

Dienst-, Werkverträge und Verträge sui generis in Forschung und Lehre

Thesenpapier

- ◆ Welche Möglichkeiten der Erbringung von Werk- und Dienstleistungen gibt es, um außerhalb der engen Bindungen des Beamten- und Arbeitsrechts Personen im Hochschulbereich zu beschäftigen?
 - Ist das Privatrecht der Königsweg einer flexiblen Leistungsgestaltung in Forschung und Lehre?
 - Sind Hochschulverwaltungen und Forschungseinrichtungen hinreichend mit den Risiken *privatrechtlicher* Formen der Beschäftigung vertraut?
 - Gibt nicht die Handlungsform des öffentlichen Rechts mehr Freiraum?
- ◆ Freie Dienstverträge (= freie Mitarbeiterverträge) und Werkverträge sind auch im Hochschulbereich möglich, soweit ihre Voraussetzungen vorliegen und sie nicht funktionswidrig eingesetzt werden (→ *Umgehung des Arbeitsrechts*).
- ◆ Gegenstand des *Werkvertrages* ist die Herstellung eines Werkes, § 631 Abs. 1 BGB
 - Lässt sich eine Leistung so präzisieren, dass ein *konkreter Erfolg* vertragsgemäß festgeschrieben werden kann?
 - Werkvertrag als zulässige Vertragsform grundsätzlich bei allen geistigen Tätigkeiten (vgl. § 631 Abs. 2 BGB), die auf ein *bestimmtes Projekt* bezogen sind.
 - *Beispiele*: Erstellung eines Gutachtens, im Hochschulbereich u.a. Programmierarbeiten (Software, Webdesign etc.), Korrekturverträge.
 - *Vorteil*: eine angemessene Vergütung lässt sich einfach bemessen; keine Pflicht zur Bereitstellung von Arbeitsmitteln und/oder –räumlichkeiten.
 - *Nachteil*: Auftraggeber hat nur wenig Einfluss auf die Werkerstellung. Die Frage der Abnahmefähigkeit des Werkes könnte aufkommen, ggf. nachfolgend Gewährleistungsfragen.
 - Eine vermehrte Nutzung widerspräche nicht dem geltenden Hochschulrecht, insbes. sind Werkunternehmer *ex definitione* keine hauptberuflichen Mitarbeiter, mithin würde der für hauptberufliches Personal geltende Typenzwang des HRG nicht unterlaufen.
 - Grenzen der werkvertraglichen Ausgestaltung ergeben sich dann, wenn die Tätigkeit eine besondere Bindung, auch hinsichtlich der Nebenpflichten erfordert.
- ◆ Beim *freien Dienstvertrag* stellt sich zunächst die Frage der Abgrenzung zum abhängigen Arbeitsvertrag.
 - Die Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft lässt sich sinnbildlich als der Schlüssel für die Anwendung des Arbeitsrechts bezeichnen.

