

Manfred Löwisch und Marie Anselment

Befristung wissenschaftlicher Mitarbeiter an Fachhochschulen

I. Anwendung des WissZeitVG auf Fachhochschulen

1. Fachhochschulen als staatliche Hochschulen im Sinne des WissZeitVG

Nach seinem § 1 Abs. 1 Satz 1 gelten die Befristungsregeln des WissZeitVG für Einrichtungen des Bildungswesens, die nach Landesrecht staatliche Hochschulen sind. Das trifft für die Fachhochschulen durchweg zu.¹ Die Länder sind damit der Definition in § 1 Hochschulrahmengesetz gefolgt, die seit 1976 auch die Fachhochschulen ausdrücklich als Hochschulen bezeichnet.²

Anzuwenden sind die Befristungsregeln des WissZeitVG nach dessen § 4 auch auf staatlich anerkannte Fachhochschulen wie etwa die Leibniz Fachhochschule Hannover, die Rheinische Fachhochschule Köln, die private Fachhochschule Göttingen oder die Fachhochschule des Mittelstands. Die Anwendung setzt voraus, dass die Hochschule im Zeitpunkt des Abschlusses des befristeten Arbeitsvertrags bereits anerkannt war.³

2. Wissenschaftsbezug der Fachhochschulen

Der persönliche Geltungsbereich des WissZeitVG beschränkt sich nach § 1 Abs. 1 Satz 1 auf wissenschaftliches und künstlerisches Personal. Der Begriff des wissenschaftlichen und künstlerischen Personals bestimmt sich nach der ständigen Rechtsprechung des BAG inhaltlich und aufgabengezogen. Zum wissenschaftlichen Personal gehört danach derjenige Arbeitnehmer, der wissenschaftliche Dienstleistungen erbringt. Wissenschaftliche Tätigkeit ist dabei alles, was nach Inhalt und Form als ernsthafter, planmäßiger Versuch zur Ermittlung der Wahrheit anzusehen ist. Aufgabenstellung und anzuwendende Arbeitsmethode müssen darauf angelegt sein, neue Erkenntnisse zu gewinnen und zu verarbeiten, um den Erkenntnisstand der jeweiligen wissenschaftlichen Disziplin zu sichern und zu erweitern.⁴

Was die Fachhochschulen angeht, ist dabei deren spezifische Ausrichtung auf die **anwendungsbezogene Forschung und Entwicklung** zu beachten. § 2 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 LHG BaWü formuliert das so:

„Die Hochschulen für angewandte Wissenschaften vermitteln durch anwendungsbezogene Lehre und Weiterbildung eine Ausbildung, die zu selbstständiger Anwendung und Weiterentwicklung wissenschaftlicher Erkenntnisse und Methoden oder zu künstlerischen Tätigkeiten in der Berufspraxis befähigt; sie betreiben anwendungsbezogene Forschung und Entwicklung.“

Wissenschaftlich ist mithin auch die Forschung, die überwiegend an dem Ziel einer praktischen Anwendbarkeit ihrer Ergebnisse orientiert ist. Wissenschaftlich ist auch die Entwicklung als die „zweckgerichtete Auswertung und Anwendung von Forschungsergebnissen und Erfahrungen vor allem technologischer und ökonomischer Art, um zu neuen Systemen, Verfahren, Stoffen, Gegenständen und Geräten zu gelangen (Neuentwicklung) oder um vorhandene zu verbessern (Weiterentwicklung).“⁵ Auch eine solche Entwicklungstätigkeit wird von dem Ziel geprägt, über die bisherigen Erkenntnisse hinaus neue Erkenntnisse zu erlangen. Verlassen ist der Bereich der Wissenschaft erst, wo es sich um die bloße Anwendung schon erreichter wissenschaftlicher Erkenntnisse ohne Streben nach neuen Erkenntnissen handelt.⁶

Für die Lehre gilt Entsprechendes: Wie § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 LHG BaWü richtig sagt, ist die wissenschaftliche Lehre an den Fachhochschulen anwendungsbezogen und soll zur selbstständigen Anwendung und Weiterentwicklung wissenschaftlicher Erkenntnisse und Methoden in der Berufspraxis befähigen. Nicht anders als bei den Hochschulen ist bei den Fachhochschulen die

1 Siehe etwa § 1 Abs. 2 Nr. 4 LHG BaWü, welches die Fachhochschulen als „Hochschulen für angewandte Wissenschaften“ bezeichnet; § 1 Abs. 2 HG NRW; Art. 1 Abs. 2 Nr. 3 BayHSchG; § 1 Abs. 2 BerlHG.

2 Dazu BAG 18. 3. 1999, 4 AZR 79/08, ZTR 2009, 421 Rn25f.

3 BAG 23. 1. 2019, 7 AZR 7/18, NJW 2020, 864.

4 BAG 21. 3. 2018, 7 AZR 437/16, AP Nr. 8 zu § 1 WissZeitVG mit Anm. Löwisch; Maschmann/Konertz, NZA 2016, 257, 258.

5 Siehe Forschungsbericht III der Bundesregierung vom 12. 6. 1969, BT-Drucks V/4335 S. 5. Siehe auch § 22 Satz 2 HRG, wonach unter Berücksichtigung der Aufgabenstellung der Hochschule auch „die Anwendung wissenschaftlicher Erkenntnisse in der Praxis“ Gegenstand der Forschung sein können.

