

# MATERIALIEN ZU FRÜHEN HILFEN

8

## EXPERTISE

**Rechtsgutachten zu rechtlichen Fragestellungen  
im Zusammenhang mit dem Einsatz von  
Familienhebammen und Familien-Gesundheits-  
und Kinderkrankenpflegerinnen und -pflegern**

Erstellt im Auftrag des Nationalen  
Zentrums Frühe Hilfen



EXPERTISE

# MATERIALIEN ZU FRÜHEN HILFEN

Rechtsgutachten zu rechtlichen Fragestellungen  
im Zusammenhang mit dem Einsatz von  
Familienhebammen und Familien-Gesundheits-  
und Kinderkrankenpflegerinnen und -pflegern

Erstellt im Auftrag des Nationalen  
Zentrums Frühe Hilfen

Prof. Dr. Harald Horschitz  
Dr. Thomas Meysen  
Prof. Dr. Torsten Schaumberg  
Lydia Schönecker  
David Seltmann

# INHALT

## TEIL 1: GEMEINSAMES VORKAPITEL:

**FAMILIENHEBAMMEN UND FAMILIEN-  
GESUNDHEITS- UND KINDERKRANKEN-  
PFLEGERINNEN UND -PFLEGER (FGKIKP)  
– HILFEN OHNE GESETZLICHE HEIMAT** 6

**A. BRÜCKENANGEBOTE ZWISCHEN GESUNDHEITSSYSTEM  
UND KINDER- UND JUGENDHILFE** 8

**B. LEISTUNGEN IM BEREICH SEKUNDÄRER PRÄVENTION** 11

**C. FAMILIENHEBAMMEN UND FGKIKP IM  
SOZIALRECHTLICHEN DREIECKSVERHÄLTNIS** 13

**D. QUERSCHNITTSLEISTUNGEN OHNE  
GESETZLICHE VERORTUNG** 15

**TEIL 2: ARBEITS-, SOZIALVERSICHERUNGS-,  
UMSATZSTEUERRECHTLICHE FRAGEN** 18

**A. ARBEITSRECHTLICHE EINORDNUNGEN** 20

**B. SOZIALVERSICHERUNGSPFLICHTEN** 37

**C. UMSATZSTEUERRECHTLICHE EINORDNUNGEN** 45

<b>TEIL 3: SOZIALRECHTLICHE FRAGEN</b>	<b>54</b>
A. ANGEBOTE ALS LEISTUNGEN DER KRANKENVERSICHERUNG NACH DEM SGB V	59
B. ANGEBOTE ALS AUFGABEN DES ÖFFENTLICHEN GESUNDHEITSDIENSTES	74
C. ANGEBOTE ALS LEISTUNGEN DER KINDER- UND JUGENDHILFE	85
D. ANGEBOTE ALS FREIWILLIGE KOMMUNALE AUFGABEN/LEISTUNGEN	94
E. AUSWIRKUNGEN »GEMISCHTER LEISTUNGSERBRINGUNG«	98
F. EINBINDUNG VON FAMILIENHEBAMMEN UND FGKIKP IN DEN SCHUTZAUFTRAG	103
G. FAMILIENHEBAMMEN UND FGKIKP ALS BERUFSGEHEIMNISTRÄGER	106
<b>TEIL 4: HAFTUNGSFRAGEN BEI DER TÄTIGKEIT VON FAMILIENHEBAMMEN UND FAMILIEN- GESUNDHEITS- UND KINDERKRANKEN- PFLEGERINNEN UND -PFLEGERN (FGKIKP)</b>	<b>118</b>
A. HAFTUNG UND HAFTPFLICHTVERSICHERUNG	120
B. FRAGESTELLUNGEN AUS DER PRAXIS	127
<b>LITERATURVERZEICHNIS</b>	<b>138</b>



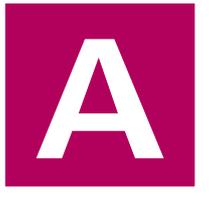
## **GEMEINSAMES VORKAPITEL:**

# **FAMILIENHEBAMMEN UND FAMILIEN-GESUNDHEITS- UND KINDERKRANKENPFLEGERINNEN UND -PFLEGER (FGKIKP) – HILFEN OHNE GESETZLICHE HEIMAT**

**Lydia Schönecker, Torsten Schaumberg, Thomas Meysen**

<b>A. BRÜCKENANGEBOTE ZWISCHEN GESUNDHEITSSYSTEM UND KINDER- UND JUGENDHILFE</b>	<b>8</b>
<b>B. LEISTUNGEN IM BEREICH SEKUNDÄRER PRÄVENTION</b>	<b>11</b>
<b>C. FAMILIENHEBAMMEN UND FGKIKP IM SOZIALRECHTLICHEN DREIECKSVVERHÄLTNIS</b>	<b>13</b>
<b>D. QUERSCHNITTSLEISTUNGEN OHNE GESETZLICHE VERORTUNG</b>	<b>15</b>





# BRÜCKENANGEBOTE ZWISCHEN GESUNDHEITSSYSTEM UND KINDER- UND JUGENDHILFE

Frühe Hilfen sind u.a. von der besonderen Idee der Verschränkung von Gesundheits- und Kinder- und Jugendhilfe geprägt. Dahinter steht die Erkenntnis, dass Eltern rund um die Geburt und in den ersten Lebensjahren ihres Kindes deutlich regelhafter im Kontakt mit der Gesundheitshilfe stehen, familienfördernde und -unterstützende Hilfen jedoch durch die Kinder- und Jugendhilfe angeboten werden.

Um die Verschränkung der Angebote aus verschiedenen Leistungssystemen zu erreichen, wird spätestens seit den Initiativen zur Stärkung des Systems Frühe Hilfen der Vorteil besonderer »Brückenangebote« erkannt. Solche sind vor allem darauf angelegt, die im Hilfesystem außerhalb der Kinder- und Jugendhilfe (hier Gesundheitshilfe) gewonnenen Vertrauensbeziehungen zu den Familien positiv zu nutzen, um die Kinder und ihre Erziehungspersonen bei Bedarf längerfristig zu begleiten und/oder ihnen ggf. auch den Zugang zu weiteren Hilfeangeboten, insbesondere aus der Kinder- und Jugendhilfe, zu ermöglichen bzw. zu erleichtern.

Als solche besonderen Brückenangebote im System Früher Hilfen werden in der Praxis die Leistungen der **Familienhebamme oder der Familien-Gesundheits- und Kinderkrankenpfleger/-innen (FGKiKP)** eingesetzt.

Nach zwischenzeitlicher Suche nach einer allgemeingültigen Definition der Tätigkeit von **Familienhebammen** scheint sich nunmehr eine weithin akzeptierte Beschreibung herausgebildet zu haben, die auch den folgenden Expertisen zugrunde gelegt werden soll. Als examinierte Hebamme mit einer Zusatzqualifikation liegt der Schwerpunkt ihrer Arbeit

»auf der *physischen* und *psychosozialen* Beratung und *Betreuung* von (werdenden) Müttern und Vätern sowie anderen primären Bezugspersonen und deren Säuglingen. Es handelt sich um eine aufsuchende Tätigkeit in *Familien mit erhöhtem Unterstützungsbedarf*. Die *interdisziplinäre Zusammenarbeit* mit anderen Institutionen und Berufsgruppen ist wesentlicher Bestandteil der Familienhebammenarbeit.

Die Tätigkeit umfasst den Zeitraum der *Schwangerschaft bis zum Ende der ersten zwölf Lebensmonate* des Säuglings. Mancherorts arbeiten Familienhebammen auch länger in den Familien, dies ist aber eher die Ausnahme.«<sup>1</sup>

Sehr ähnliche Tätigkeitsschwerpunkte ergeben sich für **Familien-Gesundheits- und Kinderkrankenpfleger/-innen (FGKiKP)**, die nach einem qualifizierten Berufsabschluss in der *Gesundheits- und Kinderkrankenpflege eine entsprechende Fortbildung* absolviert haben:

»Der Schwerpunkt der Arbeit von FGKiKP in den Frühen Hilfen liegt in der psychosozialen Beratung und Betreuung von Müttern und Vätern sowie anderen primären Bezugspersonen und deren Säuglingen und Kleinkindern. Noch stärker als in der grundständigen Tätigkeit der Gesundheits- und Kinderkrankenpflege ist die Tätigkeit auf die Förderung von Kompetenzen der Eltern in der Versorgung ihrer Kinder ausgerichtet. Dazu zählt auch die Förderung der Gesundheit der Eltern, die Voraussetzung dafür ist, gut für ihre Kinder zu sorgen.«<sup>2</sup>

Die jeweiligen Zusatzqualifikationen sollen sowohl die Hebamme als auch die Kinderkrankenpflegerin dazu befähigen, Eltern und Familien mit besonderen Belastungen zu unterstützen, mit Informationen und Anleitung zu Pflege, Ernährung, Entwicklung und Förderung des Kindes den Familienalltag auf das Leben mit Kind umzustellen. Dabei kommen die in der Kinderkrankenpflege ausgebildeten FGKiKP mit ihren pflegerischen Kompetenzen insbesondere dort zum Einsatz, wo das Kind aufgrund seiner physischen Verfassung besondere Fürsorgeanforderungen an seine Eltern stellt, u.a. in Familien mit behinderten oder chronisch kranken Kindern, Frühgeborenen, Kindern mit Regulationsstörungen und bei anderweitig belastenden Lebenssituationen. Wenn die Hilfe bereits während der Schwangerschaft beginnt, kommen Familienhebammen zum Einsatz. Mit diesen Beispielen aus dem Aufgabenspektrum von

1 So ausdrücklich im »Kompetenzprofil Familienhebammen«, 9, das unter Mitwirkung verschiedener Expertinnen und Experten vom NZFH erstellt wurde.

2 So ausdrücklich im »Kompetenzprofil Familien-Gesundheits- und Kinderkrankenpflegerinnen und -pfleger in den Frühen Hilfen«, 10, das ebenfalls unter Mitwirkung verschiedener Expertinnen und Experten vom NZFH erstellt wurde.

Familienhebammen und FGKiKP sind die wichtigsten Unterschiede zwischen beiden Berufsgruppen bereits genannt, deren Schnittmengen in ihrer Tätigkeit in den Frühen Hilfen allerdings deutlich größer sind als die Unterschiede.<sup>3</sup>

Entscheidendes gemeinsames Wesensmerkmal beider Angebote ist, dass Familienhebammen wie auch FGKiKP mit ihrem spezifischen Zugang und Hilfeauftrag als Professionelle aus dem Gesundheitsbereich tätig sind. Als solche verfügen sie bereits aus ihrer grundständigen Ausbildung über Kompetenzen hinsichtlich der psychosozialen Unterstützung von Frauen rund um die Geburt, die aber nicht ausreichen für ihre Aufgaben in den Frühen Hilfen in der Arbeit mit belasteten Familien und insofern erweitert werden.<sup>4</sup>

3 NZFH, Kompetenzprofil Familien-Gesundheits- und Kinderkrankenpflegerinnen und -pfleger in den Frühen Hilfen, 10.

4 NZFH, Der Einsatz von Familienhebammen in Netzwerken Früher Hilfen, 11.

**B**

## LEISTUNGEN IM BEREICH SEKUNDÄRER PRÄVENTION

Die Gesetzesbegründung<sup>5</sup> zur (Legal-)Definition »Früher Hilfen« in § 1 Abs. 4 KKG lehnt sich an die Begriffsbestimmung des Wissenschaftlichen Beirats des NZFH<sup>6</sup> an und greift daraus u.a. Folgendes zur Bestimmung »Früher Hilfen« auf:

»Grundlegend sind Angebote, die sich an alle (werdenden) Eltern mit ihren Kindern im Sinne der Gesundheitsförderung richten (universelle/primäre Prävention). Darüber hinaus wenden sich Frühe Hilfen insbesondere an Familien in Problemlagen (selektive/sekundäre Prävention). Frühe Hilfen tragen in der Arbeit mit den Familien dazu bei, dass Risiken für das Wohl und die Entwicklung des Kindes frühzeitig wahrgenommen und reduziert werden.«

Die Arbeit von Familienhebammen und FGKiKP wird in diesem Sinne in den Frühen Hilfen in der sekundären Prävention gesehen, da sie u.a. durch das Prinzip der freiwilligen Inanspruchnahme der Leistungen geprägt ist und z.B. Informationsweitergaben nur mit Einverständnis der Familie bzw. beim Vorliegen gewichtiger Anhaltspunkte für eine Kindeswohlgefährdung zulässig sind.<sup>7</sup>

Im Bereich der tertiären Prävention, d.h. im Hilfebereich der Abwendung von drohenden bzw. akuten Kindeswohlgefährdungen (also außerhalb der Frühen Hilfen), sollten Familienhebammen und FGKiKP hingegen – wenn überhaupt – allenfalls im Tandem und in enger Absprache mit einer hauptverantwortlichen Fachkraft der Jugendhilfe zum Einsatz kommen.<sup>8</sup>

Den nachfolgenden Expertisen und den darin vorgenommenen rechtlichen Einordnungen wird jedoch in bewusster Anlehnung an das Begriffsverständnis Früher Hilfen des NZFH ausschließlich der Einsatz von Familienhebammen bzw. FGKiKP im Bereich der primären und sekundären Prävention zugrunde gelegt. Der Einsatz von Familienhebammen und FGKiKP als Hilfen zur Erziehung ist daher nur mit Einschränkungen möglich.<sup>9</sup>

5 BT-Drucks. 17/6256, 17.

6 Zu finden unter [www.fruehehilfen.de/fruehe-hilfen/was-sind-fruehe-hilfen/?L=0](http://www.fruehehilfen.de/fruehe-hilfen/was-sind-fruehe-hilfen/?L=0) (letzter Aufruf: 06.05.2015)

7 So ausdrücklich in NZFH, Kompetenzprofil Familienhebammen, 10, sowie NZFH, Kompetenzprofil Familien-Gesundheits- und Kinderkrankenpflegerinnen und -pfleger in den Frühen Hilfen, 11.

8 Ebenso NZFH, Kompetenzprofil Familienhebammen, 10.

9 Vgl. dazu ausführlich im Teil 3, Sozialrechtliche Fragen, Kap. C, III. und IV.

**C**

**FAMILIENHEBAMMEN UND FGKIKP  
IM SOZIALRECHTLICHEN  
DREIECKSV ERHÄLTNIS**

Am Einsatz von Familienhebammen und FGKiKP sind im Regelfall drei unterschiedliche Parteien beteiligt. An erster Stelle ist hier die Familie zu nennen, innerhalb derer die Familienhebamme bzw. FGKiKP tätig ist. Eine weitere Partei ist die Familienhebamme bzw. FGKiKP selbst. Hinzu kommt im Regelfall eine Institution, die den Einsatz der Familienhebamme koordiniert, finanziert und die ggf. auch über die Gewährung als Leistung entscheidet. Diese Institution, die die Familienhebamme bzw. FGKiKP entweder bei sich anstellt oder als selbstständig Tätige beauftragt, kann ein Jugendamt, ein freier Träger der Jugendhilfe oder auch das Gesundheitsamt sein.

Zwischen diesen Parteien besteht ein vertragliches Beziehungsgeflecht, das im Wesentlichen davon abhängig ist, wie die Familienhebamme durch eine der o.g. Institutionen eingesetzt wird.

Der Einsatz von Familienhebammen verläuft vielfach so, dass die Familie die Familienhebamme bzw. FGKiKP mit der Dienstleistung beauftragt und die Vergütung zwischen der beauftragenden Institution (Jugendamt, freier Träger oder Gesundheitsamt) und der Familienhebamme bzw. FGKiKP geregelt wird. Damit werden die Leistungen von Dritten, d.h. durch die Familienhebamme bzw. FGKiKP und nicht durch das Jugendamt, den freien Träger oder das Gesundheitsamt selbst, gegenüber den Leistungsberechtigten erbracht.

Im Sozialrecht wird dieses Beziehungsgeflecht zwischen den Leistungsberechtigten, den Leistungsträgern und den Leistungserbringern als das **sozialrechtliche Dreiecksverhältnis** bezeichnet.<sup>10</sup> In diesem Dreiecksverhältnis sind:

- die Rechtsbeziehungen zwischen **Leistungsberechtigten** (Eltern) und **Leistungsträgern** (Träger der öffentlichen Jugendhilfe, Träger der Sozialhilfe, Krankenkasse etc.) **öffentlich-rechtlich** ausgestaltet. Hier gilt das jeweilige Sozialleistungsrecht.<sup>11</sup>

- Daneben bestehen Rechtsverhältnisse zwischen den **Leistungsberechtigten** (Eltern) und den **Leistungserbringern** (Familienhebammen und FGKiKP). Diese Rechtsbeziehungen, die dadurch gekennzeichnet sind, dass sich die Leistungsberechtigten den Leistungserbringer im Rahmen ihres Wunsch- und Wahlrechts aussuchen, sind **privatrechtlich** ausgestaltet.<sup>12</sup> Verträge, die zwischen den Beteiligten abgeschlossen werden, sind daher ebenfalls privatrechtlich.<sup>13</sup>
- Die Rechtsverhältnisse zwischen den **Leistungsträgern** (Träger der öffentlichen Jugendhilfe, Träger der Sozialhilfe, Krankenkassen etc.) und den **Leistungserbringern** (Familienhebammen, FGKiKP) können hingegen sowohl **öffentlich-rechtlich** als auch **privatrechtlich** geprägt sein.<sup>14</sup>

10 Vgl. zu den Einzelheiten Münder, in: Münder u.a., Handbuch Kinder- und Jugendhilferecht, Kap. 5.1.3 Rn 12 ff.

11 Münder, in: ders. u.a., Handbuch Kinder- und Jugendhilferecht, Kap. 5.1.3.2 Rn 16.

12 Münder, in: ders. u.a., Handbuch Kinder- und Jugendhilferecht, Kap. 5.1.3.2 Rn 17.

13 VG Gelsenkirchen 12.01.2004, 19 K 3927/02.

14 Ob dieser Vertrag öffentlich-rechtlich oder aber privatrechtlich ausgestaltet ist, hat für die Statusfeststellung in arbeitsrechtlicher Hinsicht entscheidende Bedeutung; vgl. Teil 2, Arbeits-, sozialversicherungs-, umsatzsteuerrechtliche Fragen, Kap. I.1.

**D**

## **QUERSCHNITTSLEISTUNGEN OHNE GESETZLICHE VERORTUNG**

Trotz aller bereits erkannten positiven Erkenntnisse fehlen für eine solche **Kombination von Leistungsinhalten** bislang jegliche gesetzliche Grundlagen, sodass von einer (sozial-)rechtlichen Heimatlosigkeit dieser Hilfeangebote gesprochen werden kann.<sup>15</sup>

Grundsätzlich erscheinen verschiedene Zuordnungen denkbar:

Der umfassende Gesundheitsbegriff der Weltgesundheitsorganisation (WHO) legt die Verortung dieser Angebote im Bereich der Zuständigkeit der Krankenkassen nach dem SGB V nahe (dazu genauer unter **Teil 3, A.**). Auch die in den Gesetzen des öffentlichen Gesundheitsdienstes (ÖGDG) beschriebenen allgemeinen, z.T. gerade mit Blick auf Familien und Kinder sogar ausdrücklich zugewiesenen Beratungs- und Unterstützungsaufgaben im Bereich der Gesundheitsförderung und Prävention ermöglichen regelmäßig eine Leistungserbringung in diesem Rahmen (dazu genauer unter **Teil 3, B.**). Ebenso kann – je nach konkreten Leistungsinhalten – eine Zuordnung zum Leistungskanon des SGB VIII in Betracht kommen (dazu unter **Teil 3, C.**). Doch besteht derzeit keine gesetzliche Verbindlichkeit, sodass die Leistungen von den jeweiligen Systemen nicht zwingend vorgehalten werden müssen, die Entscheidung zur Zuordnung in das eine oder andere System jeweils auf freiwilliger Basis erfolgt und auch ein Angebot als freiwillige Leistung der kommunalen Daseinsvorsorge in Betracht kommt (dazu unter **Teil 3, D.**).

Für Familienhebammen sowie FGKiKP ist diese fehlende gesetzliche Verortung mit vielfältigen Unsicherheiten verbunden, nicht zuletzt auch im Hinblick auf ihre Finanzierung. Da Familienhebammen und FGKiKP in den gesetzlichen Leistungskatalogen nicht aufgeführt sind, wurden sie in den letzten Jahren vielfach aus Projektmitteln finanziert. Ihr Einsatz im System der Frühen Hilfen war insbesondere von kommunal- und landespolitischen Entscheidungen getragen.

Auch die mit dem Bundeskinderschutzgesetz 2012 ins Leben gerufene Bundesinitiative (§ 3 Abs. 4 S. 2 KKG), im Rahmen derer der Bund – auf vier Jahre befristet –

u.a. zum Einsatz von Familienhebammen und FGKiKP Mittel zur Verfügung stellt, und die sich anschließende Einrichtung eines Bundesfonds (§ 3 Abs. 4 S. 3 KKG), sind letztlich lediglich eine Kompensation für die nach wie vor fehlenden gesicherten gesetzlichen Finanzierungsgrundlagen für diese Leistungen.<sup>16</sup> Im Rahmen des Bundeskinderschutzgesetzes haben sich weder das Bundesministerium für Gesundheit noch die Krankenkassen am Gesetzgebungsprozess beteiligt, sodass die Verankerung einer Regelfinanzierung über das Gesundheitssystem nicht zustande kam.

Weder bundesgesetzlich noch (untergesetzlich) in der Verwaltungsvereinbarung »Bundesinitiative Netzwerke Frühe Hilfen und Familienhebammen 2012-2015« (VV Bundesinitiative) ist daher festgelegt, welchem rechtlichen System die Familienhebammen/FGKiKP zuzuordnen sind. Vielmehr findet die Offenheit in Bezug auf die Einordnung des Angebots Familienhebamme/FGKiKP auch in Art. 1 Abs. 2 VV Bundesinitiative ihre Entsprechung, indem dort ausdrücklich festgehalten ist, dass die Bundesinitiative insbesondere auch dazu dient, »für Bund und Länder übergreifende Erkenntnisse [...] hinsichtlich [...] der Einsatzmöglichkeiten, der Anbindung und der Funktion von Familienhebammen und vergleichbaren Berufsgruppen aus dem Gesundheitsbereich« zu erbringen, um dann diese Ergebnisse »mit Blick auf die Notwendigkeit der weiteren Ausgestaltung gesetzgeberischer Regelungen und die Überprüfung von bestehenden Gesetzen unter besonderer Berücksichtigung der Verschränkung von Kinder- und Jugendhilfe und Gesundheitswesen« auszuwerten.

Mit den derzeit in § 3 Abs. 4 KKG festgelegten Zuwendungen ist aus rechtlicher Perspektive jedenfalls keine Zuordnung in ein Leistungssystem erfolgt, sondern eine alternative – derzeit projektbezogene – mehr oder weniger freischwebende Sonderfinanzierung geregelt.

Entscheiden sich Familienhebammen bzw. FGKiKP trotz dieser Unsicherheiten im Hinblick auf ihre Vergütungssituation dafür, Leistungen im Bereich der Frühen Hilfen zu erbringen, stoßen sie sowie die potenziell in Betracht kommenden Leistungsträger aufgrund dieser

<sup>15</sup> Dies für die Familienhebammen differenziert ausführend und nach wie vor aktuell Meysen/Schönecker FamRZ 2008, 1498.

<sup>16</sup> Meysen/Eschelbach, Das neue Bundeskinderschutzgesetz, Kap. 2 Rn 66.

gesetzlichen Heimatlosigkeit auch in ihrer praktischen Arbeit auf eine Vielzahl rechtlicher Fragestellungen, die Gegenstand der folgenden Expertisen sein sollen und, soweit naheliegend, im Kontext der jeweiligen Zuordnung zum Leistungssystem beantwortet werden.

Die nachfolgenden Ausarbeitungen (Teile 2 bis 4) beantworten Praxisfragen, die zu Beginn der Umsetzung der Bundesinitiative Netzwerke Frühe Hilfen und Familienhebammen aufgekomen sind und vom Nationalen Zentrum Frühe Hilfen gesammelt wurden. Das NZFH hat drei Expertisen beauftragt, die mit dieser Veröffentlichung auch für die Praxis nutzbar gemacht werden sollen:

- In Teil 2 erläutert Prof. Dr. Torsten Schaumberg (Hochschule Nordhausen, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeits- und Sozialrecht) die Antworten auf arbeits-, sozialversicherungs- und steuerrechtliche Fragen der Praxis.
- In Teil 3 widmen sich Lydia Schönecker, David Seltmann und Dr. Thomas Meysen (Deutsches Institut für Jugendhilfe und Familienrecht e.V., DIJuF) den sozialleistungsrechtlichen Fragen, untersuchen die Möglichkeiten der gesetzlichen Einordnung, der Einbindung in den Schutzauftrag bei Kindeswohlgefährdung und gehen den datenschutzrechtlichen Vorgaben nach.
- In Teil 4 beantwortet Prof. Dr. Harald Horschitz (Hochschule Ludwigsburg, Rechtsanwalt) Fragen zu Haftung und Haftpflichtversicherungsschutz im Rahmen der Tätigkeit als Familienhebamme oder als FGKiKP.

# 2

## ARBEITS-, SOZIALVERSICHERUNGS-, UMSATZSTEUERRECHTLICHE FRAGEN

Torsten Schaumberg

<b>A. ARBEITSRECHTLICHE EINORDNUNGEN</b>	<b>20</b>
<b>I. ALLGEMEINE GRUNDSÄTZE ZUR BESTIMMUNG DES         ARBEITSRECHTLICHEN STATUS VON ARBEITNEHMERINNEN         UND ARBEITNEHMERN BZW. SELBSTSTÄNDIGEN</b>	<b>21</b>
1. Privatrechtlicher Vertrag	22
2. Persönliche Abhängigkeit	22
3. Sozialversicherungsrechtliche Abgrenzung von Beschäftigung und Selbstständigkeit	26
<b>II. ANWENDUNG DER GRUNDSÄTZE AUF FAMILIENHEBAMMEN UND FGKIKP</b>	<b>27</b>
1. Erfordernis eines privatrechtlichen Vertrags – Einfluss des jugendhilferechtlichen Dreiecksverhältnisses	27
2. Indizien für eine selbstständige Tätigkeit	29
3. Indizien für eine unselbstständige Tätigkeit	31
4. Praxisbeispiele zum unterschiedlichen Status von Familienhebammen/FGKiKP, Vertragsmuster und Checkliste	33
<b>B. SOZIALVERSICHERUNGSPFLICHTEN</b>	<b>37</b>
<b>I. VON FREIBERUFLICH TÄTIGEN FAMILIENHEBAMMEN UND FGKIKP</b>	<b>38</b>
1. Grundsätze zur Sozialversicherungspflicht von Selbstständigen	38
2. Recht der Arbeitsförderung (SGB III)	38
3. Recht der gesetzlichen Krankenversicherung (SGB V)	39
4. Recht der sozialen Pflegeversicherung (SGB XI)	39
5. Recht der gesetzlichen Rentenversicherung (SGB VI)	39
6. Recht der gesetzlichen Unfallversicherung (SGB VII)	41
<b>II. BEI ANGESTELLTER TÄTIGKEIT VON FAMILIENHEBAMMEN BZW. FGKIKP</b>	<b>42</b>

<b>III. BEI ANGESTELLTER TÄTIGKEIT AUF 450 EURO-BASIS</b>	<b>42</b>
1. Grundsätzliches zur Sozialversicherungspflicht im Rahmen einer geringfügigen Beschäftigung	42
2. Recht der Arbeitsförderung (SGB III)	43
3. Recht der gesetzlichen Krankenversicherung (SGB V)	43
4. Recht der sozialen Pflegeversicherung (SGB XI)	44
5. Recht der gesetzlichen Rentenversicherung (SGB VI)	44
6. Recht der gesetzlichen Unfallversicherung (SGB VII)	44
<b>C. UMSATZSTEUERRECHTLICHE EINORDNUNGEN</b>	<b>45</b>
<b>I. UMSATZSTEUERPFLICHT</b>	<b>46</b>
1. Grundsätzliches zur Umsatzsteuerpflicht	46
2. Umsatzsteuerpflicht von Familienhebammen	46
3. Umsatzsteuerpflicht von FGKiKP	48
4. Kleinunternehmerregelung	49
<b>II. AUSWIRKUNGEN EINER UMSATZSTEUERBEFREIUNG</b>	<b>49</b>
1. Auf Kosten der Ausbildung	49
2. Auf Referententätigkeiten im Rahmen der Ausbildung	51
<b>III. VERÄNDERUNG DER VORAUSSETZUNGEN FÜR EINE UMSATZSTEUERBEFREIUNG</b>	<b>51</b>
<b>IV. BEANTRAGUNG EINER UMSATZSTEUERBEFREIUNG</b>	<b>52</b>
<b>V. STEUERRECHTLICHE AUSWIRKUNGEN EINER MISCHFINANZIERTEN TÄTIGKEIT VON FAMILIENHEBAMMEN BZW. FGKIKP</b>	<b>53</b>



## ARBEITSRECHTLICHE EINORDNUNGEN

## I. ALLGEMEINE GRUNDSÄTZE ZUR BESTIMMUNG DES ARBEITSRECHTLICHEN STATUS VON ARBEITNERINNEN UND ARBEITNEHMERN BZW. SELBSTSTÄNDIGEN

Familienhebammen und FGKiKP erbringen Leistungen der sozialen Arbeit. Soziale Arbeit kann sowohl im Rahmen von Arbeitsverhältnissen als auch in anderen Rechtsverhältnissen (z.B. in selbstständigen Dienstverhältnissen) erbracht werden.<sup>1</sup> Dementsprechend können Familienhebammen und FGKiKP als Arbeitnehmer/-innen oder als Selbstständige tätig werden.

Eine gesetzliche Bestimmung, wann jemand als Arbeitnehmer/-in bzw. Selbstständige/-r einzuordnen ist, existiert nicht. Sofern arbeitsrechtliche Gesetze entsprechende Definitionen<sup>2</sup> enthalten, handelt es sich hierbei regelmäßig um »Scheindefinitionen«, da sie den Arbeitnehmerbegriff inhaltlich nicht definieren.

Für die Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffs ist für Rechtsprechung und das herrschende Schrifttum im Ausgangspunkt immer noch die Begrifflichkeit maßgebend, dass Arbeitnehmer/-in ist, »*wer auf Grund eines privatrechtlichen Vertrages zur Arbeit im Dienst eines anderen verpflichtet ist*«. Die Definition ist weitgehend anerkannt, jedoch unvollkommen, denn sie deckt nicht die Maßstäbe auf, nach denen der Arbeitsvertrag vom sonstigen Dienstvertrag zu unterscheiden ist, in welchem Maße also die Arbeitsleistung selbstständig oder unselbstständig sein soll, damit davon gesprochen werden kann, die/der Arbeitsleistende stehe im Dienst eines anderen.<sup>3</sup>

Aus diesem Grund hat die Rechtsprechung, insbesondere das Bundesarbeitsgericht (BAG), Grundsätze entwickelt, die es der Praxis ermöglichen sollen, anhand konkreter Vorgaben die Einordnung einer Tätigkeit als selbstständig bzw. nicht selbstständig vorzunehmen. Dabei ist von Bedeutung,

dass den in der höchst- und obergerichtlichen Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen im Arbeitsrecht erhebliche Bedeutung zukommt, da gerade arbeitsrechtliche Statusfragen im Wesentlichen Richterrecht sind.

Arbeitnehmer/-in ist demnach, wer aufgrund eines *privatrechtlichen Vertrags* im Dienste eines *anderen* zur Leistung *weisungsgebundener, fremdbestimmter* Arbeit in *persönlicher Abhängigkeit* verpflichtet ist.<sup>4</sup> 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 die/der Beschäftigte einem Weisungsrecht seines Vertragspartners (Arbeitgebers) unterliegt.<sup>5</sup> Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen. Arbeitnehmer/-in ist die-/derjenige Mitarbeiter/-in, die/der nicht im Wesentlichen frei ihre/seine Tätigkeit gestalten und ihre/seine Arbeitszeit bestimmen kann.<sup>6</sup>

Der jeweilige Vertragstyp ergibt sich aus dem wirklichen Geschäftsinhalt. Die zwingenden gesetzlichen Regelungen für Arbeitsverhältnisse können nicht dadurch abbedungen werden, dass die Parteien ihrem Arbeitsverhältnis eine andere Bezeichnung geben.<sup>7</sup> Der objektive Geschäftsinhalt ist den ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen und der praktischen Durchführung des Vertrags zu entnehmen. Widersprechen sich Vereinbarung und tatsächliche Durchführung, ist Letztere maßgebend.<sup>8</sup> Wenn allerdings die vertraglich vereinbarte Tätigkeit typologisch sowohl in einem Arbeitsverhältnis als auch selbstständig erbracht werden kann und die tatsächliche Handhabung der Vertragsbeziehung nicht zwingend für ein Arbeitsverhältnis spricht, müssen sich die Vertragsparteien grundsätzlich an dem von ihnen gewählten Vertragstypus festhalten lassen.<sup>9</sup> Der Grad der persönlichen

1 LAG NI 03.03.2011, 7 Sa 1370/10.

2 Vgl. z.B. § 5 Abs. 1 S. 1 BetrVG, § 5 Abs. 1 S. 1 ArbGG, § 2 Abs. 2 ArbZG.

3 *Thüsing*, in: Henssler u.a., Arbeitsrecht, Vor § 611 Rn 24.

4 So z.B. BAG 20.05.2009, 5 AZR 31/08 = AP Nr. 16 zu § 611 BGB Arbeitnehmerähnlichkeit; BAG 14.03.2007, 5 AZR 499/06 = AP BGB § 611 Arbeitnehmerähnlichkeit Nr. 13; BAG 25.05.2005, 5 AZR 347/04 = BAGE 115, 1, 7; BAG 16.02.2000, 5 AZB 71/99 = BAGE 93, 310, 314 f.

5 BAG 25.05.2005, 5 AZR 347/04 = BAGE 115, 1, 7.

6 BAG 25.05.2005, 5 AZR 347/04 = BAGE 115, 1, 7.

7 So z.B. BAG 22.08.2001, 5 AZR 502/99 = AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 109 (mwN).

8 BAG 25.05.2005, 5 AZR 347/04 = BAGE 115, 1, 7.

9 BAG 09.06.2010, 5 AZR 332/09 = AP Nr. 121 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

Abhängigkeit hängt auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Abstrakte, für alle Arbeitsverhältnisse geltende Merkmale lassen sich nicht aufstellen.

Ansatzpunkte zur Bestimmung der Unselbstständigkeit sind nach den o.g. Grundsätzen die *persönliche Abhängigkeit* und *Weisungsgebundenheit*. Für die Abgrenzung von Arbeitnehmerinnen/Arbeitnehmern und Selbstständigen gibt es kein Einzelmerkmal, das aus der Vielzahl möglicher Merkmale unverzichtbar vorliegen muss, damit man von persönlicher Abhängigkeit sprechen kann. Es ist nicht erforderlich, dass stets sämtliche den Typus kennzeichnenden Merkmale vorliegen. Diese können vielmehr in unterschiedlichem Maße und verschiedener Intensität gegeben sein. Die Merkmale haben, nimmt man sie je für sich allein, lediglich indizielle Bedeutung. Entscheidend ist jeweils ihre Verbindung, die Intensität und die Häufigkeit ihres Auftretens im konkreten Einzelfall. Letztlich kommt es für die Beantwortung der Frage, welches Rechtsverhältnis im konkreten Fall vorliegt, auf eine **Gesamtwürdigung aller maßgebenden Umstände des Einzelfalls** an.<sup>10</sup>

## 1. PRIVATRECHTLICHER VERTRAG

Erste Voraussetzung der Arbeitnehmer-Eigenschaft ist nach den o.g. Grundsätzen, dass die *Verpflichtung zur Arbeitsleistung* durch einen **privatrechtlichen** Vertrag begründet wird.

Der privatrechtliche Vertrag muss den Vertragspartner zur Leistung von Arbeit verpflichten. Verpflichtet er hingegen zur Erbringung eines Arbeitserfolges, so liegt ein Werkvertrag vor. Ein Werkunternehmer ist aber niemals Arbeitnehmer, sondern kann lediglich zum Kreis der arbeitnehmerähnlichen Personen gehören.

Da nicht jede/-r, die/der auf Grund eines Dienstvertrags Arbeitsleistungen zu erbringen hat, zwingend Arbeitnehmer/-in ist, sondern auch selbstständig sein kann, ist für die Begriffsbestimmung der Arbeitnehmerin/des Arbeitnehmers wesentlich, dass die Arbeit *im Dienst eines anderen* geleistet werden muss.<sup>11</sup> Dieses

Merkmal bezeichnet den Unterschied zum freien Dienstvertrag. Ansatzpunkte zur Bestimmung der Unselbstständigkeit sind nach den o.g. Grundsätzen die *persönliche Abhängigkeit* und *Weisungsgebundenheit*.

## 2. PERSÖNLICHE ABHÄNGIGKEIT

Wichtigstes Kriterium der Arbeitnehmer-Eigenschaft ist die persönliche Abhängigkeit des zur Dienstleistung Verpflichteten vom Dienstberechtigten. Das BAG definiert dementsprechend die Arbeitnehmerin/den Arbeitnehmer auch als die-/denjenigen Mitarbeiter/-in, die/der ihre/seine Dienstleistung »im Rahmen einer von Dritten bestimmten Arbeitsorganisation erbringt«. <sup>12</sup> Das BAG verweist in diesem Zusammenhang auf § 84 Abs. 1 S. 2 HGB, der ein typisches Abgrenzungsmerkmal enthält. Nach dieser Bestimmung ist selbstständig, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Unselbstständig und deshalb persönlich abhängig sind dagegen Mitarbeiter/-innen, denen dies nicht möglich ist. Zwar gilt diese Regelung unmittelbar nur für die Abgrenzung selbstständiger Handelsvertreter/-innen von abhängig beschäftigten kaufmännischen Angestellten.<sup>13</sup> Über ihren unmittelbaren Anwendungsbereich hinaus enthält diese Bestimmung, so das BAG, jedoch eine allgemeine gesetzgeberische Wertung, die bei der Abgrenzung des Dienstvertrages vom Arbeitsvertrag zu beachten ist.

Insgesamt bleibt festzustellen, dass nach der Rechtsprechung des BAG im Wesentlichen zwei Merkmale mögliche Indizien für eine persönliche Abhängigkeit sind:

- die Weisungsgebundenheit in zeitlicher, örtlicher und fachlicher Hinsicht und
- die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation.

Die durch diese Indizien vermittelte Fremdbestimmung muss zudem über die eines freien Dienstvertrags hinausgehen. Entscheidend ist der Grad der persönlichen Abhängigkeit, in der sich der zur Dienstleistung Verpflichtete jeweils befindet.<sup>14</sup>

10 *Thüsing*, in: Henssler u.a., Arbeitsrecht, Vor § 611 Rn 40.

11 Vgl. nur BAG 03.10.1978, 6 ABR 46/76 = AP Nr. 18 zu § 5 BetrVG 1972.

12 Vgl. nur BAG 09.07.2003, 5 AZR 595/02 = AP Nr. 158 zu § 611 BGB – Lehrer, Dozenten; BAG 20.07.1994, 5 AZR 627/93 = BAGE 77, 226 ff; BAG 20.07.1994, 5 AZR 627/93 = AP Nr. 73 zu § 611 BGB – Abhängigkeit.

13 BAG 20.08.2003, 5 AZR 610/02 = NZA 2004, 39 f.

14 *Thüsing*, in: Henssler u.a., Arbeitsrecht, Vor § 611 Rn 42 mwN.

### a) Weisungsgebundenheit

Gemäß § 106 S. 1 GewO kann der Arbeitgeber *Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung* nach billigem Ermessen näher bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrages oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind. Der Weisungsumfang des Arbeitgebers kann in allen drei Bereichen unterschiedlich ausgeprägt sein.

#### aa) Fachliche Weisungsgebundenheit

Nach Auffassung des BAG besteht die persönliche Abhängigkeit darin, dass Arbeitnehmer/-innen *fremdbestimmte Arbeit* zu leisten haben. Dies ist grundsätzlich dann der Fall, wenn für die Erbringung der Dienstleistung eine *fachliche Weisungsgebundenheit* besteht, d.h. die/der Beschäftigte hinsichtlich des Inhalts seiner Arbeitsleistung dem Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt.<sup>15</sup>

Das fachliche Direktionsrecht nach § 106 GewO ermöglicht es dem Arbeitgeber, die Einzelheiten der zu erbringenden Arbeitsleistungen zu bestimmen, soweit diese nicht anderweitig geregelt sind.<sup>16</sup> Die fachlichen Weisungen des Arbeitgebers betreffen hierbei die Art der Tätigkeit an sich, den Rahmen der Ausübung bis hin zu Detailweisungen im konkreten Einzelfall. Je weiter die Tätigkeit im Arbeitsvertrag beschrieben ist, desto weiter reicht das Direktionsrecht.<sup>17</sup>

Nicht in jedem Fall ist diese fachliche Weisungsgebundenheit allerdings ein wesentliches Indiz für die persönliche Abhängigkeit des zur Dienstleistung Verpflichteten und damit für ein Arbeitsverhältnis. Gerade im Bereich »**Dienste höherer Art**« ist der Arbeitgeber vielfach gar nicht in der Lage, Anweisungen hinsichtlich der Art der zu leistenden Arbeit zu erteilen. »Dienste höherer Art sind solche, die ein überdurchschnittliches Maß an Fachkenntnissen, Kunstfertigkeit oder wissenschaftlicher

Bildung, eine hohe geistige Phantasie oder Flexibilität voraussetzen und infolgedessen dem Dienstpflichtigen eine herausgehobene Stellung verleihen.«<sup>18</sup> Im Bereich der Heilberufe sind Dienste höherer Art bei der Tätigkeit von Zahnärztinnen/Zahnärzten, Heilpraktikerinnen/Heilpraktikern, Arzthelferinnen/Arzthelfern und Krankengymnastinnen/Krankengymnasten, Hebammen/Entbindungspflegern und bei der häuslichen Krankenpflege anzunehmen.<sup>19</sup>

In diesen Fällen kann daher eine etwaige fachliche Weisungsfreiheit der Annahme einer Arbeitnehmereigenschaft nicht entgegenstehen.<sup>20</sup> Vielmehr tritt hier die Prüfung der organisatorischen Einbindung der Arbeitnehmerin/des Arbeitnehmers in den Betrieb des Arbeitgebers in den Vordergrund.<sup>21</sup>

Zudem weist das BAG darauf hin, dass die Pflicht, öffentlich-rechtlichen Anordnungen oder Anforderungen nachzukommen, die ein Träger der öffentlichen Jugendhilfe gegenüber Leistungserbringern bspw. im Rahmen der Erlaubniserteilung (§§ 43 ff. SGB VIII), Gesamtverantwortung oder Qualitätssicherung (§§ 79, 79a SGB VIII) oder Wahrnehmung des Schutzauftrags bei Kindeswohlgefährdung (§ 8a Abs. 4, § 72a Abs. 2 bis 4 SGB VIII) vorgibt, **kein** Merkmal arbeitsvertraglicher Weisungsgebundenheit darstellt. Sie trifft vielmehr jedermann.<sup>22</sup> Das bedeutet, dass sich aus der Verpflichtung, Auflagen öffentlich-rechtlicher (Aufsichts-)Behörden zu erfüllen, keine arbeitsrechtliche Weisungsabhängigkeit ergeben kann.<sup>23</sup>

#### bb) Weisungsgebundenheit nach Ort und Zeit der Arbeitsleistung

Da, wie gerade aufgezeigt, bei Arbeitnehmerinnen/Arbeitnehmern die fachliche Weisungsgebundenheit durchaus fehlen kann, hat das BAG schon in ersten Entscheidungen zum Arbeitnehmerbegriff entscheidend darauf abgestellt, ob eine Weisungsgebundenheit nach

15 Vgl. BAG 20.07.1994, 5 AZR 627/93 = AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 73.

16 Hoffmann/Schulte, in: Pielow, Beck'scher Online-Kommentar GewO, § 106 Rn 25.

17 Tillmanns, in: Rofls u.a., Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, § 106 GewO Rn 15.

18 Henssler, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 627 Rn 20.

19 Henssler, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 627 Rn 22 mwN.

20 Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, § 611 Rn 85 mwN.

21 Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, § 611 Rn 85 mwN.

22 BAG 25.05.2005, 5 AZR 347/04 = AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 117 (unter Aufgabe der bisherigen anderslautenden Rechtsprechung).

23 BAG 25.05.2005, 5 AZR 347/04 = AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 117.

Ort und Zeit der Arbeitsleistung vorliegt. Es betont, dass Arbeitnehmer/-innen diejenigen Mitarbeiter/-innen sind, die nicht im Wesentlichen frei ihre Tätigkeit gestalten und ihre Arbeitszeit bestimmen können.<sup>24</sup> Hierbei ist allerdings zu berücksichtigen, dass auch die Weisungsgebundenheit nach Ort und Zeit der Arbeitsleistung nur ein Indiz für die Anerkennung der Arbeitnehmereigenschaft ist.<sup>25</sup>

Gleichwohl zeigt eine Vielzahl von Entscheidungen, dass das BAG bei freier Einteilung der **Arbeitszeit** häufig eine Arbeitnehmereigenschaft verneint.<sup>26</sup> In diesem Sinne freie Arbeitszeit wird regelmäßig bejaht, wenn keine festen Dienststunden bestehen, also Anfang und Ende der Arbeitszeit frei regelbar sind. Ferner ist grundsätzlich von Bedeutung, dass die Vertragsparteien keinen zeitlichen Mindestumfang der Tätigkeit festlegen bzw. keine Vorgaben bestehen, zu welcher Zeit bestimmte Arbeitsvorgänge abgeschlossen sein müssen.<sup>27</sup>

Ein Weisungsrecht des Arbeitgebers hinsichtlich des Arbeitsortes besteht, wenn die Mitarbeiterin/der Mitarbeiter zum regelmäßigen Erscheinen am **Arbeitsort** bzw. in den Betriebsräumen verpflichtet ist.<sup>28</sup>

### cc) Ausschluss des Weisungsrechts durch Konkretisierung des Vertrages

Hinzuweisen ist darauf, dass nach der Auffassung des 7. Senats des BAG ein Arbeitsverhältnis dann nicht vorliegen soll, wenn der Inhalt der Dienstleistung und die Arbeitszeiten im Einzelnen vertraglich geregelt und damit dem Weisungsrecht des Arbeitgebers entzogen wurden.<sup>29</sup> Der 7. Senat stellte sich hierbei auf den Standpunkt, dass die Lehrkraft einer Bildungseinrichtung dann in einem (selbstständigen) freien Mitarbeiterverhältnis stehe, wenn der Inhalt der Dienstleistung und die Arbeitszeit im Einzelnen vertraglich geregelt und damit dem Weisungsrecht des Arbeitgebers entzogen seien. Durch eine

(zweiseitige) Vereinbarung über wesentliche Inhalte des Arbeitsverhältnisses würde deren einseitige Festsetzung durch den Arbeitgeber ausgeschlossen. Nach Auffassung des Senats stellt dies auch keine vorweggenommene einseitige Bestimmung der Arbeitsbedingungen durch den Arbeitgeber dar.

Diese Auffassung des 7. **Senats** des BAG ist in der Literatur überwiegend auf Ablehnung gestoßen.<sup>30</sup> Gegen sie wird vorgebracht, dass es auf ihrer Basis möglich sei, durch geschickte, das Weisungsrecht bis ins Einzelne vertraglich konkretisierende Vertragsgestaltung dem Arbeitsrecht auszuweichen. Vielmehr könne eine derartige Vertragsgestaltung gerade umgekehrt die Schutzbedürftigkeit begründen.<sup>31</sup>

Auch nach Auffassung des 5. **Senats** des BAG spricht für die Annahme einer Arbeitnehmereigenschaft, dass der/dem Dienstleistenden die Art der Tätigkeit durch vorformulierte Vertragswerke des Vertragspartners genau vorgeschrieben wird.<sup>32</sup>

Richtigerweise wird bei dieser Frage stark nach dem zugrundeliegenden Sachverhalt zu differenzieren sein. Finden tatsächlich Vertragsverhandlungen statt, auf die die/der Dienstleistende insoweit Einfluss nehmen kann, als sie/er eigene Verhandlungspositionen durchsetzt, dann spricht dies eher für ein (selbstständiges) freies Mitarbeiterverhältnis. Wird ihr/ihm hingegen ein vorformuliertes Vertragswerk mit genau ausformulierten Arbeitsbedingungen vorgelegt, bei dem sie/er nur noch über das Unterschreiben zu entscheiden hat, dann dürfte an dieser Stelle eine vorweggenommene einseitige Bestimmung der Arbeitsbedingungen durch den Arbeitgeber und damit ein abhängiges Arbeitsverhältnis vorliegen.

Eine endgültige Klärung dieser Frage wird nur eine Entscheidung des Großen Senats des BAG bringen, die bislang aber noch nicht erkennbar ist. Bis dahin hat sich die Praxis auf die unterschiedlichen Auffassungen des

24 Vgl. nur BAG 25.05.2005, 5 AZR 347/04 = AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 117.

25 *Richardi*, BetrVG, § 5 Rn 26.

26 Vgl. z.B. BAG 28.02.1962, 4 AZR 141/61 = AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 1; BAG 15.03.1978, 5 AZR 818/76 = AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 24; BAG 29.05.1991, 7 ABR 67/90 = AP BetrVG 1972 § 9 Nr. 2.

27 *Reiserer*, in: Moll, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, § 6 Rn 10.

28 *Reiserer*, in: Moll, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, § 6 Rn 9.

29 BAG 30.10.1991, 7 ABR 19/91 = AP Nr. 59 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

30 Vgl. nur *Preis*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, § 611 BGB Rn 52.

31 *Preis*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, § 611 BGB Rn 52; *Schliemann RdA* 1997, 322, 327.

32 BAG 30.09.1998, 5 AZR 563/97 = NZA 1999, 374, 376.

BAG einzustellen. Empfehlenswert ist es für die Vertragsschließenden daher, auch die Vertragsverhandlungen zu dokumentieren.

### b) Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation

Die Eingliederung der Mitarbeiterin/des Mitarbeiters in den Betrieb des Auftraggebers ist ein wichtiges Indiz für die Annahme der Arbeitnehmerstellung. Bei der Frage der Eingliederung in den Betrieb wird zum einen überprüft, ob und inwieweit die Mitarbeiterin/der Mitarbeiter in eine fremdbestimmte Arbeitsorganisation eingebunden ist und dabei betriebliche Einrichtungen (Arbeitsgeräte) benutzt. An dieser Stelle spielt auch die Zuweisung eines Büros bzw. Arbeitszimmers in den Betriebsräumen des Auftraggebers und die Überlassung von betrieblichen Einrichtungen bzw. Arbeitsgeräten zur Nutzung eine große Rolle.<sup>33</sup>

Ferner wird unter dem Kriterium »Eingliederung in den Betrieb« die Frage der Stellung des Mitarbeiters in der Organisation und Hierarchie beim Auftraggeber überprüft. Ist die Mitarbeiterin/der Mitarbeiter anderen im Dienste des Auftraggebers stehenden Personen übergeordnet oder untergeordnet, spricht dieser Umstand für ein Arbeitsverhältnis. Gleiches gilt, sofern die Mitarbeiterin/der Mitarbeiter die Pflicht hat, Vertretungen zu übernehmen.<sup>34</sup>

### c) Wirtschaftliche Abhängigkeit als Kriterium der persönlichen Abhängigkeit

Für den Arbeitnehmerstatus ist nach der Rechtsprechung des BAG das **unternehmerische Risiko** des Dienstnehmers **unerheblich**. Arbeitnehmer/-innen und Selbstständige unterscheiden sich grundsätzlich nach dem Grad der **persönlichen** Abhängigkeit. An die Stelle der persönlichen Abhängigkeit kann jedoch im Einzelfall eine wirtschaftliche Abhängigkeit der/des Selbstständigen vom Vertragspartner treten, die die/den Selbstständigen dann als *arbeitnehmerähnliche Person* erscheinen lässt. Arbeitnehmerähnliche Personen sind daher wegen

einer fehlenden Eingliederung in eine betriebliche Organisation und im Wesentlichen freier Zeitbestimmung zwar nicht persönlich abhängig. An die Stelle der persönlichen Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit tritt jedoch das Merkmal der wirtschaftlichen Unselbstständigkeit. Arbeitnehmerähnliche Personen sind damit Dienstleistende, die mangels persönlicher Abhängigkeit keine Arbeitnehmer/-innen, aber wegen ihrer wirtschaftlichen Abhängigkeit auch keine Unternehmer/-innen sind.<sup>35</sup>

Bei der Feststellung der wirtschaftlichen Abhängigkeit sind auch wirtschaftliche Gestaltungsmöglichkeiten und unternehmerische Risiken zu berücksichtigen.<sup>36</sup> Wirtschaftliche Abhängigkeit bedeutet, dass die Dienst- oder Werkleistung für Rechnung von Auftraggebern erfolgt, die das Unternehmerrisiko tragen, aber andererseits die Dienstnehmer nach Höhe der Vergütung, Art und Dauer der Tätigkeit vom Dienstgeber abhängig sind.

Ferner müssen arbeitnehmerähnliche Personen ihrer gesamten sozialen Stellung nach einer Arbeitnehmerin/einem Arbeitnehmer vergleichbar schutzbedürftig sein. Dies ist dann anzunehmen, wenn das Maß der Abhängigkeit nach der Verkehrsanschauung einen solchen Grad erreicht, wie es im Allgemeinen nur in einem Arbeitsverhältnis der Fall ist, und die geleisteten Dienste nach ihrer soziologischen Typik denen einer Arbeitnehmerin/eines Arbeitnehmers vergleichbar sind. Dafür sind wiederum die gesamten Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. Arbeitnehmerähnliche Personen können dabei auch für mehrere Auftraggeber tätig sein, kennzeichnend ist aber, dass die Beschäftigung für einen Auftraggeber wesentlich ist und die hieraus fließende Vergütung die entscheidende Existenzgrundlage darstellt.<sup>37</sup>

Die Einstufung als **arbeitnehmerähnliche Person** hat zur Folge, dass arbeitsrechtliche Bestimmungen, die das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses voraussetzen, grundsätzlich **nicht** anwendbar sind. Einzelne Arbeitsrechtsnormen gelten allerdings aufgrund ausdrücklicher Regelung auch für arbeitnehmerähnliche Personen oder für bestimmte Gruppen von ihnen. Für ihre Rechtsstreit-

33 Reiserer, in: Moll, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, § 6 Rn 9.

34 Reiserer, in: Moll, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, § 6 Rn 13.

35 Vogelsang, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, § 10 Rn 1.

36 BAG 25.05.2005, 5 AZR 347/04 = AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 117.

37 So die Definition bei Vogelsang, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, § 10 Rn 3.

tigkeiten sind die Arbeitsgerichte zuständig (§ 5 ArbGG). Arbeitnehmerähnliche Personen erlangen einen Urlaubsanspruch nach § 2 BUrlG. Weitere arbeitsrechtliche Normen, die Arbeitnehmerähnliche erfassen, sind § 2 Abs. 2 Nr. 3 ArbSchG, § 6 Abs. 1 Nr. 3 AGG sowie § 138 SGB IX. Nicht anwendbar ist das Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG).<sup>38</sup>

### 3. SOZIALVERSICHERUNGSRECHTLICHE ABGRENZUNG VON BESCHÄFTIGUNG UND SELBSTSTÄNDIGKEIT

Auch das Sozialversicherungsrecht setzt sich mit der Frage auseinander, wann von einer nicht selbstständigen Tätigkeit (Beschäftigung) bzw. wann von einer selbstständigen Tätigkeit auszugehen ist (vgl. § 7 Abs. 1 SGB IV).

Danach setzt eine (nicht selbstständige) Beschäftigung voraus, dass die Arbeitnehmerin/der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn die/der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Diese Weisungsgebundenheit kann eingeschränkt und zur »funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess« verfeinert sein. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich 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 jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, richtet sich ausgehend von den genannten Umständen nach dem **Gesamtbild der Arbeitsleistung** und hängt davon ab, welche Merkmale **überwiegen**.<sup>39</sup>

Die Zuordnung des konkreten Lebenssachverhalts zum rechtlichen Typus der (abhängigen) Beschäftigung als »nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis« i.S.v.i.S.v. § 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung erfordert

eine Gewichtung und Abwägung aller als Indizien für und gegen eine Beschäftigung bzw. selbstständige Tätigkeit sprechenden Merkmale der Tätigkeit im Einzelfall.<sup>40</sup> Bei Vorliegen gegenläufiger, d.h. für die Bejahung und die Verneinung eines gesetzlichen Tatbestandsmerkmals sprechender tatsächlicher Umstände oder Indizien ist insoweit eine wertende Zuordnung aller Umstände im Sinne einer Gesamtabwägung vorzunehmen. Diese Abwägung darf allerdings nicht (rein) schematisch oder schablonenhaft erfolgen, etwa in der Weise, dass beliebige Indizien jeweils zahlenmäßig einander gegenübergestellt werden, sondern es ist in Rechnung zu stellen, dass manchen Umständen wertungsmäßig größeres Gewicht zukommen kann als anderen, als weniger bedeutsam einzuschätzenden Indizien. Eine rechtmäßige Gesamtabwägung setzt deshalb – der Struktur und Methodik jeder Abwägungsentscheidung (innerhalb und außerhalb des Rechts) entsprechend – voraus, dass alle nach Lage des Einzelfalls wesentlichen Indizien festgestellt, in ihrer Tragweite zutreffend erkannt und gewichtet, in die Gesamtschau mit diesem Gewicht eingestellt und in dieser Gesamtschau nachvollziehbar, d.h. den Gesetzen der Logik entsprechend und widerspruchsfrei, gegeneinander abgewogen werden.<sup>41</sup>

Insgesamt kann festgestellt werden, dass die arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Kriterien zur Abgrenzung von selbstständiger/nicht selbstständiger Tätigkeit deutliche Übereinstimmungen aufweisen. **Flankierend** kann daher im Rahmen der arbeitsrechtlichen Statusfeststellung auch auf entsprechende Entscheidungen aus der Sozialgerichtsbarkeit zurückgegriffen werden.

Allerdings unterscheidet sich die arbeitsrechtliche von der sozialversicherungsrechtlichen Statusfeststellung im Rahmen der Berücksichtigung von **wirtschaftlicher Abhängigkeit**. Arbeitsrechtlich führt diese, wie dargelegt, nicht zu einem Status als Arbeitnehmer/-in, sondern vielmehr zur Einstufung als arbeitnehmerähnliche Person. Sozialversicherungsrechtlich **kann** die wirtschaftliche Abhängigkeit allerdings ein Indiz für die persönliche Abhängigkeit sein.<sup>42</sup>

38 *Vogelsang*, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, § 10 Rn 7.

39 St. Rspr, so zuletzt BSG 25.04.2012, B 12 KR 24/10 R = SGB 2013, 364 ff.

40 BSG 25.04.2012, B 12 KR 24/10 R = SGB 2013, 364 ff.

41 BSG 25.04.2012, B 12 KR 24/10 R = SGB 2013, 364 ff.

42 *Segebrecht*, in: jurisPK-SGB IV, § 7 Abs. 1 Rn 116 mwN.

## II. ANWENDUNG DER GRUNDSÄTZE AUF FAMILIENHEBAMMEN UND FGKiKP

Um den arbeitsrechtlichen Status von Familienhebammen und FGKiKP feststellen zu können, ist es erforderlich, die o.g. Grundsätze des BAG auf die von Familienhebammen und FGKiKP ausgeübten Tätigkeiten anzuwenden. Entscheidend für die Einordnung ist, wie intensiv die Familienhebamme bzw. FGKiKP in den Betrieb eingebunden ist, in welchem Umfang sie den Inhalt, die Art und Weise ihrer Tätigkeit, ihre Arbeitszeit und die sonstigen Umstände der Dienstleistung mitgestalten kann und inwieweit sie zu Nebenarbeiten herangezogen werden kann. Letztlich kommt es für die Beantwortung der Frage, welches Rechtsverhältnis im konkreten Fall vorliegt, auf eine Gesamtwürdigung aller maßgebenden Umstände des Einzelfalles an. Daher wird sich letztlich **keine** für jeden Fall allgemeingültige Beurteilung des arbeitsrechtlichen Status von Familienhebammen bzw. FGKiKP treffen lassen. Nachfolgend wird daher dargestellt, wann arbeitsrechtlich *grundsätzlich* von einer selbstständigen und wann von einer angestellten Tätigkeit von Familienhebammen bzw. FGKiKP auszugehen ist.

### 1. ERFORDERNIS EINES PRIVATRECHTLICHEN VERTRAGS – EINFLUSS DES JUGENDHILFRECHTLICHEN DREIECKSVERHÄLTNISSSES

Wesentliche Voraussetzung der Arbeitnehmer-Eigenschaft ist nach den o.g. Grundsätzen, dass die Verpflichtung zur Arbeitsleistung durch einen **privatrechtlichen** Vertrag begründet wird.

Entsprechend den unter Teil 1, Kap. C dargelegten Grundsätzen verläuft der Einsatz von Familienhebammen bzw. FGKiKP regelmäßig so, dass die Familie die Familienhebamme bzw. FGKiKP mit der Dienstleistung beauftragt und die Vergütung zwischen dem beauftra-

genden Leistungsträger und der Familienhebamme bzw. FGKiKP geregelt wird (in der Kinder- und Jugendhilfe als jugendhilferechtliches Dreiecksverhältnis bezeichnet).

Die Rechtsverhältnisse zwischen den **Leistungsträgern** (Trägern der öffentlichen Jugendhilfe oder Gesundheitsamt) und den **Leistungserbringern** (Familienhebammen bzw. FGKiKP), insbesondere auch die Verträge, die sich schwerpunktmäßig auf die Finanzierung der Leistung beziehen, können **öffentlich-rechtlich** geprägt sein.<sup>43</sup>

Allerdings ist die öffentlich-rechtliche Ausgestaltung der Rechtsbeziehung zwischen dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe und dem Leistungserbringer nicht zwingend. Das BVerwG hat betont, dass Vereinbarungen nur dann öffentlich-rechtliche Verträge i.S.d. § 53 Abs. 1 S. 1 SGB X darstellen, wenn sie in wesentlicher Hinsicht durch öffentlich-rechtliche Vorschriften vorgeprägt sind.<sup>44</sup> Eine so verstandene Prägung ist beim Einsatz von Familienhebammen bzw. FGKiKP nicht immer festzustellen. Gerade die »(sozial-)rechtliche Heimatlosigkeit«<sup>45</sup> der Tätigkeit von Familienhebammen und FGKiKP spricht eher gegen eine wesentliche Prägung durch öffentlich-rechtliche Vorschriften. Darüber hinaus ist auch gesetzlich der Abschluss privatrechtlicher Vereinbarungen zwischen Leistungsträger und Leistungserbringer nicht ausgeschlossen. Auch § 36a Abs. 2 SGB VIII spricht allein von »Vereinbarungen«. Letztlich könnte der Inhalt der Vereinbarung zwischen dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe und dem Leistungserbringer auch nicht einseitig durch Verwaltungsakt erlassen werden, was ebenfalls gegen die generelle Annahme eines öffentlich-rechtlichen Vertrages spricht.

Dies bedeutet, dass die Rechtsbeziehung zwischen dem Leistungsträger und der Familienhebamme bzw. FGKiKP als Leistungsbringer **unterschiedlich** ausgestaltet sein kann.

Familienhebammen bzw. FGKiKP, die Leistungen nach dem SGB VIII erbringen sollen, können mit dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe einen **öffentlich-rechtlichen Vertrag** über ihren Einsatz und ihre Vergü-

43 *Münder*, in: ders. u.a., Kinder- und Jugendhilferecht, Kap. 5.1.3.2 Rn 18 (unter Verweis auf BVerwG 30.09.1993, 5 C 41/91 = BVerwGE 94, 202 ff).

44 BVerwG 30.09.1993, 5 C 41/91 = BVerwGE 94, 202 ff.

45 Vgl. oben Teil 1, Kap. A

tung abschließen. Die Vergütung kann hierbei fallunabhängig als Leistungsvereinbarung abgeschlossen oder im Einzelfall vereinbart werden. Rechtsgrundlage für diese Fälle ist § 77 SGB VIII. Hat das Jugendamt über die Leistungsgewährung gegenüber den Leistungsberechtigten per Verwaltungsakt entschieden, so haben die Familienhebammen bzw. FGKiKP dann einen Anspruch auf Vergütung, wenn sie zuvor mit dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe eine Vereinbarung nach § 77 SGB VIII abgeschlossen haben. Wird die Leistung »Familienhebamme« bzw. »FGKiKP« hingegen direkt durch die Leistungsberechtigten in Anspruch genommen, so ergibt sich der Vergütungsanspruch ebenfalls aus einer vorab abgeschlossenen Vereinbarung zwischen den Familienhebammen bzw. FGKiKP und dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe nach § 77 SGB VIII und ist dieser Vereinbarung unmittelbar zu entnehmen. Die Konsequenz ist in beiden Fällen, dass zwischen Familienhebamme bzw. FGKiKP und dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe ein öffentlich-rechtlicher Vertrag abgeschlossen wird. Beruht aber die Zusammenarbeit zwischen Familienhebamme bzw. FGKiKP und Jugendamt auf einem öffentlich-rechtlichen Vertrag, so fehlt es an einem wesentlichen Merkmal des Arbeitsverhältnisses, nämlich am privatrechtlichen Vertrag. Dementsprechend ist in diesen Konstellationen von einer **selbstständigen** Tätigkeit der Familienhebamme bzw. FGKiKP auszugehen. Allerdings tritt diese Rechtsfolge nur dann ein, wenn **tatsächlich** ein öffentlich-rechtlicher Vertrag vorliegt.

Erfüllt hingegen der von den Parteien als »öffentlich-rechtlich« bezeichnete oder betrachtete Vertrag tatsächlich die Voraussetzungen eines privatrechtlichen Vertrages, so liegt – auch gegen den Parteivillen – letzterer vor. Eine derart fehlerhafte Vertragstypenzuordnung ist stets durch die angerufenen Gerichte (z.B. Arbeitsgerichte) zu korrigieren. Die auf das Vertragsverhältnis anwendbaren Rechtsregeln werden nach dem vereinbarten Vertragstyp objektiv zugeordnet. Hierbei haben es die Vertragsparteien in der Hand, die beiderseitigen Rechte und Pflichten so festzulegen, dass ihr Rechtsverhältnis der einen oder anderen Rechtsform entspricht. Wie die von den Ver-

tragsparteien getroffenen Abreden rechtlich zu qualifizieren sind, entzieht sich allerdings deren Willen. Die Zuordnung erfolgt vielmehr nach objektiv-rechtlichen Kriterien.<sup>46</sup>

Dementsprechend kann ein als öffentlich-rechtlich bezeichneter Vertrag zwischen Jugendamt und Familienhebamme bzw. FGKiKP, der über eine Vergütungsvereinbarung nach § 77 SGB VIII hinausgeht, letztlich ein privatrechtlicher Dienstvertrag sein, sofern er die hierfür notwendigen Elemente enthält. Schuldet die Familienhebamme/FGKiKP nach dem fälschlich als »öffentlich-rechtliche Vergütungsvereinbarung« bezeichneten Vertrag die Leistung von Diensten in abhängiger Tätigkeit (etwa durch entsprechende Weisungsgebundenheit gegenüber dem Jugendamt), so stellt sich die »öffentlich-rechtliche Vergütungsvereinbarung« tatsächlich als privatrechtlicher Dienstvertrag dar, der zu einer nicht-selbstständigen Tätigkeit der Familienhebamme bzw. FGKiKP in einem **Arbeitsverhältnis** führen kann.

Insgesamt ist daher im Rahmen der arbeitsrechtlichen Statusfeststellung von Familienhebammen bzw. FGKiKP sorgfältig zu prüfen, ob der zwischen dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe und der Familienhebamme bzw. FGKiKP geschlossene Vertrag nach den skizzierten Grundsätzen tatsächlich öffentlich-rechtlicher oder aber privatrechtlicher Natur ist. Nur im ersten Fall ist die Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit der Familienhebamme/FGKiKP **nicht** möglich.

