

## **FAQ Honorarverträge – Häufige Fragen zu Honorarvertragsverhältnissen an Musikschulen**

Die Spitzenorganisationen der Sozialversicherung haben sich aufgrund des Urteils des Bundessozialgerichts (BSG) vom 28. Juni 2022 (B 12 R 3/20 R) („Herrenberg-Urteil“) und der darin vorgenommenen Schärfung des Kriteriums der betrieblichen Eingliederung von Honorarkräften, auf eine Neuausrichtung der Praxis von SV-Prüfungen (somit auch der Statusfeststellungsverfahren) bei Honorarkräften verständigt. Diese Beurteilungsmaßstäbe sollen nach dem Willen der Spitzenorganisation der Sozialversicherung, auch in laufenden Bestandsfällen, spätestens seit dem 1. Juli 2023 Anwendung finden.

**Danach ist eine Beschäftigung von Lehrkräften an Musikschulen als Honorarkräfte i. d. R. nicht mehr möglich. Die Rechtsprechung zu Honorarkräften macht somit die Überleitung von Honorarverträgen in Anstellungsverträge für Musikschullehrkräfte dringend erforderlich.**

Der bisherige Musterhonorarvertrag des VdM wird aufgrund der neuen Rechtsprechung somit nicht mehr empfohlen und ist daher auch nicht mehr im VdM-Mitgliederbereich abrufbar.

Mit diesem FAQ-Papier zum Umgang mit Honorarverträgen und zur Überleitung von Honorarverträgen in Anstellungsverhältnisse als sozialversicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnisse (umgangssprachlich „Festanstellungen“) möchte der VdM viele Fragen seiner Mitgliedschulen zu klären helfen.

Es handelt sich hierbei um ein Arbeitspapier, das bei weiteren Fragen ergänzt wird. Wenn Sie daher weitere Fragen haben, die in diesem Papier nicht behandelt werden, senden Sie diese bitte an die VdM-Bundesgeschäftsstelle ([vdm@musikschulen.de](mailto:vdm@musikschulen.de)).

- **Hinweis:** Die hier dargestellte Problematik von Honorarkräften an Musikschulen bezieht sich zum einen auf die vertragliche Ausgestaltung des Honorarvertrags selbst und die darin festgelegten Regelungen; zum anderen aber verschärft auf die in der Praxis konkrete Ausgestaltung der Arbeitssituation. Denn wenn die „gelebte Praxis“ im Musikschulalltag nicht den Voraussetzungen für ein rechtswirksames Honorarvertragsverhältnis entspricht (d. h. es darf keine Verfahrensähnlichkeit mit den angestellten Lehrkräften geben, es dürfen keine maßgebenden Indikatoren für Eingliederung in den Organisationskontext gegeben sein und die Honorarkraft muss in unternehmerischer Freiheit handeln), wird das Honorarvertragsverhältnis bei einer sozialversicherungsrechtlichen Prüfung nicht als rechtswirksam anerkannt werden (s. dazu Punkt IV).

## I) Grundsätzliche Fragestellungen

### 1) Unsere Musikschule beschäftigt Honorarkräfte. Können diese unter denselben Voraussetzungen wie bisher an unserer Musikschule weiterarbeiten? Können wir noch weiter Honorarkräfte rechtssicher an unserer Musikschule unterrichten lassen?

- ➔ Nein, Honorarkräfte können mit Blick auf die Indikatoren der Eingliederung in die betrieblich-organisatorische Praxis nicht mehr rechtssicher nach den bisherigen Vertragsregelungen an Musikschulen unter Vertrag genommen werden. Nach den Kriterien des Bundessozialgerichts (BSG) in seiner Entscheidung vom 28. Juni 2022 (B 12 R 3/20, s. u.) ist ein Honorarvertrag nicht mehr möglich ohne einen Verlust des Kernverständnisses von Musikschule. Die Musikschule würde dann nach außen hin als Agentur erscheinen.
- Nicht mehr möglich sind danach u. a. die **Verpflichtung** zur Vorbereitung und Durchführung von **Schülervorspielen** (auch gegen Vergütung), zur Teilnahme an Konferenzen (auch gegen Vergütung), zur Einbeziehung in **Veranstaltungen** (auch gegen Vergütung) ebenso wenig wie die **Verpflichtung**, die Rahmenlehrpläne des VdM als Grundlage für den Unterricht zu verwenden.

### 2) Sind geänderte Honorarverträge rechtssicher und im Unterrichtskontext praktikabel handhabbar?

- a) Nach der Rechtsprechung und der Auffassung der Spitzenorganisationen der Sozialversicherung dürfen Honorarlehrkräfte nicht in die Musikschule eingegliedert sein, und es muss sich um eine in unternehmerischer Freiheit ausgeübte Tätigkeit handeln. Eine Eingliederung besteht u. a. bei folgenden Indikatoren für die Erbringung der Arbeitsleistung:
- Pflicht zur persönlichen Arbeitsleistung,
  - Festlegung bestimmter Unterrichtszeiten und Unterrichtsräume (einzelnvertraglich oder durch Stundenpläne) durch die Schule/Bildungseinrichtung,
  - kein eigener Einfluss, sondern Einfluss der Musikschule auf die zeitliche Gestaltung der Lehrtätigkeit,
  - Meldepflicht für Unterrichtsausfall aufgrund eigener Erkrankung oder sonstiger Verhinderung,
  - Ausfallhonorar für unverschuldeten Unterrichtsausfall,
  - Verpflichtung zur Vorbereitung und Durchführung gesonderter Schülerveranstaltungen (daran ändert auch eine hierfür vereinbarte gesonderte Vergütung nichts),
  - Verpflichtung zur Teilnahme an Lehrkräfte- und Fachbereichskonferenzen oder ähnlichen Dienst- oder Fachveranstaltungen der Schuleinrichtung (daran ändert auch eine hierfür vereinbarte gesonderte Vergütung nichts),
  - Verpflichtung zur Anwendung von Lehrplänen der Musikschule / des VdM.

- Ein weiterer, nicht im „Herrenberg-Urteil“ genannter Indikator ist die Aufsichtspflicht der Lehrkräfte für die vertraglich anvertrauten und zudem größtenteils minderjährigen Schülerinnen und Schüler. Die Einbindung in Kooperationen wird darüber hinaus ein weiteres Kriterium für die Eingliederung in einen Organisationszusammenhang darstellen.

Alle diese Indikatoren dürfen nicht gegeben sein, damit ein Honorarvertrag rechtssicher ist.

➔ **Hinweis:**

Die einzelnen Indikatoren unterliegen keinen Messgrößen, die zusammengezählt werden können, sondern sie unterliegen einer **Gesamtgewichtung in der individuellen Bewertung des konkreten Einzelfalls durch die Sozialversicherungsträger**. Ein Maßstab für die Abgrenzung von Angestellten und Selbständigen nach dem „Herrenberg Urteil“ ist unabhängig von der Weisungsbindung die **funktionsgerecht dienende Teilhabe der Lehrkraft am Organisationsprozess der Musikschule**, die bei Selbständigen nicht gegeben sein darf.

- b) Sofern vertraglich inhaltliche Weisungsfreiheit besteht, gilt die Tätigkeit insgesamt dennoch nicht als eine in unternehmerischer Freiheit ausgeübte Tätigkeit, wenn insbesondere
- keine eigene betriebliche Organisation besteht und eingesetzt wird,
  - kein Unternehmerrisiko besteht,
  - keine unternehmerischen Chancen bestehen, weil zum Beispiel die gesamte Organisation des Schulbetriebs in den Händen der Schuleinrichtung liegt und keine eigenen Schüler akquiriert und auf eigene Rechnung unterrichtet werden,
  - Lehrtätigkeit nicht durch Dritte erbracht werden kann.

### **3) Ab wann gelten die strengeren Vorgaben für geänderte Statusfeststellungen zur Abgrenzung von Arbeitnehmertätigkeit und honorarbasierter Tätigkeit?**

Diese Beurteilungsmaßstäbe sollen nach dem Willen der Spitzenorganisationen der Sozialversicherung, auch in laufenden Bestandsfällen, spätestens für die Zeit **ab 1. Juli 2023** Anwendung finden. Somit besteht bei einer Statusfeststellung das Risiko der Nachzahlung von SV-Beiträgen spätestens für die Zeit ab dem 1. Juli 2023 (und zwar des Arbeitgeber- und des Arbeitnehmeranteils). Es ist nach derzeitigem Erkenntnisstand davon auszugehen, dass die Prüfmaßstäbe ab dem Stichtag 1. Juli 2023 Anwendung finden.

**4) Ist eine Rückforderung von Sozialversicherungsbeiträgen (= Nachzahlungspflicht) im Falle einer nach den oben genannten Indikatoren festgestellten Scheinselbstständigkeit von Honorarkräften möglich?**

Ja. Grundsätzlich besteht eine Rückforderungsmöglichkeit von Sozialversicherungsbeiträgen, und zwar für Arbeitgeber- und Arbeitnehmeranteil, die dann beide vom Musikschulträger zu entrichten sind. **Wie lange diese zurückwirkt – 4 Jahre oder nur ab dem 1. Juli 2023 –, hängt u. a. von dem noch anhängigen Revisionsverfahren vor dem BSG zur Frage der Wirksamkeit von Vertrauensschutz ab.** Ansonsten ist auf jeden Fall eine Rückwirkung von vier Jahren gegeben.

Das Landessozialgericht Niedersachsen-Bremen hat sich in einem Urteil vom 20. Dezember 2022 - L 2 BA 47/20 - mit dieser Frage befasst und entschieden, dass das Vertrauen in die bisherige langjährige höchstrichterliche Rechtsprechung zur sozialrechtlichen Statusbeurteilung bei Lehrkräften schutzwürdig und die vom Bundessozialgericht mit Urteil vom 28. Juni 2022 - B 12 R 3/20 R – („Herrenberg-Urteil“) intendierte Neuausrichtung für zurückliegende Zeiträume noch nicht zu berücksichtigen ist. Wegen grundsätzlicher Bedeutung der Sache wurde jedoch die Revision zum Bundessozialgericht zugelassen. Dort ist das Revisionsverfahren zum Aktenzeichen B 12 BA 3/23 R anhängig.

➔ **Rat des VdM: Schießen Sie Arbeitsverträge zum nächstmöglichen Zeitpunkt. Rückforderungen rückwirkend zum 1. Juli 2023 sind dann zwar möglich, das Risiko wird dadurch insbesondere für vorausgehende Zeiträume jedoch minimiert.**

**5) Wer haftet im Falle einer berechtigten Rückforderung von Sozialversicherungsbeiträgen z. B. bei einer e. V.-Musikschule?**

- a) Für die Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen haftet der Arbeitgeber, und zwar für Arbeitgeber- und Arbeitnehmeranteil. Im Falle der Rückforderung von Sozialversicherungsbeiträgen haftet bei einer e. V.-Musikschule der Vorstand und ggf. ein besonderer Vertreter gem. § 30 BGB.

Nach § 31 a Abs. 1 Satz 1 BGB haftet ein Organmitglied dem Verein für einen in Wahrnehmung seiner Organpflichten verursachten Schaden aber **nur bei Vorliegen von Vorsatz und grober Fahrlässigkeit**. Das Organmitglied darf dafür nur unentgeltlich tätig sein oder für seine Tätigkeit eine Vergütung erhalten, die 720 Euro pro Jahr nicht übersteigt.

Die Vorschrift erfasst den gesamten Bereich der Innenhaftung, einschließlich von Regressansprüchen, deliktischen und insolvenzrechtlichen Ansprüchen des Vereins. Voraussetzung ist lediglich, dass das **Organmitglied „in Wahrnehmung seiner Pflichten“, also seiner typischen Geschäftsführungsfunktion gehandelt** hat.

➔ **Um eine Haftung aufgrund von Vorsatz und grober Fahrlässigkeit auszuschließen, ist es erforderlich (mit Wirkung ab dem 1. Juli 2023) ein Statusfeststellungsverfahren einzuleiten, um das Haftungsrisiko nicht zu vergrößern.**

b) Hat die Musikschulleitung auf ausdrückliche Weisung des Trägers einen Honorarvertrag geschlossen, der sich als rechtswidrig erweist, haftet die Musikschulleitung vom Grundsatz her nicht. Das BAG hat aber entschieden, dass eine offensichtlich rechtswidrige Weisung nicht befolgt werden muss.

c) Strafbarkeit: Der **Straftatbestand des § 266a StGB** bei Nichtabführen von Sozialversicherungsbeiträgen eines Arbeitnehmers ist eine Vorsatztat. Der Vorstand kann sich also **bei vorsätzlicher, schuldhafter Nichtabführung von Arbeitnehmerbeiträgen** strafbar machen.

In einem Urteil des Bundesgerichtshofs (vom 8. März 2023 – 1 StR 188/22) entschied der BGH, ob und wann „freie Mitarbeiter“ eines Rechtsanwalts nach § 266 a StGB Arbeitnehmer sind und der Arbeitgeber, der keine Beiträge abführt, zu bestrafen ist. Die angeblich freien Mitarbeiter mussten in diesem konkreten Fall ihre ganze Arbeitskraft der Anwaltskanzlei zur Verfügung stellen und erhielten ein festes Gehalt. Eine eigene selbständige Tätigkeit war deshalb nicht mehr möglich. Bei einer entsprechenden Konstellation könnte auch eine Strafbarkeit nach § 370 AO (Steuerhinterziehung wegen vorsätzlich falscher Angaben) in Betracht kommen.

