

# Daniel Dommermuth-Alhäuser

## Landesgesetze zur Befristung angestellter Hochschulprofessoren – BAG vom 11.9.2013, 7 AZR 843/11

Das Urteil des BAG vom 11.9.2013 – 7 AZR 843/11 ist richtungsweisend für künftige Befristungskontrollklagen angestellter Hochschulprofessoren. Das BAG hatte die grundlegende Frage zu beantworten, ob den Ländern die Gesetzgebungskompetenz verbleibt, um eigene Befristungstatbestände für Hochschullehrer zu schaffen. Die Untersuchung geht der Frage nach, ob das BAG diese Frage zu Recht bejaht hat. Hierbei wird in einem ersten Schritt untersucht, ob die Befristungsnormen des Bundesrechts (HRG, WissZeitVG und TzBfG) abschließend im Sinne des Art. 72 Abs. 1 GG sind.

In einem zweiten Schritt werden die Entscheidungs- und Normverwerfungskompetenz von Fachgerichten beleuchtet und die Voraussetzungen der Richtervorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG aufgezeigt.

### I. Der Fall

Die Bundesländer haben die Gesetzgebungskompetenz für die Befristungsgründe, die Arbeitsverhältnisse mit angestellten Hochschulprofessoren betreffen. Das ist die wesentliche Erkenntnis aus dem BAG-Urteil vom 11.9.2013.<sup>1</sup> Das Gericht hatte über die Befristungskontrollklage eines angestellten Hochschulprofessors zu entscheiden und kam zu dem Schluss, dass der Bund von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG auf dem Gebiet des Befristungsrechts *nicht abschließend* Gebrauch gemacht hat.

Der klagende Hochschulprofessor hatte mit dem Freistaat Thüringen einen vom 1.10.2003 bis zum 30.9.2009 befristeten „Dienstvertrag“ geschlossen. Gestützt wurde diese Befristung auf § 50 des Thüringer Hochschulgesetzes in der Fassung vom 24.6.2003<sup>2</sup> (im Folgenden: ThürHG). Die Befristungskontrollklage des Hochschulprofessors hatte vor dem LAG Thüringen<sup>3</sup> noch Erfolg, weil nach der Meinung des Gerichts dem

Freistaat für § 50 ThürHG die Gesetzgebungskompetenz fehle. Das BAG sah das anders. Seine Entscheidung ist für *alle* Bundesländer relevant, da sie ausnahmslos in ihren Hochschulgesetzen auch die Befristung von Arbeitsverhältnissen von Hochschullehrern regeln.<sup>4</sup> Trotz der typischen Verbeamtung ist potentiell jeder noch nicht verbeamtete Hochschullehrer betroffen. § 50 ThürHG sieht ebenso wie andere Hochschulgesetze insoweit keine Einschränkungen vor.

Die BAG-Entscheidung wirft zwei Rechtsfragen auf:

1. Haben die Länder die Kompetenz, für die Anstellungsverhältnisse ihrer Hochschulprofessoren ein eigenes Befristungsrecht zu schaffen?

2. Hat ein (Arbeits-)Gericht – wie hier das LAG Thüringen – die Kompetenz, eine landesgesetzliche Norm für mit dem Grundgesetz unvereinbar zu erklären, ohne das BVerfG anzurufen?

### II. Länderkompetenz für Hochschularbeitsrecht

Ob den Ländern die Gesetzgebungskompetenz für die Befristung angestellter Hochschulprofessoren zukommt, war schon für §§ 51a ff HRG und ist auch mit dem WissZeitVG umstritten. Während eine Ansicht davon ausgeht, dass der Bund mit den Regelungen des TzBfG, des HRG und des WissZeitVG abschließend von seiner Gesetzgebungskompetenz auf dem Gebiet des Befristungsrechts Gebrauch gemacht hat,<sup>5</sup> sieht die Gegenmeinung in der Herausnahme der Hochschullehrer aus dem personellen Geltungsbereich des WissZeitVG (§ 1 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG) das entscheidende Indiz dafür, dass der Bund gerade *nicht abschließend* von seiner Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht hat; die Länder seien also befugt, eigene Regelungen zu treffen.<sup>6</sup>

1 BAG 11.9.2013 – 7 AZR 843/11 – NZA 2013, 1352.

2 Entspricht dem heutigen § 79 Abs 1 ThürHG in der Fassung vom 21.12.2006.

3 LAG Thüringen 10.5.2011 – 7 Sa 300/10 – juris.

4 § 49 Abs. 2, § 50 Abs 2 LHG BW(2005); Art 8 Abs 2 S 1 BayHSchPG (2006); § 102 BerlHG (2011); § 41 Abs 1 BbgHG (2008); § 18 HSchulG BR (2011); §§ 16 Abs 2, 31 Abs 2 HmbHG (2001); § 61 Abs 5 HSchulG HE (2011); § 61 Abs 2, 3 LHG M-V (2011); § 28 NHG (2007); §§ 4, 39 Abs 5, 6, 121 HG NRW (2006); § 51 Abs 1,

2 HochSchG RP (2010); § 32 Abs 1-3 UG SN (2010); §69 Abs 1, 3 SächsHSFG (2013); § 38 Abs 1 S 1, 2 HSG LSA (2010); § 63 Abs 1, 2 HSG SH (2007).

5 Preis, WissZeitVG (2008), § 1 Rn 33; KR/Treber 10. Aufl (2013), § 1 WissZeitVG Rn 50; Hartmer/Detmer/Löwisch/Wertheimer, Hochschulrecht (2004), S 330; Löwisch/Wertheimer/Zimmermann, Die Befristung der Dienst- und Arbeitsverhältnisse von Professoren im Falle der Erstberufung, WissR 2001, 28, 49.