Darüber hinaus kann der Träger der öffentlichen Jugendhilfe mit Familienhebammen bzw. FGKiKP auch **privatrechtliche Dienstverträge** abschließen. Beinhaltet ein solcher Vertrag jedoch die Pflicht der Familienhebamme/FGKiKP zur Leistung von abhängiger Arbeit, so begründet er regelmäßig wiederum ein Arbeitsverhältnis.

Diese Grundsätze gelten regelmäßig auch für den Fall, dass eine Familienhebamme im Auftrag eines Gesundheitsamtes tätig wird.

Wird die Leistung »Familienhebamme« durch einen freien (privaten) Träger der Jugendhilfe erbracht, der seinerseits hierfür eine Familienhebamme beauftragt, dann ist das Vertragsverhältnis zwischen beiden grundsätzlich als **privatrechtlich** zu qualifizieren.

46 Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, § 611 BGB Rn 40 mwN.

## 2. INDIZIEN FÜR EINE SELBSTSTÄNDIGE TÄTIGKEIT

### a) Weisungsunabhängigkeit bzgl. Arbeitszeit und Arbeitsort

Ein wichtiges Indiz für eine Selbstständigkeit ist die Tatsache, dass der Dienstverpflichtete **Arbeitszeit und Arbeitsort** selbst bestimmen kann.

Für eine selbstständige Tätigkeit von Familienhebammen bzw. FGKiKP spricht daher, wenn sie

- eigenständig, d.h. frei von Weisungen des Dienstgebers, die Tage und die Uhrzeit bestimmen können, an denen sie die jeweilige Familie besuchen;<sup>47</sup>
- die Möglichkeit haben, Arbeitszeiten, die vom Dienstgeber vorgegeben werden, auch abzulehnen;
- eigenständig – und nicht von der Genehmigung der beauftragenden Institution abhängig – einen eigenen Dienstplan aufstellen können;
- Familienbesuche auch außerhalb der Arbeitszeiten des Dienstgebers durchführen können.

Gleichfalls spricht es nach der Rechtsprechung des 7. Senats des BAG für eine selbstständige Tätigkeit, wenn konkrete Arbeitszeiten bereits **frei** im Dienstvertrag verhandelt und vereinbart werden, da sie damit dem Weisungsrecht des Arbeitgebers entzogen und nur durch eine Vertragsänderung abgeändert werden können.<sup>48</sup>

Im Hinblick auf die freie Einteilung von Arbeitszeiten – und damit auf eine selbstständige Tätigkeit – ist die Frage zu beantworten, wie sich *Betreuungs- bzw. Stundenkontingente*<sup>49</sup> auswirken. Wird beim Einsatz von Familienhebammen/FGKiKP **vom Dienstgeber** ein Stundenkontingent angesetzt, das pro Familie z.B. auf maximal 16 Stunden im Monat begrenzt ist und nur in begründeten Einzelfällen erhöht werden kann, so ist es, wenn es beidseitig frei im Dienstvertrag vereinbart wurde, dem Weisungsrecht des Dienstgebers entzogen, da dieser es weder einseitig verringern noch erhöhen kann. Auch in diesem Fall kann eine Änderung des Stundenkontingents allein durch eine vertragliche Änderungsvereinbarung erfolgen. Zudem steht es dem Dienstnehmer im Rahmen

der Vertragsverhandlungen frei, das vorgeschlagene Stundenkontingent abzulehnen.

Fraglich ist jedoch, wie es sich auswirkt, wenn sich der Dienstgeber im Dienstvertrag die *einseitige* Festsetzung eines Stundenkontingents vorbehält. Dies könnte zunächst für ein Weisungsrecht des Dienstgebers im Hinblick auf die Arbeitszeit der Familienhebamme/FGKiKP sprechen. Wenn jedoch ein Stundenkontingent allein als Rahmen vorgegeben wird und die Familienhebamme bzw. FGKiKP innerhalb dieses Rahmens weisungsfrei, also ohne Vorgaben zur Zeiteinteilung, entscheiden kann, wann sie bei der jeweiligen Familie ihre Leistungen erbringt, dann spricht dies für eine selbstständige Tätigkeit.

Wird das Stundenkontingent per **Verwaltungsakt** den **Leistungsberechtigten** gewährt, erfolgt also gerade keine Zuteilung an die Familienhebamme bzw. FGKiKP, dann spielt das Stundenkontingent für die Statusfeststellung grundsätzlich **keine** Rolle.

Neben der Indizwirkung der freien Gestaltung der Arbeitszeit spricht auch die Weisungsfreiheit im Hinblick auf den Arbeitsort für eine selbstständige Tätigkeit, d.h. wenn der Dienstgeber nicht einseitig vorgeben kann, wo die Familienhebamme/FGKiKP ihre Arbeitsleistung zu erbringen hat. Dass Teile der Arbeitsleistung in der Wohnung der zu betreuenden Familie bzw. in deren Umfeld zu erbringen sind, ist insoweit unschädlich, da dies der Tätigkeit einer Familienhebamme bzw. FGKiKP geschuldet ist. Entscheidender ist vielmehr die Frage, ob der Familienhebamme/FGKiKP einseitig vorgeschrieben werden kann, wo sie den nicht betreuenden Teil ihrer Tätigkeit zu verrichten hat. Kann sie etwa ihre Verwaltungsarbeit von zu Hause aus verrichten, spricht dies für eine selbstständige Tätigkeit.<sup>50</sup>

### b) Weisungsunabhängigkeit trotz Berichtspflicht

Das BAG weist darauf hin, dass sich eine Weisungsabhängigkeit des Dienstnehmers nicht ohne weiteres aus einer vereinbarten Berichtspflicht ergibt. Entscheidend ist vielmehr die **Zielrichtung** der Berichtspflicht. Soll

47 So BAG 25.05.2005, 5 AZR 347/04 = AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 117.

48 Vgl. hierzu oben I.2.a) bb)

49 Nachfolgend als Stundenkontingente bezeichnet.

50 BAG 25.05.2005, 5 AZR 347/04 = BGB AP § 611 Abhängigkeit Nr. 117.

durch diese sichergestellt werden, dass der Dienstgeber über die wesentliche Entwicklung der betreuten Familie informiert wird, für deren Betreuung die Familienhebamme bzw. FGKiKP verantwortlich ist, so steht dies einer Weisungsunabhängigkeit nicht entgegen.<sup>51</sup> Erst dann, wenn Berichte als Grundlage für die Ausübung eines arbeitsrechtlichen Weisungsrechts dienen sollen (z.B. wenn der Dienstgeber durch die Berichte ermitteln will, ob und wie die Familienhebamme/FGKiKP ihre Dienstleistung optimieren kann), stehen sie einer selbstständigen Tätigkeit entgegen.<sup>52</sup> Auch die Fertigung von Pflegeberichten, Anordnungsbögen oder Übergabeprotokollen, die regelmäßig und üblich anfallen, vermögen nicht ohne Hinzutreten weiterer Umstände Weisungsbefugnis zu begründen.<sup>53</sup>

Zu denken ist hier etwa an eine Verpflichtung, einmal im Vierteljahr schriftlich über den Fortgang der Betreuung zu berichten. Wenn der jeweilige Bericht nicht die Tätigkeit der Familienhebamme/FGKiKP zum Gegenstand hat, sondern Zustand und Entwicklung der betreuten Familie, dann steht dies einer Selbstständigkeit nicht entgegen. Der Vierteljahresbericht kontrolliert nicht die Familienhebamme/FGKiKP, sondern soll die zuständigen Mitarbeiter/-innen über den Stand der Leistungserbringung informieren und ihnen Entscheidungsgrundlage dafür geben, ob die Hilfe beendet oder fortgeführt wird oder ob eine andere bzw. ergänzende Leistung zu gewährleisten ist.<sup>54</sup>

### c) Weisungsunabhängigkeit und familienbezogene Vereinbarungen

Werden zwischen Dienstgeber und Familienhebamme bzw. FGKiKP *familienbezogene Vereinbarungen* getroffen, so ist dies dann ein Indiz für eine selbstständige Tätigkeit der Familienhebamme/FGKiKP, wenn es sich tatsächlich um Vereinbarungen, d.h. vertragliche Regelungen handelt. Bei diesen hat die Familienhebamme bzw. FGKiKP regelmäßig die Möglichkeit, diese Vereinbarungen nicht

oder nur abgeändert abzuschließen. Sie sind damit dem Weisungsrecht des Dienstgebers entzogen.

### d) Einfluss der Vermittlung auf den arbeitsrechtlichen Status

Wird eine Familienhebamme bzw. FGKiKP so an eine Familie vermittelt, dass der Familie lediglich die Familienhebamme bzw. FGKiKP benannt wird und letztere die Fallübernahme ablehnen kann, so ist diese Vermittlung im Hinblick auf den arbeitsrechtlichen Status der Familienhebamme bzw. FGKiKP als ein neutrales Indiz zu bewerten. Es spricht weder für noch gegen eine selbstständige Tätigkeit, da die Vermittlung über den Nachweis einer möglichen Betreuungsperson hinaus keine rechtlichen Auswirkungen hat.<sup>55</sup>

### e) Einfluss fachlicher Weisungen des Dienstgebers

Ein Merkmal der Selbstständigeigenschaft ist, dass der Dienstnehmer hinsichtlich des Inhalts seiner Arbeitsleistung nicht dem Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Für eine selbstständige Tätigkeit der Familienhebamme spricht daher, wenn die Familienhebamme bzw. FGKiKP frei entscheiden kann, wie sie die Betreuung in den Familien wahrnimmt und durchführt, wenn ihr also der Dienstgeber keine konkreten Weisungen bezüglich der Betreuungs- und Erziehungsarbeit erteilen kann.<sup>56</sup>

Es ist an dieser Stelle allerdings darauf hinzuweisen, dass dem Merkmal »fachliche Weisungsgebundenheit« im Rahmen der Statusfeststellung nur sehr eingeschränkte Bedeutung zukommt, wenn es sich – so wie hier – um »Dienste höherer Art« handelt.<sup>57</sup>

Allein die Tatsache, dass das Jugendamt bei einem Einsatz der Familienhebamme bzw. FGKiKP im Rahmen des Kinder- und Jugendhilferechts nach § 79 Abs. 1 SGB VIII die Gesamtverantwortung einschließlich der Planungsverantwortung hat, begründet kein arbeitsrechtlich rele-

51 Vgl. BAG 25.05.2005, 5 AZR 347/04 = BGB AP § 611 Abhängigkeit Nr. 117.

52 BAG 25.05.2005, 5 AZR 347/04 = AP § 611 Abhängigkeit Nr. 117.

53 So für den sozialrechtlichen Beschäftigungsbegriff SG Lübeck 13.03.2012, S 1 KR 73/09

54 LAG BW 20.02.2002, 11 Sa 2/02 = ZTR 2002, 390 f.

55 So zum sozialrechtlichen Beschäftigungsbegriff BSG 17.02.1998, B 2 U 3/97 R = NZS 1998, 487 ff.

56 Vgl. BAG 25.05.2005, 5 AZR 347/04 = AP § 611 Abhängigkeit Nr. 117.

57 Vgl. hierzu oben I.2.b), vgl. auch zum sozialrechtlichen Beschäftigungsbegriff LSG NI 27.05.2009, L 2 R 77/09.

vantes Weisungsrecht des Jugendamtes.<sup>58</sup> Auch die Pflicht zur Beachtung der sich aus § 4 KKG ergebenden gesetzlichen Vorgaben rechtfertigt für sich noch nicht die Annahme einer unselbstständigen Tätigkeit. Auch diejenigen, die Dienste in selbstständiger Tätigkeit erbringen sind an die Einhaltung gesetzlicher Vorschriften gebunden. Erst dann, wenn diese Vorgaben so konkret sind, dass sie einer Weisungsabhängigkeit gleich kommen, sind sie ein hinreichendes Indiz für eine abhängige Beschäftigung.<sup>59</sup>

#### f) Keine Einbindung in eine fremde Arbeitsorganisation

Ein Indiz für die selbstständige Tätigkeit der Familienhebamme ist, wenn diese nicht in die Arbeitsorganisation des Dienstgebers integriert ist, wofür insbesondere die folgenden Merkmale sprechen:

- die Möglichkeit, für mehrere Auftraggeber<sup>60</sup> tätig zu werden,
- die Möglichkeit, vor oder nach Beginn der Tätigkeit frei zu entscheiden, die Zusammenarbeit mit einer Familie abzulehnen, zu übernehmen oder zu beenden<sup>61</sup>,
- die Möglichkeit, Vertreter/-innen (z.B. für Urlaubszeiten) einzusetzen, also nicht zur persönlichen Leistungserbringung verpflichtet zu sein,
- der eigenverantwortliche Antritt von Urlaub,
- die fehlende Notwendigkeit, Arbeitsunfähigkeit anzuzeigen,
- die fehlende Notwendigkeit, sich beim Dienstgeber an- oder abzumelden und
- das folgenlose Fernbleiben von Teambesprechungen, Supervisionen usw.<sup>62</sup>

#### g) Einfluss einer Mischfinanzierung

Eine **Mischfinanzierung** (Leistungen der Gesetzlichen Krankenversicherung, des Jugendamtes und der Kom-

mune) der Familienhebammentätigkeit ist dann als Indiz für eine selbstständige Tätigkeit der Familienhebamme/FGKiKP anzusehen, wenn dies dazu führt, dass mit den verschiedenen Kostenträgern verschiedene (Dienst-) Verträge abgeschlossen werden. In diesem Fall ist nach der vertraglichen Konstellation von verschiedenen Finanziers auszugehen, die neben dem Auftrag der Eltern als – direkte oder indirekte – Auftraggeber agieren. Kann aber eine Familienhebamme für mehrere Auftraggeber tätig werden bzw. mit mehreren Kostenträgern abrechnen, dann spricht dies sehr deutlich für eine selbstständige Tätigkeit.

### 3. INDIZIEN FÜR EINE UNSELBSTSTÄNDIGE TÄTIGKEIT

#### a) Weisungsabhängigkeit bzgl. Arbeitszeit und Arbeitsort

Von einer unselbstständigen Tätigkeit einer Familienhebamme im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses ist dann auszugehen, wenn diese ihre *Arbeitszeit* nicht im Wesentlichen frei bestimmen kann. Dies ist etwa dann der Fall, wenn der Dienstgeber gegenüber der Familienhebamme bzw. FGKiKP

- einseitig die Lage der Arbeitszeit festsetzen kann;
- Zeiten für Teamsitzungen, Supervision und Fortbildungen bestimmen kann, auf deren Festlegung die Familienhebamme/FGKiKP keinen Einfluss hat.<sup>63</sup> Dies gilt selbst dann, wenn es nach dem reinen Wortlaut des Dienstvertrages keine Pflicht zur Teilnahme an einer dieser Veranstaltungen gibt, sofern eine sinnvolle Durchführung der Beratungstätigkeit ohne die Teilnahme nicht möglich ist<sup>64</sup>;
- durchzuführende Telefondienste oder Sprechstunden bestimmen kann, auf deren Festlegung die Familienhebamme/FGKiKP keinen Einfluss hat. Eine mittelbare Verpflichtung ist ausreichend<sup>65</sup>;

58 LAG BW 20.02.2002, 11 Sa 2/02 = ZTR 2002, 390 f.

59 So das SG Gießen 17.01.2014, S 19 R 396/12.

60 Zu den sozialversicherungsrechtlichen Grenzen des Leistungs-Outsourcing an Dritte vgl. SG Berlin 11.01.2012, S 73 KR 1715/09.

61 Vgl. zu den Voraussetzungen einer solchen Ablehnungsmöglichkeit: LSG NI 29.07.2008, L 10 R 248/06 (zum sozialrechtlichen Beschäftigungsbegriff).

62 Vgl. zu den genannten Merkmalen BAG 25.05.2005, 5 AZR 347/04, AP § 611 Abhängigkeit Nr. 117.

63 So das LSG NI 29.07.2009, L 10 R 248/06 (zum sozialrechtlichen Beschäftigungsbegriff).

64 So das LSG NI 29.07.2009, L 10 R 248/06 (zum sozialrechtlichen Beschäftigungsbegriff).

65 So das LSG NI 29.07.2009, L 10 R 248/06 (zum sozialrechtlichen Beschäftigungsbegriff).

- einfordern kann, dass diese die Urlaubsplanung des Dienstgebers bei der eigenen Urlaubsplanung zu berücksichtigen hat.

Für eine Weisungsbefugnis des Dienstgebers im Hinblick auf die Arbeitszeit spricht (bezogen auf die Anzahl der zu erbringenden Beratungsstunden), wenn einseitig vom Dienstgeber ein Stundenkontingent festgesetzt wird, von dem nur nach seiner Genehmigung abgewichen werden darf.<sup>66</sup> Zu beachten ist jedoch, dass ein vorgegebenes Stundenkontingent dem Dienstverpflichteten regelmäßig die Freiheit lässt, zwischen den vorbezeichneten Grenzen die Anzahl der zu absolvierenden Beratungsstunden selbst zu bestimmen und dabei das zugeteilte Stundenkontingent auszuschöpfen oder nicht.

Allerdings ist auch diese Freiheit wiederum nur ein schwaches Indiz, wenn bei der Verteilung des jeweiligen Stundenkontingents Vorgaben zu beachten sind, die sich aus den zu erledigenden Aufgaben und anderen äußeren Umständen ergeben. So müssen etwa Hausbesuche mit der Familie abgestimmt werden, eine Begleitung bei Behördenbesuchen bzw. Arztbesuchen muss mit den dortigen Sprechzeiten koordiniert werden.<sup>67</sup>

Die einseitige Vorgabe eines Stundenkontingents kann nur dann Indiz für eine nicht selbstständige Tätigkeit als Arbeitnehmer/-in sein, wenn diese Freiheit ihrerseits durch hinzutretende Faktoren begrenzt wird. Zu denken ist hier etwa an den Druck, durch den Umfang der eigenen Beratungstätigkeit innerhalb des vorgegebenen Stundenkontingents den an die Institution herangetragenen Beratungsbedarf zu befriedigen.<sup>68</sup> Ob dieser Druck tatsächlich besteht, ist wiederum Frage des Einzelfalls.

Auch die Verpflichtung, den Erstkontakt mit der zu betreuenden Familie innerhalb einer bestimmten Frist herzustellen, ist Ausfluss des Weisungsrechts des Arbeitgebers und damit Indiz für eine abhängige Tätigkeit. Gerade das Zusammenspiel dieser Verpflichtung mit der

fehlenden Möglichkeit, die Übernahme der Hilfe abzulehnen, sowie mit verbindlichen Verpflichtungen im Hinblick auf Berichtspflicht und Vorgaben zum Inhalt des Einsatzes bildet ein **sehr starkes Indiz** für eine abhängige Tätigkeit.

Neben der Indizwirkung der nicht freien Gestaltung der Arbeitszeit spricht auch die Weisungsgebundenheit im Hinblick auf den *Arbeitsort* für eine abhängige Tätigkeit. Wird der Familienhebamme bzw. FGKiKP durch den Dienstgeber einseitig vorgegeben, wo sie ihre Arbeitsleistung zu erbringen hat, ist von einer entsprechenden Weisungsgebundenheit auszugehen. Entscheidend ist hierbei die Frage, ob der Familienhebamme bzw. FGKiKP einseitig vorgeschrieben werden kann, wo sie den nicht betreuenden Teil ihrer Tätigkeit zu verrichten hat. Hat sie dies etwa in den Räumen ihres Auftraggebers zu leisten, ist dies ein Indiz für eine weisungsgebundene und damit abhängige Beschäftigung. Der betreuende Teil der Tätigkeit einer Familienhebamme ist jedenfalls von geringer Indizwirkung, da sich dieser Teil regelmäßig aus fachlichen Vorgaben ergibt.<sup>69</sup>

Im Hinblick auf den Arbeitsort bestehende Freiräume sind unschädlich (z.B. einen Hausbesuch in der Wohnung der betreuten Familie durch einen Ausflug zu ersetzen).<sup>70</sup>

#### **b) Weisungsabhängigkeit bei bestehender Berichtspflicht**

Das BAG weist darauf hin, dass sich eine Weisungsabhängigkeit des Dienstnehmers nicht ohne weiteres aus einer vereinbarten Berichtspflicht ergibt.<sup>71</sup> Entscheidend ist vielmehr die Zielrichtung der Berichtspflicht. Erst dann, wenn Berichte als Grundlage für die Ausübung eines arbeitsrechtlichen Weisungsrechts dienen sollen (z.B. wenn der Dienstgeber durch die Berichte ermitteln will, ob und wie die Familienhebamme bzw. FGKiKP ihre Dienstleistung optimieren kann), sind sie Indiz für eine abhängige Tätigkeit der Familienhebamme/FGKiKP.<sup>72</sup>

66 So für den sozialrechtlichen Beschäftigungsbegriff LSG NI 29.07.2008, L 10 R 248/06.

67 So das LSG NI, 27.05.2009, L 2 R 77/09 (zum sozialrechtlichen Beschäftigungsbegriff).

68 So für den sozialrechtlichen Beschäftigungsbegriff LSG NI 29.07.2008, L 10 R 248/06.

69 So das LSG NI 27.05.2009, L 2 R 77/09 (zum sozialrechtlichen Beschäftigungsbegriff).

70 So das LSG NI 27.05.2009, L 2 R 77/09 (zum sozialrechtlichen Beschäftigungsbegriff).

71 Genauer dazu auch oben unter II.2.b)

72 BAG 25.05.2005, 5 AZR 347/04 = AP § 611 Abhängigkeit Nr. 117.

### c) Weisungsabhängigkeit und familienbezogene Vereinbarungen

Behält sich der Dienstgeber im Vertrag vor, der Familienhebamme bzw. FGKiKP familienbezogene »Vereinbarungen« einseitig zu erteilen, dann macht er mit der Erteilung einer entsprechenden Weisung von seinem Weisungsrecht Gebrauch. Dies ist dann ein Indiz für ein bestehendes Arbeitsverhältnis.<sup>73</sup>

### d) Einfluss fachlicher Weisungen des Dienstgebers

Ein Merkmal der Arbeitnehmereigenschaft ist, dass der Dienstnehmer hinsichtlich des Inhalts seiner Arbeitsleistung dem Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt.

Für eine abhängige Tätigkeit der Familienhebamme bzw. FGKiKP spricht daher, wenn diese nicht frei entscheiden kann, wie sie die Betreuung in den Familien wahrnimmt und durchführt, wenn ihr also der Dienstgeber konkrete Weisungen bezüglich der Betreuungs- und Erziehungsarbeit erteilen kann<sup>74</sup>, z.B. wenn die Familienhebamme bzw. FGKiKP bei ihrer Arbeit ein vom Dienstgeber vorgegebenes Erziehungs- und Beratungskonzept zwingend zu berücksichtigen hat.<sup>75</sup>

Es ist allerdings auch an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass dem Merkmal »fachliche Weisungsgebundenheit« im Rahmen der Statusfeststellung nur sehr eingeschränkte Bedeutung zukommt, wenn es sich – so wie hier – um »Dienste höherer Art« handelt<sup>76</sup> und dementsprechend der Arbeitgeber vielfach gar nicht in der Lage ist, Anweisungen hinsichtlich der Art der zu leistenden Arbeit zu erteilen. In diesen Fällen steht eine fachliche Weisungsfreiheit der Arbeitnehmereigenschaft nicht entgegen.<sup>77</sup>

### e) Einbindung in eine fremde Arbeitsorganisation

Indizien für die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation und damit ebenfalls für die Annahme einer Arbeitnehmereigenschaft sind insbesondere:

- die Pflicht, nur für einen Auftraggeber tätig zu werden,
- die Pflicht, die zugewiesenen Tätigkeiten zu übernehmen,
- die Pflicht zur persönlichen Leistungserbringung,
- die Einbindung in einen Dienstplan,
- die Pflicht, Fälle von Erkrankung oder Dienstverhinderung dem Dienstgeber zu melden,
- die Pflicht, Urlaub beim Dienstgeber zu beantragen und ggf. vorhandene Urlaubsplanungen zu berücksichtigen,
- die Pflicht, Einsatz- bzw. Arbeitszeitanzeige zu führen,
- die Möglichkeit für den Dienstgeber, Kontrollbesuche bei der betreuten Familie durchzuführen,
- die – auch mittelbare – Pflicht, an Veranstaltungen, z.B. Supervisionen, Fortbildungen, Teambesprechungen, teilzunehmen,
- die Zuweisung von Büroräumen im Einflussbereich des Dienstgebers,
- die Teilnahme am Vertretungsplan des Dienstgebers,
- die Nutzung von Arbeitsmaterialien des Dienstgebers,
- die Einbindung in organisatorische Strukturen des Dienstgebers,
- die Pflicht zur An- oder Abmeldung beim Dienstgeber,
- Ermahnungen bzw. Abmahnungen durch den Dienstgeber.

## 4. PRAXISBEISPIELE ZUM UNTERSCHIEDLICHEN STATUS VON FAMILIENHEBAMMEN/FGKIKP, VERTRAGSMUSTER UND CHECKLISTE

Um den arbeitsrechtlichen Status von Familienhebammen bzw. FGKiKP zu ermitteln, ist es erforderlich, die ermittelten Indizien, die entweder für eine selbstständige oder eine abhängige Tätigkeit sprechen, zu bewerten und zu gewichten. Das bedeutet, dass nur im Rahmen einer

73 Vgl. ebenfalls oben II.2.c)

74 Vgl. BAG 25.05.2005, 5 AZR 347/04 = AP § 611 Abhängigkeit Nr. 117.

75 BAG 25.05.2005, 5 AZR 347/04 = AP § 611 Abhängigkeit Nr. 117.

76 Vgl. hierzu oben II.2.e), vgl. auch LAG BW 20.02.2002, 11 Sa 2/02 = ZTR 2002, 390 f; vgl. zum sozialrechtlichen Beschäftigungsbegriff LSG NI 27.05.2009, L 2 R 77/09.

77 Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, § 611 Rn 85 mwN.

wertenden Gesamtschau und einer Überprüfung aller in Betracht kommenden Abgrenzungskriterien entschieden werden kann, ob das zwischen zwei Parteien bestehende Vertragsverhältnis – aufgrund festgestellter überwiegender Merkmale – ein Arbeitsverhältnis oder ein freies Mitarbeiterverhältnis darstellt.<sup>78</sup>

Anhand der beiden nachfolgenden Praxisbeispiele soll der unterschiedliche arbeitsrechtliche Status von Familienhebammen bzw. FGKiKP deutlich gemacht werden.

#### a) Beispiel für eine angestellte Familienhebamme

Familienhebamme H hat – ohne über den Inhalt verhandeln zu können – einen Honorarvertrag mit dem Jugendamt in A geschlossen. In diesem Vertrag wird festgestellt, dass H als freie Mitarbeiterin beschäftigt wird. Darüber hinaus ist H gegenüber dem Jugendamt zu Folgendem verpflichtet:

- Betreuungsaufträge, die von dem Jugendamt an die Familienhebamme herangetragen werden, können nur bei fehlenden zeitlichen Ressourcen abgelehnt werden;
- die Arbeitsstunde einer Familienhebamme (60 Minuten) setzt sich aus 45 Minuten Betreuung vor Ort und 15 Minuten Dokumentation zusammen und wird mit 38,00 Euro vergütet;
- die Familienhebamme hat die von dem Jugendamt zur Verfügung gestellten Dokumentations- und Evaluationsbögen einzusetzen und gewissenhaft zu führen;
- die Einsatzzeit liegt zwischen Montag und Freitag 8:00 Uhr bis 18:00 Uhr;
- die Familienhebamme darf nicht für andere Träger der Jugendhilfe tätig werden.

H richtet sich nach diesem Vertrag. Sie lehnt Betreuungsaufträge des Jugendamtes nur ab, wenn sie keine Zeit dafür hat. Für andere Träger wird sie nicht tätig und gibt regelmäßig die geforderten Unterlagen beim Jugendamt A ab. An Wochenenden erbringt sie keine Leistungen.

Betrachtet man dieses Dienstverhältnis zwischen H und dem Jugendamt A, so zeigt sich, dass deutlich mehr Indizien für eine abhängige (also angestellte) Tätigkeit sprechen als für eine selbstständige. Die fehlende Möglichkeit, **grundlos** Betreuungsaufträge abzulehnen, das

Verbot, für andere Träger tätig zu werden, und die Festlegung einer Einsatzzeit führen dazu, dass H vom Jugendamt A persönlich abhängig und in die Arbeitsorganisation des Jugendamtes eingegliedert ist. Hierfür spricht auch die Berichtspflicht, die uneingeschränkt besteht. Gegen eine abhängige Tätigkeit spricht vorliegend allein die Feststellung, dass H freie Mitarbeiterin sein soll. Diese Einordnung ist jedoch dann unbeachtlich, wenn – wie hier – die tatsächliche Vertragsgestaltung nicht auf eine freie (selbstständige) Mitarbeit ausgerichtet ist. Die Gesamtschau der Umstände spricht hier also dafür, dass H Arbeitnehmerin des Jugendamtes A ist.

#### b) Beispiel für eine selbstständige FGKiKP

FGKiKP F trifft ebenfalls eine Vereinbarung mit dem Jugendamt A. Auch in dieser Vereinbarung wird F als freie Mitarbeiterin bezeichnet. Darüber hinaus enthält die Vereinbarung folgende Regelungen:

- Das Jugendamt A trägt Betreuungsanfragen an F heran. F entscheidet eigenverantwortlich, welchen Auftrag sie übernimmt. Sie hat das Recht, Aufträge grundlos abzulehnen.
- F ist ebenfalls berechtigt, laufende Betreuungen – etwa bei Vertrauensverlust – zu beenden.
- Auch die Arbeitsstunde von F (60 Minuten) setzt sich aus 45 Minuten Betreuung vor Ort und 15 Minuten Dokumentation zusammen und wird mit 38,00 Euro vergütet.
- F ist berechtigt, nach eigener Einschätzung ihre Einsatzzeit zu planen.
- F ist gegenüber dem Jugendamt A berechtigt, Urlaubs- oder Krankenvertreter zur Sicherstellung der Aufträge einzusetzen, wenn diese – nachweisbar – ausreichend qualifiziert sind.
- F kann – ohne Mitteilung an das Jugendamt A – weitere Betreuungsaufträge von anderen Jugendhilfeträgern annehmen.

Der Vertrag wird so wie vereinbart durchgeführt. Hier zeigt die Gestaltung und Durchführung des (Dienst-) Vertrags, dass die Indizien für eine selbstständige Tätigkeit überwiegen. Während die Stundenabrechnung eher als neutral einzuschätzen ist, sind die anderen Vereinba-

<sup>78</sup> Reiserer, in: Moll, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, § 6 Rn 6.

rungen Ausdruck dafür, dass F weder persönlich vom Jugendamt A abhängig, noch in dessen Arbeitsorganisation eingegliedert ist. Die Gesamtschau der Umstände spricht hier also dafür, dass F selbstständig tätig ist.

### c) Vertragsmuster »Familienhelfer«

Arbeits- oder sozialgerichtliche Entscheidungen zum Status von Familienhebammen bzw. FGKiKP finden sich derzeit nicht. Allerdings hatte das SG Gießen in einem Urteil vom 17.01.2014 über den sozialversicherungsrechtlichen Status eines **Familienhelfers** zu befinden, der für einen freien Träger der Jugendhilfe tätig war.<sup>79</sup> Das SG Gießen stellte beim betroffenen Familienhelfer **sozialversicherungsrechtlich** eine **selbstständige** Tätigkeit fest. Der für diese Feststellung herangezogene »Freier-Mitarbeiter-Vertrag« kann sicherlich nicht uneingeschränkt auf Familienhebammen bzw. FGKiKP übertragen werden, enthält aber zumindest Anhaltspunkte für die Vertragsgestaltung bei selbstständig tätigen Familienhebammen bzw. FGKiKP. Daher wird er nachfolgend anonymisiert wiedergegeben. Von einer unreflektierten Übernahme dieses Vertrags wird jedoch ausdrücklich **abgeraten**.

#### »Freier-Mitarbeiter-Vertrag«

##### § 1 Tätigkeit:

*Frau/Herr wird ab dem ... als freie Mitarbeiterin/freier Mitarbeiter für den Auftraggeber tätig als sozialpädagogischer Familienhelfer.*

*Die Tätigkeit umfasst die familienunterstützende Arbeit für folgende Personen .... nach § 30 KJHG.*

##### § 2 Weisungsfreiheit

*Der freie Mitarbeiter unterliegt bei der Durchführung der übertragenen Tätigkeit keinen Weisungen des Auftraggebers. Gegenüber anderen Angestellten des Auftraggebers hat der freie Mitarbeiter keine Weisungsbefugnis.*

##### § 3 Zeit und Ort der Tätigkeit

*Der freie Mitarbeiter ist grundsätzlich in der Gestaltung seiner Arbeitszeit frei. Art und Umfang der nach § 1 übertragenen Aufgaben machen jedoch einen Zeitaufwand von zur Zeit ... im Monat erforderlich. Die regelmäßige Arbeitszeit ist nach Weisung des Auftraggebers abänderbar und richtet*

*sich nach der jeweils aktuellen Kostenzusage des für die betreute Person/Familie zuständigen Leistungsträgers.*

*Die Tätigkeit ist am Wohnort/Aufenthaltort der zu betreuenden Person/Familie auszuführen.*

##### § 4 Vergütung

*Der freie Mitarbeiter erhält eine Vergütung nur für die tatsächlich geleisteten Stunden (face-to-face) nach Vorlage von Stundennachweisen auf der Grundlage eines Stundensatzes von ... . Die Vergütung wird monatlich gegen Vorlage einer Rechnung gezahlt. Die Besteuerung der Bezüge und die Abführung etwaiger Sozialversicherungsbeiträge obliegt dem freien Mitarbeiter.*

*Dem freien Mitarbeiter werden keine Nebenkosten (z.B. An- und Abfahrt zum Einsatzort) erstattet.*

##### § 5 Krankheit, Arbeitsverhinderung und Urlaub

*Dem freien Mitarbeiter steht ein Honoraranspruch nicht zu, wenn er infolge Krankheit oder sonstiger Arbeitsverhinderung an der Leistung der Dienste verhindert ist.*

*Der freie Mitarbeiter hat keinen Anspruch auf Urlaub.*

##### § 6 Wettbewerbstätigkeit

*Dem freien Mitarbeiter bleibt es überlassen, auch für andere Auftraggeber tätig zu werden. Durch seine anderweitige Tätigkeit darf jedoch die Tätigkeit für den Auftraggeber nicht beeinträchtigt werden. Um einer Scheinselbstständigkeit vorzubeugen, hat der freie Mitarbeiter dem Auftraggeber schriftlich anzuzeigen, wenn er nur für einen Auftraggeber tätig ist.*

##### § 7 Vertragsdauer

*Das Mitarbeiterverhältnis endet mit Erreichung des in § 1 umschriebenen Zweckes/endet spätestens dann, wenn die Kostenzusage vom zuständigen Jugendamt zurückgezogen wird. Die Kündigung des Vertrages ist spätestens am 15. eines Monats für den Schluss des Kalendermonats zulässig. Das Recht zur fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund bleibt davon unberührt.*

##### § 8 Dokumentation

*Der freie Mitarbeiter verpflichtet sich zur Dokumentation der in § 1 übertragenen Aufgaben in der vom Arbeitgeber vorgegebenen Form.*

<sup>79</sup> SG Gießen 17.01.2014, S 19 R 396/12.

### § 9 Schlussbestimmungen

Von der Möglichkeit des Abschlusses eines Anstellungsvertrages ist in Anwendung des Grundsatzes der Vertragsfreiheit bewusst kein Gebrauch gemacht worden. Eine Umgehung arbeitsrechtlicher oder arbeitsgesetzlicher Schutzvorschriften ist nicht beabsichtigt. Dem freien Mitarbeiter soll vielmehr die volle Entscheidungsfreiheit bei der Verwertung seiner Arbeitskraft belassen werden.

Eine über den Umfang dieser Vereinbarung hinausgehende persönliche, wirtschaftliche oder soziale Abhängigkeit wird nicht begründet.<sup>80</sup>

Zusätzlich enthielt der Vertrag einen Anhang, nach dem maximal 10 % der geleisteten Monatsstunden auch als telefonische Kontakte abgerechnet werden können. Trifft die/der freie Mitarbeiter/-in trotz Terminabsprache niemanden an, so kann sie/er trotzdem eine Stunde abrechnen. Fahrten mit den zu betreuenden Personen zu Ämtern, Ärztinnen/Ärzten oder Therapeutinnen/Therapeuten sind face-to-face-Stunden und damit abrechenbar. Fahrtkosten werden hingegen nicht erstattet.<sup>81</sup>

### d) Checkliste zur Überprüfung der Abgrenzungskriterien<sup>82</sup>

Arbeitsverhältnis	Freies Mitarbeiterverhältnis
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Weisungsrecht des Arbeitgebers hinsichtlich               <ul style="list-style-type: none"> <li>• Arbeitsort</li> <li>• Arbeitszeit</li> <li>• Fachlich (eingeschränkt)</li> </ul> </li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Kein Weisungsrecht des Auftraggebers</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Eingliederung in den Betrieb               <ul style="list-style-type: none"> <li>• Zuweisung eines Büros</li> <li>• Überlassung von Arbeitsgeräten</li> <li>• Einordnung in Organisation und Hierarchie beim Arbeitgeber</li> <li>• Pflicht zur Vertretung von Kolleginnen/Kollegen</li> </ul> </li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Keine Eingliederung               <ul style="list-style-type: none"> <li>• Eigene Betriebsstätte</li> <li>• Eigene Betriebsmittel</li> <li>• Einsatz eigenen Kapitals</li> </ul> </li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Leistungserbringung in eigener Person</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Tatsächliche Beschäftigung von Mitarbeiterinnen/Mitarbeitern</li> <li>• Vertraglich festgelegte Befugnis zum Einsatz von Hilfspersonen</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Verpflichtung, angebotene Aufträge anzunehmen</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Unternehmerisches Auftreten am Markt               <ul style="list-style-type: none"> <li>• Eigene Werbemaßnahmen und Kundenakquisitionen</li> <li>• Unternehmerisches Risiko</li> </ul> </li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Aufnahme in einen Dienstplan               <ul style="list-style-type: none"> <li>• Festlegung von echten Dienstplänen</li> </ul> </li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Einheitliche Behandlung von freien Mitarbeiterinnen/Mitarbeitern und Arbeitnehmerinnen/Arbeitnehmern               <ul style="list-style-type: none"> <li>• Wichtig bei Beauftragung unterschiedlicher Personengruppen mit gleichartigen Aufgaben</li> <li>• Aufnahme in Organisations- und Raumebelegungspläne</li> </ul> </li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Berichterstattungspflichten (eingeschränkt)</li> </ul>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Gesamte Arbeitskraft geschuldet</li> </ul>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Dauerhaftes Arbeitsverhältnis</li> </ul>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Konkurrenzverbot</li> </ul>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Festvergütung</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Projektbezogene Vergütung</li> <li>• Stundenhonorar</li> <li>• Ausweisen von Mehrwertsteuer</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Abführen von Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträgen (durch den Arbeitgeber)</li> </ul>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Führung von Personalakten</li> </ul>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall</li> </ul>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Gewährung von Urlaub</li> </ul>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Entgeltfortzahlung im Urlaub</li> </ul>	

80 SG Gießen 17.01.2014, S 19 R 396/12.

81 SG Gießen 17.01.2014, S 19 R 396/12.

82 Mit kleineren Anpassungen übernommen aus: *Reiserer*, in: Moll, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, § 6 Rn 26.

A large, stylized white letter 'B' is centered within a dark red square. This square is set against a white background that is part of a larger graphic element consisting of a white square with a dark red border, which is itself on a grey background with horizontal white lines.

## SOZIALVERSICHERUNGSPFLICHTEN

Zur Beantwortung der im Bereich des Sozialversicherungsrechts angesiedelten Fragen wird zunächst geprüft, unter welchen Voraussetzungen freiberuflich, d.h. **selbstständig** tätige Familienhebammen bzw. FGKiKP in den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung versicherungspflichtig sind. Nicht beantwortet wird die Frage, welche einzelnen Pflichten die Versicherten in der Sozialversicherung treffen.

Es schließt sich die Prüfung an, in welchen Zweigen der Sozialversicherung **angestellte** Familienhebammen und FGKiKP versicherungspflichtig sind.

Letztlich wird die Frage geprüft, in welchen Zweigen der Sozialversicherung Familienhebammen und FGKiKP, die einer **geringfügigen Beschäftigung auf 450 EUR-Basis** nachgehen, versicherungspflichtig sind.<sup>83</sup>

## I. VON FREIBERUFLICH TÄTIGEN FAMILIENHEBAMMEN UND FGKIKP

### 1. GRUNDSÄTZE ZUR SOZIALVERSICHERUNGSPFLICHT VON SELBSTSTÄNDIGEN

Grundsätzliche Aussagen zur Versicherungspflicht in der Sozialversicherung finden sich in § 2 SGB IV. Dessen Abs. 1 definiert die *Versicherungspflicht* als Versicherung kraft Gesetzes oder kraft Satzung. Der Begriff der *Versicherungsberechtigung* bezeichnet demgegenüber die Versicherung aufgrund freiwilligen Beitritts oder freiwilliger Fortsetzung einer Versicherung. Darüber hinaus ist grundsätzlich jeder, der gegen Arbeitsentgelt oder zu seiner beruflichen Ausbildung beschäftigt ist, jede/-r Behinderte in einer geschützten Einrichtung und jede Landwirtin/jeder Landwirt in allen Zweigen der Sozialversicherung i.S.d. § 1 Abs. 1 SGB IV pflichtversichert (§ 2 Abs. 2 SGB IV).

Als Einschränkung und Spezifikation bezieht sich § 2 Abs. 2 SGB IV auf die speziellen Regelungen (»nach Maßgabe der besonderen Vorschriften für die einzelnen Versicherungszweige«), d.h. auf die §§ 24 ff. SGB III, §§ 5 ff. SGB V, §§ 1 ff. SGB VI, §§ 2 ff. SGB VII und §§ 20 ff. SGB XI, und bestätigt damit den Grundsatz, dass die speziellen Gesetze vorgehen. Für Selbstständige ist somit durch

§ 2 SGB IV zwar keine Versicherungspflicht statuiert, jedoch können die einzelnen Sozialversicherungszweige in ihren SGB Abweichungen von diesem Grundsatz enthalten. Die Frage nach der Versicherungspflicht von Selbstständigen ist daher für jeden Sozialversicherungszweig gesondert zu überprüfen.

## 2. RECHT DER ARBEITSFÖRDERUNG (SGB III)

Die Versicherungspflicht in der Arbeitslosenversicherung ergibt sich aus den §§ 24 bis 28 SGB III. Personengruppen, unter die freiberuflich tätige Familienhebammen bzw. FGKiKP subsumiert werden können, finden sich darin nicht, sodass diese im Rahmen der Arbeitslosenversicherung nicht versicherungspflichtig sind.

Allerdings besteht für freiberuflich tätige Familienhebammen bzw. FGKiKP die Möglichkeit, gemäß § 28a SGB III ein Versicherungspflichtverhältnis auf Antrag einzugehen. Voraussetzungen hierfür sind,

- dass sie eine selbstständige Tätigkeit mit einem Umfang von mindestens 15 Stunden wöchentlich aufnehmen und ausüben (§ 28a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB III),
- dass die antragstellende Person innerhalb der letzten 24 Monate vor Aufnahme der Tätigkeit oder Beschäftigung mindestens zwölf Monate in einem Versicherungspflichtverhältnis gestanden hat (§ 28a Abs. 2 S. 1 Nr. 1 SGB III),
- dass die antragstellende Person eine Entgeltersatzleistung nach dem SGB III unmittelbar vor Aufnahme der Tätigkeit oder Beschäftigung bezogen hat (§ 28a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SGB III) oder
- eine als Arbeitsbeschaffungsmaßnahme geförderte Beschäftigung, die ein Versicherungspflichtverhältnis oder den Bezug einer laufenden Entgeltersatzleistung nach dem SGB III unterbrochen hat, unmittelbar vor Aufnahme der Tätigkeit oder Beschäftigung ausgeübt hat (§ 28a Abs. 2 S. 1 Nr. 3 SGB III) und
- dass sie weder versicherungspflichtig (§§ 25, 26 SGB III) noch versicherungsfrei (§§ 27, 28 SGB III) ist.

Eine geringfügige Beschäftigung (§ 27 Abs. 2 SGB III) schließt die Versicherungspflicht nicht aus. Die Begrün-

83 Mit dem »Gesetz zu Änderungen im Bereich der geringfügigen Beschäftigung« v. 05.12.2012 (BGBl. I 2012, 2474) stieg zum 01.01.2013 die Verdienstgrenze für geringfügig entlohnte Beschäftigten (Geringfügigkeitsgrenze) von 400 Euro auf 450 Euro.

derung eines Versicherungspflichtverhältnisses auf Antrag ist allerdings dann ausgeschlossen, wenn die antragstellende Person bereits versicherungspflichtig nach § 28a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB III war, die zu dieser Versicherungspflicht führende Tätigkeit zweimal unterbrochen hat und in den Unterbrechungszeiten einen Anspruch auf Arbeitslosengeld geltend gemacht hat.

### 3. RECHT DER GESETZLICHEN KRANKENVERSICHERUNG (SGB V)

Die Versicherungspflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung ergibt sich aus § 5 SGB V. Personengruppen, unter die freiberuflich tätige Familienhebammen bzw. FGKiKP subsumiert werden können, finden sich darin nicht.

Vielmehr ist nach § 5 Abs. 5 SGB V nicht versicherungspflichtig, wer hauptberuflich selbstständig erwerbstätig ist. Dies ist bei freiberuflich tätigen Familienhebammen bzw. FGKiKP regelmäßig der Fall, sodass sie in der gesetzlichen Krankenversicherung grundsätzlich nicht versicherungspflichtig sind.

Ausnahmsweise können jedoch freiberuflich tätige Familienhebammen bzw. FGKiKP versicherungspflichtig in der gesetzlichen Krankenversicherung werden (§ 5 Abs. 1 Nr. 13a SGB V, wenn sie keine anderweitige Absicherung im Krankheitsfall haben (z.B. durch eine private Krankenversicherung) und zuletzt gesetzlich krankenversichert waren (§ 5 Abs. 1 Nr. 13a SGB V) oder bisher nicht gesetzlich oder privat krankenversichert waren (§ 5 Abs. 1 Nr. 13b SGB V).

Unberührt hiervon bleibt die Möglichkeit für freiberufliche Familienhebammen bzw. FGKiKP, sich nach § 9 SGB V freiwillig in der gesetzlichen Krankenversicherung zu versichern.

### 4. RECHT DER SOZIALEN PFLEGEVERSICHERUNG (SGB XI)

Die Versicherungspflicht in der gesetzlichen Pflegeversicherung ergibt sich aus den §§ 20 bis 27 SGB XI. Personengruppen, unter die freiberuflich tätige Familienhebammen bzw. FGKiKP subsumiert werden können, finden sich in diesen Vorschriften nicht, sodass diese grundsätz-

lich nicht in der sozialen Pflegeversicherung versicherungspflichtig sind.

Sind freiberufliche Familienhebammen bzw. FGKiKP allerdings nach § 5 Abs. 1 Nr. 13a SGB V versicherungspflichtig in der gesetzlichen Krankenversicherung, so sind sie auch in der sozialen Pflegeversicherung versicherungspflichtig (§ 20 Abs. 1 S. 2 Nr. 12 SGB XI).

Darüber hinaus sind Personen, die gegen das Risiko Krankheit bei einem privaten Krankenversicherungsunternehmen mit Anspruch auf allgemeine Krankenhausleistungen oder im Rahmen von Versicherungsverträgen, die der Versicherungspflicht nach § 193 Abs. 3 des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG) genügen, versichert sind, grundsätzlich verpflichtet, bei diesem Unternehmen zur Absicherung des Risikos der Pflegebedürftigkeit einen Versicherungsvertrag abzuschließen und aufrechtzuerhalten (§ 23 Abs. 1 S. 1 SGB XI). Diese Regelung ist auf privat krankenversicherte Familienhebammen bzw. FGKiKP anwendbar.

Freiwillige Mitglieder der gesetzlichen Krankenversicherung sind ebenfalls versicherungspflichtig in der sozialen Pflegeversicherung (§ 20 Abs. 3 SGB XI).

### 5. RECHT DER GESETZLICHEN RENTENVERSICHERUNG (SGB VI)

Die Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung ergibt sich aus den §§ 1 bis 8 SGB VI. § 2 SGB VI begründet hierbei auch eine Versicherungspflicht für Selbstständige.

#### a) Familienhebammen

Gemäß § 2 S. 1 Nr. 3 SGB VI sind auch selbstständig tätige Hebammen und Entbindungspfleger in der gesetzlichen Rentenversicherung sozialversicherungspflichtig. Die so kraft Gesetzes bestehende Versicherungspflicht von selbstständig tätigen Hebammen und Entbindungspflegern ist im Hinblick auf Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG verfassungsgemäß, da dieser Personenkreis mit abhängig Beschäftigten vergleichbar und somit schutzbedürftig ist.<sup>84</sup>

Hebammen und Entbindungspfleger erbringen nach § 4 Abs. 1 Hebammengesetz (HebG) Leistungen zur Geburtshilfe. Zu den Tätigkeiten gehört die Beratung von

84 Pietrek, in: jurisPK-SGB VI, § 2 Rn 124.

Schwangeren, die Einleitung von Geburten (mit Ausnahme von Notfällen), die Versorgung von Neugeborenen und Überwachung des Wochenbettverlaufs (§ 4 Abs. 2 HebG, § 5 HebG). Die Ausübung der Tätigkeit setzt die Erlaubnis zur Berufsausübung in der Entbindungshilfe voraus (§ 1 HebG).

Die Versicherungspflicht nach § 2 S. 1 Nr. 3 SGB VI besteht auch dann, wenn im Zusammenhang mit der Ausübung der selbstständigen Tätigkeit versicherungspflichtige Arbeitnehmer/-innen beschäftigt werden<sup>85</sup>; anders als bei der für FGKiKP relevanten Regelung des § 2 S. 1 Nr. 2 SGB VI.<sup>86</sup>

Nach Auffassung des LSG Sachsen-Anhalt<sup>87</sup> stellt die Tätigkeit als Familienhebamme ebenfalls eine Hebammentätigkeit dar, wie sie dem heutigen Verständnis des Hebammenberufs entspricht:

*»Bei der Familienhebamme handelt es sich um eine Spezialisierung für Hebammen, die Schwangere sowie Mütter mit Kindern bis zum vollendeten ersten Lebensjahr, die sich in schwierigen Lebenssituationen befinden, betreuen [...]. Voraussetzung für diese Qualifizierung/Weiterbildung ist die staatliche Anerkennung als Hebamme. Dass es sich hierbei um eine Weiterbildung im Rahmen der Hebammentätigkeit handelt, ergibt sich für das Land Sachsen-Anhalt aus § 4 des Gesetzes zum Schutz des Kindeswohles und zur Förderung der Kindergesundheit des Landes Sachsen-Anhalt vom 9. Dezember 2009 (GVBl. LSA 2009, 644) [...].*

*Das Gesetz [SGB VI, Anm. d. Verf.] geht bei der Anordnung der Versicherungspflicht für selbstständige Hebammen und Entbindungspfleger in diesem Sinne davon aus, dass bei diesen ebenso wie bei anderen rentenversicherungspflichtigen Selbstständigen ein den Arbeitnehmern vergleichbares Schutzbedürfnis besteht, weil ihr Lebensunterhalt primär auf der Verwertung der eigenen Arbeitskraft basiert. Letzteres folgt aus § 4 Abs. 1 Satz 1 des HebG, wonach die Hebamme ihre Leistungen persönlich erbringen muss, was ihrem Einkommensrah-*

*men überschaubare Grenzen setzt (vgl. LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 16. Oktober 2000 – L 4 RA 33/00; LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 08. Februar 2007 – L 17 RA 111/04 – juris). Die Annahme besonderer Schutzbedürftigkeit von Hebammen ist bei der gebotenen generalisierenden Betrachtung überdies deswegen gerechtfertigt, weil Hebammen in aller Regel allein arbeiten [...] Dieses Schutzbedürfnis entfällt bei der Tätigkeit als Familienhebamme ebenfalls nicht. Auch diese kann ihre Leistungen nur persönlich erbringen.*

Das LSG Sachsen-Anhalt schließt sich i.Ü. der Auffassung des LSG Berlin-Brandenburg in dessen Urteil vom 13.11.2008<sup>88</sup> an, dass in der Pflichtversicherung von selbstständigen Hebammen kein Verfassungsverstoß zu erkennen ist, da

*»die Versicherungspflicht, die den Erwerb von Rechten, Anwartschaften und Ansprüchen gegen die Solidargemeinschaft zur Folge hat, [...] ein geeignetes und auch verhältnismäßiges Mittel [ist], die selbstverständliche Vorsorge für Alter, Erwerbs- und Berufsunfähigkeit in einer bestimmten Art und Weise sicherzustellen.«<sup>89</sup>*

Insgesamt ist daher mit dem LSG Sachsen-Anhalt von der Versicherungspflicht von selbstständigen Familienhebammen in der gesetzlichen Rentenversicherung auszugehen. Hierfür spricht auch der Beschluss des BSG vom 08.07.2013, mit dem die Nichtzulassungsbeschwerde gegen die Entscheidung des LSG Sachsen-Anhalt verworfen wurde.<sup>90</sup> Das BSG<sup>91</sup> führt in dieser Entscheidung zur Subsumtion des Begriffs »Familienhebamme« unter den Begriff »Hebamme« i.S.d. § 2 S. 1 Nr. 3 SGB VI folgendes aus:

*»Die Klägerin [...] arbeitet [...] nicht heraus, warum die zitierte Rechtsprechung des BSG für selbstständig tätige Hebammen – auch in Kenntnis des Beschlusses vom 5.8.2003 – nicht gelten sollte. Soweit sie darauf hinweist, dass Hebammen über ihre Tätigkeit in der Geburtshilfe hinaus zunehmend auch in anderen Le-*

85 LSG NW 16.10.2000, L 4 RA 33/00.

86 Zu deren Versicherungspflicht sogleich unter b).

87 LSG ST 10.05.2012, L 1 R 65/09. Die gegen diese Entscheidung erhobene Nichtzulassungsbeschwerde wurde vom BSG als unzulässig verworfen (BSG 08.07.2013, B 12 R 33/12 B).

88 LSG BE 13.11.2008, L 21 R 529/06.

89 LSG ST 10.05.2012, L 1 R 65/09 (mwN).

90 BSG 08.07.2013, B 12 R 33/12 B.

91 BSG 08.07.2013, B 12 R 33/12 B.

*bensbereichen als ›Familienhebamme‹ tätig seien, legt sie nicht dar, inwieweit es sich bei dieser Tätigkeit vor dem Hintergrund der genannten Rechtsprechung und der gesetzlichen Regelungszwecke rechtlich um eine andere Tätigkeit handeln sollte, als die von § 2 S 1 Nr 3 SGB VI erfasste Tätigkeit als Hebamme.«*

Freiberuflich tätige Familienhebammen sind daher in der gesetzlichen Rentenversicherung **versicherungspflichtig**.

#### b) FGKiKP

Eine Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung für freiberufliche FGKiKP könnte sich aus § 2 S. 1 Nr. 2 SGB VI ergeben. Danach sind auch selbstständig tätige Pflegepersonen, die in der Kranken-, Wochen-, Säuglings- oder Kinderpflege tätig sind und im Zusammenhang mit ihrer selbstständigen Tätigkeit regelmäßig keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen, in der gesetzlichen Rentenversicherung **versicherungspflichtig**.

FGKiKP sind Gesundheits- und Kinderkrankenschwäger/-innen mit einer Zusatzqualifikation. Sie stärken die Kompetenz von Familien insbesondere mit behinderten oder chronisch kranken Kindern, Frühgeborenen, Kindern mit Regulationsstörungen und bei anderweitig belastenden Lebenssituationen. Sie klären die Eltern auf, z.B. zur motorischen Entwicklung und zum entwicklungsfördernden Umgang mit ihren Kindern. Ihre Leistungen erbringen sie bei Hausbesuchen oder in der Begleitung zu weiteren Angeboten. Sie vermitteln bei Bedarf weitere Hilfen und sind so – ebenso wie z.B. die Familienhebammen – Lotsinnen und Lotsen durch die zahlreichen Angebote der Frühen Hilfen.

Die Versicherungspflicht nach § 2 S. 1 Nr. 2 SGB VI setzt voraus, dass die Tätigkeit **überwiegend** zu Heilzwecken und aufgrund einer Weisung einer/eines Heilkundigen (Ärztin/Arzt, Heilpraktikerin/Heilpraktiker) ausgeübt wird. Dies bedeutet, dass die/der Heilkundige die Diagnose feststellen und Art und Umfang der medizinisch erforderlichen Behandlung festlegen muss. Die selbstständige Pflegeperson unterliegt somit einer tätigkeitsbezogenen Weisungsabhängigkeit von der/vom

Heilkundigen.<sup>92</sup> Diese Voraussetzung dürfte – ausgehend vom Tätigkeitsprofil – bei FGKiKP hingegen nicht gegeben sein.

Freiberuflich tätige FGKiKP sind daher – im Gegensatz zu Familienhebammen – nach derzeitiger Rechtslage **nicht** in der gesetzlichen Rentenversicherung **versicherungspflichtig**.

## 6. RECHT DER GESETZLICHEN UNFALLVERSICHERUNG (SGB VII)

Die Versicherungspflicht in der gesetzlichen Unfallversicherung ergibt sich aus den §§ 2 bis 6 SGB VII.

Nach § 2 Abs. 1 Nr. 9 SGB VII sind Personen, die *selbstständig* oder unentgeltlich, insbesondere ehrenamtlich im Gesundheitswesen oder in der Wohlfahrtspflege tätig sind, kraft Gesetzes versichert. Ausgenommen von dieser Versicherungspflicht sind selbstständig tätige Ärztinnen/Ärzte, Zahnärztinnen/Zahnärzte, Tierärztinnen/Tierärzte, Psychologische Psychotherapeutinnen/Psychotherapeuten, Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeutinnen/Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeuten, Heilpraktiker/-innen und Apotheker/-innen (§ 4 Abs. 3 SGB VII).

Der Zweck des § 2 Abs. 1 Nr. 9 SGB VII liegt in der Miteinbeziehung solcher Personen in den Schutz der gesetzlichen Unfallversicherung, deren Tätigkeit im Interesse und für das Wohl der Allgemeinheit erfolgt und bei denen sich besondere Berufsgefahren im gleichen Maße auswirken wie bei abhängig Beschäftigten. Hierzu zählt namentlich das erhöhte Ansteckungsrisiko aufgrund von Infektionskrankheiten.<sup>93</sup>

Voraussetzung für die Versicherungspflicht nach § 2 Abs. 1 Nr. 9 SGB VII ist demnach eine selbstständige Tätigkeit im Gesundheitswesen oder in der Wohlfahrtspflege.

Zum *Gesundheitswesen* zählen alle Einrichtungen und Tätigkeiten, die die Beseitigung oder Besserung eines krankhaften Zustandes oder die Pflege eines pflegebedürftigen Menschen bezwecken, des Weiteren diejenigen, die eigens den Zweck haben, die Gesundheit des Einzelnen oder der Allgemeinheit vor unmittelbar drohenden Gefahren zu schützen.<sup>94</sup>

<sup>92</sup> BSG 30.01.1997, 12 RK 31/96 = SozR 3-2600 § 2 Nr. 2 (Krankengymnast/Physiotherapeut).

<sup>93</sup> Bieresborn, in: jurisPK-SGB VII, § 2 Rn 136.

<sup>94</sup> Bieresborn, in: jurisPK-SGB VII, § 2 Rn 140.

Als Versicherte nach § 2 Abs. 1 Nr. 9 SGB V kommen u.a. auch *Hebammen* sowie Krankenschwestern und -pfleger in Betracht.<sup>95</sup>

Unter *Wohlfahrtspflege* wird zunächst eine planmäßige, zum Wohle der Allgemeinheit und nicht des Erwerbs wegen ausgeübte unmittelbare vorbeugende oder abhelfende Hilfeleistung für gesundheitlich, sittlich oder wirtschaftlich gefährdete oder Not leidende Menschen verstanden. Nach h.M. ist der Begriff der allgemeinen Wohlfahrtspflege in Nr. 9 jedoch weiter: Es kommt nicht auf die organisatorische Gestaltung, sondern die Zweckbestimmung einer Einrichtung oder Tätigkeit an, weshalb auch die Pflege eines kranken oder alten Menschen ohne Bezug zu einer entsprechenden Organisation oder Einrichtung davon umfasst wird.

Für die Wohlfahrtspflege ist typisch, dass Personen betreut werden, die besonderer Fürsorge bedürfen, weil sie aufgrund ihres hohen oder geringen Alters, wegen Krankheit oder Gebrechen bzw. Notlagen Hilfe brauchen.<sup>96</sup>

Die Frage, ob Familienhebammen bzw. FGKiKP dem Bereich des Gesundheitswesens und/oder der Wohlfahrtspflege zuzuordnen sind, ist bislang noch nicht aufgeworfen worden. Aus dem Tätigkeitsprofil für Familienhebammen sowie FGKiKP ergibt sich jedoch, dass sie sowohl im Gesundheitsbereich als auch in der Wohlfahrtspflege tätig werden. Eine Entscheidung, welche Tätigkeit im Vordergrund steht, kann bei Familienhebammen und FGKiKP nicht getroffen werden. Beide Bereiche stehen bei diesen Tätigkeiten nebeneinander.

Sowohl freiberufliche Familienhebammen als auch FGKiKP sind daher nach § 2 Abs. 1 Nr. 9 SGB VII **unfallversicherungspflichtig**.

Im Übrigen hat eine **mischfinanzierte Tätigkeit** von Familienhebammen bzw. FGKiKP keine unfallversicherungsrechtlichen Auswirkungen. Problematisch wäre es nur, wenn die mischfinanzierte Tätigkeit zur Zuständigkeit unterschiedlicher Berufsgenossenschaften führen würde. So wäre es durchaus denkbar, dass für das »Gesundheitswesen« (SGB V) eine andere Berufsgenossenschaft zuständig ist als für die »Wohlfahrtspflege« (SGB

VIII). In diesem Fall müsste untersucht werden, bei welcher Tätigkeit das versicherte Risiko eingetreten ist. Tatsächlich stellt sich dieses Problem allerdings nicht, da für beide Branchen die *Berufsgenossenschaft für Gesundheitsdienst und Wohlfahrtspflege* zuständig ist. Eine Unterscheidung nach der jeweiligen Tätigkeit ist daher überflüssig.

## II. BEI ANGESTELLTER TÄTIGKEIT VON FAMILIENHEBAMMEN BZW. FGKiKP

Angestellte Familienhebammen bzw. FGKiKP sind Beschäftigte (§ 7 Abs. 1 SGB IV) und damit in allen Zweigen der Sozialversicherung versicherungspflichtig (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 SGB IV):

- in der **Arbeitslosenversicherung** gem. § 24 Abs. 1 i.V.m.i.V.m. § 25 Abs. 1 S. 1 SGB III;
- in der **gesetzlichen Krankenversicherung** gem. § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V;
- in der **sozialen Pflegeversicherung** gem. § 20 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB XI;
- in der **gesetzlichen Rentenversicherung** gem. § 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI;
- in der **gesetzlichen Unfallversicherung** gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII.

## III. BEI ANGESTELLTER TÄTIGKEIT AUF 450 EURO-BASIS

### 1. GRUNDSÄTZLICHES ZUR SOZIALVERSICHERUNGSPFLICHT IM RAHMEN EINER GERINGFÜGIGEN BESCHÄFTIGUNG

Die Sozialversicherungspflicht im Rahmen einer geringfügigen Versicherung richtet sich nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 8 SGB IV. Eine geringfügige Beschäftigung liegt vor, wenn das Arbeitsentgelt aus dieser Beschäftigung regelmäßig im Monat 450 EUR nicht übersteigt oder die

<sup>95</sup> Bieresborn, in: jurisPK-SGB VII, § 2 Rn 140.

<sup>96</sup> LSG SN 16.12.2010, L 2 U 67/09; vgl. auch LSG NW 21.05.2003, L 17 U 54/02.

Beschäftigung innerhalb eines Kalenderjahres auf längstens zwei Monate oder 50 Arbeitstage nach ihrer Eigenart begrenzt zu sein pflegt oder im Voraus vertraglich begrenzt ist, es sei denn, dass die Beschäftigung berufsmäßig ausgeübt wird und ihr Entgelt 450 EUR im Monat übersteigt (§ 8 Abs. 1 SGB IV).

Am 01.01.2013 ist das »Gesetz zu Änderungen im Bereich der geringfügigen Beschäftigung«<sup>97</sup> in Kraft getreten. Hierbei kam es zu folgenden Änderungen im Recht der geringfügigen Beschäftigung:

- Die bisherige Entgeltgrenze wurde von bisher 400 EUR auf 450 EUR angehoben.
- Die Gleitzone des § 20 Abs. 2 SGB IV wurde verschoben und gilt nunmehr für Arbeitsentgelte von 450,01 EUR bis 850 EUR.
- Entgeltgeringfügige Beschäftigung führt in der Rentenversicherung nicht mehr zur Versicherungsfreiheit, sondern die/der geringfügig Beschäftigte ist rentenversicherungspflichtig, kann sich jedoch in einem vereinfachten Befreiungsverfahren von der Versicherungspflicht befreien lassen.
- Übergangsregelungen differenzieren zwischen Beschäftigungen, die bereits vor dem 01.01.2013 ausgeübt worden sind, und solchen, die erstmals seit diesem Zeitpunkt ausgeübt werden.

## 2. RECHT DER ARBEITSFÖRDERUNG (SGB III)

Von der Versicherungspflicht bei Arbeitslosigkeit ist befreit, wer eine geringfügige Beschäftigung ausübt, es sei denn, die Beschäftigung erfolgt im Rahmen betrieblicher Berufsbildung, nach dem Bundesfreiwilligendienstgesetz, nach dem Jugendfreiwilligengesetz, wegen eines Arbeitsausfalls mit Entgeltausfall i.S.d. Vorschriften über das Kurzarbeitergeld oder wegen stufenweiser Wiedereingliederung in das Erwerbsleben bzw. aus einem sonstigen in § 146 Abs. 1 SGB III genannten Grund (§ 27 Abs. 2 S. 1 Halbs. 1 SGB III).

Personen, die am 31.12.2012 versicherungspflichtig waren, weil ihr Arbeitsentgelt mehr als geringfügig war (also über 400 EUR lag), haben auch in der Arbeitslosen-

versicherung Bestandsschutz (vgl. § 444 Abs. 1 S. 1 SGB III). In diesem Fall gilt für die Berechnung der Beiträge (bis maximal 31.12.2014) die bis 31.12.2012 geltende »alte« Gleitzone (vgl. § 444 Abs. 2 SGB III i.V.m. § 276b Abs. 1 SGB VI). Die/der Versicherte kann bei der Bundesagentur für Arbeit beantragen, sich von der Versicherungspflicht befreien zu lassen. Die Befreiung wirkt ab 01.01.2013, wenn der Befreiungsantrag bis zum 31.03.2013 gestellt wurde. Wird der Antrag später gestellt, gilt die Befreiung ab Beginn des Kalendermonats, der auf den Monat folgt, in dem der Antrag gestellt worden ist (vgl. § 444 Abs. 1 S. 2 und 3 SGB III).

Folge der Befreiung: Keine Beitragspflichten, weder der/des Beschäftigten noch des Arbeitgebers in der Arbeitslosenversicherung.<sup>98</sup>

## 3. RECHT DER GESETZLICHEN KRANKENVERSICHERUNG (SGB V)

Von der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung befreit ist, wer eine geringfügige Beschäftigung i.S.d. § 8 SGB IV ausübt, es sei denn, die Beschäftigung erfolgt im Rahmen betrieblicher Berufsbildung, nach dem Bundesfreiwilligendienstgesetz oder nach dem Jugendfreiwilligengesetz (§ 7 Abs. 1 SGB V).