- Von der Erfüllung der Voraussetzungen des Arbeitnehmerbegriffs hängt die Qualifizierung der geschuldeten Dienstleistung als unselbständige Arbeitsleistung, mithin das Eingreifen des Rechtsregimes des Arbeitsrechts ab.
 - Zweck des Arbeitnehmerbegriffs ist, die Ausschaltung der Schutzfunktion des Individual- und Kollektivarbeitsrechts durch Vertragsgestaltung zu verhindern.
 - Aus der Arbeitnehmereigenschaft folgt die Zuständigkeit der Arbeitsgerichtsbarkeit.
- Es besteht weder eine freie Wahlmöglichkeit noch eine funktionale Äquivalenz zwischen freiem Dienstvertrag und Arbeitsvertrag.
- Die vom Gesetzgeber vermutete Disparität zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer rechtfertigt demnach die Einschränkung der vom Grundsatz der Privatautonomie bestimmten Vertragsgestaltung.
- Damit verbunden ist das Erfordernis einer objektivierten Überprüfung der Vertragsdurchführung in Form einer Vertragsinhaltskontrolle.
- Die persönliche Abhängigkeit und mit ihr die Arbeitnehmereigenschaft ist anzunehmen, wenn statt der freien Tätigkeitsbestimmung eine Weisungsbindung und die Einbindung in eine fremde Arbeitsorganisation vorliegt.
- Als Leitlinien der Vertragskontrolle gelten dabei (in Zweifelsfällen) die von der Rspr. akzentuierten Topoi des Arbeitnehmerbegriffs:
 - Persönliche, fachliche und örtliche Weisungsgebundenheit,
 - Organisatorische Weisungsgebundenheit durch Eingliederung in den Betrieb,
 - Angewiesenheit auf Materialien des Dienstberechtigten,
 - Verteilung des unternehmerischen Risikos.
- ◆ Sollen zur Vermittlung von Wissen Lehrbeauftragte eingesetzt werden, dann kann dies – *je nach Ausgestaltung* – in Form eines freien Dienstverhältnisses oder eines Arbeitsverhältnisses geschehen.
 - Gerade zu den VHS-Dozenten existiert eine Fülle von Rechtsprechung.
 - Auch hier kommt es nach der Rspr. des BAG auf das Maß der persönlichen Abhängigkeit und den Umfang der Eingliederung in den Schulbetrieb an (→ Dichte der Weisungsunterworfenheit).
 - Das BAG hat bei der Prüfung der Arbeitnehmereigenschaft von Lehrpersonal im Ergebnis eine typologische Methode praktiziert. Die typisierende Unterscheidung kann indes nicht überzeugen. Es ist nicht gerechtfertigt, die Klassifizierung des Vertragsverhältnisses von dem Gegenstand des Unterrichts abhängig zu machen (vgl. ErfK-Preis, § 611 BGB Rn. 107, 108).
- ◆ Bei einer Lehrstuhlvertretung wird eine gesamte Funktion für einen bestimmten Zeitraum übertragen. Im Arbeitsrecht wird die Vertretung über ein befristetes Arbeitsverhältnis nach den Maßgaben des TzBfG geregelt.
- ◆ Die Abgrenzung freies Dienstverhältnis ↔ abhängiges Arbeitsverhältnis ist auch im Hochschulbereich relevant.
 - Soweit nebenberufliche Lehrbeauftragte mit einem geringen Stundenkontingent in der früheren Rspr. aufgrund der Eingliederung in den Hochschulbetrieb als AN eingestuft wurden, ist dies regelmäßig zu beanstanden.
 - Der Lehrbeauftragte steht in einer vergleichsweise losen Verbindung zur Hochschule. Eine persönliche Abhängigkeit wird i.d.R. nicht zu bejahen sein.
 - Vielmehr sind Lehrbeauftragte im Gegensatz zum hauptberuflichen Personal nur punktuell und zeitlich begrenzt in den Wissenschaftsbetrieb integriert.