Bereits im Jahr 2011 hatte das BAG die Gesetzgebungskompetenz der Länder für das Befristungsrecht im Hochschulbereich – trotz Kritik,<sup>7</sup> aber mit der herrschenden Ansicht – *restriktiv* ausgelegt. Demnach haben die Länder keine Kompetenz, den persönlichen Geltungsbereich des WissZeitVG zu konkretisieren.<sup>8</sup> Hier entschied das BAG nun zu Gunsten der Länder und erkannte ihre Gesetzgebungskompetenz an, weil der Normenkomplex der bundesrechtlichen Befristungsnormen nicht abschließend im Sinne des Art. 72 Abs. 1 GG sei.

### 1. Befristungsrecht als Gegenstand konkurrierender Gesetzgebung

Weitgehend einig ist man sich im Ausgangspunkt: Die Befristung von Arbeitsverhältnissen gehört zum Arbeitsrecht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG) und damit zur konkurrierenden Gesetzgebung.<sup>9</sup> Auch wenn hier die Bildungspolitik der Länder und die Hochschulautonomie als Teil der den Universitäten gewährleisteten Wissenschaftsfreiheit<sup>10</sup> (Art. 5 Abs. 3 GG) berührt sind, besteht keine ausschließliche Gesetzgebungszuständigkeit der Länder gem. Art. 30, 70 GG. Befristungsrecht ist auch im Hochschulbereich Arbeitsvertragsrecht und damit Arbeitsrecht i.S.d. Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG.<sup>11</sup> Denn das Recht der Arbeitsverträge im Hochschulbereich ist von der sonstigen Kompetenz der Länder im Hochschulbereich zu trennen.<sup>12</sup> Klarheit verschafft hier das Urteil des BVerfG zur Juniorprofessur, dass zwar vor der Föderalismusreform ergangen ist, aber sinngemäß herangezogen werden kann, um zu klären, wann das Hochschulrecht schwerpunktmäßig betroffen ist:<sup>13</sup> Das ist der Fall, „*wenn durch die Regelungen des Dienstrechts die personelle und sachliche Organisation der Hochschule, deren Selbstverwaltung und innere Gliederung, die Ausgestaltung der*

*Bedingungen für freie Lehre und freie Forschung (Art. 5 III GG) sowie die Ordnung des Studiums grundlegend verändert werden sollen.*“<sup>14</sup> Das Befristungsrecht bewirkt keine grundlegende Strukturveränderung der Hochschulen. Es baut auf den vorhandenen personellen Strukturen und Personalkategorien des wissenschaftlichen und künstlerischen Personals auf und lässt sie unverändert.<sup>15</sup>

Folglich besteht eine Gesetzgebungskompetenz der Länder nur solange und soweit der Bund von seiner Kompetenz keinen (abschließenden!<sup>16</sup>) Gebrauch gemacht hat. Ob ein Gesetz die Materie abschließend regelt, ist nach der Rechtsprechung des BVerfG anhand einer Gesamtwürdigung des Normenkomplexes zu bewerten. Dazu sind das Bundesgesetz selbst, der dahinter stehende Regelungszweck, die Gesetzgebungsgeschichte und die Gesetzesmaterialien auszuwerten.<sup>17</sup>

### 2. Gesamtwürdigung der Befristungsnormen durch das BAG

Eine solche Gesamtwürdigung der bundesrechtlichen Befristungsnormen (TzBfG, HRG und WissZeitVG) hat das BAG ausführlich vorgenommen und sich im Ergebnis der Ansicht von *Lenk*<sup>18</sup> angeschlossen, nach der den Ländern eine Gesetzgebungskompetenz zusteht, um Befristungstatbestände für Hochschullehrer zu schaffen. Das WissZeitVG, das die §§ 57a bis 57f des HRG abgelöst hat, ist erst am 18.4.2007 in Kraft getreten, so dass es für diesen konkreten Streitfall nur als Indiz herangezogen werden kann. Die Prüfung der Gesetzgebungskompetenz anhand des WissZeitVG, die auch das BAG vornimmt, darf nicht dahingehend missverstanden werden, dass ein noch nicht in Kraft getretenes Bundesgesetz bereits Sperrwirkung nach den Art. 72 ff. GG für die

6 *Lenk*, Die befristete Professur im Angestelltenverhältnis an staatlichen und staatlich anerkannten Hochschulen, *WissR* 2009, 50, 55 ff.; *Arnold/Gräfl/Rambach*, *TzBfG*, 3. Aufl. (2012), § 1 *WissZeitVG* Rn 16; Seit der 14. Aufl. *ErfK/Müller-Glöge*, 14. Aufl. (2014), § 1 *WissZeitVG* Rn 10; *Joussen*, *WissZeitVG* 1. Aufl. 2. Ed. (2012), § 1 Rn 4.

7 *Löwisch*, Die Ablösung der Befristungsbestimmungen des Hochschulrahmengesetzes durch das Wissenschaftszeitvertragsgesetz, *NZA* 2007, 479, 480 f.; *Dornbusch/Fischermeier/Löwisch*, *Fachwaltskommentar Arbeitsrecht*, 6. Aufl. (2014), § 1 *WissZeitVG* Rn 1; *Rambach/Feldmann*, *Fremdsprachenlektoren als wissenschaftliches Personal nach dem Wissenschaftszeitvertragsgesetz*, *ZTR* 2009, 286.