Soweit Honorarkräfte nicht ihre ganze Arbeitskraft zur Verfügung stellen müssen und kein festes Gehalt erhalten, kann diese Entscheidung aber nicht einfach übertragen werden. Darüber hinaus ist der **Vorsatz für das Tatbestandsmerkmal der Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen nur im Falle der positiven Kenntnis von einer sozialversicherungspflichtigen Tätigkeit verwirklicht**.

d) Grundsätzlich können **Säumniszuschläge nach § 24 Abs. 2 SGB IV bei Kenntnis der Beitragszahlungspflicht** festgesetzt werden. Dies setzt jedoch **wenigstens bedingten Vorsatz** voraus (s. u. unter Punkt 7). Es besteht die begründete Besorgnis, dass eine Kenntnis von der Beitragszahlungspflicht seit Veröffentlichung des „Herrenberg-Urteils“ vom 28. Juni 2022 (B 12 R 3/20) angenommen werden kann. Damit kommt dem Stichtag des 1. Juli 2023 noch einmal besondere Bedeutung zu, da spätestens ab diesem Zeitpunkt von der Kenntnis des Urteils im Feld der betreffenden Einrichtungen ausgegangen wird.

Kenntnis von der Zahlungspflicht liegt bei einem nach § 28e SGB IV zahlungspflichtigen Arbeitgeber vor, wenn er die seine Beitragsschuld begründenden Tatsachen kennt, weil er zumindest als Parallelwertung in der Laiensphäre nachvollzieht, dass eine Beschäftigung vorliegt, die die Beitragspflicht nach sich zieht.

Das Wissen um die (bloße) Möglichkeit der Beitragserhebung heißt aber nicht, dass sicheres Wissen um die rechtliche und tatsächliche Verpflichtung zur Beitragszahlung vorliegt. Irrt die Musikschule über ihre Arbeitgebereigenschaft, liegt keine Kenntnis vor. Dieses Vorliegen eines Irrtums über die Arbeitgebereigenschaft kann, auch für den Fall einer sozialgerichtlichen Auseinandersetzung, ein Sozialgericht den glaubhaften Angaben des Vorstands einer Musikschule entnehmen. Bei kommunalen Musikschulen geht die Deutsche Rentenversicherung davon aus, dass kein Irrtum vorliegt, da kommunale Rechtsämter zu einer rechtskonformen Einschätzung der Urteilsfolgen kommen.

Ist die **Unkenntnis von der Beitragspflicht unverschuldet**, können keine Säumniszuschläge erhoben werden. Eine **unverschuldete Unkenntnis kann auch lediglich hinsichtlich eines Teils der Beitragsschuld – auch in zeitlicher Hinsicht** – bestehen, insbesondere für die Zeit vor dem 1. Juli 2023 bzw. vor der Bekanntgabe der Urteilsgründe des „Herrenberg-Urteils“.

Eine verschuldete Unkenntnis könnte dann vorliegen, wenn die Entscheidungsträger der Musikschule hätten wissen müssen, dass eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung vorliegt. Nachdem aber auch das BSG im „Herrenberg-Urteil“ die Wertungen in der früheren Entscheidung des BSG vom 14. März 2018 („Ahaus-Urteil“) als weiterhin zutreffend und nachvollziehbar bezeichnet hat, die eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung der Honorarkraft verneinen, müssen besondere Umstände vorliegen, um den Entscheidungsträgern tatsächlich eine verschuldete Unkenntnis vorwerfen zu können.

- e) Die allgemeine Verjährungsfrist von **Ansprüchen auf Sozialversicherungsbeiträge** beträgt **rückwirkend vier Jahre**: Der Sozialversicherungsträger muss Beitragsansprüche gegenüber dem Arbeitgeber grundsätzlich bis zum Ablauf des vierten Kalenderjahres geltend machen, das auf das Kalenderjahr folgt, in dem die Beiträge fällig geworden sind. (Da die Beiträge am drittletzten Bankarbeitstag des laufenden Entgeltabrechnungsmonats fällig werden, beginnt die Verjährungsfrist für die Beiträge von Januar bis Dezember eines Jahres immer am 1. Januar des Folgejahres und endet vier Jahre später am 31. Dezember. Bis zum 31. Dezember 2023 können also letztmalig Beitragsansprüche für das Kalenderjahr 2019 geltend gemacht werden.)
- f) **Vorsätzlich vorenthaltene Beiträge verjähren allerdings erst 30 Jahre** nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem sie fällig geworden sind. Nach der Rechtsprechung genügt hierfür, dass der Zahlungspflichtige die Beiträge mit **bedingtem Vorsatz** vorenthalten hat. Dies ist der Fall, wenn er seine Beitragspflicht nur für möglich gehalten und die Nichtabführung der Beiträge billigend in Kauf genommen hat. (Hinweis: Der Tatbestand des Vorsatzes ist insbesondere bei aufgedeckten Fällen illegaler Beschäftigung erfüllt.)

## 6) Wie lässt sich die Haftung von ehrenamtlichen Vorständen bei e. V.-Musikschulen begrenzen?

- a) Der Vorstand eines Vereins haftet persönlich und unter Umständen mit dem Privatvermögen. Wichtig für Vereinsvorstände ist daher eine **D&O-Versicherung** (Directors-and-Officers-Versicherung, auch Organ- oder Manager-Haftpflichtversicherung genannt), wodurch der Vereinsvorstand bei Fehlern in der Vorstandsarbeit vor der Haftung mit dem Privatvermögen geschützt ist. Diese Versicherung bietet aber keinen Schutz für zurückliegende Tatbestände. Die D&O-Versicherung greift bei fahrlässigen Pflichtverletzungen auf Seiten der Organisation.

- b) Wichtig ist ebenfalls eine **Vermögensschadenhaftpflichtversicherung**, die bei schuldhaften Pflichtverletzungen gegenüber Dritten aufgrund organisatorischer Fehler greift.
- c) Darüber hinaus sind auch weitere Versicherungen sinnvoll, durch die eine notwendige Absicherung für Verein und Vorstand erreicht wird, wie eine Vereinshaftpflicht- und eine Veranstalterhaftpflichtversicherung.

## 7) Sollten wir als Musikschule selbst ein Statusfeststellungsverfahren für unsere Honorarkräfte bei der Clearingstelle der Deutschen Rentenversicherung beantragen?

Zur Änderung der Rechtsauffassung, ob seitens der Musikschulen aktiv auf eine Statusfeststellung bei der Deutschen Rentenversicherung hingewirkt werden soll: In einem Gespräch des niedersächsischen Landesverbandes und des VdM-Bundesgeschäftsführers Matthias Pannes mit der Deutschen Rentenversicherung hat diese mitgeteilt, dass die Deutsche Rentenversicherung bereit ist, einen eigenen Statusfeststellungsantrag der Musikschule zu würdigen, voraussichtlich dadurch, dass laufende Bestandsfälle erst ab dem 1. Juli 2023 nach der neuen Rechtsprechung aus dem Herrenberg Urteil vom 28. Juni 2022 geprüft werden (Rundschreiben R5/2023 nach Besprechung von DRV, GKV-Spitzenverband und BA vom 4. Mai 2023).

Sofern die Musikschule Zweifel hat, ob eine abhängige Beschäftigung oder eine selbständige Tätigkeit vorliegt, sollte sie unbedingt – ebenso wie eine Lehrkraft selbst dies kann – ein Statusfeststellungsverfahren bei der Clearingstelle der Deutschen Rentenversicherung Bund einleiten. Diese bestimmt den Status der der Honorarlehrkraft, so dass bei den Beteiligten Rechtssicherheit geschaffen wird. Ein Statusfeststellungsverfahren kann somit einer späteren Verpflichtung zur Nachzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen vorbeugen.

### • **Bedingter Vorsatz**

In einem Urteil hat das LSG Niedersachsen-Bremen (Urteil vom 9. Oktober 2023 – L 2 BA 56/23 BeckRS 2023, 31399) entschieden, dass eine Kellnerin, die in einem arbeitsteilig organisierten gastronomischen Betrieb zum Stundenlohn weisungsgebunden eingesetzt wurde und kein unternehmerisches Risiko getragen hat, abhängig beschäftigt ist. Die Festsetzung von Säumniszuschlägen hat das LSG auch als rechtsfehlerfrei angesehen, da der Kläger (Auftraggeber/Arbeitgeber) **mindestens bedingt vorsätzlich gehandelt** habe. Schon der zeitgleiche Einsatz von Servicekräften, für die der Kläger Sozialversicherungsbeiträge abgeführt habe, lasse erkennen, dass ihm diese Pflicht klar vor Augen gestanden habe. **Etwaige Zweifel hätten durch ein Einzugsstellen- (§ 28h SGB IV) oder Statusfeststellungsverfahren (§ 7a SGB IV) beseitigt werden können.**

Bedingter Vorsatz ist danach anzunehmen, wenn der Arbeitgeber die Möglichkeiten zur Statusklärung nicht nutzt und auch abhängig Beschäftigte in vergleichbarer Tätigkeit beschäftigt.

- ➔ **Insoweit rät der VdM den Musikschulen, die regelmäßig auch abhängig Beschäftigte in vergleichbarer Tätigkeit beschäftigen, einen Antrag auf Statusfeststellung bei der Clearingstelle der Deutschen Rentenversicherung zur Vermeidung der Annahme eines bedingten Vorsatzes zu stellen.**

Bedingter Vorsatz liegt dann vor, wenn der Täter die Grundhaltung aufweist „na wenn schon“ und damit den Erfolg seiner Tathandlung billigend in Kauf nimmt; hingegen soll grobe Fahrlässigkeit vorliegen, wenn der Täter annimmt, „es wird schon nichts passieren“ und damit nicht von vornherein von einem Taterfolg ausgeht.

- **Säumniszuschlag**

Bei bedingtem Vorsatz beträgt die Verjährungsfrist mindestens 30 Jahre (nach § 25 Abs. 1 S. 2 SGB IV). Der Arbeitgeber muss dann die nicht abgeführten Sozialversicherungsbeiträge, sowie Steuern nebst Säumniszuschlägen **allein nachzahlen** (§ 28d, e Abs. 1 SGB IV), da er nur sehr begrenzt für die letzten drei Monate gemäß § 28 g SGB IV Regress beim Arbeitnehmer nehmen kann. Wurde somit der Beitragseinzug der Sozialversicherungsbeiträge nicht mit der Entgeltabrechnung vorgenommen, kann der Arbeitgeber grundsätzlich lediglich die versicherten Anteile für die letzten drei abgerechneten Entgeltzeiträume nachträglich vom Arbeitsentgelt des Arbeitnehmers einbehalten und dies auch nur zeitlich befristet (gem. § 28 g S. 2 SGB IV) bei den nächsten drei Lohn- oder Gehaltszahlungen nachholen (§ 28 g S. 3 SGB IV).

Anders ist es beim Arbeitgeberanteil der Sozialversicherungsbeiträge: Dieser muss immer vom Arbeitgeber selbst getragen werden.

Für weiter zurückliegende Zeiträume dürfen Beiträge zur Sozialversicherung nur dann vom Arbeitsentgelt abgezogen werden, wenn der Abzug, d. h. die Abrechnung der Sozialversicherungsbeiträge durch eine Entgeltabrechnung für einen Arbeitnehmer, ohne Verschulden des Arbeitgebers unterblieben ist. Schuldlos ist der Abzug, wenn er aufgrund einer unzutreffenden Auskunft der zuständigen Stelle im Sinne des § 28 h Abs. 2 SGB IV unterblieben ist. Zuständig für eine verbindliche Auskunft ist die Einzugsstelle, § 28 h Abs. 2 SGB IV, §§ 14, 15 SGB I. Unterlässt es der Arbeitgeber, die vom Gesetzgeber vorgesehene Auskunft bei der Einzugsstelle einzuholen, gilt dies als Rechtsirrtum und damit grundsätzlich als verschuldet mit der Folge, dass der Rückgriff auf die 3-Monats-Frist begrenzt ist.

Das Bundessozialgericht hatte zwar im sog. „Ahaus-Urteil“ (BSG vom 14. März 2018) noch die Rechtsauffassung vertreten, dass eine bestimmte Gruppe von Arbeitnehmern nicht sozialversicherungspflichtig ist, so dass einem Arbeitgeber nach § 28 g S. 3 SGB IV dann kein Schuldvorwurf gemacht werden konnte. Inzwischen muss aber angenommen werden, dass das „Herrenberg-Urteil“ allgemein bekannt ist.

Auch insoweit ist die Einholung einer offiziellen Auskunft der Deutschen Rentenversicherung durch das Statusfeststellungsverfahren oder bei der Einzugsstelle sinnvoll.



