



G 7/14 vom 14.12.2015

Gutachterinnen: Sabine Gallep, Dorette Nickel

## **Schein-/Selbständigkeit von Fachkräften in der ambulanten Kinder- und Jugendhilfe**

- 1. Die Abgrenzung einer selbständigen Tätigkeit in der ambulanten Kinder- und Jugendhilfe von einer abhängigen Beschäftigung erfolgt im Einzelfall, wobei neben der vertraglichen Grundlage alle Umstände der tatsächlichen Ausgestaltung der Tätigkeit in ihrer Gesamtheit gewürdigt und abgewogen werden müssen.**
- 2. Die Feststellung der Deutschen Rentenversicherung Bund gem. § 7a SGB IV oder eines Gerichts, dass eine (abhängige) Beschäftigung und keine selbständige Tätigkeit vorliegt, ist mit der Berufsfreiheit (Art. 12 GG) vereinbar.**

1. Dem Gutachten liegt die Frage zugrunde, welche Faktoren bei einer für einen freien Träger der Kinder- und Jugendhilfe tätigen Person für die Abgrenzung einer selbständigen Tätigkeit von einer abhängigen Beschäftigung eine Rolle spielen, ob es harte und weiche Kriterien bei der Abgrenzung gibt, insbesondere welche Bedeutung die Steuerungsverantwortung des Jugendamtes und das Statusfeststellungsverfahren gem. § 7a SGB IV haben und ob dieses mit der Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) vereinbar ist.
2. Nach ständiger Gutachtenpraxis des Deutschen Vereins beschränkt sich die Beantwortung einer Gutachtenanfrage auf die ihr zugrunde liegenden rechtlichen Fragen, die über den Einzelfall hinaus von Bedeutung sind. Es bleibt dem anfragenden Mitglied überlassen, aus dem Gutachten Rückschlüsse auch für die Lösung von konkreten Einzelfällen zu ziehen. Danach wirft die Gutachtenanfrage die grundsätzliche rechtliche Frage auf, welche Faktoren für die Abgrenzung einer selbständigen von einer abhängigen Tätigkeit bei Fachkräften in der ambulanten Kinder- und Jugendhilfe entscheidend sind und ob eine Zuordnung als abhängige Beschäftigung im Statusfeststellungsverfahren gem. § 7a SGB IV mit der Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) vereinbar ist. Vor dem

Hintergrund, dass es sich um ein sozialrechtliches Gutachten handelt, stehen die sozialrechtlichen Regelungen und Besonderheiten des SGB VIII im Vordergrund.

3. Bei der Abgrenzung zwischen selbständiger und abhängiger Tätigkeit ist zu beachten, dass nach arbeitsrechtlicher und sozialrechtlicher Sicht zwar unterschiedliche Interessen verfolgt und unterschiedliche Regelungsbereiche betroffen werden. Die Abgrenzungskriterien sind aber weitgehend deckungsgleich. In Einzelfällen können jedoch divergierende Zuordnungen entstehen.<sup>1</sup>
4. Arbeitnehmer, also eine nicht selbständig tätige Person, ist nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts<sup>2</sup> und ganz herrschenden Lehre im Arbeitsrecht<sup>3</sup>, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. Entscheidendes Kriterium bei der Unterscheidung, ob es sich um ein Arbeitsverhältnis oder um eine selbständige Tätigkeit handelt, ist dabei die Bewertung der persönlichen Abhängigkeit. Das Gesetz hat dazu keine Definition vorgesehen. Für die Abgrenzung können Hinweise aus verschiedenen Gesetzen herangezogen werden. So ist nach § 84 Absatz 1 Satz 2 HGB selbständig, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Auch wenn diese Vorschrift unmittelbar nur für die Abgrenzung zwischen selbständigem und nichtselbständigem Handelsvertreter gilt, ist nach ganz herrschender Meinung darin ein verallgemeinerungsfähiger Rechtsgedanke zu sehen.<sup>4</sup>
5. Die sozialgerichtliche Rechtsprechung<sup>5</sup> greift für die Abgrenzung zwischen selbständiger Tätigkeit und abhängiger Beschäftigung auf § 7 Absatz 1 SGB IV zurück, der ebenfalls Hinweise auf die Unterscheidung gibt: „Beschäftigung ist die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers.“ Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem

---

<sup>1</sup> Vgl. Krause, Arbeitsrecht, 3. Auflage, 2015, § 2 Rn 27; Preis, in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 15. Auflage, 2015, S. 1413, Rn 103; Lauterbach, in: Kommentar zum gesamten Arbeitsrecht, Dornbusch, Fischermeier, Löwisch, 7. Auflage, 2015, § 7 SGB IV, Rn 4.

