit einer gesonderten Ausbildung nach dem PflBG (s. oben Abschnitt 3.2).

3.4 Pflege alter Menschen – Pflege von Kindern und Jugendlichen

Die schon nach bisherigem Recht bestehenden Fragen nach der Abgrenzung der zu pflegenden Altersgruppen (Kinder und Jugendliche, alte Menschen) verschärfen sich bei der Vorbehaltsthematik. Da es im deutschen Recht keine Definition des Alters gemäß einer bestimmten Altersgrenze gibt (vgl. § 71 SGB XII), sollte darauf verzichtet werden, eine Altersgrenze für die Pflege von alten Menschen festzulegen. Vergleichbar ist die Situation bei Kindern und Jugendlichen, wo in bestimmten Rechtsgebieten zwar (verschiedene) Altersgrenzen genannt werden. Diese können aber nicht ohne Weiteres unbesehen auf die Pflege von Kindern und Jugendlichen übertragen werden.

Aus diesem Grunde sollte auf die Festlegung strikter Altersgrenzen bei der Bestimmung der Altersgruppen verzichtet werden. Hingegen könnte folgender Ansatz verfolgt werden:

- Bei der *Pflege in teil- und vollstationären Einrichtungen und in Kliniken* sollten die konzeptionelle Ausrichtung und die Zielgruppen der Institution maßgeblich sein (Pflegeheim, Geriatrie; Kinderklinik etc.).
- Bei der *häuslichen Pflege* gestaltet sich die Situation bei der Betreuung durch ambulante Pflegedienste schwieriger. Hier sollte es darauf ankommen, ob die Pflegedienste spezialisiert sind, z. B. als Kinderkrankenpflegedienste, in denen generalistisch ausgebildete Pflegefachfrauen

und Pflegefachmänner sowie Gesundheits- und Kinderkrankenpfleger und –pflegerinnen tätig werden können, ob es sich um Dienste für typische Bedarfe im Zusammenhang mit für das hohe Alter typischen Pflegebedarfen oder für Menschen mit Demenz handelt oder ob die Pflegedienste allgemein für alle Altersgruppen Leistungen erbringen.

3.5 Ergänzende Hinweise zu den vorbehaltenen Aufgaben in der Pflege

3.5.1 Verhältnis von Planung und Organisation des Pflegeprozesses

Bei den vorbehaltenen Aufgaben wird bei der Erhebung und Feststellung des individuellen Pflegebedarfs zwar auf die entsprechende Kompetenz im Ausbildungsziel hingewiesen, jedoch ohne Bezug auf das dort genannte Element der „Planung“. (§ 4 Abs. 2 Nr. 1, § 5 Abs. 3 Nr. 1 Buchst. a) PflBG). Wie aber eine Organisation, Gestaltung und Steuerung des Pflegeprozesses, die ebenfalls als vorbehaltene Aufgabe definiert wird (§ 4 Abs. 2 Nr. 2 PflBG), ohne Planung stattfinden soll, erschließt sich weder theoretisch noch praktisch.

Deshalb muss man Planung als integrierten Bestandteil der Organisationsaufgabe verstehen, weil ohne Planung der Pflegeprozess nicht gesteuert werden kann. Das würde bedeuten, dass auch die Planung in der Praxis den sonst mit vorbehaltenen Aufgaben betrauten Personen obliegt.

3.5.2 Qualitätssicherung

Die Vorschrift zur Qualitätssicherung ist unspezifisch und sehr weit gefasst (§ 4 Abs. 2 Nr. 3 PflBG). Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts („Altenpflegeurteil“ - Urt. v. 24. Oktober 2002, 2 BvF 1/01, Rn. 251 = BVerfGE 106, 52) dürfen vorbehaltene Tätigkeiten nicht das gesamte berufliche Betätigungsfeld ausmachen, sondern nur einen eng abgrenzbaren Bereich, der genau definiert werden kann. Angesichts dieser Rechtsprechung empfiehlt es sich, die Qualitätssicherung in Einrichtungen, Kliniken und Diensten personenbezogen, d. h. auf die zu pflegende Person bezogen, zu verstehen.

3.5.3 Feststellung und Begutachtung der Pflegebedürftigkeit

Bei der Feststellung und Begutachtung der Pflegebedürftigkeit und der Ermittlung des Grades der Pflegebedürftigkeit nach dem SGB XI gibt es Berührungspunkte zu den in § 4 PflBG formulierten vorbehaltenen Aufgaben. Hier ist zu unterscheiden zwischen der Anforderung einer maßgeblichen Beteiligung und Verantwortung der Fachpflege und der Frage, ob hiermit auch vorbehaltene Aufgaben wahrgenommen werden. Grundsätzlich wird diese Frage zu verneinen sein, da es hier um die Klärung sozialleistungsrechtlicher Voraussetzungen geht.

3.5.4 Gestaltung des Pflegeprozesses; Pflegeberatung

Bei der Gestaltung des Pflegeprozesses und der Geltung und Auswirkungen der Regelungen zu Vorbehaltsaufgaben für die Pflegeberatung sind noch zahlreiche Fragen offen, die hier nicht thematisiert werden können und die weiterer fachlicher Diskussion und Abstimmung bedürfen.

4 Autoren

Büscher, Andreas, Prof. Dr. Dr. h.c., Hochschule Osnabrück, Deutsches Netzwerk für Qualitätsentwicklung in der Pflege (DNQP)

Igl, Gerhard, Dr. iur., Universitätsprofessor a. D. (Universität Kiel), Hamburg

Klie, Thomas, Prof. Dr. habil., Evangelische Hochschule Freiburg, Institutsleitung AGP Sozialforschung, Rechtsanwalt Freiburg/Berlin

Kostorz, Peter, Prof. Dr. rer. soc. Fachbereich Gesundheit der Fachhochschule Münster

Kreutz, Marcus, Dr. LL.M., Rechtsanwalt, stv. Bundesgeschäftsführer des Arbeiter-Samariter-Bund Deutschland e.V., Essen

Weidner, Frank, Prof. Dr., Philosophisch-Theologische Hochschule Vallendar (PTHV)

Weiß, Thomas, Prof. Dr. iur., Fachanwalt für Arbeitsrecht, Justiziar Pflegeberufekammer Schleswig-Holstein, Lehrbeauftragter Fachhochschule Kiel

Welti, Felix, Prof. Dr. iur., Universität Kassel