

Aktenzeichen: 5 AZR 347/04
Bundesarbeitsgericht 5. Senat

Urteil vom 25. Mai 2005
- 5 AZR 347/04 -

I. Arbeitsgericht
Lübeck

Urteil vom 25. September 2003
- 1 Ca 1119 b/03 -

II. Landesarbeitsgericht
Schleswig-Holstein

Urteil vom 11. Mai 2004
- 5 Sa 503/03 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Entscheidungsstichworte:

Arbeitnehmerbegriff - Leiterin einer Außenwohngruppe

Gesetze:

BGB § 611; HGB § 84 Abs. 1; SGB VIII §§ 45, 46, 79

Leitsatz:

Die Pflicht, öffentlich-rechtlichen Anordnungen der Aufsichtsbehörde im Jugendhilferecht nachzukommen, trifft jedermann. Sie ist kein Merkmal arbeitsvertraglicher Weisungsgebundenheit (Aufgabe von Senat 6. Mai 1998 - 5 AZR 347/97 - BAGE 88, 327).



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



5 AZR 347/04
5 Sa 503/03
Landesarbeitsgericht
Schleswig-Holstein

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
25. Mai 2005

URTEIL

Metze, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 25. Mai 2005 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Müller-Glöge, die Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Mikosch und Dr. Linck sowie den ehrenamtlichen Richter Dr. Müller und die ehrenamtliche Richterin Reinders für Recht erkannt:

1. Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein vom 11. Mai 2004 - 5 Sa 503/03 - wird zurückgewiesen.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2. Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung und in diesem Zusammenhang über die Frage, ob zwischen ihnen ein Arbeitsverhältnis bestanden hat.

Die Klägerin ist staatlich geprüfte Hauswirtschaftsleiterin. Sie war zunächst beim Landesbetrieb Pflegen und Wohnen der beklagten H als Reinigungsbeauftragte angestellt. Seit 1. November 1993 ist die Klägerin in diesem Arbeitsverhältnis beurlaubt. Auf Grund eines Dienstleistungsvertrags leitete sie für den Landesbetrieb Erziehung und Berufsbildung der Beklagten eine Außenwohngruppe in G in Schleswig-Holstein. Der Landesbetrieb Erziehung und Berufsbildung ist eine Dienststelle der H und Teil der Behörde für Familie und Soziales. Er besitzt keine eigene Rechtspersönlichkeit. Die zum Betrieb der Außenwohngruppe nach § 45 SGB VIII erforderliche Erlaubnis wurde der Beklagten vom zuständigen Land Schleswig-Holstein erteilt.

Die Beklagte bietet in ca. 60 Außenwohngruppen etwa 160 Plätze für die Unterbringung von Kindern und Jugendlichen an. Die Außenwohngruppen sollen für Minderjährige, die nicht in Pflegefamilien untergebracht werden können oder häufig schon in mehreren Pflegefamilien waren, dann aber bei Schwierigkeiten wieder „zurückgegeben“ wurden, eine professionelle Betreuung im privaten Lebensraum mit wenigen Bezugspersonen und der Perspektive eines langjährigen Verbleibs bieten. Charakteristische Merkmale der Außenwohngruppen sind die Aufhebung der Trennung von Berufsrolle und Privatheit bei den Betreuerinnen und Betreuern und der Verzicht auf institutionelle Regeln. Hierdurch soll den Kindern ein normaler Alltag jenseits des traditionellen Heimalltags ermöglicht werden. Für die Kinderbetreuung in den Außenwohngruppen gibt es kein verbindliches pädagogisches Betreuungskonzept.