8 BAG 1.6.2011 – 7 AZR 827/09 – *NZA* 2011, 1280; zustimmend: *Ascheid/Preis/Schmidt*, *Kündigungsrecht*, 4. Aufl. (2012), § 1 *WissZeitVG* Rn 5; *KR/Treber*, 9. Aufl. (2009), § 1 *WissZeitVG* Rn 37.

9 BAG 11.9.2013 – 7 AZR 843/11 – *NZA* 2013, 1352, 1354.

10 *Hartmer/Detmer/Kempfen*, *Hochschulrecht* (2004), S 38 f.; *Dreier/Britz*, *GG*, 3. Aufl. (2013) Art 5 Rn 88.

11 *Dieterich/Preis*, *Das Hochschularbeitsrecht in der Verfassungs-*

*falle?* *Erwiderung auf Löwisch* *NZA* 2004, 1065 ff., *NZA* 2004, 1241, 1244; anders: *Löwisch*, *Befristungen im Hochschulbereich – Rechtslage nach dem Urteil des BVerfG zur Juniorprofessur*, *NZA* 2004, 1065, 1070; *ders.*, *Die gesetzliche Reparatur des Hochschulbefristungsrechts*, *NZA* 2005, 321, 322 f.

12 BAG 21.6.2006 – 7 AZR 234/05 – *NZA* 2007, 209, 211 ff.; *Kortstock*, *Reform des Hochschulbefristungsrechts – Entwurf eines Wissenschaftszeitvertragsgesetzes*, *ZTR* 2007, 2, 3 mwN.

13 *Dieterich/Preis*, *Das Hochschularbeitsrecht in der Verfassungsfalle?* *Erwiderung auf Löwisch* *NZA* 2004, 1065 ff., *NZA* 2004, 1241, 1244.

14 BVerfG 27.7.2004 – 2 BvF 2/02 – *NJW* 2004, 2803, 2806.

15 BAG 21.6.2006 – 7 AZR 234/05 – *NZA* 2007, 209, 212 mwN.

16 v. *Mangoldt/Klein/Starck/Oeter*, *GG* 6. Aufl. (2010), Art 72 Rn 70 mwN.

17 BVerfG 10.2.2004 – 2 BvR 834/02 und 1588/02 – *NJW* 2004, 750, 755.

18 *Lenk*, *Die befristete Professur im Angestelltenverhältnis an staatlichen und staatlich anerkannten Hochschulen*, *WissR* 2009, 50, 55 ff.

Länder entfalten könnte. Das WissZeitVG wird vielmehr herangezogen, um zu klären, inwieweit der Bund mit den im Jahr 2003 bestehenden Befristungsnormen von seiner Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht hatte, ob diese Befristungsnormen abschließend im Sinne des Art. 72 GG waren und ob sie es heute sind.

#### a) HRG und WissZeitVG

Zunächst verneint das BAG, dass der Bundesgesetzgeber mit dem im Jahr 2003 geltenden HRG abschließend von der Gesetzgebungskompetenz im (Hochschul-)Befristungsrecht Gebrauch gemacht hatte. Das HRG habe zu keinem Zeitpunkt Regelungen über die Befristung von Hochschullehrern enthalten.<sup>19</sup>

Die Gesetzgebungsmaterialien des HRG zeigten, dass der historische Gesetzgeber des HRG den Ländern die Möglichkeit eigener Befristungstatbestände für Hochschulprofessoren belassen wollte.<sup>20</sup> Der Bundesrat habe zwar eine explizite Länderkompetenz vorgeschlagen. Trotz des Scheiterns zeige das doch, dass der Bundesgesetzgeber nur für die in §§ 57a ff. HRG geregelten Arbeitsverhältnisse eine abschließende Regelung habe schaffen wollen.<sup>21</sup>

Vor allem habe auch das WissZeitVG das Befristungsrecht für Hochschullehrer nicht abschließend geregelt, da Hochschullehrer nach § 1 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG ausdrücklich vom personellen Anwendungsbereich des Gesetzes ausgenommen seien, noch dazu der zuständige Bundestagsausschuss im Gesetzgebungsverfahren ausdrücklich darauf hingewiesen habe, dass den Ländern eine konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit verbleibe, um Befristungstatbestände für Juniorprofessoren zu schaffen.<sup>22</sup>

Dem BAG ist zuzustimmen. Der Vergleich mit Juniorprofessoren, für die eine Gesetzgebungskompetenz der Länder nicht nur vom BAG bejaht wird,<sup>23</sup> ist entscheidend.<sup>24</sup> Auch Juniorprofessoren gehören nach § 42 HRG zu den Hochschullehrern.<sup>25</sup> Deshalb ist es irrelevant, ob

im Gesetzgebungsverfahren allein von Juniorprofessoren oder von Hochschullehrern die Rede gewesen ist. Bejaht man eine Gesetzgebungskompetenz der Länder für Juniorprofessoren, ist konsequenterweise zugleich die Gesetzgebungskompetenz für alle Hochschullehrer zu bejahen.