<sup>2</sup> Vgl. u.a. BAG, Urte. Vom 17.04.2013, NZA 2013, 1348.

<sup>3</sup> Vgl. Löwisch, in: Handelsgesetzbuch, Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, 3. Auflage, 2014, § 84, Rn 18; Zöllner/Loritz/Hergenröder, Arbeitsrecht, 7. Auflage, 2015, S. 45, Rn. 24; Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 14. Auflage, 2015, S. 48, Rn 91; Krause, Arbeitsrecht, 3. Auflage, 2015, § 2 Rn 8.

<sup>4</sup> Vgl. u.a. Krause, Arbeitsrecht, 3. Auflage, 2015, § 2 Rn. 15.

<sup>5</sup> Vgl. BSG, Urteile vom 25.04.2012 – B 12 KR 14/10 R, B 12 KR 24/10 R; Bayrisches LSG, Urteile vom 29.04.2015 – L 16 R 1062/13, L 16 R 935/13; LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 17.04.2014 – L 1 KR 85/12.

fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und ein umfassendes Weisungsrecht des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer hinsichtlich Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung der Tätigkeit besteht. Diese Weisungsgebundenheit kann eingeschränkt und zur funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess verfeinert sein. Die Selbständigkeit ist demgegenüber vor allem durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob eine abhängige Beschäftigung oder Selbständigkeit vorliegt richtet sich dabei nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen.<sup>6</sup> Bei Tätigkeiten, die – wie in der Kinder- und Jugendhilfe in vielen Fällen - persönliche Zuwendung zum Gegenstand haben, kann sowohl eine abhängige Beschäftigung als auch eine selbständige Tätigkeit vorliegen.<sup>7</sup>

6. Die Zuordnung einer Tätigkeit nach deren Gesamtbild zum rechtlichen Typus der Beschäftigung bzw. der selbständigen Tätigkeit setzt voraus, dass alle nach Lage des Einzelfalls als Indizien in Betracht kommenden Umstände festgestellt, in ihrer Tragweite zutreffend erkannt und gewichtet, in die Gesamtschau mit diesem Gewicht eingestellt und nachvollziehbar, d.h. den Gesetzen der Logik entsprechend widerspruchsfrei, gegeneinander abgewogen werden.<sup>8</sup> Diese Abwägung darf dabei nicht schematisch oder schablonenhaft erfolgen, etwa in der Weise, dass beliebige Indizien jeweils zahlenmäßig einander gegenüber gestellt werden, sondern es ist in Rechnung zu stellen, dass manchen Umständen wertungsmäßig größeres Gewicht zukommen kann als anderen.<sup>9</sup> Sofern die Beteiligten vereinbart haben – vertraglich oder durch mündliche Abreden dokumentiert, dass keine abhängige Beschäftigung gewollt ist, kommt dem Willen der Beteiligten nur dann keine indizielle Bedeutung zu, wenn die tatsächlichen Verhältnisse hiervon rechtlich relevant abweichen. Gleichzeitig gilt, dass die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich ist, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abbedungen wurde.<sup>10</sup> Bei der Beurteilung sind jeweils die Verhältnisse bei Durchführung des einzelnen Auftrags maßgeblich.<sup>11</sup>
7. Ausgangspunkt für die Beurteilung, ob es sich um ein Arbeitsverhältnis oder um eine selbständige Tätigkeit handelt, ist somit das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den getroffenen Vereinbarungen ergibt oder sich aus der gelebten Beziehung erschließen lässt. Der jeweilige Vertragstyp

---

<sup>6</sup> Vgl. BSG, Urteile vom 25.04.2012 – B 12 KR 14/10 R, B 12 KR 24/10 R.

<sup>7</sup> Vgl. BSG, Urteil vom 25.04.2012 – B 12 KR 14/10 R.

<sup>8</sup> Vgl. BSG, Urteile vom 25.04.2012 – B 12 KR 14/10 R, B 12 KR 24/10 R.

<sup>9</sup> Vgl. BSG, Urteile vom 25.04.2012 – B 12 KR 14/10 R, B 12 KR 24/10 R.

<sup>10</sup> Vgl. LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 18.06.2012 – L 8 R 1052/12.

