

– Verfahren

Elizabeth Shilton: Public Rights and Private Remedies: Reflections on Enforcing Employment Standards through Grievance Arbitration, CLEU 20-1, 201-228

Karin Lukas: Der Kollektivbeschwerdemechanismus der Europäischen Sozialcharta – aktuelle Entwicklungen, ZIAS 31-1, 113-126

Ida Carla Maggio: The alternative labour dispute resolutions: present outcomes, DRJ 1, 98-126

Primož Rataj: Izbrane dobre prakse vrhovnih sodišč držav članic EU in možnosti njihove uporabe v delovnih in socialnih sporih (Selected Best Practices of EU Member States« Supreme Courts and Possibilities of Their Use in Labour and Social Disputes), Employees & Employers (Delavci in delodajalci 2-3, 299-315).

– Abkürzungen

AJLL: Australian Journal of Labour Law (Australia);

AuR: Arbeit und Recht;

BCLR: Bulletin of Comparative Labour Relations (Belgium);

CLELJ: Canadian Labour & Employment Law Journal (Canada);

CLLPJ: Comparative Labor Law & Policy Journal (US);

DRI: Diritto delle Relazioni Industriali;

ILJ: Industrial Law Journal (UK); Industrial Law Journal (South Africa);

ILR: International Labour Review (ILO);

JLR: Japan Labor Review (Japan);

LD: Lavoro e Diritto;

RDCTSS: Revue de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale;

RDT: Revue de Droit du Travail;

TL: Temas Laborales.

Hochqualifiziert und prekär – Honorarlehrkräfte in der Weiterbildung

Seit Jahrzehnten beschäftigen sich Politik, Wissenschaft und Medien mit der sozialen Lage von »Solo-Selbständigen«. Unter Expert*innen besteht weitgehend Einigkeit, dass es sich in vielen Fällen um eine rechtsmissbräuchliche Umgehung der Sozialversicherungspflicht durch Auftraggeber*innen handelt, die dadurch billige Arbeitskräfte rekrutieren. Bis heute fehlt der politische Wille, diesen sozialpolitischen Skandal durch eine klare gesetzliche Regelung zu beenden. Zu Lasten der Sozialversicherungen und zu Lasten der Beschäftigten¹, die dauerhaft in prekären Erwerbssituationen ihr Dasein fristen.

Mit etwa 380.000 Personen sind Honorarlehrkräfte die größte Beschäftigtengruppe in der Weiterbildung.² Von den insg. ca. 2,3 Mio. Solo-Selbständigen ist etwa jede*r sechste als Honorarlehrkraft tätig. Im Verhältnis zu ihrer großen Anzahl findet diese Gruppe in der Debatte um Solo-Selbständigkeit bislang wenig Beachtung.³ Die meisten Honorarlehrkräfte haben diesen Status nicht freiwillig gewählt. Ihre »Freiheit« beruht auf der Tatsache, dass Weiterbildungsträger nur wenige bis keine Lehrkräfte als AN beschäftigen. Honorarlehrkräfte sind typischerweise über viele Jahre für einen einzigen Auftraggeber tätig, von dem sie wirtschaftlich abhängig und in dessen Arbeitsorganisation sie eingebunden sind.⁴

Trotz ihrer wirtschaftlichen und persönlichen Abhängigkeit wird Honorarlehrkräften die mit dem Arbeitnehmerstatus einhergehende soziale Sicherheit verwehrt. Ihr Einkommen reicht absehbar nicht aus, um eine Rente oberhalb des Grundsicherungsniveaus zu erreichen. Immer wieder versuchen Honorarlehrkräfte, sich in ein Arbeitsverhältnis einzuklagen. Obwohl Rentenversicherung und SG häufig von Scheinselbständigkeit ausgehen, sind Klagen vor den ArbG fast durchweg erfolglos. Statt sie vor sozialer Ausbeutung zu schützen, verschärft die gängige Rechtsanwendung die Lage der Honorarlehrkräfte.

I. Wie »frei« sind Honorarlehrkräfte?

Formal sind Honorarlehrkräfte frei: Sie können sich aussuchen, für welche Auftraggeber*innen sie tätig werden, und ihre Vertragsbedingungen selbst aushandeln. In der Praxis sind sie häufig abhängig von

einem oder wenigen Auftraggeber*innen, die ihnen die Vertragsbedingungen einseitig diktieren können. Die Weiterbildungsbranche ist geprägt von einer großen Zahl (teil-)privater Träger, die untereinander im Wettbewerb stehen. Auf der Kostenseite wird dieser Wettbewerb nahezu ausschließlich über möglichst geringe Personalkosten ausgeglichen. Daher setzen die Träger überwiegend Honorarlehrkräfte ein, denen sie Formularverträge vorlegen, deren Inhalt nicht verhandelbar ist. Als Solo-Selbständige sind sie gegenüber den Auftraggeber*innen strukturell in der schwächeren Position. Neben Kursformaten, die es zeitlich gar nicht erlauben, parallel für mehrere Auftraggeber*innen tätig zu werden (Intensivkurse mit 4 oder 5 Unterrichtsstunden täglich), wird ihre Flexibilität durch die Erwartung begrenzt, kontinuier-

Dr. Oliver Brüchert, GEW, Frankfurt/IM.

¹ Da nach Auffassung des Autors Honorarlehrkräfte typischerweise wie AN abhängig beschäftigt sind und entspr. sozial abgesichert werden sollten, wird der Begriff »Beschäftigte« im Folgenden bewusst unabhängig vom sozial- und arbeitsrechtlichen Status auch für Solo-Selbständige verwendet. Der Begriff »AN« wird für Beschäftigte verwendet, die nach herrschender arbeitsrechtlicher Bewertung in einem Arbeitsverhältnis stehen.

² Wegen der Komplexität des Themas, konzentriert sich dieser Beitrag auf Honorarlehrkräfte. Die Befunde lassen sich in vieler Hinsicht auf die Situation der rd. 100.000 Lehrbeauftragten an Hochschulen übertragen (s. dazu u.a.: <https://sprachlehrbeauftragte.wordpress.com/> und <https://prekaereswissen.wordpress.com/>). Lehraufträge werden als »öff.-rechtliches Rechtsverhältnis eigener Art« durchgeführt; vgl. Würmann, Würmann, Lehrbeauftragte. Rechtlicher Rahmen und Hintergrundinformationen. GEW-Broschüre, Juli 2015.

³ Akt. Bsp. ist die WSI-Studie »Interessenvertretung von Solo-Selbständigen«. Befragt wurden Solo-Selbständige in den Handwerk, Architektur, Journalismus, Pflege und IT-Dienste (https://www.boeckler.de/wsi-mitteilungen_115204_115220.htm).

⁴ Vgl. Martin et. al., Das Personal in der Weiterbildung: Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, Qualifikationen, Einstellungen zu Arbeit und Beruf. Bielefeld 2017, wbv. Im Internet: www.die-bonn.de/id/34459/about/html/ (Stand 05.06.2019). Nach der Erhebung sind 46% der hauptberuflich tätigen Honorarlehrkräfte in der Weiterbildung für nur einen einzigen Auftraggeber*in tätig. Wie viele darüber hinaus überwiegend für eine*n Auftraggeber*in tätig und von diesem/r wirtschaftlich abhängig sind, wurde statistisch nicht ermittelt. Nach Angaben von Betroffenenengruppen ist dies jedoch der Normalfall (vgl. diverse Beiträge auf www.dafdz-lehrkraefte.de und kreidefresser.org).

lich zur Verfügung zu stehen, ohne dass sich der Auftraggeber*innen zu einer Weiterbeschäftigung verpflichtet.