6 Löwisch, Forschung als Wissenschaft im Sinne des Tendenzschutzes, FS Müller-Freienfels 1986, S. 439, 442f.

Lehre dabei auch dann eine wissenschaftliche Dienstleistung, wenn keine eigenen Forschungsergebnisse, sondern Erkenntnisse Dritter vermittelt werden, sofern von dem Lehrenden nach dem Vertragsinhalt erwartet wird, dass er diese Erkenntnisse kritisch hinterfragt, sich damit auseinandersetzt und dass er diese eigenen Reflexionen in seine Lehrtätigkeit einbringt.⁷

II. Befristung nach WissZeitVG

1. Promotionsbefristung

Die Landeshochschulgesetze sehen an den Fachhochschulen in unterschiedlicher Form die Möglichkeit der Promotion in Kooperation mit Hochschulen vor.⁸

Werden solche Promotionsvorhaben von wissenschaftlichen Mitarbeitern der Fachhochschulen verfolgt, rechtfertigt dies die Befristung von deren Beschäftigungsverhältnissen nach § 2 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG. Dass die Promotion nicht an der Fachhochschule selbst, sondern an der Hochschule erfolgt, mit der die Fachhochschule kooperiert, steht nicht entgegen. Maßgebend ist, dass die Tätigkeit an der Fachhochschule der Förderung der eigenen wissenschaftlichen Qualifizierung des Mitarbeiters dient, welche dann in der Promotion ihren Abschluss findet. Es liegt nicht anders als in den Fällen der Kooperation von außeruniversitären Forschungseinrichtungen mit den Universitäten. Wird das Promotionsvorhaben gemäß § 5 i. V. m. § 2 Absatz 1 Satz 1 WissZeitVG des wissenschaftlichen Mitarbeiters eines Max-Planck-Instituts von einem Honorarprofessor der Universität betreut, der zugleich Direktor eines Max-Planck-Instituts ist, rechtfertigt das Promotionsvorhaben die Befristung des Beschäftigungsverhältnisses beim Max-Planck-Institut.⁹

Die Promotionsbefristung wissenschaftlicher Mitarbeiter von Fachhochschulen kann wie jede Promotionsbefristung auf die Dauer von sechs Jahren erfolgen. Dass nach § 2 Absatz 1 Satz 3 WissZeitVG die vereinbarte Befristungsdauer jeweils so zu bemessen ist, dass sie der angestrebten Qualifizierung angemessen ist, steht nicht entgegen: Bei Promotionsvorhaben ist die Ausschöpfung

der in § 2 Abs. 1 Satz 1 festgelegten ersten Befristungsphase von sechs Jahren angesichts der Unwägbarkeiten des Verlaufs eines Promotionsverfahrens angemessen.¹⁰ Voraussetzung ist nur, dass der Mitarbeiter tatsächlich überwiegend wissenschaftlich tätig ist.

2. Qualifizierungsbefristung

a. Mitwirkung an angewandter Forschung und Entwicklung als wissenschaftliche Tätigkeit mit Qualifizierungszweck

§ 1 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG erstreckt dessen Anwendungsbereich auf das wissenschaftliche Personal der Fachhochschulen. Dementsprechend ist der Begriff der Wissenschaftlichkeit der Tätigkeit dieses Personals fachhochschulbezogen im unter I 2 dargelegten Sinn zu verstehen. Mitarbeiter der Fachhochschulen, die dort an angewandter Forschung und Entwicklung mitwirken und diese lehren, sind **wissenschaftliches Personal** im Sinn des WissZeitVG.

Nach § 2 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG ist die Befristung dieses Personals auf die Dauer von sechs Jahren zulässig, wenn die befristete Beschäftigung zur **Förderung der eigenen wissenschaftlichen Qualifizierung** erfolgt. Mit diesem allgemein formulierten Merkmal stellt das Gesetz klar, dass der Anwendung der besonderen Befristungsregelungen des WissZeitVG die Gedanken zugrunde liegen, einerseits dem wissenschaftlichen Nachwuchs die (Weiter)Qualifikation zu ermöglichen und andererseits den Hochschulen und Forschungseinrichtungen Spielraum für die kontinuierliche Nachwuchsförderung zu lassen.¹¹

Aus dieser Bindung an den Qualifizierungszweck folgt nicht, dass die Beschäftigung einem bestimmten Qualifizierungsziel dienen muss. Ein Promotionsvorhaben macht § 2 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG gerade nicht zur Voraussetzung der Befristung. Vielmehr genügt, dass eine wissenschaftliche Kompetenz angestrebt wird, die in irgendeiner Form zu einer beruflichen Karriere, auch außerhalb der Hochschule, befähigt.¹² Dieses Verständnis trägt gerade den Gegebenheiten bei den Fachhoch-

7 So für die Hochschulen BAG 21. 3. 2018 aaO (wie Fn 4).

8 Etwa § 38 Abs. 4 Satz 2 i. V. m. Absatz 6 und 6a LHG BaWü; Art. 2 Abs. 2 S. 2, Art. 64 I S. 4 BayHG; § 70 Abs. 3 S. 2 i. V. m. Abs. 4 HmbHG; § 35 Abs. 2 i. V. m. Abs. 4 BerHG; § 67 Abs. 1 i. V. m. § 67 a HG NRW.

