# Mehrfach befristet, doppelt rechtswidrig

## Warum keine Reform des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes auch keine Option ist

**Simon Pschorr & Arnold Arpaci**

03.05.2023 doi: 10.17176/20230503-204512-0

Die Ampelkoalition hat vereinbart, das Hochschulbefristungsrecht auf den Prüfstand zu stellen. Das Ziel: Planbarkeit und Verlässlichkeit wissenschaftlicher Karrierewege verbessern und frühzeitige Perspektiven für alternative Karrieren schaffen. In der Debatte rund um dieses Reformvorhaben wird wiederholt gefordert, man möge die Befristungshöchstgrenzen streichen. Die Wissenschaft verlange nach flexiblen Modellen, um für exzellenten Nachwuchs Übergangslösungen zu schaffen, schreibt Ulrike Freitag im Tagesspiegel. Statt befristete Verträge zu verteufeln, müsse das faktische "Berufsverbot" der Befristungshöchstgrenze von sechs Jahren in der der PostDoc-Phase aufgehoben werden. Dementgegen plädiert die Allianz der Wissenschaftsorganisationen für eine Befristungshöchstgrenze von vier Jahren in der PostDoc-Phase. Beschäftigte des akademischen Mittelbaus befürchten, solche Veränderungen des Gesetzes schüfen keine einzige unbefristete Stelle, sondern beschleunigten die Drehung des Personalkarussells.

Angesichts des Gegenwinds für seine ersten Reformpläne aus der Wissenschaft hat das BMBF angekündigt, eine neue, geteilte Vision zu erarbeiten. Doch rücken maßgebliche Akteure des Ministeriums Stück für Stück von Reformbestrebungen ab. Jens Brandenburg, Parl. Staatssekretär im BMBF (FDP), sagte, dass jedenfalls 2023 nicht mehr mit einer Novelle zu rechnen sei. Damit aber droht zugleich die Gefahr, dass das Reformvorhaben endgültig scheitert – und der Status quo erhalten bleibt.

Doch ist dies überhaupt eine Option? Die Reform auf Eis zu legen wäre nur dann möglich, wenn die aktuelle Rechtslage europarechtlichen und verfassungsrechtlichen Vorgaben genügte. Hieran sind Zweifel angebracht. Denn die gegenwärtige Rechtslage führt dazu, dass der Anteil befristeter Beschäftigter im akademischen Mittelbau (BuWin 2021, S. 108) 92% beträgt. Dieser status quo ist hinsichtlich der Befristung von PostDocs nicht nur europarechtswidrig, sondern wegen Verletzung der Arbeitsvertragsfreiheit auch verfassungswidrig.

### Europarechtlicher Rahmen für Befristungsrecht

Europäische Vorgaben zum Befristungsrecht finden sich in der RL 1999/70/EG vom 28.06.1999. Mit dieser Richtlinie machte der europäische Gesetzgeber die EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge für alle Beschäftigungsbereiche einschließlich des Unterrichts an öffentlichen Lehranstalten verbindlich (EuGH, Urteil vom 13.01.2022 – C-282/19 –, Rn. 70 zu Schulen). Zum Zweck der Richtlinie führt Erwägungsgrund 14 aus: "[Die europäischen Sozialpartner] haben ihren Willen bekundet, […] den Mißbrauch [der Befristung] durch aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge oder Beschäftigungsverhältnisse" zu verhindern. Ziel der Richtlinie war es mithin der Prekarisierung der Lage der Beschäftigten durch Befristung vorzubeugen (EuGH, Urteil vom 13.01.2022 – C-282/19 –, Rn. 76; EuGH, Urteil vom 3.6.2021 – C-326/19 –, Rn. 55). Dies bekräftigt Erwägungsgrund 6 der Rahmenvereinbarung (im Folgenden RV). Hiernach sind "unbefristete Arbeitsverträge […] die übliche Form des Beschäftigungsverhältnisses. Sie tragen zur Lebensqualität der betreffenden Arbeitnehmer und zur Verbesserung ihrer Leistungsfähigkeit bei." Dennoch könnten die Mitgliedsstaaten die Charakteristika spezifischer Branchen berücksichtigen (Erwägungsgrund 8).