Die Beklagte hat unter Einbeziehung des Personalrats, der Gewerkschaften und der Sozialversicherung Ende der 80er Jahre einen Dienstleistungsvertrag erarbeitet, der insbesondere Angestellten der H die Möglichkeit eröffnen sollte, Sonderurlaub



zum Betreiben einer Außenwohngruppe zu erhalten. Berechnungsgrundlage der für die Leitung der Außenwohngruppe gewährten Honorare war zunächst die Vergütung eines Heimerziehers der VergGr. Vb BAT im Alter von 31 Jahren, verheiratet, zwei Kinder. Zu der nach dem BAT zu zahlenden Vergütung einschließlich Stellenzulage, Ortszuschlag, Heimdienstzulage und sonstiger Sozialzulagen wurden die Zuwendung nach dem Zuwendungstarifvertrag, das Urlaubsgeld sowie der Arbeitgeberanteil zur Sozialversicherung unter Ausgleich des steuerlichen Nachteils durch die Pflicht zur Versteuerung dieses Arbeitgeberanteils hinzugerechnet. Auf den sich daraus ergebenden Monatsbetrag wurde ein Zuschlag von 35 % gewährt, mit dem insbesondere die über die normale 40-Stundenwoche hinausgehende Arbeitszeit ausgeglichen werden sollte. Die Vergütung wurde auch bei persönlicher Verhinderung bezahlt. Im Jahre 1996 betrug die Vergütung der Klägerin 7.059,94 DM, zuletzt belief sie sich auf Grund einer Anhebung der zugrunde liegenden Vergütungsgruppe auf rund 4.000,00 Euro.

In dem Dienstleistungsvertrag der Klägerin vom 22. Oktober 1993 in der Fassung der Änderung vom 24. Januar 1996 ist Folgendes vereinbart:

„I.

- (1) Der/Die AuftragnehmerIn übernimmt gemeinsam mit ... die Betreuung einer selbständigen Außenwohngruppe mit 2 Minderjährigen.
- (2) Die Tätigkeit wird freiberuflich ausgeführt; ein Arbeitsverhältnis wird nicht begründet.
- (3) Der Umfang der zeitlichen Inanspruchnahme richtet sich nach dem Erziehungs- und Betreuungsbedarf der Betreuten. Der/Die AuftragnehmerIn setzt ihre ganze Kraft für die Erfüllung der Erziehungsaufgabe ein.

II.

Der/Die AuftragnehmerIn übernimmt folgende Verpflichtungen:

- (1) Er/Sie beschafft gemeinsam mit dem/der anderen BetreuerIn Wohnraum (Einzelhaus, Reihenhauses, Wohnung etc.) und lebt darin in Gemeinschaft mit den Betreuten und dem/der anderen BetreuerIn.
Über den Wohnort der Außenwohngruppe ist Einvernehmen mit der Auftraggeberin zu erzielen.
- (2) Er/Sie gewährt den Minderjährigen auf der Grundlage des Konzeptes über die Erziehung in Außenwohngruppen eine familienhähnliche Erziehung mit dem Ziel, sie bis zum Erreichen des 18. Lebensjahres zu einem selbständigen Leben in der Gesellschaft zu befähigen.



Er/Sie bestimmt gemeinsam mit dem/der anderen BetreuerIn über die Ausgestaltung der Arbeit, soweit hierüber in einer Anlage zu diesem Vertrag nichts Näheres vereinbart ist.

Er/Sie ist in den vorstehend beschriebenen Angelegenheiten an Weisungen der Auftraggeberin nicht gebunden. Die Rechte der Heimaufsicht nach dem Kinder- und Jugendhilfegesetz bleiben unberührt.

- (3) Er/Sie arbeitet mit den von der Auftraggeberin benannten Dienststellen des Amtes für Jugend zusammen. Er/Sie berichtet auf Anforderung der von der Auftraggeberin als zuständig benannten Dienststelle über die Entwicklung der Minderjährigen und über andere besondere Vorkommnisse.

...

- (6) Er/Sie verpflichtet sich, Tätigkeiten neben der vereinbarten Betreuungstätigkeit nur in vorheriger Absprache mit der Auftraggeberin und dem/der anderen AuftragnehmerIn auszuüben.

III.

Die Auftraggeberin übernimmt folgende Verpflichtungen:

...

