

## Verfassungswidrigkeit der HRG-Novelle – kontraproduktive Folgen der Nichtigkeit der Befristungsregeln

Das BVerfG hat am 27.7.2004<sup>1</sup> das Fünfte Gesetz zur Änderung des Hochschulrahmengesetzes (HRG) und anderer Vorschriften<sup>2</sup> (5. HRGÄndG) wegen Kompetenzüberschreitung in der Rahmengesetzgebung des Bundes (Art. 75 GG) für nichtig erklärt. Der Beitrag behandelt die Folgen des Beschlusses und zeigt Lösungswege auf.

### I. Der Beschluss und die arbeitsrechtlichen Folgen

Die Folgen für das Verhältnis von Bund und Ländern im Bereich des Hochschulrechts sind tiefgreifend. Aus der Sicht der Hochschulen und der Länder muss das kein Schaden sein, wenn dies auf der Ebene der Länder nicht mehr Regulierung, sondern Freiheit und Wettbewerb zur Folge hat. Wesentlich ist aber, dass die Qualifikationswege zum Hochschullehrer wechselseitig anerkannt werden und die Bundesrepublik nicht in regionalen Provinzialismus verfällt.

#### 1. Überschießende Nichtigkeitsfolge

Der 2. Senat des BVerfG ist aber in einem entscheidenden Punkt, der so von niemandem erwartet wurde, massiv über das Ziel hinaus geschossen: Es hat die Neuordnung der befristeten Arbeitsverhältnisse für wissenschaftliche Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter sowie für wissenschaftliche Hilfskräfte gleich mit für verfassungswidrig erklärt<sup>3</sup>. Es begnügt sich mit dem Hinweis, die Befristungsregeln und die im Kern für verfassungswidrig gehaltenen Regelungen zur Juniorprofessur bildeten eine „teleologische Sinneinheit“<sup>4</sup>. Schade ist, dass das BVerfG den auf dieses Zitat folgenden Satz nicht zitiert hat: Er lautet: „*Sie bewirken, dass die alternative Qualifizierung zum Hochschullehrer über den Weg als wissenschaftlicher Mitarbeiter gegenüber der Juniorprofessur nicht versperrt ist.*“<sup>5</sup> Mit anderen Worten: Die Zeitvertragsregeln sicherten geradezu – ganz im Sinne des BVerfG – den Weg zum Hochschullehrer, ohne Juniorprofessur. Darüber hinaus haben sie einen eigenständigen Gehalt. Wer das diesen Regelungen zugrunde liegende Gutachten liest, vermag unschwer zu erkennen, dass die Zeitvertragsregeln nicht nur einen Qualifikationsweg neben der Juniorprofessur sicherstellten, sondern in Übereinstimmung mit den materiell-verfassungsrechtlichen Erwägungen des 1. Senats des BVerfG<sup>6</sup> dazu dienten, durch die Erleichterung befristeter Arbeitsverträge die Leistungs- und Funktionsfähigkeit der Hochschulen und Forschungseinrichtungen zu sichern,<sup>7</sup> weil eine ständige Fluktuation erforderlich ist, um einen laufenden Zustrom junger Wissenschaftler und neuer Ideen zu gewährleisten<sup>8</sup>. Das ist der schon seit 1985 geltende Kern der Befristungsregeln, die anlässlich der HRG-Reform 2002 dereguliert und in

---

\* Der Autor ist Professor für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Sozialrecht an der Universität zu Köln.

<sup>1</sup> BVerfG 27.7.2004 – 2 BvF 2/02.

<sup>2</sup> Gesetz vom 16. Februar 2002 (BGBl. I v. 22.2.2002, S. 693).

<sup>3</sup> BVerfG 27.7.2004 – 2 BvF 2/02 – Rz. 147 im Urteil.

<sup>4</sup> BVerfG 27.7.2004 – 2 BvF 2/02 – Rz. 146 im Urteil unter Hinweis auf *Preis/Hausch*, NJW 2002, 927, 930.

<sup>5</sup> *Preis/Hausch*, ebenda.

<sup>6</sup> BVerfG, 1. Senat, Beschluss v. 24. 4. 1996 – 1 BvR 712/86, BVerfGE 94, 268 (284 ff.) = AP Nr. 2 zu § 57a HRG (zu C II der Gründe).

<sup>7</sup> Zur Verfassungsmäßigkeit der Neuregelung ausführlich *Dieterich/Preis*, Befristete Arbeitsverhältnisse in Wissenschaft und Forschung, 2001, S. 87 ff. (insbes. S. 104 ff.).

<sup>8</sup> BT-Drucks. 14/6853 S. 20.

den Fristen ausgeweitet worden ist. Trotz anfänglicher Kritik sind die Befristungsregeln in allen Ländern und Hochschulen mit Erfolg angewendet und umgesetzt worden.