Um den Missbrauch aufeinanderfolgender (EuGH, Urteil vom 3.6.2021 – C-326/19 –, Rn. 52) Befristungen zu vermeiden, sieht § 5 Nr. 1 RV drei Regelungsmodelle des Befristungsrechts vor. Befristungen können von

Sachgründen abhängig gemacht werden (§ 5 Nr. 1a RV), alternativ kann die maximal zulässige Dauer befristeter Arbeitsverträge (§ 5 Nr. 1b RV) oder die zulässige Zahl der Vertragsverlängerungen (§ 5 Nr. 1c RV) begrenzt werden. Diese Regelungsvarianten können miteinander kombiniert werden. Das europäische Recht räumt dem nationalen Gesetzgeber damit einen weiten Umsetzungsspielraum ein, der jedoch nur gewahrt ist, wenn dadurch ein effektiver Missbrauchsschutz gewährleistet wird (EuGH, Urteil vom 3.6.2021 – C-326/19 –, Rn. 58). Eröffnet das nationale Recht die Möglichkeit, einen ständigen und dauerhaften Arbeitskräftebedarf durch befristetes Personal zu decken, werden die Anforderungen von § 5 Nr. 1 RV nicht gewahrt (EuGH, Urteil vom 19.03.2020 – C-103/18 und C-429/18 –, Rn. 76; EuGH, Urteil vom 23.04.2009 – C-378/07 bis C-380/07 –, Rn. 103).

§ 2 I 2 WissZeitVG beschränkt die Höchstbefristungsdauer in der PostDoc-Phase auf sechs bzw. in der Medizin auf neun Jahre. Damit wird die maximal zulässige Dauer aufeinanderfolgender befristeter Arbeitsverträge i.S.d. § 5 Nr. 1b RV beschränkt. Ob diese Regelung dem effet utile-Grundsatz genügt, erscheint jedoch fraglich.

2021 hatte der EuGH über die Klage eines befristet beschäftigten italienischen Wissenschaftlers zu entscheiden (EuGH, Urteil vom 3.6.2021 – C-326/19 –, Rn. 60; vgl. auch die Folgeentscheidung EuGH, Urteil vom 15.12.2022 – C-40/20 und C-173/20). Das italienische Recht sah eine Befristungsmöglichkeit von drei Jahren mit einer Verlängerungsoption von zwei Jahren (“Verträge Typ A”) vor, ohne dass die Verlängerungsmöglichkeit an spezifische sachliche Gründe geknüpft wurde. Der EuGH hielt diese Bestimmung für noch richtlinienkonform. Dabei betonte er zum einen, dass das vorlegende Gericht nichts vorgetragen habe, was darauf hindeute, dass diese Maßnahmen nicht ausreichten, um den missbräuchlichen Einsatz befristeter Verträge zu verhindern (EuGH, Urteil vom 3.6.2021 – C-326/19 –, Rn. 60). Durch die Kombination von Höchstbefristungsdauer und einmaliger Verlängerungsoption seien die Beschäftigungsmöglichkeiten klar vorgezeichnet. Zum anderen war die befristete Beschäftigung Teil eines strukturierten Karrierewegs, der in eine unbefristete Beschäftigung mündete: An eine weitere dreijährige Befristungsphase (“Verträge Typ B”) schließe bei positiver Evaluation (vgl. *Fraenkel-Haeberle*, Wissenschaftsfreiheit und Steuerung am Beispiel des universitären Berufungsverfahrens im deutsch-italienischen Vergleich, OdW 2019, 227, 232) eine unbefristete Beschäftigung als assoziierte:r Professor:in an (EuGH, Urteil vom 3.6.2021 – C-326/19 –, Rn. 66 ff.; EuGH, Urteil vom 15.12.2022 – C-40/20 und C-173/20 –, Rn. 81). Der Aufstieg zur Assistenzprofessur sei so von den “Verdiensten” und wissenschaftlichen Ergebnissen der Beschäftigten abhängig, was den besonderen Anforderungen der Wissenschaft Rechnung trüge (EuGH, Urteil vom 3.6.2021 – C-326/19 –, Rn. 69). Deswegen stand ausnahmsweise der dauerhafte Bedarf an Forschenden einer befristeten Beschäftigung nicht absolut entgegen (EuGH, Urteil vom 3.6.2021 – C-326/19 –, Rn. 68). Dies relativierte der Gerichtshof in seiner Folgeentscheidung 2022: Das nationale Gericht hätte zu prüfen, ob der Arbeitgeber einen ständigen Lehr- oder Forschungsbedarf unzulässig mit befristeten Beschäftigten abdeckte (EuGH, Urteil vom 15.12.2022 – C-40/20 und C-173/20 –, Rn. 78). Dazu habe das nationale Gericht in jedem Einzelfall alle tatsächlichen Umstände zu beurteilen und dabei namentlich die Zahl der Verträge, die dieselbe Universität mit demselben Forscher oder zur Verrichtung der gleichen Arbeit geschlossen hat, zu berücksichtigen und auch die Art der Auswahlverfahren für unbefristete Folgeverträge zu prüfen (Rn. 82).

*Prima facie* sprechen die Judikate dafür, dass § 2 I 2 WissZeitVG europarechtskonform ist. Dieser beschränkt die Höchstbefristungsdauer für deutsche PostDocs und überschreitet die Höchstdauer nach italienischem Recht für Verträge des Typs A um nur ein Jahr. Unter Berücksichtigung der Verträge des Typs B unterschreitet das deutsche Recht den italienischen Rahmen sogar. Eine Gesamthöchstbefristungsdauer in Pre- und PostDoc-Phase von insgesamt 12 Jahren an allen nationalen Universitäten und Forschungseinrichtungen sah der EuGH nicht als grundsätzlich europarechtswidrig an (EuGH, Urteil vom 15.12.2022 – C-40/20 und C-173/20 –, Rn. 83). Hierbei hat es jedoch nicht sein Bewenden, denn das deutsche Recht sieht

innerhalb der Höchstbefristungsdauer keine Höchstzahl der Vertragsverlängerungen vor (§ 2 I 7 WissZeitVG), sodass es auch in der PostDoc-Phase häufig zu Kurzzeitbefristungen kommt (Evaluation des novellierten Wissenschaftszeitvertragsgesetzes, S. 110 f.). Promovierte haben seit

Beginn ihrer ersten Tätigkeit in der Wissenschaft durchschnittlich 6,3 befristete Verträge (BuWin 2021, S. 116), 61 % dabei fünf oder mehr, wobei auch mehr als zehn konsekutive Verträge keine Seltenheit darstellen (Evaluation des novellierten Wissenschaftszeitvertragsgesetzes, S. 81). PostDocs mit Beschäftigungszeiten von mehr als neun Jahren in der Wissenschaft kommen im Mittel auf 8 bis 11 Folgeverträge (*Kuhnt et al.,* Arbeiten unter dem Wissenschaftszeitvertragsgesetz, S. 53). In Italien beugt eine Kombination aus Befristungshöchstdauer (§ 5 Nr. 1b RV) und Verlängerungshöchstzahl (§ 5 Nr. 1c RV) dem Befristungsmissbrauch vor – der deutsche Rückgriff nur auf die Befristungshöchstdauer ist allein nicht hinreichend effektiv, um einen strukturellen Missbrauch der Befristungsmöglichkeit zur Erfüllung eines identischen Forschungs- und Lehrbedarfs zu verhindern (vgl. auch *Pschorr,* AP WissZeitVG § 2 Nr. 20).

Darüber hinaus fehlt in Deutschland eine dauerhafte Karriereperspektive. Obwohl italienische Hochschulen ebenfalls unter struktureller Unterfinanzierung leiden, sind 44 % des Lehr- und Forschungspersonals unbefristet beschäftigt. Erst kürzlich hat der italienische Staat neue Stellen für Verträge des Typs B geschaffen. (*Fraenkel-Haeberle*, Wissenschaftsfreiheit und Steuerung am Beispiel des universitären Berufungsverfahrens im deutsch-italienischen Vergleich, OdW 2019, 227, 232). Dementsprechend besteht eine realistische Möglichkeit, in einem strukturierten System aufgrund eigener wissenschaftlicher Leistungen einen unbefristeten Arbeitsvertrag zu erhalten. In Deutschland fehlen entsprechende Stellen. Anders als im italienischen Hochschulsystem kann man in Deutschland faktisch nur Professor werden – und damit ohne unbefristete Beschäftigung direkt das Ende der Karriereleiter erklimmen – oder aus der Wissenschaft ausscheiden. Dabei konkurrieren durchschnittlich sechs PostDocs um eine Professur. 2018 kamen 71.193 Bewerbungen auf 3.059 Berufungen (BuWin 2021, S. 147). Somit kann die Befristung im Laufe der Karriereentwicklung nicht mit den realistischen Chancen auf eine unbefristete Beschäftigung im Laufe der Karriere gerechtfertigt werden. Der Vergleich zwischen der deutschen und der italienischen Befristungsquote zeigt, dass das Regelungsergebnis des deutschen Rechts deutlich weiter vom unbefristeten Normalarbeitsverhältnis entfernt ist. Damit wahrt § 2 I 2 WissZeitVG den effet utile-Grundsatz nicht und ist somit mit europäischem Recht nicht vereinbar. Zugleich zeigt sich: Das europäische Recht untersagt es, als Regelungsalternative die Höchstbefristungsgrenzen vollständig aufzuheben – denn dann fehlte es an jedweder Vorkehrung gegen Befristungsmissbrauch i.S.d. § 5 Nr. 1 RV.

## Verfassungsrecht

Auch wenn die Aufforderungen von Ulrike Freitag und Jürgen Zimmerer, man solle ganz auf Befristungsobergrenzen verzichten, demnach europarechtlich nicht haltbar sind, steckt darin doch ein interessanter Kern. Die Erkenntnis, dass die aktuellen Grenzen sinnwidrig erscheinen, ist auch für das deutsche Verfassungsrecht höchst relevant. Kurzgefasst: Die Höchstbefristungsdauer von sechs Jahren nach der Promotion in § 2 I 2 WissZeitVG ist verfassungswidrig.

Damit soll aber keineswegs den libertären Stimmen das Wort geredet werden, die generell Arbeitnehmer:innenschutz zurückdrängen möchten. Dass eine Befristungshöchstdauer in die durch Art. 12 I GG geschützte Arbeitsvertragsfreiheit von Arbeitnehmer:innen und Arbeitgeber:innen eingreift, ist üblicherweise gerechtfertigt. Der Gesetzgeber will (und darf) das Einstellungsverhalten der Arbeitgeber:innen steuern (vgl. auch BTDrucks S. 14). Bliebe er untätig, würde sich regelmäßig die Arbeitgeber:in durchsetzen, die für maximale Flexibilität lieber befristet einstellt. Die Arbeitsvertragsfreiheit zum Schutz der Berufsfreiheit der Arbeitnehmer:innen zu bescheiden ist daher in der Regel angesichts des Sozialstaatsprinzips gerechtfertigt. Das gilt allerdings nur, wenn der Eingriff hierzu *geeignet* ist!

Verfassungsrechtlich scheitern Gesetzesvorhaben eigentlich selten daran, dass sie bereits nicht geeignet sind, um einen bestimmten Zweck zu fördern. Der Gesetzgeber hat zurecht eine Einschätzungsprärogative. Die Gewaltenteilung und die Unsicherheit bei Prognoseentscheidungen gebieten, dass es schon genügen muss, wenn die Möglichkeit besteht, dass das Instrument den Zweck fördern wird. Dieser Prüfungsmaßstab entbindet aber nicht von besserer Einsicht: Erweist sich die Eignungsprognose retrospektiv als fehlerhaft, kann eine ursprünglich verfassungskonforme Maßnahme über Zeit verfassungswidrig werden.

So einen Fall haben wir im Hochschulbefristungsrecht. § 2 I 2 WissZeitVG ließ sich zunächst durch das Ziel, unbefristete Beschäftigung zu befördern, rechtfertigen. Dieser "Versuch" war bei Gesetzeserlass durch die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers gedeckt. Dass der Anteil an befristeten Beschäftigungsverhältnissen nun aber bei über 90 % liegt, zeigt in aller Deutlichkeit, dass der Versuch erfolglos war. Das Instrument ist nicht geeignet. Warum Befristungshöchstzeiten, die nicht kurz genug sind, besonders in der Wissenschaft nicht wirken, haben die Verfasser hier bereits dargelegt. Nutzlose Eingriffe brauchen die Arbeitsvertragsparteien, insbesondere die Arbeitnehmer:innen, nun aber nicht hinnehmen.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der älteren BVerfG Entscheidung zum Absicherungsgesetz. Dort sagte der entscheidende Senat zwar, dass die Frage nach der Zwecktauglichkeit aus einer ex ante Perspektive zu beurteilen sei und eine gesetzliche Maßnahme nicht schon deshalb verfassungswidrig sei, weil sie auf einer Fehlprognose beruhe (Rn. 39). Das ist jedoch nur im Kontext des zugrunde liegenden Falls verständlich. So ging es dort um die Frage, ob ein Gesetz *rückwirkend* als verfassungswidrig zu bewerten sei, wenn sich nachträglich gezeigt hat, dass es untauglich ist. Das fragliche Gesetz war von Anfang an befristet und zum Entscheidungszeitpunkt längst nicht mehr in Kraft. Ganz anders verhält es sich mit § 2 I 2 WissZeitVG. Der Eingriff in die Berufsfreiheit dauert fort. Die Frage der Geeignetheit ist deshalb keine rein retrospektive. Vielmehr gilt, dass der Eingriff in das Grundrecht nicht mehr durch den Zweck gerechtfertigt werden kann, sobald als sicher erscheint, dass er zur Zweckerreichung untauglich ist. Ab dann (ex nunc) ist er als verfassungswidrig zu verwerfen.

Es gibt auch keine anderen Zwecke, die die Befristungshöchstdauer rechtfertigen können. So mag die Regelung in § 2 I 2 WissZeitVG Ergebnis eines politischen Kompromisses gewesen sein, um das Bedürfnis von wissenschaftlichen Einrichtungen an Flexibilität zu befriedigen. Dieses Bedürfnis befristet beschäftigen zu dürfen, kann jedoch nicht erklären, warum es überhaupt eine zeitliche Obergrenze für Befristungen gibt. Diese lässt sich allein durch den Arbeitnehmerschutz rechtfertigen und das eben auch nur dann, wenn sie zumindest ein Mindestmaß an Wirksamkeit aufweist, um befristete Beschäftigungen zurückzudrängen.

Die Erkenntnis, dass die als "Berufsverbot" bezeichnete Sechs-Jahres-Regel verfassungswidrig ist, führt derweil nicht dazu, dass bis zur Rente weiter befristet werden dürfte. Denn das wäre, nicht nur wie bereits dargestellt, ein mit europäischem Recht nicht zu vereinbarender Zustand, sondern hat die Anwendung des TzBfG als Generalnorm und damit ein engeres Befristungsregime zur Folge. Die Zwei-Jahres-Regel des TzBfG wäre (jedenfalls in der Vorausschau) nicht dem Vorwurf der Nutzlosigkeit ausgesetzt. Allerdings berücksichtigt das TzBfG wohl nicht ausreichend die besonderen Bedürfnisse des Wissenschaftssystems.

## Fazit

Der Gesetzgeber steht damit unter Zugzwang. Die aktuelle Regelung zur Höchstbefristungsdauer von PostDocs ist verfassungswidrig. Er muss im Rahmen europarechtlicher Vorgaben eine geeignete Ersatzregelung normieren. Befristungshöchstgrenzen-Kompromisse von drei oder mehr Jahren nach der Promotion stellen keine Option dar. Denn auch hier erscheint naheliegend, dass sie nichts an der Befristungspraxis ändern, sondern nur zu einem schnelleren Personalkarussell führen würden.

Damit besteht der einzige Ausweg darin, gänzlich neue Wege im Hochschularbeitsrecht zu beschreiten. Die Verfasser empfehlen, auf bindende Befristungshöchstquoten und das Modell der Anschlusszusage zu setzen.

## AUTOR*INNEN

**Simon Pschorr**
Dr. Simon Pschorr ist Staatsanwalt bei der Staatsanwaltschaft Regensburg.
**Arnold Arpaci**
Arnold Arpaci ist Doktorand im Kolleg "Gerechtigkeit durch Tarifvertrag" an der Freien Universität Berlin und arbeitet an einer Dissertation zum Thema „Tarifliche Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten“.

## EMPFOHLENE ZITATION

Pschorr, Simon; Arpaci, Arnold: Mehrfach befristet, doppelt rechtswidrig: Warum keine Reform des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes auch keine Option ist, Verfassungsblog, 03.05.2023, doi: 10.17176/20230503-204512-0.

Lizensiert unter CC BY-SA 4.0.

Langzeitarchiviert bei IntRechtDok unter: doi.org/10.17176/20230503-204512-0.