Personen, die am 31.12.2012 versicherungspflichtig waren, weil ihr Arbeitsentgelt mehr als geringfügig war (also über 400 EUR lag), und die nunmehr nach § 8 SGB IV versicherungsfrei wären, weil ihr Entgelt im Jahr 2013 zwar den Betrag von 400 EUR, jedoch nicht den Betrag von 450 EUR übersteigt, bleiben in ihrer Beschäftigung bis längstens 31.12.2014 in der Krankenversicherung versicherungspflichtig. Voraussetzung der fortbestehenden Krankenversicherungspflicht ist, dass das Arbeitsentgelt nicht unter 400 EUR monatlich sinkt und die/der Beschäftigte nicht nach § 10 SGB V familienversichert ist (vgl. § 7 Abs. 3 SGB V). Beitragsrechtlich bleibt es, obwohl die Gleitzone seit 01.01.2013 erst bei Entgelten ab 450 EUR beginnt, bei der Gleitzone (vgl. § 249 Abs. 4 S. 2 SGB V). Allerdings haben diese Personen das Recht auf Befreiung von der Versicherungspflicht auf Antrag (vgl. § 7 Abs. 3 SGB V).<sup>99</sup>

97 BGBl I 2012, 2474.

98 Schlegel, in: jurisPK-SGB IV, § 8 Rn 4.6.

99 Schlegel, in: jurisPK-SGB IV, § 8 Rn 4.5.

#### 4. RECHT DER SOZIALEN PFLEGEVERSICHERUNG (SGB XI)

Versicherungspflichtig in der sozialen Pflegeversicherung sind die versicherungspflichtigen Mitglieder der gesetzlichen Krankenversicherung (§ 20 Abs. 1 S. 1 SGB XI). Da geringfügig Beschäftigte in der gesetzlichen Krankenversicherung jedoch nicht versicherungspflichtig sind, sind sie es in der sozialen Pflegeversicherung ebenfalls nicht.

#### 5. RECHT DER GESETZLICHEN RENTENVERSICHERUNG (SGB VI)

Bis 31.12.2012 bestand in der Rentenversicherung bei entgeltgeringfügiger Beschäftigung grundsätzlich Versicherungsfreiheit mit der Möglichkeit, auf die Versicherungsfreiheit zu verzichten.

Seit 01.01.2013 besteht **grundsätzlich Versicherungspflicht** (ohne Versicherungsfreiheit). Versicherte haben jedoch die Möglichkeit, sich von der Versicherungspflicht befreien zu lassen (§ 6 Abs. 1b SGB VI). Bei der erstmaligen Aufnahme einer (neuen) Beschäftigung ab 01.01.2013 mit einem Arbeitsentgelt von nicht mehr als 450 EUR gilt:

- Versicherungspflicht: der Arbeitgeber trägt 15 % des Beitrages (Privathaushalte 5 %), den Rest bis zum gesetzlichen Rentenbeitragssatz die Arbeitnehmerin/der Arbeitnehmer (§ 168 Abs. 1 Nr. 1b SGB VI).
- Macht die/der Beschäftigte von der Möglichkeit zur Befreiung von der Versicherungspflicht Gebrauch, trägt der Arbeitgeber einen Pauschalbeitrag in Höhe von 15 % (Privathaushalte 5 %).<sup>100</sup>

Wurde die Beschäftigung vor dem 01.01.2013 ausgeübt und ist das Arbeitsentgelt nicht höher als 400 EUR/Monat und liegt auch kein Verzicht auf die Versicherungsfreiheit vor, gilt:

- Versicherungsfreiheit besteht fort, solange die »alte« Entgeltgrenze von 400 EUR nicht überschritten wird (§ 230 Abs. 8 S. 1 SGB VI). Der Arbeitgeber trägt einen Beitrag i.H.v. 15 % (Privathaushalte 5%, vgl. § 276a Abs. 1 SGB VI).

- Die/der Beschäftigte hat weiterhin, auch über den 31.12.2012 hinaus, das Recht, auf die Versicherungsfreiheit durch Erklärung gegenüber dem Arbeitgeber zu verzichten (§ 230 Abs. 8 S. 2 SGB VI); die Rechtsfolgen der Versicherungspflicht treten wieder in Kraft mit der Folge: Arbeitgeber trägt 15 % des Beitrages (Privathaushalte 5 %), den Rest die Arbeitnehmerin/der Arbeitnehmer (§ 168 Abs. 1 Nr. 1b SGB VI).<sup>101</sup>

Wurde die Beschäftigung vor dem 01.01.2013 ausgeübt, ist das Arbeitsentgelt höher als 400 EUR/Monat und liegt kein Verzicht auf die Versicherungsfreiheit vor, gilt:

- Die Rechtsfolgen der Versicherungspflicht waren durch Verzicht auf Versicherungsfreiheit vor 31.12.2012 wieder »aufgelebt«; die/der Beschäftigte bleibt insoweit versicherungspflichtig (§ 229 Abs. 5 Halbs. 1 SGB VI).
- Die/der Beschäftigte hat nicht das Recht, sich nach § 6 Abs. 1b SGB VI insoweit von der Versicherungspflicht befreien zu lassen (§ 229 Abs. 5 Halbs. 2 SGB VI).
- Beitragsrecht: Arbeitgeber trägt 15 % des Beitrages (Privathaushalte 5 %), den Rest die Arbeitnehmerin/der Arbeitnehmer (§ 168 Abs. 1 Nr. 1b SGB VI).<sup>102</sup>

#### 6. RECHT DER GESETZLICHEN UNFALLVERSICHERUNG (SGB VII)

Das Recht der gesetzlichen Unfallversicherung unterscheidet nicht zwischen Beschäftigung und geringfügiger Beschäftigung. Maßgeblich ist insoweit der Beschäftigungsbegriff des § 7 Abs. 1 SGB IV.<sup>103</sup> Dieser Beschäftigungsbegriff umfasst auch geringfügige Beschäftigung. Für die gesetzliche Unfallversicherung ist die geringfügige Beschäftigung i.S.v.i.S.v. § 8 SGB IV bedeutungslos, da dort jede Beschäftigung in den Schutzbereich der Unfallversicherung fällt.<sup>104</sup>

Angestellte Familienhebammen bzw. FGKiKP sind daher auch im Rahmen einer geringfügigen Beschäftigung versicherungspflichtig in der gesetzlichen Unfallversicherung.

<sup>100</sup> Schlegel, in: jurisPK-SGB IV, § 8 Rn 4.7.

<sup>101</sup> Schlegel, in: jurisPK-SGB IV, § 8 Rn 4.8.

<sup>102</sup> Schlegel, in: jurisPK-SGB IV, § 8 Rn 4.9.

<sup>103</sup> Ricke, in: Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, § 2 SGB VII, Rn 6.

<sup>104</sup> Seewald, in: Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, § 8 SGB IV Rn 2.

**C**

# UMSATZSTEUERRECHTLICHE EINORDNUNGEN

## I. UMSATZSTEUERPFLICHT

### 1. GRUNDSÄTZLICHES ZUR UMSATZSTEUERPFLICHT

Grundlage zur Bestimmung der Umsatzsteuerpflicht ist das Umsatzsteuergesetz (UStG). § 1 Abs. 1 UStG bestimmt, dass Leistungen, die ein Unternehmer im Inland gegen Entgelt im Rahmen seines Unternehmens ausführt, der Umsatzsteuerpflicht unterliegen. Wer Unternehmer ist, bestimmt § 2 UStG. § 4 UStG zählt Tatbestände auf, bei deren Vorliegen Unternehmer von der Umsatzsteuerpflicht befreit werden können.

### 2. UMSATZSTEUERPFLICHT VON FAMILIENHEBAMMEN

Freiberufliche Familienhebammen erbringen im Rahmen ihres Unternehmens Leistungen gegen Entgelt und unterliegen somit grundsätzlich der Umsatzsteuerpflicht (§ 1 Abs. 1 i.V.m. § 2 Abs. 1 UStG).

#### a) Umsatzsteuerpflichtbefreiung nach § 4 Nr. 14 lit. a UStG

Allerdings könnte vorliegend der Tatbestand der Umsatzsteuerpflichtbefreiung nach § 4 Nr. 14 lit. a UStG greifen. Danach sind von den unter § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG fallenden Umsätzen steuerfrei: Heilbehandlungen im Bereich der Humanmedizin, die im Rahmen der Ausübung der Tätigkeit als Ärztin/Arzt, Zahnärztin/Zahnarzt, Heilpraktiker/-in, Physiotherapeut/-in, *Hebamme* oder einer ähnlichen heilberuflichen Tätigkeit durchgeführt werden.

Die Anwendbarkeit des § 4 Nr. 14 lit. a UStG setzt voraus, dass die/der Steuerpflichtige Heilbehandlungen im Bereich der Humanmedizin im Rahmen eines der dort genannten Berufe ausübt und dass der Umsatz aus einer typischen Tätigkeit des betreffenden Berufs erzielt worden ist. Es handelt sich dabei durchweg um die freie Berufstätigkeit von Angehörigen der Heil- und der Heilhilfsberufe. Nicht zu den Umsätzen aus einer berufstypi-

schen Tätigkeit gehören insbesondere die Hilfsgeschäfte (z.B. Verkauf des Praxis-Pkw, Veräußerung der gesamten Praxis).<sup>105</sup>

Der Katalog des § 4 Nr. 14 lit. a UStG umfasst ausdrücklich die Hebamme.

Es stellt sich jedoch die Frage, ob Leistungen von Familienhebammen als Leistungen von Hebammen i.S.d. § 4 Nr. 14 lit. a UStG ebenfalls von der Umsatzsteuer befreit sind.

In Übereinstimmung mit dem Wortlaut des Art. 132 Abs. 1 lit. c Mehrwertsteuersystem-Richtlinie (MwStSystRL) ist nunmehr nach dem Gesetz die **Heilbehandlung** im Bereich der Humanmedizin befreit. Heilbehandlungen umfassen Tätigkeiten, die zum Zweck der Vorbeugung, der Diagnose, der Behandlung und, soweit möglich, der Heilung von Krankheiten oder Gesundheitsstörungen für bestimmte Patientinnen/Patienten ausgeführt werden.<sup>106</sup> Entscheidend ist hierbei der Zweck; nicht ausreichend ist, dass die Leistung von einer für Heilbehandlungen qualifizierten Person ausgeführt wird, diese Person sich der gleichen Methoden wie bei Heilbehandlungen bedient oder die mit einem anderen Hauptzweck erbrachte Leistung auch zum Schutz des Betroffenen beitragen kann.<sup>107</sup> Heilberufliche Tätigkeit setzt eine Tätigkeit zur Feststellung, Heilung oder Linderung von Krankheiten, Leiden oder sonstigen Körperschäden beim Menschen voraus.<sup>108</sup>

Leistungen im Grenzbereich zwischen möglicher Heilbehandlung und Steigerung des allgemeinen Wohlbefindens sind (jedenfalls) steuerfrei, wenn sie aufgrund ärztlicher Indikation nach ärztlicher Verordnung durchgeführt werden.<sup>109</sup>

Die Tätigkeit einer Hebamme i.S.d. § 4 Nr. 14 lit. a UStG umfasst die eigenverantwortliche Betreuung, Beratung und Pflege der Frau von Beginn der Schwangerschaft an, bei der Geburt, im Wochenbett und in der gesamten Stillzeit. Eine ärztliche Verordnung ist für die Umsatzsteuerbefreiung dieser Tätigkeit nicht erforderlich. Zu den steuerfreien Leistungen einer Hebamme gehören u.a. die Aufklärung und Beratung zu den Methoden der

105 *Heidner*, in: Bunjes, Umsatzsteuergesetz, § 4 Rn 20.

106 *Oelmaier*, in: Sölch/Ringleb, Umsatzsteuer, Stand: 04/2013, § 4 Rn 24 (mwN).

107 *Oelmaier*, in: Sölch/Ringleb, Umsatzsteuer, Stand: 04/2013, § 4 Rn 24 (mwN).

108 BFH 24.08.2000, V R 7/99 (NV).

109 BFH 06.06.2008, XI B 11/08 = BFH/NV 2008, 1547 ff.

Familienplanung, die Feststellung der Schwangerschaft, die Schwangerschaftsvorsorge der normal verlaufenden Schwangerschaft mit deren notwendigen Untersuchungen sowie Veranlassung von Untersuchungen, Vorbereitung auf die Elternschaft, Geburtsvorbereitung, die eigenverantwortliche kontinuierliche Betreuung der Gebärenden und Überwachung des Fötus unter Zuhilfenahme geeigneter Mittel (Geburtshilfe) bei Spontan-geburten (Entbindung), Pflege und Überwachung im gesamten Wochenbett von Wöchnerin und Kind, Überwachung der Rückbildungsvorgänge, Hilfe beim Stillen/Stillberatung, Rückbildungsgymnastik und Beratung zur angemessenen Pflege und Ernährung des Neugeborenen. Unter die Steuerbefreiung fallen auch die Leistungen als Beleghebamme (Ziff. 4.14.4 Umsatzsteuer-Anwendungserlass – UStAE).<sup>110</sup>

Sofern Familienhebammen daher **heilbehandlungsbezogene** Leistungen i.S.d. Ziff. 4.14.4 UStAE erbringen, sind diese Leistungen von der Umsatzsteuerpflicht befreit.

Die Umsatzsteuerbefreiung des § 4 Nr. 14 lit. a UStG bezieht sich jedoch nicht auf Leistungen von Familienhebammen außerhalb des Heilbehandlungsbereichs. Bei diesen Leistungen handelt es sich nämlich nicht mehr um medizinische Heilbehandlungs-/Heilberatungsleistungen, sondern vielmehr um soziale Beratungsleistungen.<sup>111</sup>

Dieses Ergebnis steht auch in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des BFH. Dieser hat entschieden, dass eine Familienhelferin, deren Aufgabe es ist, Familien in sozialen Notlagen Hilfestellungen zu geben (Betreuung und Beratung der Familien in Fragen der Erziehung, bei Lösung von Konflikten und Krisen sowie bei Kontakt mit Ämtern und Institutionen), **keine** heilhilfsberuflichen Leistungen gem. § 4 Nr. 14 S. 1 UStG erbringt, da es nicht zu ihrer Aufgabe gehört, Krankheiten bei bestimmten Menschen festzustellen, zu lindern oder zu heilen.<sup>112</sup> Diese Regelung umfasst Leistungen, die außerhalb eines Krankenhauses im Rahmen einer auf Vertrauen gegründeten Beziehung zwischen Patient und Behandelndem erbracht

werden, wobei diese Beziehung normalerweise in dessen Praxisräumen zum Tragen kommt.<sup>113</sup> Im Hinblick auf die ähnlich gelagerten Aufgaben einer Familienhebamme können die Grundsätze dieser Entscheidung auch auf Leistungen übertragen werden, die eine Familienhebamme außerhalb des Heilbehandlungsbereichs erbringt.

Das weite Verständnis der Heilbehandlungsbezogenheit in den ÖGDG der Länder führt zu keinem anderen Ergebnis, da es den auf unionsrechtlichen Vorgaben beruhenden Heilbehandlungsbegriff des § 4 Nr. 14 lit. a UStG nicht überlagern kann.<sup>114</sup>

Als Ergebnis bleibt damit festzuhalten, dass nur heilbehandlungsbezogene Leistungen i.S.d. Ziff. 4.14.4 UStAE von freiberuflichen Familienhebammen nach § 4 Nr. 14 lit. a UStG von der Umsatzsteuerpflicht befreit sind.

#### **b) Umsatzsteuerpflichtbefreiung nach § 4 Nr. 25 UStG**

Leistungen von Familienhebammen, die außerhalb des Heilbehandlungsspektrums erbracht werden, können aber nach § 4 Nr. 25 UStG von der Umsatzsteuerpflicht befreit sein. Die Vorschrift umfasst die Leistungen der Jugendhilfe nach § 2 Abs. 2 SGB VIII und die Inobhutnahme nach § 42 SGB VIII. Erfasst sind damit auch die für Familienhebammen ggf. relevanten

- Angebote zur Förderung der Erziehung in der Familie (§§ 16 bis 21 SGB VIII);
- Hilfe zur Erziehung und ergänzende Leistungen (§§ 27 bis 35, 36, 37, 39, 40 SGB VIII).

Die aufgeführten Leistungen sind steuerfrei, wenn sie durch Träger der öffentlichen Jugendhilfe (§ 69 SGB VIII) oder andere **Einrichtungen** mit sozialem Charakter erbracht werden. Der Begriff der »anderen Einrichtung mit sozialem Charakter« entspricht der Formulierung der maßgeblichen unionsrechtlichen Grundlage (Art. 132 Abs. 1 lit. h MwStSystRL). Auf der Grundlage der dort eingeräumten Befugnis der Mitgliedstaaten sind insoweit anerkannt:

<sup>110</sup> Umsatzsteuer-Anwendungserlass (UStAE) v. 01.10.2010, BStBl. I 2010, 846, Ziff. 4.14.4 (Tätigkeit als Heilpraktiker/-in, Physiotherapeut/-in, Hebamme sowie als Angehörige/-r ähnlicher Heilberufe).

<sup>111</sup> OFD Frankfurt/Main, S 7170 A – 82 – St 112, Verfügung betr. Behandlung der Leistungen von Familienhebammen v. 20.10.2008, UR 2009, 395.

<sup>112</sup> BFH 24.08.2000, V R 7/99 = BFH/NV 2001, 651 f.

<sup>113</sup> BFH 24.08.2000, V R 7/99 = BFH/NV 2001, 651 f.

<sup>114</sup> Vgl. zu den Einzelheiten *Heidner*, in: Bunjes, Umsatzsteuergesetz, § 4 Nr. 14 Rn 9 ff.

- von der zuständigen Jugendbehörde anerkannte Träger der freien Jugendhilfe (§ 75 Abs. 1 SGB VIII), die Kirchen und Religionsgemeinschaften des öffentlichen Rechts sowie die amtlich anerkannten Verbände der freien Wohlfahrtspflege nach § 23 Umsatzsteuer-Durchführungsverordnung (UStDV);
- bestimmte weitere Einrichtungen, soweit sie u.a. Leistungen erbringen, die im vorangegangenen Kalenderjahr ganz oder zum überwiegenden Teil von Trägern der öffentlichen Jugendhilfe (§ 69 SGB VIII), anerkannten Trägern der freien Jugendhilfe (§ 75 Abs. 1 SGB VIII), Kirchen und Religionsgemeinschaften des öffentlichen Rechts oder amtlich anerkannten Verbänden der freien Wohlfahrtspflege nach § 23 UStDV vergütet wurden. Eine Vergütung durch die zuvor genannten Träger und Einrichtungen ist aber nur dann gegeben, wenn der Leistungserbringer von diesen unmittelbar bezahlt wird.
- Der Begriff »Einrichtungen« umfasst dabei auch natürliche Personen.<sup>115</sup>

Natürliche Personen können Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe – und damit Leistungserbringer der Leistungen nach SGB VIII i.S.d. § 4 Nr. 25 S. 1 UStG – sein, wenn diese Leistungen von der Kommune als SGB VIII-Leistungen eingeordnet werden. Als solche Leistungen kommen in Betracht:

- Hilfeangebote als allgemeine Förderung der Erziehung in der Familie (§ 16 SGB VIII)<sup>116</sup>,
- Hilfeangebote in Form sozialpädagogischer Familienhilfe (§ 31 SGB VIII)<sup>117</sup> und
- unbenannte Hilfe zur Erziehung (§ 27 Abs. 2 SGB VIII).<sup>118</sup>

Die genannten Hilfeleistungsarten des SGB VIII fallen unter den Leistungskatalog des § 4 Nr. 25 S. 1 UStG. Er-

bringen Familienhebammen derartige Leistungen, dann sind auch sie als natürliche Personen nach § 4 Nr. 25b UStG steuerbegünstigte Einrichtungen. Die genannten Leistungen sind nach § 4 Nr. 25b) bb) UStG steuerfrei, wenn sie im vorangegangenen Kalenderjahr ganz oder zum überwiegenden Teil von Trägern der öffentlichen Jugendhilfe, anerkannten Trägern der freien Jugendhilfe, Kirchen und Religionsgemeinschaften des öffentlichen Rechts oder amtlich anerkannten Verbänden der freien Wohlfahrtspflege vergütet, d.h. von diesen unmittelbar bezahlt wurden.<sup>119</sup>

Sofern also die o.g. Voraussetzungen des § 4 Nr. 25 UStG erfüllt sind, können auch die Leistungen der selbstständigen Familienhebammen, die außerhalb der Heilbehandlung erbracht werden, steuerfrei sein, unabhängig davon, ob sie direkt von den Jugendämtern als Träger der öffentlichen Jugendhilfe oder z.B. durch freie Träger der Jugendhilfe, die mit den Jugendämtern zusammenarbeiten, als andere Einrichtung mit sozialem Charakter finanziert werden.

### 3. UMSATZSTEUERPFLICHT VON FGKiKP

Die Umsatzsteuerpflicht von FGKiKP bzw. deren Befreiung von der Umsatzsteuerpflicht folgt den Grundsätzen, die für Familienhebammen gelten. Allerdings werden FGKiKP nicht im Katalog des § 4 Nr. 14 lit. a UStG aufgeführt. Ihr Beruf ist jedoch eine ähnliche heilberufliche Tätigkeit i.S.d. § 4 Nr. 14 lit. a UStG.<sup>120</sup>

Das bedeutet, dass Heilbehandlungsleistungen von FGKiKP nach § 4 Nr. 14 lit. a UStG von der Umsatzsteuer befreit sind. Darüber hinausgehende Leistungen können, wenn die bereits bei der Frage nach der Umsatzsteuerpflicht von Familienhebammen genannten Voraussetzungen vorliegen,<sup>121</sup> nach § 4 Nr. 25 UStG von der Umsatzsteuerpflicht befreit sein.

115 Umsatzsteuer-Anwendungserlass (UStAE) v. 01.10.2010, BStBl. I 2010, 846, Ziff. 4.25.1. (Leistungen im Rahmen der Kinder- und Jugendhilfe).

116 Vgl. hierzu die Expertise des DIJUF, Teil 3, Kap. C II.

117 Vgl. hierzu die Expertise des DIJUF, Teil 3, Kap. C IV.

118 Vgl. hierzu die Expertise des DIJUF, Teil 3, Kap. C III.

119 So im Ergebnis auch OFD Frankfurt/Main, S 7170 A – 82 – St 112, Verfügung betr. Behandlung der Leistungen von Familienhebammen v. 20.10.2008, UR 2009, 395.

120 Umsatzsteuer-Anwendungserlass (UStAE) v. 01.10.2010, BStBl. I 2010, 846, Ziff. 4.14.4 (Tätigkeit als Heilpraktiker, Physiotherapeut, Hebamme sowie als Angehöriger ähnlicher Heilberufe).

121 Vgl. hierzu oben Kap. C I.2.

#### 4. KLEINUNTERNEHMERREGELUNG

Hinzuweisen ist im Hinblick auf selbstständige Familienhebammen und FGKiKP darüber hinaus noch auf die Kleinunternehmerregelung des § 19 Abs. 1 UStG.

Nach dieser Vorschrift wird die für Umsätze i.S.d. § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG geschuldete Umsatzsteuer von Unternehmern, die im Inland ansässig sind, nicht erhoben, wenn der Umsatz zuzüglich der darauf entfallenden Steuer im vorangegangenen Kalenderjahr **17.500 EUR** nicht überstiegen hat und im laufenden Kalenderjahr **50.000 EUR** voraussichtlich nicht übersteigen wird.

## II. AUSWIRKUNGEN EINER UMSATZSTEUERBEFREIUNG

Nachfolgend wird untersucht, welche Auswirkungen eine Umsatzsteuerbefreiung auf die Kosten der Ausbildung und auf Referententätigkeiten im Rahmen der Ausbildung hat. Diese Ausführungen gelten sowohl für selbstständige Familienhebammen als auch FGKiKP.

### 1. AUF KOSTEN DER AUSBILDUNG

Eine Umsatzsteuerbefreiung kann im Hinblick auf den Vorsteuerabzug Auswirkungen auf die Kosten der Ausbildung haben.

Der Vorsteuerabzug wird in § 15 UStG geregelt. Aufgrund der Ermächtigung des § 15 Abs. 5 UStG hat das BMF die §§ 35, 40 u. 43 UStDV erlassen, die Regelungen zur Vereinfachung und zur Vermeidung von Härten enthalten.

Vorsteuerbeträge sind die Umsatzsteuer-Beträge, die einer Unternehmerin/einem Unternehmer für Lieferungen und sonstige Leistungen, die für ihr/sein Unternehmen ausgeführt worden sind, in einer nach den §§ 14, 14a UStG ausgestellten Rechnung gesondert ausgewiesen wurden (vgl. § 15 Abs. 1 UStG). Die §§ 15, 16 Abs. 2 und § 18 Abs. 1 und 3 UStG regeln im Einzelnen, dass die Unternehmerin/der Unternehmer gegen den Fiskus einen Anspruch auf »Abzug« dieser Beträge (sog. Vorsteuerabzug), d.h. auf Minderung der eigenen Umsatzsteuerschuld bzw. auf Vergütung dieser Beträge hat.

Vorsteuerbeträge von Leistungsbezügen, die die Unternehmerin/der Unternehmer zur Ausführung von Ausschlussumsätzen i.S.v.i.S.v. § 15 Abs. 2 und 3 UStG verwendet, sind vom Abzug ausgeschlossen. Nach § 15 Abs.

1 S. 1 Nr. 1 UStG ist vom Vorsteuerabzug ausgeschlossen die Steuer für die Lieferungen, die Einfuhr und den innergemeinschaftlichen Erwerb von Gegenständen sowie für die sonstigen Leistungen, die die Unternehmerin/der Unternehmer zur *Ausführung steuerfreier Umsätze* verwendet. Wenn also die Kosten für die Ausbildung zur Familienhebamme bzw. zu FGKiKP zur Ausführung steuerfreier Umsätze i.S.d. § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 UStG verwendet werden, dann ist ein Vorsteuerabzug ausgeschlossen.

§ 15 Abs. 2 UStG regelt nur den Ausschluss vom Vorsteuerabzug bei Verwendung eines für das Unternehmen (§ 15 Abs. 1 UStG) bezogenen Umsatzes. § 15 Abs. 2 Nr. 1 UStG stellt den Grundsatz auf, dass die Steuer auf den Leistungsbezug bei dessen Verwendung zur Ausführung steuerfreier Umsätze vom Vorsteuerabzug ausgeschlossen ist. Betroffen sind alle Umsatzsteuer-Befreiungen, insbes. des § 4, § 25 Abs. 2, § 26 Abs. 5 UStG. Steuerfreie »Umsätze« sind alle Umsätze i.S.v. § 1 Abs. 1 UStG, die gegen Entgelt ausgeführt werden. Ferner gehören unentgeltliche, den entgeltlichen gleichgestellte Leistungen dazu, die nichtunternehmerischen und unternehmerischen Zwecken gem. § 3 Abs. 1b UStG und Zwecken außerhalb des Unternehmens i.S.v. § 3 Abs. 9a UStG dienen. Das entspricht dem System des § 15 UStG, bei (auch) privater/nicht unternehmerischer Nutzung eines Gegenstands bzw. einer in Anspruch genommenen sonstigen Leistung den Vorsteuerabzug insoweit nicht schon durch § 15 Abs. 1 UStG auszuschließen, sondern die Zuordnung des Gegenstands/der Leistung als insgesamt für das Unternehmen bezogen zu ermöglichen und den Vorsteuerabzug über die Besteuerung der den entgeltlichen Umsätzen »gleichgestellten unentgeltlichen Leistungen« wieder auszugleichen. Die Steuerfreiheit muss stets – insbesondere auch bei Tausch und tauschähnlichen Umsätzen – für die von der Unternehmerin/vom Unternehmer ausgeführte Verwendungsleistung vorliegen, sie richtet sich nicht nach dem Gegenstand der Gegenleistung, auch wenn diese beim Tausch ebenfalls in einer Leistung des Unternehmens besteht.

Nach der Rechtsprechung des BFH ist eine Schulung, die der Gründung eines Unternehmens vorausgeht, grundsätzlich noch keine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit i.S.d. § 2 Abs. 1 S. 3 des UStG 1993 und berechtigt nicht zum Vorsteuerabzug aus den für die Schulung bezogenen Leistungen. Anderes gilt für Leistungsbezüge im Zusammenhang mit einer Schulung, die unmittelbar auf

einen bestimmten selbstständigen Beruf vorbereitet.<sup>122</sup> Die Kosten einer Ausbildung zur selbstständigen Familienhebamme bzw. FGKiKP bereiten unmittelbar auf einen bestimmten selbstständigen Beruf vor und berechtigen daher grundsätzlich zum Vorsteuerabzug.

Die Frage ist allerdings, ob die Kosten einer Ausbildung zur Ausführung steuerfreier Umsätze verwendet werden. Kriterien dafür, welche Umsätze als eine »Verwendung« der bezogenen Lieferungen usw. anzusehen sind, enthalten weder Art. 168 ff. MwStSystRL noch § 15 Abs. 2 UStG. Die Kriterien sind vielmehr der europäischen Rechtsprechung zum Vorsteuerabzug zu entnehmen. Nach der Rechtsprechung des EuGH<sup>123</sup> bedingt das Recht auf Vorsteuerabzug einen direkten und unmittelbaren Zusammenhang der bezogenen Lieferungen oder Leistungen zu Ausgangsumsätzen, die einen Vorsteuerabzug zulassen. Für jede bezogene Lieferung oder Leistung ist einzeln und gesondert zu überprüfen, ob sie zur Ausführung von Umsätzen verwendet werden, die das Recht auf Vorsteuerabzug eröffnen (Prinzip der Einzelzuordnung), d.h. ob sie mit diesen Umsätzen in einem direkten und unmittelbaren Zusammenhang stehen.<sup>124</sup>

Ein direkter und unmittelbarer Zusammenhang setzt voraus, dass die für den Bezug dieser Leistungen getätigten Aufwendungen zu den Kostenelementen der besteuerten Umsätze gehören. Dieser vom EuGH für steuerpflichtige Umsätze aufgestellte Zuordnungsgrundsatz ist analog auch für Ausschlussumsätze anzuwenden. Die entsprechenden Eingangsleistungen müssen den Ausschlussumsätzen direkt und unmittelbar zuzurechnen sein (d.h. zu den Kostenelementen der Ausschlussumsätze gehören), um einen Vorsteuerabzug auszuschließen. Sofern die bezogenen Lieferungen oder Leistungen weder einem Abzugsumsatz noch einem Ausschlussumsatz direkt und unmittelbar nach den zuvor ausgeführten Grundsätzen zugerechnet werden können, gehören die Kosten zu den allgemeinen Kosten (Gemeinkosten) der Unternehmerin/des Unternehmers und gehen als solche

in den Preis ihrer/seiner Produkte ein. Sie sind Bestandteil der gesamten unternehmerischen Tätigkeit der Unternehmerin/des Unternehmers und stehen mit dieser in einem direkten und unmittelbaren Zusammenhang.<sup>125</sup>

Die Frage des Vorsteuerabzugs ist dann von den Tätigkeiten abhängig, die die Unternehmerin/der Unternehmer in ihrem/seinem unternehmerischen Bereich ausführt. Tätigt sie/er ausschließlich Umsätze, die einen Vorsteuerabzug zulassen, so ist die Umsatzsteuer aus den allgemeinen Kosten vollständig als Vorsteuer abzugsfähig. Tätigt sie/er ausschließlich Umsätze, die keinen Vorsteuerabzug zulassen, so ist die Umsatzsteuer aus den allgemeinen Kosten nicht als Vorsteuer abzugsfähig. Tätigt sie/er sowohl Umsätze, die einen Vorsteuerabzug zulassen, als auch Umsätze, die keinen Vorsteuerabzug zulassen, ist eine Aufteilung der Vorsteuer nach den Grundsätzen des § 15 Abs. 4 UStG geboten.<sup>126</sup>

Ausgehend von diesen Grundsätzen ist auf die Rechtsprechung des BFH zurückzukommen, nach der Leistungsbezüge im Zusammenhang mit einer Schulung, die unmittelbar auf einen bestimmten selbstständigen Beruf vorbereitet, zum Vorsteuerabzug berechtigen.<sup>127</sup> Diese Vorsteuerabzugsberechtigung gilt jedoch nur dann, wenn die Ausbildung ausschließlich mit dem Ziel durchgeführt wird, die erworbenen Kenntnisse für die – bereits ausgeübte – freiberufliche Tätigkeit zu verwenden.<sup>128</sup>

Das bedeutet, dass freiberufliche Hebammen bzw. Krankenpfleger/-innen, die sich zu Familienhebammen bzw. FGKiKP ausbilden lassen, eine Ausbildung betreiben, die unmittelbar auf einen bestimmten selbstständigen Beruf vorbereitet und damit vorsteuerabzugsfähig ist. Nach den o.g. Grundsätzen des EuGH besteht damit auch ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen Eingangsleistung (Ausbildungskosten) und Ausschlussleistung (Leistungen nach § 4 Nr. 14 lit. a bzw. Nr. 25 UStG).

Eine etwaige Umsatzsteuerbefreiung nach § 4 Nr. 14 lit. a bzw. Nr. 25 UStG führt damit zum Ausschluss des Vorsteuerabzugs bei Ausbildungskosten.

122 Vgl. BFH 15.03.1993, V R 18/89 = BFHE 171, 111; ders. 17.09.1998, V R 28/98 = BFHE 187, 67.

123 Vgl. z.B. EuGH 19.07.2012, C-334/10.

124 *Looks*, in: Weymüller, BeckOKUStG, § 15 Rn 175 ff.

125 *Looks*, in: Weymüller, BeckOKUStG, § 15 Rn 175 ff.

126 *Looks*, in: Weymüller, BeckOKUStG, § 15 Rn 175 ff.

127 Vgl. BFH 15.03.1993, V R 18/89 = BFHE 171, 111; ders. 17.09.1998, V R 28/98 = BFHE 187, 67.

128 BFH 15.03.1993, V R 18/89 = BFHE 171, 111.

## 2. AUF REFERENTENTÄTIGKEITEN IM RAHMEN DER AUSBILDUNG

Eine weitere Frage ist, ob eine Tätigkeit als Referent/-in im Rahmen der Ausbildung zu Familienhebammen bzw. FGKiKP zu einer Umsatzsteuerbefreiung führen kann. Für diesen Personenkreis kommt, da Referententätigkeiten nicht unter § 4 Nr. 14 lit. a bzw. Nr. 25 UStG fallen, lediglich eine Umsatzsteuerbefreiung nach § 4 Nr. 21 lit. b UStG in Betracht.

Nach § 4 Nr. 21 lit. a UStG sind umsatzsteuerfrei die unmittelbar dem Schul- und Bildungszweck dienenden Leistungen privater Schulen und anderer allgemeinbildender oder berufsbildender Einrichtungen,

- aa) wenn sie als Ersatzschulen gemäß Art. 7 Abs. 4 GG staatlich genehmigt oder nach Landesrecht erlaubt sind oder
- bb) wenn die zuständige Landesbehörde bescheinigt, dass sie auf einen Beruf oder eine vor einer juristischen Person des öffentlichen Rechts abzulegende Prüfungsordnungsgemäß vorbereiten.

Nach § 4 Nr. 21 lit. b UStG sind umsatzsteuerfrei die unmittelbar dem Schul- und Bildungszweck dienenden Unterrichtsleistungen selbstständiger Lehrer/-innen

- aa) an Hochschulen i.S.d. §§ 1 und 70 des Hochschulrahmengesetzes (HRG) und öffentlichen allgemeinbildenden oder berufsbildenden Schulen oder
- bb) an privaten Schulen und anderen allgemeinbildenden oder berufsbildenden Einrichtungen, soweit diese die Voraussetzungen von lit. a erfüllen.

Die Steuerbefreiung nach § 4 Nr. 21 lit. b UStG gilt für Personen, die als freie Mitarbeiter/-innen an Schulen, Hochschulen oder ähnlichen Bildungseinrichtungen (z.B. Volkshochschulen) Unterricht erteilen. Auf die Rechtsform der Unternehmerin/des Unternehmers kommt es nicht an. Das bedeutet, dass Referentinnen/Referenten, die als freie Mitarbeiter/-innen im Rahmen der

Ausbildung zu selbstständigen Familienhebammen bzw. FGKiKP lehren, dann von der Umsatzsteuerpflicht befreit sind, wenn sie an Hochschulen im Sinne der §§ 1 und 70 HRG und öffentlichen allgemeinbildenden oder berufsbildenden Schulen oder an privaten Schulen und anderen allgemeinbildenden oder berufsbildenden Einrichtungen unterrichten, soweit diese die Voraussetzungen des § 4 Nr. 21 lit. a UStG erfüllen.

Die Umsatzsteuerbefreiung nach § 4 Nr. 21 lit. b UStG setzt eine Unterrichtstätigkeit voraus. Diese liegt vor, wenn Kenntnisse im Rahmen festliegender Lehrprogramme und Lehrpläne vermittelt werden. Die Tätigkeit muss regelmäßig und für eine gewisse Dauer ausgeübt werden. Sie dient Schul- und Bildungszwecken unmittelbar, wenn sie den Schülerinnen/Schülern und Studierenden tatsächlich zugute kommt. Auf die Frage, wer Vertragspartner der den Unterricht erteilenden Personen und damit Leistungsempfänger im Rechtssinne ist, kommt es hierbei nicht an. *Einzelne Vorträge fallen nicht unter die Steuerbefreiung.*<sup>129</sup>

Diese Möglichkeit der Umsatzsteuerbefreiung gilt *nicht* für Fortbildungsmaßnahmen, die von einer staatlichen Einrichtung durchgeführt werden.<sup>130</sup>

Als Ergebnis bleibt daher festzuhalten, dass Referenten im Rahmen der Ausbildung zu Familienhebammen bzw. FGKiKP, bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen nach § 4 Nr. 21 lit. b UStG von der Umsatzsteuerpflicht befreit sind.

## III. VERÄNDERUNG DER VORAUSSETZUNGEN FÜR EINE UMSATZSTEUERBEFREIUNG

Die Voraussetzungen für die Befreiung von der Umsatzsteuerpflicht ergeben sich primär aus dem UStG. Diese Voraussetzungen können dementsprechend nur durch ein entsprechendes Gesetz zur Änderung des UStG geändert werden.

<sup>129</sup> Umsatzsteuer-Anwendungserlass (UStAE) v. 01.10.2010, BStBl. I 2010, 846, Ziff. 4.21.3. (Erteilung von Unterricht durch selbstständige Lehrer an Schulen und Hochschulen).

<sup>130</sup> Heidner, in: Bunjes, Umsatzsteuergesetz, § 4 Nr. 21 Rn 17 (mwN).

Bei der Auslegung und Anwendung des § 4 UStG spielt die MwStSystRL<sup>131</sup> eine zentrale Rolle. Die Befreiungen beruhen vornehmlich auf Art. 131 ff. MwStSystRL. Dort wird im Hinblick auf eine gleichmäßige Erhebung der Eigenmittel in allen Mitgliedstaaten ein gemeinsames Verzeichnis der Steuerbefreiungen aufgestellt (35. Erwägungsgrund der MwStSystRL). Auch hier können im Rahmen des entsprechenden Normsetzungsverfahrens Änderungen bei den Voraussetzungen für eine Befreiung von der Umsatzsteuerpflicht erreicht werden.

Die Gerichte und die sonstigen Träger öffentlicher Gewalt haben nach der Rechtsprechung des EuGH die Verpflichtung, im Rahmen ihrer Zuständigkeit alle Maßnahmen zur Erreichung des durch die MwStSystRL vorgegebenen Zieles zu treffen. Die gebotene richtlinienkonforme Auslegung der nationalen Vorschriften ist besonders in den Fällen der Steuerbefreiung u.a. wegen des unterschiedlichen Aufbaus und der unterschiedlichen Sprachregelung der Vorschriften problematisch. Häufig kann eine zutreffende oder zumindest einheitliche Auslegung nur durch eine Entscheidung des EuGH erreicht werden. Gerade im Bereich der Steuerbefreiungen eröffnet sich daher für die/den Steuerpflichtigen die Möglichkeit, sich schon vor den nationalen Gerichten unmittelbar auf die Vorschriften des Unionsrechts zu berufen, wenn die Richtliniennorm eine Steuerbefreiung vorsieht, die nicht in das nationale Recht umgesetzt worden ist, um so im nationalen Recht eine Änderung bei den Voraussetzungen für eine Befreiung von der Umsatzsteuerpflicht zu erreichen.<sup>132</sup>

#### IV. BEANTRAGUNG EINER UMSATZ- STEUERBEFREIUNG

Nach § 21 Abs. 1 S. 1 Abgabenordnung (AO) ist für die Umsatzsteuer mit Ausnahme der Einfuhrumsatzsteuer das Finanzamt zuständig, von dessen Bezirk aus der Unternehmer sein Unternehmen im Geltungsbereich des Gesetzes ganz oder vorwiegend betreibt. Die Zuständigkeit betrifft das gesamte Besteuerungsverfahren und damit auch die Umsatzsteuerbefreiung.

Bei Neuaufnahme einer selbstständigen Tätigkeit übermittelt das zuständige Finanzamt den »Fragebogen zur steuerlichen Erfassung«.<sup>133</sup> Dieser enthält auch Angaben zur Frage, ob steuerfreie Umsätze nach § 4 UStG ausgeführt werden. Bereits hier kann also die Finanzverwaltung auf steuerfreie Umsätze hingewiesen werden. Darüber hinaus verpflichtet § 18 Abs. 1 UStG die/den Steuerpflichtigen zur Abgabe einer Umsatzsteuer-Voranmeldung. In den hierbei zu verwendenden amtlichen Vordrucken sind auch die steuerfreien Umsätze konkret anzugeben. Umsätze nach § 4 UStG können in der Umsatzsteuer-Voranmeldung damit steuerneutral erfasst werden.

Darüber hinaus haben Steuerpflichtige nach § 89 Abs. 2 AO die Möglichkeit, vom Finanzamt eine – gebührenpflichtige – verbindliche Auskunft über die Steuerfreiheit von Umsätzen zu erhalten. Nach dieser Vorschrift können die Finanzämter und das Bundeszentralamt für Steuern auf Antrag verbindliche Auskünfte über die steuerliche Beurteilung von genau bestimmten, noch nicht verwirklichten Sachverhalten erteilen, wenn daran im Hinblick auf die erheblichen steuerlichen Auswirkungen ein besonderes Interesse besteht. Zuständig für die Erteilung einer verbindlichen Auskunft ist die Finanzbehörde, die bei Verwirklichung des dem Antrag zugrunde liegenden Sachverhalts örtlich zuständig sein würde. Die Einzelheiten zu den Voraussetzungen der Anträge auf verbindliche Auskunft enthält § 1 Abs. 1 Steuer-Auskunftsverordnung (StAuskV). Nach § 1 Abs. 1 StAuskV ist der Antrag auf Erteilung einer verbindlichen Auskunft schriftlich bei dem nach § 89 Abs. 2 S. 2 AO zuständigen Finanzamt, in den Fällen des § 89 Abs. 2 S. 3 AO beim Bundeszentralamt für Steuern, zu stellen und hat zu enthalten:

1. die genaue Bezeichnung der Antragstellerin/des Antragstellers (Name, bei natürlichen Personen Wohnsitz oder gewöhnlicher Aufenthalt, bei Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen Sitz oder Ort der Geschäftsleitung, soweit vorhanden Steuernummer),
2. eine umfassende und in sich abgeschlossene Darstellung des zum Zeitpunkt der Antragstellung noch nicht verwirklichten Sachverhalts,

131 Richtlinie 2006/112/EG des Rates v. 28.11.2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem, ABl.EU Nr. L 347 S. 1, ber. ABl.EU Nr. L 335, 60.

132 Weymüller, in: ders., BeckOK UStG, § 4 Rn 7.

133 z.B. abrufbar unter: [http://www.finanzamt.bayern.de/Informationen/Formulare/Weitere\\_Themen\\_A\\_bis\\_Z/Existenzgruender/Fragebogen\\_Gewerblich-Freiberufluch-LuF.pdf](http://www.finanzamt.bayern.de/Informationen/Formulare/Weitere_Themen_A_bis_Z/Existenzgruender/Fragebogen_Gewerblich-Freiberufluch-LuF.pdf) (zuletzt abgerufen am 06.05.2015).

3. die Darlegung des besonderen steuerlichen Interesses der Antragstellerin/des Antragstellers,
4. eine ausführliche Darlegung des Rechtsproblems mit eingehender Begründung des eigenen Rechtsstandpunktes der Antragstellerin/des Antragstellers,
5. die Formulierung konkreter Rechtsfragen,
6. die Erklärung, dass über den zur Beurteilung gestellten Sachverhalt bei keiner anderen der in § 89 Abs. 2 S. 2 und 3 AO genannten Finanzbehörden (Finanzämter oder Bundeszentralamt für Steuern) eine verbindliche Auskunft beantragt wurde, sowie
7. die Versicherung, dass alle für die Erteilung der Auskunft und für die Beurteilung erforderlichen Angaben gemacht wurden und der Wahrheit entsprechen.

Besonderheiten bestehen bei einer Umsatzsteuerbefreiung nach § 4 Nr. 21 lit. b UStG. In diesen Fällen hat die Unternehmerin/der Unternehmer in geeigneter Weise nachzuweisen, dass sie/er an einer Hochschule, Schule oder Einrichtung im Sinne des § 4 Nr. 21 lit. a UStG tätig ist. Dient die Einrichtung verschiedenartigen Bildungszwecken, hat sie/er nachzuweisen, dass sie/er in einem Bereich tätig ist, der eine ordnungsgemäße Berufs- oder Prüfungsvorbereitung gewährleistet (begünstigter Bereich). Der Nachweis ist durch eine *Bestätigung der Bildungseinrichtung* zu führen, aus der sich ergibt, dass diese die Voraussetzungen des § 4 Nr. 21 lit. a bb) UStG erfüllt und die Unterrichtsleistung der Unternehmerin/des Unternehmers im begünstigten Bereich der Einrichtung erfolgt. Auf die Bestätigung wird dann verzichtet, wenn die Unterrichtsleistungen an folgenden Einrichtungen erbracht werden:

- Hochschulen i.S.d. §§ 1 und 70 HRG,
- öffentliche allgemein- und berufsbildende Schulen, z.B. Gymnasien, Realschulen, Berufsschulen,
- als Ersatzschulen nach Art. 7 Abs. 4 GG staatlich genehmigte oder nach Landesrecht erlaubte Schulen.<sup>134</sup>

Die Bestätigung soll folgende Angaben enthalten:

- Bezeichnung und Anschrift der Bildungseinrichtung,

- Name und Anschrift der Unternehmerin/des Unternehmers,
- Bezeichnung des Fachs, des Kurses oder Lehrgangs, in dem sie/er unterrichtet,
- Unterrichtszeitraum und
- Versicherung über das Vorliegen einer Bescheinigung nach § 4 Nr. 21 lit. a bb) UStG für den oben bezeichneten Unterrichtsbereich.<sup>135</sup>

Erteilt die Unternehmerin/der Unternehmer bei einer Bildungseinrichtung in mehreren Fächern, Kursen oder Lehrgängen Unterricht, können diese in einer Bestätigung zusammengefasst werden. Sie sind gesondert aufzuführen. Die Bestätigung ist für jedes Kalenderjahr gesondert zu erteilen. Erstreckt sich ein Kurs oder Lehrgang über den 31. Dezember eines Kalenderjahrs hinaus, reicht es für den Nachweis aus, wenn nur eine Bestätigung für die betroffenen Besteuerungszeiträume erteilt wird. Der Unterrichtszeitraum muss in diesem Falle beide Kalenderjahre benennen.<sup>136</sup>

## V. STEUERRECHTLICHE AUSWIRKUNGEN EINER MISCHFINANZIERTEN TÄTIGKEIT VON FAMILIENHEBAMMEN BZW. FGKIKP

Eine mischfinanzierte Tätigkeit von selbstständigen Familienhebammen bzw. FGKiKP, d.h. eine Leistungserbringung sowohl nach dem SGB V als auch nach dem SGB VIII im Rahmen eines Hilfekontakts, kann umsatzsteuerrechtliche Auswirkungen haben.

So ist es denkbar, dass die gegenüber der gesetzlichen Krankenkasse abrechenbaren Leistungen der Umsatzsteuerbefreiung nach § 4 Nr. 14 lit. a UStG unterliegen, die gegenüber dem Jugendamt bzw. Jugendhilfeträger hingegen nicht, da der Leistungskatalog des § 4 Nr. 25 UStG nicht tangiert ist. In diesem Fall ist die Familienhebamme bzw. FGKiKP gezwungen, ihre Leistungen getrennt nach steuerpflichtigen und steuerfreien Umsätzen abzurechnen, was letztlich auch Auswirkungen auf einen möglichen Vorsteuerabzug hat.

<sup>134</sup> Umsatzsteuer-Anwendungserlass (UStAE) v. 01.10.2010, BStBl. I 2010, 846, Ziff. 4.21.3. (Erteilung von Unterricht durch selbstständige Lehrer an Schulen und Hochschulen).

<sup>135</sup> Umsatzsteuer-Anwendungserlass (UStAE) v. 01.10.2010, BStBl. I 2010, 846, Ziff. 4.21.3. (Erteilung von Unterricht durch selbstständige Lehrer an Schulen und Hochschulen).

<sup>136</sup> Umsatzsteuer-Anwendungserlass (UStAE) v. 01.10.2010, BStBl. I 2010, 846, Ziff. 4.21.3. (Erteilung von Unterricht durch selbstständige Lehrer an Schulen und Hochschulen).

# 3

## SOZIALRECHTLICHE FRAGEN

Deutsches Institut für Jugendhilfe  
und Familienrecht e.V. (DIJuF)

David Seltmann, Lydia Schönecker, Thomas Meysen

<b>A. ANGEBOTE ALS LEISTUNGEN DER KRANKENVERSICHERUNG NACH DEM SGB V</b>	<b>59</b>
<b>I. ABRECHENBARKEIT VON FAMILIENHEBAMMENLEISTUNGEN MIT (GESETZLICHEN) KRANKENKASSEN (GKV)?</b>	<b>60</b>
1. Allgemeine Systematik der Abrechnung von Krankenkassenleistungen	60
2. Abrechenbare Leistungen der (originären) Hebammentätigkeit	60
3. Abrechenbarkeit ergänzender Leistungen der Familienhebammentätigkeit	63
4. Finanzierung im Rahmen von Primärprävention (§ 20 SGB V i.V.m. Leitfaden Prävention)	65
<b>II. ABRECHENBARKEIT VON LEISTUNGEN DER FGKIKP MIT (GESETZLICHEN) KRANKENKASSEN</b>	<b>68</b>
1. Abrechenbare (Regel-)Leistungen	68
2. Als Aufgabe der Primärprävention (§ 20 SGB V)	70
<b>III. ABRECHENBARKEIT DER HEBAMMENLEISTUNGEN BEI TÄTIGKEIT ALS FAMILIENHEBAMME</b>	<b>71</b>
1. Hebammenleistungen als Element der Familienhebammentätigkeit	71
2. Abrechenbarkeit bei selbstständiger Tätigkeit	71
3. Abrechenbarkeit bei angestellter Tätigkeit	72
<b>IV. ABRECHNUNGSMÖGLICHKEITEN BEI LEISTUNGEN DER FGKIKP</b>	<b>72</b>
1. Abrechenbarkeit bei selbstständiger Tätigkeit	73
2. Abrechenbarkeit bei angestellter Tätigkeit	73

<b>B. ANGEBOTE ALS AUFGABEN DES ÖFFENTLICHEN GESUNDHEITSDIENSTES</b>	<b>74</b>
<b>I. EINORDNUNG ALS AUFGABE IN DIE GESETZE ÜBER DEN     ÖFFENTLICHEN GESUNDHEITSDIENST</b>	<b>75</b>
1. Aufgabenbeschreibung in den Landesgesetzen	75
2. Schlussfolgerungen aus den landesgesetzlichen Aufgaben	78
<b>II. AUFSICHTS- UND WEISUNGSBEFUGNISSE</b>	<b>79</b>
1. Im Angestelltenverhältnis	79
2. Als selbstständige Honorarkräfte	79
<b>C. ANGEBOTE ALS LEISTUNGEN DER KINDER- UND JUGENDHILFE</b>	<b>85</b>
<b>I. GESUNDHEITSSORGE ALS BESTANDTEIL DER HILFEN NACH DEM SGB VIII</b>	<b>86</b>
<b>II. HILFEANGEBOTE ALS ALLGEMEINE FÖRDERUNG DER ERZIEHUNG     IN DER FAMILIE (§ 16 SGB VIII)</b>	<b>87</b>
1. Einordnung der Angebote	87
2. Objektiv-rechtliche Sicherstellungspflicht	88
3. Niedrigschwelligkeit der Hilfeangebote	89
<b>III. UNBENANNTE HILFE ZUR ERZIEHUNG (§ 27 ABS. 2 SGB VIII)</b>	<b>89</b>
1. Zuordenbarkeit der Hilfeangebote	89
2. Leistungsrechtliche Auswirkungen einer Zuordnung zu den Hilfen zur Erziehung	89
<b>IV. KEINE SOZIALPÄDAGOGISCHE FAMILIENHILFE (§ 31 SGB VIII)</b>	<b>92</b>
<b>V. AUFSICHTS- UND WEISUNGSBEFUGNISSE</b>	<b>93</b>
1. Selbstständige Honorarkräfte	93
2. Im Angestelltenverhältnis	93

# 3

<b>D. ANGEBOTE ALS FREIWILLIGE KOMMUNALE AUFGABEN/LEISTUNGEN</b>	<b>94</b>
I. AUFGABEN NACH ÖGDG UND SGB VIII ALS GRUNDSÄTZLICH PFLICHTIGE SELBSTVERWALTUNGSAUFGABEN	95
II. VORHALTUNG DER ANGEBOTE VON FAMILIENHEBAMMEN BZW. FGKIKP ALS PFLICHTIGE ODER FREIWILLIGE SELBSTVERWALTUNGSAUFGABEN?	95
1. Im Rahmen des SGB VIII	95
2. Im Rahmen des ÖGDG	96
3. Fazit	97
<b>E. AUSWIRKUNGEN »GEMISCHTER LEISTUNGSERBRINGUNG«</b>	<b>98</b>
I. ERSTATTUNG VON WEGEGELD	99
II. DOKUMENTATION DER VERSCHIEDENEN LEISTUNGSANTEILE	99
1. Berufsrechtliche Vorgaben	99
2. Kommunale Vorgaben bezüglich der SGB VIII-Leistungsanteile	100
3. Auswirkungen im Rahmen gemischter Leistungserbringung	101
III. GEBOT ZUR EINHALTUNG BESONDERER TRANSPARENZ GEGENÜBER DER FAMILIE?	101
IV. BEACHTUNG DES WUNSCH- UND WAHLRECHTS BZGL. INANSPRUCHNAHME »NORMALER« HEBAMMEN	102

<b>F. EINBINDUNG VON FAMILIENHEBAMMEN UND FGKIKP IN DEN SCHUTZAUFTRAG</b>	<b>103</b>
I. ANWENDUNG VON § 8A SGB VIII?	104
II. PFLICHT ZUR VORLAGE VON FÜHRUNGSZEUGNISSEN (§ 72A SGB VIII)?	104
<b>G. FAMILIENHEBAMMEN UND FGKIKP ALS BERUFSGEHEIMNISTRÄGER</b>	<b>106</b>
I. BEFUGNIS ZUR DATENWEITERGABE AUFGRUND EINWILLIGUNG DER ELTERN	107
II. (WEITERE) BEFUGNISSE ZUR DATENWEITERGABE	108
1. Im Angestelltenverhältnis	108
2. Im Rahmen selbstständiger Tätigkeit	110
III. ALLGEMEIN GELTENDE (DATENSCHUTZ-)REGELUNGEN	111
1. Berufsrechtliche Vorgaben	111
2. Kindeswohlgefährdung: Befugnis zur Datenweitergabe ans Jugendamt (§ 4 KKG)	111
3. Zusammenfassender Überblick	112
IV. EXKURS: DATENSCHUTZRECHTLICHE ZULÄSSIGKEIT VON BERICHTSPFLICHTEN	113
V. SCHWEIGEPFLICHTEN IM RAHMEN DER STRAFVERFOLGUNG (ZEUGNISVERWEIGERUNGSRECHTE)	114
1. Keine Anzeigepflicht	114
2. Beschränkungen der strafprozessualen Zugriffsmöglichkeiten	114

Politik hat einen breiten Gestaltungsspielraum, wann und unter welchen Voraussetzungen sie den Einsatz von Familienhebammen fördern will. Jenseits dessen ist die Familienhebamme ein Angebot ohne gesetzliche Heimat.<sup>1</sup> Wollen die Kommunen Familienhebammen somit unabhängig von der Förderung durch die Bundesinitiative bzw. den Bundesfonds nach § 3 Abs. 4 KKG in die Angebotspalette aufnehmen oder machen die Vereinbarungen zwischen BMFSFJ, BMF und Ländern keine Vorgaben zur Einordnung und Ausgestaltung der Familienhebammen, stellt sich die Frage der rechtlichen Verortung. Im Folgenden wird daher den Möglichkeiten und Grenzen der Finanzierung unter dem Regime der Krankenversicherungen (A.), der öffentlichen Gesundheitsdienste (B.), der Träger der öffentlichen Jugendhilfe (C.) oder als freiwillige kommunale Aufgabe (D.) sowie der gemischten Leistungserbringung (E.) nachgegangen. Die leistungsrechtliche Einordnung der Angebote der Familien- und Gesundheits-Kinderkrankenpfleger/-innen (FGKiKP) wird hierbei jeweils mit behandelt.

Anschließend wird untersucht, wann bzw. wie die »gesetzlich heimatlosen« Familienhebammen und die FGKiKP in den Schutzauftrag eingebunden sind bzw. eingebunden werden können (F.) und wonach sich ihre Stellung als Berufsheimnisträger in Fragen des Datenschutzes beurteilt (G.).

1 Vgl. genauer dazu Teil 1.

**A**

# ANGEBOTE ALS LEISTUNGEN DER KRANKENVERSICHERUNG NACH DEM SGB V

## I. ABRECHENBARKEIT VON FAMILIENHEBAMMENLEISTUNGEN MIT (GESETZLICHEN) KRANKENKASSEN (GKV)?

### 1. ALLGEMEINE SYSTEMATIK DER ABRECHNUNG VON KRANKENKASSENLEISTUNGEN

Das Krankenversicherungsrecht des SGB V ist vom Sachleistungsprinzip geprägt (vgl. § 2 Abs. 1 i.V.m. § 13 Abs. 1 SGB V). Hierunter ist ein System zu verstehen, das dem Leistungsträger das Privileg, aber auch die Pflicht einräumt, die in den Leistungskatalogen vordefinierte Versorgung grundsätzlich selbst bzw. über vertraglich gebundene Leistungserbringer als Sach- (bzw. Dienst-)leistungen zu »beschaffen«.<sup>2</sup> Von diesem Prinzip zur Inhalts- und Kostensteuerung darf nur abgewichen werden, wenn dies im SGB V oder SGB IX ausdrücklich vorgesehen ist (§ 13 Abs. 1 SGB V).

Zwischen den Krankenkassen und den Leistungserbringern sind Verträge zu schließen (§ 2 Abs. 2 SGB V). Erst auf deren Grundlage können die Sach- und Dienstleistungen erbracht werden. Nimmt eine Versicherte/ein Versicherter die betreffenden Leistungen in Anspruch, wird zwischen ihr/ihm und dem Leistungserbringer ein – zumindest konkludenter – (Behandlungs-)Vertrag geschlossen, der den Leistungserbringer zur Abrechnung mit der jeweiligen Krankenkasse berechtigt. Zwischen den Beteiligten entsteht ein sozialrechtliches Dreiecksverhältnis.<sup>3</sup> Die Beziehungen der Leistungserbringer zu den Krankenkassen aus diesem Dreiecksverhältnis, insb. das Recht zur Leistungserbringung und die Vergütung, sind gesondert geregelt (Viertes Kapitel des SGB V, §§

69 ff. SGB V). Danach sind (Versorgungs-)Verträge auszuhandeln. Sie unterliegen ausdrücklich der Maßgabe einer bedarfsgerechten, aber maßvollen Versorgung, um im Interesse der Versichertengemeinschaft die Ausgaben den zur Verfügung stehenden Finanzmitteln anzupassen (»Rationalisierung der Versorgung«; § 70 Abs. 1 und § 71 Abs. 1 [i.V.m. § 2 Abs. 1 und 4] SGB V).<sup>4</sup> Werden Leistungen ohne bestehenden Versorgungsvertrag erbracht, können deren Erbringer grundsätzlich keine Vergütung verlangen.<sup>5</sup>

Die Abrechenbarkeit von Gesundheitsleistungen ist somit grds. nur im Rahmen von bestehenden vertraglichen Vereinbarungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern (bzw. deren Verbänden) erlaubt. Sind bestimmte Hilfen weder als Regel- noch als Mehrleistung in den Leistungskatalogen enthalten, dürfen diese Maßnahmen – im Einzelfall und ganz ausnahmsweise – allenfalls unter der Voraussetzung übernommen werden, dass eine solche Förderung nach den Grundsätzen Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit zugelassen ist.<sup>6</sup>

### 2. ABRECHENBARE LEISTUNGEN DER (ORIGINÄREN) HEBAMMEN-TÄTIGKEIT

Arbeiten Familienhebammen<sup>7</sup> in ihrem originären Tätigkeitsbereich als freiberufliche, als angestellte Hebammen, die in einer von Hebammen geleiteten Einrichtung arbeiten, oder als Beleghebammen (diese sind nach der Rechtsprechung grds. ebenfalls als freiberuflich anzusehen und zu vergüten)<sup>8</sup>, sind die zur Abrechnung und Vergütung der Hebammenleistungen nach dem SGB V geschaffenen Bestimmungen bzw. geschlossenen Verträge zu beachten.

2 Vgl. § 2 Abs. 1 S. 1 SGB V; im Gegensatz dazu ist die PKV durch das Kostenerstattungsprinzip gekennzeichnet; siehe auch *Waltermann*, in: Sozialrecht, 89 mwN; man beachte aber die Wahlmöglichkeit nach § 13 Abs. 2 bis 4 SGB V.

3 *Waltermann*, Sozialrecht, 98 mwN; genauer dazu auch im Teil 1, Kap. C.

4 *Scholz/Welti*, in: Becker/Kingreen, SGB V, § 2 Rn 14.

5 BSGE 85, 110 ff.

6 Siehe insb. §§ 12 und 70 f. SGB V.

7 Die Tätigkeit der Familienhebamme ist ihrer Funktion nach – jedenfalls sowohl berufsrechtlich als auch sozialversicherungsrechtlich – zu einem großen Teil derjenigen der Hebamme i.S.d. Hebammengesetzes (HebG) vergleichbar, weshalb bspw. die Erlaubnispflicht gem. § 1 HebG auch die Berufsgruppe der Familienhebammen erfasse, vgl. BSG 08.07.2013, B 12 R 33/12 B.

8 Bei Hebammen, die in einer Klinik angestellt sind, erfolgt die Vergütung aufgrund des § 2 Abs. 2 S. 2 Krankenhausentgeltgesetz (KHEntgG) sowie § 2 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 Bundespflegesatzverordnung (BpflV) i.V.m. den Vorschriften des Krankenhausfinanzierungsgesetzes (KHG) sowie des Fallpauschalenkatalogs im Wege der Abrechnung als Krankenhausleistung durch (fallpauschale) Entgelte (zur Differenzierung der Abrechnung klinischer [Hebammen-]Tätigkeit etwa LSG HE 18.07.2011, L 1 KR 401/10 mwN).

### a) Vergütungsanspruch (§§ 24c, 24d i.V.m. § 132a SGB V i.V.m. HebVV)

Seit dem Pflege-Neuausrichtungsgesetz (PNG) sind die speziellen Vorsorgeregeln in Form von Hilfen bei Schwangerschaft und Mutterschaft nunmehr im Krankenversicherungsrecht integriert (§ 11 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. §§ 24c bis 24i SGB V). Als Grundlage eines Versichertenanspruchs und einer Abrechnung mit der gesetzlichen Krankenversicherung sind somit Versicherungsleistungen nach SGB V vorrangig in Betracht zu ziehen.<sup>9</sup> Die Hebammenhilfe umfasst danach auch die Gesunderhaltung von Mutter und Kind.

### b) Anwendung der Hebammenvergütungsvereinbarung

Voraussetzung der Abrechenbarkeit ist eine Verbandsangehörigkeit der Hebamme oder aber der Beitritt zur Vereinbarung (§ 134a Abs. 2 SGB V). Nach dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut ist die Vertragswirkung auf *freiberuflich* tätige Hebammen begrenzt.<sup>10</sup> Weiter wird vorausgesetzt, dass beim jeweiligen Erbringer der Leistung die klassischen Qualifikationsanforderungen des Hebammenberufs erfüllt sind, die im Einzelnen im HebG normiert sind (§§ 5 ff. HebG). Als weitere Auflage ist nunmehr auch eine Quittierungspflicht als Abrechnungsvoraussetzung aufgenommen (§ 4 HebVV).

Hebammen werden dem Sachleistungsprinzip des SGB V folgend als (Dienst-)Leistungserbringer tätig und rechnen daher grds. unmittelbar mit den Krankenkassen auf Grundlage eines kollektivrechtlichen (Versorgungs-) Vertrags ab, ohne dass etwa Einzelverträge zwischen Hebamme und Krankenkasse abzuschließen wären (s. A.III.). Für den Vergütungsanspruch kommt es darauf an, dass

eine Hebamme zur Erfüllung des Versichertenanspruchs eine im bestehenden (wirksamen!) Versorgungsauftrag aufgeführte Leistung tatsächlich erbringt.<sup>11</sup> Der gesetzliche Vergütungsanspruch entsteht somit unabhängig vom Behandlungsvertrag zwischen der Schwangeren bzw. Mutter und der Hebamme mit dem tatsächlichen Leisten von Hebammenhilfe.<sup>12</sup>

Der Vergütungsanspruch korrespondiert jedoch auch mit dem Behandlungsanspruch des Versicherten gegenüber der Krankenkasse. Primäre Anspruchsgrundlage für die Gebührenabrechnung einer nach dem (Hebammen-)Berufsrecht anerkannten und handelnden Hebamme<sup>13</sup> bleibt der (Leistungs-)Anspruch der versicherten Schwangeren bzw. Mutter.<sup>14</sup> Dieser sozialgesetzliche Anspruch auf Hebammenhilfe resultiert aus §§ 24c ff. SGB V.<sup>15</sup> § 24c SGB V allein stellt zwar keine Anspruchsgrundlage dar, zählt aber abschließend die bei Schwangerschaft und Mutterschaft in Betracht kommenden Leistungen auf.<sup>16</sup>

Konkret ist der Anspruch durch § 24d i.V.m. § 24c SGB V i.V.m. den sog. Mutterschaftsrichtlinien<sup>17</sup> gefasst und kann nur in dem dort beschriebenen Umfang einen Anspruch auf Vergütung der Hebammenhilfe gegenüber der Krankenkasse begründen. Die Leistungsempfängerin ist nur dann auf privatrechtlicher Grundlage selbst zur Vergütung der Hebamme verpflichtet, wenn im Einzelfall kein Krankenversicherungsschutz und damit keine Leistungsverpflichtung der Krankenkasse bestehen.<sup>18</sup>

Die eigentliche Abrechenbarkeit von (originären) Hebammenleistungen regelt sich mithin nach dem zwischen den Spitzenverbänden der Krankenkassen und den Hebammenverbänden geschlossenen Versorgungsvertrag und dessen Anlagen (§ 134a SGB V i.V.m. §§ 1, 2 des Versor-

9 Nach Inkrafttreten des Pflege-Neuausrichtungsgesetz (PNG) am 30.10.2012 (BGBl. 2012 I Nr. 51, 2245) sind detaillierte Maßnahmen der Hebammenhilfe durch Übernahme der früheren Reichsversicherungsordnung (RVO)-Regelungen in den §§ 24c bis 24i SGB V aufgeführt.

10 Eine »Erweiterung« des abrechnungsfähigen Personenkreises ist ausdrücklich nur auf den sog. Entbindungspfleger vorgesehen (§ 134a Abs. 5 SGB V).