Die Mehrheit des 2. Senats des BVerfG hat das Eigenleben der Befristungsregeln für wissenschaftliche Mitarbeiter auch in verfassungsrechtlich angreifbarer Weise zu Unrecht nicht anerkannt. Bei den Zeitvertragsregelungen handelt es sich nämlich um unmittelbar geltendes Recht<sup>9</sup>. Denn die HRG-Befristungsregeln sind Arbeitsrecht, und zwar *lex specialis* zum TzBfG. Sie unterliegen der konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG<sup>10</sup> und befinden sich nur aufgrund des Sachzusammenhanges im HRG. Die unmittelbare Geltung wird auch durch § 72 Abs. 1 S. 9 HRG unterstrichen. Bei den Befristungsregeln handelt es sich also gerade nicht um eine Ausnahme des Grundsatzes nur mittelbarer Geltung von Rahmenrecht gem. Art. 75 Abs. 2 GG.<sup>11</sup> Anders verhält es sich mit den Regelungen zur Juniorprofessur, die nur Rahmenrecht darstellten und daher einer Umsetzung durch die Landesgesetzgeber bedurften.

Soweit ersichtlich, war und ist dieser Befund völlig unstrittig. Schon der 1. Senat des BVerfG ist in seinem Urteil zu den Vorläuferregelungen - ohne Problematisierung - davon ausgegangen, dass die Gesetzgebungskompetenz für die Befristungsregeln aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG folgt.<sup>12</sup> Darauf wird in dem vorliegenden Beschluss nicht einmal hingewiesen. Es ist daher bedauerlich, dass lediglich die Richterinnen und Richter *Osterloh*, *Lübbe-Wolff* und *Gerhardt* in ihrem Minderheitenvotum mit den Argumenten der unmittelbaren Geltung und des sofortigen Inkrafttretens der Befristungsregeln in die richtige dogmatische Richtung wiesen und sich deshalb gegen eine Gesamtnichtigkeit des 5. HRG-Änderungsgesetzes aussprachen. Die §§ 57a ff. HRG könnten von den Vorschriften über die Juniorprofessur abgespalten werden und unabhängig von ihr weiterbestehen, so die Senatsminderheit<sup>13</sup>.

Ein Desaster ist die - seit langem in der Judikatur des BVerfG vermiedene - Folge anfänglicher Nichtigkeit, da hierdurch in gelebte Privatrechtsverhältnisse tiefgreifend eingegriffen wird. Eben dies ist bei den Befristungsregeln der Fall. Da sich die Befristungsregelungen unmittelbar mit Inkrafttreten des Gesetzes auswirkten, waren sie für die Praxis der universitären Personalverwaltung zunächst viel wichtiger als die Neuordnung des Qualifikationsweges. Bei der Juniorprofessur konnte man dagegen auf Zeit spielen. Deren Rechtsstellung ist gesichert, soweit die Länder entsprechende Regelungen umgesetzt haben, was aber erst in einem Teil der Länder der Fall ist. Seit Inkrafttreten des 5. HRG-Änderungsgesetzes sind aber tausende (Schätzungen gehen von über 20.000 Vertragsabschlüssen aus!) von befristeten Arbeitsverträgen auf der Basis der Neuregelung vereinbart worden, denen jetzt rückwirkend die Rechtsgrundlage genommen wurde. An landesrechtlichen Vorschriften fehlt es in der Regel. Denn alle Länder sind davon ausgegangen, dass die Befristungsregeln Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung sind. Allenfalls wurden sie deklaratorisch in Landesgesetze übernommen. Nach dem Beschluss des BVerfG sind aber auch diese nichtig. Zudem bricht Bundesrecht Landesrecht (Art. 31 GG). Das durch die Mehrheit des Senats gewollte Ergebnis ist um so bedauerlicher, weil auch im Ergebnis der durch die

<sup>9</sup> *Preis/Hausch* NJW 2002, 927; *Dörner*, Der befristete Arbeitsvertrag, 2004, Rn. 628; *Lakies* ZTR 2002, 250.

<sup>10</sup> KR-Lipke, 7. Aufl. 2004, § 57 a HRG Rn. 17 m.w.N.

<sup>11</sup> *Preis/Hausch*, NJW 2002, 927; *Walter* in Hailbronner/Geis, Kommentar zum HRG, § 1 Rn. 2

<sup>12</sup> BVerfG 24.4.1996 BVerfGE 94, 268 (284ff.).

<sup>13</sup> BVerfG 27.7.2004 - 2 BvF 2/02 - Rz. 183 im Urteil.

Nichtigkeitsfolge des Beschlusses wieder hergestellte Rechtsstand keinesfalls verfassungsnäher als die Befristungsregeln nach dem 5. HRG-Änderungsgesetz ist.