<sup>11</sup> Vgl. BSG, Urteil vom 28.09.2011 - B 12 R 17/09, LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 18.06.2012 – L 8 R 1052/12.

ergibt sich aus dem wirklichen Geschäftsinhalt und der tatsächlichen Durchführung.<sup>12</sup> Die formelle Vereinbarung, etwa die Bezeichnung des Vertrags als Honorar- oder Werkvertrag, ist nachrangig.<sup>13</sup> Werden einzelne, gesonderte, kurze Vertragsverhältnisse „unter dem Dach“ eines Rahmenvertrages begründet, so sind jeweils nur diese einzelnen „Einsatzaufträge“ hinsichtlich der Abgrenzung zwischen selbständiger Tätigkeit und abhängiger Beschäftigung zu bewerten.<sup>14</sup> Die Abgrenzung ist folglich im Einzelfall nach den tatsächlichen Verhältnissen zu beurteilen. Das Bundesverfassungsgericht hat mit dem Hinweis auf die Schwierigkeit der Abgrenzung von selbständiger Tätigkeit und abhängiger Beschäftigung diese Methode der Gesamtbetrachtung gebilligt.<sup>15</sup>

8. Bei qualifizierten persönlichen Dienstleistungen wie der ambulanten Kinder- und Jugendhilfe ist die Weisungsgebundenheit bzw. Weisungsfreiheit der Tätigkeit oft kein sehr hilfreiches Abgrenzungskriterium, da diese Tätigkeiten in der Regel nicht intensiv kontrolliert und inhaltlich vorbestimmt werden können. Im Bereich der Familienbetreuung beispielsweise entspricht die Freiheit der Aufgabenwahrnehmung den Besonderheiten der Branche.<sup>16</sup> Daher ist bei solchen Dienstleistungen darüber hinaus insbesondere auf die Eingliederung in den Betrieb, bestimmte vertragliche Vereinbarungen und das Bestehen eines Unternehmerrisikos abzustellen.
9. In Bezug auf die Frage, ob Weisungsgebundenheit oder -freiheit vorliegt, bestehen in der Kinder- und Jugendhilfe zudem drei Besonderheiten: das sozialrechtliche Dreiecksverhältnis, das Hilfeplanverfahren nach § 36 SGB VIII und die Gesamtverantwortung des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe gemäß § 79 SGB VIII. Diese Umstände sind ebenso wie der Nachweis fachlicher Qualifikationen den Besonderheiten des Jugendhilferechts geschuldet und sprechen weder für noch gegen eine selbständige Tätigkeit.<sup>17</sup>
10. In der Kinder- und Jugendhilfe bildet die Basis der Zusammenarbeit das sogenannte sozialrechtliche Leistungsdreieck zwischen Leistungsberechtigtem, Träger der öffentlichen und Träger der freien Jugendhilfe. Demnach besteht der Anspruch des Leistungsberechtigten auf die Gewährung von Jugendhilfe gegenüber dem öffentlichen Träger (§ 3 Absatz 2 Satz 2 SGB VIII). Die Leistung wird jedoch häufig von einem freien

---

<sup>12</sup> Vgl. Bayrisches LSG, Urte. Vom 29.04.2015 – L 16 R 935/13; Langer, in: Grobys/Panzer-Heemeier, Arbeitsrecht Stichwortkommentar, S. 938; Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 15. Auflage, 2015, S. 1400 ff.; Hergenröder, in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 5. Aufl., 2012, Art. 12 GG, Rn. 77; vgl. auch Gutachten des DV „Schein-/Selbständigkeit in der Kindertagespflege“, NDV 2013, 573 ff.

<sup>13</sup> Vgl. LSG Niedersachsen-Bremen, Urteil vom 27.05.2009 – L 2 R 77/09.

<sup>14</sup> Vgl. BSG Urteil vom 30.10.2013 – B 12 KR 17/11 R.

<sup>15</sup> Vgl. BVerfG Entscheidung vom 20.05.1996, NZA 1996, 1063.

<sup>16</sup> Vgl. SG Stade, Urteil vom 27.06.2012, S 30 R 355/11.

<sup>17</sup> Vgl. Bayrisches LSG, Urteil vom 29.04.2015 – L 16 R 1062/13.

Träger erbracht. Der freie Träger hat wiederum einen Vergütungsanspruch gegenüber dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe. Weitergehende Rechtsverhältnisse im Sinne von Beschäftigungsverhältnissen werden durch das sozialrechtliche Dreiecksverhältnis nicht begründet.<sup>18</sup>

11. Die Tätigkeit von Fachkräften in der ambulanten Kinder- und Jugendhilfe ist in der Regel davon geprägt, dass zuvor ein Hilfeplanverfahren gemäß § 36 SGB VIII durchgeführt wurde, an dem neben den Fachkräften des öffentlichen und ggf. des freien Trägers auch der/die Leistungsberechtigten sowie das Kind bzw. der Jugendliche beteiligt sind. Die im Hilfeplan festgehaltenen Ziele werden gemeinsam erarbeitet. Dabei kann weder aus einer Berichtspflicht des Leistungserbringers noch aus einem vereinbarten Informationsrecht des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe eine Weisungsgebundenheit abgeleitet werden.<sup>19</sup> Aufgrund des Wunsch- und Wahlrechts gemäß § 5 SGB VIII und dem Gebot der partnerschaftlichen Zusammenarbeit gemäß § 4 SGB VIII steht es dem Leistungsberechtigten zu, zwischen Einrichtungen und Diensten verschiedener Träger zu wählen.