11 Luthé, in: Hauck/Noftz, SGB V, Band 4, Stand: 03/2011, § 134a Rn 7.

12 Kruse, in: Hänlein/Kruse, LPK-SGB V, Anh. §§ 24a, 24b – § 196 RVO Rn 19.

13 Zur Vergleichbarkeit der Tätigkeiten instruktiv LSG Sachsen-Anhalt 10.05.2012, L 1 R 65/09.

14 Vgl. LSG NI 12.07.2000, L 4 KR15/99; BSG 21.08.1996, 3 RK 22/95.

15 Bis 29.10.2012: §§ 195, 196 RVO.

16 Kruse, in: Kruse/Hänlein, LPK-SGB V, Anh. §§ 24a, 24b – § 195 RVO Rn 4.

17 Vorrangig für die ärztliche Betreuung bei Schwanger- und Mutterschaft geltenden – aber entsprechend anwendbaren – Mutterschaftsrichtlinien gem. § 92 Abs. 1 Nr. 4 SGB V, in der Fassung vom 23.08.2013.

18 Luthé, in: Hauck/Noftz, SGB V, Bd 4, Stand: 03/2011, § 134a Rn 7.

gungsvertrags). Diese dort aufgeführten Leistungen sind unter Beachtung der §§ 24c und 24d SGB V zu interpretieren. Nach § 2 des Versorgungsvertrages sind insb. auch die Mutterschaftsrichtlinien nach § 92 Abs. 1 Nr. 4 SGB V zu berücksichtigen. Die Verbindlichkeit von Richtlinien – lange Gegenstand kontroverser Diskussionen in Literatur<sup>19</sup> und Rechtsprechung (BSG<sup>20</sup> einerseits und BVerfG<sup>21</sup> andererseits) – ist durch Einführung des § 91 Abs. 6 SGB V sowohl gegenüber Versicherten als auch gegenüber Leistungserbringern gesetzlich festgestellt worden.<sup>22</sup>

Der (konkrete) Anspruch auf Vergütung von Hebammenleistungen als Leistungen der Krankenversicherung sowie deren Vergütungshöhe ergibt sich damit gegenwärtig aus der nach § 134a SGB V zwischen den Gremien der Hebammenverbände und den Spitzenverbänden der Krankenkassen (GKV-Spitzenverband) ausgehandelten Hebammenvergütungsvereinbarung (Anlage 1 des Vertrages über Versorgung mit Hebammenhilfe nach § 134a SGB V, kurz HebVV, zuletzt geändert am 31.01.2013).<sup>23</sup>

### c) Konkrete Abrechnungstatbestände

Die Abrechnungsfähigkeit beschränkt sich neben den Auslagen und Wegegeld nach §§ 2 und 3 HebVV auf die im zugehörigen Leistungsverzeichnis konkret aufgelisteten Gebührentatbestände:

- Mutterschaftsvorsorge und Schwangerenbetreuung (LV Anlage, Teil A)
- Geburtshilfe (LV Anlage, Teil B)
- Wochenbettleistungen (LV Anlage, Teil C)
- Sonstige Leistungen (LV Anlage, Teil D).

Im gegebenen Kontext besonders abrechnungsrelevant sind:

- die – auch unter Zuhilfenahme (elektronischer) Kommunikationsmittel – geleistete **Beratung der**

**Schwangeren** (max. zwölf Mal bei einem Vergütungssatz von 6,53 EUR sowie ein Vorgespräch über Fragen der Schwangerschaft und Geburt mit einer Vergütung von 8,43 EUR je angefangene 15 Minuten [max. 90 Minuten]). Letzteres ist nochmals abrechnungsfähig, wenn die Geburt zu Hause oder in einer von Hebammen geleiteten Einrichtung stattfinden soll.

- die (umfassenden) **Vorsorgeuntersuchungen** der Schwangeren, die nach Maßgabe der sog. Mutterschaftsrichtlinien sowohl bei normalem Schwangerschaftsverlauf als auch in den besonders aufgezählten Fällen bei pathologischem Verlauf erfolgen kann (Gebühr: 25,21 EUR).
- die **Wochenbettbetreuungen**, die auf umfassende Mutter-Kind-Betreuung abzielen. Im Detail sind geregelt max. 20 abrechnungsfähige Termine in den ersten zehn Tagen (außerklinisch), danach bis zum Ablauf von acht Wochen max. 16 Termine (bei ärztlicher Anordnung Möglichkeit zusätzlicher Termine – auch über diesen zeitlichen Rahmen hinaus) i.H.v. 31,28 EUR bei ambulanter (aufsuchender) Betreuung bzw. 25,50 EUR bei Betreuung in einer von Hebammen geleiteten Einrichtung. Hierbei gilt allerdings einschränkend, dass mehr als zwei Termine am Tag verordnungsbedürftig sind.
- die **besonderen Beratungen bezogen auf Still- und Ernährungsprobleme**. Diese sind wiederum begrenzt auf die Zeit nach Ablauf von acht Wochen bis spätestens neun Monate nach Geburt bei max. acht Terminen (Gebühr: 30,33 EUR bzw. 5,73 EUR bei Beratung via Kommunikationsmittel).

Nach der derzeit geltenden HebVV sind – ohne medizinische Indikation – gegenüber den Krankenkassen somit lediglich in den ersten zehn Tagen nach der Geburt max.

19 Schmidt-De Caluwe, in: Becker/Kingreen, SGB V, § 92 Rn 8; Mrozynski, in: ders., SGB I, § 31 Rn 34 ff.

20 BSGE 78, 70.

21 BVerfG 29.11.2007, 1 BvR 2496/07.

22 Nach ständiger Rechtsprechung zumindest des 6. Senats des BSG sind die im SGB V geregelten Ansprüche im Allgemeinen als sog. – ausfüllungsbedürftige – Rahmenansprüche zu verstehen, die erst mit Hilfe von verbindlichen Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses (G-BA) konkrete Leistungsrechte begründen können: BSGE 78, 70; 82, 158; vgl. auch Hellkötter, in: Hänlein/Kruse, LPK-SGB V, § 92 Rn 2 ff, 20; Luthé, in: Hauck/Noftz, SGB V, Bd 4, Stand: 06/2014, § 132a Rn 8 ff.

23 Dabei handelt es sich allerdings um eine Übergangsregelung (über einen Neuvertrag konnte bislang keine Einigkeit erzielt werden), deren Gültigkeit eigentlich zum 31.01.2015 ausgelaufen ist.

20 Besuche und zwischen dem elften Tag bis zum Ablauf von acht Wochen nach der Geburt des Kindes insgesamt bis zu 16 Leistungen abrechnungsfähig.

Soweit freiberufliche Familienhebammen diese vertraglich katalogisierten Hebammenleistungen erbringen, können sie diese aufgrund der hierfür zugrunde zu liegenden HebVV direkt mit den Krankenkassen abrechnen. Zum essenziellen Bestandteil der Hebammenhilfe nach den für dieses Berufsprofil einschlägigen Vorschriften bzw. nach den dort vorgesehenen Leistungsgruppen gehört in vielfältiger Weise auch die Beratungshilfe, insb. in Bezug auf Lebensführung und Ernährung der werdenden Mutter bzw. während des Wochenbetts (Mutter und Kind). Sie schließt im Sinne einer umfassenden Betreuung alle relevanten Lebensbereiche mit ein.<sup>24</sup>

Die Vergütungsvereinbarung erfasst allerdings zeitlich und inhaltlich nur einen eng begrenzten Kernbereich der Unterstützung. Auch werden regelmäßig weit weniger Leistungen tatsächlich erbracht und abgerechnet, als nach dem Leistungsverzeichnis abrechenbar sind.<sup>25</sup>

#### **d) Abrechnungsmöglichkeiten von Wegegeld**

Die Hebamme kann für jeden Besuch Wegegeld abrechnen, der aus Anlass einer abrechnungsfähigen Leistung stattfindet (§ 3 Abs. 1 HebVV). Voraussetzung ist also die tatsächliche Erbringung von (nach der HebVV) abrechnungsfähigen Leistungen. Dies gilt grundsätzlich unabhängig davon, ob der jeweilige Besuch neben der Erbringung der abrechenbaren Leistung auch zur Durchführung weiterer, nicht abrechenbarer Dienste (z.B. psycho-sozialer Dienste i.S. Früher Hilfen) genutzt wird. Wenn die Strecke zumindest auch zur Erbringung einer bei der Krankenversicherung abrechenbaren Leistung erfolgt, entsteht der volle Anspruch auf Wegegeld gegenüber der Krankenversicherung.

Maßgeblich ist allein der zurückgelegte Weg, nicht die dafür benötigte Zeit (§ 3 Abs. 1 S. 1 Halbs. 2 HebVV). Können – etwa weil ein Termin nicht eingehalten wird – keine Leistungen erbracht und abgerechnet werden, so darf auch die Wegegeldgebühr nicht beansprucht werden.<sup>26</sup>

So, wie nach der HebVV die Gebühren jeweils auf die tatsächlich erbrachte Leistung und nicht personell auf eine einzelne Hebamme bezogen und abrechenbar sind, sondern u.U. die Hilfe mehrerer Hebammen vergütet werden muss<sup>27</sup>, ist im Umkehrschluss keine doppelte Wegegeldabrechnung zulässig, wenn dieser terminbezogene Weg nur einmal zurückgelegt wurde. Werden zudem mehrere Adressatinnen besucht, ist gleichfalls nur ein anteiliges Wegegeld zu gewähren, das sich nach dem Verhältnis der Gesamtwegstrecke zur Zahl der besuchten Frauen richtet (§ 3 Abs. 4 HebVV).

### **3. ABRECHENBARKEIT ERGÄNZENDER LEISTUNGEN DER FAMILIENHEBAMMENTÄTIGKEIT**

#### **a) ... im Rahmen der häuslichen (Kinder-) Krankenpflege nach § 37 SGB V (ggf. i.V.m. § 24g SGB V)**

Eine Abrechnung der ergänzenden Beratungs- und Betreuungsleistungen von Familienhebammen kann in bestimmten Konstellationen auf den Anspruch der Versicherten auf Leistungen der häuslichen (Kinder-)Krankenpflege gestützt werden (»Pflegerberatung«<sup>28</sup>). Dieser grundsätzlich in § 37 SGB V und für den Zeitraum der Schwangerschaft und Mutterschaftsphase gesondert in § 24g SGB V<sup>29</sup> normierte Anspruch bietet jedoch – anders als die einschlägigen Regelungen der Hebammenhilfe – kaum (oder lediglich hilfsweise) Ansätze, um die spezifischen Dienste von Familienhebammen regulär vergüten zu können.

24 Kruse, in: Hänlein/Kruse, LPK-SGB V, Anh. §§ 24a, 24b – § 196 Rn 15, 17.

25 Vgl. Stellungnahme des Arbeits-, Sozial- und Familienministeriums Baden-Württemberg (LMASFFS BW) vom 14.07.2011, LT-Drucks. 15/269.

26 Strittig ist ein etwaiger Regressanspruch gegen den Versicherten; siehe etwa AG Bremen 09.09.2012, 9 C 0566/11 (zur Absage eines Arzttermins).

27 BSG 21.08.1996, 3 RK 22/95.

28 Anders als nach den Vorschriften der §§ 7 und 7a SGB XI findet sich im Rahmen der häuslichen Krankenpflege nach SGB V zwar keine ausdrückliche Verankerung einer spezifischen Pflegerberatungstätigkeit. Der Anspruch darauf ergibt sich aber direkt aus § 37 SGB V i.V.m. den allgemeinen und für alle Träger geltenden Beratungspflichten gem. §§ 13 ff. SGB I; siehe auch unter B.I.3.d.

29 Früher in § 199 RVO geregelt – seit 30.10.2012 (durch das PNG) ins SGB V implementiert; inhaltlich wird der Anspruch auf Grund- und Behandlungspflege (ohne hauswirtschaftliche Versorgung), wie er in § 37 SGB V normiert ist, übernommen.

Wesentlicher Unterschied zur o.g. Hebammenhilfe ist die Ordnungsbedürftigkeit und Anbindung an die Betreuung durch einen verantwortlichen Arzt. Die in § 37 Abs. 1 und 2 SGB V aufgeführten Tatbestände sind insofern inhaltlich streng an eine (durch Hauspflege vermeid- oder ersetzbare) Krankenhausbehandlung (Abs. 1, Grund- und Behandlungspflege sowie hauswirtschaftliche Versorgung) bzw. die Sicherung des ärztlichen Behandlungsziels gekoppelt (Abs. 2, grds. nur Behandlungspflege, aber Erweiterung durch Satzung möglich).

Die Rechtsbeziehungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern der häuslichen Krankenpflegeversorgung sind insb. in § 132a SGB V normiert. Maßgebend sind auf Verbandsebene partnerschaftlich<sup>30</sup> regelbare Rahmenempfehlungen (§ 132a Abs. 1 SGB V),<sup>31</sup> welche ihrerseits den Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses (G-BA) zur Verordnung häuslicher Pflege (Häusliche Krankenpflege-Richtlinie, HKP-Richtlinie) entsprechen müssen, i.Ü. aber keine zwingende Voraussetzung darstellen.<sup>32</sup> Die Einzelheiten der Leistungserbringung, d.h. Modalitäten der Versorgung und Vergütung, werden direkt zwischen Kassen und Anbietern der häuslichen Pflege (rahmen- und einzel-)vertraglich festgelegt. Bei Regelung der Einzelheiten – insb. der Vergütungssätze – zwischen den Krankenkassen und Leistungserbringern muss der Leistungsinhalt wiederum den Vorgaben der Richtlinie<sup>33</sup> entsprechen. Zudem setzt der jeweilige Vergütungsanspruch eine zumindest konkludente Genehmigung der Kasse voraus.<sup>34</sup>

Abrechnungsrelevant sind Beratungs- und Anleitungsleistungen zur (sachgerechten) Grund- oder Behandlungspflege, wenn sie unter die HPK-Richtlinie

nach § 92 Abs. 1 Nr. 6 SGB V fallen und in den konkreten Vergütungsvereinbarungen wiederzufinden sind.<sup>35</sup> Die Abrechenbarkeit von für die – Klinikaufenthalt vermeidende – Grund- und Behandlungspflege ist grundsätzlich auf einen Zeitraum von vier Wochen begrenzt (vgl. § 37 Abs. 1 S. 4 SGB V<sup>36</sup>).

Diese Abrechnungsmöglichkeit ist für die in der Praxis tätigen Familienhebammen jedoch kaum relevant. Abrechnen können nämlich nur zugelassene Pflegedienste (Vertragspartner), die zumindest auf Leitungsebene über eine ausreichende pflegerische Qualifikation verfügen.<sup>37</sup> Über diese besondere pflegerische Fachausbildung verfügen Familienhebammen regelmäßig – im Unterschied zu den FGKiKP (s.u. A.II.) – nicht.

#### **b) ... als sozialpädiatrische Leistung nach § 43a SGB V**

Auf den ersten Blick erscheint eine Einordnung der ergänzenden Beratungs- und Betreuungsleistungen, wie sie für die Tätigkeit von Familienhebammen kennzeichnend sind, unter den Tatbestand der – auch psycho-soziale Hilfen umfassenden – sozialpädiatrischen Leistung nach § 43a SGB V naheliegend. Dabei geht es ausdrücklich um nichtärztliche Leistungen und deren Anbieter. Die Aufzählung der in Betracht kommenden Maßnahmen ist zudem nicht abschließend (»insbesondere«).<sup>38</sup>

Der Anwendbarkeit auf Dienste der Familienhebamme steht jedenfalls nicht entgegen, dass auch diese Leistungen unter ärztlicher Verantwortung, d.h. (wie im Falle der häuslichen Krankenpflege nach § 37 SGB V) insb. nur nach ärztlicher Anordnung zu erbringen sind. Auch die besondere Hervorhebung der ambulanten sozialpsychiatrischen

30 *Rixen*, in: Becker/Kingreen, SGB V, § 132a Rn 3 mwN.

31 Grundsätzlich sollen im Sinne der bundeseinheitlich wirkenden Selbstverwaltung die Modalitäten der Leistungserbringung und Vergütung in Form von Rahmenempfehlungen durch Kollektivverträge zwischen den (Spitzen-)Verbänden der Leistungserbringer und dem Spitzenverband der GKV geregelt werden; bislang existiert eine solche jedoch nicht.

32 BSG SozR 4-2500, § 132a Nr. 2.

33 HKP-Richtlinie 2010, letzte Änderung in Kraft getreten am 07.10.2014.

34 *Rixen*, in: Becker/Kingreen, SGB V, § 132a Rn 6.

35 Leistungsverzeichnis verordnungsfähiger Maßnahmen, Anlage zur HKP-RL (Nr. 2 und 7); Vergütungsvereinbarung zwischen der AOK Bayern u.a. und Bundesverbänden der privaten und freigemeinnützigen ambulanten Pflege, gültig ab 01.04.2012.

36 Siehe aber auch § 37 Abs. 1 S. 5 SGB V.

37 Bspw. Rahmenvertrag zwischen Verband der Angestellten-Krankenkassen (u.a.) und (regionalen) Verbänden der ambulanten Pflege vom August 1998; HKP-Rahmenvertrag der Pflege- und sonstigen Trägerverbände in Niedersachsen mit den Landesverbänden der Krankenkassen vom März 2008; vgl. auch BSGE 50, 73 (im Falle der Selbstbeschaffung von Pflegekräften).

38 *Hellkötter*, in: Hänlein/Kruse, LPK-SGB V, § 43a Rn 5.

Versorgung in § 43a Abs. 2 SGB V spricht nicht grundsätzlich gegen die Einordnung ins Leistungsspektrum der Sozialpädiatrie. Der Fokus der Leistungen liegt aber nach dem Willen des Gesetzgebers eindeutig auf der Leistung »frühdiagnostischer« und prätherapeutischer Maßnahmen durch besondere Fachkräfte mit therapeutischer Grundqualifikation,<sup>39</sup> sodass eine Erschließung dieser Leistungsart für Familienhebammen regelmäßig ausscheidet.

#### c) ... als Leistung der Integrierten Versorgung nach § 140a SGB V

Leistungen der Familienhebammen können zwar grundsätzlich nach den Vorschriften der sog. Integrierten Versorgung, d.h. auf einzelvertraglicher Grundlage erbracht werden.<sup>40</sup> Dies betrifft aber lediglich die ohnehin abrechnungsfähigen Hebammendienste nach der HebVV. Eine Ausweitung der Abrechnungsbasis über den Rahmen der HebVV hinaus ist auf individualvertraglicher Basis zwar durchaus zulässig, vorausgesetzt, es handelt sich um keine von Seiten des G-BA ausgeschlossenen Leistungen. Die möglichen Abweichungen betreffen aber regelmäßig allein die sektorübergreifende (insb. ambulante/stationäre) Verlagerung von Leistungen. Abweichungen von berufsrechtlichen Voraussetzungen sind davon nicht gedeckt.<sup>41</sup> Auch sind die in Betracht zu ziehenden Vertragspartner der Krankenkassen in § 140b SGB V abschließend aufgeführt (mehr dazu unter A.III.).

#### d) ... als Pflegeberatung nach §§ 7 und 7a SGB XI

Theoretisch denkbar wäre auch eine Finanzierung über die allgemeinen und spezifischen, aber über die Grundnorm in § 14 SGB I hinausgehenden Aufklärungs- und Beratungsansprüche nach dem Recht der gesetzlichen Pflegeversicherung. Im Gegensatz zur häuslichen Krankenpflege nach SGB V findet sich insb. in § 7a SGB XI eine gesetzliche Verankerung für umfassende, die Grenzen der einzelnen Lebens- und Sozialleistungsbereiche überwindende Beratungs- und Unterstützungsleistungen.<sup>42</sup> Allerdings müssen die Voraussetzungen des Leis-

tungsbezugs nach SGB XI (vgl. § 7a Abs. 1 S. 1 SGB XI) bzw. ein etwaiger erkennbarer bzw. sich abzeichnender Pflege- und Hilfebedarf gegeben sein.<sup>43</sup> Hinzu kommt die Erfordernis einer pflegerischen und/oder sozialrechtlichen Grund- und Zusatzqualifikation (§ 7a Abs. 3 S. 2 und 3 SGB XI). Anders als Familienhebammen verfügen allenfalls FGKiKP über die für Pflegeberater im Bereich der Pflegeversicherung geforderte Basisqualifikation.<sup>44</sup>

### 4. FINANZIERUNG IM RAHMEN VON PRIMÄRPRÄVENTION (§ 20 SGB V I.V.M. LEITFADEN PRÄVENTION)

Die Finanzierung der Familienhebammen könnte grundsätzlich auch im Rahmen der Primärprävention realisiert werden, vorausgesetzt, deren Dienste sind nach § 20 Abs. 1 SGB V i.V.m. den aufgrund dieser Vorschrift erlassenen Konkretisierungen als förderungswürdige Präventionsleistung anzusehen.

#### a) Allgemeine Grundsätze der Finanzierung als Primärprävention

§ 20 Abs. 1 SGB V normiert die Aufforderung an die Krankenkassen, in ihren Satzungen Leistungen zur primären Prävention vorzusehen, die geeignet sind, den allgemeinen Gesundheitszustand zu verbessern und insb. einen Beitrag zur Verminderung sozial bedingter Ungleichheit von Gesundheitschancen zu erbringen.

Entscheidender Unterschied zu den, insb. in den §§ 27 ff. SGB V geregelten, subjektiven Leistungsansprüchen der Versicherten ist der weitgehend freie Gestaltungsraum der Krankenkassen. Diese haben zwar entsprechende Leistungstatbestände in ihren Satzungen aufzunehmen, woraus schließlich individuelle Rechts- bzw. Ermessensansprüche der Leistungsberechtigten resultieren.<sup>45</sup> Für die Leistungen nach § 20 SGB V gelten zudem grds. nicht die besonderen Regelungen der Leistungserbringung nach dem 4. Kapitel des 3. Abschnitts. Einzige Verpflichtung ist die Einhaltung des in § 20 SGB V vorgegebenen Zielrahmens.

39 BT-Drucks. 16/13428, 90; vgl. auch *Hellkötter*, in: Hänlein/Kruse, LPK-SGB V, § 43a Rn 1 f, 6.

40 *Engelhard*, in: Hauck/Noftz, SGB V, Stand: 02/2014, § 140a Rn 17.

41 *Engelhard*, in: Hauck/Noftz, SGB V, Stand: 02/2014, 12/2010, § 140a Rn 26 f, 30 ff. und § 140b Rn 51.

42 *Schiffer-Werneburg*, in: Klie u.a., LPK-SGB XI, 4. Aufl. 2014, § 7a Rn 9.

43 *Krahmer/Nordmann*, in: Klie u.a., LPK-SGB XI, 4. Aufl. 2014, § 7 Rn 9.

44 Dazu genauer unten A.II.1c).

45 *Weltj*, in: Becker/Kingreen, SGB V, § 20 Rn 12.

§ 20 Abs. 1 SGB V enthält lediglich eine Verpflichtung zur Feststellung von »einheitlichen – prioritären – Handlungsfeldern und Leistungskriterien«. Diese Regelung normiert insoweit keinen (individuellen) Anspruch auf (primäre) Prävention, sondern eine dem Versicherungssystem entsprechende Satzungsverpflichtung, von der nur in atypischen Fällen abgewichen werden kann (»soll«). Diese Vorschrift ist Ausdruck des für die GKV charakteristischen Systems einer Vielfachsteuerung, die in weiten Teilen dem Gesetzgeber Bund nur die Rahmenregelung zukommen lässt, die detaillierte Vorgabe des Leistungsumfangs und der Vergütung jedoch in die Hände der Selbstverwaltungspartner legt.<sup>46</sup>

Die konkrete Umsetzung der Ausgestaltung der jeweiligen Leistungs- und Vergütungsansprüche auf Präventions- und Gesundheitsförderungsmaßnahmen ist den Krankenkassen überlassen. Hintergrund der einheitlich zu beschließenden Fördergrundsätze ist die Absicht, Fehlanreize im Hinblick auf die Konkurrenzsituation der Kassen zu vermeiden. Entscheidend hierbei war die Erkenntnis, dass Gesundheitsförderung wesentlich dem Allgemeininteresse zugute kommen und nicht als Instrument des Wettbewerbs dienen soll.<sup>47</sup>

Das mit dem Leitfaden bereitgestellte Kompendium an Maßnahmen und Kriterien ist als verbindlich anzusehen. Insofern besteht eine Verpflichtung der einzelnen Kassen zur Umsetzung der Handlungsfelder und materiell-rechtlicher Festschreibung per Satzung. Der Leitfaden begrenzt somit den Anwendungsbereich der Primärprävention nach § 20 SGB V. Maßnahmen, die diesen im Leitfaden aufgenommenen Handlungsfeldern nicht entsprechen, dürfen auch nicht finanziert werden. Besteht Uneinigkeit über den Inhalt des Leitfadens, ist es allein Sache der Aufsichtsbehörden, eine Klärung herbeizuführen.

Problematisch ist das weitgehend ungefestigte Verständnis der sehr offen formulierten Begrifflichkeiten. In

§ 20 Abs. 1 SGB V wird ausschließlich von Primärprävention sowie Verbesserung des allg. Gesundheitszustands gesprochen. Eine klare Abgrenzung zwischen Gesundheitsförderung und Prävention lässt sich ebenso schwer definieren wie die in der Literatur favorisierte strikte Dreiteilung des Präventionsbegriffs in primäre, sekundäre und tertiäre Prävention.<sup>48</sup>

Dabei sind unter Primärprävention gezielte und insofern dem Beratungs- bzw. Aufklärungsauftrag gem. § 1 SGB V entsprechende Maßnahmen zu verstehen, die den Erhalt der Gesundheit von (noch) Gesunden intendieren.<sup>49</sup> Eine derartige Verpflichtung der Krankenkassen zur präventiven Beratungshilfe lässt sich deshalb als Grundprinzip dem Leistungssystem des SGB V zuordnen.<sup>50</sup> Als wesentlicher Aspekt der Primärprävention ist die gesundheitspolitische Intention zu würdigen, die vom Sachverständigenrat der Bundesregierung als »Senkung der Inzidenzrate oder Eintrittswahrscheinlichkeit bei einem Individuum oder einer (Teil-)Population« zusammengefasst wird.<sup>51</sup>

Maßnahmen der sekundären und tertiären Prävention sind dagegen ausdrücklich vom Förderungsgedanken des § 20 SGB V ausgenommen. Beide Formen haben einen stark therapeutischen Fokus auf bereits im Raum stehende – drohende – medizinische Indikationen zur Behandlung oder Früherkennung (sekundäre P.) bzw. das Einschreiten und Gegensteuern im Falle schon bestehender Indikationen (tertiäre P.).<sup>52</sup>

Die Spitzenverbände der Krankenkassen haben in Erfüllung des gesetzlichen Auftrages gem. § 20 Abs. 1 S. 3 SGB V unter Einbeziehung unabhängigen Sachverständs »Gemeinsame und einheitliche Handlungsfelder und Kriterien der Spitzenverbände der Krankenkassen zur Umsetzung des § 20 Abs. 1 und 2 SGB V« beschlossen.<sup>53</sup> Dabei geht es um die Vorgabe »prioritärer Handlungsfelder« und entsprechender inhalts- und anbieterbezogener Kriterien.

46 Schöllkopf, Das Gesundheitswesen im internationalen Vergleich, 49.

47 BT-Drucks. 13/4615, 8 f; BVerfGE 106, 275.

48 Vgl. Wiercimok, in: Hänlein/Kruse, LPK-SGB V, § 20 Rn 6 ff. mwN.

49 Wiercimok, in: Hänlein/Kruse, LPK-SGB V, § 20 Rn 9; Gerlach, in: Hauck/Noftz, SGB V, Stand: 05/2002, § 20 Rn 25.

50 Wiercimok, in: Hänlein/Kruse, LPK-SGB V, § 20 Rn 12.

51 Gutachten des Sachverständigenrats 2001, BT-Drucks. 14/5660, 71.

52 Welti, in: Becker/Kingreen, SGB V, § 20 Rn 6.

53 Leitfaden Prävention – Handlungsfelder und Kriterien des GKV-Spitzenverbandes zur Umsetzung von §§ 20 und 20a SGB V vom 21.06.2000 in der Fassung vom 27.08.2010.

Ungeachtet der rechtlichen Qualifizierung des Leitfadens ist dieser als vom Gesetzgeber so beabsichtigte Rahmensetzung anzuerkennen, die das Feld der Akteure ebenso wie den Maßnahmenkatalog als verbindliches Leistungsverzeichnis festlegt. Nach der Gesetzesbegründung kommt es letztlich auf die Eignung der Maßnahmen zur Nivellierung sozial bedingt abweichender Gesundheitspotenziale an.<sup>54</sup> Dabei ist nach Ansicht der Rechtsprechung eine ex-ante-Prognose der Zwecktauglichkeit ausreichend.<sup>55</sup> Auf den tatsächlich erreichbaren Erfolg soll gerade nicht abgestellt werden.<sup>56</sup>

Damit ist grds. ein weites Feld zweckdienlicher Fördermaßnahmen vorstellbar, die nur dem Wirtschaftlichkeits- und Sparsamkeitsgebot unterliegen.<sup>57</sup> Anknüpfungspunkt für eine Förderung durch die Krankenkassen soll nach dem Leitfaden entweder ein individueller oder ein Setting-Ansatz sein. Insbesondere bei letzterem sollen die Zielgruppen »in ihren Lebensbereichen« unter Einbeziehung v.a. der »aufsuchenden Beratung« angesprochen werden.

### **b) (Konkrete) Ansätze zur Setting- und Individualförderung**

Der Leitfaden sieht eine Zielgruppe, insb. mit Blick auf Ernährungs- und Bewegungsdefizite, ausdrücklich auch in jungen Familien mit (Klein-)Kindern (im Alter von 0 bis 2 Jahren) und empfiehlt hierzu Beratungs- und Aufklärungsmaßnahmen.<sup>58</sup>

Als Setting-Ansatz im Leitfaden ausdrücklich erwähnt ist u.a. die Gesundheitsförderung in der Kommune/im Stadtteil. Im Übrigen wird auf den Beispielcharakter der aufgezählten Settings verwiesen und die Förderungsfähigkeit anderer Settings klargelegt.<sup>59</sup> Das heißt, grundsätzlich könnte auch ein Setting »Familie« förderungsfähig sein. Weitere Konkretisierungen dazu sind jedoch nicht enthalten.

Individuelle Ansätze sollen – insofern begrifflich widersprüchlich – nach den Vorgaben des Leitfadens

grundsätzlich in Form von Gruppenberatung bzw. -kursen durchgeführt werden<sup>60</sup>, was Angebote der Familienhebammen regelmäßig nicht sind. Die Förderung wird unterteilt in medizinisch-ökonomisch relevante Indikationen. Anbieter von solchen Maßnahmen müssen zur Sicherung der sog. Strukturqualität über ausreichende Qualifikationen verfügen. Vorausgesetzt werden bei allen in Betracht kommenden Ansätzen (insb. Anleitung zur Verbesserung von Ernährungs- und Bewegungsgewohnheiten) sportmedizinische, bewegungs- oder ernährungsbezogene Fachausbildungen. Familienhebammen sind danach nur dann für einen der individuellen Ansätze zugelassen, wenn sie über die genannten (Zusatz-)Qualifikationen verfügen.

Abgesehen von der geringen Tauglichkeit der vorgesehenen Maßnahmen der Individualförderung schließt die pauschale Altersvorgabe zudem allein kindbezogene Förderung von vorneherein aus, da diese nur über den Setting-Ansatz umsetzbar wäre.<sup>61</sup> Maßnahmen für Eltern und Kind sind hingegen nicht von vornherein ausgeschlossen.

### **c) Grundsätzliche Möglichkeit der Einordnung von Familienhebammentätigkeit als Primärprävention**

Die Leistungen der Familienhebammen zielen nicht nur auf die Unterstützung der Mutter, sondern beabsichtigen gerade auch die Sicherstellung der Gesundheit des – noch gesunden – Kindes und sind daher in der Regel zur primären Prävention zu zählen. Nach der Zielsetzung der Vorschrift sind gerade benachteiligte Schichten und Milieus – als Hauptbetätigungsfeld einer Familienhebamme – insofern besonders zu berücksichtigen, als hier bspw. über niedrigschwellige Angebote der Zugang zu Hilfe erleichtert wird.<sup>62</sup>

Darunter fällt unter anderem die Aufklärung über und Vermittlung von Hilfsangeboten. Dies ist einer der

54 BT-Drucks. 14/1977, 160.

55 BVerfGE 30, 250; BVerwGE 103, 60; 103, 104.

56 BVerfGE 67, 157.

57 *Wiercimok*, in: Kruse/Hänlein, LPK-SGB V, § 20 Rn 24 ff.

58 Leitfaden Prävention, 20 f.

59 Leitfaden Prävention, 12 und 25.

60 Leitfaden Prävention, 13.

61 Leitfaden Prävention, 38.

62 *Gerlach*, in: Hauck/Noftz, SGB V, Bd 2, Stand: 05/2011, § 20 Rn 30.

zentralen und daher gleichsam üblichen Bestandteile der Dienste, die von Familienhebammen erwartet werden können. Zentrale Zielsetzung ist die Gesunderhaltung von Mutter (und ggf. Vater) und Kind,<sup>63</sup> insb. bei bestehenden (umwelt- oder verhaltensbedingten) Risikofaktoren oder sonstigem besonderem Bedarf. Auch bei diesen Anforderungen handelt es sich um übliche fachliche Anforderungen an aufsuchende Arbeit mit belasteten Familien als Wesensmerkmal der Tätigkeit einer Familienhebamme mit ihrer Brückenfunktion im System Frühe Hilfen.

In den Satzungen der einzelnen Krankenkassen finden sich graduell und inhaltlich abweichende Spezifizierungen. Es bleibt in der Regel (mit unterschiedlicher Schwerpunktsetzung) aber bei der affirmativen Wiederholung der gesetzlichen Aufforderung und dem ausdrücklichen Verweis auf die Maßgabe des Leitfadens.<sup>64</sup> Z.T. wird neben der grds. Bestätigung des Rechtsanspruchs auch detaillierter auf individuelle Ansätze des Präventionsgedankens eingegangen. Soweit ersichtlich, wird bislang lediglich vereinzelt (z.B. von der Techniker Krankenkasse) die Tätigkeit bzw. das Setting einer frühen Familienhilfe erfasst, allerdings ohne auf mögliche in Betracht kommende Leistungserbringer einzugehen (Familienhebamme wird nicht aufgeführt).<sup>65</sup>

Grundsätzlich besteht jedoch auch nach den Vorgaben des Leitfadens die Möglichkeit, dass Krankenkassen Maßnahmen, wie insb. die Beratungs- und Aufklärungsdienste von Familienhebammen, als Förderung im sog. (Familien-)Setting in ihren Satzungen normieren. Aktuell ist eine ausreichende Konkretisierung der Aufgabefelder hingegen weder im Leitfaden noch in den Satzungen der Krankenkassen gegeben.

## II. ABRECHENBARKEIT VON LEISTUNGEN DER FGKIKP MIT (GESETZLICHEN) KRANKENKASSEN

Das Berufsbild der Familien-Gesundheits-Kinderkrankenpfleger/-innen (FGKiKP) basiert ebenfalls auf einer dem Gesundheitssektor zuzurechnenden medizinisch-pflegerischen Grundqualifikation, die mit Hilfe eines spezifischen Curriculums um besondere Zusatzqualifikationen psycho-sozialer und pädagogischer Natur erweitert ist.<sup>66</sup>

Dem Grundprofil und Charakter dieses Pflegeberufs entsprechend (Grund- und Behandlungspflege), bietet sich der Einsatz von FGKiKP insb. bei Familien mit Frühgeborenen, chronisch kranken oder von Krankheit bedrohten Kindern an. Als zeitlicher Horizont der Dienste von FGKiKP kommt grds. wie bei der Versorgung durch Familienhebammen zunächst die Phase bis zur Vollendung des ersten Lebensjahrs in Betracht, im Unterschied zur Familienhebamme aber regelmäßig sogar darüber hinaus bis zum Ende des dritten Lebensjahrs.<sup>67</sup>

### 1. ABRECHENBARE (REGEL-) LEISTUNGEN

In Bezug auf die Stellung im System des SGB V unterscheiden sich die (auch im ggf. erweiterten Leistungsbereich) bestehenden Abrechnungsmöglichkeiten der FGKiKP von denen der Familienhebammen. Maßgebend sind hier die typischerweise primär zu erbringenden Pflegeleistungen, insb. entsprechend den Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses nach § 92 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 SGB V.<sup>68</sup>

Die Situation der FGKiKP unterscheidet sich v.a. auch im Hinblick auf die gesetzliche Ausgangslage. Bei der FGKiKP kommt das tradierte Gesundheitskonzept des SGB V zum Tragen, das – dem funktionalen Gesundheitsbegriff entsprechend – ausschließlich (ärztlich an-

63 Stellungnahme des Arbeits-, Sozial- und Familienministeriums Baden-Württemberg (LMAFFS BW) vom 14.07.2011, LT-Drucks. 15/269.

64 Vgl. u.a. etwa Satzungen der AOK-Niedersachsen (Stand: 06/2013), der Techniker Krankenkasse (Stand: 06/2013), der Barmer GEK (Stand: 07/2013) oder der HEK (Stand: 07/2013).

65 Bspw in der Satzung der Techniker Krankenkasse (Stand: 01.10.2013), § 18 Abs. 3.

66 Vgl. dazu näher oben Teil 1.

67 IG-Info 20, Ausgabe 05/2013, abrufbar unter [www.ig-kikra.de/index.php/downloads/category/1-ig-infos?download=2:ig-infos-nr-20-mai-2013](http://www.ig-kikra.de/index.php/downloads/category/1-ig-infos?download=2:ig-infos-nr-20-mai-2013) HYPERLINK »http://« (letzter Aufruf am 06.05.2015).

68 In Orientierung an den vom Gemeinsamen Bundesausschuss erlassenen sog. Mutterschaftsrichtlinien nach § 92 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 SGB V.

geordnete) Pflegetätigkeiten, insb. Grund- und Behandlungspflege, vorsieht.<sup>69</sup>

#### a) Beratung im Kontext der häuslichen Krankenpflege (§ 37 SGB V)

Ähnlich wie im Falle der Familienhebammen ist die Palette der ergänzenden Leistungen von FGKiKP für insb. auf soziale, bildungs- und milieubedingte Benachteiligung zurückzuführenden (psychosozialen) Betreuungsbedarf nicht eindeutig in das bestehende Regelungssystem der häuslichen (Kinder-)Krankenpflege einzuordnen. In Betracht kommt lediglich (hilfsweise) die Einordnung als (in § 37 SGB V nicht ausdrücklich normierte) sog. »Pflegeberatung« (s. sogleich unter A.II.1.c).

Zwar dürften FGKiKP im Unterschied zur Familienhebamme aufgrund ihres Ausgangsberufs (»Pflegefachkraft«) im Allgemeinen die Voraussetzungen für die Erbringung von Leistungen häuslicher Krankenpflege nach § 132a SGB V erfüllen. Faktisch werden diese Leistungen jedoch v.a. wegen des engen Abrechnungsrahmens und der organisatorisch-strukturellen Vorgaben des pflegedienstbezogenen Leistungserbringungsrechts nicht nach § 37 SGB V abgerechnet, in diesem Bereich aber häufig dennoch erbracht, und sei es – unentgeltlich – als (Zusatz-)Serviceleistung.<sup>70</sup>

#### b) Ergänzende Leistungen nach § 43 Abs. 2 SGB V

Aufgrund ihrer Qualifikation sind FGKiKP sowohl im Bereich der erweiterten medizinischen Rehabilitation (§ 43 Abs. 1 i.V.m. § 26 Abs. 2 SGB XI) als auch der sozialmedizinischen Nachsorge (§ 43 Abs. 2 SGB V) einsetzbar. Gerade die Überleitung ins familiäre Umfeld bereitet nach (längerer) stationärer Versorgung vielfältige Anpassungsprobleme und erscheint damit als prädestiniertes Betätigungsfeld für FGKiKP. Hier kommen insb. ergän-

zende bzw. nachgehende Leistungen für chronische und schwerkranke Kinder in Betracht. Dazu gehören Beratungen, Koordinationshilfe, aber auch Motivationsarbeit für alle Familienmitglieder im Anschluss an stationäre (Rehabilitations-)Leistungen.<sup>71</sup> Abrechenbar sind diese Leistungen aber ebenfalls nur nach ärztlicher Verordnung sowie einzelfallbezogener Genehmigung der Krankenkasse.<sup>72</sup> Im Übrigen sind wiederum die spezifischen Vorgaben des Leistungserbringerrechts zu beachten. Insb. sind nach § 132c Abs. 2 SGB V Konkretisierungen zu personellen Anforderungen (»Bildung von Nachsorgeteams«) dem Spitzenverband der Krankenkassen übertragen.<sup>73</sup>

#### c) Allgemeine und spezifische Sozial- und Pflegeberatung (§§ 7, 7a SGB XI)

Werden Familien mit Pflegebedarf bzw. Leistungsansprüchen nach dem SGB XI betreut, können FGKiKP in diesem Kontext ausweislich ihrer besonderen pflegerischen Basis- und Zusatzqualifikationen ein alle Lebens- und Sozialbereiche umfassendes Spektrum an Betreuungs- und Unterstützungsdiensten leisten. Erfasst sind damit – für Kinder mit entsprechendem Pflegebedarf nach SGB XI – regelmäßig auch die ggf. ergänzend geleisteten, spezifischen Unterstützungsleistungen der Frühen Hilfen.

Im Leistungsspektrum des SGB XI sind, über die (ambulanten) pflegerischen Verrichtungen und Unterstützungen hinausgehend, auch spezifisch-pflegerische sowie soziale, präventive bzw. gesundheitsfördernde Beratungsleistungen abrechenbar. Über § 7a SGB XI besteht ein ausdrücklich geregelter, auch von FGKiKP abrechenbarer Anspruch auf Beratung und ein »Fallmanagement«.<sup>74</sup> Anders als die grundsätzlich von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der Pflegekassen selbst wahrgenommenen Beratungsaufgaben nach § 7 SGB XI ist die sog. spezifische Pflegeberatung nach § 7a SGB XI typischerweise (auch) Pflegediensten und u.ä. kompe-

69 Richtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen über die Verordnung häuslicher Krankenpflege nach § 92 Abs. 1 Nr. 6 und 7 SGB V; zum Streit über die Rechtsqualität von Richtlinien siehe etwa *Mrozynski*, in: ders., SGB I, § 21 Rn 14.

70 *Büscher/Horn*, Bestandsaufnahme zur Situation in der ambulanten Pflege, 10/2010, 32; *Schnepp*, in: Abschlussbericht der Uni Witten-Herdecke zur Machbarkeit der Familiengesundheitspflege im Auftrag des DBfK, 08/2008, 107 ff, 164 ff.

71 *Welti*, in: Becker/Kingreen, SGB V, § 43 Rn 7 ff.

72 *Noftz*, in: Hauck/Noftz, SGB V, Stand: 02/2009, § 43 Rn 70.

73 S. Empfehlungen des GKV-Spitzenverbands vom 30.06.2008, abzurufen unter <http://www.gkv-spitzenverband.de/suche/suche?default=true&query=nachsorgeteams&x=0&y=0> (letzter Aufruf am 06.05.2015)

74 *Schiffer-Werneburg*, in: Klie u.a., LPK-SGB XI, § 7a Rn 9.

tenten Akteuren (z.B. Beratungsstellen) zugeordnet. Die Vergütung erfolgt hier regelmäßig mittels Beratungsgut-schein gem. § 7b SGB XI.

Schließlich treten Konstellationen auf, in denen zwar die ambulante Pflegeversorgung nach SGB XI/SGB V im Vordergrund steht, aber signifikante soziale, gesundheits-präventive und familienentlastende Bedarfskomponenten hinzutreten. Auch das (Sach-)Leistungssystem des SGB XI erfasst originäre Aufgaben der FGKiKP nur rudimentär. Jedenfalls sind aber zumindest für alle in diesem Kontext in Betracht kommenden Verpflichtungen (und soweit die zusätzlichen Voraussetzungen vorliegen) die jeweiligen Systemleistungen nach §§ 36 ff. SGB XI, aber ggf. auch Leistungen der häuslichen Krankenpflege (i.V.m. §§ 72, 77 sowie § 120 SGB XI bzw. §§ 132 ff. SGB V) abrechenbar.

Im Gegensatz zu den strengen organisatorischen sowie sonstigen leistungserbringungsrechtlichen Abrechnungsanforderungen bei den oben erwähnten Angeboten häuslicher Krankenpflege nach dem SGB V sind im Bereich der Pflegeversicherung ausdrücklich auch Einzelpersonen als »geeignete Pflegekräfte« und damit Leistungserbringer zugelassen (§ 77 SGB XI). Pflegekassen können solche Einzelverträge bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen nur in atypischen Ausnahmefällen ablehnen (sog. »gebundenes Ermessen«; § 77 Abs. 1 S. 1 SGB XI).<sup>75</sup> Auch die Vergütung der einzelnen Leistungen ist zwar vertraglich zu regeln, aber nicht mit den strengen Maßgaben des SGB V. Das heißt, die Einzelleistungen sind im Rahmen unterschiedlicher Vergütungssysteme und -höhen, etwa pauschaler oder punkteorientierter Art, flexibel regelbar. Das Differenzierungsverbot gem. § 89 Abs. 1 SGB XI gilt für diese Einzelverträge nicht.<sup>76</sup>

#### **d) Als Leistung der integrierten Versorgung (§ 140a SGB V)**

Grundsätzlich besteht für die FGKiKP die Möglichkeit, Leistungen nach den Vorschriften der sog. Integrierten Versorgung, d.h. auf einzelvertraglicher Grundlage zu erbringen und abzurechnen.<sup>77</sup> Die Ausdehnung des Leistungsrahmens ist nach § 140b Abs. 3 S. 4 SGB V ausge-

schlossen und betrifft die durch den G-BA als unzulässig benannten Maßnahmen. Eine weitergehende Abrechnungsgrundlage für Dienste der FGKiKP im Rahmen des SGB V lässt sich somit nicht konstruieren. Die Aufnahme der ergänzenden Leistungen der FGKiKP in den Integrationsvertrag ist zudem nur denkbar mit Leistungserbringern, die als Vertragspartner der Krankenkassen in § 140b SGB V abschließend aufgeführt sind (mehr dazu sogleich unter A.III.).

#### **e) Kompetenzerweiterung durch Modellprojekte nach § 63 Abs. 3c SGB V**

Ergänzend sei auf die gerade im Hinblick auf die medizinisch-pflegerische Qualifikation der FGKiKP naheliegende Möglichkeit eigenverantwortlicher Übernahme von Aufgaben originär ärztlicher Tätigkeiten im Rahmen von Modellvorhaben nach § 63 Abs. 3c SGB V hingewiesen. Dies betrifft sowohl medizinisch-therapeutische/-diagnostische Maßnahmen als auch weitere – sonst unter ärztlicher Verantwortung stehende – Aufgaben im Bereich Prävention, Aufklärung, (psycho-sozialer) Beratung oder etwa »Überleitungsmanagement«. Die Konkretisierung des Aufgabenfelds obliegt dem G-BA der GKV.<sup>78</sup> Damit ist trotz weiter notwendiger ärztlicher Verordnung eine – potentiell, soweit ersichtlich bislang jedoch ohne Umsetzung gebliebene – Erweiterung des Aufgaben- und Kompetenzprofils der FGKiKP verbunden.

## **2. ALS AUFGABE DER PRIMÄR-PRÄVENTION (§ 20 SGB V)**

Die Ausführungen zur Abrechenbarkeit von Familienhebammenleistungen als Maßnahmen der Primärprävention können auf die Angebote der FGKiKP übertragen werden. Dies gilt sowohl für den grundsätzlich vorstellbaren Settingansatz »Familie« als auch in Bezug auf individuelle Förderkonzepte. Genau wie Familienhebammen ist die Berufsgruppe der FGKiKP im aktuellen Leitfaden, zumindest auf die sog. individuellen Förderungsansätze bezogen, noch nicht als qualifizierter und damit förderungswürdiger Leistungserbringer vorgesehen.

<sup>75</sup> Plantholz, in: Klie u.a., LPK-SGB XI, § 77 Rn 2.

<sup>76</sup> Plantholz, in: Klie u.a., LPK-SGB XI, § 77 Rn 11.

<sup>77</sup> Engelhard, in: Hauck/Noftz, SGB V, Stand: 02/2014, § 140a Rn 13 ff.

<sup>78</sup> Richtlinie nach § 63 Abs. 3c SGB V vom 20.10.2011 (in Kraft getreten am 22.03.2012), abrufbar unter [www.g-ba.de/informationen/richtlinien/77/](http://www.g-ba.de/informationen/richtlinien/77/). (letzter Aufruf am 06.05.2015)

### III. ABRECHENBARKEIT DER HEBAMMENLEISTUNGEN BEI TÄTIGKEIT ALS FAMILIEN- HEBAMME

Das Versorgungsrecht nach SGB V ist inhaltlich und formal geprägt von gesetzlichen Strukturvorgaben. Dazu gehört u.a. die im Hinblick auf die angestrebte Ausgabensteuerung<sup>79</sup> vorgegebene typisierte Normierung des Leistungserbringungsrechts. Diese ist abschließend. Eine Abrechnungsgrundlage liegt daher nur im Rahmen der gesetzlich vorgesehenen Möglichkeiten vor und kann auch nicht hilfsweise im Wege der Abtretung oder anderer Erstattungsvorschriften<sup>80</sup> konstruiert werden. Sowohl die direkte Abrechnung als auch die indirekte »Refinanzierung« der Leistungen wäre eine Umgehung der Strukturvorgaben und damit unzulässig.

#### 1. HEBAMMENLEISTUNGEN ALS ELEMENT DER FAMILIEN- HEBAMMENTÄTIGKEIT

So vielfältig und individuell wie die potenziellen Hilfestellungen bzw. Einsatzmöglichkeiten der Familienhebamme, so differenziert stellt sich das Spektrum möglicher beruflich-organisatorischer Anbindungsstrukturen dar. Neben der freiberuflichen Tätigkeit (Hebamme/Beleghebamme) besteht die Möglichkeit, als Angestellte im klinischen Bereich oder bei verschiedenen anderen, insbesondere freien (vorwiegend ambulant tätigen) Trägern tätig zu sein.<sup>81</sup>

Daneben gibt es freiberufliche Hebammen, die auf Honorarbasis im Auftrag des Gesundheitsamts oder des Jugendamts bzw. freier Träger arbeiten und über den Rahmen der abrechenbaren Leistungen hinaus im Wege der (Einzelfall-)Beauftragung durch den jeweiligen öffentlichen oder privaten Träger die spezifischen Aufgaben der Familienhebammen übernehmen.

Schließlich besteht zudem die Möglichkeit der Wahl einer der vielfältigen Varianten der Kombination von Teil-, Vollzeitanstellung und selbstständiger Beschäfti-

gung sowie der Variante, dass vom Regelfall der umfassenden Betreuung durch Familienhebamme und Hebamme in Personalunion abgewichen wird und Hebammen mit Familienhebammen kooperieren, beide sich aber auf ihr spezifisches Tätigkeitsfeld beschränken. Wie bei anderen (nichtärztlichen) Leistungserbringern hängen die Abrechnungsmöglichkeiten maßgeblich vom jeweiligen arbeitsrechtlichen Status und den entsprechenden Vergütungsregelungen ab.

#### 2. ABRECHENBARKEIT BEI SELBST- STÄNDIGER TÄTIGKEIT

Wie gesehen, kommt die Abrechnung aufgrund der HebVV ausdrücklich *allein* für freiberufliche oder in einer von Hebammen geführten Einrichtung angestellte Hebammen in Betracht (s.o. unter A.I.2.b). Im Gegensatz zur Situation bei Festanstellung ändert ein Auftragsverhältnis mit einem anderen Träger nichts an der Abrechnungsbeziehung im Verhältnis zur Krankenkasse, solange eine Selbstabrechnung und keine Drittabrechnung durch den Auftraggeber erfolgt. Insofern gleicht die Situation derjenigen von Beleghebammen, die in der Klinik tätig werden, deren Leistungen aber nach den Vorschriften insb. der § 2 KEntgG und § 2 BpflV nicht in das (pauschalisierte) Krankenhausvergütungssystem aufgenommen sind und die ihrem freiberuflichen Status entsprechend der Krankenkasse gegenüber nach der HebVV abrechnungsberechtigt bleiben.<sup>82</sup>

Nichts Anderes gilt in der ebenfalls nicht fernliegenden Konstellation einer Teilzeitanstellung, wenn die Familienhebamme zwar in Teilzeit als Angestellte bei Jugend-/Gesundheitsamt eingebunden ist, daneben aber weiterhin als freiberufliche Hebamme abrechenbare Tätigkeiten verrichtet. Voraussetzung für die Abrechenbarkeit gegenüber der Krankenkasse ist eine nachvollziehbare und dokumentierte Trennung der Erbringung der verschiedenen Leistungsinhalte hinsichtlich ihrer Zuordnung zum einen oder anderen Leistungssystem.

Erbringen also freiberuflich bzw. auf Honorarbasis tätige Familienhebammen Leistungen nach der HebVV,

79 Siehe etwa *Mroczynski*, in: ders., SGB I, § 21 Rn 4; LSG NI 12.07.2000, L 4 KR 15/99.

80 Etwa über die Konstruktion der Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677, 683 S. 1 BGB).

81 Nicht repräsentative Befragung praktizierender Familienhebammen/FGKiKP, u.a. bei BeKD e.V. Hannover, DRK-Heinrich-Schwestern e.V. Kiel (Ausbildungsstätte für Familienhebammen/FGKiKP).

82 Vgl. etwa LSG HE 18.07.2011, L 1 KR 401/10.

so können diese Tätigkeiten – von der Familienhebamme selbst – unmittelbar mit der jeweiligen Krankenkasse abgerechnet werden.

### 3. ABRECHENBARKEIT BEI ANGESTELLTER TÄTIGKEIT

Weitere Konstellationen sind die (Primär-)Anstellung bei Gesundheitsamt, Jugendamt oder bei einem freien Träger der ambulanten Pflege und/oder Jugendhilfe. Bei einer Festanstellung erfolgt die Vergütung nach den Maßgaben und Vereinbarungen des jeweiligen Leistungsträgers.

#### a) Refinanzierung durch Drittabrechnung

Für Familienhebammen, die nicht freiberuflich, als Beleghebamme im Krankenhaus oder als Angestellte in einer von Hebammen geführten Einrichtung arbeiten, besteht keine Abrechnungsmöglichkeit nach der HebVV. Sind sie jedoch Angestellte in einer Klinik oder anderen abrechnungsberechtigten Einrichtung und erhalten ein entsprechendes Gehalt, erfolgt zwischen Arbeitgeber und Krankenkasse eine leistungs- oder fallbezogene Vergütung im Wege der Drittabrechnung.<sup>83</sup>

Da Gesundheits- und Jugendamt sowie Träger der freien Jugendhilfe regelmäßig nicht als eine dieser zugelassenen Einrichtungen bzw. Leistungserbringer firmieren können, scheidet die Alternative der Drittvergütung bzw. -abrechnung in Bezug auf die spezifischen Tätigkeiten von Hebammenhilfe (Regelversorgung) über die Krankenkassen aus.

#### b) Abrechnung im Rahmen der Integrierten Versorgung nach §§ 140a ff. SGB V

Die Abrechnung im Rahmen der Integrierten Versorgung ist beschränkt auf Leistungserbringer, die die zur Versorgung nach dem SGB V erforderliche Berechtigung vorweisen können, also entweder zugelassen oder auf Basis eines Vertrags mit Krankenkassen legitimiert sind (vgl. § 140b SGB V).<sup>84</sup> Zugelassen sind nach § 140b Abs. 1 S. 1 SGB V bspw. Krankenhäuser (Nr. 1) oder Zusammenschlüsse von Anbietern der medizinischen und nichtme-

medizinischen Versorger (Nr. 6). Soweit Träger von Leistungserbringern zugelassen werden, betrifft dies ebenfalls nur solche, die nach dem Leistungssystem des SGB V berechtigt sind. Damit ist eine Abrechnung auf dieser Basis für Jugend- oder Gesundheitsämter oder sonstige Anbieter der (freien) Jugendhilfe bzw. die dort angestellten Familienhebammen nicht möglich. Auch nach § 140b Abs. 4 S. 3 SGB V besteht keine Möglichkeit, vom Zulassungsrecht Dispens zu erhalten bzw. die einschlägigen berufs- und fachbezogenen Voraussetzungen zu umgehen. Ein eigener Zulassungsstatus lässt sich hiermit nicht herleiten.<sup>85</sup>

### IV. ABRECHNUNGSMÖGLICHKEITEN BEI LEISTUNGEN DER FGKIKP

Die eben skizzierten Optionen zur Abrechenbarkeit der Leistungen können für die vergütungsrechtliche Tätigkeitsstruktur der FGKIKP nur eingeschränkt übernommen werden. Für die Abrechenbarkeit der im Rahmen der Komplexangebote der FGKIKP dem Leistungsspektrum der GKV zuzuordnenden, insb. häuslichen Dienste (s.o., bspw. nach §§ 37 und 38 SGB V) gelten die dargestellten allgemeinen Grundsätze. Eine Vergütung setzt daher einen bestehenden (Kollektiv- oder Einzel-)Versorgungsvertrag mit zugelassenen Leistungserbringern bzw. dessen Trägern voraus.<sup>86</sup>

Die Krankenkasse kann diesen Vertrag mit Personen, Einrichtungen oder Unternehmen schließen, wobei inzident die Eignung festgestellt wird.<sup>87</sup> Diese Eignungsprüfung bezieht sich neben persönlichen Aspekten v.a. auf fachliche Anforderungen.

Wegen der fachlichen Anforderungen an den Anbieter beschränkt sich die Zulassung regelmäßig auf ambulante (Pflege-)Dienste, gleich welcher Trägerschaft (kirchlich, kommunal, freigemeinnützig, privatwirtschaftlich), sofern diese die genannten Kriterien im Leistungserbringersystem des SGB V erfüllen. Für reine Träger der freien oder öffentlichen Jugendhilfe scheidet diese Möglichkeit

<sup>83</sup> Siehe dazu etwa LSG HE 18.07.2011, L 1 KR 401/10.

<sup>84</sup> Engelhard, in: Hauck/Noftz, SGB V, Bd 4, Stand: 02/2014, § 140a Rn 24.

<sup>85</sup> Engelhard, in: Hauck/Noftz, SGB V, Bd 4, Stand: 02/2014, § 140b Rn 51 ff.

<sup>86</sup> Luthé, in: Hauck/Noftz, SGB V, Bd 4, Stand: 06/2014, § 132a Rn 35.

<sup>87</sup> Luthé, in: Hauck/Noftz, SGB V, Bd 4, Stand: 06/2014, § 132a Rn 27.

aber aus, weil es an den geforderten Versorgungsstrukturen regelmäßig fehlt. Anders als für die im Bereich der Pflegeversicherung des SGB XI vorgesehene Pflegeperson (s. oben unter A.II.1.c), scheidet auch die einzelvertragliche Abrechnung von FGKiKP mit den Krankenkassen aus.

## 1. ABRECHENBARKEIT BEI SELBSTSTÄNDIGER TÄTIGKEIT

Den obigen Darstellungen entsprechend besteht aufgrund der Strukturvorgaben des SGB V und mangels adäquater Abrechnungsgrundlagen regelmäßig keine Möglichkeit für selbstständig tätige FGKiKP, spezifische familienorientierte Beratungsdienste mit den Krankenkassen abzurechnen.

FGKiKP können bei entsprechender Eignung bzw. Qualifikation – bei Erfüllung der gesetzlichen Vorgaben ggf. auch als Einzelpersonen – als Leistungserbringer grundsätzlich (Versorgungs-)Verträge nach § 69 Abs. 1 SGB V (i.V.m. §§ 132a, 132c SGB V) abschließen. Die Abrechenbarkeit setzt regelmäßig die Erfüllung von Mindeststandards voraus.<sup>88</sup> Neben den gesetzlichen Vorgaben sind hierbei u.a. die Empfehlungen der Spitzenverbände zu den Qualitäts- und Leistungserbringerkriterien zu beachten. Der jeweilige Vergütungsanspruch für einzelne Leistungen setzt jedoch eine zumindest konkludente Genehmigung bzw. eine ärztliche Verordnung voraus.

Eine Besonderheit bildet die pflegespezifische Regelung des § 77 SGB XI. Die Vorschrift stellt die Abrechnung für selbstständige Einzelpflegerkräfte ohne förmliche Zulassung, allerdings beschränkt auf einen bestimmten Klientenkreis klar, ermöglicht aber (i.V.m. §§ 71 ff. SGB XI) zugleich auch die separate Abrechnung von SGB V-Leistungen zu Lasten der Krankenkassen.

## 2. ABRECHENBARKEIT BEI ANGESTELLTER TÄTIGKEIT

Bei abhängiger Beschäftigung können der Tätigkeit von FGKiKP entsprechende Leistungen der Versorgung, Anleitung, Beratungsdienste u.Ä. angeboten werden. Sind

FGKiKP bei Trägern oder Institutionen angestellt, die nicht den Anforderungen an Leistungserbringer nach dem SGB V entsprechen, scheidet allerdings eine Vergütung der Dienste, die im Rahmen des Angestelltenverhältnisses erbracht werden, nach dem Leistungssystem des SGB V aus. Eine Refinanzierung zugunsten anderer Träger/Dienste ist hier ebenso wenig geregelt wie im Falle der Familienhebammen (s.o. A.III.3.a).

Die Abrechenbarkeit kann sich allenfalls – in dem o.g. systemspezifisch begrenzten Umfang – für abrechnungsberechtigte Leistungserbringer im Rahmen der §§ 132a und c SGB V sowie § 140a SGB V gegenüber den Krankenkassen (bzw. nach §§ 71 ff. SGB XI gegenüber Pflegekassen) ergeben.

<sup>88</sup> Luthé, in: Hauck/Noftz, SGB V, Bd 4, Stand: 02/2011, § 132c Rn 2, 5 mwN.



## ANGEBOTE ALS AUFGABEN DES ÖFFENTLICHEN GESUNDHEITSDIENSTES

## I. EINORDNUNG ALS AUFGABE IN DIE GESETZE ÜBER DEN ÖFFENTLICHEN GESUNDHEITSDIENST

### 1. AUFGABENBESCHREIBUNG IN DEN LANDESGESETZEN

Die gesetzlichen Grundlagen für die Arbeit der Gesundheitsämter finden sich in den jeweiligen Gesetzen<sup>89</sup> über den öffentlichen Gesundheitsdienst (ÖGDG) der Bundesländer. Die Gesundheitsämter in allen Bundesländern haben vielfältige Aufgaben im Rahmen der Gesundheitsvorsorge, die in sehr offen formulierten gesetzlichen Aufgabenbeschreibungen breiten Spielraum für die kommunale Betätigung bieten. Für die Frage, ob die Kommunen Angebote von Familienhebammen und FGKiKP – unter Zugrundelegung der oben im Teil 1, Kap. A dargelegten Definitionen und Beschreibungen zum Tätigkeitsbereich – als solche von Gesundheitsämtern definieren (können), werden im Folgenden zunächst überblickshalber die relevanten landesgesetzlich definierten Aufgaben- und Leistungsbeschreibungen dargestellt:

#### BADEN-WÜRTTEMBERG

Sämtliche Behörden des öffentlichen Gesundheitsdienstes schützen und fördern die Gesundheit von Kindern und Jugendlichen.<sup>90</sup> Sie haben die Aufgabe, Maßnahmen der Gesundheitsförderung und Gesundheitserziehung zu initiieren und zu koordinieren<sup>91</sup> und können – soweit diese nicht vorhanden sind – zielgruppenspezifische Beratungs- und Betreuungsleistungen entwickeln und anbieten.<sup>92</sup>

#### BAYERN

Sämtliche Behörden für Gesundheit schützen und fördern die Gesundheit von Kindern und Jugendlichen.<sup>93</sup> Die unte-

ren Behörden für Gesundheit bieten auf den Gebieten der Gesundheitsvorsorge und der Gesundheitshilfe ihre Dienste an<sup>94</sup> und wirken als fachkundige Stellen mit, insbesondere bei gesundheitsrelevanten Fragen im Rahmen der Hilfe für Personen in besonderen Lebenslagen.<sup>95</sup> Dabei erhält insbesondere die Erhaltung und Verbesserung der Gesundheit sozial benachteiligter, besonders belasteter oder schutzbedürftiger Bürger/-innen einen besonderen Stellenwert.<sup>96</sup>

#### BERLIN

Der öffentliche Gesundheitsdienst stellt – als eine seiner Kernaufgaben – die Aufgaben der Prävention, Gesundheitsförderung, Gesundheitshilfe und den Schutz der Gesundheit für Kinder und Jugendliche, u.a. durch die Initiierung und Durchführung von Maßnahmen der Gesundheitsförderung, sicher.<sup>97</sup> Dabei nimmt er – soweit diese nicht durch Dritte gewährleistet werden – die Aufgaben der Beratung, der psychosozialen Unterstützung und der Hilfevermittlung insbesondere für die Zielgruppe der Säuglinge und Kleinkinder wahr, u.a. wenn sich Besonderheiten in der frühkindlichen Entwicklung zeigen oder es zum Schutz vor anderweitigen Risiken notwendig ist.<sup>98</sup>

#### BRANDENBURG

Der öffentliche Gesundheitsdienst schützt und fördert die Gesundheit von Kindern und Jugendlichen<sup>99</sup> und stellt die Aufgabenwahrnehmung der Gesundheitsvorsorge, Gesundheitsförderung, den Schutz der Gesundheit insbesondere von Kindern und Jugendlichen sicher, wobei die Leistungen auch aufsuchende Hilfen umfassen.<sup>100</sup> Die Gesundheitsämter koordinieren, initiieren und unterstützen Maßnahmen zur Erhaltung und Förderung der Gesundheit und können diese auch subsidiär durchführen.<sup>101</sup>

89 In Thüringen findet sich eine Verordnung über den öffentlichen Gesundheitsdienst.

90 § 1 Abs. 2 Gesetz zum präventiven Schutz der Gesundheit von Kindern und Jugendlichen in Baden-Württemberg (KiSchG BW, Stand: 18.02.2009).

91 § 1 Abs. 2 Nr. 3 Gesetz über den öffentlichen Gesundheitsdienst (ÖGDG BW, Stand: 25.01.2012).

92 § 7 Abs. 2 ÖGDG BW.

93 Art. 14 Abs. 2 Gesetz über den öffentlichen Gesundheits- und Veterinärdienst, die Ernährung und den Verbraucherschutz sowie die Lebensmittelüberwachung (GDVG BY, Stand: 24.07.2013).

94 Art. 13 Abs. 1 S. 2 GDVG BY.

95 Art. 13 Abs. 2 Nr. 2 GDVG BY.

96 Art. 13 Abs. 1 S. 3 GDVG BY.

97 § 1 Abs. 3 Nr. 2a Gesetz über den öffentlichen Gesundheitsdienst (GDG BE, Stand: 21.08.2013).

98 § 8 Abs. 2 Nr. 1 GDG BE.

99 § 6 Abs. 1 S. 1 Gesetz über den öffentlichen Gesundheitsdienst (GDG BB; Stand: 15.07.2010).

100 § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 2, S. 2, 3 GDG BB.

101 § 5 Abs. 1 S. 1, 2 GDG BB.