- (3) Sie zahlt dem/der AuftragnehmerIn für die Dauer des Bestehens der Wohngemeinschaft unter seiner/ihrer Leitung auch bei persönlicher Verhinderung (z.B. Kur, Krankheit usw.) eine Vergütung; sie beträgt z. Zt. 7.059,94 DM monatlich.

...

- (4) Die Vergütung wird ohne Abzüge gezahlt.

Dem/Der AuftragnehmerIn obliegt die Beachtung steuerrechtlicher Verpflichtungen.

Hinsichtlich der Sozialversicherungspflicht verpflichtet sich der/die AuftragnehmerIn, vom anliegenden Merkblatt Kenntnis zu nehmen.

Der/Die AuftragnehmerIn verpflichtet sich auch dann, wenn die gesetzliche Verpflichtung nicht besteht, auf der Grundlage der monatlichen Vergütung freiwillig Beiträge zur Angestelltenversicherung zu entrichten.

Neben der Vergütung erhält der/die AuftragnehmerIn zusammen mit dem/der unter I.(1) genannten anderen AuftragnehmerIn folgende Zahlungen als Kostenersatz:

- (5) - Ersatz für die Kosten der Unterkunft -

Der/Die AuftragnehmerIn erhält Kostenersatz für die Unterbringung der Betreuten in Höhe der anteilig angemessenen Kosten des Wohnraums einschließlich sämtlicher Nebenkosten (Heizung, Strom, Gas, Wasser, Reinigung, Müllabfuhr, Fernsehen etc.) bis zur Höhe von z. Zt. maximal 600,00 DM je Platz und



Monat.

- (6) - Ersatz für die Beschäftigung von Haushaltshilfen -

Der/Die AuftragnehmerIn erhält Kostenersatz in Höhe der notwendigen Aufwendungen zur dauernden Beschäftigung einer Haushaltshilfe mit 8 Wochenstunden. Der genaue Betrag wird von der Auftraggeberin jährlich festgesetzt.

- (7) - Ersatz für die Beschäftigung von Vertretungskräften in 3'er Außenwohngruppen -

Für die Beschäftigung von Vertretungskräften zur Betreuung der Minderjährigen erhält der/die AuftragnehmerIn einen Betrag von z. Zt. bis zu 1.764,99 DM pro Monat.

Der/Die AuftragnehmerIn hat der Auftraggeberin

- a) den Namen und die Adresse der Vertretungskraft
- b) den zeitlichen Umfang der Vertretung in Stunden und
- c) die Höhe der gezahlten Vergütung (einschließlich evtl. anfallender Arbeitgeberanteile)

mitzuteilen und auch hierfür prüfungsfähige Belege für die Dauer des Dienstvertrages bei sich aufzubewahren.

...

IV.

- (1) Das Vertragsverhältnis ist bis 31.10.1998 befristet. Es verlängert sich um 5 Jahre, wenn es nicht bis spätestens 6 Monate vor Ablauf von dem/der AuftragnehmerIn oder der Auftraggeberin gekündigt wird. ...

...

Vor Fristablauf kann nur aus wichtigem Grund gekündigt werden.

...

V.

(Nur für Außenwohngruppen in Schleswig-Holstein, Niedersachsen und Mecklenburg-Vorpommern)

- (1) Der/Die AuftragnehmerIn gilt als verantwortlicher Leiter im Sinne von § 5 Abs. 1 KJVO Schleswig-Holstein / Ziffer 15 Abs. 1 Heimrichtlinien Niedersachsen / § 34 SGB VIII (Heime) Mecklenburg-Vorpommern in der jeweils gültigen Fassung.

...

- (4) Werden von der zuständigen Behörde Schleswig-Holsteins / Niedersachsens / Mecklenburg-Vorpommerns im Rahmen des Erlaubnisverfahrens bzw. im Rahmen der Heimaufsicht rechtskräftig Anordnungen über die baulichen Gegebenheiten erteilt, so hat der/die AuftragnehmerIn für die Erfüllung Sorge zu



tragen.