9 Praktisch werden die Beschäftigungsverhältnisse bei den Max-Planck-Instituten auf die Dauer von 3 Jahren mit einer Verlängerungsmöglichkeit um ein Jahr abgeschlossen; siehe die von der Max-Planck-Gesellschaft herausgegebene Broschüre „Wissenschaftskarriere bei Max-Planck – Wegweiser Chancengerechte Karriereförderung“ (2018).

10 AR/Löwisch, WissZeitVG 10. Aufl. 2021, § 2 Rn 4; Preis/Ulber, WissZeitVG, 2. Aufl. 2017, § 2 Rn 17.

11 Mandler/Meißner aaO OdW 2017, 201.

12 Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht 6. Aufl. 2021, § 2 WissZeitVG Rn 4 unter Bezugnahme auf die Gesetzesbegründung BT-Drucksache 18/6489 S. 10; ausführlich Mandler/Meißner aaO OdW 2017, 201ff und Maschmann/Konertz aaO (wie Fn 4) NZA 2016, 258ff.; zu eng LAG Köln 7. 10. 2020, 5 Sa 451/20, juris (Revision eingelegt unter 7 AZR 573/20), das Kompetenzzuwächse für den Beruf nicht ausreichen lassen will, damit aber an der Untrennbarkeit von angewandter Forschung und Entwicklung und Berufswelt vorbeigt.

schulen Rechnung. Angewandte Forschung und Entwicklung sind nur zum Teil so angelegt, das die Mitwirkung an ihnen gleichzeitig ein Promotions- oder Habilitationsvorhaben trägt. Gleichwohl bieten sie die Gelegenheit zum Erwerb wissenschaftlicher Methoden und Kompetenzen.

Das LAG Köln vertritt in einer neueren Entscheidung den Standpunkt, die in § 2 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG vorausgesetzte Beschäftigung zur Förderung der eigenen wissenschaftlichen Qualifizierung liege nur vor, wenn zum wissenschaftlichen Gepräge der Beschäftigung des Arbeitnehmers „Tätigkeiten hinzukommen, die eine wissenschaftliche Qualifizierung fördern und sich nicht in der bloßen Gewinnung zusätzlicher Berufserfahrung erschöpfen“.¹³ Dem ist nicht zu folgen. Kompetenzzuwächse für den Beruf nicht ausreichen zu lassen, geht gerade bei den Fachhochschulen an der Untrennbarkeit von angewandter Forschung und Entwicklung und der Anwendung der dabei gewonnenen Erkenntnisse in der Berufswelt vorbei. Auch das LAG selbst kann gar nicht sagen, worin die seiner Meinung nach erforderlichen Tätigkeiten bestehen sollen, die über die mit der Ausübung wissenschaftlicher Tätigkeiten typischerweise und regelmäßig verbundenen Kompetenzzuwächse hinausgehen.

Richtig ist nur, dass die Tätigkeit **ihrem Inhalt** nach der Qualifizierung dienen muss. Wissenschaftlich qualifizieren kann sich der Mitarbeiter an einer Fachhochschule nur, wenn er an der dort stattfindenden wissenschaftlichen Tätigkeit, also der Suche nach neuen Erkenntnissen auf den Gebieten der angewandten Forschung und Entwicklung im Sinne des unter I 2 Gesagten mitwirkt. Arbeiten jenseits von Forschung und Entwicklung verlassen diesen Bereich. Übernimmt der Leiter eines Fachhochschulinstituts nach erfolgreicher Entwicklung einer Pilotanlage für einen Betrieb den Auftrag, gleiche Anlagen in weiteren Betrieben des Unternehmens einzubauen, ohne dass dafür weitere Entwicklungsschritte nötig sind, verlässt die Mitarbeit daran den Bereich der wissenschaftlichen Tätigkeit. Bloße Hilfstätigkeiten, wie sie typischer Weise von studentischen Hilfskräften erbracht werden, genügen ebenfalls nicht.¹⁴ Auch die Tätigkeit in der Verwaltung der Fachhochschule ist keine qualifizierungsgeeignete wissenschaftliche Tätigkeit.

b. Überwiegen des Wissenschaftsbezugs

Die Anwendung der Befristungsregeln des WissZeitVG setzt voraus, dass unter den vom Mitarbeiter geschuldeten Tätigkeiten die wissenschaftliche Tätigkeit überwiegt.¹⁵ Diese Voraussetzung ist nicht schon dann erfüllt, wenn in der vertraglichen Aufteilung der Arbeitszeit für die wissenschaftliche Tätigkeit mehr Zeit vorgesehen ist als für andere Aufgaben, etwa für die Mitwirkung in der Hochschulverwaltung. Vielmehr muss auch gefragt werden, ob in der für die wissenschaftliche Tätigkeit vorgesehenen Zeit wissenschaftsfremde Tätigkeiten in einem Umfang anfallen, dass diese zusammen mit von vornherein vorgesehenen anderweitigen Tätigkeiten die wissenschaftsbezogene Tätigkeit überwiegen.