12. Die Übertragung der Aufgaben auf einen freien Träger entbindet den Träger der öffentlichen Jugendhilfe jedoch nicht von seiner Gesamtverantwortung gemäß § 79 I SGB VIII. Aus der Gesamtverantwortung folgt, dass der Träger der öffentlichen Jugendhilfe kontrollieren muss, ob die materiellen Voraussetzungen der angebotenen Hilfe vorliegen, die formellen Voraussetzungen und die Qualitätsstandards erfüllt werden. Damit ist jedoch kein Weisungsrecht des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe verbunden. Das SGB VIII trifft von seinem Regelungsansatz her keine Aussagen über den arbeits- oder sozialversicherungsrechtlichen Status von in der Kinder- und Jugendhilfe tätigen Personen, sondern hat allein die staatliche Verantwortung für die Aufgaben der Jugendhilfe im Verhältnis zu den Leistungsberechtigten im Blick. Auch § 8a Absatz 4 SGB VIII, der zur Sicherstellung des Schutzauftrags der Jugendämter Vereinbarungen eines Zusammenwirkens von Leistungserbringer und Jugendamt bei der Gefährdungseinschätzung normiert, lässt keinen allgemein gültigen Rückschluss auf eine Weisungsgebundenheit zu.<sup>20</sup> Außerdem trifft die Pflicht, öffentlich-rechtlichen Anordnungen der Aufsichtsbehörde nachzukommen, jeden Träger und ist deshalb kein Merkmal arbeitsvertraglicher Weisungsgebundenheit.<sup>21</sup> Die Verantwortung des öffentlichen Trägers liegt vielmehr vor allem in der Aufsicht über die Einhaltung der insbesondere im Hilfeplan getroffenen Vereinbarungen, grundsätzlich aber nicht in der Überwachung der laufenden Tätigkeit. Der Träger der öffentlichen Jugendhilfe hat gemäß § 4 Abs. 2 S. 2

---

<sup>18</sup> Vgl. Bayrisches LSG, Urteil vom 29.04.2015 – L 16 R 935/13.

<sup>19</sup> Vgl. Bayrisches LSG, Urteil vom 29.04.2015 – L 16 R 1062/13; BSG, Urteile vom 25.04.2012, B 12 KR 24/10 R, B 12 KR 14/10 R.

<sup>20</sup> Vgl. Bayrisches LSG, Urteil vom 29.04.2015 – L 16 R 1062/13; vgl. auch BSG, Urteil vom 25.04.2012, B 12 KR 14/10 R.

<sup>21</sup> Vgl. BSG, Urteil vom 25.04.2012 – B 12 KR 24/10 R; BAG, Urteil vom 25.5.2005 – 5 AZR 347/04.

SGB VIII die Selbständigkeit der freien Jugendhilfe in Zielsetzung und Durchführung ihrer Aufgaben sowie in der Gestaltung ihrer Organisationsstruktur zu achten. Somit besteht durch die Gesamtverantwortung und den Hilfeplan kein laufendes Weisungsrecht im Einzelfall. In der tatsächlichen Arbeit sind die für den freien Träger tätigen Fachkräfte gegenüber dem öffentlichen Träger nicht weisungsabhängig.<sup>22</sup> Sie können jedoch durch ihren mit dem freien Träger abgeschlossenen Vertrag und die tatsächliche Ausführung der Tätigkeit dem freien Träger gegenüber weisungsgebunden sein. Der Umstand, dass z.B. bei den Hilfeplangesprächen auch die Leitung der Einrichtung des freien Trägers anwesend ist, spricht jedoch für sich noch nicht für eine weisungsgebundene Tätigkeit. Die weitere Ausgestaltung der Beziehungen zwischen Leitung und Fachkraft ist vielmehr entscheidend, ob z.B. aus dem Hilfeplangespräch heraus unterschiedliche Vorgehen gedeutet werden und die Leitung dann entscheidet bzw. entscheiden kann. Die Weisungsabhängigkeit bei der tatsächlich zum Erreichen der Hilfeziele geleisteten Arbeit ist maßgeblich. Ergibt sich beispielsweise der eingeschränkte Gestaltungsspielraum einer Fachkraft aus den gesetzlichen Vorgaben und aus der Abhängigkeit von dem konkreten Bedarf des Hilfeempfängers und nicht durch Vorgaben des freien Trägers, so spricht das gegen eine Weisungsgebundenheit.<sup>23</sup>