Die Hochschullehrer sind aus dem personellen Anwendungsbereich des WissZeitVG gerade herausgenommen, um den Ländern insoweit die Gesetzgebungskompetenz zu belassen.<sup>26</sup> Einen anderen Sinn hätte diese Bereichsausnahme kaum haben können. Die einzige, wenn auch wenig plausible Alternativerklärung wäre, dass der Gesetzgeber die Befristung von Hochschullehrern *abschließend* durch das TzBfG geregelt wänte. Es gibt indes keinen Grund, ein spezielles Gesetz für die Befristung von angestelltem Hochschulpersonal zu schaffen und ausgerechnet die Hochschullehrer aus dem spezielleren Gesetz auszuklammern und sie dem allgemeinen Gesetz unterfallen zu lassen. Die naheliegende Erklärung ist deshalb, dass die Ausklammerung aus dem personellen Anwendungsbereich des § 1 WissZeitVG erfolgte, um den Ländern im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebung eine Gesetzgebungskompetenz zu belassen bzw. um eine Öffnungsklausel zugunsten der Länder zu schaffen.<sup>27</sup> Die Beschlussempfehlung des zuständigen Bundestagsausschusses stützt diese These:

„Durch die ausdrücklich formulierte Herausnahme der Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer aus dem Anwendungsbereich des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes wird klargestellt, dass die konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit für die Regelung der befristeten Beschäftigung von Juniorprofessorinnen und Juniorprofessoren nach einer Aufhebung des HRG und damit auch der Sonderregelung des § 48 Abs. 1 HRG bei den Ländern liegen wird, solange der Bund nicht eine neue gesetzliche Befristungsregelung für Juniorprofessorinnen und Juniorprofessoren schafft.“<sup>28</sup>

19 BAG 11.9.2013 – 7 AZR 843/11 – NZA 2013, 1352, 1354.

20 BAG 11.9.2013 – 7 AZR 843/11 – NZA 2013, 1352, 1355.

21 BAG 11.9.2013 – 7 AZR 843/11 – NZA 2013, 1352, 1355 mit Hinweis auf BT-Drs 10/2283 S 15.

22 BAG 11.9.2013 – 7 AZR 843/11 – NZA 2013, 1352, 1355 mit Hinweis auf BT-Drs 16/4043 S 9.

23 So schon *Löwisch*, Die Ablösung der Befristungsbestimmungen des Hochschulrahmengesetzes durch das Wissenschaftszeitvertragsgesetz, NZA 2007, 479, 480.

24 *Lenk*, Die befristete Professur im Angestelltenverhältnis an staatlichen und staatlich anerkannten Hochschulen, *WissR* 2009, 50, 56.

25 *Preis*, *WissZeitVG* (2008), § 1 Rn 33; *KR/Treber*, 10. Aufl (2013), § 1 *WissZeitVG* Rn 50; aA v. *Mangoldt/Klein/Starck*, GG, 5. Aufl (2005), Art 5 Rn 391.

26 *Boecken/Joussen*, *TzBfG*, 3. Aufl (2012), § 1 *WissZeitVG* Rn 11; *Arnold/Gräfl/Rambach*, *TzBfG*, 3. Aufl (2012), § 1 *WissZeitVG* Rn 16; aA: *Preis*, *WissZeitVG* (2008), § 1 Rn 33.

27 *Reich*, *HRG mit WissZeitVG*, 11. Aufl (2012), § 1 *WissZeitVG* Rn 2 mwN.

28 Beschlussempfehlung des Ausschusses für Bildung, Forschung und Technikfolgenabschätzung, BT-Drs 16/4043 S 9.

## b) TzBfG

Die soeben zitierte Passage aus der Beschlussempfehlung des zuständigen Ausschusses zeigt zugleich, dass § 14 TzBfG die Befristung der Arbeitsverhältnisse von Hochschullehrern *nicht abschließend* regeln sollte.<sup>29</sup> Eine Länderkompetenz ist nur denkbar, wenn das TzBfG, insbesondere § 14 TzBfG nicht abschließend im Sinne des Art. 72 Abs. 1 GG ist.

Zwar nehmen einige Stimmen in der Literatur an, dass der Bund mit dem TzBfG abschließend von seiner Gesetzgebungskompetenz auch für die Befristung angestellter Hochschulprofessoren Gebrauch gemacht habe, weil das TzBfG für alle Arbeitsverhältnisse gelte und damit also auch eine abschließende Bundesregelung für angestellte Hochschullehrer sei.<sup>30</sup>

Zutreffend ist das Gegenteil – wie das BAG richtig erkennt. Den Ausgangspunkt bildet § 23 TzBfG<sup>31</sup> im Zusammenspiel mit TzBfG, HRG und WissZeitVG. § 23 TzBfG sieht vor, dass besondere Regelungen über die Befristung von Arbeitsverträgen nach anderen gesetzlichen Vorschriften unberührt bleiben. Schon das ist ein Indiz dafür, dass der Bundesgesetzgeber seine Kompetenz *nicht abschließend* genutzt hat. In jedem Fall sind *Bundesgesetze* neben dem TzBfG anwendbar und können den Geltungsbereich des TzBfG klarstellen.

Der dagegen erhobene Einwand des LAG Thüringen<sup>32</sup> einer *petitio principii* – also eines Zirkelschlusses<sup>33</sup> – geht fehl. Das wäre nur der Fall, wenn man aus § 23 TzBfG folgerte, dass jede landesrechtliche Regelung neben dem TzBfG zulässig wäre. Das unterliefe dann tatsächlich nicht nur das System des TzBfG, sondern auch das Prinzip der konkurrierenden Gesetzgebung. Das folgert niemand aus § 23 TzBfG. Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Befristungsnorm neben dem TzBfG ist – und das hat auch das BAG deutlich gemacht<sup>34</sup> – „dass jene mit entsprechender Gesetzgebungskompetenz erlassen worden ist.“

Zugleich liegt § 23 TzBfG damit die Annahme zugrunde, dass durch das TzBfG keine abschließende Regelung getroffen wird. Das wird nach Ansicht des BAG

durch die Entstehungsgeschichte des TzBfG deutlich.<sup>35</sup> Explizit nicht einbezogen worden seien die bereichsspezifischen Ausnahmen des HRG und der befristet Beschäftigten an Forschungseinrichtungen.<sup>36</sup> Aber auch das WissZeitVG ist – wie gesehen – nicht abschließend, gilt es doch insbesondere nicht für Hochschulprofessoren. Damit zeigt dieses Zusammenspiel aus TzBfG und WissZeitVG, dass der Bund seine Gesetzgebungskompetenz für die Befristung der Arbeitsverhältnisse angestellter Hochschulprofessoren *nicht abschließend* ausgeübt hat.