Werden von der zuständigen Behörde im Rahmen der Heimaufsicht rechtswirksam Anordnungen über Art und Durchführung des Betriebes erteilt, so hat der/die AuftragnehmerIn für die Erfüllung gleichfalls Sorge zu tragen.

...

- Anhang zum DIENSTLEISTUNGSVERTRAG -

Die Modalitäten der Zusammenarbeit zwischen AuftragnehmerIn und Auftraggeberin werden einvernehmlich wie folgt geregelt:

1. Koordinierende Stelle der Auftraggeberin für alle Fragen, die sich aus dem Vertragsverhältnis ergeben, ist der Landesbetrieb Erziehung und Berufsbildung.
2. Diese Abteilung hat einen Arbeitskreis 'Außenwohngruppen' eingerichtet, der sich zu regelmäßigen monatlichen Besprechungen trifft. In diesen Besprechungen werden Fragen von grundsätzlicher Bedeutung gemeinsam geklärt. Aus jeder Außenwohngruppe nimmt ein/eine BetreuerIn in Absprache mit ihrem/seiner PartnerIn teil.

...

4. Beendigung der Betreuung eines Jugendlichen und Aufnahme neuer Minderjähriger erfolgen nur einvernehmlich.

...

6. Ansonsten berichtet der/die AuftragnehmerIn der Auftraggeberin mindestens in jährlichen Abständen über das Wohlergehen der Minderjährigen und die weitere Erziehungsplanung.

Bei besonderen Anlässen wird sofort informiert.

...

8. Die Honorare und die Kostenersatzbeträge werden jeweils in der letzten Woche des Vormonats auf ein für die Außenwohngruppe einzurichtendes besonderes Girokonto überwiesen.

...

10. Die Außenwohngruppe ist frei in der Verwendung dieser Mittel. Sie legt hierüber jedoch - unbeschadet eventueller weitergehender steuerrechtlicher Notwendigkeiten - der Auftraggeberin in Form einer vereinfachten Buchführung Rechnung.

...

11. Alle eingehenden Rechnungen bzw. sonstigen Zahlungen begründende Unterlagen sowie Quittungen hebt der/die AuftragnehmerIn mindestens 5 Jahre in geordneter Form für die Auftraggeberin zur Einsichtnahme auf.

...

“

...



Im Rahmen einer im Jahre 1999 begonnenen Betriebsprüfung vertrat die Landesversicherungsanstalt die Auffassung, die Leiter der Außenwohngruppen seien Beschäftigte der Beklagten. Dies wurde für die Klägerin im Widerspruchsbescheid der Landesversicherungsanstalt vom 21. März 2002 festgestellt. Dieser Widerspruchsbescheid wurde bestandskräftig, nachdem die Beklagte mit der Landesversicherungsanstalt im sozialgerichtlichen Verfahren am 19. August 2002 einen umfassenden außergerichtlichen Vergleich geschlossen hatte, in dem sie sich für die Jahre 1994 bis 2001 zur Zahlung von insgesamt rund 4.250.000,00 Euro für alle Leiter der Außenwohngruppen verpflichtete.