13. Neben der Weisungsabhängigkeit ist vor allem die Einbindung in den Betrieb entscheidend für die Abgrenzung, ob es sich um eine selbständige Tätigkeit oder abhängige Beschäftigung handelt. Die Einbindung in den Betrieb ist zu bejahen, wenn die tätige Person funktionsgerecht dienend in eine vorgegebene Ordnung eingebunden ist, die Arbeitsbedingungen folglich nicht frei gestalten kann. Indizien, die gegen eine Einbindung in den Betrieb, also für eine Selbständigkeit, sprechen sind: Die Fachkräfte haben keine Anwesenheitszeiten, können zeitlich ihre Arbeit selbstbestimmt einteilen, sind nicht in Dienstpläne eingeteilt oder in ständiger Dienstbereitschaft. Sie nutzen ihr eigenes Fahrzeug und eigene Räumlichkeiten, verfügen etwa über ein eigenes Büro mit PC in ihrem Haus und tragen die Kosten ihrer Arbeitsmittel selbst.<sup>24</sup> Sie müssen nicht an kollegialen Beratungen, Fortbildungen oder Supervisionen teilnehmen. Für die Selbständigkeit spricht z.B. auch, wenn der Urlaub nicht von der Einrichtungsleitung bestimmt wird und keine Urlaubs- und Krankheitsvertretung stattfindet. Außerdem ist ein Indiz für eine selbständige Tätigkeit, wenn monatlich Abrechnungen erstellt und kein monatliches Entgelt festgehalten werden. Berichts- und Dokumentationspflichten sowie eine geregelte Verfahrensweise bei einer

---

<sup>22</sup> Vgl. auch Kunkel, „Das Weisungsrecht des öffentlichen Trägers bei Hilfe zur Erziehung“, ZfJ 2000, 60 ff.

<sup>23</sup> Vgl. SG Gießen, Urteil vom 17. Januar 2014, S 19 R 396/12.

<sup>24</sup> Vgl. SG Gießen, Urteil vom 17. Januar 2014, S 19 R 396/12.

Kindeswohlgefährdung sind nicht geeignet, eine Einbindung in die Arbeitsorganisation zu begründen.<sup>25</sup>

14. Für eine Selbständigkeit spricht zudem, wenn ein rechtlich relevantes Unternehmerrisiko besteht. Davon ist dann auszugehen, wenn eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der sächlichen oder persönlichen Mittel ungewiss ist. Allerdings ist ein unternehmerisches Risiko nur dann ein Hinweis auf eine selbständige Tätigkeit, wenn diesem Risiko auch größere Freiheiten in der Gestaltung und Bestimmung des Umfangs beim Einsatz der eigenen Arbeitskraft gegenüberstehen.<sup>26</sup> Bei der ambulanten Kinder- und Jugendhilfe wird vor allem Arbeitskraft und weniger Kapital (u.U. eigenes Auto, Handy, Computer) eingesetzt. Für ein Unternehmerrisiko kann das Risiko sprechen, dass die Dienste unregelmäßig, nicht in gleichbleibendem Umfang benötigt und in Anspruch genommen werden.<sup>27</sup> Der Umstand, dass vertraglich der Auftragnehmer bestimmte Risiken tragen soll, etwa kein Urlaubsanspruch oder Anspruch auf Entgeltfortzahlung vorgesehen ist, ist jedoch nicht ausschlaggebend, wenn das Gesamtbild der Arbeitsleistung für eine abhängige Beschäftigung spricht.<sup>28</sup>

15. Der Umstand, dass das Arbeitsmaterial (z.B. Briefpapier) des freien Trägers genutzt wird, ist ein Indiz für die Eingliederung in die Organisation des freien Trägers und damit für eine abhängige Beschäftigung.<sup>29</sup> Dies spricht allein jedoch nicht für eine abhängige Beschäftigung.<sup>30</sup> Werden beispielsweise Berichte der pädagogischen Fachkraft auf Briefpapier der Einrichtung an das Jugendamt nur mit der Unterschrift der Einrichtungsleitung und der Fachkraft geschickt, so ist darin zwar auch ein Indiz für eine Weisungsabhängigkeit zu sehen. Jedoch kommt es auch in diesem Fall darauf an, wie die Arbeit konkret zwischen Einrichtungsleitung und Fachkraft ausgestaltet ist, ob die Leitung den Bericht zuvor genehmigen muss oder dieser inhaltlich auf Weisung der Leitung abgeändert werden kann. Das Zusammenwirken der Leitung einer Einrichtung mit der Fachkraft bei der Berichterstattung gegenüber dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe, die Verantwortungsübernahme durch Unterzeichnen des Berichts, ist dabei in erster Linie dem Verhältnis zwischen freiem und öffentlichem Träger geschuldet und kein Hinweis auf die abhängige Beschäftigung der Fachkraft.