## BREMEN

Die Gesundheitsämter beteiligen sich in Zusammenarbeit mit anderen Institutionen sowie in eigenständiger Aufgabenwahrnehmung an der Gesundheitsförderung und am Gesundheitsschutz von Schwangeren, Säuglingen, Kindern und Jugendlichen.<sup>102</sup> Sie führen zur Sicherung des Kindeswohls und zum Schutz vor Kindesvernachlässigung aufsuchende und nachgehende Hilfen durch.<sup>103</sup> Sie bieten insbesondere sozial benachteiligten Frauen und Familien vor und nach der Geburt eines Kindes Beratung und Einzelfallhilfe durch Familienhebammen an.<sup>104</sup>

## HAMBURG

Der öffentliche Gesundheitsdienst beteiligt sich an der Förderung und dem Schutz der Gesundheit von Kindern und Jugendlichen.<sup>105</sup> Er regt gesundheitsfördernde und präventive Maßnahmen an und führt sie in Kooperation mit anderen oder allein durch<sup>106</sup> und beteiligt sich an der Förderung und dem Schutz der Gesundheit von Schwangeren und Säuglingen und berät Frauen in Fragen der Gesundheitspflege von Kleinkindern und Säuglingen.<sup>107</sup> Dabei umfassen die Beratungs- und Betreuungsangebote des öffentlichen Gesundheitsdienstes auch aufsuchende Arbeit.<sup>108</sup>

## HESSEN

Die Gesundheitsämter schützen und fördern die Gesundheit von Kindern und Jugendlichen.<sup>109</sup> Sie informieren und beraten, wie Gesundheit gefördert, Gefährdungen vermieden und Krankheiten verhütet werden können. Dies gilt insbesondere für sozial benachteiligte oder besonders

schutzbedürftige oder gefährdete Personen, die an der gesundheitlichen Versorgung nicht ausreichend teilhaben; für diesen Personenkreis können die Gesundheitsämter ambulante Behandlungen im Einzelfall vornehmen.<sup>110</sup>

## MECKLENBURG-VORPOMMERN

Als Pflichtaufgabe hat der öffentliche Gesundheitsdienst Gesundheitsvorsorge, Gesundheitsschutz und Gesundheitshilfe zu leisten.<sup>111</sup> Dabei kann er zur Erfüllung seiner Ziele und Aufgaben eigene Dienste und Einrichtungen vorhalten.<sup>112</sup> Soweit es erforderlich ist, sucht er die Betroffenen auf, um ihnen seine Leistungen anzubieten.<sup>113</sup> Die Gesundheitsämter bieten u.a. Säuglingsberatung ergänzend zu vorhandenen Einrichtungen an, dabei sollen besonders gefährdete Säuglinge aufgesucht werden, um ihren Personensorgeberechtigten Beratung anzubieten.<sup>114</sup> Soweit die Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben dadurch nicht gefährdet wird, können die Träger des öffentlichen Gesundheitsdienstes diesem zusätzliche Aufgaben entsprechend den regionalen Bedürfnissen übertragen sowie auch Aufgaben übernehmen, die durch Dritte finanziert werden.<sup>115</sup>

## NIEDERSACHSEN

Der öffentliche Gesundheitsdienst schützt und fördert besonders die Gesundheit von Kindern und Jugendlichen.<sup>116</sup> Er veranlasst, unterstützt und koordiniert präventive und gesundheitsfördernde Maßnahmen; er kann diese auch selbst durchführen.<sup>117</sup> Die Maßnahmen bestehen insbesondere in Information, Beratung und Aufklärung über Gesundheitsgefährdungen, gesundheitsfördernde Verhaltensweisen und Verhältnisse in Bezug auf

102 § 14 Abs. 1 S. 1 Gesetz über den öffentlichen Gesundheitsdienst (ÖGDG BR, Stand: 24.01.2012).

103 § 14 Abs. 2 S. 3 ÖGDG BR.

104 § 14 Abs. 7 ÖGDG BR.

105 § 7 Abs. 1 Gesetz über den Öffentlichen Gesundheitsdienst (GDG HH, Stand: 01.11.2011).

106 § 6 Abs. 3 S. 1 GDG HH.

107 § 8 Abs. 2 GDG HH.

108 § 2 Abs. 2 S. 5 GDG HH.

109 § 10 Abs. 1 S. 1 Gesetz über den öffentlichen Gesundheitsdienst (GöGD HE, Stand: 07.12.2012).

110 § 7 Abs. 1 GöGD HE.

111 § 1 Abs. 2 Nr. 1 Gesetz über den öffentlichen Gesundheitsdienst (ÖGDG MV, Stand: 08.11.2012).

112 § 2 Abs. 1 S. 2 ÖGDG MV.

113 § 2 Abs. 2 ÖGDG MV.

114 § 15 Abs. 1 ÖGDG MV.

115 § 1 Abs. 3 ÖGDG MV.

116 § 5 Abs. 1 S. 1 Gesetz über den öffentlichen Gesundheitsdienst (GöGD NI, Stand: 13.10.2011).

117 § 4 Abs. 1 S. 1 GöGD NI.

Vorsorge, Krankheitsfrüherkennung und Maßnahmen zur Versorgung und Rehabilitation.<sup>118</sup>

#### NORDRHEIN-WESTFALEN

Die untere Gesundheitsbehörde hat die Aufgabe, Kinder und Jugendliche vor Gesundheitsgefahren zu schützen und ihre Gesundheit zu fördern.<sup>119</sup> Sie wirkt auf ein ausreichendes Angebot an Schwangeren- und Mütterberatung hin. Für Personen in sozialen und gesundheitlichen Problemlagen, insbesondere für diejenigen, die aufsuchende Hilfe benötigen, hält sie einen Beratungsdienst vor.<sup>120</sup> Soweit und solange die medizinisch-soziale Versorgung erforderlich, jedoch nicht oder nicht rechtzeitig gewährleistet ist, kann sie die untere Gesundheitsbehörde im Benehmen mit primär zuständigen Handlungsträgern im Rahmen eigener Dienste und Einrichtungen erbringen.<sup>121</sup>

#### RHEINLAND-PFALZ

Der öffentliche Gesundheitsdienst koordiniert Angebote der Gesundheitsförderung mit den zuständigen Stellen und bietet bei Bedarf ergänzende Leistungen an.<sup>122</sup> Die Gesundheitsämter führen aufklärende Gesundheitsberatung sowie aufsuchende Gesundheitshilfe für Personen und Personengruppen durch, die aufgrund ihrer besonderen Situation Leistungen anderer für die Gesundheitsversorgung zuständiger Stellen nicht in Anspruch nehmen.

#### SAARLAND

Der öffentliche Gesundheitsdienst beteiligt sich in eigenständiger Aufgabenwahrnehmung an der Gesundheits-

förderung und am Gesundheitsschutz von Säuglingen, Kindern und Jugendlichen.<sup>123</sup> Zur Erfüllung dieser Aufgaben hat er insbesondere Maßnahmen der Gesundheitsförderung und Gesundheitserziehung zu initiieren, zu koordinieren, durchzuführen und auf die Beseitigung von Versorgungslücken hinzuwirken.<sup>124</sup>

#### SACHSEN

Die Gesundheitsämter klären die Bevölkerung in Fragen der körperlichen, geistig-seelischen und sozialen Gesundheit auf und beraten sie über die Gesunderhaltung und Krankheitsverhütung.<sup>125</sup> Auf dem Gebiet der Gesundheitsvorsorge und Gesundheitshilfe bieten die Gesundheitsämter insbesondere Familienberatung und Beratung bei der Familienplanung einschließlich der Beratung Schwangerer sowie Partnerschafts- und Sexualberatung an sowie die Untersuchung und Betreuung von Kindern und Jugendlichen hinsichtlich ihrer gesundheitlichen Entwicklung sowie diesbezügliche Beratung der Sorgeberechtigten.<sup>126</sup>

#### SACHSEN-ANHALT

Der öffentliche Gesundheitsdienst wirkt an gesundheitlichen Maßnahmen zur Sicherung des Kindeswohls und zum Schutz vor Vernachlässigung mit.<sup>127</sup> Er ergänzt bei Bedarf die gesundheitliche Versorgung der Bevölkerung und leistet die erforderlichen Hilfen.<sup>128</sup> Er betreut Schwangere und Mütter von Säuglingen und Kleinkindern, insbesondere sozial und gesundheitlich besonders gefährdete Personen, durch erforderliche Beratung,<sup>129</sup> allerdings hat die Erfüllung der Aufgaben durch andere Träger nach bundesrechtlichen Vorschriften Vorrang.<sup>130</sup>

118 § 4 Abs. 1 S. 2 GöGD NI.

119 § 12 Abs. 1 S. 1 Gesetz über den öffentlichen Gesundheitsdienst (ÖGDG NW, Stand: 14.05.2013).

120 § 11 ÖGDG NW.

121 § 4 Abs. 1 S. 1 ÖGDG NW.

122 § 1 Abs. 1 Nr. 1 Landesgesetz über den öffentlichen Gesundheitsdienst (ÖGdG RP, Stand: 20.10.2010).

123 § 8 Abs. 1 S. 1 Gesetz über den öffentlichen Gesundheitsdienst (ÖGDG SL, Stand: 18.11.2010).

124 § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 ÖGDG SL.

125 § 11 Abs. 1 S. 1 Gesetz über den öffentlichen Gesundheitsdienst (GDG SN, Stand: 01.03.2012).

126 § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 2 GDG SL.

127 § 9 Abs. 2 S. 1 Gesetz über den Öffentlichen Gesundheitsdienst und die Berufsausübung im Gesundheitswesen (GDG ST, Stand: 17.02.2011).

128 § 2 GDG ST.

129 § 8 Abs. 2 S. 1 GDG ST.

130 § 8 Abs. 3 GDG ST.

## SCHLESWIG-HOLSTEIN

Der öffentliche Gesundheitsdienst schützt und fördert die Gesundheit von Kindern und Jugendlichen.<sup>131</sup> Er gewährt Gesundheitshilfe insbesondere bei allen eine Schwangerschaft unmittelbar und mittelbar berührenden Fragen sowie unterstützungsbedürftigen Eltern von Säuglingen und Kleinkindern.<sup>132</sup> Gesundheitshilfe wird gewährt durch Beratung und Betreuung, im Einzelfall auch durch aufsuchende Hilfe.<sup>133</sup>

## THÜRINGEN

Die Gesundheitsämter klären die Bevölkerung in Fragen der körperlichen, geistig-seelischen und sozialen Gesundheit auf und beraten sie über Gesunderhaltung und Krankheitsverhütung.<sup>134</sup> Auf den Gebieten der Gesundheitsvorsorge und der Gesundheitshilfe bieten die Gesundheitsämter insbesondere auch Beratung von Frauen in der Schwangerschaft an sowie Beratung und Betreuung von Kindern und Jugendlichen und Sorgeberechtigten hinsichtlich ihrer gesundheitlichen Entwicklung.<sup>135</sup>

## 2. SCHLUSSFOLGERUNGEN AUS DEN LANDESGESETZLICHEN AUFGABEN

Diesem Überblick lässt sich zunächst entnehmen, dass mit Ausnahme des ÖGDG in Bremen kein anderes Landesgesetz ausdrücklich das Leistungsangebot der Familienhebammen als ein solches des öffentlichen Gesundheitsdienstes benennt; die Leistungen von FGKiKP sind in keinem ÖGDG ausdrücklich aufgeführt.

Von daher stellt sich die Frage, welche Schlussfolgerungen sich vor dem Hintergrund dieser Aufgaben- und Leistungsbeschreibungen in den ÖGDG bezüglich der Frage der Zuordnungsfähigkeit der Leistungen von Familienhebammen und FGKiKP allgemein herleiten lassen:

### a) Gesundheitsverständnis

Als Gesetze über den öffentlichen Gesundheitsdienst fokussieren die darin enthaltenen Aufgaben freilich auf den

Begriff der Gesundheit, sei es in Form des Auftrags zur »Vorsorge«, »Förderung«, »Erziehung«, »Hilfe«, »Erhaltung«, »Verbesserung« oder zum »Schutz« von Gesundheit. Dabei spiegelt sich mitunter ein Gesundheitsverständnis wider, das deutlich über die rein krankensicherungs-technisch verstandene, enge Begriffsaufladung hinausgeht und z.B. auch soziale Aspekte der Gesundheit mit einbezieht. Auch die gesetzlich gefassten Angebote (z.B. psychosoziale Unterstützung bei Besonderheiten in der frühkindlichen Entwicklung) lassen z.T. ein deutlich erweitertes Gesundheitsverständnis erkennen.

Unter diesen Prämissen ist den Trägern des öffentlichen Gesundheitsdienstes aus diesen Bundesländern zwanglos möglich, die Leistungen von Familienhebammen und FGKiKP als Aufgaben des ÖGDG zu definieren. Auch in den Bundesländern, in denen das jeweilige Landesgesetz nur allgemein von »Gesundheit« spricht, ist unbenommen, diesen Begriff entsprechend weit auszulegen und auch die Gesundheitsberufe Familienhebammen und FGKiKP mit ihrem erweitertem Aufgabenfeld auf psychosoziale Fragestellungen grundsätzlich als Angebote des ÖGDG einzuordnen.

### b) Schwangere, Sorgeberechtigte, Kinder als Adressaten

Fast alle Bundesländer haben den Gesundheitsämtern die ausdrückliche Zielvorgabe gemacht, die Gesundheit von Kindern zu fördern und zu schützen, zum großen Teil mit speziell für diese Zielgruppe gekoppelten Aufgaben bzw. Leistungen.<sup>136</sup> Nur in Rheinland-Pfalz besteht im ÖGDG weder eine solche ausdrückliche Zielvorgabe zum Schutz der Kindergesundheit, noch lässt sich diesem ein spezieller Hilfeauftrag für Kinder entnehmen. Allerdings kann hier auf den allgemeinen gesetzlichen Auftrag zur Gesundheitsförderung sowie die allgemeinen, auch für den ÖGDG geltenden Zielbestimmungen in § 1 des Landesgesetzes zum Schutz von Kindeswohl und Kindergesundheit (LKindSchuG RP) zurückgegriffen werden.

131 § 7 Abs. 1 S. 1 Gesetz über den öffentlichen Gesundheitsdienst (GDG SH, Stand: 13.07.2011).

132 § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und 3 GDG SH.

133 § 8 Abs. 1 S. 2 GDG SH.

134 § 8 Abs. 1 S. 1 Verordnung über den öffentlichen Gesundheitsdienst und die Aufgaben der Gesundheitsämter in den Landkreisen und kreisfreien Städten (GD-VO TH, Stand: 02.10.1998).

135 § 8 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und 2 GD-VO TH.

136 Wobei in aller Regel der Beitrag der Gesundheitsämter im Kindergesundheitsschutz sich sehr stark auf die kinder- und schulärztlichen Untersuchungen fokussiert.

### c) Aufsuchende Tätigkeit

Ein Wesensmerkmal der Arbeit von Familienhebammen und FGKiKP ist ihre die Familien aufsuchende Tätigkeit. Zwar hält nur etwa die Hälfte der ÖGDG ausdrücklich fest, dass die Leistungen des öffentlichen Gesundheitsdienstes auch in aufsuchender Form durchgeführt werden können. Aber auch diesbezüglich sind die Angebotsbeschreibungen so ausreichend offen formuliert, dass diese Form der Hilfemethodik ebenfalls darunter gefasst werden kann.

### d) Kommunalpolitischer Gestaltungsspielraum

Mit Ausnahme des ÖGDG in Bremen, das den Gesundheitsämtern die Vorhaltung eines Angebots von Familienhebammen verpflichtend vorschreibt, sind den ÖGDG der anderen Bundesländer keine entsprechenden Pflichtvorgaben für die Träger des öffentlichen Gesundheitsdienstes zu entnehmen. Vielmehr ist es diesen landesgesetzlich selbst überlassen, ob sie die Hilfeangebote der Familienhebammen und/oder FGKiKP als Leistungen ihres jeweiligen Gesundheitsdienstes definieren wollen. Wobei zu beachten gilt, dass in einigen Ländern ein ausdrücklicher Nachrang der ÖGDG-Angebote normiert ist, d.h. dass diese nur dann vom öffentlichen Gesundheitsdienst übernommen werden können, wenn sie nicht durch Dritte gewährleistet werden.

Die ÖGDG eröffnen somit so viel Auslegungsspielraum, dass eine Zuordnung der Leistungen von Familienhebammen und FGKiKP zum Aufgabenkanon des jeweiligen ÖGDG zwar nicht verbindlich vorgegeben (Ausnahme: Bremen), aber unschwer erzielbar ist. Voraussetzung für eine entsprechende Einordnung ist ein kommunalpolitischer Wille. Die derzeitige Situation ist, dass der Auftrag der Gesundheitsdienste in den letzten Jahrzehnten zunehmend im Sinne von »Gefahrenabwehrbehörden« definiert wurde und dementsprechend auch das Personal zum Einsatz aufsuchender (Familien-) Hilfen deutlich eingeschränkt wurde.<sup>137</sup>

## II. AUFSICHTS- UND WEISUNGSBEFUGNISSE

### 1. IM ANGESTELLTENVERHÄLTNIS

Weisungs- und Aufsichtsbefugnisse sind grundsätzlich typische Merkmale von Beamten- und Arbeitnehmerverhältnissen innerhalb der öffentlichen Verwaltung.<sup>138</sup> Im Falle einer Anstellung von Familienhebammen bzw. FGKiKP beim Gesundheitsamt (ein Beamtenverhältnis dürfte eher unwahrscheinlich sein) ist das dienst- und fachaufsichtliche Weisungsrecht ein typisches Merkmal der staatlichen Aufsicht im Rahmen der Wahrnehmung von öffentlichen Verwaltungsaufgaben, wozu auch die Aufgabenwahrnehmung der Gesundheitsdienste zählt. Dabei beinhaltet die Fachaufsicht, die Zweckmäßigkeit des Verwaltungshandelns zu kontrollieren und ggf. fachliche und sachliche Weisungen zu erteilen.<sup>139</sup> Die Kontrolle formaler arbeits- bzw. beamtenrechtlicher Aspekte unterfällt der Dienstaufsicht.<sup>140</sup> Letztlich betreffen Fach- wie auch Dienstaufsicht die Verantwortung für das Handeln der Mitarbeiter/-innen.<sup>141</sup>

Die Dienstaufsicht ist grundsätzlich vom Dienstherrn wahrzunehmen, wobei dieser durch die Vorgesetzten der verschiedenen Hierarchieebenen innerhalb der jeweiligen Kommunalvertretung vertreten wird (sog. Dienstvorgesetzte). Diese haben neben der Dienstaufsicht häufig auch die Befugnis zur Fachaufsicht inne.<sup>142</sup> Die Bestimmung des für eine angestellte Familienhebamme bzw. FGKiKP jeweils Dienstvorgesetzten mit entsprechenden dienst- und/oder fachaufsichtlichen Weisungsbefugnissen richtet sich daher nach dem Aufbau der jeweiligen Gesundheitsdienstbehörde und ist den Allgemeinen Dienst- und Geschäftsanweisungen und/oder Stellenbeschreibungen zu entnehmen.<sup>143</sup>

### 2. ALS SELBSTSTÄNDIGE HONORARKRÄFTE

#### a) Aufsichtsbefugnisse im Landesrecht

Selbstständige Familienhebammen und FGKiKP, die ihre Leistungen als Honorarkräfte des örtlichen Gesund-

137 Meysen u.a., Frühe Hilfen im Kinderschutz, 52.

138 Grundlegend dazu Teil 2.

139 Mörsberger, in: AGJ, Kinder- und Jugendhilferecht von A bis Z, Stichwort »Fachaufsicht«.

140 Mörsberger, in: AGJ, Kinder- und Jugendhilferecht von A bis Z, Stichwort »Fachaufsicht«.

141 Mörsberger, in: AGJ, Kinder- und Jugendhilferecht von A bis Z, Stichwort »Aufsicht«.

142 Werner, in: AGJ, Kinder- und Jugendhilferecht von A bis Z, Stichwort »Dienstaufsicht«.

143 Werner, in: AGJ, Kinder- und Jugendhilferecht von A bis Z, Stichwort »Dienstaufsicht«.

heitsdienstes erbringen, unterliegen hingegen – mangels abhängigen Beschäftigungsverhältnisses – der Aufsicht durch ihren Auftraggeber »Gesundheitsamt« nur in Bezug auf ihre Tätigkeiten, die sie als »normale« Hebamme bzw. Gesundheits-Kinderkrankenpfleger/-innen entsprechend den berufsständischen Regelungen (z.T. i.V.m. den landesrechtlichen Gesundheitsdienstregelungen) leisten. Zur Verdeutlichung der jeweiligen – ausdrücklich geregelten – Aufsichtsbefugnisse soll auch hier ein kurzer Überblick über die relevanten Landesregelungen gegeben werden (jeweils unterschieden nach den Regelungen, die nur für Hebammen, nur für GKiKP<sup>144</sup> sowie für beide Berufsgruppen gemeinsam gelten):

#### BADEN-WÜRTTEMBERG

*Hebammen:* Hebammen üben ihren Beruf unter Aufsicht des Gesundheitsamtes aus. Sie haben dem Gesundheitsamt die hierfür notwendigen Auskünfte zu erteilen und Einblick in ihre Aufzeichnungen zu gewähren. Dokumentationen sind jeweils zum Ende des Kalenderjahres abzuschließen und ohne besondere Aufforderungen bis zum 31. Januar des folgenden Jahres dem Gesundheitsamt vorzulegen.<sup>145</sup>

*GKiKP:* Professionell Pflegende in selbstständiger Stellung sind im Rahmen der Aufsicht und Überwachung durch den öffentlichen Gesundheitsdienst verpflichtet, der zuständigen Behörde die notwendigen Auskünfte zur eigenen Person zu erteilen und diesbezügliche Nachweise vorzulegen.<sup>146</sup>

#### BAYERN

*Hebammen:* Selbstständig tätige Hebammen üben ihren Beruf unter der Aufsicht der unteren Gesundheitsbehörde aus. Auf Anforderung ist dieser eine Kopie der Dokumentationen in anonymisierter Form zu überlassen.<sup>147</sup>

*Hebammen und GKiKP:* Die untere Gesundheitsbehörde verständigt die zuständigen Behörden oder die zuständige Berufsvertretung, wenn Angehörige der sonstigen Heilberufe ihre Befugnisse nicht einhalten oder ihre sonstigen öffentlich-rechtlichen Berufspflichten nicht erfüllen.<sup>148</sup>

#### BERLIN

*GKiKP:* Professionell Pflegende in selbstständiger Stellung sind im Rahmen der Aufsicht und Überwachung durch den öffentlichen Gesundheitsdienst verpflichtet, der zuständigen Behörde die notwendigen Auskünfte zur eigenen Person zu erteilen und diesbezügliche Nachweise vorzulegen.<sup>149</sup> Die Aufsicht über die Einhaltung der berufsrechtlichen Vorschriften liegt bei der jeweiligen Gesundheitsbehörde des Landes, die die Erlaubnis zum Führen der Berufsbezeichnung entziehen kann.<sup>150</sup>

*Hebammen und GKiKP:* Der öffentliche Gesundheitsdienst führt die Aufsicht über die Berufsausübung der staatlich geregelten Berufe des Gesundheitswesens.<sup>151</sup>

#### BRANDENBURG

*Hebammen:* Freiberuflich tätige Hebammen sind im Rahmen der Aufsicht und Überwachung durch den öffentlichen Gesundheitsdienst verpflichtet, dem örtlich zuständigen Gesundheitsamt die hierfür notwendigen Auskünfte zu erteilen und Einblick in ihre Aufzeichnungen und Tagebücher zu gewähren.<sup>152</sup>

*GKiKP:* siehe Berlin

*Hebammen und GKiKP:* Die öffentlichen Gesundheitsdienste der Landkreise und kreisfreien Städte überwachen die Berechtigung zur Ausübung der Berufe im Gesundheitswesen und zur Führung der Berufsbezeichnung.<sup>153</sup>

144 Soweit diese über eine Internet-Recherche auffindbar waren.

145 § 8 Abs. 1 Hebammenberufsverordnung – HebBO BW (Stand: 25.11.1992).

146 § 4 Abs. 1 Berufsordnung des Landespflegerates – BOPfl BW (Stand: 14.07.2006).

147 § 9 Abs. 1 Hebammenberufsordnung – HebBO BY (Stand: 28.05.2013).

148 Art. 12 Abs. 1 S. 2 i.V.m. S. 1 GDVG BY.

149 § 5 Abs. 1 Berufsordnung des Landespflegerates Berlin-Brandenburg – BOPfl BE/BB (Stand: 19.08.2009).

150 § 6 BOPfl BE/BB.

151 § 14 Abs. 5 GDG BE.

152 § 9 Abs. 1 Hebammenberufsordnung – HebBO BB (Stand: 11.06.2008).

153 § 12 Abs. 1 GDG BB.

## BREMEN

*Hebammen:* Freiberuflich tätige Hebammen üben ihren Beruf unter der Aufsicht des Gesundheitsamtes aus. Dieses überwacht in geeigneter Weise, ob die freiberuflich tätigen Hebammen ihre Berufspflichten erfüllen. Es kann hierzu Einblick in die Unterlagen, insbesondere Haftpflichtversicherungsverträge und Fortbildungsnachweise, nehmen. Freiberuflich tätige Hebammen haben dem Gesundheitsamt die für die Durchführung der Aufsicht notwendigen Auskünfte zu erteilen.<sup>154</sup>

*GKiKP:* Freiberuflich tätige professionell Pflegende sind im Rahmen der Aufsicht und Überwachung durch den öffentlichen Gesundheitsdienst verpflichtet, dem Gesundheitsamt die hierfür notwendigen Auskünfte zu erteilen.<sup>155</sup>

*Hebammen und GKiKP:* Die Berufsausübung der Angehörigen der Gesundheitsfachberufe, insbesondere die Einhaltung der Berufspflichten, unterliegt der Aufsicht des Gesundheitsamtes.<sup>156</sup> Hält ein Angehöriger der Gesundheitsfachberufe die beruflichen Befugnisse nicht ein, erfüllt er nicht die Berufspflichten oder liegen Anhaltspunkte dafür vor, dass er in gesundheitlicher Hinsicht nicht zur Ausübung seines Berufs geeignet ist, ist das Gesundheitsamt verpflichtet, die für den Widerruf der Erlaubnis zur Führung der Berufsbezeichnung zuständige Behörde zu verständigen.<sup>157</sup>

## HAMBURG

*Hebammen:* Freiberuflich tätige Hebammen üben ihren Beruf unter Aufsicht der zuständigen Behörde aus. Die haben dieser die hierfür notwendigen Auskünfte zu erteilen, Einblick in ihre Aufzeichnungen und Tagebücher zu gewähren sowie Geräte und Arzneimittel vorzulegen.<sup>158</sup>

*GKiKP:* Selbstständig tätige Pflegekräfte sind verpflichtet, im Rahmen der Aufsicht und Überwachung dem öffentli-

chen Gesundheitsdienst die notwendigen Auskünfte zu erteilen.<sup>159</sup> Bei vorsätzlicher oder fahrlässiger Verletzung der in der Berufsordnung ausgewiesenen Berufspflichten ist von der zuständigen Behörde zu prüfen, ob damit die Voraussetzungen für die Erlaubnis zum Führen der Berufsbezeichnungen nicht mehr vorliegen und die Erlaubnis zum Führen der Berufsbezeichnung zu widerrufen ist.<sup>160</sup>

*Hebammen und GKiKP:* Der öffentliche Gesundheitsdienst überwacht die Berufsausübung derjenigen auf dem Gebiet des Gesundheitswesens tätigen Personen, für die keine Berufskammern bestehen.<sup>161</sup>

## HESSEN

*Hebammen:* Hebammen üben ihren Beruf unter der Aufsicht der zuständigen Gesundheitsbehörde aus. Diese überwacht die Einhaltung der Berufspflichten und kann hierzu Einblick in die Unterlagen, insbesondere Haftpflichtversicherung und Fortbildungsnachweise, nehmen.<sup>162</sup>

*Hebammen und GKiKP:* Die Gesundheitsämter überwachen die Berechtigung zur Führung der einschlägigen Berufsbezeichnung und zur Ausübung des Berufs im Gesundheitswesen sowie die ordnungsgemäße Berufsausübung.<sup>163</sup>

## MECKLENBURG-VORPOMMERN

*Hebammen:* Freiberuflich tätige Hebammen üben ihren Beruf unter der Aufsicht des Gesundheitsamts aus. Sie haben diesem die hierfür notwendigen Auskünfte zu erteilen und Einblick in ihre Aufzeichnungen und Tagebücher zu gewähren.<sup>164</sup>

*Hebammen und GKiKP:* Die Gesundheitsämter überwachen die Berufsausübung derjenigen auf dem Gebiet des Gesundheitswesens tätigen Personen, für die keine Kammer nach dem Heilberufsgesetz besteht.<sup>165</sup>

154 § 8 Abs. 1 Berufsordnung Hebammen – BOHeb BR (Stand: 17.09.2013).

155 § 8 Nr. 1 Berufsordnung für die staatlich anerkannten Pflegeberufe – BOPfl BR (Stand: 04.02.2011).

156 § 27 Abs. 4 S. 1 ÖGDG BR.

157 § 27 Abs. 5 ÖGDG BR.

158 § 4 Hebammengesetz – HebG HH (Stand: 13.09.1990).

159 § 9 Nr. 1 Pflegefachkräfte-Berufsordnung – BOPfl HH (Stand: 29.09.2009).

160 § 10 S. 1 BOPfl HH.

161 § 19 Abs. 3 S. 1 GDG HH.

162 § 8 Abs. 1 Berufsordnung Hebammen – HebBO HE (Stand: 03.12.2010).

163 § 12 Abs. 2 GöGD HE.

164 § 9 Abs. 1 Berufsordnung Hebammen – HebBO MV (Stand: 19.08.2000).

165 § 27 Abs. 5 S. 1 ÖGDG MV.

## NIEDERSACHSEN

*Hebammen:* Die Hebammen haben der unteren Gesundheitsbehörde jederzeit auf Verlangen Auskunft über ihre berufliche Tätigkeit zu geben, soweit dies zur Ausübung der Aufsicht erforderlich ist.<sup>166</sup> Sie hat wiederholte Verstöße einer Hebamme gegen diese Auskunfts- sowie Meldepflichten der Behörde zu melden, die für die Rücknahme oder den Widerruf der Erlaubnis zum Führen der Berufsbezeichnung »Hebamme« zuständig ist.<sup>167</sup>

*GKiKP:* Professionell Pflegende in selbstständiger Stellung sind im Rahmen der Aufsicht und Überwachung durch den öffentlichen Gesundheitsdienst verpflichtet, der zuständigen Behörde die notwendigen Auskünfte zur eigenen Person zu erteilen und diesbezügliche Nachweise vorzulegen.<sup>168</sup>

## NORDRHEIN-WESTFALEN

*Hebammen:* Hebammen unterliegen der Aufsicht der Kreise und kreisfreien Städte als untere Gesundheitsbehörden.<sup>169</sup>

*Hebammen und GKiKP:* Die untere Gesundheitsbehörde hat die Berechtigung zur Ausübung eines nichtakademischen Heilberufes und zur Führung von Berufsbezeichnungen zu überwachen, soweit nicht andere Stellen zuständig sind.<sup>170</sup>

## RHEINLAND-PFALZ

*Hebammen und GKiKP:* Die Gesundheitsämter verständigen die für die Berufsaufsicht zuständigen Behörden, wenn die Angehörigen der Berufe des Gesundheitswesens ihre Befugnisse nicht einhalten oder ihre sonstigen öffentlich-rechtlichen Berufspflichten nicht erfüllen.<sup>171</sup>

## SAARLAND

*Hebammen:* Stellt das für den Tätigkeitsbereich zuständige Gesundheitsamt fest, dass eine Hebamme eine Berufspflicht verletzt hat, kann es die Hebamme schriftlich über die Berufspflichten belehren. Bei wiederholten oder schwerwiegenden Verstößen unterrichtet das Gesundheitsamt schriftlich das Landesamt für Arbeitssicherheit, Immissionsschutz und Gesundheit.<sup>172</sup>

*GKiKP:* Im Rahmen der Aufsicht und Überwachung durch den öffentlichen Gesundheitsdienst sind die hierfür notwendigen Auskünfte zu erteilen.<sup>173</sup>

*Hebammen und GKiKP:* Die Angehörigen der Berufe im Gesundheitswesen haben ihren Beruf ordnungsgemäß und gewissenhaft auszuüben.<sup>174</sup> Hält eine Angehörige/ ein Angehöriger dieser Berufe die beruflichen Befugnisse nicht ein, oder erfüllt nicht die Berufspflichten, unterrichtet das Gesundheitsamt die für die Erlaubnis zur Führung der Berufsbezeichnung zuständige Behörde.<sup>175</sup>

## SACHSEN

*Hebammen:* Freiberuflich tätige Hebammen üben ihren Beruf unter Aufsicht des Gesundheitsamtes aus. Sie haben diesem auf Verlangen die hierfür notwendigen Auskünfte zu erteilen und Einblick in ihre, wie das Gesetz sich ausdrückt, »Aufzeichnungen und Tagebücher« zu gewähren.<sup>176</sup>

*Hebammen und GKiKP:* Die Behörden des öffentlichen Gesundheitsdienstes verständigen die zuständigen Behörden oder Berufsvertretungen, wenn Angehörige der Gesundheitsfachberufe bei der selbstständigen Berufsausübung ihre Befugnisse nicht einhalten oder ihre sonstigen öffentlich-rechtlichen Berufspflichten nicht ausfüllen.<sup>177</sup>

166 § 8 Abs. 2 Gesetz über die Ausübung des Hebammenberufs – HebG NI (Stand: 20.02.2009).

167 § 8 Abs. 3 HebG NI.

168 § 8 Abs. 1 Berufsordnung für Altenpfleger/-innen, Gesundheits- und Krankenpfleger/-innen, Gesundheits- und Kinderkrankenpfleger/-innen – BOPfI NI (soweit erkennbar, noch im Entwurfstadium).

169 § 9 Berufsordnung Hebammen – HebBO NW (Stand: 29.09.2009).

170 § 18 Abs. 4 ÖGDG NW.

171 § 14 Abs. 2 S. 1 i.V.m. Abs. 1 S. 1 ÖGDG RP.

172 § 9 Abs. 1 Hebammenberufsverordnung – HebBVO SL (Stand: 08.03.2005). Inzwischen dürfte als zuständige Landesbehörde jedoch das »Landesamt für Gesundheit und Verbraucherschutz« gemeint sein.

173 § 10 Nr. 1 S. 2 Berufsordnung für Pflegefachkräfte – BOPfI SL (Stand: 28.11.2007).

174 § 16 Abs. 1 S. 1 ÖGDG SL.

175 § 16 Abs. 3 ÖGDG SL.

176 § 9 Abs. 1 Hebammengesetz – HebG SN (Stand: 03.05.2003).

177 § 10 Abs. 2 S. 1 GDG SN.

## SACHSEN-ANHALT

*Hebammen und GKiKP:* Der öffentliche Gesundheitsdienst überwacht bei den Angehörigen der nichtärztlichen Heilberufe und der anderen Fachberufe des Gesundheitswesens die Einhaltung der Berufspflichten und der Grenzen der Berufsberechtigung sowie das Führen der Berufsbezeichnung.<sup>178</sup> Er verständigt mit den erforderlichen personenbezogenen Daten die zuständigen Behörden, wenn diese Berufsgruppen ihre öffentlich-rechtlichen Berufspflichten oder Befugnisse nicht einhalten.<sup>179</sup>

## SCHLESWIG-HOLSTEIN

*Hebammen:* Freiberuflich tätige Hebammen sind verpflichtet, dem Kreis oder der kreisfreien Stadt die für die Aufsicht notwendigen Auskünfte zu erteilen und, soweit dies erforderlich ist, Einblick in ihre Aufzeichnungen zu gewähren.<sup>180</sup> Stellt der Kreis oder die kreisfreie Stadt fest, dass eine Hebamme eine Berufspflicht verletzt hat, kann er/sie die Hebamme schriftlich über die Berufspflichten belehren. Bei wiederholten oder schwerwiegenden Verstößen unterrichtet der Kreis oder die kreisfreie Stadt schriftlich das Landesamt für Soziale Dienste.<sup>181</sup>

*Hebammen und GKiKP:* Die Kreise und kreisfreien Städte können die Berechtigung zur Ausübung der Gesundheitsberufe und zur Führung der Berufsbezeichnung überwachen, soweit nicht andere Behörden zuständig sind.<sup>182</sup>

## THÜRINGEN

*Hebammen und GKiKP:* Die Gesundheitsämter verständigen die zuständigen Behörden oder Berufsvertretungen, wenn Angehörige der sonstigen gesetzlich geregelten

nichtärztlichen Heilberufe ihre Befugnisse nicht einhalten oder ihre sonstigen öffentlich-rechtlichen Berufspflichten nicht erfüllen.<sup>183</sup>

### b) Zusammenfassung der Gemeinsamkeiten im Landesrecht

Zusammenfassend lassen sich damit folgende (überschneidende) Aspekte zur Aufsicht freiberuflich tätiger Hebammen und Gesundheits-Kinderkrankenpfleger/-innen festhalten:

- Zuständige Aufsichtsbehörde ist auch für diese der öffentliche (kommunale) Gesundheitsdienst. Weit überwiegend bezieht sich diese Aufsicht inhaltlich auf eine ordnungsgemäße Berufsausübung, z.T. auf die Einhaltung der berufsrechtlichen Vorschriften sowie die Berechtigung zur Ausübung bzw. zum Führen der Berufsbezeichnung.
- Dem Gesundheitsdienst sind hierfür häufig ausdrückliche Einsichtsrechte in die Hilfedokumentationen eingeräumt, weitgehend gekoppelt mit umgekehrten Pflichten der Hebammen und GKiKP zur Auskunftserteilung.
- Häufig besteht auf Landesebene eine (zusätzliche) Aufsicht, was vereinzelt ausdrücklich geregelt ist, sich überwiegend jedoch vor allem indirekt daraus ableiten lässt, dass die kommunalen Gesundheitsbehörden ggf. zur Verständigung der (Landes-)Behörde bzw. der jeweiligen Berufsvertretung angehalten werden. Vereinzelt haben dieser Unterrichtung ausdrücklich eine Belehrung der Hebammen und die Feststellung wiederholter bzw. schwerwiegender Verstöße vorauszugehen.

178 § 15 Abs. 1 i.V.m. § 26 Abs. 1 S. 1 GDG ST.

179 § 15 Abs. 2 GDG ST.

180 § 8 Abs. 1 Nr. 5 Hebammenberufsverordnung – HebBVO SH (Stand: 16.10.2009).

181 § 9 Abs. 1 HebBVO SH.

182 § 12 Abs. 2 GDG SH.

183 § 7 Abs. 2 S. 1 i.V.m. S. 2 GD-VO TH.

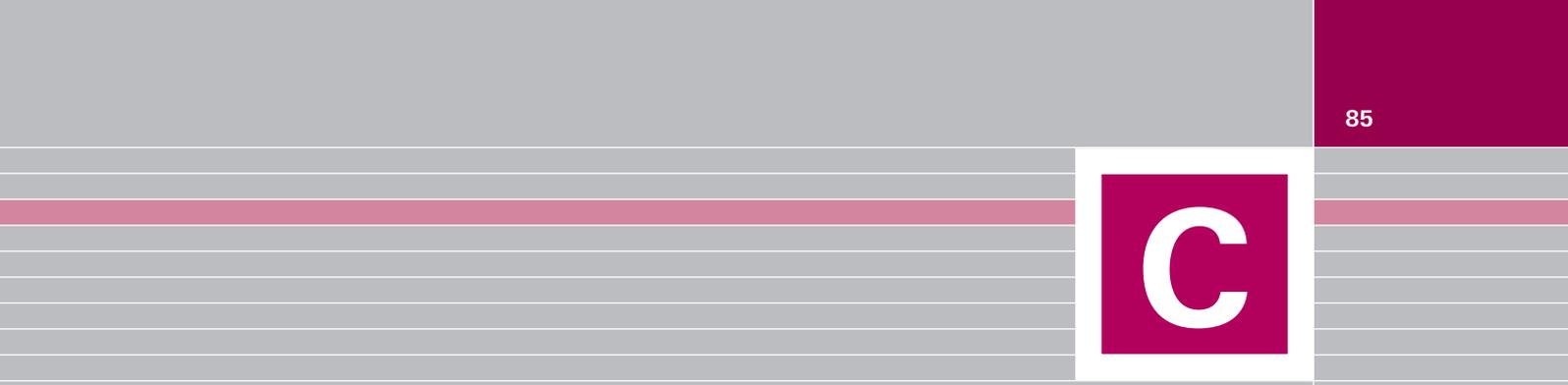
Soweit freiberufliche Familienhebammen bzw. FGKiKP über die ihnen als »normale« Hebammen bzw. GKIKP auferlegten Berufspflichten hinausgehende Tätigkeiten ausüben, unterliegen sie hingegen nicht der Aufsicht durch das Gesundheitsamt.

Insbesondere vor dem Hintergrund, dass in einigen Landes-Hebammen-Berufsordnungen ausdrücklich festgehalten ist, dass der von ihnen zu leistende Gesundheitsschutz von Mutter und Kind neben medizinischen auch soziale, psychische/seelische oder auch kulturelle Faktoren zu berücksichtigen habe, dürfte diese Abgrenzung vor allem bei Familienhebammentätigkeiten nicht immer ganz leicht fallen.<sup>184</sup> In Rheinland-Pfalz besteht sogar eine ausdrückliche gesetzliche Verpflichtung von Hebammen und GKIKP, im Rahmen der Wahrnehmung ihrer Aufgaben auch als Ansprechpersonen für Fragestellungen in den Bereichen Familie, Elternschaft und Partnerschaft zur Verfügung zu stehen.<sup>185</sup>

Umgekehrt ist den Berufsordnungen jedoch eine recht starke Engführung der Aufgaben und Berufspflichten von Hebammen auf weitgehend gesundheitliche Aspekte i.S.d. SGB V-Verständnisses zu entnehmen. Ob daher ausnahmsweise von weitergehenden – d.h. über die »normale« Hebammen- bzw. Gesundheitskrankenpfleger/-innen-Leistungen hinausgehenden – Aufsichtsbefugnissen der Gesundheitsdienste auszugehen ist, kann nur im Abgleich der jeweiligen Berufspflichten mit der konkreten Tätigkeitsbeauftragung entschieden werden. Spätestens dann, wenn Familienhebammen in die – im Vergleich zur »normalen« Hebammentätigkeit – längere, nachgeburtliche Betreuungsphase eintreten, wird allerdings auch bei ihnen die Aufsicht des Gesundheitsamts enden.

184 Vgl. z.B. § 1 Abs. 1 S. 3 HebBO BW; § 2 Abs. 1 S. 1 HebBO BY; § 2 Abs. 2 S. 2 HebBO BB; § 2 Abs. 3 S. 2 HebBO BR; § 2 Abs. 3 S. 3 HebBO HE; § 1 Abs. 1 aE HebG NI; § 2 Abs. 3 S. 1 HebBO NW.

185 § 2 Abs. 1 S. 1 Gesetz über die Gesundheitsfachberufe – GesBerG RP (Stand: 07.07.2009).

**C**

## **ANGEBOTE ALS LEISTUNGEN DER KINDER- UND JUGENDHILFE**

## I. GESUNDHEITSSORGE ALS BESTANDTEIL DER HILFEN NACH DEM SGB VIII

So wie sich die Frage stellt, inwieweit die Leistungen der Familienhebammen und FGKiKP wegen ihres deutlich über den »klassischen« Gesundheitsbegriff hinausgehenden Tätigkeitsspektrums im Gesundheitssystem verortet werden können, stellt sich für diese Grenzangebote auch die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Zuordnung im Rahmen des SGB VIII erfolgen kann, und zwar insbesondere mit Blick auf die typischerweise dem Gesundheitssystem zuordenbaren Leistungsanteile. Bevor die in Frage kommenden Leistungstatbestände aus dem SGB VIII geprüft werden, soll zunächst als Vorfrage geklärt werden, inwieweit sich der Handlungsauftrag der Kinder- und Jugendhilfe aus dem SGB VIII überhaupt auf das Thema Gesundheit erstreckt.

Grundsätzlich gehört die Sorge um die Gesundheit junger Menschen vor dem Hintergrund der Zielbestimmungen in § 1 Abs. 1 und 3 SGB VIII, diese in ihrer individuellen und sozialen Entwicklung zu fördern, Benachteiligungen zu vermeiden, sie vor Gefahren für ihr Wohl zu schützen und dazu beizutragen, positive Lebensbedingungen für sie und ihre Familien zu erhalten bzw. zu schaffen, zu diesem holistischen allgemeinen Handlungsauftrag in der Kinder- und Jugendhilfe.<sup>186</sup>

Allerdings sind die Aufgaben der Gesundheitsförderung und -hilfe nicht ausdrücklich im SGB VIII benannt, wenngleich einzelne Regelungen punktuelle Bezüge und Handlungsaufträge enthalten (z.B. § 11 Abs. 3 Nr. 1 »gesundheitliche Bildung«, § 40 »Krankenhilfe«, § 81 »Zusammenarbeit mit Einrichtungen und Stellen des öffentlichen Gesundheitsdienstes und sonstigen Einrichtungen des Gesundheitsdienstes«).<sup>187</sup>

Der 11. Kinder- und Jugendbericht 2002 hat dementsprechend konstatiert:

»Das Kinder- und Jugendhilfegesetz (KJHG) hat kein Verhältnis zur Gesundheit. Die Förderung der Gesundheit gehört nicht ausdrücklich zu den Aufgaben der Kinder- und Jugendhilfe.«<sup>188</sup>

In der Folge gab es jedoch eine intensivere – gerade auch politische – Diskussion über die Frage der Mitverantwortung der Kinder- und Jugendhilfe im Bereich der Gesundheitsförderung. So heißt es beispielsweise im Bericht der Arbeitsgemeinschaft der Obersten Landesjugendbehörden (AGOLJB) »Kinder und Gesundheit« ausdrücklich, dass die Kinder- und Jugendhilfe

»aufgrund der aufgezeigten Zusammenhänge und Notwendigkeiten in ihrem gesamten Handlungsspektrum die Berücksichtigung der Gesundheitsperspektive verstärken und transparenter ausweisen und entsprechend intensiver und konsequenter zur Gesundheitsförderung beitragen muss.«<sup>189</sup>

Die Jugendministerkonferenz hat – unter Bezugnahme auf diesen Bericht – in ihrem Beschluss vom 12./13. Mai 2005 zu den Aspekten Prävention und Gesundheitsförderung verschiedene Handlungsnotwendigkeiten formuliert, u.a. dass

»angesichts wachsender neuer Gesundheitsrisiken bei Kindern und Jugendlichen [...] Gesundheitsschutz und Gesundheitsförderung von Kindern als gesamtgesellschaftliche Aufgabe auch in der Mitverantwortung der Kinder- und Jugendhilfe stärker« wahrzunehmen ist.<sup>190</sup>

Mit dem 13. Kinder- und Jugendbericht wurde in der Folge erstmals das Thema »Gesundheitsbezogene Prävention und Gesundheitsförderung in der Kinder- und Jugendhilfe« zum Gegenstand eines Kinder- und Jugendberichts. In der Zusammenfassung heißt es u.a.:

186 Wiesner, in: ders., SGB VIII, § 1 Rn 5a; AGJ, Gesundes Aufwachsen von Kindern- und Jugendlichen, 33.

187 Ausführlich dazu AGJ, Gesundes Aufwachsen von Kindern und Jugendlichen – Kooperation von Gesundheitswesen und Kinder- und Jugendhilfe, 31 ff.

188 11. Kinder- und Jugendbericht, 226 f.

189 Bericht der AGOLJB, »Kinder und Gesundheit – Gesundheitsförderung als gesamtgesellschaftliche Aufgabe«, 14.

190 JFMK, Kinder und Gesundheit, Gesundheitsförderung als gesamtgesellschaftliche Aufgabe – Mitverantwortung der Kinder- und Jugendhilfe, Beschluss der Jugendministerkonferenz vom 12./13. Mai 2005, Forum Jugendhilfe 3/2005, 32.

»Dieser Themenzuschnitt des 13. Kinder- und Jugendberichts spiegelt insofern eine Veränderung wider, als Gesundheit und Wohlbefinden von Heranwachsenden nicht mehr vorrangig oder gar allein in der Zuständigkeit des Gesundheitssystems gesehen werden. Gerade wenn es um die Förderung von gesundem Aufwachsen geht, reicht die vorherrschende Ausrichtung des Gesundheitssystems auf die Verhütung und Behandlung von Krankheiten nicht aus. [...] Die Kinder- und Jugendhilfe steht nun vor der Frage, was sie zur Verhinderung gesundheitlicher Belastungen und zur Förderung von Gesundheit im Kindes-, Jugend- und jungen Erwachsenenalter mit ihren Mitteln beitragen kann.«<sup>191</sup>

Für die vorliegend relevante Altersgruppe der Kinder unter drei Jahren sieht der Bericht »Bindung und Autonomie« als die gesundheitsrelevanten Entwicklungsthemen an und arbeitet anhand verschiedener Indikatoren die Gesundheitssituation von Säuglingen und Kleinkindern in Deutschland heraus (z.B. zu Auswirkungen von Belastungen während der Schwangerschaft, Entstehung und Bedeutung von Regulationsstörungen bzw. von frühkindlichen Bindungsstörungen).<sup>192</sup> Im Ergebnis wird konstatiert, dass die Entwicklung und Gesundheit von Kindern in den ersten Jahren ganz entscheidend dadurch beeinflusst sind, wie Eltern sich im Umgang mit ihrem Kind verhalten.

Diese grundlegenden Überlegungen vorweg, soll im Weiteren nun konkret der Frage nachgegangen werden, unter welchen Voraussetzungen die Angebote der Familienhebammen und FGKiKP einzelnen Leistungstatbeständen des SGB VIII zugeordnet werden könnten. Eine eindeutige Zuordnung oder gar eine Pflicht, Familienhebammen und FGKiKP in die Angebotspalette des Jugendamts aufzunehmen, findet sich im SGB VIII nicht.

## II. HILFEANGEBOTE ALS ALLGEMEINE FÖRDERUNG DER ERZIEHUNG IN DER FAMILIE (§ 16 SGB VIII)

### 1. EINORDNUNG DER ANGEBOTE

Die Träger der öffentlichen Jugendhilfe sind nach § 16 SGB VIII aufgefordert, im Sinne einer »allgemeinen Förderung der Erziehung in der Familie« präventive, zugehende Angebote bereitzustellen. Diese allgemeinen Förderangebote sollen nach der ausdrücklichen Gesetzesintention dazu beitragen, dass Mütter, Väter und andere Erziehungsberechtigte ihre Erziehungsverantwortung besser wahrnehmen können (§ 16 Abs. 1 S. 2 SGB VIII).

Dabei benennt das Gesetz als in Frage kommende Leistungen beispielhaft zum einen Angebote der Familienbildung (§ 16 Abs. 2 Nr. 1 SGB VIII), die u.a. die Handlungskompetenzen zur Gestaltung des familiären Zusammenlebens erweitern sowie auf das Zusammenleben von Kindern vorbereiten sollen.<sup>193</sup> Zum Gegenstand von Familienbildung werden grundsätzlich alle Aufgabenbereiche gezählt, die im alltäglichen Familienleben anfallen, auch die gesundheitliche Fürsorge und Vorsorge.<sup>194</sup> Darüber hinaus sollen Angebote der Beratung in allgemeinen Fragen der Erziehung und Entwicklung junger Menschen vorgehalten werden (§ 16 Abs. 2 Nr. 2 SGB VIII). Als Leistungen in diesem Sinne kommen daher grundsätzlich alle informierenden, aufklärenden, übenden sowie die Familie entlastenden Angebote in Betracht.<sup>195</sup>

Im Zuge des Bundeskinderschutzgesetzes (BKisSchG) hat die in § 16 SGB VIII festgehaltene Angebotspalette in Abs. 3 zudem eine gezielte Erweiterung um die Angebote der Frühen Hilfen gefunden. Danach sollen Müttern, Vätern sowie schwangeren Frauen und werdenden Vätern Beratung und Hilfe in Fragen der Partnerschaft und des Aufbaus elterlicher Erziehungs- und Beziehungskompetenzen angeboten werden. Dabei betonte der Gesetzgeber zwar, dass »das in Absatz 2 genannte Leistungsspektrum [...] einen Teil der Hilfen als allgemeines Angebot« ab-

191 13. Kinder- und Jugendbericht, BT-Drucks. 16/12860, 33, der i.Ü. deutlich herausstellt, dass eine breite und differenzierte Fachdiskussion zu diesem Thema fehlt, 37.

192 13. Kinder- und Jugendbericht, BT-Drucks. 16/12860, 82 ff.

193 *Struck*, in: *Wiesner*, SGB VIII, § 16 Rn 11, 14.

194 *Happe/Saubier*, in: *Jans u.a.*, KJHG, § 16 Rn 48.

195 *Schleicher*, in: *Fieseler u.a.*, GK-SGB VIII, Stand: 05/2009, § 16 Rn 1.

decke, »die in verschiedenen Modellprojekten als ›Frühe Hilfen‹ zum Einsatz kommen. [...] Durch die Einfügung von Absatz 3 soll [jedoch] zum Ausdruck gebracht werden, dass Hilfen während der Schwangerschaft und in den ersten Lebensjahren des Kindes zum unverzichtbaren Basisangebot jedes Jugendamts gehören.«<sup>196</sup>

Diese Vorschrift hat zum einen ausdrücklich klargestellt, dass der Hilfeauftrag der Kinder- und Jugendhilfe auch schon während der Schwangerschaft besteht, zum anderen ein deutliches Signal an die Träger der öffentlichen Jugendhilfen gesendet, sich im Bereich der Frühen Hilfen gerade auch mit niedrigschwelligen Kinder- und Jugendhilfeangeboten zu engagieren.<sup>197</sup>

Familienhebammen und FGKiKP mit der Ausrichtung ihrer Tätigkeit auf den Aufbau elterlicher Erziehungs- und Beziehungskompetenzen in Familien mit ungeborenen und sehr kleinen Kindern können daher ungezwungen als Hilfen nach § 16 SGB VIII angesehen und eingeordnet werden.<sup>198</sup>

Auch die Anteile klassischer Gesundheitsleistungen, die eigentlich dem SGB V-Leistungssystem unterfallen und von Familienhebammen bzw. FGKiKP erbracht werden, können als Leistungen i.S.d. § 16 SGB VIII angesehen werden.<sup>199</sup> Das Konzept des Einsatzes von Familienhebammen und FGKiKP fußt entscheidend darauf, dass die in diesem Kontext relevant werdenden Gesundheitsaspekte (z.B. Ernährung während der Schwangerschaft, Geburtsvorbereitung, Vorsorgeuntersuchungen vor und nach der Geburt, Schlafverhalten, Stillen, Körperpflege, Früherkennung, Impfschutz, etc.) integrale und quasi bewusst eingesetzte Bestandteile sowohl im Zugang zur jeweiligen Familie als auch im Rahmen der psycho-sozialen Hilfeziele und -inhalte sind.

## 2. OBJEKTIV-RECHTLICHE SICHERSTELLUNGSPFLICHT

Mit den Angeboten der allgemeinen Förderung der Erziehung in der Familie nach § 16 SGB VIII kommen öffentliche Jugendhilfeträger ihrer objektiv-rechtlichen Verpflichtung zur bedarfsgerechten Vorhaltung entsprechender Förderungsangebote nach.<sup>200</sup> Mit der gesetzlichen Formulierung »sollen ... angeboten werden« ist somit kein individueller, einklagbarer Rechtsanspruch von Eltern auf ein bestimmtes Förderangebot i.S.d. § 16 SGB VIII verbunden.<sup>201</sup> Vielmehr hat der öffentliche Jugendhilfeträger im Rahmen seiner Gesamt- und Planungsverantwortung (§§ 79, 80 SGB VIII) dafür Sorge zu tragen, dass ein mit Blick auf den vor Ort festgestellten Bedarf »vielfältig zusammengesetztes, insgesamt angemessenes Gesamtangebot« vorgehalten wird.<sup>202</sup>

Die Vorschrift nimmt somit den öffentlichen Träger in die Pflicht, entsprechende Förderungsangebote vorzusehen.<sup>203</sup> Allerdings steht ihm in diesem Rahmen ein weiter Gestaltungsspielraum zu.<sup>204</sup> Ob ein öffentlicher Jugendhilfeträger die Leistungen der Familienhebammen bzw. FGKiKP in seine Angebotspalette nach § 16 SGB VIII mit aufnimmt und ggf. gem. §§ 74, 77 SGB VIII entsprechend finanziell fördert, obliegt daher grundsätzlich seiner Entscheidungshoheit im Rahmen der Jugendhilfeplanung (§ 80 SGB VIII;<sup>205</sup> näher zur Berücksichtigung dieser Leistungen in der Jugendhilfeplanung unter D.II.1.). Haben allerdings die Leistungen der Familienhebammen bzw. FGKiKP Eingang in die örtliche Angebotspalette nach § 16 SGB VIII gefunden, wird dadurch grundsätzlich ein »Teilhaberecht auf gleichen Zugang«<sup>206</sup> zu den (vorhandenen) Angeboten begrün-

196 BT-Drucks. 17/6256, 22.

197 Meysen/Eschelbach, Das neue Bundeskinderschutzgesetz, Kap. 2 Rn 73.

198 Meysen/Schönecker FamRZ 2008, 1498, 1501; Meysen FamRZ 2012, 405, 410 f.

199 Wenn auch nicht dieses Ergebnis rechtlich herleitend, so doch gedanklich stützend: Bericht der AGOLJB, Kinder und Gesundheit, 14 sowie 13. Kinder- und Jugendbericht, BT-Drucks. 16/12860, 188; (noch) aA Meysen/Schönecker FamRZ 2008, 1498, 1501.

200 Schindler, in: Münder u.a., Handbuch Kinder- und Jugendhilfe, Kap. 3.2 Rn 12.

201 Fischer, in: Schellhorn u.a., SGB VIII, § 16 Rn 20.

202 Jans u.a., Kinder- und Jugendhilferecht, § 16 Rn 27.

203 Grube, in: Hauck/Noftz, SGB VIII, Stand: 09/2012, § 16 Rn 14.

204 VGH BY = FEVS 52, 465.

205 Meysen/Schönecker FamRZ 2008, 1498, 1501.

206 So ausdrücklich Proksch, in: Münder u.a., FK-SGB VIII, § 16 Rn 4.

det<sup>207</sup>, und ein Ausschluss ist, soweit Kapazitäten vorhanden sind, nur aus sachlichen Gründen gerechtfertigt.<sup>208</sup>

### 3. NIEDRIGSCHWELBIGKEIT DER HILFEANGEBOTE

Hat sich der Träger der öffentlichen Jugendhilfe dazu entschieden, die Hilfeangebote der Familienhebammen bzw. FGKiKP in seine Angebotspalette nach § 16 SGB VIII aufzunehmen und damit deren Schwerpunkt deutlich auf den präventiv erziehungsfördernden, familienbildenden Einsatz zu legen, gehört zur Bedarfsgerechtigkeit der Angebote, die Hürden für ihre Inanspruchnahme möglichst gering zu halten und die Möglichkeit zur Inanspruchnahme nicht von einer vorherigen jugendamtlichen Entscheidung abhängig zu machen.<sup>209</sup> Bedarfsgerecht für eine Förderung i.S.d. § 16 SGB VIII ist der Einsatz von Familienhebammen bzw. FGKiKP darüber hinaus nur, wenn sie über ihre Zusatzausbildung in der Lage sind, die Hilfen im Sinne des »Kompetenzprofils Familienhebammen« zu erbringen (§ 80 Abs. 2 SGB VIII).

Für Leistungen nach § 16 SGB VIII wird in der Regel über Vereinbarungen nach § 77 SGB VIII oder Förderung nach § 74 SGB VIII die niedrigschwellige und damit direkte Inanspruchnahme der Hilfen ermöglicht. Weder bedarf es eines Antrags mit der Folge eines jugendamtlichen Gewährungsverfahrens, noch ist das Jugendamt im Rahmen eines Hilfeplanverfahrens i.S.d. § 36 Abs. 2 S. 2 SGB VIII zu involvieren, wengleich die Hilfeplanung – bei Niedrigschwelligkeit ohne Beteiligung des Jugendamts – als allgemeiner fachlicher Standard auch bei anderen, rechtlich nicht dem Anwendungsbereich des § 36 SGB VIII unterliegenden, längerfristig angelegten Leistungen für sinnvoll erachtet wird.<sup>210</sup>

## III. UNBENANNTHE HILFE ZUR ERZIEHUNG (§ 27 ABS. 2 SGB VIII)

### 1. ZUORDENBARKEIT DER HILFEANGEBOTE

Zulässig ist auch eine Zuordnung der Leistungen von Familienhebammen und FGKiKP als sog. flexible bzw. unbenannte Hilfen zur Erziehung i.S.d. § 27 Abs. 2 SGB VIII. Der offene Leistungskatalog der Hilfen zur Erziehung (»insbesondere«) ermöglicht, über die gesetzlich definierten Leistungen der §§ 28 bis 35 SGB VIII hinaus, mit Blick auf den jeweiligen Hilfebedarf entsprechend maßgeschneiderte, unbenannte Hilfen zu entwickeln und einzusetzen.<sup>211</sup>

Durch eine entsprechende Einordnung der Angebote der Familienhebammen bzw. FGKiKP als Hilfen zur Erziehung erhalten sie jedoch einen spezifischen Charakter, dessen fachpolitische Sinnhaftigkeit zu diskutieren wäre.

### 2. LEISTUNGSRECHTLICHE AUSWIRKUNGEN EINER ZUORDNUNG ZU DEN HILFEN ZUR ERZIEHUNG

#### a) Voraussetzung: erzieherischer Bedarf i.S.d. § 27 Abs. 1 SGB VIII

Grundvoraussetzung der Gewährung jeder Leistung der Hilfe zur Erziehung ist, dass in der Familie eine dem Wohl des Kindes entsprechende Erziehung nicht gewährleistet ist (§ 27 Abs. 1 SGB VIII). Die Anknüpfung an den Kindeswohlbegriff stellt zwar eine gewisse Relation zur Kindeswohlgefährdung i.S.d. § 1666 Abs. 1 BGB her,<sup>212</sup> Hilfe zur Erziehung soll aber gerade auch dann einsetzen, wenn (noch) keine Kindeswohlgefährdung eingetreten ist, um vorbeugend zu wirken.<sup>213</sup> Eine dem Kindeswohl

207 Kunkel, in: LPK-SGB VIII, § 16 Rn 2; Grube, in: Hauck/Noftz, SGB VIII, Stand: 09/2012, § 16 Rn 14; Fischer, in: Schellhorn u.a., SGB VIII, § 16 Rn 21; Struck, in: Wiesner, SGB VIII, § 16 Rn 8a.

208 VGH BY = FEVS 52, 465; VG Gera 10.02.2005, 6 K 605/04 GE.

209 Meysen, in: Münder u.a., FK-SGB VIII, § 36a Rn 35 verweist hier auf eine entsprechende Pflicht zur Sicherstellung der Niedrigschwelligkeit, die sich aus der Gesamt- und Planungsverantwortung (§§ 79, 80 SGB VIII) ableite.

210 Schmid-Obkirchner, in: Wiesner, SGB VIII, § 36 Rn 2; Stähr, in: Hauck/Noftz, SGB VIII, Stand: 10/2006, § 36 Rn 29; Kunkel, in: LPK-SGB VIII, § 36 Rn 13.

211 Schmid-Obkirchner, in: Wiesner, SGB VIII, § 27 Rn 29.

212 BT-Drucks. 11/5948, 68.

213 Tammen/Trenczek, in: Münder u.a., FK-SGB VIII, § 27 Rn 7.

entsprechende Erziehung ist somit i.S.d. § 27 Abs. 1 SGB VIII nicht gewährleistet, wenn aufgrund der bestehenden Erziehungssituation eine Fehlentwicklung, ein Rückstand oder Stillstand der Persönlichkeitsentwicklung des Kindes droht oder bereits eingetreten ist und zu befürchten steht, dass ohne Hilfen zur Erziehung das Erziehungsziel verzögert oder gänzlich verfehlt wird.<sup>214</sup>

Der Einsatz von Familienhebammen und FGKiKP wäre bei einer Einordnung als Hilfe zur Erziehung daher von vornherein an das Vorliegen einer gesteigerten erzieherischen Bedarfssituation gebunden und nur einem deutlich eingegrenzten Adressatenkreis zugänglich.<sup>215</sup> Der Einsatz als stärker präventiv gedachtes Hilfeangebot wäre nicht möglich.

#### b) Niedrigschwellige Inanspruchnahme

Ansprüche auf Sozialleistungen entstehen, sobald ihre im Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes bestimmten Voraussetzungen vorliegen (§ 40 Abs. 1 SGB I). Ein formales Antragserfordernis zählt auch bei Leistungen nach §§ 27 ff. SGB VIII grundsätzlich nicht zu diesen anspruchsbegründenden Voraussetzungen, sodass niedrigschwellige Inanspruchnahme zugelassen werden kann.<sup>216</sup>

Eine Pflicht, die direkte Inanspruchnahme der Leistung zuzulassen, ohne dass das Jugendamt vorher über die Gewährung der Leistung entscheidet, ist in § 36a Abs. 2 SGB VIII normiert. Danach soll der Träger der öffentlichen Jugendhilfe die niedrigschwellige unmittelbare Inanspruchnahme von ambulanten Hilfen zulassen. Eine Soll-Pflicht zur Schaffung entsprechender Möglichkeiten zur jugendamtsfernen Inanspruchnahme besteht jedenfalls für die ausdrücklich genannte Erziehungsberatung (»insbesondere«). Bei anderen Leistungen wird eine entsprechende Pflicht anzunehmen sein, wenn die Niedrig-

schwelligkeit zentrale Voraussetzung für den Hilfeerfolg bzw. Hilfezugang ist.<sup>217</sup> Der direkte Zugang kann – muss aber nicht – vom Träger der öffentlichen Jugendhilfe ausgeschlossen werden, wenn die Hilfe eine gesteigerte Eingriffsintensität hat, etwa weil sie mit zeitlich längeren Einwirkungen in die Lebenssphäre von Familien verbunden ist.<sup>218</sup>

Regelmäßig ist der Einsatz von Familienhebammen und FGKiKP zentral von der Idee geprägt, dass über diese Berufsgruppen der Gesundheitshilfe ein unbelasteter Zugang zu Familien ermöglicht wird, d.h. dass sie selbst Zugang zu den Hilfen finden.<sup>219</sup> Dies spricht dafür, dass sie bei einer Einordnung als Hilfe zur Erziehung von § 36a Abs. 2 SGB VIII erfasst und niedrigschwellig anzubieten sind. Letzte Verbindlichkeit gegenüber den Trägern der öffentlichen Jugendhilfe dürfte insoweit jedoch nur erzielt werden, wenn die Niedrigschwelligkeit z.B. zur Förderungsvoraussetzung im Rahmen des Bundesfonds nach § 3 Abs. 4 KKG erhoben wird.

Auch bei niedrigschwellig zur Verfügung stehenden Hilfen zur Erziehung ist spätestens dann das Jugendamt einzubeziehen, wenn ein Hilfeplanverfahren i.S.d. § 36 Abs. 2 S. 2 SGB VIII durchzuführen ist (hierzu sogleich).<sup>220</sup>

#### c) Grenze der Niedrigschwelligkeit: Pflicht zur Hilfeplanung (§ 36 Abs. 2 SGB VIII)

Wird eine Hilfe zur Erziehung voraussichtlich für längere Zeit geleistet, so sollen die Fachkräfte im Jugendamt zusammen mit den Personensorgeberechtigten, ggf. dem Kind bzw. Jugendlichen sowie den Leistungserbringern als Grundlage für die Ausgestaltung der Hilfe einen Hilfeplan aufstellen, der Feststellungen über den Bedarf, die zu gewährende Art der Hilfe sowie die notwendigen

214 *Stähr*, in: Hauck/Noftz, SGB VIII, § 27 Rn 23 f; *Fischer*, in: Schellhorn u.a., SGB VIII, § 27 Rn 23.

215 *Tammen*, in: Münder u.a., Handbuch Kinder- und Jugendhilferecht, Kap. 3.5 Rn 4.

216 *Trenczek*, in: Münder u.a., FK-SGB VIII, Anhang: Verfahren und Rechtsschutz Rn 23; *Tammen*, in: Münder u.a., Handbuch Kinder- und Jugendhilferecht, Kap. 3.5 Rn 64.

217 *Meysen*, in: Münder u.a., FK-SGB VIII, § 36a Rn 34; ähnlich auch *Werner*, in: Jans u.a., Kinder- und Jugendhilferecht, § 36a Rn 24.

218 *Wiesner*, in: ders., SGB VIII, § 36a Rn 39.

219 Siehe z.B. die Grundintentionen der Bundesinitiative Netzwerke Frühe Hilfen und Familienhebammen in der Präambel der Verwaltungsvereinbarung.

220 *Stähr*, in: Hauck/Noftz, SGB VIII, § 36a Rn 18; *Fischer*, in: Schellhorn u.a., SGB VIII, § 36a Rn 14; *Kunkel*, in: LPK-SGB VIII, § 36a Rn 6; *Meysen*, in: Münder u.a., FK-SGB VIII, § 36a Rn 34; aA *Werner*, in: Jans u.a., Kinder- und Jugendhilferecht, § 36a Rn 26.