Sofern einzelne Träger*innen Vertragslehrkräfte beschäftigen, unterscheiden sich Aufgaben und Tätigkeiten von Vertrags- und Honorarlehrkräften allenfalls geringfügig. Vertragslehrkräfte übernehmen neben dem Unterricht und den damit verbundenen Zusammenhangstätigkeiten (Vor- und Nachbereitung, Betreuung und Beratung, Führen von Listen und Klassenbüchern) gelegentlich noch weitere Aufgaben, z. B. in der Kursplanung oder in Prüfungen. Doch sie erteilen denselben Unterricht vor denselben Klassen nach denselben – vom Auftraggeber*innen bzw. AG gesetzten – Standards und mit denselben Unterrichtsmaterialien. IdR. wissen die Kursteilnehmer*innen nicht, ob sie von einer Honorar- oder einer Vertragslehrkraft unterrichtet werden. Der Statusunterschied hat weitreichende Folgen:

- AN sind sozialversicherungspflichtig. AG zahlen Beiträge zur Kranken-, Renten- und Arbeitslosenversicherung. Selbständige Lehrkräfte und »arbeitnehmerähnliche« Solo-Selbständige sind gem. § 2 Nr. 1 SGB VI rentenversicherungspflichtig. Als Selbständige müssen sie die Beiträge zur Rentenversicherung wie zur Krankenversicherung vollständig selbst erbringen. Sie können kein Arbeitslosgeld beziehen.
- AN bei tarifgebundenen AG haben Anspruch auf tarifliches Entgelt und weitere Leistungen. Obwohl das TVG in § 12a die Möglichkeit vorsieht, TV für arbeitnehmerähnliche Selbständige zu vereinbaren, gibt es solche TV bisher nur für Journalist*innen.⁵ Alle Versuche, einen solchen TV für Honorarlehrkräfte im Bereich der Weiterbildung abzuschließen, stießen auf erbitterten Widerstand der Arbeitgeberseite.⁶
- AN unterliegen den gesetzlichen und tariflichen Regelungen zum Kündigungsschutz. Selbständige haben keinen Kündigungsschutz und keinen Anspruch auf weitere Aufträge. Der/Die Auftraggeber*in muss nicht einmal begründen, warum er ihnen keinen weiteren Auftrag erteilt. Da Honorarlehrkräfte häufig nur für die Dauer des jeweiligen Kurses beauftragt werden, müssen sie jederzeit damit rechnen, ohne Auftrag und damit ohne Einkommen dazustehen.
- AN haben Anspruch auf gesetzlichen oder tariflichen Erholungsurlaub. Gem. BUrlG haben arbeitnehmerähnliche Personen ebenfalls Anspruch auf (bezahlten) Erholungsurlaub. In der Praxis läuft diese Regelung jedoch häufig ins Leere, weil sich nicht bestimmen lässt, ob der Erholungsurlaub mit dem Honorar abgegolten ist oder nicht.⁷
- AN haben Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Solo-Selbständige erhalten für Ausfallzeiten kein Honorar. Je nach Vertragsgestaltung sind sie verpflichtet, ausgefallene Stunden nachzuholen oder sich selbst um eine Vertretung zu kümmern. Längere Krankheit lässt Solo-Selbständige, sofern sie sich nicht kostspielig gegen dieses Risiko versichert haben (Berufsunfähigkeitsversicherung für Selbständige), komplett ohne Einkommen dastehen.
- AN dürfen betriebliche Interessenvertretungen bilden und für die Verbesserung ihrer Arbeitsbedingungen streiken. Für freie Mitarbeiter*innen haben BR nur sehr eingeschränkte Informations- und Mitbestimmungsrechte.⁸ Insbes. können sie nicht mitbestimmen, wer beauftragt wird und wem ggf. die Aufträge entzogen werden. Selbständige dürfen zwar einer Gewerkschaft beitreten, haben aber gegenüber der/dem Auftraggeber*in kein Streikrecht. Ob arbeitnehmerähnliche Personen bei BR-Wahlen wahlberechtigt sind, ist umstritten.
- Für AN können Gewerkschaften TV aushandeln, die faire Arbeitsbedingungen garantieren. TV legen u. a. Gehalt, Arbeitszeiten und Urlaubsanspruch fest. Sie enthalten verbindliche Rechtsnormen,

die auch der AG einzuhalten hat. Honorarlehrkräfte sind bei der Aushandlung ihrer Vertragsbedingungen auf sich alleine gestellt. Die Auftraggeber*innen verwenden iAR. Muster-Honorarverträge und legen die Höhe des Honorars einseitig fest.

Nach GEW-Berechnungen müsste eine Honorarlehrkraft ein Honorar von 42 – 70,- € (je nach Berufserfahrung) / Unterrichtsstunde erhalten, um dasselbe monatliche Nettoeinkommen zu erzielen wie eine Vertragslehrkraft entspr. Entgeltgruppe 11 TVöD. So werden Vertragslehrkräfte an einigen Volkshochschulen und beim Goethe-Institut bezahlt. Da es für Honorare keine Erfahrungsstufen wie in den Entgelttabellen des TVöD gibt, fordert die GEW ein Mindesthonorar von 55,- € / Unterrichtsstunde in Integrationskursen.⁹ Für diese Berechnung wurden Urlaubstage sowie Kranken- und Sozialversicherungsbeiträge berücksichtigt. Damit eine Honorarlehrkraft sich gegen das Risiko von Auftragsverlust oder die wirtschaftlichen Folgen einer längeren Krankheit absichern kann, müsste das Honorar deutlich mehr als 70,- € / Unterrichtsstunde betragen.

Tatsächlich zahlen viele Träger weniger als 35,-€ / Unterrichtsstunde. Dieser Betrag wurde 2016 als Mindesthonorar für Integrationskurslehrkräfte eingeführt und ist bindend für durch das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) refinanzierte Maßnahmen. Darüber hinaus wirken 35,- € faktisch als Obergrenze, der sich viele Träger nur langsam annähern. So wurden die Honorare der Kursleitenden mit wissenschaftlichem Hochschulabschluss an den Berliner Volkshochschulen ab 1. 8. 2018 von 27,41 auf 31,69 € / Unterrichtsstunde angehoben. Damit liegen sie im Vergleich zu anderen Volkshochschulen im oberen Bereich. Die Kolleg*innen an den Berliner Volkshochschulen sind gewerkschaftlich gut organisiert und haben in

5 Eine Übersicht über TV für arbeitnehmerähnliche Honorarkräfte im Bereich Medien findet sich auf den Seiten des djv: <https://www.djv.de/startseite/info/betrieb-betrieb/uebersicht-tarife-honorare.html>.

6 Der Versuch der GEW, beim Goethe-Institut einen TV für arbeitnehmerähnliche Honorarlehrkräfte zu erstreiten, scheiterte nicht zuletzt daran, dass das Institut befürchtete, damit die Chancen der Honorarlehrkräfte zu erhöhen, sich in ein Arbeitsverhältnis einzuklagen. Auch die Initiative der Berliner VHS-Dozent*innen, ihre Beschäftigungsbedingungen in einem TV zu regeln, blieb erfolglos. Dennoch haben sie einige Verbesserungen, wie bezahlten Urlaub und Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, erreicht (http://www.vhs-tarifvertrag.de/wordpress/?page_id=200). Die Lehrkräfte an der Bremer Volkshochschule konnten mit Unterstützung der GEW im Januar 2019 eine Rahmenvereinbarung zu Honorarsteigerungen und Sozialversicherungszuschüssen abschließen. Das Mindesthonorar startet mit einem Betrag von 23,- € / Unterrichtsstunde und soll bis 2023 auf 31,- € gesteigert werden. Darüber hinaus erhalten arbeitnehmerähnlich beschäftigte VHS-Lehrkräfte Zuschüsse zur Renten- und Krankenversicherung sowie Urlaubs- und Bildungszeitentgelt. Damit werden die Beschäftigungsbedingungen der Honorarlehrkräfte spürbar verbessert. Tariflichen Schutz bieten diese Vereinbarungen gleichwohl nicht.

7 Vereinzelt konnte im Bereich der Volkshochschulen ein Urlaubsentgelt für Honorarlehrkräfte vereinbart werden (u. a. an den VHS Berlin, Hamburg, Gütersloh und an der Berg. Volkshochschule in Wuppertal und Solingen kann mit dem Nachweis der wirtschaftlichen Abhängigkeit/Arbeitnehmerähnlichkeit durch den Einkommensteuerbescheid ein entspr. Aufschlag auf das Honorar beantragt werden). Die Sprachlehrkräfte an der VHS Stuttgart sind hingegen kürzlich erneut mit der Forderung nach Urlaubsentgelt gescheitert. Sie wollen nun gegen die Volkshochschule klagen (siehe: Stuttgarter Nachrichten v. 4. 3. 2019, S. 16), vgl. Brüchert, EuW, 2018, 12.

8 BR haben u. a. einen Informationsanspruch hinsichtlich des Einsatzes freier Mitarbeiter*innen. Sie sollen ferner darüber wachen, dass Gesetze eingehalten werden. So umfasst das Diskriminierungsverbot gem. § 75 Abs. 1 BetrVG »alle im Betrieb tätigen Personen«. Honorarlehrkräfte haben wie AN das Recht auf Gleichbehandlung gem. § 3 Abs. 1 AGG und auf Schutz vor »Institutionellem Rechtsmissbrauch« § 242 BGB (vgl. Jambon, Richtig selbstständig? Ratgeber für freie Lehrkräfte. GEW 2015).

9 Beschl. des Geschäftsführenden Vorstands der GEW v. 7. 12. 2017. Der Wert orientiert sich am Durchschnitt der Erfahrungsstufen der EG 11 TVöD Std. 2017.

den vergangenen Jahren einige Verbesserungen erreicht.¹⁰ Viele Volkshochschulen zahlen weiterhin Honorare von unter 20-25,- € / Unterrichtsstunde.¹¹ Der Schulausschuss Düsseldorf beschloss 2017, die Honorare an der VHS schrittweise bis 2020 auf 25,- € / Unterrichtsstunde zu erhöhen. Nach Angaben des Bündnisses DaF/DaZ-Lehrkräfte zahlen Träger außerhalb der BAMF-Kurse durchschnittlich 23,- € für den Sprachunterricht. Das entspricht einem Nettoeinkommen von 1.006,- € / Monat, ohne Berücksichtigung der Betriebskosten.¹² Honorarlehrkräfte verdienen damit netto weniger als halb so viel wie eine Vertragslehrkraft mit gleicher Tätigkeit.¹³

Unter diesen Voraussetzungen ist nachvollziehbar, dass die überwiegende Zahl der Honorarlehrkräfte den Status als Selbständige nicht freiwillig gewählt hat. Hätten sie die Wahl, würden viele sofort in ein Arbeitsverhältnis wechseln.¹⁴ Arbeit- bzw. Auftraggeber bevorzugen hingegen »Freie«, denn sie sind für sie billiger und flexibler. Vor diesem Hintergrund geradezu zynisch liest sich folgende Passage in einer Ausfertigung des Wiss. Dienstes des BT:

» Zunehmend lässt sich im Wirtschafts- und Erwerbsleben die Tendenz beobachten, zur Vermeidung der Anwendbarkeit arbeitsrechtlicher und sozialversicherungsrechtlicher Vorschriften abhängige Beschäftigung durch selbständige Tätigkeit zu ersetzen. Dieses Vorgehen bringt beiden Seiten Vorteile. Der/die Auftraggeber*in spart die ihm/ihr im Falle einer Beschäftigung anfallenden Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung und arbeitsrechtliche Personalzusatzkosten wie Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und Urlaubsgewährung. Zudem muss er/sie nicht die Bestimmungen des Kündigungsschutzrechts beachten. Der/die »freie Mitarbeiter*in« seiner-/ihrerseits genießt aufgrund der ersparten Sozialversicherungsbeiträge den Vorteil einer höheren Nettovergütung.¹⁵

Weil die Weiterbildungsträger untereinander im Wettbewerb stehen, wollen sie die Kosten drücken, indem sie möglichst viele Honorarlehrkräfte beschäftigen. Solange das rechtlich möglich ist, solange wird die Mehrheit der Lehrkräfte in der Branche prekär beschäftigt bleiben. Doch warum ist das rechtlich möglich?

II. Das ungelöste Problem der Scheinselbständigkeit

Die Deregulierung des Arbeitsmarktes seit den 80er-Jahren führte in vielen Branchen zu einer wachsenden Anzahl von Beschäftigten, die formal selbständig dieselben Tätigkeiten verrichten wie AN. Oft wurden dieselben Beschäftigten durch Werkverträge »outgesourced«, ohne dass sich an ihren Arbeitsumständen etwas geändert hätte. Diese Situation wurde und wird von Sozialpolitiker*innen verschiedener Parteien als Problem gesehen, weil durch Scheinselbständigkeit den Sozialversicherungssystemen Beiträge in erheblichem Umfang verloren gehen. Doch gesetzliche Regulierungsversuche blieben aufgrund der vorherrschenden neoliberalen Doktrin zögerlich und wirkungslos.

Mit dem 1. Gesetz gegen Scheinselbständigkeit v. 23.3.1999 wurde ein neuer § 7 Abs. 4 in das SGB IV eingefügt. Erfüllten die Beschäftigten 2 von zunächst 4 Kriterien, wurde vermutet, dass sie gegen Arbeitsentgelt (also sozialversicherungspflichtig) beschäftigt sind. Der Katalog wurde wenig später auf 5 Kriterien erweitert, von denen 3 erfüllt sein mussten, damit ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vermutet wurde. Vor Inkrafttreten des Gesetzes wurde kritisiert, dass die Kriterien zur Abgrenzung von selbständiger zu abhängiger Beschäftigung zu wenig konkret und praktisch wirkungslos seien. Empirisch konnte Scheinselbständigkeit trotz intensiver Prüfungen

durch die Dt. Rentenversicherung (DRV) nicht nennenswert zurückgedrängt werden.¹⁶ Durch das 2. Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt v. 23.12.2002 wurde § 7 Abs. 4 SGB IV mit Wirkung zum 1.1.2003 neu gefasst und geradezu ins Gegenteil gewendet: Personen, die einen »Existenzgründerzuschuss« erhalten, sollten fortan als Selbständige gelten. Statt Scheinselbständigkeit zu bekämpfen, wollte man Selbständigkeit in Form einer »Ich-AG« fördern.

Auch diese Regelung wurde wenige Jahre später wieder abgeschafft.¹⁷ Seither entscheidet die DRV Bund gem. § 7a Abs. 2 SGB IV im sog. Anfrageverfahren »auf Grund einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles, ob eine Beschäftigung vorliegt«. Dabei legt die DRV neben den früheren Kriterienkatalogen weitere durch die Rspr. entwickelte Maßstäbe zugrunde.

Im Jahr 2015 legte das BMAS einen Referentenentwurf zur Änderung des AÜG und anderer Gesetze vor, in dem es auch darum gehen sollte, dem Missbrauch von Werkverträgen und freien Dienstverträgen vorzubeugen. Der Entwurf sah die Einführung eines neuen § 611a BGB mit einem Kriterienkatalog zur Abgrenzung von selbständiger und abhängiger Beschäftigung vor. Der Katalog nahm jedoch nur die von der Rspr. entwickelten Maßstäbe auf, die im Rahmen einer wertenden Gesamtbetrachtung des Einzelfalles zu beachten wären. In den Vorbemerkungen zum Erfüllungsaufwand hieß es entspr.:

» Mit der Einfügung eines neuen § 611a BGB werden die von der Rspr. entwickelten Abgrenzungskriterien zwischen ordnungsgemäßem und missbräuchlichem Fremdpersonaleinsatz gesetzlich niedergelegt. Dabei entsteht für die Wirtschaft kein Erfüllungsaufwand, da die 1:1-Kodifizierung einer gefestigten höchstrichterlichen Rspr. die Rechtslage in Deutschland unverändert lässt.¹⁸

Entgegen dieser ernüchternden Einsicht wäre nach § 611a Abs. 3 BGB dieses Entwurfs das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses (widerleglich)

¹⁰ Siehe: <http://www.vhs-tarifvertrag.de/>.

¹¹ Vgl. Hoock, Wer 35 € bekommt, ist ein Topverdiener. In: Die Zeit, 23.3.2017. Im Internet: www.zeit.de/karriere/beruf/2017-02/honorarkraefte-lehrer-dozenten-deutschkurse-stundenlohn-bezahlung (Stand 05.06.2019).

¹² Vgl. Sieg, Einkommen der DaFZ-Lehrkräfte (Arbeitspapier 2018), Aktionsbündnis DAF Hannover. Im Internet: www.dropbox.com/s/8pxtv08szuhyrh/Einkommen%20der%20DaFZ-Lehrkr%C3%A4fte.rtf?dl=0 (Stand 05.06.2019).

¹³ In der Praxis werden auch viele Vertragslehrkräfte in der Weiterbildung unter dem Niveau des TVöD EG 11 bezahlt. Dieses Niveau müsste angesichts der geforderten Qualifikation und Tätigkeit aber mindestens erreicht werden. Laut wb-personalmonitor lag das mittlere Bruttoeinkommen von Vollzeitbeschäftigten in der Weiterbildung 2016 bei 3.040,- € (Martin et al., Fn. 4, S.86). Im Vergleich dazu lag das mittlere Einkommen aller Vollzeitbeschäftigten mit akad. Abschluss 2013 bei 4.836,- € (ebd.).

¹⁴ Es gibt keine Zahlen darüber, wie hoch der Anteil der Honorarlehrkräfte ist, die den Arbeitnehmerstatus bevorzugen würden. Unbestritten gibt es auch Honorarlehrkräfte, die diesen Status frei gewählt haben, weil sie nicht abhängig beschäftigt sein wollen. Viele Kolleg*innen lehnen Selbständigkeit zwar nicht prinzipiell ab, sehen aber unter den gegebenen Umständen erhebliche Nachteile. Sie beklagen neben dem geringen Einkommen und mangelnder sozialer Absicherung insbes., dass es für sie keine TV gibt und sie als »Beschäftigte 2. Klasse« behandelt werden. Dies ist auch der Tenor der gewerkschaftlichen und selbstorganisierten Zusammenschlüsse (www.vhs-tarifvertrag.de, www.dafdz-lehrkraefte.de und kreidrefresser.org).

¹⁵ Wiss. Dienst des BT (2007): Die Scheinselbständigkeit im Sozialversicherungsrecht. Ausarbeitung WD 6 – 3000-166/07, S.5.

¹⁶ Dazu stellte der wiss. Dienst des BT fest: »Diese Vermutungsregelung hat in der Praxis aufgrund des zu beachtenden Amtsermittlungsgrundsatzes keine weitere Bedeutung erlangt« (Wiss. Dienste des BT 2007, S.7).

¹⁷ Quellen: wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/scheinselbststaendigkeit-45487 und www.scheinselbststaendigkeit.de/lexikon/kriterienkatalog.

¹⁸ Referentenentwurf v. 16.11.2015 für das Gesetz zur Änderung des AÜG und anderer Gesetze; zum beschlossenen Gesetz ausführlich Wank, AuR 2017, 140.

vermutet worden, »wenn die DRV Bund nach § 7a des SGB IV insoweit das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses festgestellt hat«. Diese Vermutungsregel hätte die Beweislast umgekehrt, den Beschäftigten mehr Rechtssicherheit gegeben und helfen können, Doppelprüfungen durch die Arbeits- und SG zu vermeiden. Doch der Vorschlag wurde im Gesetzgebungsprozess wieder fallengelassen. Schlussendlich wurde § 611a BGB am 21. 2. 2017 in folgender Form beschlossen:

§ 611a Arbeitsvertrag

- (1) ¹Durch den Arbeitsvertrag wird der AN im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet. ²Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen. ³Weisungsgebunden ist, wer nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. ⁴Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. ⁵Für die Feststellung, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt, ist eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen. ⁶Zeigt die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, kommt es auf die Bezeichnung im Vertrag nicht an.
- (2) Der AG ist zur Zahlung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.

Damit nimmt das Gesetz wörtlich die in der Rspr. entwickelten Grundsätze auf und ändert nichts an der Rechtslage. Es ist daher nicht zu erwarten, dass hierdurch Scheinselbständigkeit eingedämmt werden kann bzw. die Rechtssicherheit für die Betroffenen erhöht wird. Im Gegenteil: Die Geschichte der gesetzlichen Versuche, Kriterien zur Abgrenzung von selbständiger und abhängiger Beschäftigung zu entwickeln, zeigt, dass es am politischen Willen fehlt, dem Rechtsmissbrauch wirksam zu begegnen, weil dies dem Ziel einer weiteren Regulierung des Arbeitsmarktes entgegenliefe.

III. Rentenversicherungspflicht kein Schutz gegen Altersarmut

Honorarlehrkräfte sind schon seit Ende des 19. Jhdts. rentenversicherungspflichtig. Für die übrigen arbeitnehmerähnlichen Solo-Selbständigen wurde mit § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI im Jahr 1999 ebenfalls eine Rentenversicherungspflicht eingeführt. Das Gesetz wurde mit der sozialen Schutzbedürftigkeit der »Arbeitnehmerähnlichen« begründet. Faktisch hat es für viele Betroffene den gegenteiligen Effekt.

Ein Rechenbsp.: Eine ledige Honorarlehrkraft erwartet bei einem Stundenhonorar von 25,- € und einer Unterrichtsverpflichtung von 25 Unterrichtseinheiten (UE) / Woche nach 35 Jahren Erwerbstätigkeit eine monatliche Rente von ca. 800,- €. ¹⁹ Um den eigenen Lebensunterhalt im Alter bestreiten zu können, wird eine Aufstockung der Rente durch das Sozialamt nötig sein. Die Honorarlehrkraft zahlt aus ihrem Bruttohonorar von 2.300,- € ²⁰ monatlich rd. 430,- € in die Rentenversicherung ein. Netto bleiben ihr kaum mehr als 1.100,- €. Damit steuert sie trotz Rentenversicherungspflicht auf Altersarmut zu. Ursache dafür ist zunächst das viel zu niedrige Honorar. Bei einem Mindesthonorar von 55,- €, wie es die GEW aktuell fordert, läge die Rentenerwartung immerhin bei 1.600 – 1.700,- € / Monat. Das wäre deutlich über dem Grundsicherungsniveau. Entscheidend für die prekäre Lage der Solo-Selbständigen ist auch, dass die Auftraggeber*innen keinen Cent zur Sozialversicherung beitragen. Weil Solo-Selbständige ihre Beiträge komplett selbst zahlen, ist ihre monatliche Belastung

im Verhältnis zur erreichbaren Rente etwa doppelt so hoch wie bei sozialversicherungspflichtig Beschäftigten.

Honorarlehrkräfte haben überwiegend einen wissenschaftlichen Hochschulabschluss. Rentenpolitisch gereicht ihnen diese hohe Qualifikation zum Nachteil. Wegen des langen Ausbildungswegs sind 45 Beitragsjahre zur Rentenversicherung für Beschäftigte mit einem wissenschaftlichen Hochschulabschluss praktisch nicht erreichbar. Die Rentenpolitik geht gleichwohl davon aus, dass Akademiker*innen hohe Renten erzielen, die es ihnen ermöglichen, ihren Lebensstandard zu halten. Denn, so das Argument, die Einkommen von Beschäftigten mit akad. Ausbildung steigen im Laufe des Erwerbslebens überdurchschnittlich an. Das trifft auf viele akad. ausgebildete Fachkräfte in einem Arbeitsverhältnis zu. Sie haben berufliche Aufstiegschancen, und ihre Tariflöhne steigen mit zunehmender Beschäftigungsdauer an. Honorare steigen hingegen nicht oder allenfalls geringfügig mit wachsender Berufserfahrung. ²¹ Auch dieser wenig beachtete Umstand trägt dazu bei, dass Honorarlehrkräfte kaum Aussicht auf eine Rente haben, von der sie ohne Aufstockung durch das Sozialamt leben können.

Honorarlehrkräfte sind gesetzlich verpflichtet, einen erheblichen Teil ihres Einkommens für die RV aufzubringen. Weil sie aus dem niedrigen Honorar schon während des Erwerbslebens kaum ihren Lebensunterhalt bestreiten können, kommen viele dieser Pflicht nicht nach. Aus der Not nehmen sie Risiken einer erheblichen Nachzahlung in Kauf. Solo-Selbständige können durch Anfrage bei der DRV ihren sozialversicherungsrechtlichen Status zwar klären lassen, mit dem Ziel, dass der Auftraggeber seinen Anteil an den Sozialversicherungsbeiträgen zahlen müsste. Dabei prüft die DRV aber auch, ob die Honorarlehrkraft ihrer Beitragspflicht nachgekommen ist. Wer nicht gezahlt hat, sitzt sprichwörtlich in der Falle und wird kein Anfrageverfahren einleiten, um den eigenen Status klären zu lassen. I. E. werden der RV erhebliche Beiträge vorenthalten, während Honorarlehrkräfte ohne Alterssicherung dastehen. Dabei gäbe es Lösungen, die sowohl den Honorarlehrkräften als auch einem solidarischen Rentenversicherungssystem zugutekämen:

1. Der DGB setzt sich für die Einbeziehung aller Solo-Selbständigen in die gesetzliche RV ein, fordert aber »einkommensadäquate Beiträge«. Die Auftraggeber*innen sollen analog der AG-Beiträge an den Kosten der Sozialversicherung beteiligt werden, z. B. durch verpflichtende Zuschläge zum Honorar (DGB 2018). ²²
2. Für Selbständige mit geringen Einkommen schlägt der DGB vor, die Rente nach Mindestentgeltpunkten fortzuführen. Um auskömmliche Renten zu gewährleisten, ohne die Kosten auf die Sozialversicherungen abzuwälzen, seien steuerliche Entlastungen sachgerecht.
3. Hinsichtlich der gesetzlichen Krankenversicherung (KV) hat der Gesetzgeber erste Maßnahmen ergriffen. Mit Wirkung zum 1. 1. 2019 wurde die Mindestbeitragsbemessungsgrenze für Selbständige von

¹⁹ Zum Vergleich: Eine ledige Vertragslehrkraft, die nach TVöD EG 11 vergütet wird, erreicht nach 35 Beitragsjahren eine monatliche gesetzliche Rente von ca. 1700 € + 350 € aus der betrieblichen Zusatzversorgung.

²⁰ Berechnungsweise: 25 UE / Woche entsprechen unter Berücksichtigung von Urlaub und Feiertagen 1.105 UE / Jahr bzw. 92,08 UE / Monat. Daraus ergibt sich ein Bruttohonorar von 2.302,08 €.

²¹ Es gibt wenige Bsp., in denen Honorare gestaffelt sind, allerdings nur minimal. So erhalten Honorarlehrkräfte beim Goethe-Institut ein Honorar von 35,- € / Unterrichtsstunde, ab 451 Einsatztagen steigt es auf 37,- €.

²² DGB: Zur sozialen Absicherung und sozialen Lage von Soloselbständigen: Großer Handlungsbedarf, kleine Konzepte?, 2018: www.dgb.de/-/1FM (Stand 5.6.2019). Die derzeit von der BReg. beabsichtigte Einführung einer obligatorischen Altersvorsorge für alle Selbständigen geht an der Problematik der Honorarlehrkräfte vorbei, weil diese schon seit jeher rentenversicherungspflichtig sind.

2.283,75 auf 1.038,33 € abgesenkt, was einem monatlichen Beitrag von 160,- € entspricht. Dadurch reduziert sich die Beitragslast für viele Solo-Selbständige erheblich. Außerdem müssen Solo-Selbständige seit 2018 nur noch auf das tatsächlich erzielte Einkommen KV-Beiträge zahlen. Die Beiträge werden zunächst vorläufig festgesetzt und nach Vorlage des Einkommenssteuerbescheides rückwirkend angepasst.

4. In der Diskussion befindet sich die Möglichkeit einer »Amnestieregelung« für Selbständige, die bisher ihrer Versicherungspflicht nicht nachgekommen sind.²³ Eine solche Regelung würde es Honorarlehrkräften erlauben, künftig ins Solidarsystem einzuzahlen und für ihre Alterssicherung vorzusorgen, ohne mit hohen Nachzahlungen konfrontiert zu sein, die sie nicht aufbringen können. Voraussetzung dafür wäre, dass die Beiträge leistbar sind und eine angemessene Rente erreicht werden kann. Die Amnestielösung wäre daher eine sinnvolle Ergänzung, wenn die zuvor genannten Maßnahmen umgesetzt würden. Sie würde allen Solo-Selbständigen den Weg eröffnen, ihren Status im Anfrageverfahren klären zu lassen.

IV. Unterschiedliche Bewertung durch DRV sowie Arbeits- und Sozialgerichte

Viele Solo-Selbständige versuchen sich in ein Arbeitsverhältnis einzuklagen. Bei Honorarlehrkräften kommen die ArbG jedoch nahezu durchgängig zu dem Ergebnis, dass sie selbständig sind. Dabei folgen die Gerichte der vom BAG entwickelten »typisierenden Betrachtung«. Demnach sind Lehrkräfte nur dann typischerweise AN, wenn ihre Lehrtätigkeit auf die Vermittlung eines förmlichen Schulabschlusses zielt:

- » Wer an einer allgemeinbildenden Schule unterrichtet, ist idR. AN, auch wenn er seinen Beruf nebenberuflich ausübt. Dagegen können etwa Volkshochschuldozenten, die außerhalb schulischer Lehrgänge unterrichten, auch als freie Mitarbeiter beschäftigt werden, und zwar selbst dann, wenn es sich bei ihrem Unterricht um aufeinander abgestimmte Kurse mit vorher festgelegtem Programm handelt. Wird die Lehrtätigkeit nicht durch das Ziel der Vermittlung eines förmlichen schulischen Abschlusses geprägt, liegt der Vergleich mit Lehrkräften an einer Volkshochschule außerhalb schulischer Lehrgänge nahe.²⁴

Für alle anderen Lehrtätigkeiten stehe es den Vertragsparteien grundsätzlich frei, ob diese in einem Arbeitsverhältnis oder auf Grundlage eines freien Dienstvertrages (= Honorarvertrag) ausgeübt werden. Allerdings komme es nicht auf die Bezeichnung im Vertrag an, sondern auf die tatsächliche Durchführung. Wenn sich aus der Gesamtbetrachtung des Einzelfalls ergäbe, dass der für das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses erforderliche Grad der persönlichen Abhängigkeit und der Eingliederung in die betrieblichen Abläufe des Auftraggebers gegeben sei, spräche dies für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses:

- » Als AN sind Musikschullehrer*innen deshalb nur dann anzusehen, wenn die Vertragsparteien dies vereinbart haben oder im Einzelfall festzustellende Umstände hinzutreten, die auf den für das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses erforderlichen Grad persönlicher Abhängigkeit schließen lassen. Als solche Umstände kommen das Recht des Schulträgers, die zeitliche Lage der Unterrichtsstunden einseitig zu bestimmen, den Unterrichtsgegenstand oder Art und Ausmaß der Nebenarbeiten einseitig festzulegen, eine intensivere Kontrolle nicht nur des jeweiligen Leistungsstands der Schüler*in, sondern auch des Unterrichts selbst oder die Inanspruchnahme sonstiger Weisungsrechte in Betracht.²⁵

In zahlreichen Urten hat sich gezeigt, dass die ArbG die Messlatte für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses hoch ansetzen. Besonders deutlich wird das in einem Urten des LAG Schleswig-Holstein aus 2011. Die Kl. hatte geltend gemacht, dass sie als Integrationskurslehrkraft an einer Volkshochschule nicht frei über die Lage ihrer Arbeitszeit bestimmen könne und den Unterricht auf Grundlage der vom Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) festgelegten Vorgaben für Integrationskurse nach einem vorgegebenen Lehrwerk durchzuführen habe. Die Teilnahme an Fachkonferenzen sei zwar nicht verpflichtend, sondern lt. Vertrag lediglich »erwünscht«. In der Praxis ergebe sie sich aber notwendig daraus, dass auf den Fachkonferenzen Beschl. zur Umsetzung der Vorgaben des BAMF gefasst würden, die die Dozent*innen in ihren Kursen umsetzen müssten. Schon aufgrund ihrer wirtschaftlichen Abhängigkeit müsse sie sich den Vorgaben der Volkshochschule zur Vertragsgestaltung und zur zeitlichen Lage der Kurse unterordnen. In der Urteilsbegründung stellt das Gericht u. a. fest:

- » Wenngleich nicht verkannt wird, dass aufgrund der organisatorischen Zwänge und Abläufe sicherlich die Bekl. ein Interesse daran hat, ihre Planung durchzuführen, so bleibt es dennoch dabei, dass sie – Bekl. – gegenüber der Kl. keine – und darauf kommt es allein an – rechtliche Handhabe hat, ihr einseitig Unterrichtszeiten zuzuweisen. (...) Wenn die Kl. behauptet ..., dass diese Einzelverträge jedenfalls teilweise zu einem Zeitpunkt abgeschlossen wurden, zu dem die genaue Lage der Unterrichtszeiten für die Kl. noch nicht bekannt war, so führt dieses nicht dazu, dass damit ein einseitiges Weisungsrecht der Bekl. zur Lage der Arbeitszeiten anzunehmen ist. (...) Die Kl. ... behauptet lediglich, aufgrund der organisatorischen Zwänge und ihrer wirtschaftlichen Lage habe sie mehr oder weniger die Vorstellungen der Bekl. akzeptieren müssen. Dies ist aber unerheblich im Hinblick auf die Frage, ob die Bekl. insoweit ein einseitiges Weisungsrecht hatte. Rechtlich hatte sie es nicht.

Das Gericht hält es zwar für »gewichtig«, dass die Kl. sich über den bloßen Unterricht hinaus mit den dafür zust. Leitungskräften beim Träger über fachliche und pädagogische Fragen austauschen muss, dabei sei jedoch zu beachten, »dass die Abarbeitung des ihr erteilten Auftrages – Unterrichtung der Teilnehmer mit dem Ziel der Absolvierung der Abschlussprüfung – gerade auch diese Abstimmungen mit der Programmbereichsleitung und der pädagogischen Koordinatorin« erfordere. Sie sei »insoweit lediglich derart in den Betriebsablauf integriert, wie es gerade die Abarbeitung dieses (vertraglich bestimmten) Auftrags« erfordere. Dass die Kl. selbst mündliche und schriftliche Zwischen- und Modelltests durchführe, sei »nur Ausdruck des Umfangs ihrer pädagogischen Verantwortung im Rahmen der übernommenen unterrichtenden Tätigkeit«. Weiter: »Dass i. Ü. der Unterricht vor- und nachzubereiten ist, liegt in der Natur der Sache und ist für jede Unterrichtstätigkeit typisch.« Und: »Die Kl. mag zwar wirtschaftlich abhängig von der Bekl. sein. Dies ist aber unerheblich für den angeblichen Status als AN.«²⁶ Das Argumentationsmuster aus der BAG-Rspr. lässt sich so zusammenfassen:

1. Es kommt nicht auf die Bezeichnung im Vertrag an, sondern auf die tatsächliche Durchführung. Der Vertrag muss auch »gelebt« werden.
2. Die zahlreichen Indizien, dass die Honorarlehrkraft aufgrund ihrer wirtschaftlichen Abhängigkeit faktisch auch persönlich abhängig und

²³ Konkrete Vorschläge bei <https://www.rentenrechtler.de/?p=10513>.

²⁴ BAG 9.3.2005, 5 AZR 493/04.

²⁵ BAG 27.6.2017, 9 AZR 851/16.

²⁶ Alle Zitate: LAG Schleswig-Holstein 3.2.2011, 4 Sa 234/10.

weisungsgebunden ist, werden mit Hinweis auf die Vertragsgestaltung abgetan, wonach der/die Auftraggeber*in rechtlich kein Weisungsrecht habe. Es kommt also doch auf den Vertrag an.²⁷

3. Alle Tatsachen, die für eine Einbindung in die betrieblichen Abläufe sprechen, werden als für die Tätigkeit typisch und zur Durchführung des übernommenen Auftrags notwendig charakterisiert. Somit seien sie unerheblich für die Statusfrage. Insofern folgerichtig stellt das BAG in einem akt. Urte. auf die Vertragsfreiheit ab:

» Soweit die Kl. geltend macht, für die Musikschüler*innen habe es keinen Unterschied gemacht, ob sie den Unterricht auf der Grundlage des Arbeitsvertrags oder auf der Grundlage des Honorarvertrags erbracht habe, verkennt sie, dass es für die Abgrenzung verschiedener Vertragstypen nicht auf die Außenwirkung gegenüber Dritten, sondern allein auf die rechtlichen Befugnisse der Vertragsparteien im Innenverhältnis ankommt. Die Befugnisse, die der Honorarvertrag der Musikschule einräumt, sind nicht die eines AG, sondern solche eines/r Dienstberechtigten. (...) Wollte man anders entscheiden, beschnitte dies in unzulässiger Weise die verfassungsrechtlich verbürgte Vertragsfreiheit der Parteien (Art. 2 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 GG). Denn es stände nicht länger in ihrer Rechtsmacht, neben einem bereits bestehenden Arbeitsverhältnis ein Dienstverhältnis zu begründen. Für eine derartige Einschränkung der Vertragsfreiheit, die sich in der Praxis nicht nur zulasten des bekl. Landes, sondern auch zulasten der Kl. auswirkte, fehlt es an der erforderlichen Rechtsgrundlage.

So wird der Beschäftigten, die bis zum BAG geklagt hat, um ihren Arbeitnehmerstatus feststellen zu lassen, dieser mit Hinweis auf den Schutz ihrer eigenen Vertragsfreiheit verwehrt. Die DRV kommt – unter Anwendung derselben, vom BAG entwickelten Maßstäbe – nicht selten zum gegenteiligen Ergebnis. Von 21.624 Statusfeststellungsverfahren nach § 7a Abs. 1 Satz 1 SGB IV im Jahr 2015 stellte sie in 9.371 Fällen Scheinselbständigkeit fest, d. h. 43,3%.²⁸ Ein akt. Urte. des BSG zur Klage eines Gitarrenlehrers an einer kommunalen Musikschule kann das illustrieren. Er hatte 2011 ein Antragsverfahren nach § 7a Abs. 1 S. 1 SGB IV initiiert und von der DRV den Bescheid erhalten, dass er versicherungspflichtig beschäftigt sei. Die gegen diesen Bescheid gerichtete Klage der Kommune wurde in 1. Instanz vom SG Münster 2014 und in 2. Instanz vom LSG NRW mit Urte. v. 6. 7. 2016 zurückgewiesen mit der Begründung, dass der Gitarrenlehrer Weisungen durch die Musikschule unterlegen habe. Er sei auf ein bestimmtes Lehrplanwerk verpflichtet gewesen und hätte nicht frei bestimmen können, wann und wo er seinen Unterricht durchführt. Auch darüber hinaus sei er in die betriebliche Organisation der Musikschule eingegliedert gewesen. Die Rev. der Kommune beim BSG war hingegen erfolgreich. Das BSG führt u. a. aus:

» Ansprüche auf bezahlten Erholungsurlaub oder Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, wie sie für ein Arbeitsverhältnis typisch sind, standen dem Beigeladenen zu 1. nicht zu. Vielmehr war er verpflichtet, Rechnungen zu stellen und für seine soziale Absicherung selbst Sorge zu tragen.

Dem Beschäftigten, der Feststellung begehrt, dass er als AN beschäftigt war, damit die AG für ihn Sozialversicherungsbeiträge zahlen muss, wird entgegengehalten, dass es sich schon deshalb nicht um ein Arbeitsverhältnis gehandelt haben könne, weil ihm genau diese Leistungen vorenthalten wurden. Auch das Argument, dass sich die Tätigkeit des Honorarlehrers nicht von der einer festangestellten Lehrkraft unterscheidet, lässt das Gericht nicht gelten:

» Der Beigeladene zu 1. war zwar verpflichtet, die Unterrichtszeiten genau einzuhalten und ausgefallene Stunden in Absprache mit der Musikschule nachzuholen. Weitere Weisungen hinsichtlich Zeit und Ort der Durchführung der Tätigkeit gab es dagegen nur als Rahmenvorgaben. So wur-

den den Lehrern bei der Festlegung der Unterrichtszeiten Rahmenzeiten und Unterrichtsräume zugewiesen. Den Lehrkräften standen konkrete Räume innerhalb eines bestimmten Zeitfensters zur Verfügung. Innerhalb dieses Zeitfensters konnten festangestellte Kräfte und Honorarkräfte die Verteilung der Schüler frei bestimmen bzw. mit den Eltern vereinbaren.

Obwohl festangestellte Lehrkräfte dieselben Freiheiten haben wie Honorarlehrkräfte, werden diese Freiheiten als Indizien herangezogen, die gegen eine Weisungsgebundenheit sprechen:

» Nach allem musste der Beigeladene zu 1. seine Dienstleistung zwar in den Räumen der Kl. erbringen und sich zeitlich an deren Unterrichtsplanung und -konzept orientieren; dies sind Gesichtspunkte, die isoliert betrachtet für abhängige Beschäftigung sprechen könnten. Darüber hinaus hatte er sich in den mit der Kl. jeweils für bestimmte Zeiträume geschlossenen Verträgen jedoch keinem strikten einseitigen Weisungsrecht der Kl. Art, Zeit und Ort der Tätigkeit unterworfen und hatte sich die Kl. ein solches nicht ausbedingen wollen.

So kommt das BSG entgegen der Wertung der DRV und der vorangehenden Instanzen »im Rahmen der Gesamtwürdigung aller Umstände« zum Ergebnis, dass der Musikschullehrer nicht sozialversicherungspflichtig beschäftigt, sondern selbstständig tätig war.

V. Folgen von Scheinselbständigkeit für die Beschäftigten

Wird ein Bescheid der DRV, der Scheinselbständigkeit attestiert, rkr., ist für die Honorarlehrkraft noch nichts gewonnen. Denn die Statusfeststellung der DRV gilt zwar auch für die anderen Sozialversicherungsträger (gesetzliche KV, Pflegeversicherung, Arbeitslosenversicherung), aber nicht rückwirkend, sondern nur für die Zukunft ab Zeitpunkt der Feststellung. Der Lehrkraft werden keine Versicherungsbeiträge erstattet; sie erwirbt keine Ansprüche aus der Vergangenheit. Um nach erfolgter (sozialrechtlicher) Statusfeststellung als AN mit allen daraus resultierenden Rechten zu gelten, müsste die Honorarlehrkraft außerdem vor einem ArbG erfolgreich auf das Bestehen eines unbefr. Arbeitsverhältnisses klagen. Die sozialversicherungsrechtliche Feststellung spielt dafür keine Rolle:

» Die sozialversicherungsrechtliche Abwicklung des Dienstverhältnisses ist für die Frage seiner Rechtsnatur ohne Belang, weil das sozialversicherungsrechtliche Beschäftigungsverhältnis und das Arbeitsverhältnis nicht identisch sind.²⁹ Ebenso wenig ist entscheidend, dass das Dienstverhältnis hinsichtlich der materiellen Bedingungen wie ein Arbeitsverhältnis abgewickelt wurde.³⁰

Wie gezeigt, stehen die Chancen für Honorarlehrkräfte vor den ArbG schlecht. So kann es passieren, dass sie sozialrechtlich als scheinselbständig gelten, arbeitsrechtlich als selbständig. Ohne Arbeitnehmerstatus bleibt die Honorarlehrkraft ohne Kündigungsschutz und die/der zuvor verklagte Auftraggeber*in kann ihr ohne Angabe von Gründen die Auf-

²⁷ Zu dem Befund, dass die Rspr. »der Bezeichnung des Rechtsverhältnisses der Parteien im Vertrag zu große Bedeutung be(i)misst«, kommt auch der ehem. BAG-Senatsvors. Gerhard Reinecke in einem sehr lesenswerten Beitrag, Reinecke, AuR 2019, 56.

²⁸ BT-Drs. 18/10762.

²⁹ Vgl. BAG 14. 9.2011, 10 AZR 466/10, Rn. 13; BAG 18. 7. 2007, 5 AZR 854/06, Rn. 16 mwN.

³⁰ BAG 14. 9.2011, 10 AZR 466/10, aaO., BAG 8. 5. 2018, 9 AZR 531/17, AuR 2018, 533.

träge entziehen. Er wird das idR. auch tun, um die sozialversicherungsrechtlichen Kosten zu minimieren. Die Leidtragenden sind in jedem Fall die Honorarlehrkräfte.

Noch ungünstiger wirkt sich für sie eine Betriebsprüfung aus. Neben dem erwähnten Antragsverfahren zur Statusfeststellung durch die DRV Bund führen die Regionalträger der DRV selbsttätig Betriebsprüfungen durch. Bei diesen Prüfungen geht es darum, ob der AG seiner Sozialversicherungspflicht nachkommt. Eine solche Betriebsprüfung fand 2016 beim Goethe-Institut statt. Die DRV Bayern Süd schrieb rd. 400 Honorarlehrkräfte an, die als Sprachlehrer*innen an den Goethe-Instituten im Inland tätig waren. I. E. teilte sie dem Institut Ende Januar 2017 mit, dass diese alle scheinselfständig seien, und forderte eine erhebliche Nachzahlung der Rentenbeiträge durch das Goethe-Institut. Als erste Reaktion setzte das Goethe-Institut alle Honorarlehrkräfte im Inland vor die Tür. Um nicht den Betrieb einstellen zu müssen, denn 70 – 80 % des Unterrichts wurde zuvor von Honorarlehrkräften geleistet, wurden etwa 70 Lehrkräfte (zunächst befr.) eingestellt. Darunter auch Personen, die zuvor als Honorarlehrkraft für das Goethe-Institut tätig waren. Die Mehrheit von ihnen ging leer aus. Obwohl sie viele Jahre ausschließlich für diesen Auftraggeber gearbeitet hatten und die DRV sie als Scheinselfständige (also AN) betrachtete, wurden hunderte Honorarlehrkräfte von einem Tag auf den anderen entlassen. Ohne Anspruch auf ALG und auf die vom AG vorenthaltenen Beiträge zur Sozialversicherung. Die Verhandlungen des Goethe-Instituts mit der DRV über eine pauschale Nachzahlung dauern bis ins Jahr 2019 an. Sollte es zu einer Einigung kommen, bekommen die betr. Honorarkräfte weder Beiträge erstattet noch Rentenpunkte gutgeschrieben.

Derweil darf das Goethe-Institut wieder Honorarlehrkräfte beschäftigen. Im Sommer 2017 einigte es sich mit der DRV Bund auf eine Neufassung der Honorarverträge, die u. a. vorschreiben, dass Honorarlehrkräfte keine Prüfungen mehr durchführen und keine Betriebsmittel des Goethe-Instituts nutzen dürfen. Zu diesen Betriebsmitteln gehören auch der Zugang zum Lehrzimmer und die Nutzung der institutseigenen Mediathek. Um künftigen Ärger vorzubeugen, wurde ein umfassendes Kontrollsystem (neudeutsch: Compliance Management) etabliert, das die 2-Klassen-Gesellschaft in den Kollegien zementiert.³¹ Sofern sie unter diesen Umständen weiter für diesen Auftraggeber tätig sind, haben sich die Beschäftigungsbedingungen der Honorarlehrkräfte infolge der Prüfung durch die DRV also verschlechtert.

VI. Der Gesetzgeber muss handeln

Obwohl Scheinselfständigkeit seit mehr als 20 Jahren politisch thematisiert wird, ist es nicht ansatzweise gelungen, dieser Praxis einen Riegel vorzuschieben. Während es bei Werkverträgen und Leiharbeit zumindest kleine Schritte gibt, den »Missbrauch«³² einzudämmen, hat sich die rechtliche Lage von Honorarbeschäftigten praktisch nicht verbessert. Wie die folgende Antwort auf eine Kl. Anfrage der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen verdeutlicht, sieht die BReg. die unterschiedliche Bewertung der Statusfrage durch ArbG und SG nicht als Problem, das es zu beseitigen gälte:

Frage: Inwiefern anerkennt die BReg., dass sich die vorherrschende sozialrechtliche Abgrenzung zwischen selbständiger und abhängiger Beschäftigung teils markant von der arbeitsrechtlichen Abgrenzung³³ unterscheidet mithin zu Unwägbarkeiten in der Praxis führt, und welche Konsequenzen zieht die BReg. aus ihrer Bewertung?

Antwort der BReg.: In den beiden Rechtsgebieten gibt es im Detail abweichende Begriffsverständnisse und Verfahren. Diese sind Ausdruck ihrer jeweils unterschiedlichen Funktionen und Regelungszusammenhänge. Das Arbeitsrecht ist als Teil des Zivilrechts stärker von der Dispositionsbefugnis der Parteien geprägt als das dem öff. Recht zugehörige Sozialversicherungsrecht. Der sozialversicherungsrechtliche Beschäftigtenbegriff ist zudem weiter als der Begriff des AN. Dies steht – trotz vieler Parallelen – einer rechtsgebietsübergreifenden einheitlichen Abgrenzung der Selbständigen von AN bzw. abhängig Beschäftigten entgegen. Sich daraus ableitende Unwägbarkeiten in der Praxis sind nicht ersichtlich.³⁴

Da für die BReg. keine Unwägbarkeiten ersichtlich sind, erübrigt sich die Antwort auf den 2. Teil der Frage, welche Konsequenzen sie aus ihrer Bewertung ziehe.

Dabei gibt es angesichts der dargestellten Problemlage für den Gesetzgeber durchaus Anlass tätig zu werden. Und es gibt einfache gesetzgeberische Möglichkeiten. Die Vorlage liefert § 12a TVG, der an der sozialen Schutzbedürftigkeit »arbeitnehmerähnlicher« Personen ansetzt. Wer dauerhaft und überwiegend für eine/n Auftraggeber*in tätig ist und keine eigenen Mitarbeiter*innen beschäftigt, muss als AN sozialversicherungspflichtig beschäftigt werden. Denn wer vergleichbar einer/eines AN wirtschaftlich abhängig und sozial schutzbedürftig ist, kann nur geschützt werden, indem sämtliche Gesetze und Schutzrechte Anwendung finden, die mit dem Arbeitnehmerstatus einhergehen, spricht: indem sie oder er AN ist. Eine solche Regel ließe sich problemlos in § 611a BGB verankern.³⁵

Da eine solche Regelung auch auf Werkvertragsbeschäftigte anwendbar wäre, würde zugleich ein Ausweichen von einer prekären Beschäftigungsform in eine andere unterbunden. Die Sozialversicherungsproblematik wäre zugunsten der Solidargemeinschaft und der Betroffenen gelöst. Die AG müssten ihrer sozialen Verantwortung für alle Beschäftigten nachkommen. Beschäftigte hingegen, die aus freien Stücken selbständig sind, entscheiden sich dafür idR., weil sie unabhängig von einer/m bestimmten Auftraggeber*in sein wollen. Indem sie für mehrere Auftraggeber*innen tätig sind, könnten sie auch nach Inkrafttreten einer solchen gesetzlichen Regelung ihren Status als Selbständige aufrechterhalten. Die Vertragsfreiheit bliebe gewahrt.

Der ausgearbeitete Vorschlag des Hugo Sinzheimer Instituts (HSI) zu einem Gesetz über Mindestentgelte für Solo-Selbständige sieht eine analoge Anwendung des Mindestlohns in Form eines Mindestentgelts inklusive Sozialversicherungszuschlag von 25 % vor.³⁶ Das wäre ein wichtiger Schritt, um Lohndumping durch freie Dienst- und Werkverträge vorzubeugen. Für akad. ausgebildete Fachkräfte, deren Einkom-

31 Zu den neuen Arbeitsbedingungen von Honorarlehrkräften am Goethe-Institut s. GEW-Info Nr. 2/2018: <https://www.gew.de/goethe-institut/publikationen/publikationen/list/>.

32 In der politischen Debatte wird viel von »Missbrauch« und »Schlupflöchern« gesprochen. So wird die Tatsache verdeckt, dass prekäre Beschäftigungsverhältnisse eine intendierte Folge der politischen Deregulierung des Arbeitsmarktes sind.

33 Siehe Prof. Dr. Stefan Greiner, 2016 (bitte Fundstelle ergänzen).

34 BT Drs. 18/11982, Frage 14.

35 Da § 12a TVG bislang nicht zu tarifvertraglichen Regelungen außerhalb der Medienbranche (öff.-rechtlicher Rundfunk und einzelne Zeitungsverlage) geführt hat, würde man mit einer solchen gesetzlichen Regelung auch nicht in die Tarifautonomie eingreifen. § 12a TVG könnte iSd. bisherigen Abs. 3 fortgeführt werden. Dort ist geregelt, dass das TVG für Medienschaffende bereits dann anwendbar ist, wenn sie mindestens 1/3 ihres Einkommens von einem Auftraggeber beziehen.

36 Vgl. Hugo Sinzheimer Institut für Arbeitsrecht, HSI (2018): Entwurf eines Gesetzes über Mindestentgeltbedingungen für Selbstständige ohne Arbeitnehmer (Solo-Selbstständige). HSI-Working Paper Nr. 12, 2. Aufl., Dezember 2018.

men deutlich über dem Mindestlohn liegen sollte, müssen zusätzliche, darüber hinausgehende Regelungen angestrebt werden, weil eine Honorarlehrkraft beim akt. Mindestlohn von 9,19,- € inkl. Sozialversicherungszuschlag auf umgerechnet etwa 17,- € / Unterrichtsstunde käme. Das ist rd. die Hälfte des seit 2016 geltenden Mindesthonorars für Integrationskurslehrkräfte. Die 35,- € orientieren sich am allgemeinverbindlichen Mindestlohn für SGB-geförderte Weiterbildungsmaßnahmen. Allerdings wurde der Betrag seit seiner Einführung im Jahr 2016 nicht erhöht, während der Mindestlohn durch die Tarifparteien mehrfach angehoben und durch das BMAS 2019 erneut für allgemeinverbindlich erklärt wurde. Um Schritt zu halten, müsste das Mindesthonorar seit April 2019 über 38,- € betragen.

Folgt Kratzer vs. R+V II?

Buschmann untersucht in der FS für Ostendorf das Verhältnis des Arbeitsrechts zum Strafrecht.¹ Die wiederholte Kriminalisierung des Streikrechts führt bis heute bei arbeitnehmerorientierten Arbeitsrechtlern zu einem distanzierten Verhältnis zum Strafrecht. Heussen stellt in der Buchbesprechung zu Wächters Widerspruch² fest: »Die ständigen Versuche der Justiz, Anklagen mit politischem Hintergrund der »normalen Kriminalität« zuzurechnen, sind erst langsam gescheitert.«³ Noch scheinen diese Versuche nicht zu enden. Dies lässt sich im Streik- und Versammlungsrecht⁴ und aktuell im Umgang mit AGG-Entschädigungskl. beobachten. Die Umnutzung des Strafrechts in gesellschaftspolitischen Aushandlungsprozessen lenkt nicht nur von dem Potential ab, das in dem Optimierungszusammenhang⁵ liegt, der beiden Teil-Rechtsgebieten innewohnt. Sie zeigt auch Arbeitsrechtsferne unter Strafrechtlern.

I. Ein Strafverfahren um § 15 Abs. 2 AGG

»Ich verstehe nicht, was daran strafbar sein soll,« fragt Alenfelder⁶ das LG München I. Der RA und Wissenschaftler war am 34. Verhandlungstag im Strafprozess gegen 2 vorgebliche »AGG-Hopper« als Zeuge gehört worden. Die Kammer erlebte einen Experten, der Einblick in die hierzulande schwierige Durchsetzung des Gleichstellungsrechts erlaubte. Die Frage, warum die Geltendmachung einer Entschädigung nach dem AGG strafbar sein soll, blieb unbeantwortet. Das LG München I lehnte so 2015 die Eröffnung des Hauptsacheverfahrens aus Rechtsgründen nach § 204 StPO ab.⁷ Aus der Anklage war nach Überzeugung des LG nicht ersichtlich, worin die betrugsrelevante Täuschung liegt. Das OLG München ließ die Ankl. für einen Teil der Tatbestände mit der Begründung zu, der Vorwurf stünde im Raum, dass die Angekl. über die »subj. Ernsthaftigkeit ihrer Bewerbungen täuschten.«⁸ Das sei dann vorstellbar, wenn Angekl. »**konkudent ernsthaftes Interesse**« an Stellen vortäuschten, obwohl sie »zu keinem Zeitpunkt die Absicht hatten, die ausgeschriebenen Stellen auch anzutreten, sondern dass es ihnen lediglich darauf ankam, potentiell **AGG-widrige Stellenausschreibungen auszunutzen**, um im Falle einer erwarteten Absage einen Anspruch nach § 15 AGG geltend zu machen.«⁹

Die Lösung prekäre Beschäftigung auch im Weiterbildungsbereich effektiv einzudämmen, bestünde darin, dass der Gesetzgeber eine waserdichte Definition des Arbeitnehmerstatus vornimmt, die an der wirtschaftlichen Abhängigkeit und sozialen Schutzbedürftigkeit der Beschäftigten ansetzt.

Zusammengefasst sind die akt. Bemühungen um bessere und bezahlbare Sozial- und Krankenversicherung für die betr. Solo-Selbstständige erfreulich und ein wichtiger Schritt in die richtige Richtung, um Lohndumping durch freie Dienst- und Werkverträge einzudämmen. Für die sachgerechte Klärung der Statusfrage ist der Gesetzgeber gefordert, die Initiative aufzugreifen und zu ergänzen um Regelungen, die auch für die o.a. akad. ausgebildeten Fachkräfte zur Verbesserung der derzeitigen Situation führen.

RA Dr. Rüdiger Helm, Kapstadt/München

Das LG München I folgte dagegen 2015 der vom BAG¹⁰ vertretenen Überzeugung, dass als »unzutreffende Tatsachenbasis ... lediglich fehlende subj. Ernsthaftigkeit der jeweiligen Bewerbung in Betracht« kommt. »Eine solche lässt sich dem Gesetzeswortlaut jedoch nicht als Voraussetzung für das Entstehen eines Anspruchs aus § 15 AGG entnehmen.«¹¹ Metz wirbt dafür, die Strafbarkeit von Entschädigungskl. durch Annahme einer »konkludente Täuschung« zu retten.¹² Unabhängig davon, dass dieser Ansatz nicht überzeugt, weil umgesetztes Unionsrecht dem Grundsatz des »effet utile« dient und die Funktion der §§ 15 Abs. 2, 17 Abs. 1 AGG für das Effizienzgebot nicht übergangen werden kann, ist zusätzlich zu berücksichtigen, dass Sachverhalte aus 2011 – 2013 angeklagt wurden. Das LG meinte 2015, zunächst müsse die Fachgerichtsbarkeit die notwendigen Klärungen über Inhalt und Umfang des von den Normen abgedeckten Verhaltens herbeiführen, bevor für zukünftige Sachverhalte über eine Strafbarkeit nachgedacht werden könne. Es bezog sich auf den Vorlagebeschl. des BAG v. 18. 6. 2015.¹³ »Aus der Vorlage auch dieser Frage ergibt sich weiterhin, dass aufgrund der Vorgaben der RL möglicherweise auch diese Handhabung der dt. Rspr. nicht RL-konform sein könnte, was in der Lit. bereits diskutiert wird. Hiernach (red) ist der Rechtsordnung ein Aus-

1 Buschmann: Perspektivenwechsel im Arbeitsstrafrecht in: FS Ostendorf, 15, 143 - 161.

2 Wächter: Widerspruch - Als Strafverteidiger in politischen Prozessen, Transit Verlag, 2019.

3 Heussen: Buchbesprechung zu Hartmut Wächter - Widerspruch, als Strafverteidiger in politischen Prozessen, Biografie, MAV-Mitteilungen 4/2019, S. 26.

4 AG München 26.1.2009, 845 Cs 113 Js 11159/08, AuR 2009, 178 m. Anm. Wächter.

5 Buschmann, Fn. 1, S. 143.

6 Ahlenfelder ist Leiter der Forschungsstelle für Arbeits- und Antidiskriminierungsrecht an der FH Nordhessen.

7 LG München I 23.11.15, 12 KLS 231 Js 139171/12.

8 OLG München 25.1.2016, 2 Ws 1/16, 2 Ws 2/16.

9 OLG München 25.1.2016, 2 Ws 1/16, 2 Ws 2/16, II.1.

10 BAG 19.5.2016, 8 AZR 470/14, Rn. 62.

11 LG München I 23.11.15, 12 KLS 231 Js 139171/12, I.2 a) bb).

12 Metz, NZA 2019, 876.

13 BAG 18.6.15, 8 AZR 848/13 (A), AuR 15, 338, 373; Helm, AuR 2019, 11.