16. Ein starkes Indiz für eine abhängige Beschäftigung ist die Verpflichtung zur höchstpersönlichen Leistungserbringung, auch wenn es im Einzelfall im

---

<sup>25</sup> Vgl. Bayrisches LSG, Urteil vom 29.04.2015 – L 16 R 1062/13.

<sup>26</sup> Vgl. BSG, Urteil vom 25.04.2012 – B 12 KR 24/10.

<sup>27</sup> Vgl. Bayrisches LSG, Urteil vom 29.04.2015 – L 16 R 1062/13.

<sup>28</sup> Vgl. LSG Niedersachsen-Bremen, Urteil vom 27. Mai 2009, L 2 R 77/09; BSG, Urteil vom 25.04.2012 – B 12 KR 24/10 R.

<sup>29</sup> Vgl. SG Stade, Urteil vom 10.05.2012 – S 30 R 355/11.

<sup>30</sup> Vgl. u.a. Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 15. Auflage, 2015, S. 1405 Rn. 70.

Hinblick auf andere Aspekte in den Hintergrund treten kann.<sup>31</sup> Ebenfalls in Richtung einer abhängigen Beschäftigung ist es zu werten, wenn die tätige Person nicht nach außen als selbständig tätige Person auftritt.<sup>32</sup>

17. Zugunsten einer abhängigen Beschäftigung spricht weiter, wenn eine Fachkraft nur für eine Einrichtung tätig ist.<sup>33</sup> Entscheidend ist dabei allerdings weniger, ob die Fachkraft tatsächlich für mehrere Träger tätig ist oder nicht, sondern vielmehr ob die Möglichkeit besteht, Aufträge des Trägers ablehnen und auch Aufträge anderer Einrichtungen annehmen zu können. Für eine abhängige Beschäftigung könnte auch die Dauer der Tätigkeit für eine Einrichtung sprechen. Dies ist aber nach Auffassung des BAG<sup>34</sup> für die Unterscheidung<sup>35</sup>, ob es sich um eine selbständige Tätigkeit oder eine abhängige Beschäftigung handelt, nicht aussagekräftig. Der Umstand, dass die gleiche Arbeit auch Personen in Angestelltenverhältnissen mit freien Trägern ausüben, kann auch dafür sprechen, dass diese Tätigkeit eine abhängige Beschäftigung ist. Es steht im Rahmen der Privatautonomie den Parteien jedoch grundsätzlich frei, Dienst- bzw. Werkverträge mit Selbständigen oder Arbeitsverträge zu schließen. Dies ist auch von Art. 12 GG geschützt. Zur Einordnung der Tätigkeit kann eine Vergleichsbetrachtung mit der Ausgestaltung der Arbeit einer abhängig beschäftigten Person jedoch aufschlussreich sein und ist – soweit möglich – in die Gesamtabwägung einzustellen.<sup>36</sup> Trägt beispielsweise eine als freie Mitarbeiterin beschäftigte Familienhelferin das Risiko des Ausfalls von Stunden, erhält sie aber im Vergleich zu angestellten Familienhelfern eine deutliche höhere Vergütung, spricht das für ihre Selbständigkeit.<sup>37</sup>

18. Nach alledem bleibt festzuhalten, dass die Abgrenzung einer selbständigen Tätigkeit in der ambulanten Kinder- und Jugendhilfe von einer abhängigen Beschäftigung im Einzelfall zu erfolgen hat, wobei neben der vertraglichen Grundlage alle Umstände der tatsächlichen Ausgestaltung der Tätigkeit in ihrer Gesamtheit gewürdigt und abgewogen werden müssen. Den Status des Rechtsverhältnisses anhand einzelner, „harter“ Kriterien festzustellen, ist zumindest bei diesen Tätigkeiten, die grundsätzlich selbstständig oder in abhängiger Beschäftigung ausgeübt werden können, nicht möglich. Den für die Abgrenzung von Beschäftigung und Selbständigkeit in Betracht kommenden Merkmalen der Tätigkeit ist nachzugehen und das Vorliegen oder Nichtvorliegen dieser Merkmale zu prüfen. Um von einer Selbständigkeit auszugehen zu können, müssen konkrete Umstände auszumachen sein, die die

---

<sup>31</sup> Vgl. Bayrisches LSG, Urteil vom 29.04.2015 – L 16 R 1062/13.

<sup>32</sup> Vgl. LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 18.06.2014 – L 8 R 1052/12; SG Stade, Urteil vom 27.06.2012, S 30 R 355/11..