Da die materielle Verfassungsmäßigkeit der §§ 57a ff HRG 2002 unbestritten ist, drängt sich folgendes Bild auf: Die Senatsmehrheit des 2. Senats des BVerfG hat wegen angeblich formeller Illegalität eine Abrissverfügung für einen Gebäudekomplex erlassen, in dem zehntausende von Mitarbeitern leben, weil es auf falschem Papier (hier in einem Rahmengesetz) geschrieben war, und das, obwohl das Gebäude innerhalb der Zuständigkeit des Bundes und auch materiell rechtmäßig errichtet war. Im öffentlichen Baurecht würde eine solche Abrissverfügung als grob unverhältnismäßig vor den Verwaltungsgerichten sicher keinen Bestand haben.

## **2. Unwirksamkeit aller zwischen 2002 und 2004 im Hochschulbereich vereinbarten Befristungen?**

Nun könnte man meinen, dies sei deshalb nicht so problematisch, weil ja nunmehr durch die anfängliche Nichtigkeitsklärung des 5. HRG-Änderungsgesetzes die alten §§ 57a ff. HRG 1985 wieder in Kraft sind<sup>14</sup>. Doch weit gefehlt! Die Neuregelungen waren wesentlich einfacher für Hochschulverwaltungen zu handhaben. Sie waren auch liberaler, weil sie innerhalb großzügig bemessener Zeitspannen überhaupt nicht nach einem Sachgrund für die Befristung fragten! Diese Neuorientierung hat wichtige praktische Konsequenzen: Den Personalverwaltungen wurde innerhalb des HRG die unselige Zuordnung von Befristungsgründen erspart.

Das alte Befristungsrecht der §§ 57a ff. HRG 1985 war ein Torso an Überregulierung. Die zwischen dem 23.2.2002 und 27.7.2004 geschlossenen Verträge genügten schon nicht dem Zitiergebot des § 57 b Abs. 5 HRG 1985. Es bedurfte nämlich nicht nur sachlicher Gründe für die Befristung, sondern diese mussten auch noch präzise im Vertrag zitiert sein. Als sachliche Gründe sah § 57b Abs. 2 HRG 1985 dabei insbesondere die erstmalige Einstellung als wissenschaftlicher oder künstlerischer Mitarbeiter (Nr. 5), die Aus-, Fort- oder Weiterbildung des Mitarbeiters (Nr. 1), die Vergütung aus hierfür bestimmten Haushaltsmitteln (Nr. 2), den Austausch besonderer Kenntnisse und Erfahrungen (Nr. 3) sowie die Beschäftigung aus Drittmitteln (Nr. 4) vor. Bei einer Befristung nach Nr. 5 war eine Befristungsdauer von bis zu zwei Jahren, bei einer Befristung nach den Nrn. 1 bis 4 von bis zu fünf Jahren zulässig, wobei mehrere befristete Arbeitsverträge nach den Nrn. 1 bis 4 bei derselben Hochschule die Höchstgrenze von fünf Jahren nicht überschreiten durften (§ 57c Abs. 2 HRG 1985). Nicht angerechnet auf die Höchstgrenze von fünf Jahren wurden indes Zeiten eines nach den Nrn. 1 bis 4 befristeten Arbeitsvertrages, soweit er innerhalb oder außerhalb der Arbeitszeit Gelegenheit zur Vorbereitung einer Promotion gab (§ 57c Abs. 3 HRG 1985). Die kasuistischen Tatbestände führten zu mannigfachen Auslegungs- und Abgrenzungsstreitigkeiten, die eine Flut von arbeitsgerichtlichen Entscheidungen auslösten.<sup>15</sup> Eine klare Trennung der Befristungsgründe war in der Praxis nur schwer möglich, weil durchaus verschiedene Befristungsgründe gleichzeitig vorliegen konnten.

Wenn nunmehr die Wirksamkeit der zwischen dem 23.2.2002 und dem 27.7. 2004 geschlossenen Verträge auf der Basis der §§ 57a ff. HRG 1985 zu prüfen ist, kann das Urteil nur lauten: Sie

<sup>14</sup> Die Regel „*lex posterior derogat legi priori*“ gilt grds. nicht bei anfänglicher Nichtigkeit neuer Normen, weil einem anfänglich nichtigem Änderungs- oder Reformgesetz nicht die Kraft zugesprochen kann, das alte Recht aufzuheben, vgl. *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 445; *Sachs*, DÖV 1982, 23, 28 m.w.N.; auch der seltene Ausnahmefall der Aufhebung eines alten Gesetzes wegen intendierter Bereinigung eines komplizierten Rechtsgebietes durch Reformgesetz ohne Rücksicht auf dessen Nichtigkeit mit der Konsequenz eines regelungslosen Zustandes dürfte für den jetzigen Fall des 5. HRGÄndG nicht einschlägig sein; so verblieb es bspw. auch nach der Nichtigkeitsklärung des Staatshaftungsgesetzes 1982 u.a. bei der Geltung des § 839 BGB, vgl. BVerfG 19.10.1982 BVerfGE 61, 149ff.; *Schlaich/Korioth*, a.a.O. Rn. 447; *Pestalozza*, VerfassungsprozessR, § 20 VI Rn. 127.