Was die Mitwirkung in der **Lehre** angeht, hat das BAG insoweit detaillierte Regeln aufgestellt: Es wendet sich zunächst dagegen, Vorbereitungsarbeiten, wie das Anfertigen von Skripten oder von Folien, als nicht wissenschaftlich ins Gewicht fallen zu lassen. Solche Vorbereitungsarbeiten sind, wie das BAG sagt, mit der eigentlichen Lehrtätigkeit untrennbar verbunden. Gerade die Herstellung von Lehrmaterialien erfordert, wenn sie sachgerecht durchgeführt werden soll, die kritische Reflexion der zu vermittelnden wissenschaftlichen Erkenntnisse, denn nur dann kann deren Stand aktualitätsgetreu dargestellt werden.

Nicht von der wissenschaftlichen Tätigkeit zu trennen ist in der Regel auch die Prüfungstätigkeit. Mündliche Prüfungen an Hochschulen haben den Charakter wissenschaftlicher Gespräche zwischen Prüfer und zu Prüfenden. Aber auch schriftliche Prüfungen setzen die kritische Auseinandersetzung und damit die wissenschaftliche Reflexion dessen voraus, was die zu Prüfenden zu Papier oder auf ein elektronisches Dokument gebracht haben. Selbst formalisierte Prüfungen, etwa nach dem Multiple-Choice-Verfahren, erfordern jedenfalls insofern wissenschaftliche Tätigkeit, als es um die Ausarbeitung des Fragenkatalogs geht; lediglich das Abhaken eines entsprechenden Antwortkatalogs kann nicht mehr als wissenschaftliche Tätigkeit gewertet werden.

Nichts Anderes gilt im Prinzips hinsichtlich der Mitwirkung in der Forschung: Werkstatt- und Laborarbeiten oder digitale Erhebungen, die untrennbar mit einem

13 LAG Köln 7. 10. 2020, 5 Sa 451/20, juris (Revision anhängig unter 7 AZR 573/20); krit. zu diesem Urteil die Anm. von *Mandler/Bannerjee* in dieser Ausgabe.

14 *Preis/Ulber* aaO, § 2 Rn 13 in Verbindung mit § 6 Rn 16ff.

15 BAG 20. 1. 2016, 7 AZR 376/14, AP Nr: 3 zu § 1 WissZeitVG.

Vorhaben angewandter Forschung oder Entwicklung verbunden sind, gehören ebenso zur wissenschaftlichen Tätigkeit wie die Unterweisung des Mitarbeiters in der Anwendung einer bestimmten für ein Projekt erforderlichen Methode. Auch die Koordination verschiedener Forschungs- und Entwicklungsprojekte ist untrennbar mit diesen verbunden und deshalb entgegen einer vom LAG Hamm vertretenen Auffassung¹⁶ wissenschaftliche Tätigkeit. Der ständige Austausch zwischen an verschiedenen Projekten arbeitenden Wissenschaftlern trägt nicht unwesentlich zum allseitigen Erkenntnisgewinn bei und hat deshalb Wissenschaftsbezug.

Häufig werden Arbeitsverträge mit wissenschaftlichen Mitarbeitern so gestaltet, dass diese Dienstleistungen sowohl in der Forschung als auch in der Lehre zu erbringen haben. In solchen Fällen sind bei der Beurteilung der Frage, ob überwiegend wissenschaftliche Dienstleistungen zu erbringen sind, beide Tätigkeiten zusammenzurechnen. Ist ein wissenschaftlicher Mitarbeiter zu mehr als 50 Prozent seiner Arbeitszeit für die Mitwirkung an Forschung und Entwicklung eingestellt, spielt die Frage, ob die von ihm auch geschuldete Mitwirkung an der Lehre als wissenschaftliche Dienstleistung einzuordnen ist, also keine Rolle.

c. Angemessenheit der Befristungsdauer

Vornehmlicher Zweck des mit der Novelle 2016¹⁷ in § 2 WissZeitVG eingefügten Angemessenheitskriteriums ist die **Vermeidung unsachgemäßer Kurzbefristungen**.¹⁸ Eine feste Mindestdauer nach § 2 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG befristeter Beschäftigungsverhältnisse lässt sich daraus aber nicht ableiten. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollen von den Wissenschaftseinrichtungen jeweils erstellte Leitlinien, Codes of Conduct, Grundsätze etc. maßgebend sein. Den Wissenschaftseinrichtungen kommt damit ein großer Ermessensspielraum zu.¹⁹ Letztlich beschränkt sich die gerichtliche Kontrolle darauf, ob die vereinbarte, sechs Jahre unterschreitende Befristungsdauer bezogen auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses plausibel erklärt werden kann.²⁰ Dabei werden die Anforderungen an eine plausible Erklärung umso höher sein je kürzer die Laufzeit ist. Praktisch sind die Fachhochschulen auch insoweit gut beraten, den