<sup>33</sup> Vgl. den umgekehrte Fall (Tätigkeit für mehrere Leistungserbringer) SG Gießen, Urteil vom 17. Januar 2014, S 19 R 396/12.

<sup>34</sup> Vgl. BAG 9.5.1984 – 5 AZR 325/82.

<sup>35</sup> Vgl. BAG 9.5.1984 – 5 AZR 325/82.

<sup>36</sup> Vgl. BSG, Urteil vom 25.04.2012 – B 12 KR 24/10 R.

<sup>37</sup> Vgl. SG Gießen, Urteil vom 17. Januar 2014, S 19 R 396/12.

Tätigkeit des/der vermeintlich Selbständigen von einer (ggf. projektbezogen oder in Teilzeit) beschäftigten Fachkraft abheben.<sup>38</sup> Insbesondere müssen wesentliche, gerade einer Selbständigkeit das Gepräge gebende Freiräume bestehen, die einer/einem in einem vergleichbaren Bereich – z.B. psychosozialer Betreuung und Beratung – tätigen abhängig Beschäftigten nicht zugestanden hätten. Entscheidend ist daher, wie die Tätigkeit im konkreten Einzelfall organisiert und ausgestaltet worden ist.<sup>39</sup>

19. § 7a SGB IV regelt ein spezielles Anfrageverfahren, mit dem der Status einer (abhängigen) Beschäftigung i.S.d. § 7 Abs. 1 SGB IV festgestellt werden kann. Dieses Anfrageverfahren wurde eingeführt, um den Beteiligten Rechtssicherheit darüber zu verschaffen, ob eine Person selbständig tätig oder abhängig beschäftigt ist.<sup>40</sup> Mit diesem Verfahren wird über die Sozialversicherungspflicht (in allen Zweigen der Sozialversicherung außer der Unfallversicherung<sup>41</sup>) für eine konkrete Tätigkeit des Erwerbstätigen durch die Deutsche Rentenversicherung Bund entschieden. Diese Entscheidung kann gemäß § 7a Absatz 7 Satz 1 SGB IV mit Widerspruch und Klage angefochten werden und ist nur für den Einzelfall entscheidend. Durch Änderungen der Tätigkeit bzw. der Rahmenbedingungen kann sich die Entscheidung ändern. Eine Bindungswirkung der Entscheidung (vgl. etwa § 336 SGB III) besteht ausschließlich bezogen auf das im Antrag benannte Auftragsverhältnis – ggf. auch bezogen auf mehrere Auftragsverhältnisse (sog. Masseverfahren<sup>42</sup>) – hinsichtlich der Versicherungspflicht in der Renten-, Kranken-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung und lediglich für die Zeiten, hinsichtlich derer die Deutsche Rentenversicherung Bund die Versicherungspflicht festgestellt hat.<sup>43</sup>

20. Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass eine Feststellung des Vorliegens einer abhängigen Beschäftigung durch den Rentenversicherungsträger oder die Gerichte, obwohl zwischen den Vertragsparteien eine selbständige Tätigkeit vereinbart wurde, auch mit Art 12 GG vereinbar ist. Art. 12 GG schützt die Freiheit der Auswahl und der Ausübung von erwerbsbezogenen Tätigkeiten in allen denkbaren Formen.<sup>44</sup> Im Rahmen der Berufsausübung wird auch geschützt, zwischen einer freiberuflichen Tätigkeit mit Eigenbestimmung und autonomer Verantwortlichkeit und einer abhängigen Beschäftigung nach den Grundsätzen der Fremdbestimmung zu wählen.<sup>45</sup> Würde eine Einordnung in abhängige Beschäftigung anstelle einer vertraglich gewählten Selbständigkeit unter Zwang erfolgen, wäre die

---

<sup>38</sup> Vgl. BSG, Urteil vom 25.04.2012 – B 12 KR 24/10 R.

<sup>39</sup> Vgl. LSG NRW, Urteil vom 18. Juni 2014, L 8R 1052/12.

<sup>40</sup> Vgl. BT-Drucksache 14/1855, S. 6.

<sup>41</sup> Vgl. LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 21. Februar 2013, L 10 U 5019/11.

<sup>42</sup> Vgl. Pietrek, in: jurisPK-SGB IV, 2. Aufl., § 7a SGB VI Rn. 94.

<sup>43</sup> Vgl. Pietrek, a.a.O., § 7a SGB IV Rn. 22 ff..

<sup>44</sup> Vgl. Schmidt, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 15. Auflage, 2015, S. 148.

<sup>45</sup> Vgl. Jarass/Pieroth, Kommentar zum Grundgesetz, 12. Auflage, 2012, Art. 12, Rn. 10.