<sup>15</sup> *Dieterich/Preis*, a.a.O. (Fn. 4), S. 11ff.

erfüllen allesamt nicht die Voraussetzungen des früheren Rechts. Orientierungslose Hochschulverwaltungen fragen jetzt, ob nunmehr alle wissenschaftlichen Mitarbeiter – wegen Unwirksamkeit der Befristung - in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis stehen! Wäre dies die – nicht von vornherein von der Hand zu weisende – Folge, hätte das BVerfG einen Pyrrhussieg historischen Ausmaßes für die gesamte Wissenschaftslandschaft in Deutschland erzielt. Überdies würde die Zielsetzung der seit 1985 geltenden Sonderregelungen zur Befristung im Hochschulbereich konterkariert. Stellen für neue junge Wissenschaftler könnten – bei erfolgreichen Entfristungsklagen – für Jahrzehnte blockiert werden.

Es stellen sich jetzt folgende Fragen: Wie ist die Nichtigkeitsfolge nach § 78 i.V.m. § 31 BVerfGG zu bewältigen? (hierzu unter II.) Auf welche Prinzipien befristeter Arbeitsverträge kann man zur Bewältigung der Nichtigkeitsfolge und für den Abschluss künftiger befristeter Verträge zurückgreifen? (hierzu unter III.) Welche Empfehlung ist dem Gesetzgeber zur Bewältigung der massiven Unsicherheitslage zu geben? (hierzu unter IV.).

## **II. Bewältigung der Nichtigkeitsfolge**

Ist für Neuverträge aufgrund der Nichtigkeit des 5. HRG-Änderungsgesetzes das alte HRG 1985 wieder anwendbar<sup>16</sup>, liegt die Lösung für diejenigen Verträge, die zwischen dem 23.2.2002<sup>17</sup> und dem 27.7.2004 geschlossen wurden, nicht sofort auf der Hand.

Erster Anknüpfungspunkt wäre § 79 Abs. 2 BVerfGG, nach dem vorbehaltlich der Vorschrift des § 95 Abs. 2 BVerfGG oder einer besonderen gesetzlichen Regelung die nicht mehr anfechtbaren Entscheidungen, die auf einer gemäß § 78 BVerfGG für nichtig erklärten Norm beruhen, unberührt bleiben. Das BVerfG erkennt in ständiger Rechtsprechung die Übertragbarkeit dieser Norm über den Wortlaut hinaus auf private Rechtsverhältnisse an, wenn der Staat sich privater Handlungsformen bedient. Die Norm stelle den allgemeinen Rechtsgedanken auf, dass die nachteiligen Wirkungen bei – ggf. bereits abgewickelten – Rechtsverhältnissen, die von fehlerhaften Akten der öffentlichen Gewalt in der Vergangenheit ausgegangen sind, nicht beseitigt werden, dass aber für die Zukunft die sich aus der Durchsetzung solcher Akte ergebenden Folgen abgewendet werden sollen<sup>18</sup>. Diese Maßstäbe seien sinngemäß auf die Abwicklung privater Rechtsverhältnisse anzuwenden.

Übertrüge man diese Grundsätze auf die vorliegende Situation, so sind nicht mehr anfechtbar in diesem Sinne befristete Arbeitsverträge, die bis zum 27.7.2004 beendet waren und auch nach § 17 TzBfG nicht mehr angreifbar sind. Anfechtbar wären aber noch alle laufenden befristeten Arbeitsverträge! Allerdings spricht einiges gegen die Übertragbarkeit dieser Rechtsprechung, denn ein privatrechtliches Austauschverhältnis – wie der befristete Arbeitsvertrag – ist kein staatlicher Akt in Privatrechtsform mit nachteiliger Wirkung. Damit kann diese Rechtsprechung im Kontext des § 79 Abs. 2 BVerfGG für die Lösung der Nichtigkeitsproblematik nicht fruchtbar gemacht werden.

<sup>16</sup> Vgl. die Ausführungen in Fn. 14.

<sup>17</sup> Die §§ 57a ff. HRG traten am Tage nach der Verkündung des 5. HRGÄndG in Kraft.

<sup>18</sup> BVerfG 15.7.1998 BVerfGE 98, 365, 402f. (zu § 18 BetrAVG); BVerfG 2.12.1997 BVerfGE 97, 35, 48f. (zum Hamburger Ruhegeldgesetz) unter Verweis auf BVerfG 21.5.1974 BVerfGE 37, 217, 262f.; BVerfG 14.3.1972 BVerfGE 32, 387, 389f.