- Dennoch scheint eine Ausgestaltung des Lehrauftrags als Arbeitsverhältnis im Einzelfall durchaus möglich. Wenn die Hochschule diese Form wählt, muss sie sich aber auch an das Arbeitsrecht halten.
- Eine Unterscheidung bzw. eine objektivierte Überprüfung ist aber insbes. deshalb notwendig, um *Missbrauchsfälle* zu korrigieren:
 - Ein tatsächlich bestehende Arbeitsverhältnis kann nicht dadurch abbedungen werden, dass es anders bezeichnet und so die arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften umgangen werden.
 - Auf die Bezeichnung „Lehrauftrag“ kann es nicht ankommen, wenn die Parteien sich bei der tatsächlichen Durchführung der Vereinbarung einverständlich für den Funktionstyp der hauptberuflichen Lehrkraft für besondere Aufgaben entscheiden.
- ◆ Das HRG regelt weder die dienstrechtliche Stellung von Lehrbeauftragten noch die von Vertretungsprofessoren.
- ◆ Auch indiziert die rahmenrechtlich vorgegebene Aufgabenbestimmung (vgl. § 55 HRG für den Lehrbeauftragten) nicht bereits eine Rechtsform.
 - Das Merkmal der *Nebenberuflichkeit* führt nicht zwangsläufig zum Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses; vielmehr ist bei bloß nebenberuflicher Beschäftigung bzw. geringfügiger zeitlicher Inanspruchnahme von einem größeren Gestaltungsspielraum der Vertragsparteien zwischen selbständiger und unselbständiger Tätigkeit auszugehen.
 - Auch die *Ergänzungsfunktion* führt nicht zwangsläufig zum Nichtvorliegen eines Arbeitsverhältnisses – denn allein die Tatsache, dass sich die Lehre auf die Vermittlung von Nebengebieten bzw. Spezialwissen konzentriert, beeinflusst nicht das Kriterium der persönlichen Abhängigkeit.
 - Auch die *hochschulrechtliche Selbständigkeit* ist von nur bedingter Aussagekraft. Sie ist als Ausfluss von Art. 5 Abs. 3 GG grundgesetzlich bedingt; auch geht sie bei Professoren, die in einem Angestelltenverhältnis beschäftigt sein können, sogar noch weiter als bei Lehrbeauftragten.
- ◆ Dennoch scheint die privatrechtliche Abgrenzung ohne Bedeutung zu sein – auch finden sich vergleichsweise wenig Urteile zum Thema.
- ◆ Grund hierfür ist die „Entdeckung“ des öffentlichen Rechtsverhältnisses eigener Art bzw. des Dienstverhältnis sui generis für den Bereich der Hochschule.
 - Bei der Rechtsfigur des so genannten öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses eigener Art handelt es sich um eine außerhalb des Beamtenrechts stehendes personenrechtliches Rechtsverhältnis öffentlich-rechtlicher Natur, dessen verfassungsrechtliche Zulässigkeit nach einer tiefgehenden Kontroverse zwischen BAG und BGH in den 1950er und 1960er Jahren durch das BVerfG bestätigt wurde.
 - Eine dogmatische Begründung für die Übernahme dieser Rechtsfigur für den Bereich der Hochschule (Lehrbeauftragte) ist nicht erkennbar. Vielmehr wirft die dogmengeschichtliche Entwicklung dieser Rechtsfigur im Hochschulbereich Zweifel auf.
 - Jedenfalls bleibt offen, weshalb der im Kern rechtsgeschäftliche Begründungsstatbestand des Lehrauftrags ein „mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt“ sein soll.
 - Festzuhalten ist aber, dass sich an die Grundsatzrechtsprechung zu dieser Frage anknüpfend, die Mehrzahl der Bundesländer festgelegt hat und in ihren Hochschulgesetzen das Lehrauftragsverhältnis als öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis ausgestalten.
 - Hierdurch werden diese Beschäftigungsverhältnisse aus dem Geltungsbereich der arbeitsrechtlichen Bestandsschutzregeln herausgenommen.
- ◆ Infolgedessen werden die Hochschulen als Dienstgeber eindeutig privilegiert.