Weg der Leitlinien zu beschreiten und dort eine nur im Ausnahmefall zu unterschreitende regelmäßige Mindestdauer, etwa von einem oder zwei Jahren, festzulegen.²¹

Der Begriff der Angemessenheit der Befristungsdauer ist an sich ambivalent und erfasst so auch eine unangemessen lange Befristungsdauer. Doch ist das im Wesentlichen ein theoretisches Problem. Der Regelung liegt die Annahme zugrunde, dass wissenschaftliche Mitarbeit bei typisierender Betrachtung in einem Zeitraum von sechs Jahren die wissenschaftliche Qualifikation des Mitarbeiters kontinuierlich fördert.²² Zudem kann der wissenschaftliche Mitarbeiter, wenn er keinen weiteren Mehrwert seiner Tätigkeit bei der Hochschule sieht, sein Arbeitsverhältnis unter den allgemeinen arbeitsrechtlichen Voraussetzungen kündigen.

d. Maßgeblichkeit des vereinbarten Vertragsinhalts

Für die Beurteilung der Frage, ob die von einem Mitarbeiter zu erbringende Tätigkeit als wissenschaftlich in diesem Sinne zu qualifizieren ist, kommt es auf die **Vereinbarungen bei Abschluss des Arbeitsvertrages** an. Nun wenn diese nicht eindeutig sind, können die praktischen Handhabung oder auch die Aussagen in einem Abschlussbericht oder dem Dienstzeugnis herangezogen werden - aber auch nur als Auslegungskriterium für das arbeitsvertraglich Vereinbarte.²³ Zweckmäßig ist deshalb eine möglichst konkrete Darstellung der zu leistenden Tätigkeiten und die Zuordnung pauschaler Zeitdeputate zu diesen.

Aus der Maßgeblichkeit des vereinbarten Vertragsinhalts folgt, dass es keine Rolle spielt, wenn ein wissenschaftlicher Mitarbeiter, der nach dem Arbeitsvertrag überwiegend wissenschaftliche Dienstleistungen in Forschung oder Lehre zu erbringen hat, im Verlauf des Arbeitsverhältnisses mit wissenschaftsfremden Dienstleistungen, insbesondere im organisatorischen Bereich, beschäftigt wird. Eine Grenze zieht insoweit freilich das Verbot der Gesetzesumgehung. Steht im Zeitpunkt des Vertragsschlusses schon fest, dass der Mitarbeiter im Widerspruch zur Aufgabenbeschreibung im Arbeitsvertrag überwiegend nichtwissen-

16 LAG Hamm vom 2. 7. 2015, 18 Sa 517/15, ZTR 2016, 105.

17 Gesetz vom 11. 3. 2016 (BGBl I S. 1073).

18 Gesetzesbegründung BT-Drucksache 18/6489 S. 11).

19 Gesetzesbegründung aaO (wie Fn 12).

20 *Ascheid/Preis/Schmidt*, Kündigungsrecht 6. Aufl. 2021, § 2 WissZeitVG Rn11; *Mandler/Meißner*, die Angemessenheit der Befristungsdauer nach Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG, OdW 2017, 199, 206.

21 Muster einer solchen (freilich sehr in die Einzelheiten gehenden) Leitlinie bei *Mandler/Meißner* aaO OdW 2017 S. 209f. Kritisch zum Wert solcher Leitlinien *Preis/Ulber*, WissZeitVG 2. Aufl. 2017, § 2 Rn 22ff.

22 *Mandler/Meißner* aaO OdW 2017, 203.

23 BAG 21. 3. 2018, 7 AZR 437/16. AP Nr. 8 zu § 1 WissZeitVG mit Anm. *Löwisch*.

schaftliche Dienstleistungen erbringen soll, kann das WissZeitVG die Befristung nicht rechtfertigen. Maßgebend ist dann allein § 14 TzBfG.

3. Drittmittelbefristung

Nach § 2 Absatz 2 WissZeitVG ist die Befristung von Arbeitsverträgen des in § 1 Absatz 1 Satz 1 genannten Personals und damit auch des wissenschaftlichen Personals von Fachhochschulen auch zulässig, wenn die Beschäftigung überwiegend aus Mitteln Dritter finanziert wird, die Finanzierung für eine bestimmte Aufgabe und Zeitdauer bewilligt ist und der Mitarbeiter überwiegend entsprechend dieser Zweckbestimmung beschäftigt wird. Die vereinbarte Befristungsdauer soll dem bewilligten Projektzeitraum entsprechen. Dieser Befristungsweg steht unabhängig davon offen, ob im konkreten Fall auch eine Promotions- oder Qualifizierungsbefristung zulässig ist.

Tragender Grund der Drittmittelbefristung ist die zeitlich begrenzte Finanzierung von Forschungs- oder Entwicklungsvorhaben. Dabei darf der Begriff der „bestimmten“ Aufgabe in Absatz 2 nicht zu eng verstanden werden. Zum Wesen von Forschungs- und Entwicklungsvorhaben gehört der dem Erkenntnisstand folgende ständige Wechsel der zu bewältigenden Aufgaben. Deshalb muss es genügen, wenn die Drittmittel für einen abgegrenzten Forschungs- oder Entwicklungsbereich zur Verfügung gestellt werden und die konkrete Aufgabenzuweisung im Rahmen eines solchen Vorhabens dessen verantwortlichem Leiter überlassen wird.²⁴ Werden dem Institut einer Fachhochschule Drittmittel für ein „Intelligentes Prozessentwicklungssystem zur Herstellung von biologischen Produkten“²⁵ oder für die Entwicklung einer neuen Gasinjektionstechnologie für Druckgussverfahren mit Magnesium und Aluminium²⁶ zur Verfügung gestellt, muss der Leiter des Instituts nach Planung und Verlauf des jeweiligen Vorhabens entscheiden können, mit wem er die finanzierten Stellen besetzt.

Wenn die Vorschrift auch voraussetzt, dass die Bewilligung der Drittmittel auch für eine „bestimmten“ Zeitdauer erfolgt, ist damit keine feste Koppelung an die - oft unsiche-

re - voraussichtliche Dauer des Forschungs- oder Entwicklungsvorhabens gemeint. Das Tatbestandsmerkmal soll nur sicherstellen, dass die Bewilligung für einen bestimmten Zeitabschnitt erfolgt und die Befristungsdauer mit diesem Zeitabschnitt übereinstimmt.²⁷ Nur wenn sich eine zunächst befristete Drittmittelbewilligung automatisch verlängert, liegt keine Finanzierung für bestimmte Dauer mehr vor.²⁸

Die Gerichte sind bei der Befristungskontrolle aus unionsrechtlichen Gründen verpflichtet, auch bei Vorliegen eines Sachgrundes für die Befristung nachzuprüfen, ob der Arbeitgeber missbräuchlich auf befristete Arbeitsverträge zurückgreift. Dies gilt auch bei einer Drittmittelbefristung.²⁹ Daraus folgt aber nicht, dass viele aufeinander folgende drittmittelfinanzierte Befristungen von langer Gesamtdauer regelmäßig wegen Rechtsmissbrauchs unwirksam wären.³⁰ Dem ist entgegenzuhalten, dass die Befristung nach § 2 II ihren Grund in dem Umstand hat, dass Drittmittel vom Drittmittelgeber nur für eine bestimmte Aufgabe und Zeitdauer bewilligt werden. Wenn die Hochschule oder Forschungseinrichtung diesen Einschränkungen Rechnung trägt und Arbeitsverträge entsprechend befristet, liegt darin kein Missbrauch. Auch wäre Mitarbeitern, die über lange Zeit hinweg befristete Arbeitsverträge erhalten haben, nicht gedient, wenn ihnen ein weiterer Vertrag unter Berufung darauf versagt werden müsste, dass Drittmittel für eine nunmehr nur unbefristet zulässige Beschäftigung nicht mehr zur Verfügung stehen.³¹ Anders liegt es nur dann, wenn die Hochschule oder Forschungseinrichtung Einfluss darauf nimmt, dass Drittmittel nur für einen bestimmten Zeitraum zur Verfügung gestellt werden, damit sie einen Mitarbeiter über einen bestimmten Zeitpunkt hinaus nicht weiterbeschäftigen muss. In einem solchen Fall ergibt sich aus dem bewussten und gewollten Zusammenwirken mit dem Drittmittelgeber zum Zweck der Befristung in der Tat ein Rechtsmissbrauch.³²

24 Zu eng LAG Düsseldorf 27. 7. 2016, 7 Sa 1208/15; ähnlich *Preis/Ulber*, WissZeitVG 2. Aufl. 2017, § 2 Rn 103f.

25 Projekt der Hochschule Esslingen (www.hs-esslingen.de/forschung/projekte/aktuelle-projekte/ zuletzt abgerufen am 12.04.2021).

26 Projekt der Hochschule Aalen (www.hs-aalen.de/de/news/3442 zuletzt abgerufen am 12.04.2021).

27 LAG Köln 9. 9. 2009, 3 Sa 746/09, LAGE § 620 BGB 2002 Hochschulen Nr. 8; *Thüsing/Fütterer/Thieken*, ZfA 2014, 3, 6 ff.; a.M. *Erfk/Müller-Glöge* aaO § 2 WissZeitVG Nr. 9a.

28 BAG 13. 2. 2013, 7 AZR 284/11, EZA § 620 BGB 2002 Hochschulen Nr. 10.

29 BAG 8.6.2016, 7 AZR 259/14, EZA § 620 BGB 2002 Hochschulen Nr. 22.

30 So aber LAG Köln 6.11.2013, 11 Sa 226/ 13, WKRS 2013, 51688; im Grundsatz nicht anders LAG Berl- Bbg 15.3.2013, 6 Sa 2102/ 12, LAGE § 14 TzBfG Nr 77a.

31 Im Erg ebenso BAG 8.6.2016, 7 AZR 259/ 14, EZA § 620 BGB 2002 Hochschulen Nr 22, mit insoweit krit Anm. *Brose* EuZA 2017, 25.

32 Zum Rechtsmissbrauch durch bewusstes und gewolltes Zusammenwirken mit Dritten bei der Vertragsgestaltung BAG 15.5.2013, 7 AZR 525/ 11, EZA § 14 TzBfG Nr 93; allgemein zu Rechtsmissbrauch bei Drittmittelbefristung *Mandler* OdW 2015, 217 ff.

III. Befristung nach dem TzBfG

1. Befristung ohne Sachgrund

Nach seinem § 1 Abs. 2 lässt das WissZeitVG das Recht der Hochschulen unberührt, das wissenschaftliche und künstlerische Personal nach Maßgabe des TzBfG befristet zu beschäftigen. Das gilt auch für die nach § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG bis zur Dauer von zwei Jahren zulässige kalendermäßige Befristung ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes. Von dieser Möglichkeit können auch die Fachhochschulen in Bezug auf ihre wissenschaftlichen Mitarbeiter Gebrauch machen.

Dabei ist freilich zu beachten, dass nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG eine solche sachgrundlose Befristung nicht zulässig ist, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat. Arbeitgeber der wissenschaftlichen Mitarbeiter der Fachhochschulen ist regelmäßig das betreffende Bundesland³³, so dass jede Beschäftigung an anderer Stelle dieses Bundeslandes der sachgrundlosen Beschäftigung entgegensteht. Das BAG hatte zwar früher eine mehr als drei Jahre zurückliegende Beschäftigung als unschädlich angesehen.³⁴ Das ist aber vom BVerfG mit Verweis auf den Willen des Gesetzgebers korrigiert worden. Danach ist die sachgrundlose Befristung trotz Vorbeschäftigung nur zulässig, wenn diese lange zurückliegt oder ganz anders geartet war, die Gefahr der Kettenbefristung in Ausnutzung der strukturellen Unterlegenheit des Beschäftigten nicht besteht und das Verbot nicht erforderlich ist, um das unbefristete Arbeitsverhältnis als Regelbeschäftigungsform zu erhalten.³⁵ An sich lässt das BVerfG so das Tor zur sachgrundlosen Beschäftigung trotz Vorbeschäftigung relativ weit offen. Doch zieht das „gebrannte Kind“ BAG nunmehr sehr enge Grenzen und hält selbst einen Unterbrechungszeitraum von neun Jahren noch nicht für sehr lang.³⁶ Ob sich die Rechtsprechung in der Zukunft wieder ändert, ist offen. Immerhin könnte es im öffentlichen Dienst der Anspruch auf gleichen Zugang zu öffentlichen Ämtern nach Art. 33 Abs. 2 GG verbieten, Bewerber auf eine sachgrundlos befristete Stelle wegen ihrer länger zurückliegenden Vorbeschäftigung abzulehnen.³⁷

2. Sachgrundbefristung

33 Anders in Berlin, dort ist Arbeitgeber und damit Vertragspartner die jeweilige Hochschule (§ 2 Abs. 4 S.1 BerlHG).

34 BAG 6. 4. 2011, 7 AZR 716/09, NZA 2011, 905.

35 BVerfG 6. 6. 2018, 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14, EzA § 14 TzBfG Nr 132 Rn 62.

36 BAG 12. 6. 2019, 7 AZR 429/17, EzA § 14 TzBfG Nr. 138; weitere Nachweise bei *Arnold/Gräfl/Gräfl*, TzBfG 5. Aufl. 2021, § 14 Rn 338.

37 *Löwisch*, Sachgrundlose Befristung trotz Vorbeschäftigung, SAE 2018, 36, 39f.

38 Siehe im Einzelnen *Löwisch/Wertheimer*, Handbuch Hochschul-

Nach § 1 Abs. 2 WissZeitVG bleibt an sich auch das Recht der Hochschulen zur Sachgrundbefristung nach § 14 Abs. 1 TzBfG unberührt. In Betracht kommen insbesondere die Einstellung zur Vertretung (§ 14 Absatz 1 Nr. 3 TzBfG), die befristete Einstellung, um die Zeit der Bewerbung um eine Dauerstelle zu überbrücken (§ 14 Absatz 1 Nr. 6) und die befristete Einstellung für ein länger dauerndes, aber zeitlich begrenztes Projekt (§ 14 Absatz 1 Nr. 1).³⁸ Eine zeitliche Grenze zieht insoweit nur die Sonderregelung Nr. 8 zu § 40 TV-L, nach der im Bereich der Wissenschaft kalendermäßig befristete Arbeitsverträge mit sachlichem Grund nur zulässig sind, wenn die Dauer des einzelnen Vertrages sieben Jahre nicht übersteigt.

Zu beachten ist freilich, dass nach Auffassung des BAG ungeachtet von § 1 Abs. 2 WissZeitVG die besonderen Befristungsmöglichkeiten nach § 2 Absatz 1 WissZeitVG als **Spezialregelungen** § 14 Absatz 1 TzBfG insoweit verdrängen, als die befristete Beschäftigung **ausschließlich** der Qualifizierung des Mitarbeiters dient.³⁹ Dass ein wissenschaftlicher Mitarbeiter aus Haushaltsmitteln vergütet wird, die eigens für befristete Beschäftigungen bestimmt sind, kann also trotz § 14 Abs. 1 Nr. 7 TzBfG die Befristung nicht rechtfertigen, wenn die Beschäftigung des betreffenden Mitarbeiters allein seiner Qualifizierung dient, ihm also nach seinem Vertrag nicht auch noch andere Aufgaben übertragen sind. Als Spezialregelung betrachtet das BAG auch § 2 Abs. 2 WissZeitVG: Wird die befristete Beschäftigung eines wissenschaftlichen Mitarbeiters überwiegend aus Drittmitteln finanziert, ist für die Zulässigkeit der Befristung **allein** § 2 Abs. 2 WissZeitVG maßgebend, sodass die vor Inkrafttreten des WissZeitVG vom BAG angestellten Erwägungen zur sachlichen Rechtfertigung befristeter Beschäftigungen in drittmittelfinanzierten Forschungsprojekten keine Rolle spielen.⁴⁰ Hingegen wird die reine Projektbefristung nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 TzBfG durch § 2 Abs. 2 WissZeitVG nicht verdrängt.⁴¹

IV. Ergebnisse

1. Der Anwendungsbereich des WissZeitVG erstreckt sich auf die Fachhochschulen und damit auf die

recht, 3. Aufl. 2017, Kap. 10 Rn 195ff.

39 BAG 18.5.2016, 7 AzR 533/14, EzA § 620 BGB 2002 Hochschulen Nr. 20.

40 BAG 8. 6. 2016, 7 AZR 259/14, EzA § 620 BGB 2002 Hochschulen Nr. 22; näher *Arnold/Gräfl/Gräfl* aaO (wie Fn 12), § 14 Rn 31 und 297.

41 BAG 8.6.2016, (aaO, wie Fn. 40), Rn. 47.

wissenschaftliche Tätigkeit in den Bereichen angewandte Forschung und Entwicklung.

2. Verfolgen wissenschaftliche Mitarbeiter im Rahmen einer Kooperation ihrer Fachhochschule mit einer Hochschule ein Promotionsvorhaben, rechtfertigt dies die Befristung ihrer Beschäftigungsverhältnisse nach § 2 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG.

3. Unabhängig von einem Promotionsvorhaben ist die Befristung der Beschäftigungsverhältnisse wissenschaftlicher Mitarbeiter an Fachhochschulen auch dann zulässig, wenn ihre Mitwirkung an angewandter Forschung und Entwicklung und der darauf bezogenen Lehre ihrer **Qualifizierung dient**. Insoweit gilt:

– Vorausgesetzt ist zwar kein bestimmtes Qualifizierungsziel, wohl aber die Mitwirkung an der eigentlichen wissenschaftlichen Tätigkeit.

– Der Wissenschaftsbezug in Forschung und der Lehre muss überwiegen. Bloße Hilfstätigkeiten genügen nicht.

– Die Befristungsdauer muss angemessen sein. Soweit der Sechs-Jahres-Zeitraum des § 2 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG unterschritten wird, muss dies plausibel erklärt werden können. Dafür sind Leitlinien zweckmäßig.

– Maßgeblich für die Beurteilung dieser Voraussetzungen sind die Vereinbarungen bei Abschluss des Ar-

beitsvertrags, nicht die spätere Handhabung.

4. Auch bei den Fachhochschulen sind **Drittmittelbefristungen** nach Maßgabe von § 2 Abs. 2 WissZeitVG zulässig. Danach müssen die Mittel für ein abgegrenztes Forschungs- oder Entwicklungsvorhaben zur Verfügung gestellt und im Rahmen dieses Vorhabens jeweils für einen bestimmten Zeitraum bewilligt werden. Dieser Zeitraum muss nicht an die - oft unsichere - Dauer des Forschungs- und Entwicklungsvorhabens geknüpft werden, sondern kann diesen unterschreiten. Eine Grenze zieht insoweit nur das Verbot des Rechtsmissbrauchs.

5. Möglich sind gemäß § 1 Abs. 1 WissZeitVG an sich auch Befristungen nach den allgemeinen Vorschriften des TzBfG. Soweit die befristete Beschäftigung ausschließlich der Qualifizierung des Mitarbeiters dient, verdrängt § 2 Abs. 1 WissZeitVG jedoch die Sachgrundbefristung nach § 14 Abs. 1 TzBfG. Wird die Beschäftigung überwiegend aus Drittmitteln finanziert, ist für die Zulässigkeit der Befristung allein § 2 Abs. 2 WissZeitVG maßgebend. Hinsichtlich der Befristung ohne Sachgrund (§ 14 Abs. 2 TzBfG) ist das von der Rechtsprechung sehr strikt verstandene Vorbeschäftigungshindernis zu beachten.

Manfred Löwisch ist Professor an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und Leiter der Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschularbeitsrecht. Marie Anselment ist dort wissenschaftliche Hilfskraft.