Der Einwand, auch Hochschullehrer seien Arbeitnehmer im Sinne des TzBfG und deshalb nach jenen Vorschriften befristet anzustellen, weshalb das TzBfG abschließend sei, vermengt den Anwendungsbereich eines Gesetzes mit der abschließenden Wahrnehmung einer Gesetzgebungskompetenz. Dass Hochschullehrer von dem persönlichen Anwendungsbereich des TzBfG erfasst sind, ist eindeutig. § 3 Abs. 1 Satz 1 TzBfG kennt keine Ausnahme. Damit ist aber nichts darüber gesagt, ob das TzBfG für Hochschullehrer *abschließend* ist oder ob den Ländern nicht die Möglichkeit bleibt, zusätzliche Befristungstatbestände zu schaffen. Das TzBfG ist nicht schon deshalb abschließend, weil sein personeller Anwendungsbereich auch Hochschullehrer erfasst. Anderes widerspräche dem in den bereits zitierten Gesetzgebungsmaterialien<sup>37</sup> zum Ausdruck kommenden gesetzgeberischen Willen. Doch auf diesen kommt es an, wie auch das BVerfG explizit auf die Gesetzgebungsmaterialien bzw. den daran „ablesbaren objektivierten Willen des Gesetzgebers“ abstellt, wenn der Gesetzeswortlaut nicht eindeutig ist.<sup>38</sup> Der Gesetzeswortlaut der bundesrechtlichen Befristungsvorschriften passt nicht eindeutig zu dem Willen, der in den Gesetzgebungsmaterialien zum Ausdruck kommt, da einerseits dem Landesgesetzgeber Regelungsmöglichkeiten für Hochschullehrer belassen werden sollten, andererseits ausdrückliche Bereichsausnahmen im TzBfG ausgeblieben sind und § 3 TzBfG keine Differenzierungen zwischen Arbeitnehmern vornimmt. Immerhin „insbesondere“ in § 14 Abs. 1 Satz 2 TzBfG ist ein starkes Indiz gegen eine abschließen-

29 Für Juniorprofessoren: Löwisch, Die Ablösung der Befristungsbestimmungen des Hochschulrahmengesetzes durch das Wissenschaftszeitvertragsgesetz, NZA 2007, 479, 480; anders aber für Hochschulprofessoren: Hartmer/Detmer/Löwisch/Wertheimer, Hochschulrecht (2004), S 330; Löwisch/Wertheimer/Zimmermann, Die Befristung der Dienst- und Arbeitsverhältnisse von Professoren im Falle der Erstberufung, WissR 2001, 28, 49.

30 Preis, WissZeitVG (2008), § 1 Rn 33; KR/Treber, 10. Aufl. (2013), § 1 WissZeitVG Rn 50.

31 Lenk, Die befristete Professur im Angestelltenverhältnis an staatli-

chen und staatlich anerkannten Hochschulen, WissR 2009, 50, 56.

32 LAG Thüringen 10.5.2011 – 7 Sa 300/10 – juris Rn 22.

33 Schneider/Schnapp, Logik für Juristen, 6. Aufl. (2006), S 242 mwN.

34 BAG 11.9.2013 – 7 AZR 843/11 – NZA 2013, 1352, 1355 f.

35 BAG 11.9.2013 – 7 AZR 843/11 – NZA 2013, 1352, 1356.

36 BAG 11.9.2013 – 7 AZR 843/11 – NZA 2013, 1352, 1356 mit Verweis auf den Gesetzesentwurf: BT-Drs 14/4374 S 14.

37 BT-Drs 14/4374 S 14.

38 BVerfG 10.2.2004 – 2 BvR 834/02 und 1588/02 – NJW 2004, 750, 755.

de Regelung durch das TzBfG. Die Gesetzgebungsmaterialien des TzBfG gerade in Zusammenspiel mit jenen des WissZeitVG zeigen, dass ersteres nicht abschließend sein sollte: Aus dem TzBfG wurde das Hochschulrahmenrecht und beim WissZeitVG das Recht, Befristungstatbestände für Juniorprofessuren zu schaffen, ausgeklammert.<sup>39</sup>

Dem wird entgegengehalten, dass der Anwendungsbereich des TzBfG durch die Begründung eines anderen Gesetzes nicht geändert werden könnte.<sup>40</sup> Die Aussage an sich ist zwar richtig. Trotzdem greift der Einwand nicht. Denn das WissZeitVG bzw. dessen Gesetzgebungsmaterialien ändern den Anwendungsbereich des TzBfG nicht. Vielmehr wird durch das WissZeitVG deutlich, auf welchem Gebiet der Bundesgesetzgeber mit dem TzBfG von Anfang an von seiner Gesetzgebungskompetenz *nicht abschließend* Gebrauch gemacht hat: auf dem Gebiet der Befristung von Hochschulpersonal. Indem das WissZeitVG in einem zweiten Schritt Hochschullehrer von seinem persönlichen Anwendungsbereich ausnimmt, führt das nicht etwa zu der alleinigen Anwendbarkeit des TzBfG, sondern zeigt schlicht, dass der Bundesgesetzgeber insoweit seine Gesetzgebungskompetenz nicht wahrgenommen hat. Insofern ist nicht der Anwendungsbereich des TzBfG durch die Gesetzesbegründung des WissZeitVG verkleinert, sondern lediglich klargestellt worden.