Mit Schreiben vom 4. März 2003, das der Klägerin am 17. März 2003 zuing, kündigte die Beklagte das Vertragsverhältnis zum 31. Oktober 2003. Hiergegen hat sich die Klägerin mit ihrer am 28. März 2003 beim Arbeitsgericht eingegangenen Kündigungsschutzklage gewandt.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, zwischen ihr und der Beklagten habe ein Arbeitsverhältnis bestanden. Sie sei weisungsgebunden tätig gewesen, denn die Beklagte hätte Auflagen der Heimaufsicht durch Einzelweisungen durchsetzen können. Sie sei in der Bestimmung der Arbeitszeit nicht frei gewesen. Auf Grund der Arbeitsaufgabe habe sie an sieben Tagen in der Woche 24 Stunden zu arbeiten gehabt. Urlaub habe sie nur in den Schulferien nehmen können. Sie habe den Wohnort der Außenwohngruppe nicht verlegen können, weil sich die Betriebserlaubnis auf den jeweiligen Standort beziehe und bei einem Ortswechsel erloschen wäre. In Schleswig-Holstein hätte sie - unstreitig - wegen nicht ausreichender Qualifikation keine eigene Betriebserlaubnis erhalten. Beim Einsatz von Vertretern habe sich die Beklagte ein Mitentscheidungsrecht vorbehalten. Sie sei in die Betriebsorganisation der Beklagten eingebunden gewesen, weil die etwa 60 Außenwohngruppen Teil der Beklagten seien. Ein unternehmerisches Risiko habe sie nicht getragen. Die zur Betreuung erforderlichen Aufwendungen seien ersetzt worden. Die Kündigung ihres Arbeitsverhältnisses sei sozial ungerechtfertigt iSv. § 1 KSchG, eine vorherige Unterrichtung des Personalrats sei nicht erfolgt. Die Kündigung sei deshalb unwirksam.

Die Klägerin hat beantragt

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien auf der Grundlage des Vertrags vom 24. Januar 1996 durch die Kündigung der Beklagten vom 4. März 2003 nicht beendet wurde.



Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, die Kündigung sei wirksam. Zwischen den Parteien habe kein Arbeitsverhältnis bestanden. Die Klägerin sei selbständig tätig gewesen. Sie habe ihre Zeit frei einteilen und über ihre Freizeit disponieren können. Die Klägerin habe die gesetzlichen Vorschriften des Jugendhilferechts beachten müssen, weitergehende Weisungen habe sie der Klägerin nicht erteilt.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts die Klage abgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Antrag weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision der Klägerin ist nicht begründet. Die Kündigung des Dienstleistungsvertrags durch die Beklagte vom 4. März 2003 zum 31. Oktober 2003 ist wirksam. Sie bedarf weder der sozialen Rechtfertigung nach § 1 KSchG noch der vorherigen Beteiligung des Personalrats. Zwischen den Parteien bestand kein Arbeitsverhältnis.

I. Arbeitnehmer ist, wer auf Grund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist (*Senat 16. Februar 2000 - 5 AZB 71/99 - BAGE 93, 310, zu II 2 b aa der Gründe; 26. September 2002 - 5 AZB 19/01 - BAGE 103, 20, 26, zu B II 1 der Gründe*). Das Arbeitsverhältnis ist ein auf den Austausch von Arbeitsleistungen und Vergütung gerichtetes Dauerschuldverhältnis. Die vertraglich geschuldete Leistung ist im Rahmen einer von Dritten bestimmten Arbeitsorganisation zu erbringen. Die Eingliederung in die fremde Arbeitsorganisation zeigt sich insbesondere darin, dass der Beschäftigte einem Weisungsrecht seines Vertragspartners (Arbeitgebers) unterliegt. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen. Arbeitnehmer ist derjenige Mitarbeiter, der nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann (*Senat 22. April 1998 - 5 AZR 342/97 - BAGE 88, 263 mwN; 19. Januar 2000 - 5 AZR 644/98 - BAGE 93, 218, zu B III 1 a der Gründe*). Selbständig ist dagegen, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann, § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB. Es sind alle Umstände des Einzelfalls in Betracht zu ziehen und in ihrer Gesamtheit zu würdigen. Der jeweilige Vertragstyp ergibt sich aus dem wirklichen Geschäftsinhalt.



Widersprechen sich Vereinbarung und tatsächliche Durchführung, ist Letztere maßgebend (*Senat 30. September 1998 - 5 AZR 563/97 - BAGE 90, 36, 47; 20. August 2003 - 5 AZR 610/02 - NZA 2004, 39, zu II der Gründe*).

II. Gemessen an diesen Grundsätzen hat die Klägerin keine weisungsgebundene Tätigkeit ausgeführt.

1. Die Klägerin war bei der inhaltlichen Ausgestaltung und Durchführung ihrer Arbeit im Wesentlichen frei von Weisungen.

a) Der Betreuung und Erziehung der Minderjährigen lag kein von der Beklagten vorgegebenes Erziehungs- oder Betreuungskonzept zugrunde, das die Klägerin hätte beachten müssen. Sie hatte bei der Gestaltung der Betreuungsarbeit nur die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen und das Kindeswohl der ihr anvertrauten Kinder und Jugendlichen zu berücksichtigen. Die Beklagte konnte der Klägerin entsprechend der Regelung unter II 2 Abs. 3 des Dienstleistungsvertrags keine konkreten Weisungen bezüglich der Betreuungs- und Erziehungsarbeit erteilen. Unstreitig hat es auch keine Weisungen der Beklagten gegeben.

b) Entgegen der Auffassung der Revision ergab sich aus § 79 Abs. 1 SGB VIII kein Weisungsrecht der Beklagten gegenüber der Klägerin. Nach dieser Bestimmung haben die Träger der öffentlichen Jugendhilfe für die Erfüllung der Aufgaben nach dem SGB VIII die Gesamtverantwortung einschließlich der Planungsverantwortung. Die Aufsichtsbehörde hat die Träger der Jugendhilfe im Rahmen der Fachaufsicht zu überwachen (*vgl. Senat 6. Mai 1998 - 5 AZR 347/97 - BAGE 88, 327, 336, zu I 2 c der Gründe*). Gem. § 46 Abs. 1 SGB VIII hat die zuständige Behörde nach erteilter Erlaubnis zum Betrieb einer Einrichtung gemäß § 45 SGB VIII nach den Erfordernissen des Einzelfalls die Voraussetzungen für die Erteilung der Erlaubnis zu überprüfen. Daraus folgt das Recht der zuständigen Behörde in Schleswig-Holstein, der Beklagten als Inhaberin der Betriebserlaubnis bei gegebener Veranlassung Weisungen und Auflagen zu erteilen. Die Klägerin hätte nach V 4 des Dienstleistungsvertrags Auflagen der Aufsichtsbehörde erfüllen müssen. Aus der Verpflichtung, Auflagen der Aufsichtsbehörde zu erfüllen, ergibt sich jedoch keine arbeitsrechtliche Weisungsabhängigkeit der Klägerin gegenüber der Beklagten. Die Pflicht, öffentlich-rechtlichen Anordnungen der Aufsichtsbehörde im Jugendhilferecht nachzukommen, trifft jedermann. Sie ist deshalb kein Merkmal arbeitsvertraglicher Weisungsgebundenheit. Soweit sich aus dem Se-



natsurteil vom 6. Mai 1998 (- 5 AZR 347/97 - aaO) etwas anderes ergibt, hält der Senat daran nicht fest.

c) Eine Weisungsabhängigkeit der Klägerin ergibt sich auch nicht aus der vereinbarten Berichtspflicht der Klägerin. Sie hatte nicht laufend, sondern - von besonderen Anlässen abgesehen - nur einmal jährlich über das Wohlergehen der von ihr betreuten Minderjährigen und die weitere Erziehungsplanung zu berichten (Nr. 6 des Anhangs zum Dienstleistungsvertrag). Die Berichte dienten der Beklagten damit nicht als Grundlage für die Ausübung eines arbeitsrechtlichen Weisungsrechts. Die Beklagte hat mit der vereinbarten Berichtspflicht vielmehr sichergestellt, über die wesentliche Entwicklung der Kinder und Jugendlichen informiert zu werden, für deren Erziehung und Betreuung sie nach dem SGB VIII verantwortlich war.

d) Aus der vertraglich vereinbarten Rechnungslegungspflicht für die von der Beklagten erbrachten Aufwendungsersatzleistungen folgt gleichfalls keine persönliche Abhängigkeit der Klägerin. Die Verpflichtung, über die Verwendung von Aufwendungsersatzleistungen Rechnung zu legen, ist kein Merkmal eines Arbeitsverhältnisses, sondern eine allgemeingültige Verpflichtung in den unterschiedlichsten Vertragsverhältnissen.

2. Die Klägerin konnte sich ihre Arbeitszeit im Wesentlichen frei einteilen.

a) Die Klägerin war nicht an sieben Tagen in der Woche 24 Stunden für die Beklagte tätig. Die von ihr vertraglich übernommene Verpflichtung, in einer Außenwohngruppe Minderjährige zu betreuen und erziehen, war der vertragliche Rahmen, innerhalb dessen die Klägerin ihre Dienstpflichten zu erfüllen hatte. In diesem Rahmen konnte die Klägerin frei von Weisungen der Beklagten entscheiden, wann sie notwendige Hausarbeiten verrichten, die Wohnung reinigen, Wäsche waschen, Mahlzeiten zubereiten, diese mit den betreuten Kindern einnehmen, mit ihnen spielen, Ausflüge unternehmen oder Schulaufgaben der Kinder kontrollieren wollte. Dass sich die Klägerin insoweit an den Bedürfnissen der von ihr betreuten Kinder und Jugendlichen zu orientieren hatte, führt nicht zur Annahme einer zeitlichen Weisungsgebundenheit. Die Klägerin hatte auch unter Berücksichtigung der Belange der Kinder Spielräume, die sie für eigene Aktivitäten nutzen konnte. Die Beklagte hat der Klägerin keine Vorgaben und Weisungen zur Zeiteinteilung gemacht. Sie konnte vielmehr ihre individuellen Vorstellungen verwirklichen.



b) Eine persönliche Abhängigkeit der Klägerin ergibt sich des Weiteren nicht aus der von der Klägerin geltend gemachten Beschränkung der Urlaubszeit auf die Schulferien. Angesichts einer gewöhnlichen Ferienzeit von nahezu drei Monaten Dauer liegt hierin keine wesentliche Beschränkung in der Arbeitszeitgestaltung. Hinzu kommt, dass die Klägerin auch die Möglichkeit hatte, Vertreter zu beschäftigen.

3. Die Klägerin unterlag auch bei der Ortswahl für die Außenwohngruppe keinen wesentlichen Weisungen der Beklagten.

a) Nach II 1 Abs. 2 des Dienstleistungsvertrags war zwischen der Klägerin und der Beklagten über den Wohnort der Außenwohngruppe Einvernehmen zu erzielen. Schon dies spricht gegen ein einseitiges Weisungsrecht der Beklagten. Durch das im Dienstleistungsvertrag geforderte Einvernehmen sollte im Übrigen nur sichergestellt werden, dass die Kinder und Jugendlichen den gesetzlichen Vorgaben entsprechend betreut werden.

b) Für die Beurteilung der persönlichen Abhängigkeit ist entgegen der Auffassung der Revision unerheblich, dass die Beklagte und nicht die Klägerin die Erlaubnis zum Betrieb der Außenwohngruppe nach § 45 SGB VIII hatte und die Klägerin in Schleswig-Holstein wegen mangelnder Qualifikation keine Betriebserlaubnis erhalten hätte. Hieraus kann die Klägerin nicht herleiten, weisungsgebunden gewesen zu sein. Es kommt nicht darauf an, ob die Klägerin innerhalb Schleswig-Holsteins an einem anderen Ort eine Außenwohngruppe gründen konnte. Entscheidend ist vielmehr, dass die Beklagte nach der vertraglichen Vereinbarung die Klägerin nicht einseitig anweisen konnte, eine Außenwohngruppe an einem anderen als dem vereinbarten Ort zu leiten.