Leistungen enthält, und diesen regelmäßig überprüfen (§ 36 Abs. 2 SGB VIII). Das Jugendamt ist daher gesetzlich gehalten, sich bei längerfristigen Hilfen zur Erziehung mit einer entsprechenden Hilfeplanung zu involvieren und darüber auch seine Steuerungsverantwortung bei der Klärung, Koordinierung und Gewährung der hilfebedarfsgerechten Leistungen wahrzunehmen.<sup>221</sup>

Gesetzliche Voraussetzung ist nach § 36 Abs. 2 S. 1 SGB VIII, dass es sich um eine Hilfe handelt, die »voraussichtlich für längere Zeit« zu leisten ist. Dabei wird mit Blick auf die unterschiedliche Intensität von Hilfen bzw. unterschiedlichen Qualitäten von Hilfebedarfen sowie der unterschiedlichen Zeitrelevanzen hinsichtlich des Lebensalters des jungen Menschen eine starre zeitliche Grenzziehung für unangemessen gehalten und eher für eine hilfe- und bedarfsspezifische Zeitraumbestimmung plädiert.<sup>222</sup> Allerdings wird selbst bei weniger intensiven Hilfen spätestens bei einer prognostizierten Hilfedauer von mindestens sechs Monaten die Notwendigkeit zur Hilfeplanung bejaht.<sup>223</sup>

Die Leistungen der Familienhebammen bzw. FGKiKP dürften – entsprechend der Beschreibung ihres Tätigkeitsauftrags von der Schwangerschaft bis zum Ende der ersten zwölf Lebensmonate – in vielen Fällen »voraussichtlich für längere Zeit« angelegt sein. Sowohl aufgrund des Zeitmoments als auch mit Blick auf die in diesem Kontext häufig vorliegende Qualität des Hilfebedarfs sowie die Intensität der Hilfe dürfte somit in aller Regel der Anwendungsbereich des § 36 Abs. 2 S. 2 SGB VIII eröffnet sein und damit grundsätzlich auch eine jugendamtliche Hilfeplanung notwendig werden.

Allerdings gilt zu beachten, dass die Hilfeplanung ein Instrument ist, das der Hilfe dienen soll. In Situationen, in denen durch die Einbeziehung des Jugendamts die

Hilfe eher gefährdet wird und daher eine Hilfeplanung gerade nicht qualifizierend wirken würde, eröffnet die »Soll«-Regelung des § 36 Abs. 2 S. 2 SGB VIII den notwendigen Spielraum, von der Hilfeplanung im Ausnahmefall abzusehen.<sup>224</sup>

Die Idee des Einsatzes von Familienhebammen und FGKiKP lebt von dem deutlich erleichterten, weil unbelasteteren Hilfezugang zu Familien (Gesundheitshilfe), der gerade auch darüber gelingen soll, dass das Jugendamt zunächst grundsätzlich nicht in die Hilfe involviert ist. Gleichwohl wird auch dann zu überlegen sein, wann, wie und unter welchen Umständen die Einbeziehung des Jugendamts und die Überleitung in die jugendamtliche Hilfeplanung zu erfolgen hat.

#### d) Fachkräftegebot

Im Rahmen der Leistungserbringung nach § 27 Abs. 2 SGB VIII ist bei einer Anstellung der Familienhebammen bzw. FGKiKP beim Jugendamt das Fachkräftegebot nach § 72 SGB VIII und beim Einsatz auf Honorarbasis die Pflicht zur Sicherstellung einer geeigneten Leistungserbringung zu beachten. Da sich die notwendige Qualifikation der eingesetzten Fachkraft jedoch an der jeweils wahrgenommenen Aufgabe auszurichten hat, entscheidet sich dementsprechend auch die Frage, ob Familienhebammen bzw. FGKiKP als entsprechend geeignete Fachkräfte eingesetzt werden können, an der jeweils vor Ort gewählten Ausgestaltungsform der Hilfe und ihrer präventiven Ausprägung. Die Offenheit zur flexiblen inhaltlichen Ausgestaltung ermöglicht es den öffentlichen Jugendhilfeträgern jedenfalls, die Hilfen im Einzelfall, insb. hinsichtlich der verfolgten Ziele, so zu gestalten, dass Familienhebammen bzw. FGKiKP auf der Grundlage des »Kompetenzprofils Familienhebammen« bzw. des

221 DIJuF-Rechtsgutachten JAmt 2011, 134.

222 Schmid, Die Hilfeplanung nach § 36 SGB VIII, S. 44 ff; Schmid-Obkirchner, in: Wiesner, SGB VIII, § 36 Rn 50.

223 Meysen, in: Münder u.a., FK-SGB VIII, § 36 Rn 39.

224 DIJuF-Rechtsgutachten JAmt 2011, 134, 135, bezüglich der – ähnlichen – Problematik von Hilfeplanung im Rahmen von Erziehungsberatung, die auf längere Zeit geleistet wird, und der dadurch gefährdeten Niedrigschwelligkeit.

»Kompetenzprofils Familien-Gesundheits- und Kinderkrankenpflegerinnen und -pfleger in den Frühen Hilfen« als qualifizierte und damit geeignete Leistungserbringer in Betracht kommen können.

#### IV. KEINE SOZIALPÄDAGOGISCHE FAMILIENHILFE (§ 31 SGB VIII)

Die Hilfeleistung der sozialpädagogischen Familienhilfe ist die allgemein als intensivste Form geltende ambulante Hilfe zur Erziehung. Sie soll durch intensive Betreuung und Begleitung Familien in ihren Erziehungsaufgaben, bei der Bewältigung von Alltagsproblemen, der Lösung von Konflikten und Krisen sowie im Kontakt mit Ämtern und Institutionen unterstützen und Hilfe zur Selbsthilfe geben. Sie ist in der Regel auf längere Dauer angelegt und erfordert die Mitarbeit der Familie (§ 31 S. 1 und 2 SGB VIII). Die zentrale Hilfeidee dieser Leistung liegt dementsprechend auf der Verbesserung der unmittelbaren Lebensbedingungen der in der Familie lebenden Kinder, indem die Förderung der Erziehungskompetenzen der Eltern in den Mittelpunkt der Hilfe gestellt wird. Sie richtet sich somit am gesamten Familiensystem aus sowie an dessen sozialem Netzwerk mit seinen Erziehungs-, Beziehungs-, sozialen und materiellen Problemen und Ressourcen.<sup>225</sup> Dies hat Auswirkungen insbesondere für die geforderte Fachlichkeit der »sozialpädagogischen Familienhelfer/-innen«, über welche die Geeignetheit und Bedarfsgerechtigkeit der Leistung gesichert wird.

Auf alle beim Jugendamt angestellten Familienhebammen bzw. FGKiKP findet das Fachkräftegebot (§ 72 SGB VIII) Anwendung. Dies gilt unabhängig vom zeitlichen Beschäftigungsumfang.<sup>226</sup> Nach dem Fachkräftegebot sind die Träger der öffentlichen Jugendhilfe verpflichtet, bei den Jugendämtern hauptberuflich nur Personen zu beschäftigen, die sich für die jeweilige Aufgabe nach ihrer Persönlichkeit eignen und eine dieser Aufgabe entsprechende Ausbildung erhalten haben (Fachkräfte) oder aufgrund besonderer Erfahrungen in der sozialen Arbeit

in der Lage sind, die Aufgabe zu erfüllen (§ 72 Abs. 1 S. 1 SGB VIII). Soweit die jeweilige Aufgabe dies erfordert, sind mit ihrer Wahrnehmung nur Fachkräfte oder Fachkräfte mit entsprechender Zusatzausbildung zu betrauen (§ 72 Abs. 1 S. 2 SGB VIII).

Bei sozialpädagogischer Familienhilfe, die von Selbstständigen oder Angestellten bei einem Träger der freien Jugendhilfe erbracht wird, ergeben sich die Anforderungen an die Qualifikation aus den Anforderungen an die Ausgestaltung der Leistung.

Für die Beantwortung der Frage, welche spezifische Qualifikation die Aufgabe der sozialpädagogischen Familienhilfe gem. § 31 SGB VIII erfordert, kann auf das im Online-Handbuch Sozialpädagogische Familienhilfe des DJI<sup>227</sup> herausgearbeitete fachliche Profil zurückgegriffen werden. Darin wird die mehrdimensionale Arbeitsweise deutlich, wonach »anknüpfend an den Alltag [...] die Möglichkeiten der Auseinandersetzung der Familien mit den situationsspezifischen, sozialen und beziehungsmaßige Anforderungen zu verbessern und konstruktiver zu gestalten« sind. Grundlegendes Arbeitsprinzip ist »die Anknüpfung an inner- und außerfamiliäre Ressourcen, die gemeinsam mit der Familie gefunden, entwickelt und nutzbar gemacht werden müssen.« Folglich sollte bei der sozialpädagogischen Familienhilfe idealerweise soziale Arbeit in Verbindung mit Elementen systemisch orientierter Therapie zum Einsatz kommen.

Mit Blick auf und in Auseinandersetzung mit einzelnen Berufsgruppen (z.B. Psychologinnen und Psychologen, Erzieherinnen und Erzieher) wird im Handbuch zur SPFH zusammenfassend konstatiert: »Von der Ausbildung her ist der Sozialarbeiter in besonderem Maße zur multidisziplinären Betrachtungsweise und zur Integration von psychologischen, soziologischen, rechtlichen, sozialmedizinischen und pädagogischen Gesichtspunkten befähigt.«<sup>228</sup>

Diese notwendigen Anforderungen vorausgesetzt, können Familienhebammen bzw. FGKiKP regelmäßig nicht als Leistungserbringer i.S.d. § 31 SGB VIII eingesetzt werden. Eine Ausnahme ergibt sich nur dann, wenn

225 DJI, Online-Handbuch Sozialpädagogische Familienhilfe, Kap. 1.1.

226 Nonninger, in: LPK-SGB VIII, § 72 Rn 7; Schindler, in: Münder u.a., FK-SGB VIII, § 72 Rn 1.

227 DJI, Online-Handbuch Sozialpädagogische Familienhilfe, 2008, Kap. 5.2 Fragen der Qualifikation.

228 mwN, Online-Handbuch Sozialpädagogische Familienhilfe, Kap. 5.2, S. 2; dazu auch DJuF-Rechtsgutachten JAmt 2005, 15, 16.

sie zusätzlich über eine Qualifikation als Sozialarbeiterin/ Sozialarbeiter bzw. Sozialpädagogin/Sozialpädagoge verfügen.<sup>229</sup> Die Zusatzausbildung, die sie im Rahmen der Fortbildung zur Familienhebamme bzw. FGKiKP absolviert haben und ihnen die Fachkompetenzen vermittelt hat, wie sie im »Kompetenzprofil Familienhebammen« festgehalten sind, erfüllt diese Anforderungen jedenfalls nicht. Unbenommen zulässig ist ein gleichzeitiger Einsatz von sozialpädagogischer Familienhelferin/sozialpädagogischem Familienhelfer und Familienhebamme in einer Familie, die als Gesamtleistung der Hilfe zur Erziehung gewährt wird. In diesem Fall ist die notwendige Qualifizierung durch die sozialpädagogischen Familienhelfer/-innen gesichert.

## V. AUFSICHTS- UND WEISUNGSBEFUGNISSE

Grundsätzlich gilt es auch bei Familienhebammen bzw. FGKiKP, die als Leistungserbringer nach dem SGB VIII eingesetzt sind, hinsichtlich der Frage von Aufsichts- und Weisungsbefugnissen zwischen denjenigen, die im Angestelltenverhältnis zum Jugendamt bzw. freien Träger stehen und denjenigen, die als selbstständige Honorarkräfte vom Jugendamt bzw. freien Träger eingesetzt werden, zu unterscheiden (vgl. B.II.).

### 1. SELBSTSTÄNDIGE HONORARKRÄFTE

Sind Familienhebammen bzw. FGKiKP vom Jugendamt bzw. freien Träger als selbstständige Honorarkräfte eingesetzt, unterliegen sie im Hinblick auf ihre Tätigkeiten als »normale« Hebammen bzw. GKiKP der Aufsicht durch den örtlichen Gesundheitsdienst, je nach erweitertem Gesundheits- und Aufgabenverständnis ggf. auch erweitert auf einzelne psychosoziale Beratungs- und Betreuungstätigkeiten als Familienhebammen bzw. FGKiKP. Im Übrigen unterliegen sie als Selbstständige weder dienst- noch fachaufsichtlichen Weisungen (B.II.2.).

### 2. IM ANGESTELLTENVERHÄLTNISS

Sind Familienhebammen bzw. FGKiKP beim Jugendamt oder freien Träger angestellt, liegen die Aufsichts-/ Weisungsrechte hingegen grundsätzlich beim jeweiligen Anstellungsträger (B.II.1.).

Zu beachten ist allerdings, dass auch in diesen Fällen die Aufsicht über die Tätigkeiten als »normale« Hebammen bzw. GKiKP beim öffentlichen Gesundheitsdienst liegt. Dies bedeutet im Ergebnis grundsätzlich eine geteilte Aufsicht zwischen Gesundheitsamt (Tätigkeiten als »normale« Hebamme/GKiKP) und Jugendamt/freiem Träger (darüber hinausgehende Familienhebammen- bzw. FGKiKP-Tätigkeiten).

In Bremen und Hamburg besteht die Sonderregelung, dass sich bei beschäftigten Angehörigen der Gesundheitsfachberufe das Gesundheitsamt auf die Überwachung der Einhaltung der qualifizierten Fachaufsicht durch den Arbeitgeber beschränken kann.<sup>230</sup> Für Familienhebammen und FGKiKP bedeutet dies, dass dann, wenn das Jugendamt bzw. ein freier Träger die fachliche Kompetenz auch im Hinblick auf die Gesundheitsaspekte aus der Tätigkeit als »normale« Hebamme sicherstellt und beaufsichtigt (z.B. wenn die »Frühe-Hilfen-Stelle« beim freien Träger, die den Einsatz der Familienhebammen koordiniert und begleitet, von einer für die Aufsicht qualifizierten Person [mit]geleitet wird), sich die Gesundheitsämter in Bremen und Hamburg aus ihrer Aufsichtsverantwortung zurückziehen können.

Im Übrigen, insbesondere in den übrigen Bundesländern, werden für die Konstellationen, in denen Familienhebammen bzw. FGKiKP bei Jugendämtern, die nicht demselben Rechtsträger wie das Gesundheitsamt angehören, oder bei freien Trägern angestellt sind und es dadurch zu geteilten Aufsichtsbefugnissen kommt, mangels anderweitiger Regelungen eigene kooperative Lösungen zu finden sein.

Zudem können für den Anstellungsträger von Familienhebammen bzw. FGKiKP aus den landesrechtlichen Regelungen eigene Pflichten (insb. zur Anzeige der Beschäftigung von Angehörigen der Gesundheitsfachberufe) gegenüber dem öffentlichen Gesundheitsdienst bestehen.<sup>231</sup>

229 *Meysen u.a.*, Frühe Hilfen im Kinderschutz, 123 f; kritisch auch *Meysen/Eschelbach*, Das neue Bundeskinderschutzgesetz, Kap. 2 Rn 45; noch vorsichtiger *Meysen/Schönecker* FamRZ 2008, 1498, 1502.

230 § 27 Abs. 4 S. 2 ÖGDG BR und § 19 Abs. 3 S. 2 GDG HH.

231 Vgl. Art. 18 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2, Abs. 5 GDVG BY; § 14 Abs. 3 GDG BE; § 12 Abs. 2 S. 1, S. 2 GDG BB; § 27 Abs. 3 ÖGDG BR; § 12 Abs. 1 GöGD HE; § 27 Abs. 3 S. 2 ÖGDG MV; § 18 Abs. 1 ÖGDG NW; § 17 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 ÖGDG SL.



## ANGEBOTE ALS FREIWILLIGE KOMMUNALE AUFGABEN/LEISTUNGEN

## I. AUFGABEN NACH ÖGDG UND SGB VIII ALS GRUNDSÄTZLICH PFLICHTIGE SELBSTVERWALTUNGSAUFGABEN

Im Rahmen der verfassungsrechtlich garantierten kommunalen Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG) ist den Gemeinden das Recht gewährleistet, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln.<sup>232</sup> Bei der Wahrnehmung wird im Grundsatz zwischen zwei Selbstverwaltungsangelegenheiten unterschieden:<sup>233</sup>

- *Freiwillige* Selbstverwaltungsaufgaben, im Rahmen derer die Kommunen nicht nur über das Wie, sondern auch das Ob der Aufgabenwahrnehmung eigenverantwortlich entscheiden können.<sup>234</sup> Typischerweise gehören dazu Angebote, die sich am wirtschaftlichen (Verkehrswege, Ausbau von Gewerbegebieten, Messen etc.), kulturellen (Museen, Theater, Bibliotheken etc.) und sozialen Wohl (Krankenhäuser, Altenpflege, Suchtberatung etc.) der Einwohner orientieren. Die Aufgabenwahrnehmung wird von den Gemeindeordnungen allerdings unter den Vorbehalt der Leistungsfähigkeit der Kommunen gestellt.
- *Pflichtige* Selbstverwaltungsaufgaben sind demgegenüber hinsichtlich ihres Ob durch bundes- oder landesrechtliche Vorgaben gesetzlich vorbestimmt, sodass die Kommunen ihre Hoheitskompetenzen nur noch hinsichtlich des Wie ausüben können.<sup>235</sup> Zu diesen pflichtigen Selbstverwaltungsaufgaben der Kommunen gehören auch alle Aufgaben und Leistungen, die diese im Rahmen ihrer Zuständigkeitsverantwortung als Träger des öffentlichen Gesundheitsdienstes (ÖGDG) bzw. als Träger der öffentlichen Jugendhilfe (SGB VIII) sicherzustellen haben, sodass ihnen auch hier aufgrund gesetzlicher Zuweisung die Entscheidung über das Ob der Aufgabenwahrnehmung entzogen ist und sie insofern ihr kommunales Selbstverwaltungsrecht nur noch über das Wie der Aufgabenwahrnehmung ausüben können.

## II. VORHALTUNG DER ANGEBOTE VON FAMILIENHEBAMMEN BZW. FGKIKP ALS PFLICHTIGE ODER FREIWILLIGE SELBSTVERWALTUNGSAUFGABEN?

Im Hinblick auf die Vorhaltung von Hilfeangeboten von Familienhebammen bzw. FGKiKP besteht für die Kommunen grundsätzlich weder bundes- noch landesrechtlich eine gesetzlich verpflichtende Aufgabenzuweisung. Sie können die Angebote als solche ihres öffentlichen Gesundheitsdienstes im Rahmen des ÖGDG bzw. als öffentlicher Jugendhilfeträger im Rahmen des SGB VIII einordnen (vgl. B.I. und D.), sind dazu aber nicht verpflichtet. Entscheiden sich die Kommunen für diesen Weg, liegt nahe, dass es sich um Angebote der Kommunen im Rahmen ihrer freiwilligen Selbstverwaltungsaufgaben handeln könnte und sie in der Folge sowohl über das Wie als auch das Ob der Aufgabenwahrnehmung frei verantwortlich entscheiden können.

Gleichzeitig sind es jedoch die landesrechtlichen (ÖGDG) sowie bundesrechtlichen (insbes. § 16 und § 27 Abs. 2 SGB VIII) Regelungen selbst, die bewusst offen formuliert sind und damit gerade auch die Vorhaltung derart besonderer, d.h. nicht ausdrücklich gesetzlich vorgegebener, Hilfeangebote ermöglichen und ggf. auch einfordern. Dieser Blickwinkel würde daher eher für die Annahme sprechen, dass es sich hierbei um die Wahrnehmung grundsätzlich pflichtiger Selbstverwaltungsaufgaben handelt.

Es stellt sich daher die Frage, wo in Bezug auf die Vorhaltung von Angeboten von Familienhebammen bzw. FGKiKP für die jeweilige Kommune die Grenze zwischen Wahrnehmung als »pflichtiger« oder als »freiwilliger« Selbstverwaltungsaufgabe verläuft.

### 1. IM RAHMEN DES SGB VIII

Hinsichtlich der gesetzlichen Vorgaben aus dem SGB VIII ist anzunehmen, dass diese Grenze an der Linie zu ziehen ist, wo sich im Rahmen der Jugendhilfeplanung in Bezug auf das vorhandene Leistungsangebot ein diesbezüglich

232 Ausführlicher dazu *Schmidt-Aßmann*, in: ders., Besonderes Verwaltungsrecht, 1. Kap. Rn 23.

233 Zwar ist in den einzelnen Bundesländern grundsätzlich zwischen dualistischen und monistischen Aufgabenstrukturen zu differenzieren (näher dazu *Schmidt-Aßmann*, in: ders., Besonderes Verwaltungsrecht, 1. Kap. Rn 33 ff). Die hier relevante Unterscheidung zwischen freiwilligen und pflichtigen Aufgaben kennen beide Gliederungsmodelle jedoch gleichermaßen.

234 *Schoch*, Verfassungsrechtlicher Schutz der kommunalen Finanzautonomie, 131.

235 *Schoch*, Verfassungsrechtlicher Schutz der kommunalen Finanzautonomie, 131.

ungedeckter Bedarf ergibt (dann »pflichtige« Selbstverwaltungsaufgabe) oder nicht (dann »freiwillige« Selbstverwaltungsaufgabe). So ist die Kommune als Träger der öffentlichen Jugendhilfe durch ihre Gesamt- und Planungsverantwortung verpflichtet (§ 79 Abs. 1 SGB VIII), die in einem grundsätzlichen Dreischritt eingefordert wird (§ 80 Abs. 1 SGB VIII): Danach soll zum einen eine Bestandserhebung zu den vorhandenen Einrichtungen und Diensten erfolgen (Nr. 1). Zum anderen hat – unter Berücksichtigung der Bedürfnisse der Familien – eine entlang der Standards des SGB VIII sowie der fachlichen und fachpolitischen Ziele des zuständigen Jugendhilfeträgers vorzunehmende Bedarfsermittlung stattzufinden (Nr. 2),<sup>236</sup> um in der Folge<sup>237</sup> die Planung zur Bedarfsdeckung vornehmen zu können (Nr. 3). Dabei erscheinen im Rahmen der Bedarfsfeststellung von Leistungen der Familienhebammen bzw. FGKiKP insbesondere zwei Komponenten besonders zu berücksichtigen:

- Mit dem im Rahmen des BKiSchG zum 01.01.2012 eingefügten § 16 Abs. 3 SGB VIII hat der Gesetzgeber bewusst zum Ausdruck bringen wollen, »dass Hilfen während der Schwangerschaft und in den ersten Lebensjahren des Kindes zum unverzichtbaren Basisangebot jeden Jugendamtes gehören«<sup>238</sup>, und damit die Träger der öffentlichen Jugendhilfe gerade in Bezug auf die Jugendhilfeplanung besonders in die Pflicht genommen. Allerdings verbleibt hier natürlich ein weiter Gestaltungsspielraum, sodass diese gesetzlich eingeforderten spezifischen »Frühe Hilfen«-Beratungs- und Hilfeangebote nicht zwangsläufig die Vorhaltung entsprechender Angebote von Familienhebammen bzw. FGKiKP bedingen. Vielmehr ist vorstellbar, dass dieser Bedarf an Beratungs- und Unterstützungsangeboten für werdende und junge Eltern entweder in Form anderer Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe gedeckt wird oder auch durch entsprechende Leistungsangebote anderer Hilfeinstitutionen (z.B. Schwangerschaftsberatungsstellen, Gesundheitsamt).
- Mit Blick auf Familien mit erzieherischen Bedarfssituationen i.S.d. §§ 27 ff. SGB VIII wäre wohl insbesonde-

re dann an einen relevanten, d.h. durch entsprechende Jugendhilfeplanung zu schließenden, ungedeckten Bedarf zu denken, wenn sich im Rahmen der Analyse der Bedarfslagen herausstellen würde, dass vor Ort die notwendigen Hilfezugänge zu (werdenden) Eltern, bei denen die Gewährleistung der Pflege und Erziehung des Kindes besonderen Herausforderungen unterliegt, nicht ausreichend erschlossen sind und daher die speziellen »Türöffnerfunktionen« dieser Hilfeangebote nutzbar gemacht werden sollten.

Kristallisiert sich daher im Rahmen der Jugendhilfeplanung vor Ort eine Bedarfssituation für Leistungen der Familienhebammen bzw. FGKiKP heraus, besteht – mangels ausdrücklicher gesetzlicher Grundlage im SGB VIII – seitens der Kommune zwar keine Pflicht, genau diese Leistungen vorzuhalten. Entscheidet sie sich jedoch in diesem Fall zur Aufnahme der Angebote in die Jugendhilfeplanung, hat sie diese in der Folge als »pflichtige« Selbstverwaltungsangelegenheit und damit auch mit den durch das SGB VIII vorgegebenen gesetzlichen Rahmungen wahrzunehmen (vgl. oben C.). Teilweise werden in der Jugendhilfeplanung allerdings auch Angebote aus anderen Systemen ausgewiesen. Wird dabei ausdrücklich darauf hingewiesen, dass es sich um Angebote aus anderen Systemen handelt (z.B. des öffentlichen Gesundheitsdienstes oder der freiwilligen kommunalen Tätigkeit), so werden sie mit der Aufnahme in die Jugendhilfeplanung auch nicht zu Leistungen nach SGB VIII.<sup>239</sup>

## 2. IM RAHMEN DES ÖGDG

Eine Grenzziehung im Rahmen des ÖGDG fällt schwerer, da die landesrechtlichen Regelungen den Kommunen in diesem Bereich in aller Regel keine Vorgaben machen, anhand welcher Kriterien der sehr offene Leistungs- und Aufgabenkatalog des öffentlichen Gesundheitsdienstes (vgl. oben B.I.) vor Ort konkret mit welchen Leistungen zu füllen ist.

Zwar gehören auch im Rahmen der ÖGDG regelmäßig Gesundheitsberichterstattung und -planung zu den

<sup>236</sup> Tammen, in: Münder u.a., FK-SGB VIII, § 80 Rn 12.

<sup>237</sup> Wobei die einzelnen Teilschritte nicht zwangsläufig in dieser Reihenfolge vorgenommen werden müssen, sondern letztlich ergebnisorientiert vorgegangen werden sollte, vgl. Wiesner, in: ders., SGB VIII, § 80 Rn 19.

<sup>238</sup> BT-Drucks. 17/6256, 22.

<sup>239</sup> Zur Sondersituation in Mecklenburg-Vorpommern siehe unten im Fazit unter E.II.3.

Aufgaben der Träger des öffentlichen Gesundheitsdienstes. Diese sollen auch in aller Regel als Grundlage für die Planung und Durchführung von Maßnahmen der Gesundheitsförderung etc. dienen, fokussieren dabei allerdings selten auf die Sicherstellung in eigener Verantwortung (d.h. im Rahmen des ÖGD) sondern eher auf die allgemeine kommunale Gesundheitsversorgung. Nur ausnahmsweise wird ausdrücklich benannt, dass die Gesundheitsberichterstattung »zur Erfüllung«<sup>240</sup> bzw. »als Grundlage«<sup>241</sup> für die eigene Aufgabenerfüllung erfolgen soll.

Insgesamt dürfte jedoch anzunehmen sein, dass aufgrund der sehr offenen und »weich«, d.h. eher unverbindlichen und mit weiten Gestaltungsmöglichkeiten, formulierten Aufgabenbeschreibungen in den ÖGDG den Kommunen sehr viel Spielraum in der Frage belassen ist, ob sie die Hilfeangebote von Familienhebammen bzw. FGKiKP als Angebote nach ÖGDG definieren und sie damit als »pflichtige« Selbstverwaltungsaufgaben – mit den gesetzlichen Rahmungen des ÖGDG – erbringen oder aber bewusst vom Leistungsspektrum ihres öffentlichen Gesundheitsdienstes ausnehmen und sich für eine Vorhaltung dieser Leistungen als bewusst »freiwillige« Selbstverwaltungsangelegenheit entscheiden, die wiederum keiner gesetzlichen Einbindung unterliegt.

### 3. FAZIT

Mangels ausdrücklicher gesetzlicher Verpflichtung sind Kommunen grundsätzlich nicht zur Vorhaltung von Leistungen der Familienhebammen bzw. FGKiKP verpflichtet. Im Zuge der »Bundesinitiative Netzwerke Frühe Hilfen und Familienhebammen 2012 – 2015« und der in diesem Rahmen vom Bund auch für den Einsatz von Familienhebammen und FGKiKP bereitgestellten Fördermittel dürften Kommunen jedoch motiviert sein, die

Mittel für die kommunale Aufgabenwahrnehmung abzurufen.

Entscheiden sich Kommunen für die Finanzierung dieser Angebote, haben sie dafür drei Möglichkeiten. Sie können Familienhebammen bzw. FGKiKP einordnen als

- Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe nach dem SGB VIII,
- Leistungen des öffentlichen Gesundheitsdienstes nach dem ÖGDG,
- »freiwillige« kommunale Leistungen der Daseinsvorsorge.

Sofern Kommunen die Fördermittel aus der Bundesinitiative in Anspruch nehmen wollen, haben sie zudem die Fördergrundsätze ihres jeweiligen Bundeslandes zu beachten, die ggf. weitere Rückwirkung auf die kommunalen Gestaltungsmöglichkeiten dieser Hilfeangebote haben können. So ist bspw. in Mecklenburg-Vorpommern ausdrücklich gefordert, dass der/die jeweilige Landkreis bzw. kreisfreie Stadt im Rahmen seiner/ihrer Antragstellung auf Förderung bestätigt, »dass ein Bedarf an Förderung (...) nach Maßgabe des § 80 SGB VIII in Verbindung mit § 71 Abs. 2 SGB VIII besteht«<sup>242</sup>, sodass für die dortigen Kommunen in diesem Kontext gerade keine Entscheidungsfreiheit besteht, die Leistungen als »freiwillige« Selbstverwaltungsangelegenheiten zu erbringen.<sup>243</sup> Aber auch andere Bundesländer haben in ihren Fördergrundsätzen hinsichtlich der Inanspruchnahme der Fördermittel für den Einsatz von Familienhebammen bzw. FGKiKP Festlegungen hinsichtlich der dann notwendigen Ausgestaltung getroffen, z.B. dass die Hilfen zwingend niedrigschwellig anzubieten sind<sup>244</sup> oder die Gesamtkoordination sowohl der geförderten Netzwerke als auch der Familienhebammen beim Jugendamt vorortet sein muss.<sup>245</sup>

240 § 21 S. 1 ÖGDG NW.

241 § 5 GDG HH.

242 Ministerium für Arbeit, Gleichstellung und Soziales Mecklenburg-Vorpommern, Fördergrundsätze zur Umsetzung der »Bundesinitiative Netzwerke Frühe Hilfen und Familienhebammen« 2012 – 2015, Abschn. 5.1.

243 Interessanterweise ist in den sog. Rahmenbedingungen zum Einsatz von Familienhebammen in Mecklenburg-Vorpommern (vgl. Anlage 2 zu den Fördergrundsätzen, Abschn. 6) allerdings vom »Abschluss eines Honorarvertrages zwischen Gesundheitsamt und Familienhebamme« die Rede, sodass – trotz Einforderung der Geltendmachung eines Jugendhilfebedarfs – hier offenbar von einer (zwingenden) Leistungserbringung im Rahmen des ÖGDG auszugehen ist.

244 Z.B. Rahmenkonzeption und Fördergrundsätze, Berlin, Abschn. 3.1.

245 Z.B. Rahmenkonzeption und Fördergrundsätze, Berlin, Abschn. 3.3; Fach- und Fördergrundsätze, Hessen, Abschn. 4.2.3; Fördergrundsätze Rheinland-Pfalz, Abschn. A.2.



## AUSWIRKUNGEN »GEMISCHTER LEISTUNGSERBRINGUNG«

Beim Einsatz von Familienhebammen und FGKiKP ist (derzeit) weit verbreitet, dass hinsichtlich der »originären« Gesundheitsleistungen eine Finanzierung nach dem SGB V erfolgt und dass die darüber hinausgehende psychosoziale Beratung und Unterstützung als Leistung nach dem SGB VIII finanziert wird. Es stellen sich in Bezug auf die geltenden Regelungen und Verantwortlichkeiten verschiedene Fragen nach den Auswirkungen der »gemischten Leistungserbringung«.

## I. ERSTATTUNG VON WEGEGELD

Eine gesetzliche Vorgabe zur Verteilung von Wegegeldkosten im Rahmen der gemischten Leistungserbringung von Familienhebammen bzw. FGKiKP fehlt. Überschneidungen werden allerdings wohl nur dann auftreten, wenn die Familienhebamme bzw. FGKiKP ihre Leistungen **frei-beruflich** erbringen; nicht nur, weil (in Bezug auf Familienhebammen) andernfalls ohnehin eine Abrechnung über das SGB V ausgeschlossen ist, sondern auch, weil ansonsten die im Rahmen der Leistungserbringung anfallenden Fahrtkosten vom jeweiligen Arbeitgeber übernommen werden.

Im Rahmen der Erbringung abrechnungsfähiger Leistungen nach dem SGB V ist die Wegegelderstattung für (Familien-)Hebammen ausdrücklich geregelt (vgl. § 3 HebVV). Im für (F)GKiKP über das SGB V abrechenbar relevanten Bereich der ambulanten Pflege sind die Honorarvereinbarungen bereits auf Hausbesuche, d.h. inkl. Fahrtkosten, ausgerichtet.

Demgegenüber bestimmt sich der konkret vergütete Inhalt der Leistungserbringung nach dem SGB VIII – und damit auch die Frage, ob und in welcher Form Wegegeld geltend gemacht werden kann – anhand der zwischen Leistungserbringer und öffentlichem Jugendhilfeträger ausgehandelten Leistungsvereinbarungen (§ 77 SGB VIII). Das SGB VIII macht insoweit keine konkreten Vorgaben. Soll eine Doppelvergütung vermieden werden, dürfte es sich in diesem Kontext anbieten, das im Rahmen der Leistungserbringung nach dem SGB VIII geleistete Wegegeld davon abhängig zu machen, dass kein Abrechnungsanspruch für Wegegeld nach dem SGB V besteht.

Ein umgekehrter Verweis der Krankenkassen gegenüber Familienhebammen bzw. FGKiKP auf den ggf. gleichzeitig zur Verfügung stehenden Kostenträger wäre hingegen sowohl mit Blick auf die quasi akzessorische Entstehung des Wegegeldanspruchs, sobald die abrechnungsfähige Leistung erbracht wird, als auch im Hinblick auf den gesetzlich in § 10 Abs. 1 SGB VIII festgehaltenen Nachrang der Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe nicht zulässig.

## II. DOKUMENTATION DER VERSCHIEDENEN LEISTUNGSANTEILE

Die Dokumentation von Hilfeprozessen ist ein allgemeiner fachlicher Standard sowohl in der Gesundheitshilfe als auch in der Kinder- und Jugendhilfe.<sup>246</sup> Allerdings stellt sich die Frage, welche Dokumentationspflichten aus rechtlicher Sicht bestehen und wie sich diese gestalten, wenn Familienhebammen bzw. FGKiKP tatsächlich gemischte Leistungen erbringen, d.h. sowohl »originäre« Hebammen- bzw. Pflegetätigkeiten als auch Leistungen nach dem SGB VIII.

### 1. BERUFSRECHTLICHE VORGABEN

Familienhebammen bzw. FGKiKP sind im Hinblick auf ihre Tätigkeiten als Hebammen bzw. Gesundheits- und Kinderkrankenpfleger/-innen in ihren berufsrechtlichen Regelungen verschiedene Dokumentationspflichten vorgegeben:

- So sehen alle Berufsordnungen für **Hebammen** eine allgemeine Dokumentationspflicht über die in Ausübung ihres Berufs getroffenen Feststellungen und Maßnahmen sowie über verabreichte und angewendete Arzneimittel vor. Zumeist findet sich darin auch die ausdrückliche Forderung, dass die Dokumentation so abzufassen ist, dass die gesamte Tätigkeit während der Schwangerschaft, der Geburt und des Wochenbetts sowie die Versorgung des Neugeborenen nachvollziehbar sind. In Brandenburg, Hessen, Nordrhein-Westfalen, Saarland und Thüringen sind die Dokumentationspflichten darüber hinaus sogar in eigenen Anlagen zur Berufsordnung präzisiert; dies

betrifft inhaltlich jedoch neben der Beschreibung allgemeiner Grundsätze fast ausschließlich die geburts-hilfliche Dokumentation.

Daneben sind insbesondere zwei weitere Vorgaben zu beachten: Zum einen besteht überall eine Pflicht zur Aufbewahrung der Dokumentation für (mindestens) zehn Jahre.<sup>247</sup> Zum anderen sind freiberuflich tätige Hebammen angehalten, bei Aufgabe ihrer Berufstätigkeit die Dokumentationen ordnungsgemäß aufzubewahren<sup>248</sup> bzw. dem zuständigen Gesundheitsamt zu übergeben.<sup>249</sup>

- Auch die Berufsordnungen für **Pflegefachkräfte** machen Vorgaben zur Dokumentation. So sollen die professionell Pflegenden ihre Pflegetätigkeiten bzw. den »gesamten Pflegeprozess«<sup>250</sup> in strukturierter Form dokumentieren, wozu generell ein entsprechend »standardisiertes Dokumentations-system« zu verwenden ist, das allen am therapeutischen Prozess beteiligten Professionellen<sup>251</sup> zugänglich sein soll. Darüber hinaus finden sich häufig die allgemeinen Vorgaben, dass die Dokumentation vollständig, unverzüglich (bzw. zeit- und handlungsnah), leserlich und fälschungssicher signiert zu erfolgen habe.

Erbringen Familienhebammen bzw. FGKiKP in diesem Sinne »originäre« Hebammen- bzw. Pflegetätigkeiten, sind sie zur Einhaltung dieser berufsrechtlichen Vorgaben zur Dokumentation dieser Leistungsanteile verpflichtet.

## 2. KOMMUNALE VORGABEN BEZÜGLICH DER SGB VIII-LEISTUNGSANTEILE

Im SGB VIII finden sich keine konkreten rechtlichen Vorgaben, welche Informationen wie zu dokumentieren sind, sondern lediglich die allgemeine Regelung zur Da-

tenspeicherung, wonach eine solche in dem Rahmen zulässig ist, soweit sie für die Erfüllung der jeweiligen Aufgabe erforderlich ist (§ 63 Abs. 1 SGB VIII). Damit wird vom Recht nur der Umfang der Befugnis bestimmt (orientiert an der eigenen Aufgabenerfüllung), jedoch nicht, was – sozusagen als Mindestanforderung – pflichtig zu dokumentieren ist.<sup>252</sup> Die Beschreibung von Dokumentationsanforderungen obliegt daher grundsätzlich der eigenen fachlichen Ausgestaltungshoheit des jeweiligen Trägers der öffentlichen Jugendhilfe bzw. den jeweiligen Trägern der freien Jugendhilfe oder Selbstständigen als Leistungserbringer/-innen. Letztere können allerdings aufgrund der Leistungsvereinbarungen Regeln zur Dokumentation unterliegen.

Auch die Frage der Dauer der Aktenaufbewahrung ist nicht durch allgemein bindende Verwaltungsvorschriften des Bundes oder der Länder geregelt, sondern obliegt der Organisationshoheit im Rahmen der Tätigkeit des Trägers der freien Jugendhilfe, der selbstständig tätigen Leistungserbringer/-innen bzw. der kommunalen Selbstverwaltung.<sup>253</sup> Dabei ist die allgemeine sozialdatenschutzrechtliche Vorgabe des § 84 Abs. 2 S. 2 SGB X (i.V.m. § 63 Abs. 1 SGB VIII) zu beachten bzw. dient als Orientierung (§ 61 Abs. 3 SGB VIII), wonach Sozialdaten grundsätzlich dann zu löschen sind, wenn ihre Kenntnis für die verantwortliche Stelle zur rechtmäßigen Erfüllung der in ihrer Zuständigkeit liegenden Aufgaben nicht mehr erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass durch die Löschung schutzwürdige Interessen des Betroffenen beeinträchtigt werden. Dies bedeutet, dass die festgesetzte Dauer der Aufbewahrung in Abhängigkeit von der jeweils wahrzunehmenden Aufgabe zu bemessen ist und daher von Aufgabe zu Aufgabe sowie Sachgebiet zu Sachgebiet variiert. Für Akten aus dem Bereich des Allgemeinen Sozialen Dienstes sehen viele kommunale

247 Ausnahme: Sachsen mit einer Mindestaufbewahrungsdauer von 30 Jahren.

248 So z.B. in Bayern (§ 8 Abs. 1 Nr. 7 HebBO BY), Berlin (§ 5 Abs. 3 HebBO BE), Hessen (§ 7 Abs. 2 S. 2 HebBO HE).

249 So z.B. in Brandenburg (§ 5 Abs. 2 HebBO BB), Hamburg (§ 8 Abs. 2 HebBO HH), Niedersachsen (§ 6 Abs. 1 Nr. 5 HebBO NI), Saarland (§ 8 Abs. 4 Nr. 1 HebBO SL), Sachsen (§ 7 Abs. 3 HebBO SN), Thüringen (§ 4 Abs. 4 HebBO TH).

250 Vgl. die allgemeine Formulierung in § 3 Nr. 4 Rahmenberufsordnung Dt. Pflegerat.

251 Z.T. unter ausdrücklich aufgenommenem Vorbehalt »im Rahmen des Pflege- und Betreuungsvertrags und der gesetzlichen Bestimmungen« (vgl. z.B. § 5 Nr. 2d PfIBO BR), was aus datenschutzrechtlicher Perspektive wichtig erscheint, siehe unten Kap. H.).

252 *Kunke*, in: LPK-SGB VIII, § 63 Rn 2.

253 DIJuF-Rechtsgutachten JAmt 2004, 238.

Satzungen eine Aufbewahrung für die Dauer von zehn Jahren vor.<sup>254</sup>

Welchen Dokumentationsvorgaben Familienhebammen bzw. FGKiKP im Hinblick auf ihre Tätigkeiten als Leistungserbringer nach dem SGB VIII unterliegen, ist daher anhand der jeweils übernommenen Aufgaben und der örtlichen Vorgaben zu entscheiden bzw. unter Hinzuziehung der mit den Familienhebammen bzw. FGKiKP getroffenen Vereinbarungen.

### 3. AUSWIRKUNGEN IM RAHMEN GEMISCHTER LEISTUNGSERBRINGUNG

Sind Familienhebammen bzw. FGKiKP im Rahmen gemischter Leistungserbringung tätig, ist regelmäßig eine getrennte bzw. schnell trennbare Dokumentation hinsichtlich der unterschiedlichen Leistungsanteile – einerseits »originäre« Hebammen- bzw. Pflegetätigkeit, andererseits darüber hinausgehende Leistungen im Rahmen des SGB VIII – zu fordern, und zwar insbesondere aus drei Gründen:

- **Abrechenbarkeit der SGB V-Leistungen:** Es bestehen recht strikte Vorgaben, in welcher Form welche Leistungen an die Krankenkassen zur Abrechnung zu übermitteln sind (vgl. z.B. »Richtlinien der Spitzenverbände der Krankenkassen nach § 302 Abs. 2 SGB V über Form und Inhalt des Abrechnungsverfahrens mit ›Sonstigen Leistungserbringern‹ sowie mit Hebammen und Entbindungspflegern [§ 301 a SGB V]«). Soll eine Aufteilung der Kosten möglich sein, wird zudem eine nachvollziehbare Unterscheidung der Leistungen gefordert.<sup>255</sup>
- **Aufbewahrungsfristen:** Wenn für die Aufbewahrung der Dokumentation unterschiedliche Fristen vorgesehen sind, steht im Falle einer Zuordnung der Leistungen der Familienhebammen bzw. FGKiKP in

den Bereich des § 27 Abs. 2 bzw. § 31 SGB VIII zwar zu erwarten, dass die kommunal festgesetzten Aufbewahrungsfristen mit denen aus den berufsrechtlichen Vorgaben häufig übereinstimmen werden (beides zehn Jahre). Aber bei einer – in der Praxis wohl häufiger anzutreffenden – Zuordnung in den Leistungsbereich des § 16 SGB VIII dürfte hingegen häufiger eine darunter liegende Aufbewahrungsfrist vorgesehen sein. Sofern hier keine entsprechende Anpassung erfolgt, käme es daher in diesen Konstellationen zu unterschiedlichen Aufbewahrungsfristen der beiden Leistungsanteile, deren Einhaltung nur über getrennte Dokumentationen sichergestellt werden könnte.

- **Aufsicht:** Auch kann aufgrund der ggf. zweigeteilten Aufsicht (vgl. B.II. und C.V.) eine getrennte Dokumentation erforderlich sein, um die aus der Wahrnehmung von Aufsichts- und Weisungsrechten resultierenden Einsichtsrechte in Dokumentationen erfüllen zu können.

### III. GEBOT ZUR EINHALTUNG BESONDERER TRANSPARENZ GEGENÜBER DER FAMILIE?

Lässt sich eine Familie auf das spezifische Hilfeangebot einer Familienhebamme bzw. FGKiKP ein, ist sie vorab über das Tätigkeitsspektrum zu informieren, also insbesondere darüber, dass es sich um eine Hebamme handelt, die neben und bewusst begleitend zu ihrer »originären« Hebammenvorsorge der Familie auch psychosoziale Hilfestellungen anbietet. Für die Familie kann sich diese »gemischte« Leistungserbringung gelegentlich bemerkbar machen, z.B. wenn die Familienhebamme bzw. FGKiKP für die einzelnen Leistungsanteile getrennte Nachweise

254 So auch z.B. in den »Empfehlungen über die Aufbewahrung von Akten der Jugendämter« des Bayerischen Staatsministeriums für Arbeit und Sozialordnung, Nr. 2.6.

255 So das BSG (17.06.2010, B 3 KR 7/09 R) in Bezug auf eine Aufteilung von Kosten zwischen SGB V- und SGB XI-Leistungen.

benötigt (z.B. Quittierungspflicht für die »originären« Hebammentätigkeiten zur Abrechnung gegenüber der Krankenkasse).

Eine rechtliche Pflicht gegenüber der Familie, zu jeder Zeit und bei jeder Tätigkeit über die jeweilige »Leistungserbringungs-Rolle« Transparenz herzustellen (»Jetzt bin ich als »originäre« Hebamme/Gesundheits-Kinderkrankenpflegerin tätig, und jetzt erbringe ich darüber hinausgehende Familienhebammen- bzw. FGKiKP-Leistungen), ist nicht erforderlich und würde im Übrigen gerade auch dem bewusst beide Leistungsanteile integrierenden (und nicht abgrenzenden) Charakter dieser Hilfen diametral widersprechen.

#### **IV. BEACHTUNG DES WUNSCH- UND WAHLRECHTS BZGL. INANSPRUCHNAHME »NORMALER« HEBAMMEN**

Die Berücksichtigung der Wünsche der Leistungsberechtigten gehört zu den Grundprinzipien des Sozialrechts (vgl. § 33 S. 2 SGB I) und hat sowohl im Krankenversicherungsrecht (§ 76 SGB V) als auch im Kinder- und Jugendhilferecht (§ 5 SGB VIII) seine spezialgesetzliche Ausprägung gefunden. Entscheidet sich daher eine Schwangere bzw. Mutter für die Inanspruchnahme von Leistungen der Hebammenhilfe, kann sie sich die jeweilige Hebamme grundsätzlich selbst auswählen.<sup>256</sup>

Dieses allgemein geltende Wunsch- und Wahlrecht von Familien ist daher unabhängig von der sozialrechtlichen Zuordnung auch bei der freiwilligen Inanspruchnahme von Familienhebammen zu beachten.<sup>257</sup> Wird einer Familie eine entsprechende Hilfe angetragen (z.B. seitens der Geburtsklinik oder von der kommunalen »Frühe-Hilfen-Stelle«), im Rahmen derer angedacht ist, auch die »originäre« Hebammentätigkeit mit zu erbringen, wird mit der Schwangeren bzw. Mutter zu thematisieren sein, ob sie sich bereits für eine Hebamme entschieden hat, und wenn nicht, ob sie einverstanden ist, dass dies von der (vorgeschlagenen) Familienhebamme übernommen wird.

Ist bereits eine »normale« Hebamme in der Familie aktiv, wird die Familienhebamme für den Zeitraum, in dem die »originären« Hebammentätigkeiten anfallen, unter Beachtung des bereits ausgeübten Wunsch- und Wahlrechts nur dann zum Einsatz kommen können, wenn die Schwangere/Mutter sich entweder damit einverstanden erklärt, dass diese nunmehr von der Familienhebamme übernommen werden (und der Behandlungsvertrag mit der ursprünglichen Hebamme aufgekündigt wird/werden kann), oder aber, dass bis zum Abschluss der »originären« Hebammenleistungen zwei Leistungserbringerinnen in der Familie aktiv sind.

<sup>256</sup> Zum Wahlrecht bei Hebammen BSG 21.08.1996, 3 RK 22/95.

<sup>257</sup> Zur berufs- und sozialrechtlichen Übereinstimmung von Hebammen und Familienhebammen s. bereits oben unter Fn 10 (BSG 08.07.2013, B 12 R 33/12 B).



**EINBINDUNG VON  
FAMILIENHEBAMMEN  
UND FGKIKP IN DEN  
SCHUTZAUFTRAG**

## I. ANWENDUNG VON § 8A SGB VIII?

Kinder und Jugendliche vor Gefahren für ihr Wohl zu schützen, ist eines der Leitziele, die das SGB VIII der »Jugendhilfe« vorgibt (§ 1 Abs. 3 Nr. 3 SGB VIII).<sup>258</sup> Mit der Einfügung des § 8a SGB VIII im Jahr 2005 hat der Gesetzgeber versucht, diesen Schutzauftrag zu konkretisieren, und dabei nicht nur das »Jugendamt« adressiert (§ 8a Abs. 1 SGB VIII), sondern auch die »Träger von Einrichtungen und Diensten, die Leistungen nach dem SGB VIII erbringen« (§ 8a Abs. 4 SGB VIII<sup>259</sup>), in Bezug genommen. Da das Gesetz nur die Träger der öffentlichen Jugendhilfe unmittelbar verpflichten kann (§ 3 Abs. 2 S. 2 SGB VIII), gibt § 8a Abs. 4 S. 1 SGB VIII diesen den Auftrag, in Vereinbarungen mit den Trägern der freien Jugendhilfe die Wahrnehmung des Schutzauftrags sicherzustellen.

Dabei ist die Frage, ob Familienhebammen bzw. FGKiKP dem Anwendungsbereich des § 8a SGB VIII unterfallen – je nach rechtlicher Anbindung – unterschiedlich zu beantworten:

- Sind Familienhebammen bzw. FGKiKP als Angestellte des Jugendamts tätig, unterfallen sie der Regelung des § 8a Abs. 1 SGB VIII. Zwar sind mit »Jugendamt« vorrangig die dortigen Sozialen Dienste gemeint, allerdings wird die Regelung auf die in der Leistungserbringung tätigen kommunalen Einrichtungen und Dienste entsprechend angewendet.<sup>260</sup> Vor dem Hintergrund der zu achtenden Hilfebeziehungen hat sich die Wahrnehmung des Schutzauftrags jedoch an der in § 8a Abs. 4 SGB VIII vorgegebenen Vorgehensweise zu orientieren, was in verwaltungsinternen Vereinbarungen bzw. Dienstweisungen festgehalten werden kann.<sup>261</sup>
- Werden Familienhebammen bzw. FGKiKP vom Jugendamt als Honorarkräfte beauftragt, sind sie weder als »Jugendamt« i.S.d. § 8a Abs. 1 SGB VIII tätig, noch greift die Regelung des § 8a Abs. 4 SGB VIII, da sie als Einzelpersonen keinem »Träger« angehören.

Allerdings kann der öffentliche Jugendhilfeträger im Rahmen der Leistungsvereinbarung eine – an § 8a Abs. 4 SGB VIII orientierte – Einbindung in die Wahrnehmung des Schutzauftrags einfordern und die Finanzierung von diesem Qualitätskriterium für die Leistungserbringung abhängig machen.<sup>262</sup>

- Bei Familienhebammen bzw. FGKiKP, die ihre Leistungen als Angestellte bzw. beauftragte Dienste eines Trägers der freien Jugendhilfe erbringen, besteht für den Träger der öffentlichen Jugendhilfe nach § 8a Abs. 4 SGB VIII eine Pflicht zum Abschluss entsprechender Vereinbarungen mit dem jeweiligen Träger der freien Jugendhilfe.

Klarstellend soll an dieser Stelle erwähnt werden, dass Familienhebammen bzw. FGKiKP, die als Leistungserbringer des öffentlichen Gesundheitsdienstes (vgl. B.) tätig werden oder bewusst keine Zuordnung ins Leistungssystem des SGB VIII erfahren haben, sondern als freiwillige kommunale Aufgaben firmieren (vgl. D.), mangels Erbringung von Leistungen nach dem SGB VIII nicht unter den Anwendungsbereich des § 8a SGB VIII fallen. Für Familienhebammen und FGKiKP als Angehörige eines Heilberufs, die nicht über die Regelung des § 8a SGB VIII in den Schutzauftrag eingebunden sind, ist jedoch seit dem BKiSchG und der darin erfolgten Aufnahme der Befugnisnorm zur Datenweitergabe ans Jugendamt nach § 4 Abs. 1 Nr. 1 KKG gleichwohl eine – weitgehend entsprechende – Normierung zum Vorgehen in Fällen von Kindeswohlgefährdung vorgesehen (vgl. dazu unten G.III.2.).

## II. PFLICHT ZUR VORLAGE VON FÜHRUNGSZEUGNISSEN (§ 72A SGB VIII)?

Im Rahmen der Wahrnehmung von Aufgaben der Kinder- und Jugendhilfe besteht für einschlägig vorbestrafte

258 *Meysen*, in: Münder u.a., FK-SGB VIII, § 8a Rn 1.

259 Bis zum Inkrafttreten des BKiSchG zum 01.01.2012 in § 8a Abs. 2 SGB VIII, aber – wenngleich nunmehr klarer formuliert – ohne inhaltliche Änderung.

260 *Wiesner*, in: ders., SGB VIII, § 8a Rn 30a; *Meysen*, in: Münder u.a., FK-SGB VIII, § 8a Rn 11; DIJuF-Rechtsgutachten JAmt 2007, 297.

261 *Meysen*, in: Münder u.a., FK-SGB VIII, § 8a Rn 11.

262 *Meysen*, in: Münder u.a., FK-SGB VIII, § 8a Rn 59.

Personen ein Tätigkeitsausschluss (§ 72a SGB VIII). Eine rechtskräftige, einschlägige Verurteilung gilt folglich als absolutes Beschäftigungs- bzw. Vermittlungsverbot.<sup>263</sup> Zur Absicherung dieses Tätigkeitsverbots sind durch den von § 72a SGB VIII erfassten Personenkreis erweiterte Führungszeugnisse vorzulegen. Durch das BKiSchG zum 01.01.2012 wurde die Norm geändert und ergänzt. Der Tätigkeitsausschluss einschlägig vorbestrafter Personen bezieht sich nunmehr auf

- durch das Jugendamt für die Wahrnehmung der Aufgaben der Kinder- und Jugendhilfe beschäftigte oder vermittelte Personen (Abs. 1),
- durch freie Träger beschäftigte Personen (Abs. 2),
- unter Verantwortung des Jugendamts für die Wahrnehmung der Aufgaben der Kinder- und Jugendhilfe neben-<sup>264</sup> bzw. ehrenamtlich Tätige (Abs. 3),
- unter Verantwortung freier Träger neben- bzw. ehrenamtlich Tätige (Abs. 4).

Da das SGB VIII nur die Träger der öffentlichen Jugendhilfe unmittelbar verpflichten kann (§ 3 Abs. 2 S. 2 SGB VIII), ist dieser in Bezug auf die Sicherstellung bei freien Trägern der Jugendhilfe (§ 72 Abs. 2 und Abs. 4 SGB VIII) verpflichtet, über entsprechende Vereinbarungen die Einhaltung des Tätigkeitsausschlusses einschlägig vorbestrafter Personen einzufordern.

Zur Frage, ob Familienhebammen bzw. FGKiKP unter den Anwendungsbereich des § 72a SGB VIII fallen oder nicht, lässt sich daher im Ergebnis Folgendes festhalten:

- Grundvoraussetzung ist zunächst, dass sie Aufgaben der Kinder- und Jugendhilfe wahrnehmen, d.h. als Leistungserbringer nach dem SGB VIII tätig sind und insofern eine entsprechende Zuordnung zu den Leistungen nach §§ 16, 27 Abs. 2 oder § 31 SGB VIII erfahren haben.
- Sind sie als Leistungserbringer nach dem SGB VIII als Angestellte bzw. als Honorarkräfte des Jugendamts tätig, unterfallen sie dem Anwendungsbereich des §

72a Abs. 1 bzw. Abs. 3 SGB VIII. Sind sie als solche bei einem Träger der freien Jugendhilfe angestellt oder werden von dort als selbstständige Honorarkräfte beauftragt, greifen die Regelungen des § 72a Abs. 2 bzw. Abs. 4 SGB VIII. Insofern ist unbeachtlich, ob die Familienhebammen bzw. FGKiKP haupt- oder nebenamtlich, angestellt oder auf Honorarbasis fürs Jugendamt oder den freien Träger der Jugendhilfe tätig werden.

- Sind Familienhebammen bzw. FGKiKP hingegen an den öffentlichen Gesundheitsdienst angebunden (vgl. B.) oder erfolgt eine Finanzierung als freiwillige kommunale Aufgabe (vgl. D.), bestehen aus § 72a SGB VIII keine Verpflichtungen zur Einforderung eines entsprechenden Führungszeugnisses. Eine Ausnahme hiervon macht allein Berlin: § 13 KiSchuG BE sieht eine ausdrückliche Erweiterung des § 72a SGB VIII vor und erklärt diesen auch für im öffentlichen Gesundheitsdienst tätige Personen bzw. von diesem zur Aufgabenwahrnehmung beauftragte Personen für entsprechend anwendbar.

Um die Frage zum Tätigkeitsausschluss einschlägig vorbestrafter Personen jedoch nicht an der jeweiligen Ausgestaltung des örtlichen Angebots festzumachen, könnte sich anbieten – bis zur möglichen Schaffung entsprechend einheitlicher bzw. spiegelbildlicher gesetzlicher Pflichten – kommunal zu überlegen, wie auch nicht unter § 72a SGB VIII fallende Familienhebammen bzw. FGKiKP in die Einhaltung dieses Mindeststandards eingebunden werden können. So könnte z.B. die Finanzierung von Angeboten der Familienhebammen außerhalb der Einordnung als Leistung nach SGB VIII – sei es über den öffentlichen Gesundheitsdienst oder als freiwillige kommunale Aufgabe – davon abhängig gemacht werden, dass Führungszeugnisse vorgelegt werden und dass sich aus diesen keine einschlägigen Straftaten ergeben. Ggf. bietet es sich an, diese Frage im Rahmen der Arbeit des örtlichen Netzwerks Frühe Hilfen zu erörtern.

263 Schindler, in: Münder u.a., FK-SGB VIII, § 72a Rn 3.

264 Vom Begriff der »Nebentätigkeit« werden auch alle Personen erfasst, die im Rahmen von Honorarverträgen als freie Mitarbeiter tätig sind, Schindler, in: Münder u.a., FK-SGB VIII, § 72a Rn 11.



## FAMILIENHEBAMMEN UND FGKIKP ALS BERUFSGEHEIMNISTRÄGER

Die Pflicht zur Verschwiegenheit zählt zu den entscheidenden Grundpfeilern einer notwendigerweise auf Vertrauen aufbauenden Gesundheitshilfe (sog. funktionaler Schutz der Hilfebeziehung).<sup>265</sup> Auch in allen Berufsordnungen für Hebammen bzw. (F)GKiKP finden sich Verpflichtungen, über das zu schweigen, was ihnen im Rahmen der Berufsausübung anvertraut oder bekannt geworden ist, soweit sie nicht zur Offenbarung befugt sind.<sup>266</sup> Die Nichteinhaltung dieser Schweigepflicht kann als Verstoß gegen berufsrechtliche Vorschriften gewertet und mit negativen Folgen für die Berechtigung zur Berufsausübung verbunden sein.

Ein Verstoß gegen diese Verschwiegenheitspflicht wird vor allem mit Blick auf die in § 203 StGB festgehaltene strafbewehrte Schweigepflichtsverletzung diskutiert und wahrgenommen. Danach wird die/-derjenige, die/der als sog. Berufsgeheimnisträger/-in unbefugt ein ihm anvertrautes bzw. bekannt gewordenes Geheimnis offenbart, mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft. Als Angehörige eines Heilberufs, der für die Berufsausübung oder die Führung der Berufsbezeichnung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert (§ 203 Abs. 1 Nr. 1a letzte Alt. StGB), unterfallen auch (Familien-)Hebammen (vgl. HebammenG) sowie (F)GKiKP (vgl. KrankenpflegeG) diesen schweigepflichtigen Berufsgeheimnisträgern.

Die Annahme eines Verstoßes gegen die Schweigepflicht steht jedoch unter der Grundvoraussetzung, dass es sich um eine »unbefugte« Geheimnisoffenbarung handelt, oder anders gesprochen: Erfolgt eine Informationsweitergabe auf einer rechtlichen Grundlage, ist sie dementsprechend nicht unbefugt und weder als strafrechtlich noch berufsrechtlich relevanter Verstoß zu werten (Grundsatz: »Alles ist verboten, es sei denn, es ist erlaubt.«).<sup>267</sup>

Die entscheidende Frage ist daher stets: Kann sich die Familienhebamme bzw. FGKiKP für die beabsichtigte Informationsweitergabe auf eine entsprechende Rechtsgrundlage stützen?

## I. BEFUGNIS ZUR DATENWEITERGABE AUFGRUND EINWILLIGUNG DER ELTERN

Die entscheidende Befugnis im Datenschutzrecht liegt stets in der Einwilligung der-/desjenigen, gegenüber der/dem die Pflicht zur Verschwiegenheit besteht. Eine Einwilligung in die beabsichtigte Informationsweitergabe bildet insofern die notwendige rechtliche Handlungsgrundlage. Sie wird im Sinne der partizipatorischen Gestaltung gemeinsamer, die Familie in jeder Phase mitnehmender Hilfeprozesse mitunter auch als »Königsweg« bezeichnet.<sup>268</sup>

Dabei knüpft das Recht an das Vorliegen einer wirksamen (sog. qualifizierten) Einwilligungserklärung einige wichtige Anforderungen, die insbesondere in der allgemeinen Normierung des § 4a Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG<sup>269</sup>) festgehalten sind.<sup>270</sup>

- Vor ihrer Erteilung bedarf es einer umfassenden Aufklärung der Eltern über die Bedeutung der Einwilligung, d.h. insbesondere einer Information darüber, zu welchem Zweck welche Daten an wen übermittelt werden sollen (§ 4a Abs. 1 S. 2 BDSG). Unzulässig sind daher insbesondere auch Blanko-Einwilligungen, die bspw. zu Beginn des Hilfeprozesses unterschrieben werden, ohne dass sich daraus schon ergäbe, welche konkreten Informationen später weitergegeben werden sollen. Vielmehr muss der Betroffene zum Erfassen der Tragweite seiner Einwilligungserklärung erkennen können, welche Daten von seiner Einwilligung erfasst sind; hierzu ist zumindest eine ausreichend konkrete beispielhafte Aufzählung oder thematische Eingrenzung erforderlich.<sup>271</sup>
- Die Einwilligung muss auf der freien Entscheidung der Eltern beruhen, d.h. freiwillig und ohne Zwang erteilt werden (§ 4a Abs. 1 S. 1 BDSG).
- Im Sinne eines gesetzlich intendierten »gesunden Misstrauens« fordert § 4a Abs. 1 S. 3 BDSG grund-

265 Ausführlich dazu, auch mwN *Meysen u.a.*, Frühe Hilfen im Kinderschutz, 66 ff.

266 Vgl. z.B. § 6 HebBO BB; § 3 Abs. 1 Rahmen-Berufsordnung für professionell Pflegendende.

267 NZFH/DIJuF, Datenschutz bei frühen Hilfen, 7 ff.

268 *Münder*, Kinder- und Jugendhilferecht, Kap. 5.4.2; NZFH/DIJuF, Datenschutz bei frühen Hilfen, 35 ff; *Schönecker* Hebammenforum 2009, 542, 544.

269 Weitgehend identisch aber auch z.B. in § 67b Abs. 2 SGB X festgehalten.

270 Sehr ähnliche Voraussetzungen werden auch von den einzelnen Landesdatenschutzgesetzen aufgestellt.

271 OLG Celle 14.11.1979 = NJW 1980, 347, 348.

sätzlich auch eine schriftliche Erteilung der Einwilligung, soweit nicht wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist.<sup>272</sup> Solche besonderen Umstände werden insbesondere dann angenommen, wenn das Fordern einer schriftlichen Erklärung als bürokratischer Formalismus erscheint, weil aufgrund der jeweiligen Situation die schriftliche Erklärung nicht notwendig oder aber im Kontext der persönlichen Vertrauensbeziehung eher hinderlich erscheint (z.B. wenn die Betroffenen beim Gespräch mit der hinzuzuziehenden Hilfeinstitution dabei sind).<sup>273</sup>

Eltern in diesem Sinne für eine Einwilligungserklärung zu gewinnen, dürfte in der Tätigkeit von Familienhebammen bzw. FGKiKP häufiger zu den anspruchsvollen fachlichen Aufgaben gehören, gerade wenn es um die (Weiter-)Bearbeitung schwieriger Themen bzw. Probleme in der Familie und damit um die Einwilligung zur Informationsweitergabe an andere Hilfestellen geht. Dafür braucht es in der Regel nicht nur eines gewachsenen Vertrauens in die anderen Stellen, das etwa durch gute Einbindung in die Netzwerke Früher Hilfen vor Ort aufgebaut werden kann, sondern gelegentlich auch eines zeitaufwändigen, kontinuierlichen »Dranbleibens« sowie Gesprächsführungskompetenzen, die insbesondere auch von der nötigen Balance zwischen feinfühligem, respektierendem und gleichzeitig couragiertem, transparentem Auftreten gegenüber der Familie getragen sind.<sup>274</sup>

Gelingt es der Familienhebamme bzw. FGKiKP nicht, die Eltern für ein einverständliches Vorgehen zu gewinnen, ist dies – ohne weitere ausdrückliche gesetzliche Befugnis zur Informationsweitergabe (dazu genauer sogleich unter G.II. und III.) – grundsätzlich von allen Beteiligten zu akzeptieren. Es besteht in keinem Fall eine Pflicht zur Erteilung einer Schweigepflichtsentbindung. Die Familienhebammen bzw. FGKiKP haben ggf. zu prüfen, ob die Daten gegen den Willen weitergegeben

werden dürfen und sollten. Doch auch bei Vorliegen einer gesetzlichen Übermittlungsbefugnis ohne vorheriges Einverständnis haben Familienhebammen und FGKiKP grundsätzlich auf ein gleichwohl transparentes Vorgehen gegenüber der Familie zu achten und entsprechend dem Grundsatz »Vielleicht gegen den Willen, aber nicht ohne Wissen der Betroffenen« der Familie die Informationsweitergabe – möglichst im Vorhinein, zumindest aber nachträglich – mitzuteilen (vgl. § 4 Abs. 1 und 3 S. 1 Hs. 2 KKG, § 8a Abs. 4 S. 1 Nr. 3, S. 2 SGB VIII). Ein solches Vorgehen achtet die Vertrauensbeziehung und kann die Belastungen mindern, die möglicherweise durch nicht einverständlich erfolgte Informationsweitergabe provoziert werden.<sup>275</sup>

## II. (WEITERE) BEFUGNISSE ZUR DATENWEITERGABE

### 1. IM ANGESTELLTENVERHÄLTNIS

Sind Familienhebammen bzw. FGKiKP im Angestelltenverhältnis tätig, können sich je nach Anstellungsträger weitere Befugnisse bzw. gesetzliche Vorgaben zur Informationsweitergabe ergeben.

#### a) ... beim Gesundheitsamt

Als Angestellte des Gesundheitsamtes richten sich weitergehende datenschutzrechtliche Befugnisse grundsätzlich nach den landesrechtlichen Regelungen im jeweiligen ÖGDG. Soweit diese keine eigenen bzw. keine abschließenden Regelungen treffen, ist (ergänzend) auf das jeweilige Landesdatenschutzgesetz (LDSG) zurückzugreifen. Aufgrund der Vielgestaltigkeit in den einzelnen Bundesländern soll vorliegend nur auf die entscheidenden (**gemeinsamen**) **Eckpunkte** eingegangen werden:

- Die Einwilligung der Eltern ist auch hier eine der ausdrücklich benannten Befugnisse zur Informationsweitergabe.