Die verbleibende Regelungsmöglichkeit der Länder für Hochschullehrer ergibt sich auch aus einem weiteren in den Gesetzgebungsmaterialien erwähnten Grund. Ausdrücklich sollte mit dem TzBfG der allgemeine Teil des Befristungsrechts geregelt werden, wobei insbesondere das Schriftformerfordernis und die Folgen unwirksamer Befristungen in den Gesetzgebungsmaterialien genannt sind.<sup>41</sup> Ebenfalls werden Bereichsausnahmen genannt, die das TzBfG nicht regeln soll, so zum Beispiel das Hochschulrahmengesetz.<sup>42</sup> Das zeigt nicht nur den Unwillen des Gesetzgebers, die Befristung der Arbeitsverhältnisse des gesamten Hochschulpersonals abschließend zu regeln, sondern gleichzeitig den Willen, *abschließend nur* einen allgemeinen Teil des Befristungsrechts und eben keine abschließende Regelung der Befristungstatbestände zu schaffen.

3. Folgerung: Gleichzeitige Anwendbarkeit von TzBfG und Landesrecht?

a) Reichweite der Gesetzgebungskompetenz der Länder

Den Ländern verbleibt eine Gesetzgebungskompetenz allerdings nur, *soweit* das TzBfG nicht abschließend ist i.S.d. Art. 72 Abs. 1 GG. Das ermöglicht nur die Schaffung von Befristungstatbeständen, nicht aber ein landesrechtliches Befristungsregime. Vom allgemeinen Befristungsrecht (Schriftformgebot) können die Länder nicht abweichen. Nur der materielle Aspekt der Befristung, d.h. die Schaffung von Befristungstatbeständen im Bereich des Hochschulrechts wurde nicht abschließend durch das TzBfG geregelt.

b) Konkurrenz zwischen TzBfG und Landesrecht

Aus dem zuvor Gesagten folgt nicht, dass die Befristungstatbestände des § 14 TzBfG für die Befristung angestellter Hochschulprofessoren nicht anwendbar wären. Dafür bietet das TzBfG keinen Anhaltspunkt. § 3 Abs. 1 Satz 1 TzBfG regelt, wann ein Arbeitnehmer befristet beschäftigt ist. Etwaige Bereichsausnahmen für Hochschullehrer enthält § 3 TzBfG ebenso wenig wie § 14 TzBfG. Daraus folgt, dass das TzBfG, insbesondere also auch die Befristungstatbestände des § 14 TzBfG grundsätzlich neben den landesrechtlichen Vorschriften anwendbar sind. Im Wege der Spezialität (*lex specialis derogat legi generali*) verdrängen die Befristungstatbestände der Landeshochschulgesetze jene des § 14 TzBfG auch nicht; selbst dort nicht, wo der Landesgesetzgeber ein Sonderbefristungsrecht geschaffen und eine Befristung nicht nur dem Grunde nach<sup>43</sup> für zulässig erklärt hat.<sup>44</sup> Im letzteren Fall gibt es schon kein spezielleres Gesetz, das ein generelles verdrängen könnte. Die Befristungstatbestände des TzBfG sind also unmittelbar anwendbar, wenn die Länder eine Befristungsmöglichkeit nur dem Grunde nach regeln.<sup>45</sup>

Aber auch wenn die Befristungstatbestände explizit durch den Landesgesetzgeber geregelt sind, verdrängen sie nicht die Befristungstatbestände des § 14 TzBfG. Die Gesetzeskonkurrenz, die es für die Anwendung des Spezialitätsgrundsatzes bedarf, besteht zwischen TzBfG und den Befristungstatbeständen der Landeshochschulgesetz-

39 So Fn 36 und Fn 28.

40 Preis, WissZeitVG (2008), § 1 Rn 33.

41 BT-Drs 14/4374 S 14.

42 BT-Drs 14/4374 S 14.

43 ZB Art 8 BayHSchPG (Bayern) und § 63 HSG (Schleswig-Holstein).

44 Dies bejaht Lenk, Die befristete Professur im Angestelltenverhältnis an staatlichen und staatlich anerkannten Hochschulen, WissR 2009, 50, 68 mwN.

45 Lenk, Die befristete Professur im Angestelltenverhältnis an staatlichen und staatlich anerkannten Hochschulen, WissR 2009, 50, 68 f.

ze nicht. Zweck der Sonderbefristungstatbestände für Hochschullehrer ist es, *zusätzliche* Tatbestände gerade für die Befristung angestellter Hochschullehrer zu schaffen. Zweck eines spezifisch auf Hochschullehrer zugeschnittenen Befristungstatbestandes ist es nicht, eine Befristung z.B. wegen Vertretung (§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG) zu verhindern. Daher ist das TzBfG direkt neben Befristungsvorschriften aus den Hochschulgesetzen anwendbar, ohne dass es einer entsprechenden Anordnung bedürfte, wie sie in § 1 Abs. 2 WissZeitVG getroffen wird.<sup>46</sup>

Schaffen die Länder also eigene Befristungstatbestände in ihren jeweiligen Hochschulgesetzen, *kann* daneben auch hinsichtlich der Befristungstatbestände auf das TzBfG zurückgegriffen werden. Es *muss* sogar auf das TzBfG zurückgegriffen werden, soweit das Landesgesetz die Befristung nur dem Grunde nach für zulässig erklärt und soweit das Landesrecht keine Regelungen treffen durfte, d.h. hinsichtlich des allgemeinen Teils des TzBfG.<sup>47</sup>

### III. Entscheidungs- bzw. Normverwerfungskompetenz der Fachgerichte

Die Berufungsentscheidung des LAG Thüringen macht es notwendig, auf einen anderen Aspekt einzugehen: Das LAG Thüringen hat § 50 ThürHG selbst als verfassungswidrig verworfen, ohne das BVerfG nach Art. 100 Abs. 1 GG anzurufen.

#### 1. Grundregel und Ausnahme von der Pflicht zur Richtervorlage

Ein Gericht hat nach Art. 100 Abs. 1 GG eine konkrete Normenkontrolle einzuleiten, wenn es der Ansicht ist, ein Landesgesetz verstoße gegen die maßgebliche Landesverfassung oder das Grundgesetz. Letzteres gilt nur, wenn das jeweilige Landesgesetz jünger ist als das Bundesgesetz, da der Landesgesetzgeber nur in diesem Fall höherrangiges Recht missachtet haben kann.<sup>48</sup> Die konkrete Normenkontrolle soll insofern die Autorität des Bundesgesetzgebers schützen. Ist das Landesgesetz *älter* als das Bundesgesetz, kommt auch den Fachgerichten

nach dem „lex-posterior-Prinzip“ die Kompetenz zu, eine Landesnorm wegen Verstoßes gegen jüngeres Bundesrecht für unwirksam zu erklären. Eine Zuständigkeit des BVerfG besteht hier nicht.<sup>49</sup>

Sollte also ein Gericht – wie das LAG Thüringen – den Ländern die Gesetzgebungskompetenz für Befristungstatbestände angestellter Hochschullehrer absprechen wollen, hat es eine konkrete Normenkontrolle beim BVerfG zu beantragen, sofern das jeweilige Hochschulgesetz jünger ist als das Gesetz, das nach Ansicht des Gerichts die Sperrwirkung auslöst – im Fall des LAG Thüringen also das TzBfG.

#### 2. Missachtung der Vorlagepflicht durch das LAG Thüringen

Diese Pflicht hat das LAG Thüringen nicht gesehen und stattdessen selbst § 50 ThürHG die Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz unter Verweis auf Art. 31 GG abgesprochen.<sup>50</sup> Das ist gleich aus drei Gründen falsch:

Zunächst ist die vom LAG gewählte Formulierung falsch, wonach Art. 31 GG die Landeskompetenz „gesperrt“ habe. Denn das BVerfG geht bei einer Normenkollision von einfachem Landesrecht mit Bundesrecht i.d.R.<sup>51</sup> von der *Nichtigkeit* des Landesrechts aus.<sup>52</sup>

Zweitens kommt es hierauf nicht an: Art. 31 GG ist nicht die einschlägige Norm und wäre es auch dann nicht, wenn man der Ansicht des LAG Thüringen folgte. Art. 31 GG kommt nur bei einer Kollision von Bundesrecht mit Landesrecht zur Anwendung, wenn beide Gesetze *kompetenzgemäß* zustande gekommen sind und dem jeweiligen Gesetzgeber noch immer die Gesetzgebungskompetenz zusteht.<sup>53</sup> Ansonsten bedarf es der Anordnung „*Bundesrecht bricht Landesrecht*“ nicht. Denn die Normen über die Gesetzgebungszuständigkeiten sind vorrangig gegenüber der Kollisionsregelung des Art. 31 GG, so dass der Verfassungsverstoß und damit die Nichtigkeit sich allenfalls aus den Art. 70 ff. GG ergibt, nicht aus Art. 31 GG. Dieses Vorrangverhältnis<sup>54</sup> hat das LAG Thüringen verkannt.

Drittens hätte das LAG Thüringen in der Sache nicht entscheiden dürfen, denn das TzBfG wurde am 21.12.2000 verkündet.<sup>55</sup> Die entscheidende Änderung des § 50 ThürHG wurde am 24.4.2003 verkündet – das ist

46 AA: Lenk, Die befristete Professur im Angestelltenverhältnis an staatlichen und staatlich anerkannten Hochschulen, WissR 2009, 50, 68 f.

47 Lenk, Die befristete Professur im Angestelltenverhältnis an staatlichen und staatlich anerkannten Hochschulen, WissR 2009, 50, 68 mwN.

48 BVerfG 6.10.1959 – 1 BvL 13/58 – NJW 1959, 2108; Maunz/Dürig/Maunz, GG, (1971), Art 100 Rn 12 f; v. Mangoldt/Klein/Starck/Sieckmann, GG, 6. Aufl (2010), Art 100 Rn 26.

49 Maunz/Dürig/Maunz, GG, (1971), Art 100 Rn 12.

50 LAG Thüringen 10.5.2011 – 7 Sa 300/10 – juris Rn 19.

51 Nichtigkeit ist die Regel, in Betracht kommt aber auch die bloße Unvereinbarerklärung mit dem Grundgesetz: BVerfG 10.2.2004 – 2 BvR 834/02 und 1588/02 – NJW 2004, 750, 757.

52 BVerfG 30.7.2008 – 1 BvR 402/08 – NJW 2008, 2409, 2411.

53 Dreier/ders, GG, 2. Aufl (2006), Art. 31 Rn 19; Sachs/Huber, GG, 6. Aufl (2011), Art 31 Rn 15.

54 Epping/Hillgruber/Hellermann, GG, 2. Aufl (2013), Art 31 Rn 5.1.

55 Epping/Hillgruber/Hellermann, GG, 2. Aufl (2013), Art 31 Rn 5.1.

der relevante Anknüpfungspunkt,<sup>56</sup> um zu bestimmen, welches der Gesetze jünger ist. Die Neufassung ist der maßgebliche Zeitpunkt, da der Landesgesetzgeber mit dieser seinen (Bestätigungs-)Willen deutlich gemacht hat,<sup>57</sup> einen Tatbestand für die Befristung der Arbeitsverhältnisse von Hochschulprofessoren schaffen bzw. beibehalten zu wollen. Das zeigt schon der dazugehörige Regierungsentwurf zur Änderung des Hochschulgesetzes, der sich intensiv mit Befristungsmöglichkeiten für Hochschullehrer auseinandersetzt.<sup>58</sup>

Würde das TzBfG also tatsächlich eine Sperrwirkung entfalten, hätte der Landesgesetzgeber schon im Zeitpunkt der Verkündung (24.4.2003) der Änderung des § 50 ThürHG keine Gesetzgebungskompetenz gehabt. Hierüber zu entscheiden, oblag nicht dem LAG Thüringen, sondern allein dem BVerfG. Jedes Gericht, nicht nur ein letztinstanzliches, hat die Pflicht,<sup>59</sup> eine konkrete Normenkontrolle einzuleiten, wenn es Bundesrecht oder Landesrecht für mit dem Grundgesetz nicht vereinbar hält gem. Art. 100 Abs. 1 GG.<sup>60</sup> Das LAG Thüringen hat den Parteien damit ihren gesetzlichen Richter im Sinne des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG entzogen. Allein im umgekehrten Fall, d.h. wenn § 50 ThürHG bereits in Kraft gewesen wäre, bevor das TzBfG in Kraft trat, also das Landesrecht zunächst kompetenzrechtlich zulässig und erst später gesperrt worden wäre, hätte es dem Gericht obliegen, selbst über die Sperrwirkung zu entscheiden.<sup>61</sup>

#### IV. Zusammenfassung und Ausblick

Die Entscheidung des BAG ist Richtschnur für künftige Befristungskontrollklagen angestellter Hochschulprofessoren. Die Befristungen werden nicht an einem mangelnden Befristungstatbestand scheitern, wenn die Bundesländer einen solchen in ihren Hochschulgesetzen haben<sup>62</sup> und die Voraussetzungen des jeweiligen Tatbe-

standes erfüllt sind. Dem BAG ist darin zuzustimmen, dass der Bund mit TzBfG, HRG und jetzt WissZeitVG das Befristungsrecht *nicht abschließend* regeln wollte. Den Ländern verbleibt die Kompetenz, eigene Befristungstatbestände für Hochschullehrer, aber auch nur für Hochschullehrer zu schaffen. Nur insoweit sind TzBfG und WissZeitVG nicht abschließend im Sinne des Art. 72 Abs. 1 GG.

Ein Rückgriff auf das TzBfG als allgemeinen Teil des Befristungsrechts ist neben einem landesrechtlichen Sonderbefristungstatbestand notwendig, da das TzBfG in seinem allgemeinen Teil abschließend ist, eine landesrechtliche Regelung mithin gesperrt wäre.

Bei Hochschulgesetzen, die eine wiederholte Befristung der Arbeitsverhältnisse angestellter Hochschullehrer zulassen, kann sich zusätzlich die Frage nach der Unionsrechtswidrigkeit der entsprechenden Hochschulgesetze stellen. Das BAG hat das im *obiter dictum* angedeutet.<sup>63</sup>

Hält ein Fachgericht das Landesgesetz, auf das eine Befristung gestützt ist, entgegen der hier vertretenen Ansicht für verfassungswidrig, hat es von der Richtervorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG Gebrauch zu machen, sofern nicht das Landesrecht älter ist als das vermeintlich sperrende Bundesgesetz.

Bei möglicherweise unionsrechtswidrigen Hochschulgesetzen ist vor allem für Instanzgerichte auf die Möglichkeit des Art. 267 Abs. 2 AEUV hinzuweisen, durch die relativ zügig Rechtssicherheit erlangt und Individualrechtsschutz gewährt werden kann.<sup>64</sup>

Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht (Prof. Dr. Volker Rieble) am Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht (ZAAR) an der Ludwig-Maximilians-Universität München (LMU).

56 Auch das BAG stellt für die Frage der Gesetzgebungskompetenz allein auf den Zeitpunkt der Neufassung des § 50 ThürHG ab, BAG 11.9.2013 – 7 AZR 843/11 – NZA 2013, 1352, 1354.

57 Zu der vergleichbaren Problematik bei (ursprünglich) vorkonstitutionellem Recht: v. Mangoldt/Klein/Starck/Sieckmann, GG, 6. Aufl. (2010), Art 100 Rn 28 f; v. Münch/Kunig/Meyer, GG 6. Aufl. (2012), Art 100 Rn 18; Maunz/Dürig/Maunz, GG, (1971), Art 100 Rn 14 ff.

58 Thür-LT-Drs 3/2847, S 28 ff.

59 V. Mangoldt/Klein/Starck/Sieckmann, GG, 6. Aufl. (2010), Art 100

Rn 7.

60 Dreier/Wieland, GG, 2. Aufl. (2008), Art 100 Rn 9; Maunz/Dürig/Maunz, GG, (1971), Art 100 Rn 30.

61 So unter III.1.

62 So Fn 4.

63 BAG 11.9.2013 – 7 AZR 843/11 – NZA 2013, 1352, 1356; Seeger, Anmerkung zu BAG 11.9.2013 – 7 AZR 843/11 – ArbR 2013, 600.

64 Latzel/Streinz, Das richtige Vorabentscheidungsverfahren, NJOZ 2013, 97, 98; Zusammenfassung in NJW 2013, 271.

