

**Gutachten**  
**zu flexiblen Arbeitszeitregelungen bei Musikschullehrkräften**  
**an den Musikschulen des Landes Berlin**

**I. Auftrag**

Der Präsident des Abgeordnetenhauses von Berlin hat aufgrund einer entsprechenden Bitte der Fraktion der AfD den Wissenschaftlichen Parlamentsdienst mit der Erstellung eines Gutachtens zu Rechtsfragen in Bezug auf vertragliche Vereinbarungen mit Honorarkräften an den Musikschulen des Landes Berlin beauftragt.

Im Einzelnen bittet die Fraktion um Begutachtung folgender Fragen:

1. Wir bitten um Prüfung der rechtlichen Voraussetzung, inwiefern es möglich ist, als Honorarkraft auch bei geringer Stundenzahl einen Festvertrag mit einer Musikschule zu schließen und die Arbeitszeit – dies ist der entscheidende Punkt – flexibel zu erhöhen.
2. Welche rechtlichen Möglichkeiten gibt es derzeit, um solch ein Sockel-Flex-Modell umzusetzen bzw. welche rechtlichen Veränderungen müssten geschaffen werden, um dies künftig zu ermöglichen?
3. Welche Hürden stehen einem Sockel-Flex-Modell rechtlich im Wege? Welche Bemühungen gab es seitens der Legislative, ein Sockel-Flex-Modell zu ermöglichen?
4. Inwieweit kann ein Sockel-Flex-Modell über die Anordnung von Überstunden umgesetzt werden?
5. Wäre es möglich, ein Sockel-Flex-Modell über das Teilzeit- und Befristungsgesetz – TzBfG – respektive nach § 12 (Arbeit auf Abruf) umzusetzen? Kann die Höchstgrenze von 25% umgangen werden, sofern dies dem ausdrücklichen Wunsch der Arbeitnehmer entspricht?

Die Gutachten des Wissenschaftlichen Parlamentsdienstes sind urheberrechtlich geschützt. Die weitere Verarbeitung, Verbreitung oder Veröffentlichung – auch auszugsweise – ist nur unter Angabe der Quelle zulässig. Jede Form der kommerziellen Nutzung ist untersagt.

6. Inwiefern ist es rechtlich möglich, als Arbeitnehmer mit einem Festvertrag mit geringer Stundenzahl mit demselben Arbeitgeber einen flexiblen Zusatzvertrag zu schließen?
7. Wie kann das Rechtsverhältnis konkret ausgestaltet werden, wenn ein flexibler Zusatzvertrag für weitere Stunden, die im Gegensatz zum Sockelgehalt nicht sozialabgabenpflichtig sein sollen, geschlossen wird?
8. Wie kann das Rechtsverhältnis konkret ausgestaltet werden, wenn ein flexibler Zusatzvertrag für weitere Stunden, die ebenso sozialabgabenpflichtig sein sollen, geschlossen wird?
9. Insofern es sich um ein Mischverhältnis aus Sockelgehalt und flexiblem Zusatzvertrag handelt, inwiefern kann dann die Weisungsbefugnis zum Tragen kommen?
10. Insofern es sich um ein Mischverhältnis aus Sockelgehalt und flexiblem Zusatzvertrag handelt, welche Folgen ergeben sich für die Anwendung des Arbeitnehmerschutzrechts?

## **II. Gutachten**

### **1. Einleitung**

Es ist zusammenfassend zu prüfen, welche Möglichkeiten das Land Berlin als Arbeitgeber hat, Arbeitsverträge mit Musikschullehrkräften abzuschließen, bei denen auch ein geringes Arbeitszeitvolumen flexibel erhöht werden kann.

In diesem Zusammenhang kommen zwei Varianten der vertraglichen Ausgestaltung der Beschäftigungsverhältnisse in Betracht. In beiden Fällen bildet der Arbeitsvertrag über eine Unterrichtstätigkeit im Arbeitnehmersverhältnis die vertragliche Grundlage für ein festes - wenn auch ggf. geringes - Arbeitszeitvolumen.

Für die Vereinbarung über eine zusätzliche, flexible Arbeitszeit kann zum einen ebenfalls der Arbeitsvertrag eine vertragliche Grundlage bilden. In der zweiten Variante wird zusätzlich zum Arbeitsvertrag ein sog. Honorarvertrag über freie Mitarbeit abgeschlossen, dessen Rechtsverhältnis regelmäßig dem Dienstvertragsrecht unterliegt.

Die Abgrenzung zwischen einem Arbeitsverhältnis und freier Mitarbeit im Rahmen selbständiger Tätigkeit stellt die Weichen zur Bestimmung des anwendbaren Vertragsregimes

sowie der daran anknüpfenden tarifvertraglichen und gesetzlichen Bestimmungen und Rechtsfolgen.

## **2. Abgrenzung zwischen Arbeitnehmertätigkeit und selbständiger Tätigkeit**

Die arbeitsrechtliche Definition des Arbeitnehmers und des Arbeitsvertrages bestimmt sich nach den von der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) anerkannten Grundsätzen, die nunmehr in § 611a Abs. 1 BGB<sup>1</sup> niedergelegt sind<sup>2</sup>:

*„Durch den Arbeitsvertrag wird der Arbeitnehmer im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen. Weisungsgebunden ist, wer nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Für die Feststellung, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt, ist eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen. Zeigt die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, kommt es auf die Bezeichnung im Vertrag nicht an.“*

Nach dieser Definition zeichnet sich der Arbeitsvertrag, der ein Unterfall des Dienstvertrages ist, durch weisungsgebundene, fremdbestimmte Arbeit in persönlicher Abhängigkeit aus (vgl. § 611a Abs. 1 S. 1 BGB). Die persönliche Abhängigkeit ist anzunehmen, wenn die Einbindung in eine fremde Arbeitsorganisation vorliegt, die sich regelmäßig im Weisungsrecht in zeitlicher, örtlicher und fachlicher Hinsicht zeigt (vgl. § 611a Abs. 1 S. 2 BGB und § 106 GewO<sup>3</sup>).<sup>4</sup> Hingegen liegt eine freie, selbständige Tätigkeit vor, wenn der Leistende im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann (vgl. § 611a Abs. 1 S. 3 BGB und § 84 Abs. 1 S. 2 HGB<sup>5</sup>). Bei der Abgrenzung kommt es auf die Gesamtbetrachtung aller Umstände und auf die tatsächliche Vertragsdurchführung, d.h. die praktische Handhabung, an (§ 611a Abs. 1 S. 5, 6 BGB).

---

<sup>1</sup> Bürgerliches Gesetzbuch i. d. F. v. 02.01.2002 (BGBl. 2002 I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), zuletzt geändert durch das Gesetz v. 20.07.2017 (BGBl. I S. 2787).

<sup>2</sup> Vgl. Gesetzesbegründung zu § 611a BGB in BT-Drs. 18/9232, S. 4, 18.

<sup>3</sup> Gewerbeordnung i. d. F. v. 22.02.1999 (BGBl. I S. 202), zuletzt geändert durch das Gesetz v. 17.10.2017 (BGBl. I S. 3562).

<sup>4</sup> Weidenkaff, in: Palandt, 77. Aufl. 2018, BGB § 611a Rn 3 *m.w.N. Rspr.*; Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 18. Aufl. 2018, BGB § 611a Rn 32 *m.w.N. Rspr.*

<sup>5</sup> Handelsgesetzbuch i. d. ber. F. (BGBl. III, 4100-1), zuletzt geändert durch das Gesetz v. 10.07.2018 (BGBl. I S. 1102).

Fehlt es nach den dargestellten Kriterien an dem erforderlichen Grad der persönlichen Abhängigkeit i.S.d. § 611a Abs. 1 BGB, liegt kein Arbeitsvertrag vor, es sei denn, ein solcher wurde ausdrücklich vereinbart.<sup>6</sup> Die freie, selbständige Mitarbeit kann insbesondere nach Dienstvertragsrecht zu behandeln sein. Durch den Dienstvertrag wird derjenige, welcher Dienste zusagt, zur Leistung der versprochenen Dienste, der andere Teil zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet (§ 611 Abs. 1 BGB).