272 In straf- und berufsrechtlicher Hinsicht wird Schriftlichkeit als Wirksamkeitsvoraussetzung grundsätzlich nicht gefordert, kann sich jedoch aus Beweisgründen anbieten.

273 Proksch, in: Münder u.a., FK-SGB VIII, § 65 Rn 27; Mörsberger, in: Wiesner, SGB VIII, § 65 Rn 17, Anh. 4.4 § 203 Rn 18.

274 Zu den Herausforderungen im Ringen um Einwilligung ausführlich Meysen u.a., Frühe Hilfen im Kinderschutz, 69 ff; NZFH/DIJuF, Broschüre Datenschutz bei frühen Hilfen, 35 ff; Schönecker Hebammenforum 2009, 542, 546.

275 Auch dies ausführlich nachzulesen bei Meysen u.a., Frühe Hilfen im Kinderschutz, 76; Schönecker Hebammenforum 2009, 542, 545; NZFH/DIJuF, Datenschutz bei frühen Hilfen, 15.

- Liegt eine solche nicht vor, ist die Informationsweitergabe zum einen dann erlaubt, wenn sie aufgrund einer anderen Rechtsvorschrift ausdrücklich für zulässig erklärt wird. Im vorliegenden Kontext ist hierbei insbesondere an die seit dem BKiSchG bundeseinheitlich eingeführte Vorschrift des § 4 KKG zu denken (zu dieser – und ihrem Verhältnis zu landesrechtlichen Normen – genauer unten G.III.2.).
- Darüber hinaus sind in sämtlichen Landesregelungen Befugnisse zur Informationsweitergabe in Gefährdungssituationen enthalten, die bei Familienhebammen und FGKiKP jedoch im Kontext von Kinderschutzfällen wiederum durch die nunmehr geltende Regelung des § 4 KKG verdrängt werden.

Daneben soll noch auf **zwei Besonderheiten** hingewiesen werden:

- Zum einen findet sich für den öffentlichen Gesundheitsdienst in Brandenburg eine eigenständige Befugnis, auch ohne Einwilligung Daten weitergeben zu dürfen, soweit dies zur Abschätzung eines Gefährdungsrisikos erforderlich ist (§ 16 Abs. 3 S. 3 ÖGDG BB). Hier sollten – bei brandenburgischen Gesundheitsämtern angestellte – Familienhebammen bzw. FGKiKP zur Wahrung der Bundesrechtskonformität ihres Handelns darauf achten, dass sie sich im Rahmen von Einschätzungen zur Kindeswohlgefährdung an die auch insofern vorgehende Regelung des § 4 Abs. 2 KKG halten, die eine zu diesem Zweck erfolgende Informationsweitergabe grundsätzlich unter den Vorbehalt ihrer Pseudonymisierung stellt.
  - Zum anderen enthalten einige ÖGDG bzw. (ergänzend anzuwendende) LDSG auch eine ausdrückliche Befugnis zur Informationsweitergabe, wenn und soweit diese zur Strafverfolgung geboten erscheint, wobei (nur) z.T. zusätzlich eine Abwägung mit schutzwürdigen Interessen des Betroffenen gefordert wird
- (zu Datenweitergaben im Rahmen der Strafverfolgung genauer unter G.V.).

#### b) ... beim Jugendamt

Sind Familienhebammen bzw. FGKiKP beim Jugendamt angestellt, unterliegen sie dem Sozialdatenschutz des SGB VIII, ggf. ergänzt durch die des SGB X. Dabei liegt auch hier die entscheidende Befugnis zur Datenweitergabe in der Einwilligung der Eltern.<sup>276</sup>

Daneben sind zur Weitergabe von Informationen vor allem drei jugendamtliche Befugnisnormen von Bedeutung:

Für die sog. anvertrauten Daten, d.h. solche Informationen, die der im Jugendamt angestellten Familienhebamme bzw. FGKiKP zum Zweck ihrer Hilfen im Vertrauen auf ihre Verschwiegenheit und der (bestätigten) Erwartung offenbart wurden, dass sie Dritten nicht weitergegeben werden (»Das sage ich nur Ihnen!«),<sup>277</sup> kommt eine Informationsweitergabe grundsätzlich nur im Rahmen der engen Voraussetzungen des § 65 SGB VIII in Betracht:

- mit Einwilligung der/des Anvertrauten (§ 65 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB VIII),
- bei Vorliegen gewichtiger Anhaltspunkte für eine Kindeswohlgefährdung i.S.d. § 8a Abs. 1 S. 1 SGB VIII und wenn
  - dem *Familiengericht* die Informationen mitgeteilt werden sollen, die dieses benötigt, um zur Abwendung der Gefährdung die für die Gewährung von Leistungen notwendige gerichtliche Entscheidung treffen zu können (§ 65 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB VIII), oder
  - die Informationen nach einem *Wechsel der Fallverantwortung* an die nunmehr verantwortliche Fachkraft gegeben werden sollen (§ 65 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 SGB VIII), oder
  - die Informationen zum *Zweck der Gefährdungsabschätzung* nach § 8a Abs. 1 S. 1 SGB VIII

<sup>276</sup> *Schönecker* JAmt 2009, 337, 340; mit Darlegung der fachlichen Hintergründe NZFH/DIJuF, Broschüre Datenschutz bei frühen Hilfen, 22 ff.

<sup>277</sup> *Hoffmann/Proksch*, in: Münder u.a., FK-SGB VIII, § 65 Rn 12; *Mörsberger*, in: Wiesner, SGB VIII, § 65 Rn 12.

weitergegeben werden, wobei auch dann die grundsätzliche Pflicht zur Anonymisierung/Pseudonymisierung besteht (§ 65 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 i.V.m. § 64 Abs. 2a SGB VIII).

- im Rahmen der Auffangbefugnis des rechtfertigenden Notstands nach § 34 StGB, wenn eine gegenwärtige abwendbare Gefahr für Leib oder Leben des Kindes besteht, die nicht anders als durch die Informationsweitergabe abgewendet werden kann (§ 65 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 SGB VIII).

Für die Weitergabe sonstiger Daten ist die Regelung des **§ 64 SGB VIII** zu beachten. Danach bedarf es zunächst der Einschätzung, ob die Informationsweitergabe für die eigene Aufgabenerfüllung im Jugendamt bzw. die eines anderen Sozialleistungsträgers erforderlich ist (§ 64 Abs. 2 SGB VIII i.V.m. § 69 Abs. 1 Nr 1 SGB X). Allerdings gilt dabei die in § 64 Abs. 2 SGB VIII ebenfalls formulierte Schranke, dass eine Datenweitergabe nur zulässig ist, soweit dadurch der Erfolg einer zu gewährenden Leistung nicht in Frage gestellt wird. Die Familienhebamme bzw. FGKiKP hat daher zu prüfen, ob mit einer Informationsweitergabe ohne oder sogar gegen den Willen der Betroffenen der Erfolg der Hilfe gefährdet wird. Auch hier dürfte daher der Weg der Wahl im Werben um entsprechende Einwilligung liegen.

Geht es allerdings um Daten, die die Familienhebamme bzw. FGKiKP ihrerseits von einem Arzt oder einer sonstigen der Schweigepflicht i.S.d. § 203 Abs. 1 und Abs. 3 StGB unterliegenden Person erhalten hat, dürfen diese gem. **§ 76 Abs. 1 SGB X** nur unter den Voraussetzungen weitergegeben werden, unter denen diese Personen selbst übermittlungsbefugt sind, d.h. regelmäßig nur im Rahmen des Vorliegens entsprechender Einwilligungen oder der – sich nunmehr für Kindeswohlgefährdungssituationen in § 4 KKG ausdrückenden – Notstandsbefugnis.

### c) ... beim Träger der freien Jugendhilfe

Die sozialdatenschutzrechtlichen Bestimmungen gelten unmittelbar nur für den öffentlichen Träger der Kin-

der- und Jugendhilfe. Allerdings wird dieser durch § 61 Abs. 3 SGB VIII verpflichtet, bei der Inanspruchnahme von Trägern der freien Jugendhilfe sicherzustellen, dass der Schutz personenbezogener Daten in entsprechender Weise gewährleistet ist.

Die entscheidende Handlungsgrundlage sowie Rahmung der datenschutzrechtlichen Befugnisse liegt jedoch stets in den zwischen den Fachkräften des freien Trägers und den Adressaten abgeschlossenen (privatrechtlichen) Hilfeverträgen.<sup>278</sup> Diese beinhalten als Nebenpflicht, das allgemeine Persönlichkeitsrecht und damit auch die preisgegebenen Informationen zu schützen. Informationsweitergaben sind daher grundsätzlich nur zulässig, wenn und soweit die Datenübermittlung vom Vertrag mit den Adressaten gedeckt ist bzw. die Hilfevereinbarung im Einzelfall nachträglich entsprechend erweitert wird.<sup>279</sup>

Wenngleich Jugendämter daher verpflichtet sind, gegenüber freien Trägern dafür Sorge zu tragen, dass ein – den Grundsätzen von §§ 64, 65 SGB VIII entsprechender – Datenschutz auch in der dortigen Arbeit gewährleistet ist, bedarf es dafür äquivalenter Entsprechungen in den jeweils eingegangenen Hilfeverträgen (zu den aufgrund berufsrechtlicher Regelungen darüber hinaus geltenden Mindestanforderungen sogleich unter G.III.1.).

## 2. IM RAHMEN SELBSTSTÄNDIGER TÄTIGKEIT

Sind Familienhebammen bzw. FGKiKP als selbstständige Honorarkräfte tätig, richten sich ihre datenschutzrechtlichen Befugnisse ebenfalls nach den im Hilfevertrag mit der Familie getroffenen Vereinbarungen. Zwar kann der jeweilige Auftraggeber (Gesundheitsamt, Jugendamt oder freier Träger der Jugendhilfe) z.B. im Rahmen der Honorarvereinbarung die Finanzierung der Leistungen von der Einhaltung bestimmter datenschutzrechtlicher Vorgaben abhängig machen. Im Verhältnis zu den Familien finden diese jedoch wiederum nur dann Anwendung, wenn sie auch zum Gegenstand des Hilfe- bzw. Behandlungsvertrags mit den Adressaten geworden sind.

<sup>278</sup> Meysen u.a., Frühe Hilfen im Kinderschutz, 36 ff.

<sup>279</sup> Entsprechendes gilt auch für die Geltung eigener kirchenrechtlicher Datenschutzregelungen, DIJuF-Rechtsgutachten JAmt 2007, 525 f.

### III. ALLGEMEIN GELTENDE (DATEN-SCHUTZ-)REGELUNGEN

#### 1. BERUFSRECHTLICHE VORGABEN

Im Hinblick auf die Einhaltung datenschutzrechtlicher Mindestvoraussetzungen sind Familienhebammen bzw. FGKiKP – sofern sie keinen vorrangigen Datenschutzregelungen (z.B. ÖGDG/LDSG, SGB VIII, SGB X) unterliegen – zumindest oder zusätzlich durch die berufsrechtlichen Vorgaben in den Hebammenberufsordnungen bzw. Berufsordnungen zur Gesundheitspflege ihres jeweiligen Bundeslandes gebunden.

Diese wiederholen zunächst durchgehend die bereits durch § 203 StGB auferlegte Pflicht, über das, was ihnen im Rahmen ihrer Berufsausübung bekannt geworden ist, zu schweigen. Zum Teil wird dabei ausdrücklich betont, dass auch schriftliche Mitteilungen der Patientinnen/Patienten, Aufzeichnungen der Hebammen über die Patientinnen/Patienten sowie Untersuchungsbefunde hierin einbezogen sind.<sup>280</sup> Viele Berufsordnungen bekräftigen darüber hinaus, dass die Schweigepflicht auch gegenüber Ärztinnen/Ärzten und Hebammen gilt, die nicht bei der Behandlung bzw. Betreuung der Patientin/des Patienten mitgewirkt haben. Thüringen ist das einzige Bundesland, das die Entbindung von der Schweigepflicht bei gleichzeitiger Behandlung einer Patientin/eines Patienten durch mehrere Hebammen bzw. zusammen mit Ärztinnen/Ärzten von einem Einverständnis der Betroffenen abhängig macht, sei es, dass dies ausdrücklich vorliegt oder aber anzunehmen ist.<sup>281</sup>

Eigene relevante Befugnisse zur Datenübermittlung, die über die hier beschriebenen hinausgehen, finden sich in den Berufsordnungen hingegen nicht.

#### 2. KINDESWOHLGEFÄHRDUNG: BEFUGNIS ZUR DATENWEITERGABE ANS JUGENDAMT (§ 4 KKG)

##### a) Erfasster Personenkreis

Mit dem am 01.01.2012 in Kraft getretenen Bundeskinderschutzgesetz hat der Gesetzgeber in § 4 Gesetz zur Kooperation und Information im Kinderschutz (KKG) auch eine bundesrechtliche Regelung zur Datenübermittlung bei Kindeswohlgefährdung getroffen. Ziel war es, eine bundeseinheitliche Regelung zur Beratung und Weitergabe von Informationen bei Kindeswohlgefährdung durch bestimmte Geheimnisträger an das Jugendamt einzuführen.<sup>282</sup> Der Gesetzgeber hat sich insofern – und in bewusster Abweichung von der aus den Ländern geäußerten Forderung – gegen eine Öffnungsklausel zugunsten der Weitergeltung kollidierender landesrechtlicher Regelungen<sup>283</sup> entschieden.<sup>284</sup> Daher wird ganz überwiegend davon ausgegangen, dass diese nunmehr vom Bundesrecht überlagert und bei Widerspruch verdrängt werden (Art. 31 GG).<sup>285</sup>

In § 4 Abs. 1 Nr. 1 KKG sind zum einen ausdrücklich »Hebammen«, zum anderen – entsprechend § 203 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 5 StGB – »Angehörige eines anderen Heilberufs, der für die Berufsausübung oder die Führung der Berufsbezeichnung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert«, als Adressaten dieser Aufgaben- und Befugnisnorm benannt, sodass sowohl Familienhebammen als auch FG-KiKP unter den Anwendungsbereich des § 4 KKG fallen.<sup>286</sup>

280 Dies dürfte aufgrund des sehr weitreichenden Geheimnisbegriffs von § 203 StGB jedoch nur klarstellenden Charakter haben.

281 § 3 Abs. 3 HebBO TH; darüber hinaus ist hier eine besondere Betonung des Transparenzgebots enthalten: Soweit gesetzliche Vorschriften die Schweigepflicht der Hebammen einschränken, sollen sie die Patientinnen darüber unterrichten, § 3 Abs. 4 S. 3 HebBO TH.

282 BT-Drucks. 17/6256, 19.

283 So § 1 Abs. 5 KiSchG BW, Art. 14 Abs. 6 GDVG BY; § 12 KiSchG RP, § 5 KiSchG SN, § 6 KiSchG ST, § 10 Abs. 2 KiSchG TH sowie § 2 Abs. 1a HebBO ST.

284 Vgl. Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drucks. 17/6256, 38 und die Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drucks. 17/6256, 48.

285 *Meysen/Eschelbach*, Das neue Bundeskinderschutzgesetz, Kap. 3 Rn 57; *DIJuF-Rechtsgutachten JAmt 2012*, 157; *Mörsberger/Wapler FPR 2012*, 437, 439; *Meysen*, in: FK-SGB VIII, Anhang § 8b – KKG Rn 84; *Schimke*, in: Jans u.a., *KJHR*, Stand: 07/2013, § 4 Art. 1 BKiSchG (KKG), der sogar davon ausgeht, dass dadurch »alle landesrechtlichen Regelungen [...] kraft Gesetzes aufgehoben« seien; unentschieden *Rixen Sozialrecht aktuell 2012*, 221, 228 f. (»unkoordiniertes Ineinander«); aA *Kunkel*, in: ders., *LPK-SGB VIII*, Anh zu § 61 – § 4 KKG Rn 14 (»nicht [...] verdrängt [...], sondern ergänzt«).

286 *Rixen Sozialrecht aktuell 2012*, 221, 223.

### b) Geforderte Handlungsschritte nach § 4 KKG

Die Regelung des § 4 KKG enthält ein mehrstufiges Verfahren unter durchgängiger Beteiligung und Herstellung von Transparenz gegenüber den Betroffenen. Dabei lehnt es sich an das in der Kinder- und Jugendhilfe bereits bewährte Vorgehen nach § 8a SGB VIII an und beinhaltet insofern grundsätzlich ein zweistufiges Verfahren. Auf einer ersten Stufe geht es zunächst um die Wahrnehmung des eigenen Hilfeauftrags (§ 4 Abs. 1 KKG), ggf. unterstützt durch die Inanspruchnahme einer »insoweit erfahrenen Fachkraft« (§ 4 Abs. 2 KKG). Sind die eigenen Hilfemöglichkeiten ausgeschöpft oder kommen sie im Einzelfall nicht in Betracht, ergibt sich auf einer zweiten Stufe die Befugnis zur Information des Jugendamts auch gegen den Willen der Personensorgeberechtigten.

Im Detail beinhalten die beiden Stufen für das geforderte Vorgehen von Familienhebammen<sup>287</sup> bzw. FGKiKP demzufolge die folgenden Handlungsschritte<sup>288</sup>:

#### 1. Stufe: Wahrnehmung des eigenen Hilfeauftrags (§ 4 Abs. 1 und 2 KKG)

- **Gefährdungseinschätzung:** Werden der Familienhebamme bzw. FGKiKP gewichtige Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Kindeswohlgefährdung bekannt, so soll sie mit den Personensorgeberechtigten (und ggf. dem Kind, was in den vorliegenden Kontexten jedoch wohl eher selten relevant werden dürfte) zunächst die Situation erörtern.
- **Hinwirken auf Inanspruchnahme weitergehender Hilfen:** Kommt die Familienhebamme bzw. FGKiKP zum Ergebnis, dass sie zur Abwendung der Gefährdung für das Kind bzw. den Jugendlichen die Inanspruchnahme von weitergehenden Hilfen für erforderlich hält, so soll sie darauf hinwirken, soweit hierdurch der wirksame Schutz des Kindes nicht in Frage gestellt wird.
- **Inanspruchnahme einer insoweit erfahrenen Fachkraft:** Da die Einschätzungsvorgänge zur Gefährdungssituation des Kindes und zur Tragfähigkeit der konkreten Hilfebeziehung nicht selten hoch anspruchsvoll und komplex sind, kann die Familien-

hebamme bzw. FGKiKP gegenüber dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe einen Anspruch auf (anonyme) Fallberatung durch eine insoweit erfahrene Fachkraft geltend machen. Diese berät auch im Hinblick auf die Erörterung der Sorgen mit den Beteiligten aus der Familie und das mögliche Hinwirken auf die Inanspruchnahme weitergehender Hilfen.

#### 2. Stufe: Mitteilung an das Jugendamt (§ 4 Abs. 3 KKG)

Scheidet ein Vorgehen entsprechend den Handlungsschritten auf der 1. Stufe aus (z.B. wegen dringendem Handlungsbedarf) oder ist dieses erfolglos geblieben, ergibt sich für die Familienhebamme bzw. FGKiKP auf einer zweiten Stufe die Befugnis, auch gegen den Willen der Personensorgeberechtigten dem Jugendamt – aber auch nur diesem (!) – die für die Gefährdungsabwendung erforderlich gehaltenen Informationen mitzuteilen. Allerdings verlangt § 4 Abs. 3 KKG auch in dieser Situation grundsätzlich ein transparentes Auftreten gegenüber den Personensorgeberechtigten, indem sie über diesen beabsichtigten Schritt vorher informiert (»Vielleicht gegen den Willen, aber nicht ohne Wissen.«). Eine Ausnahme gilt dann, wenn über die Herstellung von Transparenz der wirksame Schutz des Kindes in Frage gestellt wird.

### 3. ZUSAMMENFASSENDER ÜBERBLICK

Auf gemeinsame Nenner gebracht, lassen sich die datenschutzrechtlichen Befugnisse für Informationsweitergaben von Familienhebammen bzw. FGKiKP folgendermaßen zusammenfassen:

- Im Rahmen einer (**qualifizierten**) **Einwilligung** der Betroffenen ist jede Informationsweitergabe erlaubt.
- Insofern bilden auch sämtliche mit den Eltern im **Hilfevertrag** vereinbarten Befugnisse entsprechende Einwilligung-Grundlagen.
- Liegt weder eine im Hilfevertrag noch im Einzelfall erklärte Einwilligungserklärung vor, bedarf es einer **gesetzlichen Befugnis**:

287 Wenn auch noch vor Inkrafttreten des BKiSchG, aber gleichwohl für Familienhebammen weitgehend immer noch gültig: *Schönecker* Hebammenforum 2009, 542 ff.

288 Ausführlich *Meysen/Eschelbach*, Das neue Bundeskinderschutzgesetz, Kap. 3 Rn 54 ff; *Meysen*, in: Münder u.a., FK-SGB VIII, Anhang § 8b, § 4 KKG Rn 92 ff; allg. für die Berufsgruppen in der Gesundheitshilfe in diesen Fragen sehr hilfreich, auch mit Ablaufschemata: NZFH/DJJuF, Datenschutz bei frühen Hilfen.

- Im Falle einer Anstellung beim Gesundheitsamt kann sich eine solche aus den Regelungen des jeweiligen **ÖGDG und/oder LDSG** ergeben.
- Im Rahmen einer Anstellung beim Jugendamt finden die sozialdatenschutzrechtlichen Befugnisse, insb. der **§§ 64, 65 SGB VIII**, Anwendung.
- Im Rahmen einer Anstellung bei einem freien Träger der Jugendhilfe bzw. einer freiberuflichen Tätigkeit fürs Gesundheitsamt, Jugendamt oder freien Träger gibt es keine allgemeinen gesetzlichen bzw. berufsrechtlich relevanten Übermittlungsbefugnisse.
- Im Falle einer Kindeswohlgefährdung gibt **§ 4 KKG** jeder Familienhebamme bzw. FGKiKP die Befugnis zur Information ans Jugendamt, wenn die eigenen Hilfemöglichkeiten erschöpft sind und die Hinzuziehung zur Abwendung der Gefährdung erforderlich erscheint.

#### IV. EXKURS: DATENSCHUTZRECHTLICHE ZULÄSSIGKEIT VON BERICHTSPFLICHTEN

Werden Familienhebammen bzw. FGKiKP zur Leistungserbringung eingesetzt, besteht beim Anstellungsträger bzw. Auftraggeber ggf. Interesse an Rückmeldungen zum Fallverlauf, sodass sich in der Praxis die Frage nach der datenschutzrechtlichen Zulässigkeit von Berichtspflichten stellen kann.

Dabei gilt auch hier folgender Grundsatz: Berichte bzw. Rückmeldungen seitens der leistungserbringenden Familienhebammen bzw. FGKiKP an ihren jeweiligen Anstellungsträger bzw. Auftraggeber sind datenschutzrechtlich »normale« Informationsweitergaben, die insofern auch den gleichen – oben dargelegten – Voraussetzungen unterliegen wie z.B. Informationsweitergaben zur Initiierung weitergehender Hilfen.

Insofern gilt insbesondere für Familienhebammen bzw. FGKiKP, die im Gesundheits- oder Jugendamt angestellt sind, dass allein ihre Anstellung nicht dazu führt, dass die bei ihnen vorhandenen Informationen quasi automatisch auch solche des Gesundheits- bzw. Jugendamts sind. Vielmehr ist auch dann der sog. funktionale Stellenbegriff zu beachten, der als »Stelle« immer nur das jeweilige Sachgebiet sieht, das für die konkrete Aufga-

benerledigung funktional zuständig ist (vgl. § 67 Abs. 9 SGB X). Da Familienhebammen bzw. FGKiKP mit ihren spezifischen Tätigkeiten in den Familien eigene Aufgaben erfüllen, sind sie daher in diesem Sinne als eigene Stelle anzusehen, sodass ggf. auch die Informationsweitergabe »im selben Amt« nur mit Einwilligung der betroffenen Familie bzw. auf der Grundlage gesetzlicher Befugnisse möglich ist.

Entsprechend den oben dargelegten Grundsätzen und unter Berücksichtigung der jeweiligen Inhalte bzw. Zielrichtungen der Rückmeldungen lässt sich zu deren datenschutzrechtlicher Zulässigkeit Folgendes sagen:

- Es besteht die Möglichkeit, bereits im Behandlungs- bzw. Hilfevertrag mit der Familie entsprechende Rückmeldungen zu thematisieren und die Regeln für sie aufzunehmen. Insbesondere wenn es sich um eher formale Informationen zum Fallverlauf handelt, die z.B. als Abrechnungsgrundlage benötigt werden (Zeiten, Häufigkeiten, Umfang etc.), dürfte ein Einverständnis mit der Familie unschwer erzielbar sein. Es könnte ggf. auch zur Voraussetzung einer Inanspruchnahme der Leistung gemacht werden (vgl. zur Mitwirkungsverantwortung von Leistungsberechtigten, §§ 60 ff. SGB I).
- Fallinformationen, die hingegen die persönlichen, familiären Hintergründe und Hilfeverläufe betreffen, sind in der Regel von einer allgemeinen, vorab erteilten Einverständniserklärung zur Rückmeldung ausgenommen. Die Anforderung qualifizierter Einwilligungen schließt regelmäßig Blanko-Einwilligungen aus. Vielmehr ist die Informationsweitergabe zu den hoch persönlichen Daten in den meisten Fällen zum jeweiligen Zeitpunkt konkret abzusprechen. Rückmeldungen zu persönlichen Fallinformationen bedürfen daher grundsätzlich der Einwilligung im Einzelfall. Ausnahmen können gelten, wenn aufgrund einer (drohenden oder vermuteten) Gefährdung des Kindes weitergehender Informationsfluss ans Jugendamt vereinbart wird. Für die Bereitschaft der Eltern zur Erteilung der Einwilligung wird auch hier regelmäßig von Bedeutung sein, welchem Zweck diese Rückmeldung dienen soll. Geht es z.B. um Informationsweitergaben mit dem Ziel weiterer Hilfeplanung bzw. zum Zweck der Entscheidung, ob die Hilfe fortgesetzt wird oder nicht, steht zu erwarten, dass Eltern aufgrund eines erkennbaren Eigeninter-

resses ihr Einverständnis dazu in aller Regel geben werden, zumal wenn mit ihnen vorgeklärt ist, welche Informationen konkret einbezogen sind bzw. welche bewusst geschützt bleiben sollen.

- Liegt weder ein bereits im Behandlungs- bzw. Hilfevertrag noch im Einzelfall konkret erklärtes Einverständnis der Eltern vor, ist die rechtliche Begründung einer Rückmeldung mangels in Frage kommender gesetzlicher Befugnis kaum möglich. Bei im Jugendamt angestellten Hebammen und FGKiKP ist allerdings die Regelung des § 64 Abs. 2 SGB VIII anwendbar, wonach das Jugendamt Informationsweitergaben zur Aufgabenerfüllung vornehmen darf. Voraussetzung ist dabei, dass der Hilfeerfolg durch die Informationsweitergabe nicht gefährdet wird, was in aller Regel ebenfalls ein einverständliches Vorgehen erforderlich macht.

## V. SCHWEIGEPFLICHTEN IM RAHMEN DER STRAFVERFOLGUNG (ZEUGNISVERWEIGERUNGSRECHTE)

Manchmal misslingt die Initiierung und Gestaltung von Hilfeprozessen zum Schutz von Kindern. In der Folge kommen dann nicht selten die Strafverfolgungsbehörden (Polizei, Staatsanwaltschaft und Strafgericht) auf die in diesem Fall beteiligten Professionellen zu und beanspruchen entsprechende Fallinformationen. Im Folgenden soll daher der Frage nachgegangen werden, ob und ggf. wann Familienhebammen bzw. FGKiKP im Rahmen der Strafverfolgung ein Zeugnisverweigerungsrecht geltend machen können bzw. eine Pflicht zum Schweigen haben.

### 1. KEINE ANZEIGEPFLICHT

Zunächst ist festzuhalten, dass im deutschen Recht grundsätzlich keine Pflicht zur Erstattung einer Anzeige hinsichtlich begangener Straftaten besteht. Allenfalls im Hinblick auf geplante Straftaten existiert bei bestimmten besonders schweren Straftaten (z.B. Vorbereitung eines Angriffskriegs, Mord, Totschlag, schwerer Menschenhan-

del) eine strafbewehrte Pflicht zur Anzeige oder Verhinderung (vgl. § 138 StGB).

Stellt sich daher im Rahmen der Fallarbeit der Verdacht einer begangenen Straftat heraus, gibt es seitens der Familienhebamme bzw. FGKiKP keine Pflicht, die Strafverfolgungsbehörden einzuschalten.<sup>289</sup> Auch eine Befugnis besteht in aller Regel nicht. Denn für die Informationsweitergabe ist zu berücksichtigen, dass es für diese einer entsprechenden Rechtsgrundlage bedarf, die in aller Regel – mangels sonstiger Befugnis – nur in einer Einwilligung der Betroffenen zu finden sein dürfte und sich zudem danach ausrichten sollte, ob die Initiierung eines Strafverfahrens aus Sicht des Hilfeprozesses hilfreich ist oder nicht.

### 2. BESCHRÄNKUNGEN DER STRAFPROZESSUALEN ZUGRIFFSMÖGLICHKEITEN

Ist den Strafverfolgungsbehörden – auf welchem Weg auch immer – der Verdacht einer Straftat bekannt geworden und gehen sie diesem nach, stehen ihnen in diesem Rahmen die Möglichkeiten der Sicherstellung bzw. Beschlagnahme zur Verfügung (§ 94 StPO), die mit einer entsprechenden Vorlegungs- und Herausgabepflicht des Gewahrsamsinhabers korrespondiert (§ 95 StPO).

#### a) Zeugnisverweigerungsrechte

In dem Umfang, in dem sich eine Person auf ein Zeugnisverweigerungsrecht berufen kann, sind die strafprozessualen Zugriffsmöglichkeiten jedoch eingeschränkt und dementsprechend Beschlagnahmen von schriftlichen Mitteilungen, Aufzeichnungen, Untersuchungsbefunden etc. unzulässig (§ 97 StPO).

Das Zeugnisverweigerungsrecht aus beruflichen Gründen ist in § 53 StPO geregelt und bezieht alle dort – abschließend – genannten Berufsheimnisträger ein. Hintergrund ist auch hier der Schutz des Vertrauensverhältnisses, das zwischen dem jeweiligen Berufsheimnisträger und demjenigen besteht, der von seiner Sachkunde und Hilfe Gebrauch macht.<sup>290</sup>

<sup>289</sup> Sich ausdrücklich gegen die Einführung einer solchen Anzeigepflicht aussprechend: DJuF/Die Kinderschutz-Zentren, JAmt 2003, 234.

<sup>290</sup> Otte, in: Radtke/Hohmann, StPO, § 53 Rn 1.

In der Aufzählung des § 53 StPO sind in Abs. 1 S. 1 Nr. 3 u.a. ausdrücklich »Hebammen« als Adressatinnen benannt. Gleichwohl beschränkt die Vorschrift die Geltung des Zeugnisverweigerungsrecht ausdrücklich auf die Punkte, die die Zeugnisverweigerungsberechtigte in ihrer Funktion als »Hebamme« (*»in dieser Eigenschaft«*) erlangt hat (sog. Funktionszusammenhang). Möglicherweise könnte daher gegenüber Familienhebammen der Einwand erfolgen, dass im Hinblick auf die Informationen, die nicht aus der »klassischen« Hebammentätigkeit gewonnen worden sind, auch kein Zeugnisverweigerungsrecht bestehe. Zur Klärung dieser Problematik gilt zunächst zu berücksichtigen, dass das Zeugnisverweigerungsrecht grundsätzlich unteilbar ist und für ein und denselben Sachverhalt nur einheitlich beurteilt werden kann.<sup>291</sup> In aller Regel wird jedoch eine Abgrenzung zwischen »klassischen« Hebammentätigkeiten und denjenigen der Familienhebamme im Sinne der erweiternden psychosozialen Hilfestellungen gerade nicht möglich sein, sodass sich Familienhebammen grundsätzlich auf ein umfassendes Recht zur Zeugnisverweigerung berufen können.

Gesundheits- und Kinderkrankenpfleger sind hingegen in der Vorschrift nicht ausdrücklich erwähnt, sodass auch FGKiKP kein Zeugnisverweigerungsrecht haben. Mit Blick auf die – zum Zweck des Erhalts einer funktionsfähigen Rechtsordnung – bewusst eng gehaltene Regelung verbietet sich bei FGKiKP auch eine analoge Anwendung und könnte eine entsprechende Erweiterung nur durch den Gesetzgeber selbst erfolgen.<sup>292</sup>

Darüber hinaus gilt für zeugnisverweigerungsrechtigte Familienhebammen zu berücksichtigen, dass sich die Beschlagnahmefreiheit zum einen auf Verfahren beschränkt, in denen es um Beschuldigte geht, die selbst Hilfeadressaten der Familienhebamme (gewesen) sind.<sup>293</sup> Zum anderen gilt sie nur dann, wenn die Familienhebamme nicht selbst Beschuldigte ist.<sup>294</sup>

#### **b) Sozialgeheimnis bei Anstellung im Jugendamt**

Im – bei Sozialleistungsträgern – geltenden Sozialdatenschutz ist das Sozialgeheimnis in § 35 SGB I zu beachten,

das u.a. Zeugnisrechte von einer Übermittlungsbefugnis abhängig macht (§ 35 Abs. 3 SGB I). Bei Jugendämtern angestellte Familienhebammen und FGKiKP trifft daher grundsätzlich eine Pflicht zur Zeugnisverweigerung. Ausnahmen bestehen nur bei richterlicher Anordnung (§ 73 SGB X). Die Zugriffsmöglichkeiten durch die Strafverfolgungsbehörden auf Informationen, die Familienhebammen bzw. FGKiKP als Angestellte von Jugendämtern in ihrer Fallarbeit erhalten haben, sind dementsprechend eingeschränkt.<sup>295</sup>

Sofern keine Einwilligung zur Informationsweitergabe an die Strafverfolgungsbehörden vorliegt, bedarf es daher einer gesetzlichen Befugnis. Eine solche findet sich in § 73 SGB X. Das Gesetz unterscheidet dabei zwischen dem Übermitteln von Daten, die zur Durchführung eines Strafverfahrens wegen eines *Verbrechens oder wegen einer sonstigen Straftat von erheblicher Bedeutung* erforderlich sind (Abs. 1) und solchen, die zur Durchführung eines Strafverfahrens wegen einer anderen, *weniger gewichtigen Straftat* übermittelt werden (Abs. 2). Bei letzteren gibt es jedoch eine sehr restriktive Beschränkung auf formale Angaben, wie Name, Vorname, Geburtsdatum, Geburtsort (§ 73 Abs. 2 i.V.m. § 72 Abs. 1 S. 2 SGB X), sodass diese den Strafverfolgungsbehörden regelmäßig nicht viel weiterhelfen werden.

Ob demgegenüber ein Verbrechen oder eine sonstige Straftat von erheblicher Bedeutung vorliegt, was zu einer umfassenderen Informationsbefugnis nach § 73 Abs. 1 SGB X führen würde, entscheidet sich danach, ob es sich um einen Tatvorwurf handelt, der im Mindestmaß mit Freiheitsstrafe von einem Jahr oder darüber bedroht ist (Verbrechen, § 12 Abs. 1 StGB) oder der zwar ein Vergehen darstellt, bei dem aber im konkreten Fall ein Strafmaß von einem Jahr Freiheitsstrafe oder darüber hinaus zu erwarten ist.<sup>296</sup>

Wird im Einzelfall tatsächlich der Verdacht einer solchen schweren Straftat seitens der Ermittlungsbehörden geprüft, sind gleichwohl auch hier die Übermittlungsschranken hinsichtlich besonders schutzwürdiger Sozialdaten des § 65 SGB VIII und § 76 SGB X zu beachten.

291 Meyer-Goßner, StPO, § 53 Rn 7.

292 Meyer-Goßner, StPO, § 53 Rn 2.

293 Joecks, in: Radtke/Hohmann, StPO, § 97 Rn 36.

294 Meyer-Goßner, StPO, § 97 Rn 4.

295 DIJuF-Rechtsgutachten JAmt 2007, 139, 140 f.

296 Mörsberger, in: Wiesner, SGB VIII, Anh. 4, 4.3 – § 73 SGB X Rn 11.

Diese dürfen auch in diesem Kontext nur unter der Voraussetzung des Vorliegens einer Einwilligung des Betroffenen weitergegeben werden.

Es ist ferner zu beachten, dass die Übermittlung nach § 73 Abs. 3 SGB X durch den Richter anzuordnen ist, der auch zu prüfen hat, ob ein hinreichender Tatverdacht besteht und in welchem Umfang das Übermitteln von Daten erforderlich ist. Ohne eine entsprechende richterliche Anordnung dürfen weder gegenüber Polizei noch Staatsanwaltschaft Informationen weitergegeben werden. Beschlagnahmen ohne vorherigen gerichtlichen Beschluss sind – grob – unzulässig.



# 4

## HAFTUNGSFRAGEN BEI DER TÄTIGKEIT VON FAMILIENHEBAMMEN UND FAMILIEN-GESUNDHEITS- UND KINDERKRANKENPFLEGERINNEN UND -PFLEGERN (FGKIKP)

Harald Horschitz

<b>A. HAFTUNG UND HAFTPFLICHTVERSICHERUNG</b>	<b>120</b>
<b>I. HAFTUNGSFÄLLE</b>	<b>121</b>
<b>II. RECHTSFORMEN UND HAFTUNG</b>	<b>123</b>
1. Einzelunternehmerin	123
2. Gesellschaft bürgerlichen Rechts	124
3. Partnerschaft	124
4. Die Partnerschaft mit beschränkter Berufshaftung (PartGmbH)	124
<b>III. HAFTPFLICHTVERSICHERUNGSRECHT</b>	<b>125</b>
<b>B. FRAGESTELLUNGEN AUS DER PRAXIS</b>	<b>127</b>
<b>Frage 1:</b> Welche Tätigkeiten von Familienhebammen sind von der Berufshaftpflichtversicherung umfasst?	128
<b>Frage 2:</b> Gilt die Berufshaftpflichtversicherung bereits	
• während der Weiterbildung zur Familienhebamme?	
• vor Verabschiedung (einheitlicher) fachlicher Standards für Familienhebammentätigkeiten?	129
<b>Frage 3:</b> Welche Tätigkeiten von FGKiKP sind von der Berufshaftpflichtversicherung umfasst?	130
<b>Frage 4:</b> Gilt die Berufshaftpflichtversicherung bereits	
• während der Weiterbildung zur FGKiKP?	
• vor Verabschiedung (einheitlicher) fachlicher Standards für Tätigkeiten von FGKiKP?	131

<b>Frage 5:</b>	Erfordert die Begründung eines Versicherungsfalls die Einhaltung bestimmter Sorgfaltspflichten	
	<ul style="list-style-type: none"> <li>• seitens der Familienhebammen/FGKiKP?</li> <li>• seitens des Auftraggebers/Anstellungsträgers?</li> </ul>	131
<b>Frage 6:</b>	Gibt es eine Pflicht der Familienhebammen/FGKiKP, Versicherungen auf risikofördernde Umstände ihrer Arbeit hinzuweisen?	132
<b>Frage 7:</b>	Ergeben sich im Falle der Tätigkeit für einen öffentlichen Träger Besonderheiten?	132
<b>Frage 8:</b>	Wann und gegebenenfalls inwiefern ist § 3 Abs. 6 TVöD anwendbar?	134
<b>Frage 9:</b>	Welche Auswirkungen auf den Eintritt des Versicherungsfalls hat eine mischfinanzierte Tätigkeit von Familienhebammen/FGKiKP (= Leistungserbringung sowohl nach SGB V als auch nach SGB VIII im Rahmen eines Hilfekontakts)?	134
<b>Frage 10:</b>	Welche haftungsrechtlichen Auswirkungen können sich für eine Familienhebamme/FGKiKP ergeben (die selbst keine SGB V-Leistungen erbringt), wenn sie Versäumnisse einer mit ihr in der Familie tätigen „normalen“ Hebamme wahrnimmt?	135
<b>Frage 11:</b>	Unter welchen rechtlichen Voraussetzungen darf eine Familienhebamme/FGKiKP Angehörige von Familien im Auto mitnehmen?	
	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Bedarf sie dafür einer Insassenversicherung?</li> <li>• Benötigt sie einen Personenbeförderungsschein?</li> <li>• Welche Unterschiede ergeben sich diesbezüglich zwischen der Benutzung ihres Privatfahrzeugs und eines Dienstwagens?</li> </ul>	135
<b>Frage 12:</b>	Auf welche Absicherungen kann eine Familienhebamme/FGKiKP zurückgreifen, wenn sie während ihrer Tätigkeit zu Schaden kommt (z.B. durch gewaltsamen Übergriff durch Familienangehörige)?	136



## HAFTUNG UND HAFTPFLICHTVERSICHERUNG

## I. HAFTUNGSFÄLLE

Vorliegend wird nicht das Haftungsrecht allgemein, sondern werden in erster Linie Fragen um das Haftpflichtversicherungsrecht der Familienhebammen bzw. der Familiengesundheits- und Kinderkrankenpfleger/-innen (FGKiKP) behandelt, die das NZFH zusammengetragen hat.

Die Anwendung des Haftungsrechts auf die Tätigkeit einer Familienhebamme unterscheidet sich nicht wesentlich von der Anwendung auf die Tätigkeit als Hebamme. Der Tätigkeitsbereich ist zwar modifiziert, da die Familienhebammen u.a. auch Hinweise zu geben haben auf soziale Einrichtungen, die die Familien in Anspruch nehmen können. Daneben aber sind Familienhebammen eben auch – und zwar auch nach ihrem Selbstverständnis – Hebammen, die ihr Wissen und ihre Aufmerksamkeit beim Besuch als Familienhebamme nicht ablegen können. Von der Familienhebamme wird daher erwartet, dass sie nach dem im Zivilrecht gebotenen objektiven Sorgfaltsmaßstab arbeitet. Dies bedeutet, dass sie sich wie eine »umsichtige und erfahrene Hebamme« verhält.<sup>1</sup> Dies setzt auch regelmäßige Fortbildung voraus, wie sie die Hebammenberufsordnungen der Länder verpflichtend vorschreiben (vgl. z.B. § 6 HebBO BW, § 7 HebBO BY).<sup>2</sup>

Für Angehörige anderer Gesundheitsfachberufe, die im Rahmen Früher Hilfen in Familien eingesetzt werden, wie z.B. FGKiKP, gilt im Grundsatz das Gleiche. Auch wenn in diesem Rahmen nicht (ausschließlich) die klassischen Kinderkrankenpflegeaufgaben wahrgenommen werden, entspricht der anzulegende Sorgfaltsmaßstab dem, der an »umsichtige und erfahrene Gesundheits- und Kinderkrankenpfleger/-innen« zu stellen ist. Insofern ist auch hier auf die ausreichende aktuelle Qualifikation abzustellen.

Maßgebend ist also die Frage, welche Maßnahmen zu welchem Zeitpunkt objektiv geboten waren. Dabei können sich aus einem geringfügigen Unterlassen schwerwiegende Haftpflichtfälle ergeben.

**Beispiel 1:** Eine Familienhebamme erkennt bei einem Neugeborenen nicht, dass ein Neugeborenenikterus vor-

liegt. Die Folgen sind schwere Hirnschädigungen mit lebenslanger Debität.<sup>3</sup>

**Beispiel 2:** Die Familienhebamme erkennt zwar, dass die Mutter bzw. der Vater einen herpes labialis haben. Sie unterlässt aber die erforderlichen Hinweise auf die hohe Ansteckungsgefahr und das Risiko einer schweren Hirnschädigung bei dem Neugeborenen.<sup>4</sup>

Kommt es in den beiden Fällen des Unterlassens der erforderlichen Hinweise zu den schweren Hirnschädigungen, haftet die Familienhebamme, da sie nicht gehandelt hat, wie eine erfahrene, umsichtige (Familien-)Hebamme objektiv hätte handeln müssen. Dabei kann sie sich nicht darauf berufen, dass sie nicht als die behandelnde Primärhebamme eingesetzt war, sondern die Aufgabe einer Familienhebamme übernommen hatte, deren Arbeitsschwerpunkte auf anderem Gebiet liegen. Auch an die Familienhebamme werden die Anforderungen gestellt, die an jede Hebamme zu stellen sind. Dieser Sorgfaltsmaßstab ist der gleiche, unabhängig von der Frage, ob die Hebamme aus Vertrag oder aus Delikt in Anspruch genommen wird (dazu mehr unten bei der Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung).

In den beiden oben geschilderten Fällen dürfte auch bei Einsatz einer FGKiKP nichts anderes gelten. An diese sind zwar nicht die Anforderungen einer erfahrenen und umsichtig handelnden ausgebildeten Hebamme zu stellen, sondern es werden die Sorgfaltspflichtmaßstäbe angelegt, die an eine erfahrene und umsichtig handelnde GKIKP zu stellen sind. Aber auch dieser müssten die Folgen des Neugeborenenikterus bzw. die Zusammenhänge zwischen dem herpes labialis und dem Neugeborenen bekannt sein, sodass sich eine abweichende Beurteilung in diesen Fällen nicht ergäbe. Generell gilt, dass medizinisches Personal entsprechend den im jeweiligen Beruf vorauszusetzenden Qualifikationen und Fachkenntnissen handeln muss.

**Beispiel 3:** Die Familienhebamme/FGKiKP erkennt bei einem zehn Monate alten Säugling einen pathologischen Zustand nicht, woraus sich bleibende Schäden für das Kind entwickeln.

1 *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht in der Praxis, § 1 Rn 18 ff; *Laufs-Uhlenbruck*, Handbuch des Arztrechts, § 97 Rn 17.

2 Vgl. *Diefenbacher*, Praxisratgeber Recht für Hebammen, Kap. 10.2.

3 Vgl. *Mändle u.a.*, Das Hebammenbuch, 666 ff.

4 Vgl. *Geist u.a.*, Hebammenkunde, 145; *Diefenbacher*, Praxisratgeber Recht für Hebammen, Kap. 10.6.

Auch hier bleibt es im Prinzip bei dem geschilderten Sorgfaltsmaßstab: An die Familienhebamme sind die Anforderungen zu stellen, die eine erfahrene und umsichtig handelnde ausgebildete Hebamme erfüllen muss; an die FGKiKP die Anforderungen, die eine erfahrene und umsichtig handelnde ausgebildete Gesundheits- und Kinderkrankenpflegerin zu erfüllen hat. Da die Familienhebamme eine Ausbildung als Hebamme hat, hat sie für den Zeitraum, in dem originäre Hebammentätigkeiten zu erbringen sind und für den sie drei Jahre lang ausgebildet worden ist, eine sehr differenzierte Sicht auf den Säugling zu richten. Obwohl der Fokus der Hebamme in erster Linie auf die Schwangere, Gebärende und Wöchnerin, mithin also auf die Frau gerichtet ist, kann von ihr verlangt werden, dass sie Regelwidrigkeiten, die bei dem Neugeborenen vorliegen, erkennt, benennt und die Dringlichkeit eines Arztbesuchs mit der gebotenen Nachdrücklichkeit darstellt (zur Behandlung pathologischer Zustände ist die Hebamme nicht befugt).

Ist der Säugling bereits älter als acht Wochen, im Rahmen derer die Hebamme in der Regel ihre »normalen« Wochenbettbetreuungen und Beobachtungen des Neugeborenen erbringt, ist zu bedenken, dass eine Hebamme für den Zeitraum ab acht Wochen nach der Geburt keine spezifische Ausbildung mehr hat. Bei der Weiterbildung zur Familienhebamme werden zwar auch kursorisch Erkrankungen des Säuglings besprochen, die dadurch vermittelten Kenntnisse reichen aber natürlich bei weitem nicht an die Kenntnisse heran, die von einer Hebamme für die Überwachung des Wochenbettverlaufs und die Beobachtung des Neugeborenen in den ersten acht Wochen erwartet werden können.

Ausgehend von den Anforderungen, die an eine »erfahrene und umsichtig handelnde ausgebildete Familienhebamme« zu stellen sind, sind keine differenzierten Beurteilungen von Krankheitsbildern zu erwarten. Von der Familienhebamme kann allenfalls erwartet werden, dass sie erkennbare pathologische Zustände des Säuglings wahrnimmt und sich nachdrücklich dafür einsetzt, dass der Säugling zur näheren Abklärung an eine Kinderärztin/einen Kinderarzt überwiesen wird.

FGKiKP haben ähnliche Erwartungen zu erfüllen. Als Maßstab gilt aber die Sorgfalt, die erfahrene und umsichtig handelnde ausgebildete Gesundheits- und Kinderkrankenpfleger/-innen aufweisen müssen. Daher sind insoweit höhere Anforderungen zu stellen, als deren

Ausbildung ja gerade das Erkennen und differenzierte Beurteilen von Krankheiten bei Säuglingen und jungen Kindern zum Inhalt hat.

Je nach Auftragslage und Erkenntnisstand hat die Familienhebamme/FGKiKP unter Umständen auch selbst dafür Sorge zu tragen, dass sie zusammen mit der Mutter oder den Eltern das Kind bei einer Kinderärztin oder einem Kinderarzt anmeldet und vorstellt. Dies dürfte allerdings nur in extremen Ausnahmesituationen akuter gesundheitlicher Gefährdung der Fall sein. Die Handlungspflicht hängt im Einzelfall davon ab, wie sich die Gefährdungslage darstellt. Ist von einer Gefährdung des Kindeswohls auszugehen und sind die Eltern nicht bereit, eine Kinderärztin oder einen Kinderarzt aufzusuchen, hat gegebenenfalls eine Einschaltung des Jugendamts zu erfolgen (nach Durchlaufen der einzelnen Schritte des von § 4 KKG vorgegebenen Verfahrens, vgl. unten bei Beispiel 4).

**Beispiel 4:** Die Familienhebamme/FGKiKP nimmt anlässlich eines Besuchs wahr, dass ein sechsjähriges Geschwisterkind Hämatome aufweist, die nicht plausibel erklärt werden können.

Dieser Beispielfall wird zunächst im Hinblick auf den Einsatz einer Familienhebamme besprochen, die Besonderheiten bezüglich FGKiKP werden im Anschluss aufgegriffen. Wenn der Familienhebamme in Ausübung ihrer Tätigkeit gewichtige Anhaltspunkte für eine Kindeswohlgefährdung bekannt werden, so ist auf diese Wahrnehmungen entsprechend dem abgestuften Verfahren des § 4 KKG zu reagieren. Dies betrifft auch die in diesem Beispielfall genannten Verletzungen des Geschwisterkindes – zum einen, weil die Familienhebamme im Familiensystem tätig ist, zum anderen aber auch, weil eine mögliche Misshandlung eines Geschwisterkindes auch einen gewichtigen Anhaltspunkt für eine Gefährdung des Wohls des Neugeborenen darstellen kann. Allerdings wird von der Familienhebamme keinesfalls erwarten werden können, dass sie über Kenntnisse und Methoden verfügt, Verletzungen älterer Kinder beurteilen zu können. Daher versteht man hier die Anforderungen, die an die Familienhebamme zu stellen sind, dahingehend, dass sie das dreistufige Verfahren des § 4 KKG einhält. Die Vorschrift sieht Folgendes vor:

- Ein Tätigwerden ist erforderlich, wenn gewichtige Anhaltspunkte für eine Gefährdung des Kindeswohls

vorliegen. In einem solchen Fall muss die Familienhebamme ihre eigenen fachlichen Mittel einsetzen. Sie ist gehalten, die Situation mit den Personensorgeberechtigten (und ggf. dem Geschwisterkind) zu erörtern (§ 4 Abs. 1 KKG).

- Sie hat die Möglichkeit und einen Anspruch, sich (zunächst noch in anonymisierter Form) bei Fachleuten zu vergewissern, wie bei den von ihr vorliegenden Wahrnehmungen zu reagieren ist (§ 4 Abs. 2 KKG; § 8b Abs. 1 SGB VIII).
- Lässt sich mit den eigenen Mitteln der Kindeswohlgefährdung nicht ausreichend begegnen, dann soll die Familienhebamme bei den Personensorgeberechtigten auf die Inanspruchnahme der für erforderlich gehaltenen weitergehenden Hilfen hinwirken (§ 4 Abs. 1 KKG).
- Ist ein Tätigwerden des Jugendamts dringend erforderlich, um die Gefährdung abzuwenden, und sind die Personensorgeberechtigten nicht bereit oder in der Lage, hieran mitzuwirken, dann muss die Familienhebamme die Betroffenen darauf hinweisen, dass sie nun das Jugendamt über ihre Erkenntnisse informieren müsse. Auf diesen Hinweis kann nur dann verzichtet werden, wenn hierdurch der wirksame Schutz des Kindes oder Jugendlichen in Frage gestellt ist (§ 4 Abs. 3 KKG).
- Dann (und erst dann) ist die Familienhebamme beauftragt, dem Jugendamt unter konkreter Nennung des Namens und Schilderung der wahrgenommenen Erkenntnisse konkrete Mitteilungen zu machen (§ 4 Abs. 3 KKG).
- Dass bei akuter Gefahr für das Kindeswohl, insbesondere für Leib, Leben und Freiheit des Kindes, die von Personen aus dem Lebensumfeld des Kindes ausgeht, unverzüglich das Jugendamt und/oder die Polizei zu informieren ist, bedarf keiner näheren Erörterung.<sup>5</sup>

In Fällen, in denen gewichtige Anhaltspunkte für eine Kindeswohlgefährdung vorliegen, unterliegt aber die Familienhebamme keiner größeren Sorgfaltspflicht als eine

Hebamme, die im Rahmen ihrer normalen Hebammen-tätigkeit auf solche Wahrnehmungen stößt.

Bezüglich des Beispiels 4 unterscheiden sich die Anforderungen, die an Familienhebammen zu stellen sind, grundsätzlich nicht wesentlich von denen, die an FGKiKP zu stellen sind. Allerdings ist davon auszugehen, dass erfahrene Gesundheits- und Kinderkrankenpfleger/-innen über weitergehende Kenntnisse im Hinblick auf die Einschätzung von Verletzungen älterer Kinder verfügen. Insofern sind erhöhte Anforderungen an FGKiKP zu stellen.

## II. RECHTSFORMEN UND HAFTUNG

Ist eine Familienhebamme bzw. FGKiKP als Angestellte tätig, gelten die besonderen Haftungsgrundsätze des Arbeitsrechts, insb. hat die Familienhebamme bzw. FGKiKP gegenüber ihrem Arbeitsgeber ggf. einen Freistellungsanspruch.<sup>6</sup> Nachfolgend werden jedoch die unterschiedlichen Rechtsformen (mit ihren haftungsrechtlichen Auswirkungen) dargestellt, in denen Familienhebammen und FGKiKP freiberuflich tätig sein können. Hierzu ist anzumerken, dass eine freiberufliche Tätigkeit von FGKiKP seltener vorkommt.

### 1. EINZELUNTERNEHMERIN

Ist eine Familienhebamme/FGKiKP als Einzelne freiberuflich tätig, dann erzielt sie steuerlich gesehen Einkünfte aus selbstständiger Tätigkeit. Verursacht sie in Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit einen Schaden, dann haftet sie uneingeschränkt. Da die Familienhebamme aber nach den Hebammenberufsordnungen bzw. Hebammengesetzen verpflichtet ist, eine Berufshaftpflichtversicherung abzuschließen<sup>7</sup>, sind Schäden, die sie verursacht hat, durch diese Haftpflichtversicherung abgedeckt. Eine entsprechende Pflicht zum Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung besteht für Angehörige von Pflegeberufen, also auch für FGKiKP, nach den entsprechenden Berufsordnungen.<sup>8</sup> Erst bei Überschreiten der jeweiligen

<sup>5</sup> Genauere Ausführungen dazu in Teil 3, Sozialrechtliche Fragen, Kapitel G III 2

<sup>6</sup> Genauere Ausführungen dazu unter Frage 7.

<sup>7</sup> Vgl. z.B. § 7 Abs. 1 Nr. 1 Hebammenberufsordnung Baden-Württemberg; die gleiche Verpflichtung findet sich jedoch in den Berufsordnungen aller Bundesländer.

<sup>8</sup> Vgl. hierzu § 3 Nr. 5 und § 4 der Rahmenberufsordnung des Deutschen Pflgerats eV.

Versicherungssumme läuft die Familienhebamme/FGKiKP Gefahr, dass auch ihr Privatvermögen in die Haftung mit einbezogen wird. Im Hinblick auf die Familienhebammentätigkeit gilt insofern Folgendes: Hat eine Familienhebamme die Gruppenhaftpflichtversicherung über den DHV abgeschlossen, dann beträgt die Versicherungssumme für Personenschäden sechs Millionen Euro. Eine solche hohe Schadenssumme ist bislang noch in keinem Versicherungsfall eingetreten. Eine zweite Gefahr, mit dem Privatvermögen haften zu müssen, bestünde darin, dass durch andere Kolleginnen Haftpflichtschäden gemeldet wurden, die die Höchstzahlungssumme der Gruppenhaftpflichtversicherung von zwölf Millionen Euro pro Jahr insgesamt überschreiten. Auch diese Summe ist bislang durch die gesamten Versicherungsschäden eines Jahres noch niemals auch nur annähernd erreicht worden. Zu beachten ist, dass diese Deckungssummen die Obergrenze darstellen. Das Risiko, wenn der verursachte Schaden diese Summen übersteigt, verbleibt bei der handelnden Fachkraft. Solche Obergrenzen (vereinbarte Versicherungssummen) finden sich in allen (Berufs-)Haftpflichtversicherungsverträgen.

## 2. GESELLSCHAFT BÜRGERLICHEN RECHTS

Schließen sich zwei oder mehr freiberuflich tätige Familienhebammen oder/und FGKiKP zur gemeinsamen Ausübung ihrer Praxis zusammen, dann stellen sie automatisch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), auch BGB-Gesellschaft genannt, dar. Die Gesellschafterinnen einer GbR haften gesamtschuldnerisch für Fehler, die einer der Kolleginnen bei der Ausübung ihrer Tätigkeit unterlaufen. Dies bedeutet, dass eine geschädigte Patientin wahlweise alle Gesellschafterinnen der GbR für den erlittenen Schaden in Anspruch nehmen kann. Auch hier gilt natürlich die Absicherung durch die Haftpflichtversicherung. Allerdings wird die Versicherungssumme von sechs Millionen Euro (in der Gruppenhaftpflichtversicherung über den DHV) nicht automatisch dadurch höher, dass mehrere (Familien-)Hebammen haften, sondern die Versicherungssumme ist pro Schadensfall auf sechs Millionen Euro begrenzt. Eine Verdoppelung oder Verdreifachung findet bei Inanspruchnahme von zwei oder drei (Familien-)Hebammen nicht statt. Entsprechendes gilt beim Zusammenschluss von (Familien-)Hebammen und FGKiKP bzw. mehrerer FGKiKP.

## 3. PARTNERSCHAFT

Eine Möglichkeit, die Haftung der nicht mit der begleiteten Familie befassten Familienhebammen bzw. FGKiKP auszuschließen, stellt die Gründung einer Partnerschaft nach dem Partnerschaftsgesellschaftsgesetz (PartGG) dar. In § 8 Abs. 1 PartGG heißt es zwar: »Für Verbindlichkeiten der Partnerschaft haften den Gläubigern neben dem Vermögen der Partnerschaft die Partner als Gesamtschuldner ...« § 8 Abs. 2 PartGG schränkt aber ein: »Waren nur einzelne Partner mit der Bearbeitung eines Auftrags befasst, so haften nur sie gemäß Abs. 1 für berufliche Fehler neben der Partnerschaft; ausgenommen sind Bearbeitungsbeiträge von untergeordneter Bedeutung.«

Dies bedeutet, dass sich die Haftung bei der Partnerschaft auf diejenige Familienhebamme bzw. FGKiKP beschränkt, die in einem Betreuungsfall tätig geworden ist. Sind mehrere oder alle Familienhebammen der Partnerschaft tätig geworden, dann greift die Vorschrift des § 8 Abs. 2 PartGG ins Leere, da in diesem Fall ja alle Partnerinnen »mit der Bearbeitung des Auftrags« befasst waren. Zur Verdeutlichung sei folgendes Beispiel herangezogen, das allerdings die originäre Hebammentätigkeit betrifft: Gleichgültig ist, ob einzelne Hebammen nur während der Geburtsvorbereitung oder der Nachsorge tätig waren, während eindeutig klar ist, dass der Schaden bei der Betreuung unter der Geburt eingetreten ist. In diesem Fall beschränkt sich die persönliche Haftung nicht auf die Kollegin, die die Geburt geleitet hat, sondern da alle Kolleginnen mit der Betreuung der Frau in irgendeinem Stadium befasst waren, haften alle Hebammen gleichermaßen.

## 4. DIE PARTNERSCHAFT MIT BESCHRÄNKTER BERUFSHAFTUNG (PARTGMBB)

Durch das am 19.07.2013 in Kraft getretene neue Partnerschaftsgesellschaftsgesetz ist ein neuer § 8 Abs. 4 in das Gesetz eingefügt worden. Dieser Absatz 4 lautet: »Für Verbindlichkeiten der Partnerschaft aus Schäden wegen fehlerhafter Berufsausübung haftet den Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen, wenn die Partnerschaft eine zu diesem Zweck durch Gesetz vorgegebene Berufshaftpflichtversicherung unterhält. Für die Berufshaftpflichtversicherung gelten § 113 Abs. 3 und die §§ 114-124 des Versicherungsvertragsgesetzes entsprechend. Der Name der Partnerschaft muss den Zusatz ›mit beschränkter Be-

rufshaftung« oder die Abkürzung ›mbB« oder eine andere allgemein verständliche Abkürzung dieser Bezeichnung enthalten; anstelle der Namenszusätze nach § 2 Abs. 1 Satz 1 kann der Name der Partnerschaft mit beschränkter Berufshaftung den Zusatz ›Part« oder ›PartG« enthalten.»

Um die Haftungsbeschränkung des § 8 Abs. 4 PartGG richtig zu verstehen, muss ein kleiner Exkurs in das Haftungsrecht des BGB vorangestellt werden:

Nach BGB gibt es eine sogenannte vertragliche Haftung und eine sogenannte deliktische Haftung. Bei der vertraglichen Haftung hat der Vertragspartner (also die in der Partnerschaftsgesellschaft zusammengeschlossenen Familienhebammen/FGKiKP) für die objektiv erforderliche Sorgfalt einzustehen. Kommt es durch die schuldhafte Verletzung dieser Sorgfaltspflicht zu einem Schaden, dann haftet der Vertragspartner aus der Verletzung des Betreuungsvertrages (§§ 280, 611 BGB).

Für besonders schutzwürdige Rechtsgüter wie das Leben, die Unversehrtheit des Körpers, die Gesundheit, die Freiheit oder das Eigentum gibt es neben dieser vertraglichen Haftung noch eine sogenannte deliktische Haftung. Trotz der Bezeichnung 'deliktische Haftung' ist allerdings nicht Voraussetzung, dass die Handlung, die einen Schaden herbeigeführt hat, strafbar gewesen sein muss. Es genügt jede zurechenbare Verletzungshandlung, d.h. jedes Verhalten, das Ursache einer nachteiligen Beeinträchtigung der genannten Rechtsgüter ist.<sup>9</sup> Für Schäden, die durch eine solche Verletzung verursacht worden sind, haftet der Schädiger (die betreuende Familienhebamme/FGKiKP) aus der Vorschrift des § 823 BGB.

Die vertragliche Haftung ließe sich durch entsprechende Vertragsgestaltungen (Betreuungsvertrag zwischen der Partnerschaft und der betroffenen Familie) ohne weiteres auf das Vermögen der Partnerschaft beschränken, sodass das Privatvermögen der Familienhebamme bzw. FGKiKP nicht in Mitleidenschaft gezogen würde. Die Voraussetzung des Bestehens einer Berufshaftpflichtversicherung ist für (Familien-)Hebammen/(F)GKiKP durch die Berufsordnungen der Länder gegeben, da diese Gesetze im Sinne des § 8 Abs. 4 PartGG darstellen. Wer nur beratend tätig ist, der kann also seine Haftung tatsächlich auf das Vermögen der Partnerschaftsgesellschaft beschränken

und sein eigenes Vermögen durch den Abschluss einer Partnerschaft in der Rechtsform der PartGmbH vor Zugriffen von geschädigten Gläubigern bewahren. Aus diesem Grund ist die PartGmbH die Rechtsform, zu der Rechtsanwältinnen und -anwälte, Wirtschaftsprüferinnen und -prüfer sowie Steuerberaterinnen und -berater greifen. Wird infolge eines Beratungsfehlers das Vermögen der Mandantin bzw. des Mandanten geschädigt, dann beschränkt sich die Haftung auf die oben dargestellte vertragliche Haftung. Das Vermögen gehört nicht zu den absoluten Rechtsgütern, die durch die deliktische Haftung des § 823 Abs. 1 BGB geschützt sind.<sup>10</sup>

Bei (Familien-)Hebammen, die die normale Hebammentätigkeit ausüben, geht es hingegen in der Regel nicht um reine Vermögensschäden. Körperverletzungen oder Gesundheitsschädigungen können in jedem Stadium der Hebammentätigkeit entstehen (Vorsorge, Überwachung der Geburt und Nachsorge). Erkennt die (Familien-)Hebamme, die nur in der Nachsorge tätig ist, beispielsweise einen Neugeborenenikterus nicht, dann haftet sie für die möglicherweise daraus entstehenden schwerwiegenden Schäden bei dem Neugeborenen sowohl aus der Verletzung der vertraglichen Sorgfaltspflicht als auch aus Delikt. Während die Verletzung der vertraglichen Sorgfaltspflicht auf die Partnerschaft beschränkt werden könnte, ist dies bei der persönlichen Haftung aus Delikt nicht möglich. Die (Familien-)Hebamme haftet also hier allein, ohne dass ihr das Haftungsprivileg des § 8 Abs. 4 PartGG zugute käme. Aus diesem Grund ist zwar von der Gründung einer Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung nicht etwa abzuraten, es dürfen nur keine zu hohen Erwartungen bzgl. der an die Befreiung der persönlichen Haftung der handelnden (Familien-)Hebamme an diese Rechtsform geknüpft werden.

### III. HAFTPFLICHTVERSICHERUNGSRECHT

Sofern die im nächsten Abschnitt behandelten Fragestellungen die Berufshaftpflichtversicherung der Familienhebammen/FGKiKP betreffen, sei auf Folgendes hinge-

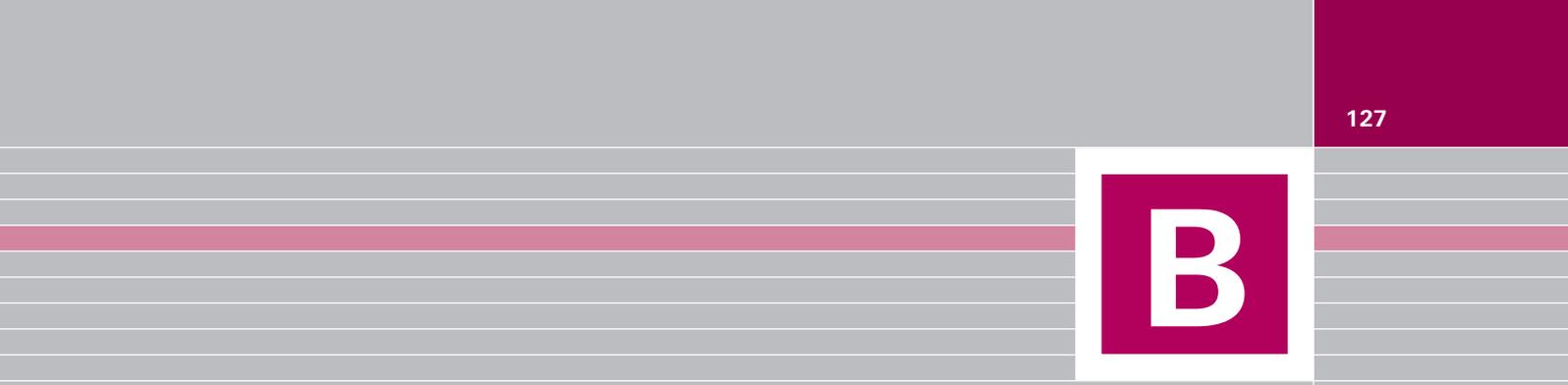
<sup>9</sup> *Sprau*, in: Palandt, BGB, § 823 Rn 2.