4. Die Klägerin war nicht in die Arbeitsorganisation der Beklagten eingebunden.

a) Die Klägerin musste sich nicht bei der Beklagten zur Arbeit an- oder abmelden. Sie war nicht in arbeitsorganisatorische Vertretungs- oder Urlaubsregelungen der Beklagten eingebunden und hatte keinen Vorgesetzten, dem sie Urlaubswünsche oder Arbeitsunfähigkeit hätte anzeigen müssen. Ein etwaiges Fernbleiben von den Besprechungen des Arbeitskreises „Außenwohngruppen“ wäre für die Klägerin folgenlos geblieben. Auch insoweit bestand für die Klägerin gegenüber der Beklagten keine feste Bindung.



b) Für die arbeitsrechtliche Beurteilung der Eingliederung in die Organisation der Beklagten ist das von der Revision angezogene Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. Februar 1994 (- 5 C 24.92 - BVerwGE 95, 149) unergiebig. Nach dieser Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts gehören Außenwohngruppen organisatorisch zu den Räumlichkeiten der Einrichtung iSv. § 100 Abs. 1 BSHG, die die Maßnahme der Sozialhilfe durchführt. Deshalb haben die Kostenträger für in Außenwohngruppen gewährte Hilfen die Kosten zu tragen. Aus der sozialrechtlichen Kostentragungspflicht können jedoch keine Schlüsse auf die arbeitsrechtliche Eingliederung der Klägerin in die Arbeitsorganisation der Beklagten gezogen werden.

5. Gegen die Annahme eines Arbeitsverhältnisses spricht, dass die Klägerin nach III 6 und 7 des Dienstleistungsvertrags Hauswirtschaftshilfen und Vertreter einsetzen konnte und die Kosten hierfür von der Beklagten getragen wurden. Nach der vertraglichen Vereinbarung war die Klägerin bei der Auswahl des Vertreters weitgehend frei. Die unter III 7 des Dienstleistungsvertrags geforderte Angabe des Namens des Vertreters rechtfertigt sich nach § 47 Abs. 1 Nr. 1 SGB VIII, wonach der Träger einer erlaubnispflichtigen Einrichtung der zuständigen Behörde die Namen der Betreuungskräfte unverzüglich anzuzeigen hat. Die Klägerin war deshalb nicht uneingeschränkt zur persönlichen Leistungserbringung verpflichtet, was jedoch grundsätzlich ein wesentliches Merkmal eines Arbeitsverhältnisses ist (*hierzu Senat 4. Dezember 2002 - 5 AZR 667/01 - AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 115 = EzA BGB 2002 § 611 Arbeitnehmerbegriff Nr. 2, zu I 1 der Gründe mwN*).

6. Für den Arbeitnehmerstatus ist das von den Parteien und den Vorinstanzen ausführlich erörterte unternehmerische Risiko der Klägerin unerheblich. Arbeitnehmer und Selbständige unterscheiden sich nach dem Grad der persönlichen Abhängigkeit. An die Stelle der persönlichen Abhängigkeit kann beim Selbständigen im Einzelfall eine wirtschaftliche Abhängigkeit vom Vertragspartner treten, die den Selbständigen als arbeitnehmerähnliche Person erscheinen lässt (*Senat 26. September 2002 - 5 AZB 19/01 - BAGE 103, 20, 30, zu III 1 der Gründe mwN*). Bei der Feststellung der wirtschaftlichen Abhängigkeit sind auch wirtschaftliche Gestaltungsmöglichkeiten und unternehmerische Risiken zu berücksichtigen, nicht aber bei der persönlichen Abhängigkeit.

7. Eine Gesamtbetrachtung aller Umstände macht deutlich, dass die Klägerin nach den getroffenen Vereinbarungen und deren Durchführung die Außenwohngruppe



selbständig geleitet hat. Die Klägerin war nicht Arbeitnehmerin der Beklagten. Die Beklagte konnte deshalb den Dienstleistungsvertrag ohne vorherige Beteiligung des Personalrats und ohne das Erfordernis der sozialen Rechtfertigung nach § 1 KSchG wirksam kündigen.

III. Die Klägerin hat gem. § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten der Revision zu tragen.

Müller-Glöge

Mikosch

Linck

Dr. Müller

Reinders