- ◆ Dies Privilegierung wird verstärkt durch eine Vermutungsregelung zugunsten des öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses, welche das BAG in mehreren Urteilen entwickelt hat.
 - Im Zweifel solle die Behörde, die mit dem Lehrauftrag öffentliche Aufgaben überträgt, in Form des öffentlichen Rechts und durch Verwaltungsakt handeln.
 - Diese Vermutungsregelung ist rechtlich mehr als zweifelhaft.
 - Auch erscheint sie nicht sachgerecht:
 - Sie nimmt den Hochschulen die Risiken der Vertragsgestaltung ab.
 - Die Gewissheit um die ständige Rspr. des BAG zu der Abgrenzung zwischen privatem und öffentlichem Recht lässt die Möglichkeit offen, sich trotz eindeutiger zivilrechtlicher Elemente einer Vertragsanbahnung auf die Konstruktion des mitwirkungsbedürftigen VA zu berufen, um so im „Fahrwasser“ des öffentlichen Rechts zu bleiben.
 - Die Vermutungsregel für das Vorliegen eines Verwaltungsaktes erscheint umso bedenklicher, als die Arbeitsgerichte sich auch nicht dazu in der Lage sehen, eine mögliche Arbeitnehmereigenschaft zu überprüfen.
 - Das BAG argumentiert wie folgt: Die Feststellung des Gestaltungsmissbrauchs könnten die Gerichte für Arbeitssachen allenfalls dann treffen, wenn die Verwaltungsakte, mit denen die Beklagte Lehraufträge erteilt hat, unbeachtlich wären. Es sei jedoch anerkannt, dass die Gerichte aller Gerichtszweige an das Bestehen und den Inhalt von wirksamen Verwaltungsakten gebunden seien, soweit ihnen nicht die Kontrollkompetenz eingeräumt sei (sog. Tatbestandswirkung von Verwaltungsakten). Das gelte auch, wenn der VA rechtswidrig sei. Eine solche Bindung entfalle nur dann, wenn der VA nichtig sei.
 - Das entsprechende, in § 44 (L)VwVfG normierte Erfordernis der Offenkundigkeit hat das BAG in den Streitfällen jeweils verneint, u.a. mit Hinweis darauf, dass über die Auslegung des Begriffs „zur Ergänzung des Lehrangebots“ Streit herrsche und auch umstritten sei, unter welchen Voraussetzungen eine neben- oder hauptberufliche Tätigkeit anzunehmen sei. Auch sei selbst bei Nichtigkeit eines entsprechenden Verwaltungsaktes nicht ohne weiteres ein Arbeitsverhältnis anzunehmen.
 - Damit verweigert das BAG praktisch jede materielle Rechtskontrolle und beschneidet massiv die Rechte der Lehrbeauftragten.
 - So führt die derzeitige Judikatur des BAG, das Vorliegen eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses zu vermuten und allein mit verwaltungsverfahrenrechtlichen Argumenten die Überprüfung der Arbeitnehmereigenschaft abzulehnen, im Einzelfall (nämlich dann, wenn Lehraufträge rechtsmissbräuchlich eingesetzt werden) dazu, Lehrbeauftragte rechtsschutzlos zu stellen.
- ◆ Die Annahme, die Rechtsverhältnisse seien (im Zweifel) öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse ist auch im Fall der Lehrstuhlvertreter bedenklich.
 - Gerade hier wäre eine genaue Differenzierung zwischen freiem Mitarbeiterverhältnis und Arbeitsverhältnis angezeigt.
 - So werden Vertreter einer Professorenstelle im Gegensatz zu Lehrbeauftragten hauptberuflich tätig.
 - Dies und u.U. deren soziale Schutzbedürftigkeit lassen demnach eher ein Arbeitsverhältnis vermuten als dies bei Lehrbeauftragten der Fall ist.
 - Hinzu kommt, dass die Praxis zeigt, dass gerade bei Vertretern eines Lehrstuhls wegen der arbeitsrechtlichen Befristungsregeln – z. Bsp. § 14 Abs. 1 TzBfG – eine genaue Unterscheidung zwischen Arbeitsverhältnis und (öffentlichem bzw. privaten) Dienstverhältnis angezeigt ist.
 - Ein Gestaltungsmissbrauch läge jedenfalls dann vor, wenn die Hochschule kein sachdienliches Berufungsverfahren durchführt und die zu vertretende Stelle dauerhaft mit einem Vertretungsprofessor besetzen will: Die Hochschule würde die in der Rspr. anerkannte Möglichkeit der öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung missbrauchen, um eine Professur auszufüllen, deren Inhaber aber nach geltendem Hochschulrecht entweder verbeamtet werden sollte oder einen unbefristeten Dienstvertrag erhält.

◆ Resümee:

- Insgesamt erscheint der extensive Gebrauch des öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses eher bedenklich. Problematisch ist insbesondere, dass sich die Rspr. den Blick für echte Umgehungssachverhalte versperrt.
- Auch gibt es keinen publizierten Fall, in dem die Verwaltungsgerichte bei einem dauerhaft beschäftigten Lehrbeauftragten oder Lehrstuhlvertreter die Frage der Umgehung des Bestandsschutzes nur anprüfen.
- Es kann hier Fallkonstellationen geben, die auch verfassungsrechtlich im Lichte des Art. 12 GG und der hieraus folgenden Schutzfunktion der Grundrechte nicht mehr zu halten sind.
- Im Ergebnis wird folgendes verkannt: Auch privatrechtlich bzw. arbeitsrechtlich lassen sich flexible Arbeitsgestaltungen begründen, ohne die Betroffenen vollends recht(schutz)los zu stellen.

Prof. Dr. Ulrich Preis

Forschungsinstitut für Deutsches und Europäisches Sozialrecht
Universität zu Köln
Albertus-Magnus-Platz
50923 Köln
Tel.: 0221/470-2300
Fax: 0221/470-4961

<http://www.sozrecht.de>

<http://www.AuS-Portal.de>