Berufsausübungsfreiheit verletzt. Eine Beeinträchtigung der Berufsfreiheit läge darüber hinaus vor, wenn das soziale Übergewicht eines Arbeitgebers bei Abschluss eines Vertrages und der vertraglichen Regelungen von Arbeitsbedingungen unkontrolliert zur Durchsetzung einseitiger Interessenwahrnehmungen genutzt würde.<sup>46</sup> Die Feststellung durch die Gerichte bzw. die Deutsche Rentenversicherung Bund, um welche Art der Tätigkeit (selbständige oder abhängige Beschäftigung) es sich handelt, stellt keine Einordnung gegen den Willen der Vertragsparteien dar, sondern lediglich eine Feststellung mit klarstellendem Charakter hinsichtlich der tatsächlich ausgeübten Arbeit. Das bedeutet, dass die Art der Arbeitsausübung dadurch nicht beeinflusst wird, sondern lediglich – unter Berücksichtigung des vertraglich Vereinbarten – der ihrer tatsächlichen Ausführung entsprechende Status benannt und bezogen auf einen bestimmten Zeitpunkt rechtsverbindlich festgehalten wird. Art. 12 Abs. 1 GG steht zudem unter Gesetzesvorbehalt. Unter Gesetzesvorbehalt versteht man, dass ein Grundrecht in zulässiger Weise eingeschränkt werden kann. Die Verfassung bietet den Rahmen zwischen gebotenem Mindestschutz und maximal zulässiger Freiheitsbeschränkung. Auf dem Gebiet der Arbeitsmarkt-, Sozial- und Wirtschaftsordnung wird dem Gesetzgeber ein besonders weitgehender Einschätzungs- und Prognosevorrang zugestanden. Nach der Stufenlehre genügen für die Regelungen der Berufsausübung „vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls“.<sup>47</sup> Die Feststellung des Status eines Arbeitsverhältnisses als abhängige Beschäftigung auch entgegen dem in den schriftlichen Vereinbarungen geäußerten Willen der Vertragsparteien, keine Beschäftigung zu wollen, gewährt Schutz über die Sozialversicherung – zum einen für die Fachkräfte zur Erhöhung der sozialen Sicherheit und zum anderen für die Gesellschaft zur Sicherung der Leistungsfähigkeit der Solidargemeinschaft (z.B. finanzielle Stabilität und Funktionsfähigkeit der gesetzlichen Krankenversicherung).<sup>48</sup> Folglich ist dieses Vorgehen verfassungsgemäß.

21. Unabhängig von diesen rechtlichen Regelungen und dem jeweiligen Status der Fachkräfte (beschäftigt oder selbständig) sollten grundsätzlich Rahmenbedingungen bestehen, die es den in der Kinder- und Jugendhilfe beschäftigten Personen ermöglichen, ihre Arbeit bestmöglich zum Wohle der Hilfeempfänger durchzuführen. Vor dem Hintergrund, dass erfolgreiche Kinder- und Jugendhilfe Verlässlichkeit und ein Vertrauensverhältnis zwischen Fachkräften und Klienten voraussetzen, sind auch die Arbeitsbedingungen der Fachkräfte von großer Bedeutung.<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> Vgl. Jarass/Pieroth, Kommentar zum Grundgesetz, 12. Auflage, 2012, Art. 12, Rn 26.

<sup>47</sup> Vgl. Schmidt, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 15. Auflage, 2015, S. 150 ff.

<sup>48</sup> Vgl. auch Jarass/Pieroth, Kommentar zum Grundgesetz, 12. Auflage 2012, Art. 12, Rn 49.

<sup>49</sup> Vgl. auch Beiträge zum Thema prekäre Beschäftigungsverhältnisse in der Kinder- und Jugendhilfe z.B. GEW, Jugendhilfe und Sozialarbeit „Atypische Beschäftigungsverhältnisse in ausgewählten Arbeitsfeldern der Kinder- und Jugendhilfe“, 2012, <http://www.gew->

Im Auftrag

gez. Dorette Nickel

---

publikationen.de/uploads/tx\_picdlcarousel/Atypische\_Beschaeft.verhaeltnisse.pdf; AGJ, „Fachlichkeit hat ihren Preis! Beschäftigungsverhältnisse in der Kinder- und Jugendhilfe – Prekarisierungstendenzen in einem Wachstumsfeld“, Positionspapier der Arbeitsgemeinschaft für Kinder- und Jugendhilfe, <http://www.agj.de/fileadmin/files/positionen/2012/Prekarisierung.pdf>; akjstat, Jens Pothmann/Werner Thole, „Prekäre Beschäftigungsbedingungen in der Kinder- und Jugendarbeit“, 2011, <http://www.akjstat.tu-dortmund.de/fileadmin/Analysen/Jugendarbeit/juarb5.pdf>.