Die Bewältigung der Nichtigkeitsfolge muss daher mit den Grundsätzen des Privatrechts versucht werden, da nur mit ihnen den Interessen der Parteien gerecht werden kann.<sup>19</sup> Da auch das BVerfG keine Übergangsregelung für befristete Arbeitsverträge gem. §§ 57a ff. HRG 2002 (etwa: Wirkung der Nichtigkeit ex nunc) getroffen hat, bleibt als Zwischenergebnis festzuhalten, dass mit den gesetzlichen Befristungstatbeständen des HRG 2002 auch die Rechtfertigung der Befristungsabreden insoweit rückwirkend entfallen ist. Diese können nunmehr nur noch nach geltendem Befristungsrecht gerechtfertigt sein.

### **III. Befristete Arbeitsverträge im Hochschulbereich nach dem Urteil des BVerfG vom 27.7.2004 bis zu einer Neuregelung durch den Bund**

#### **1. Verträge ab dem 27.7.2004 vorläufig nur noch nach Maßgabe des HRG 1985 schließen!**

Die erste und schlichte Konsequenz des Beschlusses des BVerfG vom 27.7.2004 ist, dass die Hochschulverwaltungen die alten Verträge und Formulare aus dem Archiv holen und für Neuabschlüsse fortan das HRG 1985 wieder anwenden müssen. Das gilt auch für Vertragsverlängerungen. In aller Regel werden die Mitarbeiter sich auf diese Vertragsverlängerungen einlassen und die Wirksamkeit des vorhergehenden Vertrages nicht nach Maßgabe des § 17 TzBfG angreifen.

#### **2. Zwischen dem 23.2.2002 und 27.7.2004 abgeschlossene Verträge**

Die wieder in Kraft getretenen §§ 57 a ff HRG 1985 kommen zwar theoretisch als Rechtfertigung von Befristungen im Hochschulbereich in Betracht. Jedoch nützt dies in der Praxis nichts, weil es keinen befristeten Vertrag geben dürfte, der die Voraussetzungen der §§ 57 a ff. HRG 1985 erfüllt.

Die zwischen dem 23.2.2002 und 27.7.2004 geschlossenen Verträge könnten aber nach dem TzBfG gerechtfertigt sein. Im Wege der Auslegung (§§ 133, 157 BGB) müssten Sachgründe nach § 14 TzBfG für die bislang sachgrundlos möglichen Befristungen „gefunden“ werden. Aus den nach dem HRG 2002 geschlossenen Verträgen selbst werden diese Sachgründe zwar regelmäßig nicht hervorgehen, da die über § 57b HRG 2002 eingeräumte Befristungsmöglichkeit nicht an materielle Sachgründe gebunden war. Gleichwohl wird in einer Vielzahl der Fälle ein nach allgemeinen Regeln anerkannter Sachgrund (wissenschaftliche Qualifizierung, befristete Drittmittelprojekte) vorgelegen haben. Dass dieser nicht mit vereinbart wurde, ist nach ständiger BAG-Rechtsprechung unschädlich, wenn der Sachgrund bei Vertragsschluss objektiv vorlag und mit der Befristungsdauer vereinbar war<sup>20</sup>. Insoweit bedarf es auch keiner ergänzenden Vertragsauslegung (dazu auch unten c)); ausreichend ist der übereinstimmend erklärte Wille, das Arbeitsverhältnis zu befristen.

Problematischer ist demgegenüber das aus der Verletzung des Zitiergebots (§ 57b Abs. 5 HRG 1985) folgende Verbot, die in § 57b Abs. 2-4 HRG 1985 speziell geregelten Tatbestände als Rechtfertigung für die Befristung zu verwerten (§ 57 Abs. 5 Halbs. 2 HRG 1985)<sup>21</sup>. Doch auch dieses im Kern formale Argument kann nicht zur Unwirksamkeit der Befristung führen, sofern ein anerkannter Sachgrund tatsächlich vorlag. Denn es darf nicht außer Acht bleiben, dass das – nichtige

<sup>19</sup> *Bethge*, in Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, § 79 Rn. 80 m.w.N.; *Stuth* in Umbach/Clemens, BVerfGG, § 79 Rn. 41; *Lechner/Zuck*, BVerfGG, § 79 Rn. 9; *Benda/Klein*, VerfProzR, Rn. 1260; vgl. auch *Steiner*, in: Festschr. f. das Bundesverfassungsgericht, 1976, Bd. 1, 628, 653ff.

<sup>20</sup> BAG 24.4.1996 AP BGB § 620 Befristeter Arbeitsvertrag Nr. 180; BAG 15.8.2001 AP BErzGG § 12 Nr. 5; zuletzt BAG 23.6.2004 – 7 AZR 636/03 – (Pressemitt.).

<sup>21</sup> BAG 24.4.1996 AP HRG § 57 Nr. 9, III. 2. b) cc) der Gründe; *APS/Schmidt* § 57b HRG aF Rn. 38.

– Zitiergebot des § 57b Abs. 3 Satz 1 HRG 2002 den Vertragsparteien die Möglichkeiten des HRG 1985 versperrt und sie dadurch an einer materiell legitimen Rechtfertigung der Befristung formal gehindert hat<sup>22</sup>. Zur Ermittlung eines Katalogs anzuerkennender Sachgründe wird man auf die alte Befristungsrechtsprechung des BAG vor 1985 zurückgreifen müssen, die zum Hochschulbereich ergangen ist. Dabei wird sowohl Art. 5 Abs. 3 GG als auch der wertsetzende Gehalt der HRG-Regelungen von 1985 und 2002 zu berücksichtigen sein.

a) *Befristung zum Zwecke der Promotion, Habilitation oder zur wissenschaftlichen Qualifizierung.* Die im TzBfG normierten Sachgründe sind nicht abschließend, weshalb insbesondere die von der Rechtsprechung entwickelten sachlichen Gründe weiterhin anwendbar sind.<sup>23</sup> So hatte sich das BAG vor Inkrafttreten der Sonderregelungen in den §§ 57a ff. HRG a.F. mit der sachlichen Rechtfertigung von zum Zwecke der Weiterbildung befristeten Arbeitsverhältnissen im Hochschul- und Forschungsbereich zu befassen. Hierzu hat das BAG<sup>24</sup> die Ansicht vertreten, dass die Beschäftigung zur wissenschaftlichen Weiterbildung mit dem Ziel einer Promotion einen sachlichen Grund zur Befristung bilden könne. Dabei habe sich die Dauer des Arbeitsvertrages an der prognostizierten Dauer des Promotionsverfahrens zu orientieren.<sup>25</sup> Wenn man das bisherige Recht angemessen berücksichtigen will, dann sollte das BAG eine prognostizierte Dauer von mehr als 6 Jahren nicht anerkennen. In gleicher Weise sollte die Rechtsprechung bei Verträgen zum Zwecke der weiteren wissenschaftlichen Qualifikation, insbesondere zum Zwecke der Habilitation, verfahren.<sup>26</sup>

b) *Drittmittelfinanzierung.* Besonders relevant wird jetzt der Befristungstatbestand der Drittmittelfinanzierung. Denn nach der Neuregelung der §§ 57a ff. HRG kam es in der sachgrundlos möglichen Befristungsphase auf die detailreiche Prüfung dieses schwierigen Befristungstatbestandes gar nicht an. Zu diesem Befristungsgrund gibt es reichhaltig Literatur und Rechtsprechung.<sup>27</sup> Deshalb hier nur in aller Kürze:

Die zeitlich begrenzte Finanzierung einer Arbeitsstelle mit einer bestimmten Aufgabenstellung durch Dritte stellt nach Ansicht des BAG<sup>28</sup> dann einen *sachlichen Grund* zur Befristung dar, *wenn festgestellt werden kann, dass sich Drittmittelgeber und Arbeitgeber gerade mit den Verhältnissen*

<sup>22</sup> Das BAG erwog im Urt. v. 24.4.1996 (o. Fn. 21, IV. 2. der Gründe) die Rechtfertigung einer Befristung zum Zwecke der Promotion nach allgemeinen Grundsätzen sogar trotz Verletzung des Zitiergebots.

<sup>23</sup> Staudinger<sup>13</sup>/Preis, § 620 BGB Rz. 44.

<sup>24</sup> Vgl. BAG, 4. Senat, Urt. v. 2. 8. 1978 – 4 AZR 58/77, BAGE 31, 40 (43 f.) = AP Nr. 46 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; BAG, 7. Senat, Urt. v. 7. 3. 1980 – 7 AZR 177/78, AP Nr. 54 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag (zu I 3 der Gründe); BAG, 7. Senat, Urt. v. 19. 8. 1981 – 7 AZR 252/79, BAGE 36, 171 (176 f.) = AP Nr. 60 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag (zu III 2, III 3 der Gründe).

<sup>25</sup> BAG, 7. Senat, Urt. v. 7. 3. 1980 – 7 AZR 177/78, AP Nr. 54 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag (zu I 4 der Gründe); vgl. BAG, 7. Senat, Urt. v. 19. 8. 1981 – 7 AZR 252/79, BAGE 36, 171 (177) = AP Nr. 60 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag (zu III 2 der Gründe).

<sup>26</sup> Vgl. die überwiegend nicht veröffentlichte Rspr.: BAG 27. 1. 1988 - 7 AZR 53/87 - NZA 1988, 392; BAG 21. 1. 1987 - 7 AZR 538/85 – n.v.; BAG 20. 6. 1986 - 7 AZR 18/85 -.

<sup>27</sup> Vgl. Müller-Glöge in ErfK<sup>3</sup> § 57b HRG a.F. Rn. 13ff.; APS/Schmidt 1.Aufl. 2000 mit Nachtrag 2001, Rn. 24; BAG 25.8.1999 AP HRG § 57b Nr. 19; BAG 31.1.1990 AP HRG § 57b Nr. 1; BAG 22.11.1995 AP HRG § 57b Nr. 8.

<sup>28</sup> BAG, 7. Senat, Urt. v. 25. 1. 1980 – 7 AZR 69/78, AP Nr. 52 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag (zu 3 der Gründe); BAG, 7. Senat, Urt. v. 3. 12. 1982 – 7 AZR 622/80, BAGE 41, 110 (116) = AP Nr. 72 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag (zu II 3 der Gründe); in einer späteren Entscheidung [BAG, 7. Senat, Urt. v. 21. 1. 1987 – 7 AZR 265/85, AP Nr. 4 zu § 620 BGB Hochschule (zu II 3 der Gründe)] hat das BAG demgegenüber ausdrücklich offen gelassen, ob an dem Erfordernis, dass sich Drittmittelgeber und Arbeitgeber mit der konkreten Arbeitsstelle befasst haben müssen, festzuhalten sei.

*dieser Stelle und der dort zu erledigenden Aufgabe befasst haben.* Das BAG<sup>29</sup> verlangt ferner, dass die Dauer der Befristung sich am Sachgrund orientieren und so mit ihm im Einklang stehen muss, dass sie nicht gegen das Vorliegen des Sachgrundes spricht und nur vorgeschoben erscheint. Das bedeutet nicht, dass ein Mitarbeiter, der in einem Drittmittelprojekt beschäftigt wird, für die gesamte Bewilligungsdauer beschäftigt werden muss.<sup>30</sup> Vielmehr genügt es, wenn in dem Drittmittelprojekt eine sinnvolle Mitarbeit möglich ist.

c) *Viele Grenzfälle.* Dürfte mit diesen Fallgruppen der Rechtsprechung der Schaden einigermaßen in Grenzen gehalten werden, so wird es jedoch viele Grenzfälle geben, die noch Kopfzerbrechen bereiten werden. Man stelle sich nur einmal den Fall eines hochqualifizierten jungen Wissenschaftlers vor, der nach drei Jahren die Promotion und weiteren vier Jahren die Habilitation abgeschlossen hat. Nach dem HRG 2002 hätte er auch noch weitere fünf Jahre sachgrundlos befristet beschäftigt werden können. Aber gibt es für eine solche Befristung auch einen Sachgrund? Das ist mehr als zweifelhaft. Die Sonderfälle aus Gründen der sozialen Überbrückung dürften auf diese Konstellationen kaum passen. Es gibt aber noch weitere Problemfälle. Bei allen Befristungen innerhalb der ersten sechs Jahre benötigte man nach § 57b Abs. 1 Satz 1 HRG 2002 gar keinen Sachgrund. Die wissenschaftlichen Mitarbeiter müssen nicht promovieren wollen. Die in den ersten sechs Jahren sachgrundlos Befristeten könnten jetzt auf die Idee kommen, sich unbefristet einzuklagen. Und es fällt einem Arbeitsrechtler nur wenig ein, diese Beschäftigung nachträglich mit einem Sachgrund zu unterlegen. In den ersten zwei Jahren greift noch § 14 Abs. 2 TzBfG. Und danach? Haben wir dann unbefristete Arbeitsverhältnisse im Hochschulbereich für die wissenschaftlich minder Qualifizierten?

Zur Rettung dieser problematischen Grenzfälle bleiben dogmatisch nur noch zwei Wege: die *ergänzende Auslegung* des lückenhaft gewordenen, aber immer noch wirksamen Vertrages gem. §§ 133, 157 BGB oder eine *Anpassung* nach den Regeln des Wegfalls der Geschäftsgrundlage gem. § 313 BGB. Dabei dürfte der erstgenannte Weg jedoch steiniger sein als der zweite. Denn den Vertragsparteien müsste ein hypothetischer Wille dahingehend nachgewiesen werden, dass sie ihr Vertragsverhältnis, hätten sie die Nichtigkeit der §§ 57a ff. HRG 2002 erkannt, in jedem Fall entweder den Regeln der §§ 57a ff. HRG 1985 oder zumindest dem allgemeinen Befristungsregime des § 14 TzBfG unterstellt hätten. Damit würde man freilich die Erkenntnismöglichkeiten der Parteien überstrapazieren und den hypothetischen schnell in einen fiktiven Willen überführen. Bei einem im Kern immer noch subjektiven Vertragsverständnis bildet der tatsächliche Wille die Grundlage, aber auch die Grenze des hypothetischen Parteiwillens<sup>31</sup>. Eine auf den Vertragsinhalt bezogene ergänzende Auslegung ist daher nicht möglich, wenn sich die Parteien über veränderte Umstände und ihre Auswirkungen auf den Vertrag gar keine Gedanken gemacht haben.

Durch die Nichtigkeitsklärung des 5. HRG-ÄndG ist ein „Einbruch“ in den gesamten Regelungsplan der Parteien erfolgt; die rechtliche Grundlage des Vertrages ist mit ex-tunc-Wirkung weggefallen. Genau dies ist aber die Domäne des Geschäftsgrundlageninstituts (§ 313 BGB), das sich bekanntlich auf außervertragliche Umstände bezieht. So liegt der Fall hier: Im universitären Massenbetrieb dürften beide Parteien ohne jede Reflektion wie selbstverständlich davon ausgegangen sein, den

<sup>29</sup> BAG, 7. Senat, Urt. v. 26. 8. 1988 – 7 AZR 101/88, BAGE 59, 265 (271) = AP Nr. 124 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag (zu III der Gründe) m.w.N.

<sup>30</sup> Staudinger<sup>13</sup>/Preis, § 620 BGB Rz. 151.

<sup>31</sup> Zutreffend *Mayer-Maly*, in: Festschr. f. Flume I, 1978, S. 621 (625).

Arbeitsvertrag auf der Grundlage geltenden Rechts und damit nach den §§ 57a ff. HRG 2002 geschlossen zu haben. Mit dem Wegfall der Befristungsmöglichkeit nach §§ 57b, c HRG 2002 hat sich der von den Vertragsparteien vorausgesetzte Rechtszustand schwerwiegend geändert; ein unbefristeter Arbeitsvertrag wäre nie geschlossen worden. Die Unzumutbarkeit der unmodifizierten Fortsetzung des Vertragsverhältnisses gem. § 313 Abs. 1 BGB resultiert dabei aus der schlichten Erkenntnis, dass die Universität bzw. das jeweilige Land als an die Grundsätze der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gebundener Hoheitsträger (Art. 20 Abs. 3 GG) nicht gezwungen werden kann, an einem auf der Grundlage nichtigen, weil verfassungswidrigen Rechts abgeschlossenen Vertrag festgehalten zu werden.

Sieht man den Tatbestand des § 313 Abs. 1 BGB somit als erfüllt an, ergeben sich hinsichtlich der Rechtsfolgen zahlreiche ungeklärte Fragen. Unterbleibt eine Anpassung, liegt ein unwirksam befristeter Arbeitsvertrag vor, der gem. § 16 S. 1 TzBfG als unbefristet abgeschlossen gilt. Wie aber kann eine Vertragsanpassung aussehen? Möglich wäre die nachträgliche Vereinbarung einer Sachgrundbefristung nach §§ 57a ff. HRG 1985 – doch was geschieht, wenn sich der wissenschaftliche Mitarbeiter auf eine derartige Vereinbarung nicht einlässt? Welche Anforderungen sind an eine Kündigung gem. § 313 Abs. 3 Satz 2 BGB zu stellen? Ist eine ordentliche Kündigung zum vereinbarten Ende des Arbeitsvertrags am Maßstab des KSchG zu messen? Kann außerordentlich zu einem früheren Zeitpunkt gekündigt werden (wogegen § 16 S. 1 Halbs. 2 TzBfG spricht)? Ist die Unwirksamkeit der Befristung für sich ein tauglicher Kündigungsgrund im Rahmen von §§ 1 KSchG, 626 BGB? Diese Fragen zeigen, dass eine Rettung der Befristungsabrede auch über § 313 BGB höchst zweifelhaft ist. Es besteht nicht nur das Risiko, dass die Hochschulen sich nunmehr einer Reihe unbefristeter Arbeitsverhältnisse gegenübersehen, sondern auch, dass aufgeschreckte Hochschulverwaltungen serienweise Kündigungen aussprechen und die Arbeitsgerichte mit entsprechenden Klagen der Mitarbeiter belastet werden.

#### **IV. Zusammenfassung**

1. Das BVerfG hat zu Unrecht die auf der Basis des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG kompetenzgerecht erlassenen Befristungsregeln für wissenschaftliche Mitarbeiter für nichtig erklärt. Die Folge ist ein Rechtszustand, der verfassungsferner ist als der formell für verfassungswidrig erklärte.
2. Für die im Hochschulbereich zwischen dem 23.2.2002 und 27.7.2004 geschlossenen befristeten Arbeitsverträge können nur mit Mühe sachliche Rechtfertigungen nach Maßgabe des TzBfG festgestellt werden.
3. Der Gesetzgeber muss schnellstmöglich eine Reparaturnovelle mit rückwirkender Kraft verabschieden, um erhebliche Rechtsunsicherheit und kontraproduktive Folgen zu vermeiden.