Die Einordnung als Arbeitsvertrag richtet sich nicht nach den Wünschen und Vorstellungen der Vertragspartner, sondern nach dem objektiven Geschäftsinhalt. Denn die Parteivereinbarung kann weder die Bewertung einer Rechtsbeziehung als Arbeitsverhältnis abbedingen noch den Geltungsbereich des Arbeitnehmerschutzrechts einschränken<sup>7</sup>, indem etwa Dienst- oder Werkvertragsgestaltungen verwendet werden, obwohl abhängige Tätigkeit vorliegt.<sup>8</sup>

Für den schulischen Bereich hat das BAG seine Kriterien für die Abgrenzung der abhängigen von der selbständigen Tätigkeit in typologischer Betrachtung konkretisiert. Maßgeblich ist, wie intensiv die Lehrkraft in den Unterrichtsbetrieb eingebunden ist, in welchem Umfang sie den Unterrichtsinhalt, die Art und Weise der Unterrichtserteilung, ihre Arbeitszeit und die sonstigen Umstände der Dienstleistung mitgestalten und inwieweit sie zu Nebenarbeiten herangezogen werden kann.<sup>9</sup>

Im Unterschied zu Lehrkräften an allgemeinbildenden Schulen, die in der Regel als Arbeitnehmer beschäftigt sind, kann die Tätigkeit einer Lehrkraft an einer Musikschule sowohl in einem Arbeitsverhältnis als auch in freier Mitarbeit erbracht werden, so das BAG.<sup>10</sup> Deshalb sei im Rahmen der Gesamtabwägung auch die Entscheidung der Vertragsparteien für einen bestimmten Vertragstypus zu berücksichtigen.<sup>11</sup> Diese Wertung weicht den oben dargestellten Grundsatz auf, nach dem es auf den objektiven Geschäftsinhalt ankommt.

Musikschullehrkräfte sind nach Auffassung des BAG Arbeitnehmerinnen bzw. Arbeitnehmer, wenn die Parteien dies vereinbart haben oder im Einzelfall festzustellende Umstände hinzutreten, die auf den erforderlichen Grad persönlicher Abhängigkeit schließen lassen.<sup>12</sup>

---

<sup>6</sup> Weidenkaff, in: Palandt, 77. Aufl. 2018, BGB § 611a Rn 2 *m.w.N. Rspr.*

<sup>7</sup> Vgl. BAG 24.06.1992, 5 AZR 384/91 Rn 12 juris.

<sup>8</sup> Weidenkaff, in: Palandt, 77. Aufl. 2018, BGB § 611a Rn 1.

<sup>9</sup> BAG 17.10.2017, 9 AZR 792/16 = BeckRS 2017, 140191 Rn 13;

BAG 20.01.2010, 5 AZR 106/09 = AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 120 Rn 19.

<sup>10</sup> StRspr., z. B. BAG 24.06.1992, 5 AZR 384/91 Ls. 2a;

BAG 21.11.2017, 9 AZR 117/17 = NJW 2018, 1194 Rn 24.

<sup>11</sup> BAG 17.10.2017, 9 AZR 792/16, a.a.O., Rn 19;

BAG 09.06.2010, 5 AZR 332/09, a.a.O., Rn 19.

<sup>12</sup> BAG 26.07.2017, 9 AZR 851/16 = AP BGB § 611 Lehrer, Dozenten Nr. 193 Rn 18  
und *Parallelsache* BAG 27.06.2017, 9 AZR 852/16 = BeckRS 2017, 128539 Rn 19.

Solche Umstände können etwa in dem Recht des Schulträgers liegen, die zeitliche Lage der Unterrichtsstunden einseitig zu bestimmen oder das Rechtsverhältnis umfassend durch eine einseitig erlassene Dienstanweisung zu regeln, den Unterrichtsgegenstand oder Art und Ausmaß der Nebenarbeiten einseitig festzulegen, eine intensivere Kontrolle des Unterrichts durchzuführen oder sonstige Weisungsrechte in Anspruch zu nehmen.<sup>13</sup> Konkret reiche es für eine zeitliche Weisungsbindung nicht schon aus, wenn Räumlichkeiten durch den Schulträger nur zeitlich beschränkt zur Verfügung gestellt werden, sofern die Zeitspanne dennoch erheblichen Spielraum für die Lehrkraft zulässt. Auch in örtlicher Hinsicht reiche es für ein Weisungsrecht nicht aus, wenn der Unterricht in den Räumen des Schulträgers erteilt wird. Die fachliche Weisungsbindung ergebe sich nicht schon daraus, dass der Unterricht unter Beachtung der Lehrpläne des Verbands deutscher Musikschulen e. V. (VdM) zu erteilen ist, da diese lediglich empfehlend seien.<sup>14</sup>

Im Sozialversicherungsrecht verläuft die Abgrenzung zwischen abhängiger und selbständiger Tätigkeit bei Musikschullehrkräften nach aktueller Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) im Wesentlichen parallel. Gemäß § 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV<sup>15</sup> liegt Beschäftigung bei nichtselbständiger Arbeit vor, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers (§ 7 Abs. 1 S. 2 SGB IV). Das BSG hat in einer aktuellen Entscheidung zur Lehrtätigkeit an einer städtischen Musikschule ebenso wie das BAG an den Grad der persönlichen Abhängigkeit angeknüpft. Diese setzt eine betriebliche Eingliederung und umfassende Weisungsbindung voraus und beurteilt sich nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung.<sup>16</sup> So geht das BSG unter Bezugnahme auf BAG-Rechtsprechung davon aus, dass die Tätigkeit von Lehrkräften an einer Musikschule je nach Ausgestaltung der Beziehungen zur Schule sowohl in abhängiger Beschäftigung als auch in selbständiger Tätigkeit erbracht werden kann.<sup>17</sup> Zwar hätten es die Vertragsparteien nicht in der Hand, die kraft öffentlichen Rechts angeordnete Sozialversicherungspflicht durch ihre Vertragstypenwahl auszuschließen, dennoch sei der Parteiwille ein gewichtiges Indiz, wenn nicht etwa ein erhebliches Ungleichgewicht der Verhandlungspositionen erkennbar ist. Konkret ließ sich in dem entschiedenen Fall u. a. aus der Festlegung von Rahmenzeiten für den Unterricht, der Zuweisung der Räume, des VdM-Lehrplanwerks als Grundlage für den

---

<sup>13</sup> BAG 17.10.2017, 9 AZR 792/16, a.a.O., Rn 13 *m.w.N.*

<sup>14</sup> BAG 21.11.2017, 9 AZR 117/17 = NJW 2018, 1194 Rn 31, 36, 40.

<sup>15</sup> Sozialgesetzbuch (SGB) Viertes Buch (IV) - Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung v. 23.12.1976 (BGBl. I S. 3845), v. 12.11.2009 (BGBl. I 3710, 3973; 2011 I 363), zuletzt geänd. d. Gesetz v. 18.07.2017 (BGBl. I 2757).

<sup>16</sup> BSG 14.03.2018, B 12 R 3/17 = BeckRS 2018, 7706 Rn 12, (vgl. *Vorinstanz*: LSG NRW 06.07.2016, L 8 R 761/14).

<sup>17</sup> BSG 14.03.2018, B 12 R 3/17, a.a.O., Rn 13, 17, 21.

Unterricht und auch der Zuteilung der Musikschüler durch die Schule kein für die persönliche Abhängigkeit ausreichendes Weisungsrecht der Schule ableiten.<sup>18</sup>

In der Literatur wird die Verneinung der Weisungsbefugnisse in den oben geschilderten Fällen als nicht praxisgerecht und die Einordnung von Musikschullehrkräften als selbständige, freie Mitarbeitende durch das BAG und das BSG als zu weitgehend angesehen. Unter anderem wird angeführt, dass der Parteiwille arbeitsrechtlich allenfalls dann zu berücksichtigen wäre, wenn ein Beschäftigter die echte Wahl zwischen zwei Vertragstypen hat. Vielmehr seien die Weisungsbindung, betriebliche Eingliederung und unternehmerische Entscheidungsfreiheit zu berücksichtigen.<sup>19</sup> Sozialversicherungsrechtlich spiele die indizielle Wirkung des Parteiwillens bei der Statusbeurteilung kaum eine Rolle, zumal die Verträge von den Musikschulen regelmäßig vorformuliert würden. Dies wird vor allem unter dem teleologischen Aspekt der sozialen Schutzbedürftigkeit als kritisch bewertet.<sup>20</sup>

Auch wenn die Literatur nach der hier vertretenen Auffassung überzeugende Argumente anbringt, wäre zur möglichst rechtssicheren Abgrenzung zwischen einem Arbeitsverhältnis und freier Mitarbeit die dargestellte höchstrichterliche Rechtsprechung jedenfalls deshalb als Richtschnur heranzuziehen, weil das BAG sich in mehreren aktuellen Entscheidungen mit Musikschullehrkräften des Landes Berlin beschäftigt und auch das BSG jüngst an diese Rechtsprechung angeknüpft hat.<sup>21</sup>

### **3. Ableitung der Rechtsgrundlagen und Rechtsfolgen aus der Abgrenzung**

#### a) Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer

Bei Lehrkräften an Musikschulen, die in einem Angestelltenverhältnis zum Land Berlin als Arbeitgeber stehen, bildet ein Arbeitsvertrag gemäß § 611a BGB die vertragliche Grundlage. Auf diesen findet neben dem allgemeinen Arbeitsrecht das Tarifrecht des öffentlichen Dienstes Anwendung. In erster Linie ist der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L) einschließlich der Entgeltordnung sowie der ergänzenden Tarifverträge anzuwenden.<sup>22</sup> Die tariflichen Normen erfahren ihre Geltung grundsätzlich nach § 4 TVG.<sup>23</sup>

---

<sup>18</sup> BSG 14.03.2018, B 12 R 3/17, a.a.O., Rn 19, 20.

<sup>19</sup> Wank, Anm. zu BAG 26.07.2017, 9 AZR 851/16, a.a.O., *m.w.N. Rspr. EuGH, BSG, Lit.*

<sup>20</sup> Knospe, in: NZS 2018, 470 Anm. zu BSG 14.03.2018, B 12 R 3/17, a.a.O.

<sup>21</sup> Vgl. BSG 14.03.2018, B 12 R 3/17 R = BeckRS 2018, 7706 Rn 17, 21  
*mit Verweis auf* BAG 17.10.2017, 9 AR 792/16; BAG 27.06.2017, 9 AZR 851/16;  
BAG 27.06.2017, 9 AZR 852/16, jeweils a.a.O.

<sup>22</sup> TV-L v. 12.10.2006, in der Fassung des Änderungsstarifvertrages Nr. 9 v. 17.02.2017  
in der für das Land Berlin nach dem Tarifvertrag zur Überleitung der Beschäftigten des

Den gesetzlichen Rahmen für Arbeitsverträge bilden im Wesentlichen neben §§ 611ff BGB die allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätze in §§ 105ff GewO, zahlreiche spezialgesetzliche Schutznormen auf Bundesebene<sup>24</sup> und europarechtliche Vorgaben.<sup>25</sup> Personen, die gegen Arbeitsentgelt abhängig beschäftigt sind, unterliegen in sämtlichen Zweigen der Sozialversicherung der Versicherungspflicht.<sup>26</sup> Im Hinblick auf angestellte Teilzeitkräfte sind z. B. das Benachteiligungsverbot gegenüber Vollzeitkräften aus § 4 TzBfG und weitere besondere Regelungen zu berücksichtigen (vgl. § 6ff, 22f TzBfG, § 11 TV-L).

## b) Freie Mitarbeitende

Vertragliche Grundlage für die freie Mitarbeit, die nicht in persönlicher Abhängigkeit erbracht wird, bildet bei unterrichtenden Lehrkräften regelmäßig ein Dienstvertrag gemäß § 611 BGB. In einem Dienstvertrag können die speziellen arbeitnehmerschützenden Normen zu Lasten der Dienstverpflichteten abbedungen werden bzw. finden keine Anwendung.

Der Bildungsauftrag und die Aufgaben der Musikschulen sind in § 124 SchulG Bln<sup>27</sup> definiert. Die Musikschulen werden von den Bezirken unterhalten (§ 124 Abs. 1 S. 1, 2 SchulG Bln). Die Musikschulen der Bezirke schließen die entgeltlichen Verträge zwischen den Musikschülern und dem Land Berlin und die Verträge mit freien Mitarbeitenden über Musikschulunterricht, Veranstaltungen, Prüfungen und sonstige Tätigkeiten auf Grundlage der gemäß § 128 SchulG Bln<sup>28</sup> erlassenen AV Honorare MuS.<sup>29</sup> Die Ziff. 3 AV Honorare MuS empfiehlt für den Abschluss von Rahmenvereinbarungen mit Honorarkräften das Muster für einen sog. Honorarvertrag in Anlage 1. Umfang und Art der zu erbringenden Leistungen

---

Landes Berlin in das Tarifrecht der TdL (TV Wiederaufnahme Berlin) v. 12.12.2012 und nach dem Tarifvertrag zur Regelung des Wiedereintritts des Landes Berlin in die Tarifgemeinschaft deutscher Länder (TdL) (TV Wiedereintritt Berlin) v. 12.12.2012 maßgebenden Fassung; Tarifvertrag zur Regelung der Eingruppierung der Musikschullehrkräfte des Landes Berlin (TV Musikschullehrkräfte Land Berlin) v. 03.05.2016.

<sup>23</sup> Tarifvertragsgesetz i.d.F. v. 25.08.1969 (BGBl. I S. 1323), zuletzt geänd. d. Gesetz v. 03.07.2015 (BGBl. I S. 1130).

<sup>24</sup> Z. B. Bundesurlaubsgesetz, Entgeltfortzahlungsgesetz, Arbeitszeitgesetz, Kündigungsschutzgesetz, Mindestlohngesetz, in den jeweils geltenden Fassungen.

<sup>25</sup> Z. B. Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 04.11.2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (ABl. Nr. L 299 S. 9).

<sup>26</sup> Vgl. § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V; § 20 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB XI; § 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI; § 25 Abs. 1 S. 1 SGB III, in den jeweils geltenden Fassungen (Stand 17.07.2018).

<sup>27</sup> Schulgesetz Berlin v. 26.01.2004 (GVBl. 2004, 26), zuletzt geänd. d. Gesetz v. 09.04.2018 (GVBl. S. 202), Gesamtausgabe gültig bis 31.07.2018.

<sup>28</sup> Vgl. nunmehr: § 124 Abs. 8 SchulG Bln.

<sup>29</sup> Ausführungsvorschriften über Honorare der Musikschulen (AV Honorare MuS) v. 10.07.2012 (Abl. S. 1750), außer Kraft seit 01.08.2017, *werden derzeit weiter angewendet.*

wird gemäß § 1 (1) des Musters zwischen der Musikschule und der Lehrkraft in Einzelaufträgen vereinbart, auf deren Erteilung die Lehrkraft keinen Anspruch hat. Über die geltenden Honorarsätze informiert die zuständige Senatsverwaltung (Ziff. 4 AV Honorare MuS).

Auch wirtschaftlich von der Honorartätigkeit abhängige Musikschullehrkräfte sind keine Arbeitnehmer. Da arbeitnehmerähnliche Personen (vgl. § 12a TVG) im rechtstechnischen Sinn nicht persönlich abhängig sind, finden arbeitsrechtliche Normen auf sie grundsätzlich keine Anwendung (z. B. KSchG), auch wenn teilweise spezielle gesetzliche Regelungen existieren (z. B. § 2 BUrlG).<sup>30</sup> In Ziff. 7 der AV Honorare MuS und § 7 des Musters in Anlage 1 sind für arbeitnehmerähnliche Personen Besonderheiten geregelt. Arbeitnehmerähnliche Personen können zudem rentenversicherungspflichtig sein (vgl. § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI).

#### **4. Zwei Varianten der vertraglichen Ausgestaltung der Beschäftigungsverhältnisse**

a) Vereinbarung eines Arbeitsvertrages mit geringem Arbeitszeitvolumen und zusätzlichem flexiblem Arbeitszeitvolumen

aa) Vereinbarung eines festen Arbeitszeitvolumens

Es ist denkbar, Arbeitsverträge auch mit einem relativ geringen Umfang der Arbeitszeit zu vereinbaren (sog. Arbeitszeitdeputat, Arbeitszeitvolumen). Sofern es sich bei der Unterrichtstätigkeit an einer Musikschule um eine weisungsgebundene, fremdbestimmte Arbeit in persönlicher Abhängigkeit i.S.d. § 611a Abs. 1 BGB handelt, kann arbeitsvertraglich eine Teilzeitbeschäftigung vereinbart werden. Teilzeitbeschäftigt ist ein Arbeitnehmer, dessen regelmäßige Wochenarbeitszeit kürzer ist als die eines vergleichbaren vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers (§ 2 Abs. 1 S. 1 TzBfG<sup>31</sup>). Eine Vollzeitbeschäftigung bemisst sich nach der durchschnittlichen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit der Tarifangestellten des Landes Berlin gemäß den einschlägigen Tarifvertragswerken.<sup>32</sup> Es liegt dabei in der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers, im Rahmen eines organisatorischen Konzepts z. B. nur mit Teilzeitstellen oder mit Vollzeitstellen zu arbeiten und dies innerbetrieblich umzusetzen.<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> Im Einzelnen: Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, a.a.O., BGB § 611a Rn 80ff; Müller-Glöge, in: Münch. Komm. zum BGB, 7. Aufl. 2016, BGB § 611 Rn 218.

<sup>31</sup> Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (Teilzeit- und Befristungsgesetz) v. 21.12.2000 (BGBl. I S. 1966), zuletzt geänd. d. Gesetz v 20.12.2011 (BGBl. I S. 2854).

<sup>32</sup> Vgl. § 6 TV-L und § 4 TV Wiederaufnahme Berlin.

<sup>33</sup> Vgl. Künzl, in: Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 5. Aufl. 2017, KSchG § 2 Rn 249f *m.w.N. Rspr.*



Im Rahmen der tarifvertraglichen und gesetzlichen Vorgaben für Arbeitszeiten (z. B. ArbZG) kann das Arbeitszeitvolumen individualvertraglich grundsätzlich frei vereinbart werden. Eine tarifliche Festlegung des Mindestarbeitszeitdeputats von Teilzeitbeschäftigten ist nicht zulässig.<sup>34</sup> Auch das TzBfG schreibt für die Teilzeitbeschäftigung keinen Mindestumfang für die Vereinbarung des Arbeitszeitvolumens vor.<sup>35</sup> Allerdings hat das BAG die in § 12 Abs. 1 S. 3 TzBfG genannten zehn Stunden dazu herangezogen, die üblicherweise für den Abschluss eines Teilzeitarbeitsvertrages in Betracht kommende wöchentliche Arbeitszeit zu bestimmen. Ab dieser Schwelle komme typisierend ein Teilzeitarbeitsverhältnis ernsthaft in Betracht.<sup>36</sup>

Damit kann der Arbeitsvertrag grundsätzlich das Arbeitszeitvolumen auch mit einer geringen Stundenanzahl festlegen. Ab einem Umfang von zehn Wochenstunden wäre regelmäßig von Teilzeitbeschäftigung auszugehen. Im Hinblick auf das Interesse des Arbeitgebers, wirksam eine Flexibilisierung der Dauer der Arbeitszeit zu erreichen, könnte die Vereinbarung eines geringen festen Arbeitszeitvolumens unter Umständen jedoch nicht sinnvoll sein (siehe hierzu sogleich).

#### bb) Vereinbarung eines flexiblen Arbeitszeitvolumens

##### (1) Nebeneinander von zwei Arbeitsverträgen

Die Vereinbarung eines zusätzlichen Arbeitszeitvolumens in einem zweiten Arbeitsvertrag erscheint fernliegend und ist mit erheblichen Risiken verbunden. Ein Arbeitnehmer kann zwar mehrere Arbeitsverhältnisse zu ein und demselben Arbeitgeber eingehen.<sup>37</sup> Bei einer beiderseitigen Tarifbindung der Parteien findet jedoch § 2 Abs. 2 TV-L Anwendung. Danach dürfen mehrere Arbeitsverhältnisse zu demselben Arbeitgeber nur begründet werden, wenn die jeweils übertragenen Tätigkeiten nicht in einem unmittelbaren Sachzusammenhang stehen. Anderenfalls gelten sie als ein Arbeitsverhältnis. Aufgrund dieser Fiktion erscheint es ausgeschlossen, zwei Arbeitsverträge abzuschließen, die in beiden Fällen Unterrichtstätigkeiten und damit in Zusammenhang stehende Tätigkeiten an einer Musikschule erfassen sollen. Im Übrigen dürfte dies auch zu sozialversicherungsrechtlichen und steuerrechtlichen Problemen führen. Im Ergebnis wäre daher ein einheitliches Arbeitsverhältnis für die in Betracht kommenden Vertragsgestaltungen zu Grunde zu legen.

---

<sup>34</sup> Schüren, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1, Individualarbeitsrecht, 4. Auflage 2018 § 50 Rn 109 *m.w.N.*

<sup>35</sup> Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 18. Auflage 2018, TzBfG § 12 Rn 15.

<sup>36</sup> BAG 23.03.2016, 7 AZR 828/13 = AP BGB § 307 Nr. 73 Rn 55.

<sup>37</sup> Vgl. nur BAG 17.10.2017, 9 AZR 792/16, a.a.O., Rn 30.

## (2) Arbeit auf Abruf

Zusätzlich zu einer vereinbarten Mindestarbeitszeit in Teilzeitbeschäftigung (siehe oben) kann - im Rahmen eines einheitlichen Arbeitsverhältnisses - eine flexible Arbeitszeitgestaltung vereinbart werden. Die Lage der Arbeitszeit kann unterschiedlich flexibilisiert werden (z. B. Schichtmodelle, Gleitzeitsysteme, Arbeitszeitkonten).<sup>38</sup> Im Unterschied hierzu ist die Dauer der Arbeitszeit (das Arbeitszeitvolumen) nur in engen Grenzen flexibel vereinbar. Den Ausgangspunkt bildet § 12 TzBfG.

Gemäß § 12 Abs. 1 S. 1 TzBfG können Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbaren, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung entsprechend dem Arbeitsanfall zu erbringen hat (Arbeit auf Abruf). Diese Vereinbarung muss eine bestimmte Dauer der wöchentlichen und täglichen Arbeitszeit festlegen (§ 12 Abs. 1 S. 2 TzBfG). Der 5. Senat des Bundesarbeitsgerichts (BAG) hat die Bestimmung dahingehend ausgelegt, dass bei Abrufarbeit lediglich eine Mindestdauer vertraglich vereinbart werden muss. Darüber hinaus können die Vertragsparteien wirksam vereinbaren, dass der Arbeitnehmer Arbeit auf Abruf leisten muss.<sup>39</sup> Wenn die vom Arbeitgeber einseitig abrufbare Arbeitsleistung jedoch mehr als 25% der vereinbarten wöchentlichen Mindestarbeitszeit beträgt, liegt darin eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers. Dadurch ist die Arbeitszeitregelung unwirksam und im Wege ergänzender Vertragsauslegung neu zu ermitteln.<sup>40</sup>

Die Angemessenheitsprüfung folgte in der grundlegenden Entscheidung des BAG nicht aus § 12 TzBfG, sondern aus der Inhaltskontrolle nach AGB-Recht (§ 307 BGB), der unter Berücksichtigung der arbeitsrechtlichen Besonderheiten vorformulierte Arbeitsverträge unterliegen (§ 310 Abs. 4 S. 2 BGB). Gemäß § 307 Abs. 1 S. 1 BGB sind Bestimmungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Dies liegt im Zweifel vor, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Das BAG hat in dem Fall entschieden, dass der Arbeitgeber mit einem arbeitsvertraglich eingeräumten Recht, die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit von 30 auf bis zu 40 Stunden einseitig zu erhöhen, einen Teil seines Wirtschaftsrisikos auf den Arbeitnehmer verlagert, was von der gesetzlichen Wertung des § 615 BGB abweicht.<sup>41</sup> Die Möglichkeit einer jederzeitigen Anforderung der Arbeitsleistung würde eine andere, wirtschaftlich sinnvolle Nutzung der freien Zeit durch den Arbeitnehmer ausschließen. Da-

---

<sup>38</sup> Im Einzelnen: Wank, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, a.a.O., ArbZG § 3 Rn 18ff; vgl. Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, a.a.O., TzBfG § 12 Rn 8ff.

<sup>39</sup> BAG 07.12.2005, 5 AZR 535/04 = NZA 2006, 423 Rn 29f.

<sup>40</sup> BAG 07.12.2005, 5 AZR 535/04, a.a.O., Rn 44ff.

<sup>41</sup> BAG 07.12.2005, 5 AZR 535/04, a.a.O., Rn 19ff, Rn 36ff.

bei ist zu berücksichtigen, dass im Arbeitsvertrag die Erbringung der Arbeitsleistung im unmittelbaren Gegenseitigkeitsverhältnis mit dem dafür geschuldeten Entgelt steht. Folglich kann das Schwanken der an das Arbeitszeitvolumen anknüpfenden Vergütung die angestellte Person übermäßig belasten.

Eine Inhaltskontrolle nach AGB-Recht kommt auch in Betracht, wenn ein öffentlicher Arbeitgeber vorformulierte Vertragsbedingungen stellt, jedenfalls wenn er unternehmerisch tätig wird.<sup>42</sup> Wenn das Land Berlin in Zusammenhang mit dem entgeltlichen Unterrichtsangebot der Musikschulen gegenüber den Lehrkräften vorformulierte Arbeitsverträge verwendet, die von Tarifverträgen, Betriebs- und Dienstvereinbarungen abweichen oder diese ergänzen, unterliegen sie der Inhaltskontrolle nach AGB-Recht (vgl. §§ 310 Abs. 4 S. 3, 307 Abs. 3 BGB). Bei anderen Bestimmungen ist die Kontrolle auf das Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB) beschränkt.<sup>43</sup> Eine arbeitsvertragliche Flexibilisierung des Arbeitszeitvolumens über die von der Rechtsprechung vorgegebene 25% - Grenze hinaus wäre deshalb bei angestellten Musikschullehrkräften des Landes Berlin rechtlich problematisch. Nach der BAG-Rechtsprechung ist das Interesse des Arbeitgebers an einer Flexibilisierung der Arbeitszeitdauer und das Interesse des Arbeitnehmers an einer festen Regelung der Arbeitszeit und der sich daraus ergebenden Arbeitsvergütung in einen angemessenen Ausgleich zu bringen. Hinsichtlich der einvernehmlichen Änderung des Arbeitszeitvolumens vgl. unten (5).

Will also der Arbeitgeber ein relativ hohes Maß an Flexibilität erreichen, darf er mit dem Arbeitnehmer keine allzu niedrige Mindestarbeitszeit vereinbaren.<sup>44</sup> Hinsichtlich der darüber hinaus vereinbarten flexiblen Abrufarbeit besteht aus den dargelegten Gründen keine Veranlassung, von der vom BAG vorgegebenen Höchstgrenze von 25 % der Mindestarbeitszeit abzuweichen.

### (3) Einseitiges Leistungsbestimmungsrecht

Der 9. Senat des BAG hat in Zusammenhang mit der Altersteilzeit eines bei dem Freistaat Sachsen angestellten Lehrers angenommen, dass in einem Formulararbeitsvertrag ein erweitertes Leistungsbestimmungs- bzw. Direktionsrecht des Arbeitgebers gemäß § 106 GewO, § 315 BGB mit dem Inhalt vereinbart werden kann, die Wochenarbeitszeit sogar um bis zu 75% der Mindestarbeitszeit schuljahresbezogen befristet nach Bedarf und billigem Ermessen zu erhöhen.<sup>45</sup>

---

<sup>42</sup> So z. B. bei BAG 14.08.2007, 9 AZR 18/07 = NZA 2008, 1194;

Vgl. Grüneberg, in: Palandt, 77. Aufl. 2018, BGB § 307 Rn 5 und § 14 Rn 2.

<sup>43</sup> Vgl. BAG 23.03.2016, 7 AZR 828/13 = AP BGB § 307 Nr. 73 Rn 46.

<sup>44</sup> BAG, 07.12.2005, 5 AZR 535/04, a.a.O., Rn 45.

<sup>45</sup> BAG 14.08.2007, 9 AZR 18/07, a.a.O., Rn 23, 38.

Für eine nach dem Maßstab des BAG wirksam im Arbeitsvertrag vereinbarte Aufstockungsmöglichkeit müssen jedoch die Voraussetzungen erfüllt sein. Zum einen darf eine formularvertragliche Abrede keine unangemessene Benachteiligung darstellen (§ 307 Abs. 1 S. 1 BGB). Ferner muss die Regelung hinreichend transparent sein (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB) und den Anlass sowie die Grenzen der Ausübung möglichst konkret angeben. Darüber hinaus muss die Ausübung des eingeräumten Rechts im konkreten Fall der Billigkeit entsprechen.<sup>46</sup> Dem vom BAG entschiedenen Fall lagen zudem besondere Umstände zu Grunde, die das Gericht als eine tatsächliche Besonderheit des Arbeitsrechts i.S.d. § 310 Abs. 4 S. 2 BGB berücksichtigt hat. Hintergrund war ein personalwirtschaftliches Gesamtkonzept des Arbeitgebers, nach dem ein Stellenabbau aufgrund eines prognostizierten gravierenden Schülerrückgangs sozialverträglich gestaltet werden sollte. Dazu lag eine Kollektivvereinbarung zwischen tariffähigen Parteien über einen Interessenausgleich vor, die nach Auffassung des Gerichts einer unangemessenen Benachteiligung entgegenstand.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die hier dargestellte rechtliche Aufstockungsmöglichkeit sich in der Praxis als schwierig handhabbar erweisen könnte, da sie von tatsächlichen Umständen abhängig ist, von denen zumindest im Regelfall nicht ausgegangen werden kann.<sup>47</sup>

#### (4) Tarifvertragliche Regelungen zum Leistungsbestimmungsrecht des Arbeitgebers

Grundsätzlich kann der Tarifvertrag von den Vorgaben des § 12 Abs. 1 und 2 TzBfG für die Arbeit auf Abruf auch zuungunsten des Arbeitnehmers abweichen (vgl. §§ 12 Abs. 3 S. 1 und 22 Abs. 1 TzBfG). Darüber hinaus unterliegen Tarifverträge nur in beschränktem Umfang der Inhaltskontrolle nach AGB-Recht (vgl. §§ 310 Abs. 4, 307 Abs. 3 BGB). Sie tragen die Vermutung ihrer materiellen Richtigkeit in sich.<sup>48</sup>

Es ist daher grundsätzlich denkbar, dass der Tarifvertrag selbst die Voraussetzungen des Leistungsbestimmungsrechts des Arbeitgebers regelt bzw. die Tarifpartner den Arbeitgeber ermächtigen, das Arbeitsdeputat einseitig zu bestimmen.<sup>49</sup> Allerdings nimmt die Literaturauffassung nach dem Schutzzweck des § 12 TzBfG an, dass sich das flexible Arbeitszeitdeputat auch dann auf eine maßvolle Bandbreitenreglung beschränken sollte. Insbesondere wäre eine Benachteiligung der Teilzeitbeschäftigten gegenüber den Vollzeitbeschäftigten unter Verweis auf das Diskriminierungsverbot (§ 4 Abs. 1 TzBfG) unzulässig.<sup>50</sup>

---

<sup>46</sup> Vgl. BAG 14.08.2007, 9 AZR 18/07, a.a.O., Rn 43f und Rn 47.

<sup>47</sup> Vgl. Kritik in Lit.: Preis, in: Erfurter Kommentar zum ArbR, a.a.O., BGB § 310 Rn 56.

<sup>48</sup> BAG 14.08.2007, 9 AZR 18/07, a.a.O., Rn 27.

<sup>49</sup> *Zum Arbeitsplatzsicherungstarifvertrag vgl.:* BAG 28.06.2001, 6 AZR 114/00.

<sup>50</sup> Vgl. Preis, in: Erfurter Kommentar zum ArbR, a.a.O., TzBfG § 12 Rn 37; Schüren, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, a.a.O., § 49 Rn 45, § 50 Rn 21.

Im Ergebnis wäre auch ein tarifvertraglich festgelegtes Direktionsrecht nicht unbegrenzt gewährleistet. Vielmehr dürften sich Regelungen zur Arbeitszeitdauer wohl an den oben dargestellten Wertungen zu Abrufarbeit und ggf. Aufstockungsmöglichkeiten orientieren.

#### (5) Einvernehmliche Änderung des Arbeitszeitvolumens durch die Vertragsparteien

Auch wenn der Arbeitgeber und die angestellte Person den Umfang der Arbeitszeit im Arbeitsvertrag langfristig fixieren, bleibt es ihnen aufgrund ihrer Vertragsfreiheit unbenommen, das ursprünglich Vereinbarte einvernehmlich abzuändern und an den Bedarf der einen oder anderen Seite anzupassen.<sup>51</sup> Findet der Arbeitseinsatz nur nach einvernehmlicher Vereinbarung statt, ist dieser zwar nicht den Schranken in § 106 GewO und § 12 TzBfG unterworfen. Wenn jedoch die Vertragsparteien schon am Anfang der Rechtsbeziehung davon ausgehen, dass eine bedarfsorientierte Festlegung der Arbeitszeit immer wieder erneut stattfinden soll, dann kann dies nach Literaturauffassung eine vertragliche Inhaltskontrolle nahelegen, bei der die Wertungen des § 12 TzBfG zu beachten sind. Denn die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sollen faktisch nicht erheblich schlechter gestellt werden, als dies der Gesetzgeber bei Arbeit auf Abruf vorgesehen hat. Der Unterschied zu einer einseitigen Leistungsbestimmung mit Billigkeitskontrolle wird deshalb als gering eingeschätzt.<sup>52</sup>

#### (6) Vereinbarung über Leistung von Überstunden

Eine Flexibilisierung des Arbeitszeitumfangs bzw. Arbeitszeitdeputats ist im Rahmen zulässiger Höchstarbeitszeiten nach ArbZG auch mit dem Mittel der Überstunden (sog. Überarbeit, Mehrarbeit)<sup>53</sup> grundsätzlich möglich. Allein aus dem Direktionsrecht (§ 106 GewO) lässt sich eine Verpflichtung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zur Leistung von Überstunden jedoch nicht ableiten. Außerhalb von betrieblichen Notfällen bedarf es daher einer ausdrücklichen arbeitsvertraglichen oder einer kollektivvertraglichen Grundlage.<sup>54</sup> Die Beschäftigten des Landes Berlin sind nach der tarifvertraglichen Regelung im Rahmen begründeter betrieblicher oder dienstlicher Notwendigkeiten zu Überstunden und Mehrarbeit verpflichtet. Bei Teilzeitbeschäftigten ist zudem eine arbeitsvertragliche Regelung oder ihre Zustimmung erforderlich (vgl. §§ 6 Abs. 5, 7 Abs. 6 und 7 TV-L Berlin).

---

<sup>51</sup> LAG RP 07.04.2011, 5 Sa 637/10 = BeckRS 2011, 74684.

<sup>52</sup> Schüren, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, a.a.O., § 44 Rn 27f, § 50 Rn 19.

<sup>53</sup> *Zur begrifflichen Diktion:* Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, a.a.O., BGB § 611a Rn 486.

<sup>54</sup> Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 18. Aufl. 2018, BGB § 611a Rn 663; Schüren, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, a.a.O., § 50 Rn 133 ff.

Eine Vereinbarung über Abrufarbeit und Teilzeitbeschäftigung schließt eine Regelung über Mehrarbeit nicht aus. Soweit die Voraussetzungen für Mehrarbeit vorliegen, kann damit der Arbeitgeber – auch bei Teilzeitbeschäftigten – die Arbeitszeit über die Grenze von 25% der Mindestarbeitszeit für die Arbeit auf Abruf hinaus noch weiter erhöhen.<sup>55</sup> Die Zulässigkeit hängt jedoch von mehreren Aspekten ab.

Bei Überstunden handelt es sich um Arbeitszeit, welche die vertraglich vereinbarte regelmäßige Arbeitszeit im Rahmen eines auf Grund bestimmter Umstände vorübergehenden, zusätzlichen Arbeitsbedarfs überschreitet. In diesem Zusammenhang sind Überstunden von der Arbeit auf Abruf abzugrenzen. Die Überarbeit muss demnach einen punktuellen situativen Bezug aufweisen, was grundsätzlich z. B. bei auf Dauer eines Schuljahres ausgerichteten Aufstockungen nicht gegeben ist.<sup>56</sup> Besteht für den Arbeitnehmer eine selbständige, nicht auf Unregelmäßigkeit oder Dringlichkeit beschränkte Verpflichtung, auf Anforderung des Arbeitgebers zu arbeiten, handelt es sich in Wirklichkeit um eine Abrede über Arbeit auf Abruf i.S.d. § 12 TzBfG.<sup>57</sup> Wenn eine formulararbeitsvertragliche Vereinbarung über die Verpflichtung zur Mehrarbeit als funktionsgleicher Ersatz für ein variables Arbeitszeitvolumen zu leisten ist, ist sie unzulässig und damit unwirksam.<sup>58</sup> Es kommt auch eine Unwirksamkeit wegen rechtsmissbräuchlicher Vertragsgestaltung in Betracht, wenn z. B. bei einer Teilzeitbeschäftigung mit niedriger vereinbarter Mindest- bzw. Sockelarbeitszeit gleichzeitig Überstunden regelmäßig angeordnet werden oder diese gar bis zur Vollzeit auffüllen.<sup>59</sup>

## b) Vereinbarung eines Arbeitsvertrages und eines zusätzlichen Dienstvertrages

### aa) Nebeneinander von abhängiger Beschäftigung und freier Mitarbeit

Es ist rechtlich nicht von vornherein ausgeschlossen, dass eine Person zu demselben Arbeitgeber in einem Arbeitsverhältnis und darüber hinaus in einem freien Dienstverhältnis steht.<sup>60</sup> Dies setzt allerdings voraus, dass im Hinblick auf die Tätigkeiten im Dienstverhältnis die Kriterien für eine freie Mitarbeit objektiv vorliegen bzw. in der Gesamtabwägung überwiegen und keine abhängige Beschäftigung erfolgt. Die Abgrenzung richtet sich nach dem eingangs aufgezeigten Maßstab der Rechtsprechung für Musikschullehrkräfte (siehe oben).

---

<sup>55</sup> Schüren, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, a.a.O., § 50 Rn 134;  
Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, a.a.O., BGB § 310 Rn 56.

<sup>56</sup> BAG 14.08.2007, 9 AZR 18/07, a.a.O., Rn 29.

<sup>57</sup> BAG 07.12.2005, 5 AZR 535/04, a.a.O., Rn 23.

<sup>58</sup> Preis, in: Erfurter Kommentar zum ArbR, a.a.O., TzBfG § 12 Rn 12 *m.w.N.*;  
Schüren, in: Münchener Handbuch zum ArbR, a.a.O., § 50 Rn 136.

<sup>59</sup> Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 18. Aufl. 2018, TzBfG § 12 Rn 11  
und BGB § 310 Rn 56 *m.w.N.*

<sup>60</sup> BAG, 27.06.2017, 9 AZR 851/16, a.a.O., Rn 34.

Das BAG hat sich in mehreren aktuellen Entscheidungen mit Musikschullehrkräften an den Musikschulen des Landes Berlin beschäftigt. Dem Sachverhalt lag jeweils ein Arbeitsvertrag mit der Hälfte der regelmäßigen Arbeitszeit und darüber hinaus ein sog. Honorarvertrag als Rahmenvertrag zu Grunde, dessen Formulierungen im Wesentlichen dem Honorarvertrag in Anlage 1 der AV Honorare MuS entsprachen. Das Vertragsmuster sieht unter anderem die Erteilung von Einzelaufträgen vor. Im Ergebnis hatte das BAG in einer Gesamtabwägung der einzelnen Umstände die dem Honorarvertrag zuzuordnenden Tätigkeiten als freie Mitarbeit eingestuft.<sup>61</sup> In einem weiteren Fall aus NRW hat das BAG näher ausgeführt, dass es nicht auf die Aufgabenstellung ankommt, die bei Arbeitskräften und Honorarkräften eines Schulträgers möglicherweise annähernd gleich sein kann, sondern auf die persönliche Abhängigkeit des jeweiligen Dienstnehmers. Auch die wirtschaftliche Abhängigkeit spiele für den Arbeitnehmerstatus keine Rolle.<sup>62</sup>

Die vom BAG entschiedenen Fälle zeigen, dass die vorliegend dargestellte Variante rechtlich möglich ist und auch im Land Berlin praktiziert wird. Für die Einordnung der einzelnen Tätigkeiten als abhängige oder als selbständige Tätigkeit bietet die aktuelle Rechtsprechung zu Musikschullehrkräften eine Richtschnur.

#### bb) Folgen für das Direktionsrecht des Arbeitgebers

Insbesondere darf das dem Arbeitgeber aufgrund des Arbeitsvertrags zustehende Weisungsrecht nicht für die Tätigkeiten gelten, die der Vertragspartner aufgrund des Dienstverhältnisses schuldet.<sup>63</sup> Konkret folgt hieraus, dass das Direktionsrecht des Schulträgers sich nur auf die Tätigkeiten erstrecken darf, die dem Arbeitsvertrag zugeordnet werden. Eine Mindestarbeitszeit, Arbeit auf Abruf oder Mehrarbeit wäre dem Dienstvertrag danach fremd. Dies hat zur Folge, dass der Schulträger den zeitlichen Umfang des Einsatzes der Lehrkräfte nicht einseitig bestimmen und der Honorarvertrag diesbezüglich keine Weisungsrechte einräumen kann, was in örtlicher und inhaltlicher Hinsicht gleichermaßen gilt.

#### cc) Folgen für die Anwendung des Arbeitnehmerschutzrechts

In Bezug auf die abhängige Beschäftigung auf Grundlage des Arbeitsvertrages sind die arbeitsrechtlichen Schutznormen anzuwenden, die an den Arbeitnehmerstatus anknüpfen, z. B.

---

<sup>61</sup> Vgl. BAG 17.10.2017, 9 AZR 792/16; BAG 27.06.2017, 9 AZR 852/16 und BAG 27.06.2017, 9 AZR 851/16, jeweils a.a.O.

<sup>62</sup> BAG 21.11.2017, 9 AZR 117/17, a.a.O., Rn 41f.

<sup>63</sup> Vgl. BAG, 27.06.2017, 9 AZR 851/16, a.a.O., Rn 34; BAG, 27.06.2017, 9 AZR 852/16, a.a.O., Rn 35; BAG 17.10.2017, 9 AZR 792/16, a.a.O., Rn 30.

KSchG. Dies gilt auch für angestellte Teilzeitkräfte (vgl. §§ 1, 4 TzBfG). Für die Arbeitnehmereigenschaft ist der Umfang der Arbeitszeit folglich nicht entscheidend. Flexibilisierte Arbeitszeitregelungen können jedoch Auswirkungen auf die Höhe der Vergütung, die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, Feiertagsvergütung, Urlaubsgewährung sowie andere Leistungen des Arbeitgebers haben, die jeweils anhand der einzelnen Gesetzes- und Tarifnormen zu ermitteln wären.<sup>64</sup>

Ist zum Arbeitsvertrag ein zusätzlicher Dienstvertrag vereinbart und handelt es sich bei dem Dienstnehmer im Hinblick auf die dem Dienstvertrag zugeordneten Tätigkeiten objektiv nicht um einen Arbeitnehmer, findet das Arbeitsrecht auf diese freie Mitarbeit keine Anwendung. Die freie Diensttätigkeit ist nach eigenen Rechtsgrundlagen zu behandeln, die oben näher dargestellt sind. So finden vor allem spezielle arbeitnehmerschützende Normen keine Anwendung oder können zu Lasten der Dienstnehmer vertraglich abbedungen werden.

## 5. Zur Umsetzung der dargestellten Vertragsmodelle

Aus haushaltsrechtlicher Sicht ist zu berücksichtigen, dass die Musikschulen von den Bezirken unterhalten werden (§ 124 Abs. 1 S. 1 und 2 SchulG Bln). Die Finanzierung von Honorarkräften und von angestellten Musikschullehrkräften erfolgt daher aus Landesmitteln über Globalsummenzuweisungen (vgl. Art. 85 Abs. 2 VvB<sup>65</sup>), über deren Verwendung die Bezirke eigenverantwortlich entscheiden.<sup>66</sup>

Schließlich ist zu beachten, dass freie Arbeitsplätze im Land Berlin grundsätzlich intern auszuscheiden wären (§ 5 Abs. 1 S. 1 LGG Bln<sup>67</sup>). Hingegen würde eine öffentliche Ausschreibungspflicht nach § 5 Abs. 1 S. 2 LGG Bln<sup>68</sup> voraussetzen, dass Bereiche oberhalb der Besoldungsgruppe A 9 bzw. der entsprechenden tarifvertraglichen Regelungen betroffen sind, in denen Frauen unterrepräsentiert sind. Die entsprechende Eingruppierung erfolgt bei Musikschullehrkräften, die grundsätzlich akademisch ausgebildet sind (vgl. § 124 Abs. 5 SchulG Bln), jedoch erst bei Vorliegen bestimmter Tätigkeitsmerkmale.<sup>69</sup>

---

<sup>64</sup> Müller-Glöge, in: Münchener Kommentar BGB, a.a.O., § 611 Rn 1032 *m.w.N.*

<sup>65</sup> Verfassung von Berlin v. 23.11.1995 (GVBl. 1995, 779), zuletzt geänd. d. Gesetz v. 22.03.2016 (GVBl. S. 114).

<sup>66</sup> Vgl. Schriftliche Anfragen Abghs Drs. 18/11986 und Abghs Drs. 18/11261.

<sup>67</sup> Landesgleichstellungsgesetz (LGG) v. 18.11.2010, zuletzt geänd. d. Gesetz v. 30.05.2016 (GVBl. S. 282, 287).

<sup>68</sup> *Zu möglichen Grundlagen einer externen Ausschreibungspflicht vgl.:*  
Badura, in: Maunz/Dürig, 82. EL Jan. 2018, GG Art. 33 Rn 34;  
Conze, in: Conze/Karb/Wölk, Personalbuch Arbeits- und Tarifrecht öffentlicher Dienst, 5. Aufl. 2017 Rn 2814 *m.w.N.*

<sup>69</sup> *Vgl. im Einzelnen:* TV Musikschullehrkräfte Land Berlin, a.a.O.



### **III. Zusammenfassung der Ergebnisse**

#### Zu den Fragen 1 und 2:

Dem Land Berlin als Arbeitgeber stehen mehrere Möglichkeiten zur Verfügung, bei Musikschullehrkräften auch ein geringes Arbeitszeitvolumen flexibel zu erhöhen. Im Wesentlichen kommen hierfür zwei Konstellationen der vertraglichen Ausgestaltung in Betracht. In beiden Fällen bildet der Arbeitsvertrag über eine Unterrichtstätigkeit im Arbeitnehmerverhältnis die vertragliche Grundlage für ein festes Arbeitszeitvolumen. Dabei kann grundsätzlich auch eine geringe Mindestarbeitszeit insbesondere im Rahmen von Teilzeitbeschäftigung vereinbart werden.

Für die Vereinbarung über ein zusätzliches, flexibles Arbeitszeitvolumen kann neben tarifvertraglicher Regelung ebenfalls der Arbeitsvertrag eine vertragliche Grundlage bilden. Unter bestimmten Voraussetzungen kann arbeitsvertraglich auch bei Teilzeitbeschäftigten Arbeit auf Abruf nach dem TzBfG vereinbart werden. Darüber hinaus schließen weder die Teilzeitbeschäftigung noch die Arbeit auf Abruf eine Vereinbarung über Mehrarbeit bzw. Überstunden aus.

In der zweiten vertraglichen Konstellation wird zusätzlich zum Arbeitsvertrag ein sog. Honorarvertrag über freie Mitarbeit abgeschlossen, dessen Rechtsverhältnis regelmäßig dem Dienstvertragsrecht unterliegt. Ein Nebeneinander von abhängiger Beschäftigung und selbständiger Mitarbeit bei Musikschullehrkräften ist gesetzlich zulässig und wird im Land Berlin auch praktiziert, wie die vom BAG entschiedenen Fälle bislang gezeigt haben.

Der rechtliche Rahmen für die beschriebenen Konstellationen liegt somit bereits vor (siehe oben zu II.3). Den Ausgangspunkt für die Bestimmung des anwendbaren Vertragsregimes sowie der daran anknüpfenden tarifvertraglichen und gesetzlichen Bestimmungen und Rechtsfolgen bildet die Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung im Arbeitnehmerverhältnis und freier Mitarbeit in selbständiger Tätigkeit (siehe oben zu II.2).

#### Zu Frage 3:

Wie oben aufgezeigt, existieren rechtlich mehrere Möglichkeiten, mit Musikschullehrkräften ein festes, wenn auch ggf. geringes Arbeitszeitvolumen zu vereinbaren und darüber hinaus flexible Regelungen zum Arbeitszeitumfang zu treffen oder ein zusätzliches Dienstvertragsverhältnis zu begründen. Legislative Hindernisse bestehen in diesem Sinne nicht. Für die im

Gutachten erörterten Varianten ergeben sich jedoch kollektivvertragliche und gesetzliche Grenzen, die durch höchstrichterliche Vorgaben zumindest teilweise konkretisiert wurden (siehe oben II.4).

Unabhängig davon ist aus haushaltsrechtlicher Sicht zu berücksichtigen, dass die Musikschulen von den Bezirken unterhalten werden und diese über die Verwendung von Globalsummenzuweisungen in eigener Verantwortung entscheiden. Schließlich wären freie Arbeitsplätze grundsätzlich – jedenfalls intern – auszuschreiben (siehe oben II.5).

#### Zu Frage 4:

Eine Flexibilisierung des Arbeitszeitumfangs bzw. Arbeitszeitdeputats ist im Rahmen gesetzlich zulässiger Höchstarbeitszeiten auch mit dem Mittel der Mehrarbeit bzw. Überstunden möglich. Hierfür bedarf es grundsätzlich einer arbeitsvertraglichen Grundlage. Bei Teilzeitbeschäftigten ergibt sich dies aus den einschlägigen tarifrechtlichen Bestimmungen. Zudem muss sich die Vereinbarung tatsächlich auf Mehrarbeit beziehen, demnach einen situativen und punktuellen Bezug aufweisen. Soweit die Voraussetzungen für Mehrarbeit vorliegen, kann damit der Arbeitgeber – auch bei Teilzeitbeschäftigten – die Arbeitszeit über die Grenze von 25% der Mindestarbeitszeit für die Arbeit auf Abruf hinaus noch weiter erhöhen. Wenn hingegen Überstunden regelmäßig zu leisten sind, könnte die Regelung unwirksam sein (siehe oben II.4.a.bb. (6)).

#### Zu Frage 5:

Zusätzlich zu einer vereinbarten Mindestarbeitszeit in Teilzeitbeschäftigung können die Vertragsparteien gemäß § 12 Abs. 1 S. 1 TzBfG vereinbaren, dass die Lehrkraft ihre Arbeitsleistung entsprechend dem Arbeitsanfall zu erbringen hat (Arbeit auf Abruf). Wenn die vom Arbeitgeber einseitig abrufbare Arbeitsleistung jedoch mehr als 25% der vereinbarten wöchentlichen Mindestarbeitszeit beträgt, liegt darin eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers.

Will also der Arbeitgeber ein relativ hohes Maß an Flexibilität erreichen, darf er mit der Lehrkraft keine allzu niedrige Mindestarbeitszeit vereinbaren. Es besteht daher keine Veranlassung, von der vom BAG vorgegebenen Höchstgrenze von 25 % der Mindestarbeitszeit abzuweichen (siehe näher hierzu oben II.4.a.bb. (2) und (3)). Ob eine „einvernehmliche“ Überschreitung der 25%-Grenze bei dem Arbeitszeitvolumen als grundlegender und mit der

Vergütung verknüpfter Vertragsinhalt im Einzelfall tatsächlich angenommen werden kann, ist zu bezweifeln. Zwar bleibt es den Vertragsparteien grundsätzlich unbenommen, das ursprünglich vereinbarte Arbeitszeitvolumen einvernehmlich abzuändern und an den Bedarf der einen oder anderen Seite anzupassen. Wenn sie jedoch schon am Anfang der Rechtsbeziehung davon ausgehen, dass eine bedarfsorientierte Festlegung der Arbeitszeit immer wieder erneut stattfinden soll, dann kann dies eine vertragliche Inhaltskontrolle nahelegen, bei der mit Blick auf den Arbeitnehmerschutz die Wertungen des § 12 TzBfG zu beachten sind (siehe oben II.4.a.bb. (5)).

#### Zu Frage 6:

Die Vereinbarung eines zusätzlichen Arbeitszeitvolumens in einem zweiten Arbeitsvertrag zum Land Berlin wäre gemäß § 2 Abs. 2 TV-L nur dann zulässig, wenn die jeweils übertragenen Tätigkeiten nicht in einem unmittelbaren Sachzusammenhang stehen. Dies dürfte bei Unterrichtstätigkeiten und damit verbundenen Tätigkeiten kaum abgrenzbar sein. Daher ist im Rahmen arbeitsrechtlicher Möglichkeiten flexibler Arbeitszeitregelungen grundsätzlich von einem einheitlichen Arbeitsverhältnis auszugehen (siehe oben II.4.a.bb (1)).

#### Zu Frage 7:

Es ist rechtlich nicht ausgeschlossen, dass eine Person zu demselben Arbeitgeber in einem Arbeitsverhältnis und darüber hinaus in einem freien Dienstverhältnis steht. Dies setzt voraus, dass im Hinblick auf die Tätigkeiten im Dienstverhältnis die Kriterien für eine freie Mitarbeit objektiv erfüllt sind (siehe oben II.2). Das BAG hat sich in mehreren Entscheidungen mit Musikschullehrkräften an den Musikschulen des Landes Berlin beschäftigt und das Nebeneinander von Arbeitsverhältnis und freier Mitarbeit für zulässig erachtet (siehe oben II.4.b.aa). Die konkrete Ausgestaltung der freien Mitarbeit richtet sich in diesem Fall nach Dienstvertragsrecht und nach den für Honorarkräfte an den Musikschulen des Landes Berlin geltenden Bestimmungen (siehe oben II.3.b).

#### Zu Frage 8:

Im Rahmen der tarifvertraglichen und gesetzlichen Vorgaben für Arbeitszeiten (z. B. ArbZG) kann der Arbeitsvertrag das Arbeitszeitvolumen grundsätzlich auch mit einer geringen Stundenanzahl festlegen. Dabei ist ausreichend, wenn die Vertragsparteien eine Mindestarbeitszeit vereinbaren. Darüber hinaus können die Vertragsparteien unter anderem wirksam vereinbaren, dass der Arbeitnehmer Arbeit auf Abruf leisten muss, wobei die vom BAG vorgegebenen Grenzen zu beachten wären. Soweit die Voraussetzungen für Mehrarbeit vorliegen, kann der Arbeitgeber auch bei Teilzeitbeschäftigten die Arbeitszeit bei entsprechen-

der Regelung im Arbeitsvertrag noch weiter erhöhen. Bei den im Gutachten dargestellten Gestaltungsvarianten einer festen Arbeitszeit in Kombination mit einem flexiblen Arbeitszeitvolumen handelt es sich jeweils um ein Arbeitsverhältnis, das insgesamt der Sozialversicherungspflicht unterliegt (siehe oben II.4.a).

Zu Frage 9:

Das dem Arbeitgeber aufgrund des Arbeitsvertrags zustehende Weisungsrecht darf nicht für die Tätigkeiten gelten, die der Vertragspartner aufgrund des Dienstverhältnisses schuldet. Konkret folgt hieraus, dass das Direktionsrecht des Schulträgers sich nur auf die Tätigkeiten erstrecken darf, die dem Arbeitsvertrag der Musikschullehrkraft zugeordnet werden (siehe oben II.4.b.bb).

Zu Frage 10:

In Bezug auf die abhängige Beschäftigung auf Grundlage des Arbeitsvertrages sind auch bei Teilzeitkräften die arbeitsrechtlichen Schutznormen anzuwenden, die an den Arbeitnehmerstatus anknüpfen. Ist zum Arbeitsvertrag zusätzlich ein Dienstvertrag vereinbart und werden die dem Dienstvertrag zugeordneten Tätigkeiten objektiv nicht in persönlicher Abhängigkeit i.S.d. § 611a BGB erbracht, findet das Arbeitsrecht insoweit keine Anwendung (siehe oben II.4.b.cc).

\* \* \*