- ➔ **Der VdM rät daher seinen Mitgliedschulen dringend, für Honorarkräfte ein Statusfeststellungsverfahren bei der Clearingstelle der Deutschen Rentenversicherung zu beantragen, um weitere mögliche finanzielle Risiken zu vermeiden.**

Nach Auffassung der deutschen Rentenversicherung, die auch auf der Internetseite der Deutschen Rentenversicherung zu lesen ist, kann ein freiwilliger Antrag auf Feststellung aber nur so lange gestellt werden, soweit nicht bereits eine Betriebsprüfung der Rentenversicherung läuft oder die Krankenkasse gerade dabei ist, die Versicherungspflicht zu prüfen.

Bei dem Abzugsverfahren hat der Arbeitgeber ferner die Pfändungsfreigrenzen der §§ 850 ff. ZPO zu beachten. Dies gilt sowohl für den zeitlich befristeten Abzug bei den nächsten drei Entgeltzahlungen als auch für den zeitlich unbegrenzten Erstattungsanspruch nach § 28 h Abs. 2 SGB IV.

#### **8) Was sind die Folgen, wenn die Sozialgerichtsbarkeit eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung feststellt?**

Aus einer festgestellten Sozialversicherungspflicht lässt sich nicht ohne Weiteres auf das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses schließen. Die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts und des Bundesarbeitsgerichts ist bisher gerade für Dozenten an Volkshochschulen und freie Mitarbeiter an Musikschulen unterschiedlich:

Das Bundesarbeitsgericht ist der Auffassung, dass es bei der Abgrenzung zwischen Arbeits- und freiem Dienstverhältnis auf den Grad der persönlichen Abhängigkeit unter Würdigung der Gesamtumstände des Einzelfalles ankomme. Bislang hat das BAG eine sogenannte typisierende Betrachtungsweise erlaubt, wobei auch bei Volkshochschulen und Musikschulen grundsätzlich freie Dienstverhältnisse möglich sind.

Sollte allerdings ein Arbeitsverhältnis festgestellt werden, kann der Arbeitnehmer für die Zeit seiner Scheinselbstständigkeit zumindest rückwirkend für die letzten drei Jahre (regelmäßige Verjährungsfrist) alle Rechte aus dem Arbeitsverhältnis geltend machen, so z. B. Urlaubsansprüche, betriebliche Altersvorsorge und die an der Musikschule für eine abhängig beschäftigte Lehrkraft allgemein üblich gezahlte Vergütung.

Eine Honorarkraft an einer Musikschule wird, wenn sie eine Statusfeststellung bei der Deutschen Rentenversicherung beantragt hat und es danach zum Klageverfahren beim Sozialgericht kommt, grundsätzlich mit Bekanntwerden des Prüfungsergebnisses der Deutschen Rentenversicherung eine Klage beim zuständigen Arbeitsgericht auf rückständige Vergütung, Urlaubsansprüchen betriebliche Altersvorsorge etc. aus einem Arbeitsverhältnis erheben. Üblicherweise wird das Arbeitsgericht dann nicht selbst eine Inzidenzprüfung vornehmen, ob ein Arbeitsverhältnis besteht oder nicht, sondern abwarten, bis das sozialgerichtliche Verfahren entschieden ist. Diese Vorgehensweise ist sinnvoll, um unterschiedliche Entscheidungen über eine sozialversicherungspflichtige

Beschäftigung zu vermeiden, allerdings ist das Verfahren beim Arbeitsgericht für das Verfahren beim Sozialgericht nicht präjudiziell, d. h. für künftige gleichartige Fälle nicht richtungsweisend.

Im arbeitsgerichtlichen Verfahren liegt die Beweislast für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses beim Kläger, d. h. der Honorarkraft/Lehrkraft. Der Kläger muss deshalb die erforderlichen Tatsachen vortragen können, aus denen sich ein Arbeitsverhältnis ergibt. Im sozialgerichtlichen Verfahren gilt der sogenannte Amtsermittlungsgrundsatz, d. h. das Sozialgericht prüft selbst und holt Beweise, insbesondere durch Vernehmung von Zeugen, von Amts wegen ein.

### **9) Wie berechnet sich die vierjährige Rückwirkungszeit?**

Der Sozialversicherungsträger muss Beitragsansprüche gegenüber dem Arbeitgeber grundsätzlich bis zum Ablauf des vierten Kalenderjahres geltend machen, das auf das Kalenderjahr folgt, in dem die Beiträge fällig geworden sind.

Da die Beiträge am drittletzten Bankarbeitstag des laufenden Entgeltabrechnungsmonats fällig werden, beginnt die Verjährungsfrist für die Beiträge von Januar bis Dezember eines Jahres immer am 1. Januar des Folgejahres und endet vier Jahre später am 31. Dezember. Bis zum 31. Dezember 2024 können also letztmalig Beitragsansprüche für das Kalenderjahr 2020 geltend gemacht werden.

### **10) Auswirkung der Zahlung von Künstlersozialabgaben für Honorarkräfte**

Hat die Deutsche Rentenversicherung bei einer Musikschule die Prüfung der Künstlersozialabgaben für Honorarkräfte vorgenommen und damit die Zahlungen in ein Sozialversicherungssystem (Künstlersozialkasse) für bisher freiberuflich tätige Lehrkräfte beschieden, wird insofern kaum Vorsatz, bedingter Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit für den zurückliegenden Zeitraum vor dem 1. Juli 2023 anzunehmen sein. Denn bei dem Urteil des Bundessozialgerichts wurde letztlich festgestellt, dass aufgrund der verschärften Bewertung der Praxisindikatoren in das allgemeine gesetzliche Sozialversicherungssystem zu zahlen ist; die Deutsche Rentenversicherung müsste dann ihre eigenen zuvor stattgefundenen Prüfungen revidieren. Mit zunehmendem Abstand vom 1. Juli 2023 wächst aber bei Untätigkeit das Bewertungsrisiko hinsichtlich dieser Aspekte.

### **11) Verrechnung der Künstlersozialabgabe**

Besteht eine Nachzahlungspflicht von Sozialversicherungsbeiträgen bei der Feststellung einer abhängigen sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung, werden die bis dahin seitens des Arbeitgebers für den jeweiligen Zeitraum für die Honorarkraft gezahlten Beiträge an die Künstlersozialkasse (KSK-Abgabe) mit der Nachzahlung der Sozialversicherungsbeiträge durch den Arbeitgeber in der Regel verrechnet.

**12) Können wir als Musikschule Honorarkräften für uns entstehenden Kosten für Nachzahlungen bei einem Statusfeststellungsverfahren in Regress nehmen?**

Nein, ein Regress bei den Honorarkräften wird regelmäßig scheitern.

**13) Wenn bei einer anderen Musikschule bei einem Statusfeststellungsverfahren von Honorarkräften Scheinselbständigkeit festgestellt wird, hat das dann auch für uns und unsere Honorarlehrkräfte Konsequenzen?**

Die Sozialgerichtsbarkeit wie das Bundessozialgericht und die Landessozialgerichte prüfen immer den Einzelfall. Da die Umstände, wie Lehrkräfte an Musikschulen als Honorarkräfte tätig sind, sich aber sehr ähneln, ist der Kriterienkatalog der Sozialversicherer zu beachten (s. o. unter Punkt I 2).

## **II) Überleitung von Honorarverträgen in sozialversicherungspflichtige Arbeitsverträge / Vermeidung von Honorarverträgen**

### **1) Was müssen wir bei der Überleitung von Honorarverträgen in sozialversicherungspflichtige Arbeitsverträge beachten? Wie gelingt es uns am besten, einen solchen Überleitungsprozess zu gestalten?**

- a) Voraussetzung und Grundlage für eine Überleitung von Honorarverträgen in sozialversicherungspflichtige Arbeitsverträge ist zunächst ein Beschluss der zuständigen politischen Gremien (Kommune / e. V.-Vorstand).
- b) Bei sachgrundloser Befristung nach Überleitung des Honorarvertrages in ein Arbeitsverhältnis: Laut Bundesarbeitsgericht (BAG) ist eine sachgrundlose Befristung bei vorangegangener Beschäftigung bei demselben Arbeitgeber nur ausnahmsweise möglich, wenn die Vorbeschäftigung sehr lange zurückliegt, völlig anders geartet oder geringfügig war. Eine wirksame Befristung hat das BAG im Falle einer acht sowie bei einer neun Jahre zurückliegenden Vorbeschäftigung bereits abgelehnt.  
  
➔ Bei der Überleitung eines Honorarvertrages in einen sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrag besteht die Gefahr, dass vor Gericht eine wirksame Befristung ebenfalls abgelehnt wird, da bei Statusfeststellung eines sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses das Merkmal der Vorbeschäftigung vor dem Zeitpunkt der Vertragsüberleitung gegeben sein dürfte.
- c) Weiter beachtet werden muss:
  - die Eingruppierung und Einstufung der Lehrkräfte,
  - die Beteiligung des Betriebsrats/Personalrats,
  - die Information der dann angestellten Lehrkräfte über die Verpflichtung zur Arbeitsleistung von Zusammenhangstätigkeit (insbesondere im TVöD).

### **2) Was sind die Kriterien für die Stufenzuordnung innerhalb der Entgeltgruppe bei Überführung einer Honorarkraft in den TVöD VKA?**

- a) Bei Einstellung werden die Beschäftigten grundsätzlich zunächst der Stufe 1 zugeordnet, sofern keine einschlägige Berufserfahrung vorliegt. Im Geltungsbereich der VKA wird der Begriff der einschlägigen Berufserfahrung nicht tarifvertraglich definiert. Die Beurteilung der Einschlägigkeit bisheriger Berufserfahrung hängt davon ab, ob die bisherige Tätigkeit ein Wissen und Können erfordert, welches auch für die neue Tätigkeit einzusetzen ist. Der Arbeitgeber hat hierbei einen gewissen Beurteilungs- und Auslegungsspielraum, wobei die Grundsätze zur sachgerechten, willkür- und diskriminierungsfreien Entscheidung zu berücksichtigen sind.
- b) Damit die Berufserfahrung als „einschlägig“ angesehen werden kann, muss sie der Beschäftigte auf dem Niveau der geforderten Tätigkeit erworben haben. Dies ist der

Fall, wenn mit der neuen Tätigkeit die frühere Tätigkeit im Wesentlichen unverändert fortgesetzt wird oder die frühere und die darauffolgende Tätigkeit zumindest gleichartig sind.

- c) Verfügt ein Beschäftigter über eine einschlägige Berufserfahrung von mindestens einem Jahr, erfolgt die Einstellung in die Stufe 2; verfügt sie/er über eine einschlägige Berufserfahrung von mindestens drei Jahren, erfolgt in der Regel eine Zuordnung zur Stufe 3. Unabhängig davon kann der Arbeitgeber bei Neueinstellungen zur Deckung des Personalbedarfs Zeiten einer vorherigen beruflichen Tätigkeit ganz oder teilweise für die Stufenzuordnung berücksichtigen, wenn diese Tätigkeit für die vorgesehene Tätigkeit förderlich ist (§ 16 Abs 2, S. 3 TVöD).
- ➔ Eine einschlägige Berufserfahrung und damit eine Zuordnung der Stufe 2 bzw. bei mindestens dreijähriger einschlägiger Berufserfahrung der Stufe 3 wird i. d. R. bei der Überleitung einer Honorarkraft in den TVöD zutreffend sein.
  - ➔ **Hinweis:** Im Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L) können Abweichungen bestehen, die zu einer Änderung der Verfahrensmaßstäbe für die Einstufung führen.

### 3) Argumentation gegenüber Gremien für die Überleitung in Arbeitsverträge:

#### a) Welche Vorteile haben Anstellungsverhältnisse gegenüber Honorarvertragsverhältnissen?

- Eingliederung in die betriebliche Organisation der Musikschule im Sinne des Bildungsorganismus Musikschule:
  - höhere Identifikation mit der Musikschule
  - größere Motivation
  - stärkeres Gemeinschaftsgefühl
  - bessere Möglichkeiten der Zusammenarbeit
  - flexibler Einsatz für kurzfristige notwendige Vertretungen
  - bessere Steuerungsmöglichkeiten durch die Musikschule (keine Beschränkung auf die reine Unterrichtstätigkeit), z. B. für Aktionen und Projekte an Wochenenden und in den Ferien.
- Weisungsgebundenheit der Lehrkräfte (keine Unabhängigkeit hinsichtlich Unterrichtsort, -zeit und Art der Tätigkeit)
- Weitere Einsatzmöglichkeiten aufgrund von Ferienüberhang
- Verpflichtende Teilnahme an Fortbildungen
- Intensive beratende Zusammenarbeit mit den Eltern möglich
- Höhere Attraktivität der Musikschule angesichts von Problemen wie Nachwuchsmangel durch soziale Absicherung der Lehrkräfte (inkl. gesetzliche Sozialversicherung, Urlaubsanspruch und Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall)
- Rechtssicherheit sowohl für die Musikschule als auch für die Lehrkräfte
- Organisatorischer Vorteil in der Buchhaltung durch monatliche Vergütung

**b) Welche Kosten** entstehen der Musikschule durch die Überleitung von Honorarverhältnissen in Anstellungsverhältnisse?

- Bei Angestellten sind selbstverständlich – anders als bei Honorarkräften – generelle Faktoren bei Anstellungsverhältnissen wie die Anwendung von Tarifvertrag/Vergütungsordnung, Arbeitgeberbeiträge für Sozialversicherungen ebenso wie u. a. Lohnfortzahlungen in die Kalkulation miteinzubeziehen.
- Berücksichtigung von Arbeitszeiterfassung mit Zusammenhangstätigkeiten bei Arbeitsverträgen
  - ➔ Rechnet man bei Honorarkräften Zusammenhangstätigkeiten hinzu und werden diese auch entsprechend vergütet, sind die Personalaufwendungen für an Musikschulen regelmäßig tätige Honorarkräfte vielfach nicht signifikant niedriger als die Personalaufwendungen für angestellte Musikschullehrkräfte.
- Hinzukommen können bei der Statusfeststellung von Honorarkräften durch die Sozialversicherung hohe Kosten durch Rückzahlungen (Verzinsung) sowie mögliche Prozesskosten.
- Zu prüfen ist eine mögliche Zusatzversorgung.

**4) Ist eine geringfügige Beschäftigung (Minijob) eine Alternative zum Anstellungsvertrag für Honorarkräfte mit wenigen Stunden?**

- ➔ Ja, unter bestimmten Voraussetzungen kann dies für Lehrkräfte mit einem geringen Stundendeputat oder kurzfristiger Beschäftigung eine Alternative sein.
- a)** Eine geringfügige Beschäftigung (Minijob) ist bis zu einem maximalen monatlichen Bruttoverdienst von 538 Euro (inklusive Sonderzahlungen) möglich. (Da die Minijob-Grenze dynamisch ist und sich am Mindestlohn orientiert, steigt die Minijob-Grenze ab Januar 2025 von 538 Euro auf 556 Euro monatlich.)
- b)** Die geringfügige Beschäftigung nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV (geringfügig Beschäftigte, die regelmäßig beschäftigt werden, d. h. die Beschäftigung ist auf ständige Wiederholung gerichtet und soll über mehrere Jahre ausgeübt werden) unterfällt uneingeschränkt dem Geltungsbereich des TVöD. Die entsprechende Person ist Teilzeitbeschäftigter gemäß § 24 Abs. 2 TVöD und teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer im Sinne des TzBfG (§ 2 Abs. 2 TzBfG). Analog gilt dies auch für nichttarifgebundene Musikschulen: auch hier besteht die Möglichkeit von geringfügiger Beschäftigung.
- c)** Auf geringfügig Beschäftigte nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV (Beschäftigung innerhalb eines Kalenderjahres begrenzt auf längstens drei Monate oder 70 Arbeitstage und die Geringfügigkeitsgrenze wird nicht übersteigen) findet der TVöD keine Anwendung. (sog. „kurzfristige Beschäftigung“)

- d) Der Arbeitgeber zahlt bei geringfügig entlohnt Beschäftigten pauschal ca. 30 Prozent des Bruttolohns Steuern und Sozialversicherung; dazu gehören auch Pauschalbeiträge zur Krankenversicherung, wenn der Arbeitnehmer gesetzlich krankenversichert ist. Daneben zahlt der Arbeitgeber den Pauschalbeitrag zur Rentenversicherung, zusätzlich zahlt der Arbeitnehmer die Differenz zum aktuellen Rentenversicherungsbeitragssatz, wenn er sich nicht von der Rentenversicherungspflicht befreien lässt.
- e) Bei einer sozialversicherungspflichtigen Voll- oder Teilzeitbeschäftigung liegt der Arbeitgeberbeitrag (sozial- und steuerrechtlich) dagegen nur bei ca. 21 Prozent.
- f) Die Arbeitszeithöhe ist bei Minijobs nicht festgelegt, eine Begrenzung gibt es aber durch den gesetzlichen Mindestlohn. Eine kurzfristige Beschäftigung (max. 2 Monate bzw. 50 Tage/Jahr) dagegen ist sozialabgabenfrei, aber steuerpflichtig. Die zuständige Behörde ist die Minijob-Zentrale ([www.minijob-zentrale.de](http://www.minijob-zentrale.de)).
- g) Es ist grundsätzlich zu prüfen, ob eine Lehrkraft mehrere Minijobs hat, sich bei Bejahung von der Lehrkraft Nachweise dazu vorlegen zu lassen und diese zu prüfen, damit der Bruttoverdienst von monatlich 538 Euro (inklusive Sonderzahlungen) nicht überschritten wird. Ansonsten würde der Arbeitsvertrag nicht mehr unter die Minijobregelungen fallen. Die Lehrkraft im Minijob ist zur wahrheitsgemäßen Auskunft über alle Beschäftigungsverhältnisse verpflichtet; die Prüfung und das Prüfungsergebnis sind zu dokumentieren.

## **5) Ist ein Midijob eine Alternative zum normalen Anstellungsvertrag?**

- a) Sobald der Verdienst die monatliche Grenze von 538 Euro regelmäßig übersteigt (gültig für das Jahr 2024), gilt der Job nicht mehr als Minijob. Wer aktuell von 538,01 Euro bis 2.000 Euro monatlich verdient, befindet sich im sogenannten Übergangsbereich (früher: „Gleitzone“) und hat damit einen Midijob.
- b) Midijobs sind im Gegensatz zu Minijobs voll sozialversicherungspflichtig: Sowohl der Arbeitgeber als auch Midijobber zahlen in die Rentenversicherung, die Kranken- und Pflegeversicherung und die Arbeitslosenversicherung ein. Midijobs werden auch nicht bei der Minijob-Zentrale gemeldet, sondern bei der Krankenkasse des Arbeitnehmers. Mit einem Midijob haben Angestellte zwar – anders als beim Minijob – Steuerabzüge, jedoch günstigere Sozialversicherungsbeiträge als bei einer Vollzeitbeschäftigung. Damit eignet sich der Midijob für alle, die unterhalb der Höchstverdienstgrenze (aktuell 2.000 Euro) arbeiten, aber vollumfänglich versichert sein wollen.
- c) Der Arbeitgeberbeitrag beginnt für den Midijob ab 538,01 Euro bei 28 Prozent. Der Beitrag wird bis zur oberen Midijob-Grenze von 2.000 Euro gleitend auf den üblichen Sozialversicherungsbetrag von ca. 20 Prozent abgeschmolzen.

**6) Sind Flexiverträge (Arbeit auf Abruf oder Abrufarbeit) eine geeignete und rechtssichere arbeitsvertragliche Alternative bei der Überleitung?**

Ist mit Schülerzahlschwankungen zu rechnen, können Flexiverträge (Arbeitsverträge mit einer Vereinbarung einer Flexiklausel) ein Mittel erster Wahl sein. Ergänzend sind ggf. auch Arbeitszeitkonten möglich, jedoch nur in engen Grenzen.

**7) Was ist bei Flexiverträgen (Vereinbarung einer Flexiklausel) zu beachten?**

- a) Die Abrufarbeit betrifft vor allem Teilzeitkräfte. Daher ist die wesentliche gesetzliche Regelung zum Thema Arbeit auf Abruf auch im Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) enthalten, in § 12 TzBfG. Die Vereinbarung muss eine bestimmte Dauer der wöchentlichen und täglichen Arbeitszeit festlegen. Wenn die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit nicht festgelegt ist, gilt eine Arbeitszeit von 20 Stunden als vereinbart und der Arbeitgeber hat die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers jeweils für mindestens drei aufeinander folgende Stunden in Anspruch zu nehmen (§ 12 Abs. 1 TzBfG).
- b) Ist für die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit nach eine Mindest- und eine Höchst-arbeitszeit vereinbart, darf der Arbeitgeber **nur bis zu 20 Prozent der wöchentlichen Arbeitszeit weniger oder bis zu 25 Prozent Erhöhung der wöchentlichen Arbeitszeit mehr abrufen** (§ 12 Abs. 3 TzBfG). Der Korridor für eine solche Bandbreitenregelung darf nicht darüber hinausgehen (entweder 25 Prozent Erhöhung oder 20 Prozent Verringerung der Arbeitszeit). Unzulässig ist eine Kombination von einer 25-prozentigen Erhöhung und einer 20-prozentigen Verringerung, da dies zu einem Korridor von insgesamt 45 Prozent führen würde. Die Orientierung an der Dauer der regelmäßigen Arbeitszeit führt dazu, dass der Arbeitgeber bei einer relativ hohen regelmäßigen Arbeitszeit mehr Arbeit einseitig reduzieren kann als bei einer relativ geringen.
- c) Die Erhöhung oder Verringerung der Arbeitszeit ist grundsätzlich bei der Berechnung des anteiligen Urlaubsanspruchs zu beachten. (Zur Arbeitswoche zählen grundsätzlich auch Samstage.)
- d) Die flexible Arbeitszeit kann mit einem Arbeitszeitkonto erfasst werden. Auf dem Arbeitszeitkonto kann Arbeitszeit, die über die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit hinausgeht, gutgeschrieben werden. Umgekehrt wird etwas vom Zeitguthaben entnommen, wenn der Arbeitnehmer weniger arbeitet, als vertraglich vereinbart.
- e) Der Arbeitgeber muss dem Arbeitnehmer die Lage seiner Arbeitszeit mindestens vier Tage im Voraus mitteilen, um ihm die Planung des Arbeitseinsatzes zu ermöglichen. Die Mindestfrist ist zwingend, es kann jedoch zugunsten des Arbeitnehmers durch Tarifvertrag davon abgewichen werden, wenn dieser Regelungen über die tägliche und wöchentliche Arbeitszeit vorsieht. Nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer



können die Anwendung der tariflichen Regelungen über die Arbeit auf Abruf vereinbaren (§ 12 Abs. 6 TzBfG).

- f)** Der Arbeitnehmer ist nur zur Arbeitsleistung verpflichtet, wenn der Arbeitgeber ihm die Lage seiner Arbeitszeit jeweils mindestens vier Tage im Voraus mitteilt. Wird sie unterschritten, hat der Arbeitnehmer ein Leistungsverweigerungsrecht (§ 12 Abs. 3 TzBfG). Der Anspruch auf die Vergütung bleibt bestehen (§ 615 BGB).  
Durch Tarifvertrag kann von den Absätzen 1 und 3 auch zuungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden, wenn der Tarifvertrag Regelungen über die tägliche und wöchentliche Arbeitszeit und die Vorankündigungsfrist vorsieht. Im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages können nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der tariflichen Regelungen über die Arbeit auf Abruf vereinbaren.
- g)** Die Regelung von Arbeit auf Abruf ist außerdem nur wirksam, wenn:
- die Flexiklausel klar und transparent formuliert ist,
  - ein Grund wie z. B. schwankende Schülerzahlen angegeben ist,
  - ein Hinweis im Vertrag darauf enthalten ist, dass mit der Erhöhung oder Verringerung des Umfangs der Arbeitszeit in demselben Maße auch die Vergütung erhöht oder verringert wird.
- h)** Die Vereinbarung einer Flexiklausel unterliegt nur hinsichtlich der grundsätzlichen Einführung oder Abschaffung der Arbeit nach Abruf dem Mitbestimmungsrecht nach dem Betriebsverfassungsgesetz oder dem Personalvertretungsgesetz, nicht jedoch hinsichtlich jedem einzelnen Abruf.  
Abweichungen davon können sich jedoch aus unterschiedlichen Regelungen in den Landespersonalvertretungsgesetzen ergeben.

**8) Ist eine flexible Arbeitszeit (Reduzierung um 20 Prozent der Arbeitszeit aufgrund von Schülerzahlschwankungen) auch bei geringfügig Beschäftigten (Minijobs) möglich?**

Auch ein Arbeitsvertrag über eine geringfügige Beschäftigung ist ein Arbeitsvertrag, sodass insoweit keine Besonderheiten gelten.

Soweit der Korridor des § 12 Abs. 2 Teilzeitbefristungsgesetz (TzBfG) von 20 Prozent Verringerung überschritten werden soll, ist eine Änderungskündigung immer dann möglich, wenn eine Weiterbeschäftigung zu den vereinbarten Arbeitsbedingungen aufgrund dauerhaft gesunkener Schülerzahlen nicht möglich ist. Insoweit besteht eine besondere Begründungsverpflichtung bei der Änderungskündigung, da eine Änderung der Beschäftigungsmöglichkeit zunächst im Betriebsrisiko des Arbeitgebers liegt. Wenn deshalb dauerhaft, d. h. über einen Zeitraum von mehreren Monaten die Schülerzahlen so stark gesunken sind, dass eine Weiterbeschäftigung im bisherigen Arbeitsumfang nicht möglich ist, ist eine betriebsbedingte Änderungskündigung möglich.

**9) Wie können Musikschulen mit 100 Prozent angestellten Lehrkräften auf Schülerzahlschwankungen reagieren, die über den flexiblen Korridor (20 Prozent) der Verträge hinausgehen? Sind dort Änderungskündigungen/Änderungsverträge denkbar oder gibt es noch andere Optionen?**

Eine bessere Möglichkeit zur Flexibilisierung besteht im Unterricht mit bestimmten, in der Regel wenig nachgefragten Instrumenten darin, den Arbeitsvertrag im Zeitpunkt des ersten Abschlusses nicht dauerhaft auf den (zu diesem Zeitpunkt erhöhten) Bedarf einzurichten, sondern die Arbeitsbedingungen, d. h. hier die Arbeitszeit, befristet zu erhöhen, um dann für den Fall, dass sich die Schülerzahlen wieder nach unten verändern, die befristete Erhöhung nicht zu verlängern. Diese befristete Erhöhung von Arbeitsbedingungen ist zulässig.

**10) Wie kann man im TVöD schnell eine Krankheitsvertretung für längerfristig erkrankte Kollegen einstellen? Muss eine Krankheitsvertretung einen TVöD-Vertrag bekommen oder reicht eine Aufwandsentschädigung?**

**a) Möglichkeit einer Befristung mit Sachgrund:**

Eine Krankheitsvertretung für längerfristig erkrankte Lehrkräfte (oder für ausfallende Lehrkräfte wegen Urlaub, Mutterschutz oder Elternzeit) kann befristet angestellt werden. Nach § 30 Absatz 1 S. 1 TVöD sind **befristete Arbeitsverträge nach Maßgabe des Teilzeit- und Befristungsgesetzes (TzBfG) sowie anderer gesetzlicher Vorschriften über die Befristung von Arbeitsverträgen zulässig.**

Das gesetzliche **Schriftformerfordernis** erstreckt sich dabei nur auf die **Befristungsabrede**, nicht auch auf die Angabe des sachlichen Grundes für die Befristung. Eine Befristung mit Sachgrund ist in diesem Fall nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG gegeben, wenn der betriebliche Bedarf an der Arbeitsleistung nur vorübergehend besteht.

Entscheidend für die **sachliche Rechtfertigung** ist hier, dass aufgrund des zeitweiligen Ausfalls einer Lehrkraft ein vorübergehender Bedarf entstanden ist und durch die befristete Beschäftigung der zeitweilige Ausfall des Vertretenen ausgeglichen wird. Die zur Vertretung befristet eingestellte Lehrkraft muss nicht zur Verrichtung exakt der Aufgaben eingestellt werden, die die verhinderte Lehrkraft ausgeübt hat. Maßgebend ist vielmehr die Tatsache, dass die befristete Einstellung wegen des vorübergehenden Beschäftigungsbedarfs erfolgt ist. Im Streitfall muss der Arbeitgeber diesen Ursachenzusammenhang darlegen und beweisen. Für die Dauer der Vertretung gibt es keine gesetzliche Beschränkung.

Wird ein Arbeitnehmer aber zur Vertretung einer aufgrund von Kurzerkrankungen häufig ausfallenden Stammkraft eingestellt, so ist die Vertretung **nicht sachlich gerechtfertigt, wenn der Arbeitnehmer durchgehend auch in den Zeiträumen beschäftigt wird, in denen keine Stammkraft fehlt** (LAG Köln v. 21.3.2012 - 9 Sa 1030/11). Der wiederholte Abschluss befristeter Arbeitsverträge ist durchaus möglich. Eine **Dauervertretung (z. B. als Springer) ist allerdings unzulässig.**

Um den Vertretungsbedarf festzustellen, muss der Arbeitgeber eine Prognoseentscheidung treffen. Eine solche kann im Einzelfall schwierig sein, z. B. bei Langzeiterkrankten.

#### **b) Möglichkeit einer Zweckbefristung bei Langzeiterkrankten:**

Bei Langzeiterkrankten sollte auch überlegt werden, ob eine Zweckbefristung geeigneter ist. Die Zweckbefristung kann folgendermaßen aussehen:

**Musterformulierung:** „Frau (...) wird ab (...) zur Aushilfe für die Dauer der Erkrankung von Herrn (...) eingestellt. Das Arbeitsverhältnis endet zwei Wochen nach Wiederaufnahme der Arbeit durch Herrn (...), ohne dass es einer Kündigung bedarf.“

Das gesetzliche **Schriftformerfordernis** erstreckt sich bei der Zweckbefristung auf die Dauer der Befristung, die sich aus dem Vertragswortlaut erkennen lassen muss.

Der zweckbefristete Arbeitsvertrag endet mit **Erreichen des Zwecks**, frühestens jedoch zwei Wochen nach **Zugang der schriftlichen Unterrichtung** des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber über den Zeitpunkt der Zweckerreichung (§ 15 Abs. 2 TzBfG).

Möglich und sinnvoll können Zweckbefristungen verbunden mit einer kalendermäßig bestimmten oder bestimmbaren Höchstdauer sein. Derartige **Doppelbefristungen** sind nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit zulässig.

**Musterformulierung:** „Der nachfolgende Arbeitsvertrag wird als Aushilfsarbeitsverhältnis zur Vertretung der Mitarbeiterin (...) für mindestens zwei Monate ab Vertragsschluss, höchstens für sechs Monate geschlossen. Es endet in jedem Falle innerhalb einer Woche nach Rückkehr der Mitarbeiterin an ihren Arbeitsplatz.“

#### **11) Müssen bei befristeten Arbeitsverträgen aufgrund von Krankheitsvertretung nach TVöD die gemeindlichen Gremien plus Personalrat zustimmen?**

Eine befristete Beschäftigung wegen eines vorübergehenden Bedarfes einer Lehrkraft im Geltungsbereich des TVöD muss auch nach den Grundsätzen des TVöD erfolgen. Denn für den auch bei Krankheitsvertretung möglichen Fall, dass die vertretene Lehrkraft nicht mehr in den Arbeitsplatz zurückkehren kann, würde ansonsten eine Umgehung der Einstellungs Voraussetzungen vorliegen.

Der Personalrat/Betriebsrat hat auch bei befristeten Arbeitsverhältnissen und bei deren Verlängerung ein Mitbestimmungsrecht. Der Gremiendurchlauf ist daher erforderlich.

#### **12) Inwieweit kann interkommunale Zusammenarbeit bei Anstellungsverhältnissen helfen?**

- a) Nach der EuGH-Rechtsprechung erfüllt eine interkommunale Zusammenarbeit in Form einer Kooperation nicht den Tatbestand der Personalgestellung.
- b) Je nach Vertrag besteht ggf. ein Zustimmungserfordernis der Beschäftigten.

- c) Ggf. ist sie umsatzsteuerpflichtig.
- d) Im kommunalen Bereich ist eine öffentlich-rechtliche Vereinbarung dazu möglich.
- e) Bei e. V.-Musikschulen mit juristischen Personen als Mitgliedern ist zu prüfen, ob der Vereinszweck eine interkommunale Vereinbarung bei Angestelltenverhältnissen zulässt.
- f) Bei einer Kooperation zwischen einer Kommune und einer e. V.-Musikschule ist ebenfalls zu prüfen, ob der Vereinszweck dies zulässt.

### 13) Können Studenten beitragsfrei an einer Musikschule beschäftigt sein?

- a) Nach § 6 Abs. 1 Nr. 3 SGB V sind Personen **von der Krankenversicherung befreit und damit zugleich pflegeversicherungsfrei**, die **während der Dauer ihres Studiums als ordentliche Studierende** einer Hochschule oder einer der fachlichen Ausbildung dienenden Schule gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind. Entsprechendes gilt nach § 27 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 SGB III für den Bereich der **Arbeitslosenversicherung**, von der sie unter den o. g. Voraussetzungen ebenfalls befreit sind.
- b) In der **Rentenversicherung** unterliegen Studenten in einer neben dem Studium ausgeübten Beschäftigung **grundsätzlich der Versicherungspflicht**, es sei denn, dass die Beschäftigung die Voraussetzungen der Geringfügigkeit i. S. d. §§ 8, 8a SGB IV erfüllt.
- c) In den Semesterferien ist eine versicherungsfreie Beschäftigung möglich. Eine Versicherungsfreiheit ist jedoch nicht mehr gegeben, wenn die Bedeutung des Studiums hinter der ausgeübten Beschäftigung zurücktritt. Ein Beweisanzeichen ist die wöchentliche Arbeitszeit außerhalb der Semesterferien: Überschreitet die Beschäftigung wöchentlich 20 Stunden, liegt in aller Regel eine Versicherungspflicht vor.  
Achtung hier bei kumulativen Beschäftigungen: Mehrere Beschäftigungsverhältnisse dürfen nicht dazu führen, dass die wöchentliche Arbeitszeit 20 Stunden überschritten wird.
- d) **Ausnahme: Werkstudenten** sind in einer neben dem Studium ausgeübten Beschäftigung unter bestimmten Voraussetzungen allerdings in der Kranken-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung versicherungsfrei (sog. Werkstudentenprivileg). Dies kommt aber nur zum Tragen, wenn die Studentenbeschäftigung nicht bereits wegen Geringfügigkeit i. S. v. § 8 Abs. 1 SGB IV versicherungsfrei ist. (Geringfügige Beschäftigungen i. S. v. §§ 8, 8a SGB IV sind grundsätzlich in der gesetzlichen Krankenversicherung, Rentenversicherung und Arbeitslosenversicherung versicherungsfrei (vgl. § 7 Abs. 1 SGB V, § 5 Abs. 2 SGB VI, § 27 Abs. 2 SGB III).)

#### 14) Sind an der Musikschule beschäftigte Rentner versicherungspflichtig?

- a) Wenn an der Musikschule beschäftigte Rentner bis zum Erreichen der Regelaltersgrenze in der **Rentenversicherung** nicht pflicht- oder freiwillig versichert waren, werden sie bei Aufnahme der Beschäftigung nach Erreichen der Regelaltersgrenze auch nicht mehr rentenversicherungspflichtig, sondern sind rentenversicherungsfrei.
- Erhält eine Lehrkraft eine Vollrente, ist sie rentenversicherungspflichtig, bis sie die Regelaltersgrenze erreicht. Ebenfalls rentenversicherungspflichtig sind Empfänger einer Erwerbsminderungsrente, die noch nicht die Regelaltersgrenzen erreicht haben.
- Ab Erreichen der Regelaltersgrenze** muss die Musikschule für diese Lehrkräfte lediglich den Arbeitgeberanteil an den Rentenversicherungsträger abführen. Die Lehrkraft kann sich aber dafür entscheiden, die Rentenansprüche zu erhöhen und sie kann nach dem Erreichen der Regelaltersgrenze weiterhin uneingeschränkt hinzuverdienen. Sie verzichtet insofern auf die eigene Rentenversicherungsfreiheit, erhält später aber eine höhere Rente. Die Lehrkraft muss dies der Musikschule anzeigen. In diesem Fall muss die Musikschule weiterhin die Arbeitgeber- und Arbeitnehmeranteile für die Rentenversicherung abführen.
- b) In der **Arbeitslosenversicherung** sind Personen, die die **Regelaltersgrenze erreicht haben, generell versicherungsfrei**. Der Arbeitgeber hat seit 1. Januar 2022 aber wieder (wie vor 2017) für seine in diesen Versicherungszweigen versicherungsfreien Beschäftigten jeweils die Hälfte des Beitrages abzuführen, der zu zahlen wäre, wenn die Beschäftigten versicherungspflichtig wären (Arbeitgeberanteil).
- c) Keine versicherungsrechtliche Relevanz hat das Erreichen der Regelaltersgrenze auf die **Kranken- und Pflegeversicherung**. Es besteht bei Abschluss eines Arbeitsverhältnisses **vollständige Versicherungspflicht**. Diese ist vorrangig und verdrängt bei einer versicherungspflichtigen Beschäftigung auch die Versicherung in der Krankenversicherung der Rentner. Bei Altersrentnern besteht jedoch **kein Anspruch mehr auf Krankengeld**. Deshalb ist für die Beschäftigung der ermäßigte Beitragssatz von 14 Prozent maßgebend. Der Zusatzbeitrag der Krankenkasse kommt auch bei Rentnern noch dazu.

#### 15) Wie sind die Möglichkeiten der Weiterbeschäftigung von Rentner nach Erreichen der Regelaltersrente im TVöD?

Nach § 33 Abs. 1 lit. a TVöD endet das Arbeitsverhältnis mit Ablauf des Monats, in dem der Arbeitnehmer das gesetzlich geregelte Alter zum Erreichen der Regelaltersrente vollendet hat. Eine Kündigung ist hierfür nicht erforderlich. Die Vertragsbeendigung ist nicht davon abhängig, ob der Arbeitnehmer Leistungen aus der gesetzlichen Rentenversicherung oder aus einer sonstigen Altersversorgung bezieht.

§ 33 Abs. 5 TVöD regelt den Fall, dass ein Mitarbeiter, auf dessen Arbeitsverhältnis bereits der TVöD Anwendung fand, nach Erreichen der gesetzlichen Regelaltersgrenze weiterbeschäftigt werden soll. Danach muss ein neuer schriftlicher Arbeitsvertrag abgeschlossen werden. Auf Beschäftigte, die das gesetzlich festgelegte Alter zum Erreichen einer abschlagsfreien Regelaltersrente erreicht haben und die **erstmalig** in den Dienst des vertragsschließenden Arbeitgebers treten, findet § 33 TVöD keine Anwendung. Für diesen Fall gelten dann aber die Kündigungsfristen gem. § 34 TVöD.

Einen Anspruch auf eine Weiterbeschäftigung hat der Mitarbeiter nach TVöD aber nach Erreichen der Regelaltersrente nicht. Die Weiterbeschäftigung stellt nicht die Regel, sondern die Ausnahme dar. Der TVöD geht davon aus, dass durch die Altersrente der Lebensunterhalt gesichert ist und es von daher nicht mehr zwingend erforderlich ist, das Arbeitsverhältnis beizubehalten.

Einigt sich der Mitarbeiter mit dem Arbeitgeber auf eine Weiterbeschäftigung, dann ist ein neuer schriftlicher Arbeitsvertrag abzuschließen. Es handelt sich um die **völlige Neubegründung eines Arbeitsverhältnisses**.

**Für den neuen Arbeitsvertrag gelten dann aber die Vorschriften des TVöD.** Das Arbeitsentgelt darf jedoch nicht niedriger sein als das Entgelt, das der Mitarbeiter unter Anwendung des TVöD für seine Tätigkeit erhalten würde. **Für die auszuübende Tätigkeit müssen daher die zutreffende Entgeltgruppe und Entgeltstufe ermittelt werden.** Aus dem Charakter als neues Arbeitsverhältnis folgt auch, dass sich z. B. die Stufenzuordnung nach § 16 Abs. 2 TVöD wie bei einer Neueinstellung gestaltet (Weinmann in Burger, Kommentar zum TVöD-TV-L, 4. Aufl. 2020 zu § 33 TVöD Rn. 9). Anspruch besteht dazu auch auf die übrigen Entgeltbestandteile (Zulagen, Zuschläge, Einmalzahlungen).

**Die Besonderheit liegt darin, dass für das neue Arbeitsverhältnis eine Kündigungsfrist von vier Wochen zum Monatsschluss für beide Seiten vereinbart werden kann.** Es kann aber auch eine längere Kündigungsfrist, nicht jedoch eine kürzere Frist vereinbart werden.

Das Arbeitsverhältnis kann jederzeit vom Arbeitgeber und vom Arbeitnehmer gekündigt werden. Für die Kündigung ist daher wie in der Probezeit kein Kündigungsgrund erforderlich. Damit ist auch keine Kündigungsschutzklage möglich.

Die Kündigung unterliegt der Mitbestimmung des BR. Der BR muss jedoch berücksichtigen, dass der TVöD für die Kündigung nicht das Vorliegen eines Kündigungsgrundes verlangt.

- **Befristung bei oder nach Erreichen des Renteneintrittsalters:**

Vereinbaren die Arbeitsvertragsparteien bei oder nach dem Erreichen des Renteneintrittsalters des Arbeitnehmers die befristete Fortsetzung ihres Arbeitsverhältnisses, kann für diese Befristung ihres Arbeitsvertrags ein **sachlicher Grund gemäß § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 TzBfG** vorliegen. Voraussetzung dafür ist,

- dass der Arbeitnehmer Altersrente aus der gesetzlichen Rentenversicherung beanspruchen kann,
- und dass die **befristete Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses einer konkreten, im Zeitpunkt der Befristungsabrede bestehenden Personalplanung des Arbeitgebers dient**, z. B. der Einarbeitung einer Ersatzkraft oder der Überbrückung bis zur Nachbesetzung der Stelle mit einer Ersatzkraft.

Insoweit ergeben sich gegenüber einer Altersgrenzenregelung unterschiedliche Anforderungen an den Sachgrund: Eine auf die Regelaltersgrenze bezogene Befristung wird hier typischerweise zu Beginn des Arbeitsverhältnisses und damit zu einem Zeitpunkt vereinbart, in dem eine konkrete Personalplanung für die Zeit nach dem Erreichen des Renteneintrittsalters des Arbeitnehmers noch nicht möglich ist und bei typisierender Betrachtung davon auszugehen ist, dass es die Altersgrenzenregelung dem Arbeitgeber ermöglicht, beizeiten geeigneten Nachwuchs einzustellen oder bereits beschäftigte Arbeitnehmer zu fördern. Wird ein Arbeitnehmer erst bei oder nach Erreichen des Renteneintrittsalters beschäftigt, besteht für eine befristete Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses keine Veranlassung.

Darüber hinaus kann eine befristete Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bei Erreichen des Renteneintrittsalters seit dem 1. Juli 2014 unter bestimmten Voraussetzungen auch auf § 41 S. 3 SGB VI gestützt werden. Nach der zu diesem Zeitpunkt in Kraft getretenen Regelung können die Arbeitsvertragsparteien durch Vereinbarung während des Arbeitsverhältnisses den Beendigungszeitpunkt, ggf. auch mehrfach, hinausschieben, wenn eine Vereinbarung die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Erreichen der Regelaltersgrenze vorsieht.

Zweck dieser Regelung ist es, den Arbeitsvertragsparteien zu ermöglichen, das Arbeitsverhältnis nach Erreichen der Regelaltersgrenze einvernehmlich für einen von vornherein bestimmten Zeitraum rechtssicher fortsetzen zu können, um bspw. eine Übergangsregelung bis zur einer Nachbesetzung zu schaffen oder den Abschluss laufender Projekte zu ermöglichen.

Voraussetzung einer wirksamen Befristung nach § 41 S. 3 SGB VI ist erstens, dass die Arbeitsvertragsparteien die **Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Erreichen der Regelaltersgrenze vereinbart** haben. Ausreichend ist, dass der Beendigungszeitpunkt an deren Erreichen anknüpft. Zweitens müssen die Arbeitsvertragsparteien den Beendigungszeitpunkt **während des Arbeitsverhältnisses** hinausschieben.

## 16) Wann und wie kann eine in Rente befindliche Lehrkraft gekündigt werden?

Bei Rentnern bestehen grundsätzlich dieselben Kündigungsmöglichkeiten wie bei anderen Arbeitnehmern. Eine Ausnahme besteht bei betriebsbedingten Kündigungen und auch bei betriebsbedingten Änderungskündigungen bei Rentnern hinsichtlich der Sozialauswahl. Nach § 1 Abs. 3 KSchG sind Rentner bei der Sozialauswahl nicht in dem Umfang zu

berücksichtigen, wie Arbeitnehmer, die noch keinen Anspruch auf eine Altersrente haben, wie das Bundesarbeitsgericht (BAG) entschieden hat (BAG, Urteil vom 27. April 2017 – 2 AZR 67/16).

Vorausgesetzt, dass der Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes gegeben ist, sind bei einer betriebsbedingten Kündigung wie auch einer betriebsbedingten Änderungskündigung die vier Grundkriterien aus § 1 Abs. 3 KSchG. zu berücksichtigen. Die Grundkriterien sind:

- a) **Die Dauer der Betriebszugehörigkeit:** d. h. die Unternehmenszugehörigkeit als rechtlich ununterbrochene Bestand des Arbeitsverhältnisses zum Arbeitgeber; unerheblich sind dabei der bisherige zeitliche Umfang der Beschäftigung oder Zeiten, in denen das Arbeitsverhältnis geruht hat wie im Falle einer Elternzeit oder Zeiten tatsächlicher Unterbrechung, etwa infolge Krankheit; Beschäftigungszeiten aus einem früheren Arbeitsverhältnis mit demselben Arbeitgeber sind zu berücksichtigen, sofern sie auf die Wartezeit angerechnet werden.
- b) **Das Lebensalter:** Entscheidend sind ausschließlich die Daten, aus denen sich das Alter ergibt, nicht aber die mit dem Alter verbundenen gesundheitlichen Probleme; nach Auffassung des BAG verstößt die Berücksichtigung eines höheren Lebensalters auch nicht gegen das Verbot der Benachteiligung jüngerer Mitarbeiter, weil es von einem legitimen Ziel der Sozialpolitik gedeckt ist. Denn mit zunehmendem Lebensalter nimmt die Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers zu, da es dann schwerer fällt, einen neuen Arbeitsplatz zu finden; mit zeitlicher Nähe zum Renteneintritt nimmt die Schutzbedürftigkeit aber wieder ab, wenn der Arbeitnehmer in der Zeit bis zum Renteneintritt anderweitig abgesichert ist, etwa durch die Möglichkeit von Altersteilzeit oder Leistungen der gesetzlichen Arbeitslosen- oder Rentenversicherung.
- c) **Bestehende Unterhaltsverpflichtungen:** Dabei sind weder der Familienstand noch die Anzahl der vorhandenen Kinder entscheidend; maßgeblich sind nur die aus der familienrechtlichen Verbundenheit folgenden **finanziellen Verpflichtungen, die dem Arbeitnehmer kraft Gesetzes auferlegt sind**. Unterhaltsverpflichtungen ohne gesetzliche Verpflichtung können nicht berücksichtigt werden. Es kommt dabei auf Anzahl und Höhe der Unterhaltsverpflichtungen zum Kündigungszeitpunkt an; dazu gehören Unterhaltsverpflichtungen gegenüber Ehegatten, gleichgeschlechtlichen Lebenspartnern, Kindern und pflegebedürftigen Eltern. Unterhaltsleistungen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft bleiben unberücksichtigt. Neben der bestehenden gesetzlichen Verpflichtung ist entscheidend, dass die Verpflichtungen vom Arbeitnehmer auch tatsächlich erfüllt werden. Leisten andere Personen den Unterhalt mit befreiender Wirkung, wird also ein Kind von der Großmutter unterhalten, mindert dies die Unterhaltspflichten des Arbeitnehmers. Etwas anderes gilt, wenn sich der Arbeitnehmer seinen Unterhaltspflichten nur entzieht, ohne dass eine andere Person für den Unterhalt aufkommt. Denn ein gesetzwidriges Verhalten kann die Sozialauswahl nicht beeinflussen)



**d) Gegebenenfalls bestehende Schwerbehinderung** (GdB 50 und mehr) oder die Gleichstellung zu einem Schwerbehinderten (GdB 30 und GdB 40 bei einer entsprechenden Gleichstellung): Die Berücksichtigung der Schwerbehinderung als viertes Grundkriterium beruht auf den Schwierigkeiten, mit denen Schwerbehinderte typischerweise bei der Arbeitsplatzsuche konfrontiert sind.

Ansonsten gelten für die Kündigung eines Rentners keine Besonderheiten gegenüber anderen Beschäftigten.

#### **17) Muss bei einer Änderungskündigung ein Sozialplan erarbeitet und beachtet werden?**

Für den Fall, dass eine betriebsbedingte Änderungskündigung oder eine betriebsbedingte Beendigungskündigung erklärt werden soll, muss im Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes gemäß § 1 Abs. 3 KSchG die Sozialauswahl wie folgt eingehalten werden: Es sind die vier Grundkriterien aus § 1 Abs. 3 KSchG zu berücksichtigen. Die **Grundkriterien sind die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter, bestehende Unterhaltsverpflichtungen und eine gegebenenfalls bestehende Schwerbehinderung** (GdB 50 und mehr) oder die Gleichstellung zu einem Schwerbehinderten (GdB 30 und GdB 40 bei einer entsprechenden Gleichstellung).

Die Erläuterungen zu den Grundkriterien finden Sie oben in dem vorhergehenden Punkt (II 16).

#### **18) Können Honorarkräfte in Festanstellungen mit einer begrenzten JWS-Zahl überführt werden und darüber hinaus über die Musikschule vermittelt „privat“ Musikschulschüler unterrichten, wenn es aufgrund viel zu geringen öffentlicher Förderung und sich einer daraus zwingend ergebenden Kappung der JWS pro Lehrkraft lange Warteliste gibt? Die Schüler sind dabei normal an der Musikschule angemeldet, haben die gleichen Rechte und Pflichten, wie die anderen Schüler, zahlen aber den vereinbarten Honorarsatz, der zumeist identisch mit den Entgelten lt. Entgeltordnung ist, direkt an die Lehrkraft.**

Nein, ein Honorarvertrag ist in diesem Fall rechtlich i. d. R. nicht möglich.

Ist eine Lehrkraft an der Musikschule angestellt, d. h., mit weisungsgebundener Eingliederung, und gleichzeitig Honorarkraft mit weisungsfreier Ausgestaltung der selbstständigen Tätigkeit werden strenge Maßstäbe für das tatsächliche Vorliegen einer selbstständigen Tätigkeit gefordert. In aller Regel wird daher von einem einheitlichen Beschäftigungsverhältnis auszugehen sein, in dessen Rahmen der Beschäftigte seine Arbeitsleistung regelmäßig

- am selben Betriebsort (Musikschulgebäude),
- für denselben Betriebszweck (Schülerunterricht) und
- unter Einsatz der Betriebsmittel des Arbeitgebers (Musikschulräume, Instrumente, Notenständer) erbringt.

Es handelt sich daher um keine selbstständige Tätigkeit, sondern um ein einheitliches **Beschäftigungsverhältnis**, wenn

- der vermeintlich selbstständige Teil der Tätigkeit nur aufgrund der abhängigen Beschäftigung ausgeübt wird,
- in diese zeitlich, örtlich, organisatorisch und inhaltlich eingebunden und
- im Verhältnis zur Beschäftigung nebensächlich ist,
- und daher insgesamt wie ein Teil der abhängigen Beschäftigung erscheint.

**19) Kann eine Musikschule nicht passend ausgebildeten Quereinsteigern, die kein Musikstudium absolviert haben, aber seit vielen Jahren an der Musikschule erfolgreich unterrichten einen TVöD-Vertrag anbieten? Wird dann bei diesen die Unterrichtserfahrung genauso in den Stufen behandelt wie bei denjenigen mit einer passenden Ausbildung?**

Selbst wenn eine ausreichende musikalische Fertigkeit der Honorarkraft besteht, muss für eine Eingruppierung in den TVöD geklärt sein, ob eine einer Musikschullehrkraft nach TVöD vergleichbare pädagogische Ausbildung angenommen werden kann. Liegt dies nicht vor, hat die Honorarkraft keinen Anspruch auf Eingruppierung unter Berücksichtigung der Erfahrungsstufen und eine Anrechnung der bisherigen Lehrtätigkeit als Honorarkraft.

Hat die Musikschullehrkraft zwar keine Prüfung abgelegt, kann aber eine entsprechende Ausbildung nachweisen und übt aufgrund gleichwertiger Fähigkeiten und ihrer Erfahrungen die Tätigkeit von Musikschullehrerinnen und -lehrern aus, so ist sie nach der Regelung in der Protokollerklärung Nr. 1 S. 1e i. V. m. S. 2 b der durchgeschriebenen Fassung des TVöD für den Bereich Verwaltung im Bereich der VKA, so kann sie entsprechend nach TVöD eingruppiert werden (s. „Auszug TVöD VKA Musikschullehrkräfte“ im VdM-Mitgliederbereich unter „Dokumente“, Rubrik „Musikschulorganisation und Recht“).

**20) Wie sieht die erlaubte regelmäßige Wochenarbeitszeit bei Angestellten aus?**

**a) Im TVöD:**

Nach § 6 Absatz 1 S. 1 b TVöD beträgt die regelmäßige Arbeitszeit ausschließlich der Pausen für die Beschäftigten der Mitglieder eines Mitgliedverbandes der VKA im Tarifgebiet West durchschnittlich 39 Stunden wöchentlich, im Tarifgebiet Ost ab dem 1. Januar 2023 ebenfalls durchschnittlich 39 Stunden wöchentlich. Die regelmäßige Arbeitszeit ist grundsätzlich auf fünf Tage zu verteilen (§ 6 Abs. 1 S. 3 TVöD). An welchen Wochentagen die Arbeit zu leisten ist, ist nach dem TVöD nicht geregelt und eine Beschränkung auf „Werktag“ nicht vorgesehen. Soweit die Regelungen nach dem Arbeitszeitgesetz (ArbZG) eingehalten werden, kann Arbeitszeit auch auf das

Wochenende verteilt werden. Eine Beschäftigung an Sonn- und Feiertagen ist aber gem. §§ 9, 10 ArbZG nur in besonderen Fällen zulässig.

Die werktägliche Arbeitszeit ist im Ausgleichszeitraum (nach § 6 Abs. 2 S. 1 bis zu einem Jahr) nach § 3 S. 1 ArbZG im Durchschnitt auf 8 Stunden werktäglich begrenzt,

Aus notwendigen dienstlichen oder betrieblichen Gründen darf die Arbeitszeit auch auf sechs Tage verteilt werden, so z. B. wenn ein Tag der offenen Tür am Wochenende veranstaltet wird.

An die dienstliche oder betriebliche Notwendigkeit sind bei gelegentlichen Verlängerungen der Arbeitszeit auf sechs Arbeitstage keine übersteigerten Anforderungen zu stellen. Bei einer dauerhaften Verlängerung der Arbeitszeit sind hingegen höhere Maßstäbe anzusetzen; eine reine Zweckmäßigkeit, die Arbeitszeit auf sechs Tage zu verlängern, ist nicht ausreichend. Vielmehr ist erforderlich, dass die dienstliche oder betriebliche Leistung nur erbracht werden kann, wenn die Arbeitszeit auf sechs Tage festgelegt wird.

#### **b) Außerhalb des TVöD**

Für Arbeitnehmer, bei denen der TVöD oder sonstige Sonderregelungen nicht gelten, gilt grundsätzlich § 3 ArbZG. Die werktägliche Arbeitszeit der Arbeitnehmer darf danach acht Stunden nicht überschreiten. Sie kann auf bis zu zehn Stunden nur verlängert werden, wenn innerhalb von sechs Kalendermonaten oder innerhalb von 24 Wochen im Durchschnitt acht Stunden werktäglich nicht überschritten werden.

Werktag ist jeder Tag, der nicht Sonn- oder gesetzlicher Feiertag ist. In einer Fünf-Tage-Woche dürfen gesetzlich regelmäßig höchstens 40 Stunden gearbeitet werden. Das Arbeitszeitgesetz geht aber von einer 6-Tage-Woche aus, die regelmäßige wöchentliche Höchstarbeitszeit bei einer 6-Tage-Woche beträgt damit 48 Stunden.

Eine **regelmäßige** tägliche Arbeitszeit von zehn Stunden in einer Vier-Tage-Woche oder 9,6 Stunden in einer Fünf-Tage-Woche verstößt aber gegen die gesetzlich höchstens zulässige Arbeitszeit. **Unregelmäßig** dürfen aber bis zu 60 Stunden wöchentlich gearbeitet werden.

Bei einer 6 Tage-Woche ist die zulässige Höchstarbeitszeit 48 Stunden, bei einem Arbeitsverhältnis mit 40 Stunden in einer Fünftagewoche kann somit noch an einem weiteren Wochentag 8 Stunden gearbeitet werden.

### **21) Nebentätigkeiten bei angestellten Lehrkräften**

Erhält eine vormalige Honorarkraft einen Arbeitsvertrag unter Geltung des TVöD, gilt § 3 TVöD. Im Gesetz findet sich ansonsten keine Regelung, ob eine Nebentätigkeit ausgeübt werden darf oder nicht. Daraus ergibt sich im Umkehrschluss, dass eine Nebentätigkeit gestattet ist, solange sie nicht anderweitig, d. h. im Arbeitsvertrag selbst, reguliert oder gar

verboten worden ist. Das grundsätzliche Verbot jeglicher Nebentätigkeit in einem Arbeits- oder Tarifvertrag verstößt aber gegen die Berufsausübungsfreiheit des Art. 12 I GG und ist damit unwirksam.

Zulässig ist eine Nebentätigkeit allerdings nur im Rahmen der gesetzlichen Arbeitszeit. Durch die Haupt- und Nebentätigkeit darf die im Arbeitszeitgesetz vorgeschriebene Höchstarbeitszeit nicht überschritten werden. Sie beträgt 48 Wochenarbeitsstunden oder 10 Stunden am Tag. Da jedoch die tariflich vereinbarte Arbeitszeit (wie im TVöD) in der Regel unter der gesetzlichen Arbeitszeit liegt, schließt die im Hauptarbeitsverhältnis zu leistende Arbeitszeit eine Nebentätigkeit auch bei Vollbeschäftigung nicht aus. Arbeitet der Arbeitnehmer z. B. im Hauptarbeitsverhältnis 40 Wochenarbeitsstunden, so kann die Nebentätigkeit wöchentlich 8 Stunden betragen.

§ 3 Abs. 3 TVöD regelt, dass Nebentätigkeiten gegen Entgelt von den Beschäftigten ihrem Arbeitgeber **rechtzeitig vorher schriftlich anzuzeigen** sind. Der Arbeitgeber kann danach „die Nebentätigkeit untersagen oder mit Auflagen versehen, wenn diese geeignet ist, die Erfüllung der arbeitsvertraglichen Pflichten der Beschäftigten oder berechnigte Interessen des Arbeitgebers zu beeinträchtigen“. Diese Regelung setzt zunächst voraus, dass der Arbeitnehmer die Nebentätigkeit offenbart, ein vollständiges Konkurrenzverbot lässt sich, insbesondere bei nur Teilzeitbeschäftigten hieraus aber nicht herleiten.

Grundsätzlich nicht gestatten muss ein Arbeitgeber Nebentätigkeiten, die mit dem Gesamtbild des Unternehmens nicht in Einklang stehen.

## **22) Gibt es eine Steuermöglichkeit hinsichtlich Fahrtzeiten im ländlichen Raum?**

Das Bundesreise ermöglicht die Abrechnung der Fahrten von der Dienststelle zum Einsatzort. Der Träger muss entscheiden, welche weiteren Möglichkeiten er nutzt (so z. B. die Faktorisierung von Arbeitszeit).

## **23) Müssen Stellen ausgeschrieben werden?**

Eine TVöD-Stelle muss ausgeschrieben werden. Stellen in Anlehnung an den TVöD bei e. V.-Musikschulen müssen nicht zwingend ausgeschrieben werden.

### **III) Im Falle der Weiterführung von Honorarverträgen oder bei neuen Honorarverträgen**

#### **1) Was sind die Risiken bei Honorarverträgen?**

- a)** Risiken für die Musikschule:
  - Unabhängigkeit der Honorarkräfte, d.h. freie Bestimmung von Ort, Zeit und Art der Tätigkeit; keine Verpflichtung zur persönlichen Arbeitsleistung.
  - Unabhängigkeit von der Musikschulorganisation, Beschränkung des Vertragsverhältnisses auf die geleisteten Unterrichtsstunden und die dafür geschuldete Vergütung.
- b)** Risiko für die Honorarkraft:
  - Keine Urlaubsansprüche, kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall.
  - Unternehmerisches Risiko: Honorar nur bei Leistung; kein Ausfallhonorar.
  - Vergütung nach Stunden.
  - Eigene Versicherung oder Versicherung in der Künstlersozialkasse
- c)** Das größte Risiko ist, dass Honorarverträge in der Praxis nicht nach den Kriterien des BSG und der Spitzenverbände der Sozialversicherer umgesetzt werden können (vgl. Urteil des BSG [Az. B 12 R 3/20 R] vom 28. Juni 2022 in dem Verfahren Stadt Herrenberg ./ . Deutsche Rentenversicherung).

#### **2) Müssen wir unsere Verträge mit bisherigen Honorarverträge sofort ändern und neu mit unseren Honorarkräften abschließen?**

Bisherige Honorarverträge sind i.d.R. in der betrieblichen Praxis nicht mehr rechtssicher auszugestalten und stellen damit auch ein erhebliches finanzielles Risiko für den Musikschulträger, für die Musikschule selbst und evtl. für den Vorstand dar. Der VdM kann daher nur zum Abschluss von sozialversicherungspflichtigen Arbeitsverträgen raten. (Ausnahme: Honorarverträge sind noch möglich bei eng abgegrenzten Tätigkeiten und zeitlich eng begrenzten Projekten wie Workshops, die nicht zum Kernangebot der Musikschule gehören.)

#### **3) Welches sind die wesentlichen Merkmale für einen rechtswirksamen Honorarvertrag? / Was müssen wir beachten, damit wir Honorarkräfte rechtssicher an unserer Musikschule arbeiten lassen können?**

- a)** Nach den Kriterien der Spitzenorganisationen der Sozialversicherung aufgrund des Urteils des Bundessozialgerichts (BSG) vom 28. Juni 2022 (B 12 R 3/20 R) müssen dazu folgende Kriterien erfüllt sein:
  - aa)** Fehlende betriebliche Eingliederung, d. h. die Lehrkraft darf nicht in den Betrieb (in die Musikschule) eingegliedert sein. Kriterien dafür sind:

- Keine Pflicht zur persönlichen Arbeitsleistung.
- Keine Festlegung bestimmter Unterrichtszeiten und Unterrichtsräume (einzelnvertraglich oder durch Stundenpläne) durch die Schule / Bildungseinrichtung.
- Einfluss der Lehrkraft auf die zeitliche Gestaltung der Lehrtätigkeit.
- Nach einem Kriterium der Spitzenorganisationen der Sozialversicherung steht eine Meldepflicht einer Honorarkraft für Unterrichtsausfall aufgrund eigener Erkrankung oder sonstiger Verhinderung einem rechtswirksamen Honorarvertrag entgegen.
- Ist die Honorarkraft aber erkrankt oder anderweitig verhindert und kann den Unterricht nicht erteilen, ist die Vereinbarung im Honorarvertrag zulässig, dass sie bei Krankmeldung eine (gleich qualifizierte) Ersatzkraft stellen kann oder den Unterricht selbst zu einem anderen Zeitpunkt erteilt.
- Kein Anspruch der Honorarkraft im Falle der Erkrankung oder sonstiger Verhinderung auf Vergütung, wenn der Unterricht nicht erteilt werden kann, da das Vergütungsrisiko bzw. Betriebsrisiko immer bei der selbstständigen Honorarkraft liegen muss.
- Keine Verpflichtung zur Vorbereitung und Durchführung gesonderter Schülerveranstaltungen.
- Keine Verpflichtung zur Teilnahme an Lehrer- und Fachbereichskonferenzen oder ähnlichen Dienst- oder Fachveranstaltungen der Schuleinrichtung (dem steht eine hierfür vereinbarte gesonderte Vergütung als eine an der Arbeitszeit orientierte Vergütung nicht entgegen).
- Keine Verpflichtung zum Unterricht auf der Grundlage von Lehrplänen als Rahmenvorgaben (dies würde der typischen unternehmerischen Freiheit widersprechen).

bb) Voraussetzung für einen rechtswirksamen Honorarvertrag ist neben der fehlenden Eingliederung eine in unternehmerischer Freiheit ausgeübte Tätigkeit, insbesondere wenn

- eine eigene betriebliche Organisation besteht und eingesetzt wird,
- ein Unternehmerrisiko besteht,
- der Honorarkraft auch unternehmerische Chancen und Freiheiten gewährt werden, wie z. B. eigene Schüler zu akquirieren und auf eigene Rechnung auch in den Räumen der Musikschule zu unterrichten; dies steht aber grundsätzlich mit dem Selbstverständnis der Musikschule in einem Interessenkonflikt, da selbstgestalteter und freiorganisierter Unterricht möglicherweise zusätzlich mit selbst durch die Honorarkraft ausgewählten eigenen Schülern nach dem Selbstverständnis der Musikschule i. d. R. nicht gewünscht ist
- und die Lehrtätigkeit durch eine (gleich qualifizierte) Dritte erbracht werden kann.

**4) Kann mit einer Honorarlehrkraft ein Vertrag geschlossen werden, wonach die Musikschule weiterhin selbst die Unterrichtszeiten der Schüler vereinbart?**

Grundsätzlich nicht.

**5) Ist es weiterhin möglich, dass mit Honorarlehrkräften vereinbart wird, dass diese persönlich unterrichten?**

Eine solche Vereinbarung ist nicht ausreichend. Es muss vertraglich die Möglichkeit gewährleistet sein, dass die Honorarkraft eine Vertretung benennt.

**6) Wenn Honorarlehrkräfte verhindert sind und eine Vertretung benennen: Muss die Schulleitung jede Vertretungslehrkraft akzeptieren?**

Ja, wenn die erforderlichen Qualifikationen und ein **erweitertes Führungszeugnis** nachgewiesen werden. Zu beachten ist ggf. auch der Nachweis eines Masernschutzes.

**7) Muss es für die Honorarlehrkraft möglich sein, auch längerfristig den Unterricht durch eine Vertretung erbringen zu lassen?**

Ja, dies muss möglich sein (sofern die erforderlichen Qualifikationen und ein **erweitertes Führungszeugnis** sowie ggf. des Nachweises eines Masernschutzes der Vertretung nachgewiesen werden).

**8) Ist es weiterhin möglich, mit Honorarlehrkräften die Rahmenlehrpläne des VdM als Grundlage für den Unterricht vertraglich zu vereinbaren?**

Nach der Rechtsprechung stellt die Vereinbarung der Rahmenlehrpläne des VdM als Grundlage des Unterrichts ein negatives Kriterium für einen Honorarvertrag dar und ist somit in der Praxis nicht mehr möglich.

**9) Kann unsere Musikschule mit Honorarkräften weiterhin vereinbaren, dass sie Schülervorspiele vorbereiten und durchführen, wenn dafür eine Zeitvergütung oder ein fixes Honorar vertraglich vereinbart wird?**

Die Vereinbarung einer Zeitvergütung ist nicht möglich, sondern nur eine Pauschalhonorarvereinbarung mit der Honorarkraft (damit diese ihr unternehmerisches Geschick ausüben kann). Zudem muss das Kriterium der Freiwilligkeit gegeben sein; die Honorarkraft muss also immer frei entscheiden können, ob sie ein Schülervorspiel vorbereitet und durchführt oder nicht.

**10) Kann unsere Musikschule mit Honorarkräften weiterhin vereinbaren, dass sie Schüler für die Teilnahme an Wettbewerben vorbereiten und dabei begleiten, wenn dafür eine Zeitvergütung oder ein fixes Honorar vertraglich vereinbart wird?**

Die Vereinbarung einer Zeitvergütung ist nicht möglich, sondern nur eine Pauschalhonorar-Vereinbarung mit der Honorarkraft (damit diese ihr unternehmerisches Geschick ausüben kann); die Freiwilligkeit muss auch hier immer bestehen.

Darüber muss auch hier – ebenso wie in den nachfolgenden folgenden Fällen (Punkt 20 ff.) eine Vertretung möglich sein.

**11) Kann unsere Musikschule mit Honorarkräften weiterhin vereinbaren, dass sie an Konferenzen teilnehmen, wenn dafür eine Zeitvergütung oder ein fixes Honorar vertraglich vereinbart wird?**

Die Vereinbarung einer Zeitvergütung ist nicht möglich, sondern nur eine Pauschalhonorar-Vereinbarung mit der Honorarkraft (damit diese ihr unternehmerisches Geschick ausüben kann); die Freiwilligkeit muss auch hier immer bestehen.

**12) Kann unsere Musikschule mit Honorarkräften weiterhin vereinbaren, dass sie an Veranstaltungen mitwirken und daran teilnehmen, wenn dafür eine Zeitvergütung oder ein fixes Honorar vertraglich vereinbart wird?**

Die Vereinbarung einer Zeitvergütung ist nicht möglich, sondern nur eine Pauschalhonorar-Vereinbarung mit der Honorarkraft (damit diese ihr unternehmerisches Geschick ausüben kann); die Freiwilligkeit muss auch hier immer bestehen.

**13) Kann unsere Musikschule Honorarlehrkräfte verpflichten, Unterrichtsausfall aufgrund von eigener Erkrankung oder sonstiger eigener Verhinderung der Musikschule rechtzeitig zu melden?**

Durch Vereinbarung ist diese Verpflichtung zur Aufrechterhaltung des Unterrichts möglich.

**14) Kann weiterhin ein Ausfallhonorar für unverschuldeten Unterrichtsausfall mit der Honorarlehrkraft vereinbart werden?**

Nein, ein Ausfallhonorar kann nicht vereinbart werden, da sonst kein unternehmerisches Risiko bei der Honorarkraft gegeben ist.



**15) Muss unsere Musikschule Honorarlehrkräften die Möglichkeit geben, in Räumen der Musikschule eigenen Privatunterricht auf eigene Rechnung zu erteilen? Kann die Musikschule hierfür Miete verlangen und was hätte das für steuerliche Auswirkungen?**

Die Musikschule kann dies anbieten, wenn es im Einzelfall (freie Räume) möglich ist. Unter dieser Voraussetzung ist eine Vereinbarung sinnvoll, da dies ein wichtiges Kriterium für die Annahme einer Selbständigkeit wäre. Zu beachten ist, dass für die Miete dann auch Umsatzsteuer zu berechnen ist.

**16) Wie sieht es aus mit Honorarverträgen mit Rentnern und für Nebentätigkeiten einer Lehrkraft, die in einem anderen Vollzeitverhältnis beschäftigt ist?**

(-> Siehe hierzu oben auch unter Punkt II 14 bis 16.)

- a) Im Falle eines Honorarvertrages mit einem **Altersrentner** ist bei einem zeitlich begrenzten Arbeitsumfang (d. h. bei einer i. d. R. nur geringen Anzahl an Unterrichtseinheiten pro Woche, die den Umfang einer geringfügigen Beschäftigung nicht übersteigen) das Risiko einer Haftung bei einer Betriebsprüfung abgeschwächt, soweit er bei einer Wertung der Tätigkeit als geringfügige Beschäftigung zum Teil von der Versicherungspflicht befreit wäre.
- Für geringfügig beschäftigte Arbeitnehmer, die die Regelaltersgrenze für die Rente erreicht haben (Altersrentner), gibt es aktuell eine Befreiung von der Versicherungspflicht für die Krankenversicherung und für die Rentenversicherung, soweit sie sich für letztere nicht freiwillig weiterversichern (was sie dem Arbeitgeber aber anzeigen müssen). Für die Arbeitslosenversicherung wie auch die Rentenversicherung hat der Arbeitgeber aber seinen Arbeitgeberanteil zu zahlen. Rechtssicher ist ein Honorarvertrag aber auch hier dann, wenn Altersrentner mit einer nur sehr geringen Stundenzahl arbeiten, keine Indikatoren für eine **betriebliche Eingliederung** vorliegen und die Tätigkeit **in unternehmerischer Freiheit ausgeübt** wird.
- b) Ein etwas geringeres Risiko kann auch bei einer Nebentätigkeit auf Honorarbasis eines ansonsten in Vollzeit sozialversicherungspflichtigen Beschäftigten (z. B. **Orchester-musiker**) vorliegen. Voraussetzung ist jedoch auch hier zunächst, dass die Geringfügigkeitsgrenze nicht überschritten wird, damit nicht ggf. die Pflicht besteht, Beiträge in die Rentenversicherung einzuzahlen.
- Für einen rechtssicheren Honorarvertrag ist auch hier entscheidend, dass keine Indikatoren für eine **betriebliche Eingliederung** vorliegen und die Tätigkeit **in unternehmerischer Freiheit ausgeübt** wird.

**17) Ist der bei „Kultur macht stark. Bündnisse für Bildung“ zur Verfügung gestellte Muster-Honorarvertrag rechtlich unproblematisch?**

- a) Der Honorarvertrag im Rahmen einer zeitlich befristeten Maßnahme beim Projekt „Kultur macht stark“ ist nur denkbar bei einer sehr geringen Unterrichtsleistung pro Woche, im Muster lediglich zwei Unterrichtseinheiten. Dabei darf **mit demselben Vertragspartner** nur **eine** Unterrichtsleistung vereinbart werden. Es handelt sich danach von vornherein um eine nur geringfügige (und kurzfristige) Beschäftigung, die von einem TVöD-Arbeitsverhältnis in § 1 Abs. 2 m TVöD-AT ausdrücklich ausgenommen ist. Eine solche Beschäftigung liegt vor, wenn sie innerhalb eines Kalenderjahres auf längstens drei Monate oder 70 Arbeitstage nach ihrer Eigenart begrenzt zu sein pflegt oder im Voraus vertraglich begrenzt ist. Die Zahl von 70 Arbeitstagen wird im Befristungszeitraum des Muster-Honorarvertrages unterschritten.
- b) Darüber hinaus handelt es sich in diesem Fall nur um eine sehr geringe Unterrichtsverpflichtung, bei der keine Eingliederung in die Organisationsstruktur der Musikschule möglich ist; einer Honorarkraft verbleiben dabei vielfältige Möglichkeiten unternehmerisch tätig zu sein.
- c) Bei mehreren zeitlich befristeten Maßnahmen und damit weiteren Honorarverträgen mit demselben Auftraggeber ist zu prüfen, inwieweit noch rechtswirksame Honorarverträge geschlossen werden können oder diese rechtsunwirksam sind.

**18) Ist ein Honorarvertrag für eine lediglich kurze Vertretung möglich?**

Bei einer nur kurzen Vertretung ist ein Honorarvertrag unbedenklich, sofern von vornherein klar ist, dass die Vertretung nur für diesen Einzelfall und für eine lediglich kurze Zeit (zwei bis drei Wochen) besteht. Bei längerfristiger Vertretung (z. B. Elternzeit) handelt es sich aber nicht mehr um eine kurzfristige Vertretung. Für solche Fälle gibt es die Möglichkeit einer befristeten Anstellung mit Sachgrundbefristung nach § 14 Abs. 1 Teilzeitbefristungsgesetz (s. o. unter II 10).

Dasselbe gilt auch für einen Pool an Ersatzlehrkräften oder sog. Springer. Sind diese nicht nur für einen Einzelfall und für kurze Zeit (zwei bis drei Wochen) für die Musikschule tätig, ist ein Honorarvertrag nicht mehr möglich.

Denn wird eine Honorarkraft länger für die Musikschule tätig, besteht die Möglichkeit, dass diese Lehrkraft bei einer Statusfeststellung unbefristet beschäftigt werden muss.

#### IV) Maßstäbe für die Abgrenzung zwischen Angestellten und Selbständigen in der gelebten Praxis

➔ **Wichtig:** Ein Honorarvertrag muss den o. g. Indikatoren der **fehlenden betrieblichen Eingliederung** entsprechen und die Tätigkeit muss **in unternehmerischer Freiheit ausgeübt** werden.

- 1) Dies ist jedoch allein nach der Rechtsprechung des Bundesozialgerichts („Herrenberg-Urteil“) nicht ausreichend. Denn es kommt ebenso auf die **in der Praxis konkret gelebte Arbeitssituation** an. Wenn also die gelebte Praxis im Musikschulalltag nicht den Voraussetzungen für ein rechtswirksames Honorarvertragsverhältnis entspricht, sondern es eine Verfahrensähnlichkeit zu den angestellten Lehrkräften gibt, wird das Honorarvertragsverhältnis bei einer sozialversicherungsrechtlichen Prüfung nicht als rechtswirksam anerkannt werden.
- 2) Indikatoren für eine mangelnde Selbstständigkeit sind z. B., wenn eine Lehrkraft
  - einen Stundenplan befolgen muss,
  - Unterrichtsnachweise führen muss,
  - In die Kommunikationssysteme der Musikschule eingebunden ist,
  - zur Nutzung einer Musikschul-App verpflichtet wird,
  - im Team mit angestellten Lehrkräften arbeitet,
  - bestimmte Räume zu nutzen hat
  - oder zu Krankmeldungen verpflichtet ist.

➔ **Wenn Sie weitere Fragen haben, die in diesem Papier nicht behandelt werden, senden Sie uns diese bitte zu an [vdm@musikschulen.de](mailto:vdm@musikschulen.de).**