<sup>10</sup> *Schaub*, in: Prütting u.a., BGB, § 823 Rn 59.

wiesen: Da die Gruppenhaftpflichtversicherungsverträge, die für die Mitglieder des Deutschen Hebammenverbandes (DHV) und des Bundes freiberuflicher Hebammen Deutschlands (BfHD) gelten, bei der Erarbeitung der Expertise nicht zur Verfügung standen, sind die nachfolgenden Ergebnisse unter dem Vorbehalt einer abweichenden Regelung in den jeweiligen Versicherungsverträgen zu sehen. Der DHV hat zwar den Vertrag nicht zur Verfügung gestellt, aber seinem Versicherungsmakler Securon in München gestattet, alle Fragen mit diesem Büro zu besprechen. Der Geschäftsführer des Versicherungsmaklerbüros Securon hat die Fragen nach Rücksprache mit dem Versicherer beantwortet, sodass für die über den Gruppenhaftpflichtversicherungsvertrag des DHV versicherten Mitglieder eine gewisse Rechtssicherheit besteht.

Hinsichtlich der FGKiKP wird zunächst auf die Berufshaftpflichtverträge Bezug genommen, die über die Krankenpflegeverbände abgeschlossen werden können.

Im Übrigen wird thematisiert, inwiefern freie Versicherungsmöglichkeiten für FGKiKP bzw. Familienhebammen bestehen.

**B**

## FRAGESTELLUNGEN AUS DER PRAXIS

Die nachfolgenden Fragestellungen aus der Praxis, die sich zum Großteil auf das Berufshaftpflichtversicherungsrecht beziehen, lassen sich nicht immer einheitlich im Hinblick auf Familienhebammen und FGKiKP beantworten. Hieraus ergibt sich, dass die jeweilige Thematik teilweise zunächst für die Familienhebammen und dann in einem separaten Abschnitt für die FGKiKP dargestellt wird. Sofern keine oder nur geringfügige Unterschiede bestehen, werden die Fragen für beide Berufsgruppen gemeinsam behandelt.

**Frage 1: Welche Tätigkeiten von Familienhebammen sind von der Berufshaftpflichtversicherung umfasst?<sup>11</sup>**

In dem Gruppenversicherungsvertrag des DHV fungiert auf Seiten des Versicherers ein Konsortium, das aus der Versicherungskammer Bayern, der R+V-Versicherung sowie der Nürnberger Versicherung besteht. Federführend ist jeweils die Versicherungskammer Bayern.<sup>12</sup>

Der Versicherungsumfang ist geregelt in den allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Haftpflichtversicherung sowie den besonderen zusätzlichen Vereinbarungen, die in dem vorliegend nicht zugänglichen Versicherungsvertrag geregelt sind, sowie der durch das Mitglied beantragten Versicherungsform. Dabei werden folgende Formen zur Verfügung gestellt:

**Form 1 (ohne Vorschäden<sup>13</sup> ab 1.1.2010)**

Freiberufliche Hebammen mit Geburtshilfe (außerklinische Geburten, Beleghebammen, Geburten in hebammengeleiteten Einrichtungen, angestellte Hebammen mit Geburtshilfe (außerklinische Geburten bzw. Geburten im Belegsystem)

**Form 1 V (mit Vorschäden ab 1.1.2010)**

Freiberufliche Hebammen mit Geburtshilfe (außerklinische Geburten, Beleghebammen, Geburten in hebammengeleiteten Einrichtungen), angestellte Hebammen mit Geburtshilfe (außerklinische Geburten bzw. Geburten im Belegsystem)

**Form 2**

Freiberuflich tätige Hebammen ohne Geburtshilfe

**Form 3**

- a) Im Krankenhaus angestellte Hebammen (inklusive Geburtshilfe) ohne freiberufliche Nebentätigkeit
- b) Im Krankenhaus angestellte Hebammen (inklusive Geburtshilfe) mit freiberuflicher Nebentätigkeit (ohne Geburtshilfe)
- c) Angestellte Hebammen (ohne Geburtshilfe) mit freiberuflicher Nebentätigkeit (ohne Geburtshilfe)

**Form 4**

Gilt nur für Lehrerinnen für das Hebammenwesen und Hebammenschülerinnen.

**[Form 5 gilt nur für Privathaftpflichtversicherungen ohne Berufshaftpflicht.]**

**[Form 6 gilt nur für hebammengeleitete Einrichtungen (Organisationsverschulden und Betriebsstättenrisiko).]**

Diese Formen sind aus dem zur Verfügung gestellten Aufnahmeantrag zur Gruppenhaftpflichtversicherung des DHV ersichtlich, der ab 01.07.2012 gültig ist und der Versicherungen umfasst, deren Ablaufdatum der 01.07.2015 ist. In diesem Aufnahmeantrag wird unter der Spalte Anmerkungen zu den Formen unter Buchstabe C ausdrücklich festgehalten: »Mitversichert gilt die Tätigkeit als Familienhebamme (1, 2 und 3).« Damit ist klargestellt, dass das gesamte Tätigkeitsspektrum einer Familienhebamme zumindest in dem Gruppenhaftpflichtversicherungsvertrag des DHV versichert ist. Der DHV hat 18.000 Mitglieder, von denen 12.500 über die Gruppenhaftpflichtversicherung versichert sind.<sup>14</sup>

Die Deckungssumme je Versicherungsfall beträgt sechs Millionen Euro für Personenschäden, drei Millionen Euro für Sachschäden, fünf Millionen Euro für Umweltschäden und 250.000 Euro für Vermögensschäden.

Gemäß den Bedingungen des Aufnahmeantrags gilt weiter, dass die Gesamtleistung für alle Versicherungs-

11 Anmerkung d. Verf.: Prüfung auf der Grundlage der Standard-Police des DHV .

12 Stand: 01.01.2015.

13 Die Unterscheidung ohne/mit Vorschäden betrifft die Frage, ob die/der Versicherungsnehmer/-in bereits einmal einen Haftpflichtfall zu verantworten hatte.

14 Vgl. [www.hebammenverband.de](http://www.hebammenverband.de) (letzter Aufruf am 06.05.2015).

fälle eines Versicherungsjahres das Doppelte dieser Deckungssummen beträgt. Die absolute Höchstsumme der für Personenschäden geleisteten Versicherungsfälle ist also auf zwölf Millionen Euro pro Jahr beschränkt. Aus diesen Einschränkungen ergeben sich folglich Risiken für das Privatvermögen der über den Gruppenvertrag des DHV versicherten Familienhebammen. Überschreitet ein Schaden die Versicherungssumme von sechs Millionen Euro, dann läuft die Familienhebamme Gefahr, mit ihrem Privatvermögen zu haften. Diese Gefahr kann nicht ganz von der Hand gewiesen werden, da bei hochgradig geschädigten Kindern stets Schadensersatz für die Pflege in Form wiederkehrender Leistungen zugesprochen wird. Dasselbe gilt für den immateriellen Schaden (sogenanntes Schmerzensgeld). Bei entsprechend hoher Lebenserwartung des Kindes ist es nicht ausgeschlossen, dass diese Höchstversicherungssumme eines Tages überschritten wird. Die Gefahr, dass die Höchstausszahlungssumme pro Jahr von derzeit zwölf Millionen Euro überschritten wird, besteht ebenfalls, wenn in einem Jahr viele Schadensmeldungen reguliert worden sind.

Im Vergleich zur »normalen« Hebammentätigkeit besteht ein erweitertes Risiko im Rahmen der Beratungs- und Unterstützungstätigkeit von Familienhebammen. Sofern ausschließlich beratende Tätigkeiten betroffen sind, ist dieses in der Regel auf bloße Vermögensschäden beschränkt. Personenschäden sind denkbar, wenn die Familienhebamme einen Fehler der »normalen« betreuenden Hebamme übersieht oder das Kind im Rahmen ihrer Tätigkeit zu Schaden kommt (z.B. wenn die Familienhebamme die Mutter beim Wickeln anleitet und dabei das Kind vom Wickeltisch stürzt). Zu Gesundheitsschäden kann es auch kommen, wenn während des ausgeweiteten Zeitraums der Begleitung durch die Familienhebamme auch behandelnde Tätigkeiten ausgeführt werden und hierbei Fehler unterlaufen.

Eine Versicherungsform für ausschließlich als Familienhebammen tätige Hebammen besteht aber nicht, jedenfalls nicht in der Gruppenhaftpflichtversicherung des DHV. Allerdings besteht auch für Familienhebammen die Möglichkeit, eine Berufshaftpflichtversicherung über die Krankenpflegeverbände abzuschließen wie nachfolgend

(Frage 3) dargestellt. Daneben bestehen freie Versicherungsmöglichkeiten für die Familienhebammen (vgl. hierzu die Ausführungen bezüglich der FGKIKP unter Frage 3).

### **Frage 2: Gilt die Berufshaftpflichtversicherung bereits**

- **während der Weiterbildung zur Familienhebamme?**
- **vor Verabschiedung (einheitlicher) fachlicher Standards für Familienhebammentätigkeiten?**

Bezüglich der Frage der Geltung während der Weiterbildung zur Familienhebamme hat der Versicherungsmakler (siehe oben) mit E-Mail vom 16.09.2013 mitgeteilt: »Eine entsprechende Ausbildung (zur Familienhebamme) wird vorausgesetzt. Ausnahme: Versicherungsschutz wird ebenfalls gewährt, sofern eine entsprechende Ausbildung vor Beginn der Tätigkeit als Familienhebamme angefangen wurde.«<sup>15</sup> Dies ist verständlich, da die Ausübung der Tätigkeit als Familienhebamme eine entsprechende Weiterbildung nicht zwingend voraussetzt. Zu beachten ist aber, dass eine Tätigkeit als Familienhebamme im Rahmen der Bundesinitiative Frühe Hilfen voraussetzt, dass die Kompetenzen der Familienhebamme dem Kompetenzprofil des NZFH entsprechen.<sup>16</sup>

Auf nochmalige Rückfrage bezüglich dieses Punktes wurde mit weiterer E-Mail vom 01.10.2013 mitgeteilt: »Da wir seit ca. einem Jahr vermehrt Fragen zum Versicherungsumfang von Familienhebammen erhalten, haben (wir) den Versicherungsschutz für Familienhebammen in der Ihnen mitgeteilten Form mit den Versicherern vereinbart und klargestellt.« Hier kann also davon ausgegangen werden, dass die Frage, ob Versicherungsschutz bereits nach Aufnahme der Fort- bzw. Weiterbildung besteht, bejaht werden kann, zumindest für Versicherte der Gruppenhaftpflichtversicherung des DHV.

Einheitliche fachliche Standards zur Tätigkeit einer Familienhebamme sind bislang nicht allgemein anerkannt verankert. Allerdings kann man sich insofern am Kompetenzprofil für Familienhebammen der Bundesinitiative Frühe Hilfen orientieren. Die Verletzung solcher Standards begründet im Übrigen in der Regel erst einen entsprechenden Haftpflichtfall, dessen Absicherung der

<sup>15</sup> Mit Ausbildung ist hier offenbar sowohl Fort- als auch Weiterbildung gemeint.

<sup>16</sup> Vgl. NZFH, Kompetenzprofil Familienhebammen, 2013.

Abschluss einer Haftpflichtversicherung ja gerade dienen soll. Es wäre zwar denkbar, dass in dem Versicherungsvertrag selbst die Einhaltung bestimmter Standards zur Voraussetzung gemacht wird mit der Folge, dass deren Verletzung zum Ausschluss des Versicherungsschutzes führt. Von der Möglichkeit, die Einhaltung solcher Standards zur Voraussetzung zu machen, ist jedoch, soweit bekannt, in dem gesamten Versicherungsvertrag (auch soweit er die originäre operative Hebammentätigkeit betrifft) nicht Gebrauch gemacht worden.

### Frage 3: Welche Tätigkeiten von FGKiKP sind von der Berufshaftpflichtversicherung umfasst?

Für die FGKiKP besteht u.a. die Möglichkeit, eine Berufshaftpflichtversicherung über den Berufsverband Kinderkranknspflege Deutschland (bekd) oder über die Interessengemeinschaft freiberuflich und/oder präventiv tätiger Kinderkrankenschwestern eV (IGKiKra) abzuschließen. Beim bekd besteht insofern ein Gruppenvertrag, d.h. die Versicherungsbeiträge werden durch den Verband (über die Mitgliedsbeiträge) eingezogen und an die Versicherung weitergeleitet. Bei der IGKiKra besteht noch kein Gruppenvertrag, dieser ist aber angestrebt.<sup>17</sup> Bis dahin werden insofern Individualverträge abgeschlossen. Inhaltlich entsprechen sich die mit der ERGO-Versicherung bestehenden Verträge der bekd und der IGKiKra. Die Verträge enthalten eine nach Auskunft des Versicherungsmaklers mit der IGKiKra und dem bekd entwickelte äußerst umfangreiche und nicht abschließende, sondern beispielhafte Aufzählung der versicherten Tätigkeitsbereiche, die als solche im jeweiligen Versicherungsschein aufgeführt ist. Diese Liste der versicherten Tätigkeitsbereiche wird derzeit<sup>18</sup> überarbeitet. Insgesamt soll eine Reduzierung der aufgeführten Tätigkeitsgebiete erfolgen. Vor allem ist aber geplant, die Frühen Hilfen als solche explizit aufzunehmen.<sup>19</sup>

Die – umfangreiche aber nicht abschließende – Aufzählung ist sehr viel präziser als der bloße Zusatz im

oben dargestellten Gruppenvertrag des DHV »Mitversichert gilt die Tätigkeit als Familienhebamme« (wenngleich dieser Zusatz auf den ersten Blick dazu führt, dass tatsächlich alle Familienhebammentätigkeiten vom Versicherungsschutz erfasst sind). Im Übrigen besteht hier Spielraum zur Erweiterung. Die Tätigkeit der FGKiKP<sup>20</sup> kann verschiedene der aufgeführten Bereiche umfassen, zu nennen sind hier bspw. Gesundheitsberatung, Säuglingspflege, Ernährungsberatung, Beratung bei Asthma oder Neurodermitis oder zur Anwendung von Hausmitteln<sup>21</sup>, spezielle Hilfe bei der Kinderkranknspflege oder individuelle Erziehungsberatung.<sup>22</sup> Daher und insbesondere aufgrund der Tatsache, dass es sich nicht um eine abschließende Aufzählung handelt, sodass auch ähnliche Tätigkeitsbereiche vom Versicherungsschutz erfasst sind (letztlich kommt es wohl auf den Einzelfall an), ist davon auszugehen, dass eine Versicherung der im Rahmen Früher Hilfen erbrachten Tätigkeiten von FGKiKP über diese Versicherungsverträge möglich ist. Hierbei dürften viele Tätigkeiten der FGKiKP bereits von den ausdrücklich aufgeführten Tätigkeitsbereichen erfasst sein.

Familienhebammen steht der Anschluss an den Vertrag offen, originäre Hebammentätigkeiten sind aber ausdrücklich vom Versicherungsschutz ausgenommen.

Wie bereits ausgeführt sollen beim geplanten Abschluss des Gruppenvertrags der IGKiKra neben weiteren typischen Tätigkeiten der FGKiKP die »Frühen Hilfen« (als feststehender Begriff) explizit als von der Versicherung abgedecktes Tätigkeitsfeld aufgenommen werden. Dies erscheint einerseits sinnvoll, um den im Rahmen der Frühen Hilfen in den Familien tätigen FGKiKP (und Familienhebammen) einen möglichst umfassenden Versicherungsschutz für ihre Tätigkeiten zu gewährleisten. Denkbar wäre insofern ein Zusatz »Mitversichert sind die Tätigkeiten, die FGKiKP und Familienhebammen im Rahmen Früher Hilfen erbringen.« Andererseits ergeben sich insofern Schwierigkeiten aus der begrenzt abgrenz-

17 Unveränderter Stand bei Redaktionsschluss im Mai 2015.

18 Die Ausführungen im Folgenden beziehen sich auf den Erhebungszeitpunkt Oktober 2014.

19 Inzwischen liegt diese Überarbeitung vor. Die Reduktion der Tätigkeitsbereiche ist erfolgt. Frühe Hilfen sind explizit aufgenommen. Die Formulierung lautet: »anleitende und beratende Tätigkeit in den »Frühen Hilfen««. Stand: Mai 2015. (Anm. d. R.)

20 Vgl. NZFH 2014, Kompetenzprofil Familien-Gesundheits- und Kinderkranknspflegerinnen und -pfleger in den Frühen Hilfen.

21 Keine ausdrückliche Nennung von »Anwendung von Hausmitteln« in der aktualisierten Liste. Stand: Mai 2015. (Anm. d. R.)

22 Keine ausdrückliche Nennung von »individuelle Erziehungsberatung« in der aktualisierten Liste. Stand: Mai 2015. (Anm. d. R.)

baren Kontur des Begriffs der Frühen Hilfen<sup>23</sup> an sich. Bei Eintritt eines Versicherungsfalls könnte dies zu Diskrepanzen zwischen Versicherer und Versicherungsnehmerin darüber führen, ob eine Tätigkeit tatsächlich den Frühen Hilfen unterfällt.

Versicherungsmöglichkeiten für die FGKiKP könnten auch über weitere Krankenpflegeverbände bestehen. So ist beim Deutschen Berufsverband für Pflegeberufe (DBfK) die Berufshaftpflichtversicherung im Mitgliedsbeitrag enthalten (auch bei freiberuflicher Tätigkeit). Die Deutsche Gesellschaft für Fachkrankenpflege und Funktionsdienste e.V. bietet die Möglichkeit der Inanspruchnahme von vergünstigten Versicherungsleistungen über ihren Vertragspartner (INTERversicherung). Auch der Deutsche Pflegeverband (DPV) bietet seinen Mitgliedern (Angestellten wie Freiberuflern) die Möglichkeit einer Berufshaftpflichtversicherung. Inwiefern gerade die spezifischen Tätigkeiten von FGKiKP im Rahmen Früher Hilfen hierbei vom Versicherungsschutz umfasst sind, hängt vom Regelungsinhalt der einzelnen Verträge ab.

Daneben bestehen freie Versicherungsmöglichkeiten für die FGKiKP. Auch hierbei ist genau zu prüfen, welche Tätigkeiten vom Versicherungsschutz umfasst sind, bzw. ist bei den Vertragsverhandlungen zum Versicherungsvertrag darauf zu achten, dass bestimmte Versicherungsfälle abgedeckt sind. Um Versicherungsschutz in möglichst großem Umfang zu erhalten, erscheint es sinnvoller, sich an die Versicherungen zu halten, die bereits auf den Abschluss entsprechender Verträge spezialisiert sind. Dies gilt entsprechend für Familienhebammen.

#### **Frage 4: Gilt die Berufshaftpflichtversicherung bereits**

- während der Weiterbildung zur FGKiKP?
- vor Verabschiedung (einheitlicher) fachlicher Standards für Tätigkeiten von FGKiKP?

Da die vorliegenden Versicherungsverträge des bekd bzw. der IGKiKra die FGKiKP nicht explizit aufführen, sondern – wie dargestellt – eine exemplarische Aufzählung der versicherten Tätigkeiten enthalten, kann es für das

Eingreifen des Versicherungsschutzes nicht auf die Weiterbildung zur FGKiKP ankommen. Versichert sind die Tätigkeiten aus den aufgeführten Bereichen sowie ähnliche Tätigkeiten unabhängig davon, ob eine Weiterbildung zur FGKiKP durchlaufen oder begonnen wurde.

Hinsichtlich der Einhaltung bestimmter Standards gilt das zu den Familienhebammen unter Frage 2 Ausgeführte entsprechend.

#### **Frage 5: Erfordert die Begründung eines Versicherungsfalls die Einhaltung bestimmter Sorgfaltspflichten**

- seitens der Familienhebammen/FGKiKP?
- seitens des Auftraggebers/Anstellungsträgers?

Diese Frage zielt darauf ab, ob der Versicherungsschutz nur dann greift, wenn bestimmte Sorgfaltspflichten im Rahmen der Tätigkeit eingehalten wurden.

Für die Einhaltung bestimmter Sorgfaltspflichten gilt dasselbe wie das zur Beachtung bestimmter Standards soeben Ausgeführte. Die Einhaltung bestimmter Sorgfaltspflichten oder die Beschränkung der Versicherung auf bestimmte Schuldformen (Fahrlässigkeit, Vorsatz<sup>24</sup>) ist vorliegend nicht bekannt. Es steht auch nicht zu vermuten, dass sich hierüber Ausführungen in dem Gruppenversicherungsvertrag des DHV befinden. Dies gilt für Versicherungsverträge, die für die FGKiKP in Betracht kommen, gleichermaßen wie auch für die Verträge, die außerhalb des Gruppenvertrags für Familienhebammen in Frage kommen. Auch seitens des Auftraggebers müssen keine besonderen Maßnahmen getroffen werden. Es muss sich aus dem Vertrag zwischen Auftraggeber und Familienhebamme nur eindeutig ergeben, dass die Hebamme eine Tätigkeit als Familienhebamme bzw. sonstige Hebammentätigkeiten auszuüben hat. Dies wurde wiederum ausdrücklich durch Korrespondenz mit dem Versicherungsmakler klargestellt, der versicherte, dass er insoweit Rücksprache mit dem Versicherer genommen habe. Im Hinblick auf den Auftraggeber/Anstellungsträger bei FGKiKP ergibt sich eine solche Besonderheit nicht.

23 Dass der Begriff nur schwierig zu fassen ist, ist der Tatsache geschuldet, dass unter »Frühe Hilfen« viele verschiedene Bereiche gefasst werden und auch zahlreiche über Jahre in der Praxis entwickelte Strukturen erfasst sein sollen.

24 Einen Ausschluss der Versicherungspflicht bei Vorsatz enthält allerdings § 103 VVG zur Herbeiführung des Versicherungsfalles: »Der Versicherer ist nicht zur Leistung verpflichtet, wenn der Versicherungsnehmer vorsätzlich und widerrechtlich den bei dem Dritten eingetretenen Schaden herbeigeführt hat.«

### Frage 6: Gibt es eine Pflicht der Familienhebammen/FGKiKP, Versicherungen auf risikofördernde Umstände ihrer Arbeit hinzuweisen?

Bei sämtlichen Versicherungen ist darauf zu achten, dass es grundsätzlich zu den Obliegenheiten der Versicherungsnehmerin bzw. des Versicherungsnehmers gehört, den Versicherer auf risikofördernde Umstände der Tätigkeit hinzuweisen. Wenn die Versicherungsnehmerin oder der Versicherungsnehmer den Obliegenheiten nicht nachkommt, kann der Versicherer im Zweifel von der Leistung zurücktreten. Hierzu wird auf die Musterbedingungen des Gesamtverbandes der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V. (GDV) Allgemeine Versicherungsbedingungen für die Haftpflichtversicherung (AHB)<sup>25</sup> verwiesen:

»4 Vorsorgeversicherung

4.1 Risiken, die nach Abschluss des Versicherungsvertrages neu entstehen, sind im Rahmen des bestehenden Vertrages sofort versichert.

(1) Der Versicherungsnehmer ist verpflichtet, nach Aufforderung des Versicherers jedes neue Risiko innerhalb eines Monats anzuzeigen. Die Aufforderung kann auch mit der Beitragsrechnung erfolgen. Unterlässt der Versicherungsnehmer die rechtzeitige Anzeige, entfällt der Versicherungsschutz für das neue Risiko rückwirkend ab dessen Entstehung. Tritt der Versicherungsfall ein, bevor das neue Risiko angezeigt wurde, so hat der Versicherungsnehmer zu beweisen, dass das neue Risiko erst nach Abschluss der Versicherung und zu einem Zeitpunkt hinzugekommen ist, zu dem die Anzeigefrist noch nicht verstrichen war.

(2) Der Versicherer ist berechtigt, für das neue Risiko einen angemessenen Beitrag zu verlangen. Kommt eine Einigung über die Höhe des Beitrags innerhalb einer Frist von einem Monat nach Eingang der Anzeige nicht zustande, entfällt der Versicherungsschutz für das neue Risiko rückwirkend ab dessen Entstehung.«

Im Berufshaftpflichtvertrag der ERGO Versicherungen für Krankenschwestern/Krankenpfleger ist aber eine Versehensklausel (versehentlich nicht gemeldete neue Risiken) vorgesehen. Das bedeutet, dass bei Nachweis der

Versicherungsnehmerin bzw. des Versicherungsnehmers, dass das Versäumnis auf einem Versehen beruhte und die Anzeige unverzüglich nachgeholt wurde, trotz Obliegenheitsverletzung der Versicherungsschutz eingreift.

### Frage 7: Ergeben sich im Falle der Tätigkeit für einen öffentlichen Träger Besonderheiten?

Die Familienhebamme/FGKiKP kann freiberuflich oder als angestellte Familienhebamme/FGKiKP tätig sein. Die Frage der Anstellung bzw. der Freiberuflichkeit soll insbesondere im Hinblick auf die Unterschiede in der Haftung abhängig vom Verschuldensgrad differenziert herausgearbeitet werden:

#### Freiberufliche Tätigkeit

Ist eine Familienhebamme freiberuflich tätig, dann gelten die obigen Antworten uneingeschränkt für sie, auch wenn sie für einen öffentlichen Träger tätig ist. Für freiberufliche FGKiKP ergeben sich aus einer Tätigkeit für einen öffentlichen Träger keine Besonderheiten.

Für Familienhebammen ergeben sich aber Unterschiede in der zu versichernden Form (vgl. die Darstellung der möglichen Versicherungsformen über den Gruppenvertrag des DHV im Rahmen der Beantwortung von Frage 1). Betreibt die Familienhebamme operative Hebammentätigkeiten einschließlich Geburtshilfe und gleichzeitig die Tätigkeiten einer Familienhebamme, dann muss sie sich in der Form 1 versichern. Ist sie im Krankenhaus angestellte Hebamme mit dortiger Geburtshilfe und nebenberuflich als Familienhebamme ohne Anstellung tätig, dann muss sie die Form 3a oder 3b wählen.

Ist die Familienhebamme bei ihrer operativen Hebammentätigkeit ohne Geburtshilfe tätig und übt sie gleichzeitig die Familienhebammentätigkeit freiberuflich aus, dann muss sie die Form 2 wählen. Ist sie im Krankenhaus ohne Geburtshilfe angestellt und ist sie nebenberuflich als Familienhebamme freiberuflich tätig, dann muss sie die Form 3c wählen.

Eine Versicherung ausschließlich für Familienhebammentätigkeiten ohne operative Hebammentätigkeit wird in der Gruppenhaftpflichtversicherung des DHV nicht an-

25 Abrufbar unter: [www.gdv.de/downloads/versicherungsbedingungen/allgemeine-versicherungsbedingungen-fur-die-haftpflichtversicherung-ahb/](http://www.gdv.de/downloads/versicherungsbedingungen/allgemeine-versicherungsbedingungen-fur-die-haftpflichtversicherung-ahb/) Allgemeine Versicherungsbedingungen für die Haftpflichtversicherung (AHB) (letzter Aufruf am 06.05.2015).

geboden. Hier müsste sich die Hebamme, die freiberuflich als Familienhebamme tätig ist, in der Form 2 versichern. Im Übrigen wäre, wie dargestellt, die Versicherungsmöglichkeit über die Krankenpflegeverbände gegeben.

#### Angestellte Familienhebamme/FGKiKP

Ist die Familienhebamme/FGKiKP hingegen angestellt, dann sind die besonderen Rechtsverhältnisse des Arbeitsrechts zu beachten. Die Familienhebamme/FGKiKP haftet auch hier für Schäden, die sie selbst schuldhaft verursacht hat. Allerdings hat sie einen Freistellungsanspruch gegenüber dem Arbeitgeber. Die Verteilung des Schadens zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber ist nach dem Grad des Verschuldens<sup>26</sup>, das dem Arbeitnehmer zur Last fällt, vorzunehmen. Bei Vorsatz hat der Arbeitnehmer den Schaden stets in vollem Umfang zu tragen. Bei grober Fahrlässigkeit hat der Arbeitnehmer den Schaden in der Regel allein zu tragen. Bei leichter Fahrlässigkeit trägt den Schaden in voller Höhe der Arbeitgeber, bei mittlerer Fahrlässigkeit ist der Schaden unter Berücksichtigung aller Umstände quotal auf den Arbeitgeber und den Arbeitnehmer zu verteilen.<sup>27</sup>

Die Begriffe sind wie folgt zu unterscheiden:

- Grobe Fahrlässigkeit liegt vor, wenn die Familienhebamme/FGKiKP die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nach den gesamten Umständen des Einzelfalls in einem ungewöhnlich hohen Grad verletzt hat, mit anderen Worten wenn sie dasjenige unbeachtet gelassen hat, was im gegebenen Fall jedem unabhängigen Beobachter hätte einleuchten müssen.<sup>28</sup> Der Vorwurf der groben Fahrlässigkeit erfordert sowohl einen objektiv besonders schwerwiegenden Pflichtverstoß als auch subjektiv den Vorwurf, in nicht entschuldbarer Weise gegen die im gegebenen Fall an die betroffene Person zu stellenden Anforderungen verstoßen zu haben.<sup>29</sup> Grobe Fahrlässigkeit liegt also immer dann vor, wenn ein objektiver Beobachter des Geschehens sagen würde: »Oh Gott, das kann doch gar nicht gut gehen.«

- Leichteste Fahrlässigkeit liegt dagegen vor, wenn es sich um einen besonders leichten Fall des »Sich-Verweifens« oder »Sich-Vertuns« handelt.<sup>30</sup>
- Von normaler Fahrlässigkeit ist immer dann zu sprechen, wenn weder grobe noch leichte Fahrlässigkeit vorliegt.

Die freiberufliche Familienhebamme/FGKiKP hat also für alle Sorgfaltspflichtverletzungen einzustehen, gleichgültig ob sie grob, normal oder leicht fahrlässig begangen wurden, die angestellte Familienhebamme/FGKiKP dagegen hat bei grober Fahrlässigkeit den gesamten Schaden und bei normaler Fahrlässigkeit einen entsprechend der Schwere des Sorgfaltspflichtverstoßes festzusetzenden Anteil zu vertreten.

Die folgenden Ausführungen erläutern die versicherungsrechtlichen Auswirkungen am Beispiel der (Familien-)Hebammen. Es ist davon auszugehen, dass sie für FGKiKP entsprechend gelten, denn auch die Haftpflichtversicherung über den bekd trifft die Unterscheidung angestellt/freiberuflich. Da bei Angestellten das Risiko der Haftpflichtversicherung geringer ist, wegen Fehlern der angestellten (Familien-)Hebammen in Anspruch genommen zu werden, gibt es eine besondere (preiswertere) Form der Versicherung für angestellte (Familien-)Hebammen im Gruppenvertrag des DHV, die auch für den Fall greift, dass die (Familien-)Hebamme bei einem öffentlichen Träger angestellt ist (Form 3). Es wird davon ausgegangen, dass der Arbeitgeber nicht nur seinen eigenen Arbeitgeber-Haftungsanteil versichert, sondern auch den Haftungsanteil des Arbeitnehmers, um nicht in arbeitsrechtliche Streitigkeiten mit seinem Arbeitnehmer zu geraten. Hat der Arbeitgeber auch den Arbeitnehmeranteil mitversichert, dann ist nach dem Gruppenhaftpflichtversicherungsvertrag des DHV vorrangig auf diese Haftpflichtversicherung des Arbeitgebers zurückzugreifen, da in den Aufnahmeanträgen auf die Subsidiarität des Versicherungsverhältnisses der Gruppenhaftpflichtversicherung ausdrücklich hingewiesen wird.

26 Zu den verschiedenen Schuldformen *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, § 276 Rn 5 ff.

27 BAG 24.11.1987 AP BGB § 611 »Haftung des Arbeitnehmers« Nr. 93; 16.02.1995 AP BGB § 611 »Haftung des Arbeitnehmers« Nr. 106.

28 BAG 23.03.1983 AP BGB § 611 »Haftung des Arbeitnehmers« Nr. 82.

29 BAG 04.05.2006 = NZA 2006, 1428.

30 Vgl. *Preis*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, § 619a BGB Rn 17.

Versichert der Arbeitgeber nur seinen Haftungsanteil, dann ist die Gefahr für die angestellte Familienhebamme, in Anspruch genommen zu werden, relativ groß. In allen Schadensfällen, die nicht auf leichtester Fahrlässigkeit beruhen, verbleibt ja ein Haftungsanteil der Angestellten. Ist dieser Haftungsanteil nicht versichert, dann würde die Gruppenhaftpflichtversicherung des DHV diese Lücke abdecken. Dies ist der Sinn der Haftpflichtversicherung der Form 3 für angestellte (Familien-)Hebammen.

Hat der Arbeitgeber keinerlei Haftpflichtversicherung abgeschlossen, sondern deckt er Schadensfälle aus seinem Haushalt ab, dann würde die Gruppenhaftpflichtversicherung des DHV gegenüber den Geschädigten in Vorleistung gehen und die angestellte (Familien-)Hebamme komplett freistellen. Die Haftpflichtversicherung würde sich dann den Arbeitgeberanteil als Regress beim Arbeitgeber einholen.

Hat die angestellte (Familien-)Hebamme den Schaden grob fahrlässig herbeigeführt, dann würde in der Regel der Arbeitgeber nicht haften. In diesem Falle würde die Gruppenhaftpflichtversicherung des DHV den Schaden voll abdecken, ohne bei irgendjemandem – Arbeitgeber bzw. Arbeitnehmer-(Familien-)Hebamme – Regress nehmen zu können.

Der Arbeitnehmer-(Familien-)Hebamme ist also zu empfehlen, sich bei ihrem Arbeitgeber über den Umfang des von ihm abgeschlossenen Versicherungsschutzes möglichst genau und unter Benennung der Unterlagen zu informieren.

Bleibt das Risiko eigener Inanspruchnahme, ist der Abschluss eines Haftpflichtversicherungsschutzes für Arbeitnehmer unbedingt zu empfehlen.

#### **Frage 8: Wann und gegebenenfalls inwiefern ist § 3 Abs. 6 TVöD anwendbar?**

§ 3 Abs. 6 TVöD lautet: »Die Schadenshaftung der Beschäftigten, die in einem Arbeitsverhältnis zu einem Arbeitgeber stehen, der Mitglied eines Mitgliedsverbandes der VKA ist, ist bei dienstlich oder betrieblich veranlassenen Tätigkeiten auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt.«

Nach dem eindeutigen Wortlaut greift die Vorschrift nur für Angestellte eines Arbeitgebers ein, der Mitglied eines Mitgliedsverbandes der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände ist.

Mit dieser Vorschrift wird der Freistellungsanspruch des im Geltungsbereich des TVöD Angestellten auf die Fälle »normaler« Fahrlässigkeit ausgedehnt, in denen sonst eine Schadensteilung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer/-in vorzunehmen ist. Damit verbleibt aber immer noch ein zu versichernder Rest für die Fälle grober Fahrlässigkeit, der nur über eine Haftpflichtversicherung abgedeckt werden kann. Insoweit gelten also die Ausführungen zur vorherigen Frage entsprechend.

Diese Ausdehnung des Verantwortungsbereichs des Arbeitgebers auf Fälle »normaler« Fahrlässigkeit findet nicht statt, wenn die Familienhebamme/FGKiKP einen Anstellungsvertrag bei einem freien Träger hat, da dieser nicht Mitglied eines Mitgliedsverbandes der Vereinigung der Kommunalen Arbeitgeberverbände ist. In diesem Fall bleibt der angestellten Familienhebamme/FGKiKP keine andere Möglichkeit, als die ausdrückliche Frage zu stellen, ob der Arbeitgeber nur seinen eigenen Arbeitgeberanteil der Haftung versichert hat oder ob der Arbeitgeber auch Schäden aus der gesamten Tätigkeit der Familienhebamme/FGKiKP als Arbeitnehmerin mitversichert hat, einschließlich grob fahrlässig verursachter Schäden. Diese Auskunft muss sich die Familienhebamme/FGKiKP unbedingt schriftlich erteilen lassen. Ist nicht das gesamte Spektrum der Familienhebamme/FGKiKP als Arbeitnehmerin durch den Arbeitgeber abgesichert, muss sie für einen eigenen Haftpflichtversicherungsschutz Sorge tragen.

#### **Frage 9: Welche Auswirkungen auf den Eintritt des Versicherungsfalls hat eine mischfinanzierte Tätigkeit von Familienhebammen/FGKiKP (= Leistungserbringung sowohl nach SGB V als auch nach SGB VIII im Rahmen eines Hilfekontakts)?**

Für die Frage der Haftung und der Haftpflichtversicherung spielt die Art der Finanzierung der Tätigkeit von Familienhebammen/FGKiKP keine Rolle.<sup>31</sup>

31 Vgl. zu den Bereichen, in denen eine Mischfinanzierung Auswirkungen hat Teil 2, Arbeits-, sozialversicherungs-, umsatzsteuerrechtliche Fragen.

**Frage 10: Welche haftungsrechtlichen Auswirkungen können sich für eine Familienhebamme/FGKiKP ergeben (die selbst keine SGB V-Leistungen erbringt), wenn sie Versäumnisse einer mit ihr in der Familie tätigen »normalen« Hebamme wahrnimmt?**

Es entspricht der ständigen Rechtsprechung der Zivilgerichte, dass eine Medizinalperson, die einen Fehler bzw. ein Versäumnis einer anderen medizinischen Fachkraft feststellt, die andere Medizinalperson auf diesen Fehler aufmerksam zu machen hat. Gleichzeitig ist sie verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, die Schäden, die aus diesem Fehler oder Versäumnis eintreten können, zu verhindern oder so gering wie möglich zu halten. Diese Rechtsprechung gilt sogar dann, wenn eine Hebamme feststellt, dass ein Arzt fehlerhafte Anordnungen getroffen oder notwendige Untersuchungen unterlassen hat. Die Hebamme hat hier eine sogenannte Remonstrationspflicht, d.h. sie muss den Arzt auf seinen Fehler aufmerksam machen und in der Zwischenzeit alle Vorkehrungen treffen, damit Schäden aus der fehlerhaften Anordnung nicht entstehen können.<sup>32</sup>

Aus dieser Rechtsprechung kann geschlossen werden, dass eine Familienhebamme/FGKiKP, die Versäumnisse einer mit ihr in der Familie tätigen Betreuungshebamme wahrnimmt, einerseits verpflichtet ist, die betreuende Hebamme über ihre Wahrnehmungen zu informieren, und gleichzeitig dafür Sorge zu tragen hat, dass Schäden aus unterlassenen oder übersehenen Tätigkeiten der betreuenden Hebamme vermieden oder so gering wie möglich gehalten werden. Keine Medizinalperson kann sich darauf berufen, sie sei davon ausgegangen, dass die andere vor ihr tätig gewordene oder untätig gebliebene Medizinalperson ihre Arbeiten mit der gebotenen Sorgfalt erledigen würde.

Da es zumindest in der Gruppenhaftpflichtversicherung des DHV keine Versicherungsform für die ausschließliche Tätigkeit einer Familienhebamme gibt, muss hier immer eine Form gewählt werden, bei der die Tätigkeit der Familienhebamme nur als mitversichert gilt. Aus diesem Grund kann sich eine Deckungslücke beim Ver-

sicherungsschutz in den in der Fragestellung erwähnten Fällen nicht auftun.

Gleiches dürfte im Fall der FGKiKP gelten, da die Versicherung, wie dargestellt, nicht nur für Tätigkeiten im Rahmen Früher Hilfen greift, sondern insgesamt für die Krankenpflege (vgl. die exemplarisch aufgeführten Tätigkeitsbereiche). Inwiefern von der FGKiKP verlangt werden kann, Fehler einer Hebamme wahrzunehmen, hängt auch davon ab, in welchem Ausmaß die FGKiKP die entsprechende Erfahrung und Fachkompetenz auch im Hinblick auf Säuglinge mitbringt. Es kann sicherlich nicht der gleiche Sorgfaltsmaßstab angelegt werden wie bei der Familienhebamme, die über eine entsprechende Hebammenausbildung verfügt. Wenn die FGKiKP aber einen Fehler der Hebamme tatsächlich wahrnimmt, ist sie entsprechend in der Pflicht, hierauf zu reagieren. Gleiches gilt im Hinblick auf die Haftung, wenn der Fehler der eingesetzten Hebamme für die FGKiKP in ihrer Funktion erkennbar ist.

**Frage 11: Unter welchen rechtlichen Voraussetzungen darf eine Familienhebamme/FGKiKP Angehörige von Familien im Auto mitnehmen?**

- Bedarf sie dafür einer Insassenversicherung?
- Benötigt sie einen Personenbeförderungsschein?
- Welche Unterschiede ergeben sich diesbezüglich zwischen der Benutzung ihres Privatfahrzeugs und eines Dienstwagens?

Einen Personenbeförderungsschein benötigt nach der Fahrerlaubnisverordnung zur Fahrgastbeförderung derjenige, der gewerblich bis zu acht Personen befördern möchte. Unter gewerblicher Personenbeförderung ist die entgeltliche oder geschäftsmäßige Beförderung von Personen zu verstehen.

Nach diesen Vorschriften benötigt eine Familienhebamme/FGKiKP, die Angehörige von Familien in ihrem Auto mitnimmt, keinen Personenbeförderungsschein. Obwohl unter Entgelt im Sinne der Fahrerlaubnisverordnung auch nur mittelbare wirtschaftliche Vorteile zu

<sup>32</sup> Vgl. OLG Frankfurt/Main 06.04.1990 = DHZ 1990, 311; *Horschitz*, Zur Zusammenarbeit Arzt/Hebamme, DHZ 1994, 71; AG Demmin 23.07.1998 = DHZ 1999, 383; BGH 14.02.1995 = DHZ 1995, 380; OLG Stuttgart 08.07.2003 = Hebammenforum 2004, 580.

verstehen sind, ist eine solche entgeltliche Beförderung in dem in der Fragestellung geschilderten Fall schon deshalb nicht zu sehen, da es sich nicht um eine geschäftsmäßige Beförderung handelt.

Für die Frage, wie es mit der Absicherung der Familienhebamme/FGKiKP aussieht, wenn beförderte Familienangehörige zu Schaden kommen, wurden mehrere Kfz-Haftpflichtversicherer kontaktiert.

Nach übereinstimmender Auskunft der Versicherer besteht eine Versicherung für Personenschäden an den transportierten Familienangehörigen, wenn der Unfall durch eine Familienhebamme/FGKiKP herbeigeführt wurde, bereits über die normale Kfz-Haftpflichtversicherung; diese Haftung ergibt sich aus § 2 Kfz-Pflichtversicherungsverordnung. (Bei grober Fahrlässigkeit, z.B. Trunkenheit, ist der Versicherungsschutz allerdings meist stark eingeschränkt.)

Des gesonderten Abschlusses einer Kfz-Unfallversicherung bedarf es nach übereinstimmender Auskunft der Versicherungsgesellschaften nicht.

Von einem Kfz-Haftpflichtversicherer wurde empfohlen, die Nutzung des Fahrzeugs zur gelegentlichen Beförderung von Familienangehörigen der von den Familienhebammen/FGKiKP betreuten Familien dem Kfz-Haftpflichtversicherer mitzuteilen, da sich dieses gesteigerte Risiko gegebenenfalls auf den Beitrag auswirken kann. Hier muss sich jede Familienhebamme/FGKiKP am besten mit ihrer eigenen Kfz-Haftpflichtversicherung ins Benehmen setzen.

Eine Haftung nach § 7 StVG ist ausgeschlossen, und damit besteht auch kein Leistungsanspruch aus der Kfz-Haftpflichtversicherung, wenn der Unfall durch höhere Gewalt verursacht wurde. Unter höherer Gewalt ist ein betriebsfremdes, von außen durch elementare Naturkräfte oder durch Handlungen dritter Personen herbeigeführtes Ereignis zu verstehen, das nach menschlicher Einsicht und Erfahrung unvorhersehbar war, mit wirtschaftlich erträglichen Mitteln auch durch äußerste nach der Sachlage vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt nicht verhütet oder unschädlich gemacht werden konnte und auch nicht wegen seiner Häufigkeit in Kauf zu nehmen ist.<sup>33</sup> Will man auch für diese eher selten anzutref-

fenden Fälle Versicherungsschutz für die Insassen erreichen, ist der Abschluss einer Insassen-Unfallversicherung anzuraten.

Benutzt die Familienhebamme/FGKiKP ihr Privatfahrzeug im Auftrag des Dienstgebers für Dienstfahrten, dann hat der Arbeitgeber für weiteren Versicherungsschutz durch den Abschluss einer Dienstreise-Haftpflichtversicherung zu sorgen. Diese tritt in der Regel dann ein, wenn die Deckungssummen der Kfz-Haftpflichtversicherung des Privatfahrzeugs ausgeschöpft sind. Es stellt sich allerdings die Frage, wer die finanziellen Nachteile durch eine etwaige Rückstufung der privaten Kfz-Haftpflichtversicherung zu tragen hat.

Anzuraten ist in jedem Fall vor der Mitnahme im Rahmen Früher Hilfen betreuter Personen im eigenen Fahrzeug, diese Fragen mit der eigenen Kfz-Haftpflichtversicherung zu klären. Von der Berufshaftpflichtversicherung sind Schäden, die bei der Mitnahme im Auto entstehen, jedenfalls nicht erfasst.

Fährt die Familienhebamme/FGKiKP in einem Dienstfahrzeug des Dienstherrn, dann ist dieses, solange der Arbeitgeber vom Verwendungszweck und der Fahrt weiß, über den Arbeitgeber bzw. die Haftpflichtversicherung des Dienstwagens haftpflichtversichert. Insofern bestehen versicherungsrechtlich für die Haftpflicht des Versicherers keine Besonderheiten.

**Frage 12: Auf welche Absicherungen kann eine Familienhebamme/FGKiKP zurückgreifen, wenn sie während ihrer Tätigkeit zu Schaden kommt (z.B. durch gewaltsamen Übergriff durch Familienangehörige)?**

- a) Ansprüche aus Unfallversicherung?
  - b) Ansprüche aus Krankenversicherung?
  - c) Zivilrechtliche Schadensersatzansprüche?
- a) Freiberuflich tätige Familienhebammen/FGKiKP sind bei der Berufsgenossenschaft für Gesundheitsdienst und Wohlfahrtspflege pflichtversichert.<sup>34</sup> Erleiden sie also einen Schaden in Ausübung ihrer freiberuflichen Tätigkeit oder bei der Fahrt zur bzw. von der dienstlichen Tätigkeit, dann haben sie Ansprüche aus der gesetzlichen Unfallversicherung.

<sup>33</sup> BGHZ 7, 338, 339.

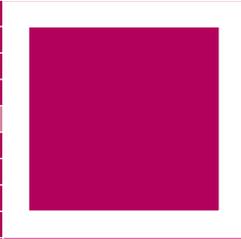
<sup>34</sup> Vgl. Teil 2, Arbeits-, sozialversicherungs-, umsatzsteuerrechtliche Fragen, Kap. B.1.6.

Für angestellte Familienhebammen/FGKiKP ergibt sich die Versicherungspflicht und der Versicherungsschutz bereits aus § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII.

- b) Da freiberufliche Familienhebammen/FGKiKP nicht krankenversicherungspflichtig sind,<sup>35</sup> ergibt sich der Umfang des Versicherungsschutzes bei ihnen aus dem privaten Versicherungsvertrag. In der Regel wird in solchen Fällen ein Versicherungsschutz gegeben sein. Möglicherweise sind die freiberuflich tätigen Familienhebammen/FGKiKP aber auch noch freiwillig weiter versichert in einer gesetzlichen Krankenkasse, wenn sie früher einmal in dieser pflichtversichert waren. In diesen Fällen bestehen Ansprüche gegen die Krankenversicherung.<sup>36</sup>
- c) Ungeachtet all dieser Ansprüche bestehen auch zivilrechtliche Ansprüche gegen den Schädiger. Soweit diese durch die Unfallversicherung oder durch die Krankenversicherung abgedeckt sind, gehen die Ansprüche gegen den Schädiger auf die Versicherungsträger über. Darüber hinaus besteht in aller Regel die Möglichkeit, eigene immaterielle Schäden (Schmerzensgeld) gegen den Schädiger geltend zu machen, da diese immateriellen Schäden durch die Unfallversicherung bzw. Krankenversicherung nicht abgedeckt sind.

<sup>35</sup> Vgl. Teil 2, Arbeits-, sozialversicherungs-, umsatzsteuerrechtliche Fragen, Kap. B.I.3.

<sup>36</sup> Vgl. Teil 2, Arbeits-, sozialversicherungs-, umsatzsteuerrechtliche Fragen, Kap. B.I.3.



## LITERATURVERZEICHNIS

**A**

**Arbeitsgemeinschaft der Obersten Landesjugendbehörden (AGOLJB)** (2005): Kinder und Gesundheit – Gesundheitsförderung als gesamtgesellschaftliche Aufgabe, Bericht zum Beschluss der Jugendministerkonferenz, 12./13. Mai 2005

**Arbeitsgemeinschaft für Kinder- und Jugendhilfe (AGJ)** (2008): Gesundes Aufwachsen von Kindern und Jugendlichen – Kooperation von Gesundheitswesen und Kinder- und Jugendhilfe, Gemeinsame Handlungsempfehlungen Arbeitsgemeinschaft für Kinder- und Jugendhilfe – AGJ und Berufsverband der Kinder- und Jugendärzte, 2. Aufl.

**Arbeitsgemeinschaft für Kinder- und Jugendhilfe (AGJ)** (2008): Kinder- und Jugendhilferecht von A-Z, C.H.Beck, München

**B**

**Bayerisches Staatsministerium für Arbeit und Sozialordnung** (2004): Empfehlungen über die Aufbewahrung von Akten der Jugendämter, AMS VI 5/7273/1/03 vom 26.07.2004 ([www.blja.bayern.de/service/bibliothek/ministerielle-bekanntmachungen/aktenaufbewahrung.php](http://www.blja.bayern.de/service/bibliothek/ministerielle-bekanntmachungen/aktenaufbewahrung.php)) (letzter Aufruf: 06.05.2015)

**Becker, U./Kingreen, T.** (Hrsg) (2012): Sozialgesetzbuch SGB V Gesetzliche Krankenversicherung, 3. Aufl., C. H. Beck, München

**Brandenburg, S.** (Bandhrsg): juris PraxisKommentar SGB VII – Gesetzliche Unfallversicherung, juris, Saarbrücken

**Büscher, A./Horn, A.** (2000): Bestandsaufnahme zur Situation in der ambulanten Pflege. Ergebnisse einer Expertenbefragung, Institut für Pflegewissenschaften Uni Bielefeld, abrufbar unter [www.uni-bielefeld.de/gesundhw/ag6/downloads/ipw-145.pdf](http://www.uni-bielefeld.de/gesundhw/ag6/downloads/ipw-145.pdf) (letzter Aufruf: 06.05.2015)

**Bundesregierung** (2001): Gutachten des Sachverständigenrates für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen (Bedarfsgerechtigkeit und Wirtschaftlichkeit) vom 21.03.2001, BT-Drucks: 14/5660

**Bunjes, J.** (2012): Umsatzsteuergesetz, 11. Aufl., C. H. Beck, München

**D**

**Diefenbacher, M.** (2004): Praxisratgeber Recht für Hebammen, Hippokrates Verlag, Stuttgart

**Deutsches Jugendinstitut (DJI)** (2008): Online-Handbuch Sozialpädagogische Familienhilfe ([www.bmfsfj.de/doku/Publikationen/spfh/root.html](http://www.bmfsfj.de/doku/Publikationen/spfh/root.html)) (letzter Aufruf: 06.05.2015)

**Dreizehnter Kinder- und Jugendbericht** (2008): Bericht über die Lebenssituation junger Menschen und die Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe in Deutschland, BT-Drucks. 16/12860

**E**

**Elfter Kinder- und Jugendbericht** (2001): Bericht über die Lebenssituation junger Menschen und die Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe in Deutschland, BT-Drucks. 14/8181

**Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht** (2014): 14. Aufl., C. H. Beck, München

**F**

**Fieseler, G./Schleicher, H./Busch, M./Wabnitz, R. J.** (Loseblatt): Gemeinschaftskommentar zum SGB VIII, GK-SGB VIII, Luchterhand, Köln

**Freie und Hansestadt Hamburg** (2009): Schreiben an das Bundesministerium für Gesundheit zur Flexibilisierung der Abrechnungsmöglichkeiten bei Hebammen (im Anschluss an die 82. Gesundheitsministerkonferenz)

**G**

**Geist, C./Harder, U./Stiefel, A.** (Hrsg) (1998): Hebammenkunde Lehrbuch für Schwangerschaft, Geburt, Wochenbett und Beruf, 2. Aufl., Hippokrates Verlag, Stuttgart

**GKV Spitzenverband** (2010): Handlungsfelder und Kriterien des GKV-Spitzenverbands zur Umsetzung von §§ 20 und 20a SGB V vom 21.06.2000 in der Fassung vom 27.08.2010, abzurufen unter: [www.gkv-spitzenverband.de/media/dokumente/presse/publikationen/GKV\\_Leitfaden\\_Praevention\\_RZ\\_web4\\_2011\\_15702.pdf](http://www.gkv-spitzenverband.de/media/dokumente/presse/publikationen/GKV_Leitfaden_Praevention_RZ_web4_2011_15702.pdf) (letzter Aufruf: 06.05.2015)

**GKV Spitzenverband** (2011): Eckpunktepapier vom 04.05.2011, Hebammen- und geburtshilfliche Versorgung sichern, Eckpunkte für das Versorgungsgesetz, abzurufen unter: [www.gkv-spitzenverband.de/media/dokumente/presse/presse\\_themen/hebammen\\_1/2011-01-19\\_GKV-SV\\_Eckpunkte\\_Hebammen\\_fuer\\_Vesorgungsgesetz.pdf](http://www.gkv-spitzenverband.de/media/dokumente/presse/presse_themen/hebammen_1/2011-01-19_GKV-SV_Eckpunkte_Hebammen_fuer_Vesorgungsgesetz.pdf) (letzter Aufruf: 06.05.2015)

## H

**Hänlein, A./Kruse, J.** (Hrsg) (2009): Sozialgesetzbuch SGB V Gesetzliche Krankenversicherung, Lehr- und Praxiskommentar, 3. Aufl., Nomos, Baden-Baden

**Hauck, K./Noftz, W.** (Hrsg) (Loseblatt): Sozialgesetzbuch SGB V Gesetzliche Krankenversicherung, Erich Schmidt Verlag, Berlin

**Hauck, K./Noftz, W.** (Hrsg.) (Loseblatt): SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe, Erich Schmidt Verlag, Berlin

**Henssler, M./Willemsen, H. J./Kalb, H.-J.** (Hrsg) (2012): Arbeitsrecht, 5. Aufl., Dr. Otto Schmidt Verlag, Köln

**Horschitz, H.** (1994): Zur Zusammenarbeit Arzt/Hebamme, DHZ S. 71

## I

**IGES Institut GmbH** (2012): Versorgungs- und Vergütungssituation in der außerklinischen Hebammenhilfe, Ergebnisbericht für das Bundesministerium für Gesundheit, abzurufen unter: [www.iges.com/presse/2012/hebammenhilfe/e6708/infoboxContent6710/IGES\\_Institut\\_Gutachten\\_zur\\_Versorgungs\\_und\\_Verguetungssituation\\_in\\_der\\_aeuerklinischen\\_Hebammenhilfe\\_2012\\_ger.pdf](http://www.iges.com/presse/2012/hebammenhilfe/e6708/infoboxContent6710/IGES_Institut_Gutachten_zur_Versorgungs_und_Verguetungssituation_in_der_aeuerklinischen_Hebammenhilfe_2012_ger.pdf) (letzter Aufruf: 06.05.2015)

## J

**Jans, K.W./Happe, G./Saubier, H./Maas, U.** (Loseblatt): Kinder- und Jugendhilferecht – mit Sozialgesetzbuch Allg. Teil (SGB I) sowie Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz (SGB X), Kohlhammer, Stuttgart

**Jugendministerkonferenz (JFMK)** (2005): Kinder und Gesundheit, Gesundheitsförderung als gesamtgesellschaftliche Aufgabe – Mitverantwortung der Kinder- und Jugendhilfe, Beschluss vom 12./13. Mai 2005, Forum Jugendhilfe 3, S. 32-33

## K

**Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht** (Loseblatt): C. H. Beck, München

**Klie, T./Krahmer, U./Plantholz, M.** (Hrsg) (2014): Sozialgesetzbuch XI – Soziale Pflegeversicherung, Lehr- und Praxiskommentar, 4. Aufl., Nomos, Baden-Baden

**Kunkel, P.-C.** (Hrsg) (2011): Sozialgesetzbuch VIII – Kinder- und Jugendhilfe, Lehr- und Praxiskommentar, 4. Aufl., Nomos, Baden-Baden

## L

**Landesministerium für Arbeit und Sozialordnung, Familie, Frauen und Senioren Baden-Württemberg** (2011): Stellungnahme zur Rolle der Familienhebammen vom 14. Juli 2011, Landtag von Baden-Württemberg, Drucksache 15/269

**Laufs, A./Kern, B.-R.** (2010): Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl., C. H. Beck, München

## M

**Mändle, C./Opitz-Kreuter, S./Wehling, A.** (2003): Das Hebammenbuch Lehrbuch der praktischen Geburtshilfe, 4. Aufl., Schattauer Verlag, Stuttgart, New York

**Meyer-Goßner, L.** (Hrsg) (2011): Strafprozessordnung, 54. Aufl., C. H. Beck, München

**Meysen, T.** (2012): Bundeskinderschutzgesetz: gesetzliche Programmatik im Baukastensystem, FamRZ, S. 405-416

**Meysen, T./Eschelbach, D.** (2012): Das neue Bundeskinderschutzgesetz, Nomos Verlag, Baden-Baden

**Meysen, T./Schönecker, L.** (2008): »Familienhebamme«: Angebot ohne gesicherte gesetzliche Heimat, FamRZ, S. 1498-1503

**Meysen, T./Schönecker, L./Kindler, H.** (2008): Frühe Hilfen im Kinderschutz – Rechtliche Rahmenbedingungen und Risikodiagnostik in der Kooperation von Gesundheits- und Jugendhilfe, Juventa, Weinheim

**Moll, W.** (2012): Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 3. Aufl., C. H. Beck, München

**Mrozynski, P.** (2010): Sozialgesetzbuch SGB I Allgemeiner Teil, Kommentar, 4. Aufl., C. H. Beck, München

**Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch** (2012): 6. Aufl., C. H. Beck, München

**Münder, J.** (2007): Kinder- und Jugendhilferecht, 6. Aufl., Luchterhand, Köln

**Münder, J./Wiesner, R./Meysen, T.** (Hrsg) (2011): Kinder- und Jugendhilferecht Handbuch, 2. Aufl., Nomos, Baden-Baden

## N

**Nationales Zentrum Frühe Hilfen** (NZFH)/Deutsches Institut für Jugendhilfe und Familienrecht (DIJuF) (2013): Datenschutz bei Frühen Hilfen – Praxiswissen Kompakt, 5. Aufl. (auch als Download unter [www.fruehehilfen.de/fileadmin/user\\_upload/fruehehilfen.de/downloads/Datenschutzbrochure\\_2013.pdf](http://www.fruehehilfen.de/fileadmin/user_upload/fruehehilfen.de/downloads/Datenschutzbrochure_2013.pdf) (letzter Aufruf: 06.05.2015))

**Nationales Zentrum Frühe Hilfen** (NZFH) (Hrsg) (2012): Der Einsatz von Familienhebammen in Netzwerken Früher Hilfen. Leitfaden für Kommunen, Reihe: Bundesinitiative Frühe Hilfen

**Nationales Zentrum Frühe Hilfen** (NZFH) (2013): Kompetenzprofil Familienhebammen

**Nationales Zentrum Frühe Hilfen** (NZFH) (2014): Kompetenzprofil Familien-Gesundheits- und Kinderkrankenpflegerinnen und -pfleger in den Frühen Hilfen

## P

**Palandt** (2014): Bürgerliches Gesetzbuch, 73. Aufl., C. H. Beck, München

**Pielow, J.-C.** (Hrsg): Beck'scher Online-Kommentar Gewerberecht, C. H. Beck, München

**Prütting, H./Wegen, G./Weinreich, G.** (Hrsg) (2012), BGB, 7. Aufl., Luchterhand, Köln

## R

**Radtke, H./Hohmann, O.** (Hrsg) (2011): Strafprozessordnung, Verlag Franz Vahlen, München

**Richardi, R.** (2012): Betriebsverfassungsgesetz, 13. Aufl., C. H. Beck, München

**Rixen, S.** (2012): Zwischen den Stühlen: Die Inpflichtnahme von »Berufsheimgeheimnistägern« durch das Bundeskinderschutzgesetz (BKSchG), Sozialrecht aktuell, S. 221-231

**Rolfs, C./Giesen, R./Kreikebohm, R./Udsching, P.** (Hrsg): Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, C. H. Beck, München

## S

**Schaub, G.** (2013): Arbeitsrechts-Handbuch, 5. Aufl., C. H. Beck, München

**Schellhorn, W./Fischer, L./Mann, H./Schellhorn, H./Kern, C.** (2012): SGB VIII – Kinder- und Jugendhilfe, 4. Aufl., Luchterhand, Köln

**Schlegel, R./Voelzke, T.** (Hrsg): juris PraxisKommentar, juris, Saarbrücken

**Schlegel, R.** (Bandhrsg): juris PraxisKommentar SGB IV-Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung, juris, Saarbrücken

**Skipka, C./Winkler, J.** (Bandhrsg): juris PraxisKommentar SGB VI – Gesetzliche Rentenversicherung, juris, Saarbrücken

**Schliemann, H.** (1997), Flucht aus dem Arbeitsverhältnis – falsche oder echte Selbstständigkeit? RdA, 322-326

**Schmid, H.** (2004): Die Hilfeplanung nach § 36 SGB VIII, Eigenverlag des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge, Berlin

**Schmidt-Aßmann, E.** (Hrsg) (2003): Besonderes Verwaltungsrecht, 12. Aufl., De Gruyter Recht, Berlin

**Schnepf, W./Eberl, I.** (2008): Eine Untersuchung über die Machbarkeit der Familiengesundheitspflege in Deutschland im Auftrag des Deutschen Berufsverbandes für Pflegeberufe DBfK e.V., Abschlussbericht der Uni Witten-Herdecke, abrufbar unter [www.familiengesundheitspflege.de/files/assets/FHN%20Abschlussbericht%20Uni%20Witten%202008-08-21.pdf](http://www.familiengesundheitspflege.de/files/assets/FHN%20Abschlussbericht%20Uni%20Witten%202008-08-21.pdf) (letzter Aufruf: 06.05.2015)

**Schoch, F.** (1997): Verfassungsrechtlicher Schutz der kommunalen Finanzautonomie – Darstellung am Beispiel saarländischer Kommunen, Schriften zum deutschen und europäischen Kommunalrecht, Bd. 5, Boorberg, Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden

- Schölkopf, M.** (2010): Das Gesundheitswesen im internationalen Vergleich, Medizinisch Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Berlin
- Schönecker, L.** (2009): Datenschutz als Schutz der Vertrauensbeziehung bei Frühen Hilfen – Einwilligung und Transparenz als Königsweg, Hebammenforum, S. 542-549
- Schönecker, L.** (2009): Datenschutz als Schutz der Vertrauensbeziehung bei Frühen Hilfen – Perspektiven aus Gesundheits- und Jugendhilfe, JAMt, S. 337-342
- Schrader, C. F.** (2006): Gesellschaft im Wandel – Gesundheitsberufe im Wandel, Dokumentation der nationalen Fachveranstaltung zum Weltgesundheitstag 2006, Bundesvereinigung für Gesundheit, Bonn, abrufbar unter [www.bvpraevention.de/bvpg/images/publikationen/wgt06-konferenzdoku.pdf](http://www.bvpraevention.de/bvpg/images/publikationen/wgt06-konferenzdoku.pdf) (letzter Aufruf: 06.05.2015)
- Sölch, O./Ringleb, K.** (Loseblatt): Umsatzsteuer, C. H. Beck, München
- Staschek, B.** (2006): Expertise Familienhebammen ([www.staschek.com/images/StaschekFamilienhebammen.pdf](http://www.staschek.com/images/StaschekFamilienhebammen.pdf)) (letzter Aufruf: 06.05.2015)
- Staschek, B.** (2011): Anhörung im Bundestag zum Regierungsentwurf eines Bundeskinderschutzgesetzes, BT-Drucks. 17(13)116g
- Weymüller, R.** (Hrsg): Beck'scher Online-Kommentar Umsatzsteuergesetz, C. H. Beck, München
- Wiesner, R.** (2011): SGB VIII – Kinder- und Jugendhilferecht, 4. Aufl., C.H.Beck, München; einschließlich Online-Nachtragskommentierung infolge des BKiSchG, zu finden unter <http://rsw.beck.de/cms/?toc=WiesnerSGB.20&docid=330469> (letzter Aufruf: 06.05.2015)
- Windorfer, A.** (2012): Einsatz von Familienhebammen, Stiftung Eine Chance für Kinder, Vortrag bei der Auftaktveranstaltung »Frühe Hilfen in Niedersachsen – Aktivitäten und Perspektiven«, abrufbar unter: [www.isa-muenster.de/cms/upload/pdf/tagungsdokumentation/Fruehe-Hilfen\\_Niedersachsen/1\\_Einsatz-Familienhebammen.pdf](http://www.isa-muenster.de/cms/upload/pdf/tagungsdokumentation/Fruehe-Hilfen_Niedersachsen/1_Einsatz-Familienhebammen.pdf) (letzter Aufruf: 06.05.2015)
- WHO-Ministerkonferenz Pflege- und Hebammenwesen in Europa** (2000): Erklärung von München – Pflegende und Hebammen – ein Plus für die Gesundheit, abrufbar unter [www.euro.who.int/\\_\\_data/assets/pdf\\_file/0008/53855/E93016G.pdf?ua=1](http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0008/53855/E93016G.pdf?ua=1) (letzter Aufruf: 06.05.2015)

## U

- Ulsenheimer, K.** (2008): Arztstrafrecht in der Praxis, 4. Aufl., C. F. Müller, Heidelberg, München, Landsberg, Berlin

## W

- Wagener, P.** (2008): Prävention familiärer Krisen durch Einsatz einer Familienhebamme?, FamRZ, S. 457-464
- Waltermann, R.** (2009): Sozialrecht, Schwerpunkte Band 10/2, 8. Aufl., C. F. Müller, Heidelberg
- Weltgesundheitsorganisation (WHO)** (1986): Ottawa-Charta zur Gesundheitsförderung, [www.euro.who.int/\\_\\_data/assets/pdf\\_file/0006/129534/Ottawa\\_Charter\\_G.pdf](http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0006/129534/Ottawa_Charter_G.pdf) (letzter Aufruf: 06.05.2015)

## **IMPRESSUM**

### **Herausgeber:**

Nationales Zentrum Frühe Hilfen (NZFH)  
in der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung (BZgA)  
Leitung: Dr. med. Heidrun Thaiss  
Maarweg 149–161  
50825 Köln  
Telefon: 0221 8992-0  
[www.bzga.de](http://www.bzga.de)  
[www.fruehehilfen.de](http://www.fruehehilfen.de)

### **Autorin/Autoren:**

Prof. Dr. Harald Horschitz, Dr. Thomas Meysen,  
Prof. Dr. Torsten Schaumberg, Lydia Schönecker, David Seltmann

### **Redaktion:**

Michael Hahn

### **Konzept und Gestaltung:**

Lübbecke | Naumann | Thoben, Köln

### **Druck:**

Kunst- und Werbedruck, Bad Oeynhausen

### **Auflage:**

1.5.08.15

Alle Rechte vorbehalten.

Diese Publikation wird von der BZgA kostenlos abgegeben.

Sie ist nicht zum Weiterverkauf durch die Empfängerin oder den Empfänger an Dritte bestimmt.

### **Bestellung:**

BZgA  
50825 Köln  
Fax: 0221 8992-257  
E-Mail: [order@bzga.de](mailto:order@bzga.de)

**Bestellnummer:** 16000168

**ISBN:** 978-3-942816-65-6



Gefördert vom:



Träger:

