

Tobias Mandler

Die Verlängerung von Arbeitsverhältnissen gem. § 2 Abs. 5 WissZeitVG

Die Möglichkeit zur Verlängerung eines nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG befristeten Arbeitsverhältnisses hat in der Praxis zunehmend Bekanntheit unter den Beschäftigten der Hochschulen und Universitätsklinika erlangt. Im Zuge dieser Ausweitung praktischer Anwendungsfälle, sind zahlreiche Probleme zu Tage getreten, deren tatsächliche und rechtliche Lösung bisweilen erhebliche Schwierigkeiten bereitet. Einen Teil dieser Problematik zu erfassen und zu lösen, ist Anliegen dieses Beitrages. Im Folgenden stehen daher zunächst der Mechanismus der Verlängerung (A.), die Berechnung der Verlängerungszeiträume (B.) sowie die Rechtsfolgen bei einer fehlerhaften Weiterbeschäftigung (C.) und die Notwendigkeit zur Beteiligung des Personalrates am Beispiel des LPVG Baden-Württemberg (D.) im Fokus der Betrachtungen, die anschließend durch einen Praxishinweis (E.) abgerundet werden.

A. Der Mechanismus der Verlängerung

§ 2 Abs. 5 WissZeitVG ermächtigt den gem. § 2 Abs. 1 WissZeitVG befristet Beschäftigten (I.) bei relevanten Ausfallzeiten nach Abs. 5 Nrn. 1 - 5 (II.) durch sein Einverständnis (III.) die jeweilige Beschäftigungsdauer entsprechend um jene Ausfallzeiten zu verlängern.¹ Dadurch wird es ihm ermöglicht, seinen Beschäftigungsanspruch und vorhandene Qualifizierungsmöglichkeiten in Gänze ohne Defizite wahrzunehmen.²

Vielfach wird in diesem Zusammenhang von einer sog. „Verlängerungsautomatik“³ gesprochen. Dieser Begriff erscheint jedoch vor dem Hintergrund des gesetzlich niedergelegten Mechanismus zumindest ungenau. Die Notwendigkeit eines Einverständnisses zeigt, dass

sich eine Verlängerung des Arbeitsverhältnisses jedenfalls nicht „automatisch“, dh. ohne jegliche Handlung der Beteiligten, vollzieht. Die beschriebene Automatik ist vielmehr eine ipso iure eintretende Rechtsfolge der Verlängerung, die von der Ausübung eines Gestaltungsrechtes abhängig ist.⁴ Um Missverständnissen auch auf Beschäftigtenseite vorzubeugen, erscheint es daher sinnvoll vom Terminus der „Verlängerungsautomatik“ Abstand zu nehmen. Ansonsten bestünde die Gefahr, dass Beschäftigte oder Dienststellen im Vertrauen auf die „Automatik“ eine Einverständniserklärung weder abgeben noch einholen.⁵ Treffender ist eine Bezeichnung als *Verlängerungsoption*.

I. Befristetes Arbeitsverhältnis nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG

Zunächst bedarf es für die Verlängerung gem. § 2 Abs. 5 WissZeitVG eines wirksam befristeten Arbeitsverhältnisses nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG. Dies stellt der Wortlaut des Abs. 5 klar. Somit können sämtliche Personen, deren Arbeitsverhältnis nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG wirksam befristet wurde, grundsätzlich von der Verlängerungsoption Gebrauch machen.

Ausgeschlossen werden hingegen befristet Beschäftigte nach § 2 Abs. 2 WissZeitVG. Der Grund hierzu liegt auf der Hand. Drittmittelprojekte haben definitionsgemäß eine bestimmte Zeitdauer, innerhalb derer die Finanzierung sichergestellt ist. Würde eine Verlängerung der Arbeitsverhältnisse von Drittmittelbeschäftigten ermöglicht, so entstünden Beschäftigungszeiten, deren finanzielle Kongruenz zum Befristungsgrund aufgetrennt würde.⁶ Eine Vergleichbarkeit zu sonstigen Beschäftig-

1 Zur Notwendigkeit einer Vereinbarung nach dem HRG siehe *Lehmann-Wandschneider*, Das Sonderbefristungsrecht an Hochschulen und Forschungseinrichtungen nach dem WissZeitVG, 2009 S 151.

2 *Preis*, WissZeitVG 2008 § 2 Rn 134.

3 So bereits der Gesetzentwurf BT-Drs 16/3438 S 9; *Preis*, WissZeitVG 2008 § 2 Rn 138; *Lehmann-Wandschneider*, aaO S 153 f; *Ascheid/Preis/Schmidt/Schmidt* Kündigungsrecht 2012, § 2 WissZeitVG Rn 60; *Krause* in *Hailbronner/Geis*, Hochschulrecht in Bund und Ländern, 41. Aktualisierung November 2013, Ordner 2 WissZeitVG § 2 Rn 106. *Löwisch*, Die Ablösung der Befristungsbestimmungen des Hochschulrahmengesetzes durch das Wissenschaftszeitvertragsgesetz NZA 2007 S 483; *Lakies*, Das neue Befristungsrecht an Hochschulen und Forschungseinrichtungen ZTR 2002 S 255.

4 So *Reich*, Hochschulrahmengesetz 2007, WissZeitVG § 2 Rn 15; *Anders Annuß/Thüsing/Lambrich* Teilzeit- und Befristungsgesetz 2006, § 23 Rn 120, der zu Unrecht von einem Kontrahierungszwang ausgeht. Es handelt sich um ein einseitiges Gestaltungsrecht. Die Konstruktion über einen Kontrahierungszwang ist eine aus dem Gesetz nicht zu entnehmende Förmelerei. Siehe hierzu auch *Lehmann-Wandschneider*, aaO S 155 f; Vgl zur alten Rechtslage BAG, Urteil vom 30.3.1994 – 7 AZR 229/93 = BAGE 76, 204 ff.

5 Siehe hier auch *Dörner*, aaO Rn 702, der von einer Weiterbeschäftigung ohne Einverständnis angesichts der möglichen Rechtsfolgen ausdrücklich warnt.

6 *Lehmann-Wandschneider*, aaO S 150.

ten, die über Haushaltsmittel finanziert werden, besteht daher nicht.⁷

Das Tatbestandsmerkmal des befristeten Arbeitsvertrages führt allerdings zu der Frage, inwieweit verlängerungsrelevante Zeiten verfallen können (Unterbrechungszeiten).

Hierzu bedarf es der Auslegung des Gesetzestextes. Dieser formuliert in Abs. 5, dass sich „die jeweilige Dauer eines befristeten *Arbeitsvertrages* nach Absatz 1 ... um Zeiten ... verlängert“. Es wird daher an den *jeweiligen* Arbeitsvertrag angeknüpft. Nur das jeweils bestehende Arbeitsverhältnis kann mittels Einverständnisses eine entsprechende Verlängerung erfahren. Allerdings ist dem Gesetz im Hinblick auf die verlängerungswürdigen Zeiten keine solche sprachliche Konkretisierung abzugewinnen. Gesprochen wird lediglich von „Zeiten“. Wann diese vorliegen müssen, wird nicht erklärt und kann auch nicht ohne Weiteres aus der Bezugnahme auf den jeweiligen Arbeitsvertrag gewonnen werden. Hieraus abgeleitet, mag man zu der Überzeugung gelangen, dass sich zwar nur das bestehende Arbeitsverhältnis verlängert, die Verlängerung tatbestandlich aber auch an Zeiten anknüpfen kann, die juristisch vom bestehenden Arbeitsverhältnis zu trennen wären.

Ein solches Ergebnis ist jedoch vor § 2 Abs. 5 Satz 2 WissZeitVG nicht haltbar. Danach wird „eine Verlängerung nach Satz 1 nicht auf die nach Abs. 1 zulässige Befristungsdauer angerechnet“.⁸ Eine Anrechnung auf die Höchstbefristungsgrenzen kann daher sehr wohl erfolgen, wenn keine Verlängerung in Anspruch genommen wurde. Würde nun auch die Verwendung von verlängerungsrelevanten Zeiträumen außerhalb des bestehenden Arbeitsverhältnisses zugestanden, so ergäbe sich hieraus auch ein rückwirkendes Wiederaufleben bereits verwen-

deter Höchstbefristungsgrenzen. Für dieses „Gesunden“ der – auch europarechtlich relevanten – Höchstbefristungsgrenzen, gibt das Gesetz jedoch keinen genügenden Anhalt.

Daraus lässt sich folgern, dass das Gesetz die Verlängerungszeiten an das jeweilige rechtlich verbundene ununterbrochene Arbeitsverhältnis knüpft.⁹

Dies bestärkt auch die Begründung des Gesetzes zur Änderung arbeitsrechtlicher Vorschriften in der Wissenschaft, wenn sie formuliert, dass Satz 2 „verdeutlicht, dass mit der Regelung des Absatzes 5 sichergestellt werden soll, dass die Qualifizierungsphase insgesamt ausgeschöpft werden *kann*“ und nicht *muss*.¹⁰ Die Anrechnung sowie dessen Verzicht steht damit einseitig im Belieben des Beschäftigten, der so auf die Befristungsmöglichkeiten nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG Einfluss üben kann.

Am Rande sei hier angemerkt, dass mit dem Gesetz über befristete Arbeitsverträge in der Wissenschaft (1. WissZeitVG-ÄndG) hierzu eine Änderung zumindest in Bezug auf die Anrechnungsregelung beabsichtigt war.¹¹ Danach wäre nicht die Verlängerung, sondern die tatsächliche Inanspruchnahme der Verlängerungszeiten für die Bestimmung der Höchstbefristungsgrenzen maßgeblich gewesen. Der Gesetzentwurf konnte sich jedoch letztlich nicht durchsetzen, und wurde in der zweiten Beratung abgelehnt.¹²

Es bleibt daher dabei, dass erhebliche Unterbrechungszeiten im Sinne von § 2 Abs. 5 Satz 1 Nrn. 1–5 WissZeitVG nur insoweit Berücksichtigung finden können, wie sie während eines ununterbrochen¹³ bestehenden befristeten Arbeitsvertrages im Sinne von § 2 Abs. 1 WissZeitVG mittels Einverständnis zur Verlängerung geführt haben. Zeiten, die nicht während eines bestehen-

7 Lehmann-Wandschneider, aaO S 150; Preis, WissZeitVG 2008 § 2 Rn 136.

8 BT-Drs 16/3438 S 15.

9 Siehe auch Lakies, Das neue Befristungsrecht an Hochschulen und Forschungseinrichtungen ZTR 2002 S 256; abweichend Dörner, Der befristete Arbeitsvertrag, 2011 Rn 713, der auch Arbeitsverhältnisse zu Dritten mittelbar in die Verlängerung mit einbeziehen möchte. Hierzu gibt das Gesetz jedoch keinen Anlass, weil sich die Höchstbefristungsgrenzen für das jeweilige Beschäftigungsverhältnis unabhängig vom Arbeitgeber errechnen, vgl. § 2 Abs 3 WissZeitVG.

10 BT-Drs 16/3438 S 16.

11 Vgl BT-Drs 17/12531 S 5: „Die Anrechnungsregel läuft immer dann ins Leere, wenn entsprechende Zeiten nach Absatz 5 Satz 1 zwar im Rahmen eines befristeten Arbeitsvertrages in Anspruch genommen worden sind, aber noch vor Ablauf des Arbeitsvertrages bzw. Zustandekommen einer Vertragsverlängerung etwa aufgrund eines Stellenwechsels aufgelöst wird...Um diese unbeab-

sichtigte Wirkung auszuschließen soll Absatz 5 Satz 2 nicht länger auf die Verlängerung abstellen, sondern allein auf die tatsächliche Inanspruchnahme der privilegierten Tatbestände. Kann dies belegt werden, sollen die Zeiten in jedem Fall hinsichtlich der zulässigen Befristungsgrenzen unschädlich bleiben.“

12 Plenarprotokoll 17/250, 32114 B.; BT-Drs 17/14186.

13 Die Unterbrechung eines Arbeitsvertrages kann mitunter anzunehmen sein, wenn das gesamte Arbeitsverhältnis auf eine neue Ebene gestellt wird und der Altvertrag damit durch eine zumindest juristische Sekunde vom Neuvertrag abgespalten wird. Je nach Konstellation kann dies auch dann der Fall sein, wenn andere Tätigkeiten zugewiesen werden, bspw bei der Neueinstellung eines ehemaligen Assistenzarztes als Facharzt. Freilich ist dies stets im Einzelfall gesondert zu beurteilen.

den Arbeitsverhältnisses mittels Einverständnis zur Verlängerung in Anspruch genommen werden, verfallen daher mit der Beendigung desselben.¹⁴

In diesem Zusammenhang muss sich die Frage aufdrängen, wie zwischen einer Neubefristung und Verlängerung unterschieden werden kann. Ausgehend von dem Erfordernis eines ununterbrochenen „Arbeitsvertrages“, führt die Neubefristung – im Grundsatz – zu einem Verlust verlängerungsrelevanter Zeiträume.¹⁵ Die Verlängerung hingegen unterbricht einen bestehenden Arbeitsvertrag nicht, sondern verschiebt lediglich den vereinbarten Endzeitpunkt. Die Zeiten im Sinne von § 2 Abs. 5 Nr. 1-5 WissZeitVG bleiben daher nur in letzterem Fall erhalten.

Anders als eine sachgrundlose Befristung im TzBfG, knüpft eine Befristung nach dem WissZeitVG nicht an zuvor bestehende oder nichtbestehende Arbeitsverhältnisse an. Deshalb bedarf es in der Regel auch keiner Unterscheidung zwischen einer Verlängerung oder Neubefristung. Beide Möglichkeiten stehen der Dienststelle unabhängig voneinander zur Verfügung.¹⁶ Dies hat dazu geführt, dass der Wille der Beteiligten in den geschlossenen Vereinbarungen zumeist nicht eindeutig hervortritt. Bisweilen werden für Anschlussbefristungen dieselben Vertragsmuster verwendet, wie bei einer Ersteinstellung.

Auch die bestehende Rechtsprechung zur Verlängerungsabgrenzung in § 14 Abs. 2 TzBfG¹⁷ vermag hier keine Abhilfe zu schaffen. Zwar nimmt das TzBfG als *lex generalis* eine auffangende Funktion gegenüber dem WissZeitVG ein, allerdings enthält dieses in § 1 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG schon eigene Regelungen und entspricht auch nicht dem Schutzgedanken, der jene Rechtsprechung zur sachgrundlosen Befristung motivierte. Die Beschäftigten werden durch die gesetzlich fixierten Höchstbefristungszeiten ausreichend geschützt, denn diese unterscheiden nicht zwischen der Art der Befristung. Damit kann es für die Frage, ob eine Verlängerung oder Neubefristung besteht, auch nicht zwingend darauf ankommen, ob außerhalb einer Neubestimmung der Vertragslaufzeit auch sonstige Rechte oder Pflichten verändert werden.

Überzeugend ist vielmehr eine Unterscheidung zwischen Verlängerung und Neubefristung im WissZeitVG anhand der Frage, ob zwischen den einzelnen Vertragswerken ein qualifizierter innerer Zusammenhang besteht. Kann dieser nachgewiesen werden, so erlaubt dies eine einheitliche Betrachtung des Verhältnisses und damit eine Übertragung der verlängerungsrelevanten Zeiten. Hierzu kann auf die Ergebnisse zur Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG zurückgegriffen werden.¹⁸ Maßgeblich ist daher vor allem ein entsprechend enger zeitlicher Zusammenhang zwischen den Verhältnissen. Ein Zeitraum von weniger als einer Woche, dürfte den erforderlichen Zusammenhang – vorbehaltlich vertraglicher Vereinbarungen – bei der Fortführung bisheriger Tätigkeiten noch wahren.

Besonderes muss indes für Ärzte und Ärztinnen an Universitätsklinikum gelten. Diese werden gemeinhin unabhängig vom Arbeitsort beim Land angestellt. Daher könnte mit der Vorstellung sympathisiert werden, dass auch verlängerungsrelevante Zeiten durch einen *landesinternen Klinikums-Wechsel* übertragbar wären. Gleichwohl muss eine solche Anschauung negiert werden. Erforderlich ist ein qualifizierter innerer Zusammenhang, der hier nicht besteht. Neben einer Neueingliederung in die Organisation eines anderen Betriebes, werden auch bestehende Weisungsrechte neu verteilt. Damit wird ein innerer Zusammenhang allein durch die formal identische Arbeitgeberstellung begründet. Als hinreichend qualifiziert kann dieser aber nicht angesehen werden. Eine Übertragung der Verlängerungszeiten ist daher in diesen Fällen nicht möglich.

Beantwortet ist damit auch die Frage, inwieweit Zeiten zu berücksichtigen sind, die während einer Beschäftigung an einer anderen Hochschule – respektive einem anderen Arbeitgeber – angefallen sind. Auch hier hat es der Arbeitnehmer in der Hand die Anrechnung auf die Höchstbefristungsdauer durch die Ausübung seines Gestaltungsrechtes während des Bestandes desjenigen Arbeitsverhältnisses auszuüben, in dem die Unterbrechungszeiten tatsächlich angefallen sind. Verzichtet er auf diese Möglichkeit, indem er das Arbeitsverhältnis

14 Interessant ist hier die Frage, ob eine Anrechnung bei Beschäftigten erfolgen kann, die zwar bei unterschiedlichen Hochschulen tätig waren, aber stets mit dem Bundesland vertraglich verbunden waren. Diese, insbesondere bei Ärzten an Universitätsklinikum, anzutreffende Sonderkonstellation führt dazu, dass bei entsprechender Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses eine Verlängerung auch bei anderen Hochschulen in Anspruch genommen werden kann. Freilich kommt es hier gleichsam auf die Frage an, ob eine bloße Verlängerung oder eine Neueinstellung vorliegt. Dazu sogleich.

15 Siehe auch BT-Drs 17/12531 S 5.

16 Vgl Jacob/Joussen, Wissenschaftszeitvertragsgesetz 2012, § 2 Rn 9; Erfurter Kommentar/Müller-Glöge, 2014, WissZeitVG § 2 Rn 7.

17 ZB BAG, Urteil vom 19.10.2005 - 7 AZR 31/05; Dornbusch/Fischmeier/Löwisch/Schüren Fachanwaltskommentar Arbeitsrecht 2014, § 14 TzBfG Rn 70 ff.

18 Vgl BAG, Urteil vom 27.6.2002 - 2 AZR 270/01; BAG, Urteil vom 19.6.2007 - 2 AZR 94/06; Dornbusch/Fischmeier/Löwisch/Kaiser Fachanwaltskommentar Arbeitsrecht 2014, § 1 KSchG Rn. 9.

ohne Verlängerung enden lässt, so sind die Unterbrechungszeiten insoweit auch für ein neues befristetes Arbeitsverhältnis mit einer anderen Hochschule oder nach einer rechtlich relevanten Unterbrechung mit derselben Hochschule verloren.

II. Verlängerungsrelevante Zeiträume

Bezugspunkt für die jeweilige Quantität der Verlängerung, sind die Zeiten der Unterbrechung (Unterbrechungszeiten). Diese sind in § 2 Abs. 5 Satz 1 Nrn. 1–5 WissZeitVG abschließend aufgelistet.¹⁹

„1. Zeiten einer Beurlaubung oder einer Ermäßigung der Arbeitszeit um mindestens ein Fünftel der regelmäßigen Arbeitszeit, die für die Betreuung oder Pflege eines oder mehrerer Kinder unter 18 Jahren oder pflegebedürftiger sonstiger Angehöriger gewährt worden sind,

2. Zeiten einer Beurlaubung für eine wissenschaftliche oder künstlerische Tätigkeit oder eine außerhalb des Hochschulbereichs oder im Ausland durchgeführte wissenschaftliche, künstlerische oder berufliche Aus-, Fort- oder Weiterbildung,

3. Zeiten einer Inanspruchnahme von Elternzeit nach dem Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz und Zeiten eines Beschäftigungsverbots nach den §§ 3, 4, 6 und 8 des Mutterschutzgesetzes in dem Umfang, in dem eine Erwerbstätigkeit nicht erfolgt ist,

4. Zeiten des Grundwehr- und Zivildienstes und

5. Zeiten einer Freistellung im Umfang von mindestens einem Fünftel der regelmäßigen Arbeitszeit zur Wahrnehmung von Aufgaben in einer Personal- oder Schwerbehindertenvertretung, von Aufgaben eines oder einer Frauen- oder Gleichstellungsbeauftragten oder zur Ausübung eines mit dem Arbeitsverhältnis zu vereinbarenden Mandats.“

Problematisch ist hierbei, neben den Fragestellungen im Zusammenhang mit den einzelnen Tatbestands-

merkmalen,²⁰ vor allem die richtige und präzise Berechnung. Ausgangspunkt dieser, muss stets die Frage danach sein, welche zeitliche Schrittgröße zugrunde zu legen ist. Hier käme dem Grunde nach eine Berechnung anhand von Jahren, Monaten, Wochen, Tagen oder Stunden in Betracht.

Dem Wortlaut der Vorschrift ist zu entnehmen, dass eine Verlängerung jeweils um die entsprechenden Unterbrechungs-“Zeiten“ erfolgt. Damit wird auch die Berechnungsgrundlage bestimmt. Diese bemisst sich ebenfalls anhand der jeweils angefallen Zeiten. Es kann somit keine Vereinfachung der Verlängerungsrechnung dadurch herbeigeführt werden, dass Tage oder gar Wochen auf oder abgerundet werden. Vielmehr ist für jeden Einzelfall eine präzise Berechnung anzustellen, die sich nach den tatsächlich eingetretenen Unterbrechungszeiten bemisst.²¹ Hierzu ist der Beginn sowie das Ende der Unterbrechungszeit exakt zu bestimmen. In der Regel dürfte dazu eine Betrachtung anhand von Tagen²² ausreichend sein.²³

Die so ermittelte Unterbrechungsdauer ist sodann für die jeweils eintretende Verlängerung maßgeblich und der Berechnung zugrunde zu legen. Es kommt hier noch nicht darauf an, inwieweit während der Unterbrechung weiterhin Tätigkeiten ausgeübt wurden.²⁴

Über die Bezugsgröße für die Berechnungsschritte hinaus, entstehen auch im Falle der Kumulation oder der Überschneidung von Unterbrechungszeiten praktische Schwierigkeiten.²⁵ So kann es bspw. sein, dass sich eine Beschäftigte während der Betreuung eines Kindes nach Nr. 1 gleichzeitig innerhalb der nach Nr. 3 relevanten Zeiten des Mutterschutzes befindet. Diese Überlappung darf freilich nicht dazu führen, dass sich auch die Verlängerungszeitspanne entsprechend erhöht. Wenngleich dies dem Wortlaut nicht unmittelbar zu entnehmen ist, so könnte ein solches Verständnis vor dem Telos der Norm nicht bestehen. Dieser ist darauf gerichtet, Zeiten, in denen der Beschäftigte aus sozialen, wissenschaftlichen oder gesellschaftlichen Gründen seine Tätigkeit einschränkt, nicht negativ auf Beschäftigungsanspruch oder Qualifizierungsmöglichkeit anzurechnen, sofern dies dem Willen des Beschäftigten entspricht.²⁶ Nicht zulässig ist daher ein additives Verständnis, bei dem sich

19 Krause in Hailbronner/Geis, aaO, WissZeitVG § 2 Rn 113.

20 Siehe hierzu umfassend Preis, WissZeitVG 2008 § 2 Rn 143 ff; Reich, Hochschulrahmengesetz 2007, WissZeitVG - § 2 Rn 16 ff.

21 Reich, Hochschulrahmengesetz 2007, WissZeitVG - § 2 Rn 18.

22 Es ist hierbei nicht zwischen Werktagen und anderen Tagen zu unterscheiden. Die Verlängerung greift unreflektiert in die im Arbeitsvertrag vereinbarte Beschäftigungszeit ein. Diese orientiert sich ebenfalls nicht an Werktagen, sondern betrachtet den tatsächlichen Zeitablauf.

23 Es ist jedoch auch vorstellbar, dass bspw ein nach Abs 5 relevantes

Beschäftigungsverbot nach dem Mutterschutzgesetz mitten im Arbeitstag zugeht. In diesem Fall wäre eine Berechnung auch anhand der noch zu leistenden Stunden anzustellen.

24 Siehe zur Berechnung im Einzelnen (B.).

25 Hierzu kritisch Dörner, aaO Rn 707.

26 Preis, WissZeitVG 2008 § 2 Rn 134; Lehmann-Wandschneider, aaO S 150; Laux/Schlachter/Schlachter Teilzeit- und Befristungsgesetz Anhang 2 G. Rn 22; Annuß/Thüsing/Kühn Teilzeit- und Befristungsgesetz 2012, § 23 Rn 205; Sill-Gorny, Die Elternzeit und § 57 c Abs 6 Nr 3 HRG ZTR S 112.

überschneidende Unterbrechungszeiten doppelte Berücksichtigung finden. Die Unterbrechung selbst ist bei einer Überlappung für den kongruenten Teil tatsächlich nur einmal eingetreten und auch nur diese ist verlängerungswürdig. Welche der beiden Zeiten zur Anrechnung auf die Höchstbefristungszeiten heranzuziehen ist, liegt im Ermessen der Dienststelle. Jedoch wird es anzuraten sein, diejenigen Zeiten zu wählen, die eine größtmögliche Wahrung der Höchstbefristungsgrenzen bedeuten. Eine Anrechnung erfolgt „jeweils“ für den Befristungstatbestand, vgl. Abs. 5 Satz 2 iVm. Satz 3. Ist daher die Anrechnungsmöglichkeit eines Tatbestandes durch die Begrenzung auf zwei Jahre erschöpft, so kann der andere sich überschneidende Unterbrechungstatbestand der Anrechnung zugrunde gelegt werden.

Grenze der jeweiligen Verlängerung ist damit stets die verfügbare Beschäftigungszeit, die nur einmal vorhanden ist. Eine Addition der Zeiten kann nicht erfolgen. Vielmehr ist bei entsprechender vollständiger Überlappung der längere Unterbrechungszeitraum zumindest für den Zeitraum maßgebend, in dem er den anderen übertrifft.²⁷

Anderes muss freilich für die Zeiten gelten, in denen keine vollständige Überlappung eintritt.²⁸ Also etwa bei während der Beschäftigung in Elternteilzeit eintretendem Mutterschutz nach Nr. 3. Hier wird der verbleibende Arbeitsumfang, der an sich keine Verlängerung ermöglicht, durch den eintretenden Mutterschutz aufgebraucht und muss bei der Berechnung der Verlängerung entsprechend mit einbezogen werden. Es kommt damit nicht allein auf eine zeitliche, sondern vielmehr auf eine materielle Überschneidung an. Dies ist auch bei der Berechnung der Zeiten unbedingt zu berücksichtigen.

III. Das Einverständnis

Auslösendes Moment für den Eintritt der Verlängerung des Arbeitsverhältnisses im Sinne von § 2 Abs. 5 WissZeitVG, ist das Einverständnis des Beschäftigten.²⁹ Dieser Fortschritt gegenüber der auf Kontrahierungszwang beruhenden Vorgängerregelung, birgt in sich zahlreiche rechtliche sowie tatsächliche Schwierigkeiten. Die Einverständniserklärung selbst ist als *Gestaltungsrecht* Willenserklärung und unterliegt daher deren Regelungen und Möglichkeiten im Rahmen des Privatrechts.³⁰ Aus dieser Rechtsnatur lassen sich bisweilen Argumente gewinnen, die es erlauben, die verschiedensten denkbaren Problemlagen zu lösen.

Zunächst kann gesagt werden, dass die Einverständniserklärung keiner Formbindung unterliegt.³¹ Wie bei den Gestaltungsrechten üblich, ist diese insbesondere – mangels einfachgesetzlicher Anordnung – auch nicht von der Einhaltung einer Schriftform abhängig.³² Der Schriftform nach § 14 Abs. 4 TzBfG bedarf sie jedenfalls nicht, da sich die Vertragsverlängerung kraft Gesetzes vollzieht.³³ Auch ein individual- oder tarifvertragliches Schriftformerfordernis beeinträchtigt dieses Ergebnis nicht. Es handelt sich bei § 2 Abs. 5 WissZeitVG insoweit um nicht dispositives Recht, vgl. § 1 Abs. 1 Satz 2, 3, 4 WissZeitVG.³⁴ Die Erklärung kann daher über jedes gängige Kommunikationsmedium abgegeben werden und unterliegt schließlich vor allem dem Zugangserfordernis einer empfangsbedürftigen Willenserklärung.³⁵ Anzuraten ist hierzu unbedingt eine schriftliche Fixierung der Einverständniserklärung zu Dokumentationszwecken.³⁶ Gerade hier mag der Terminus der „Verlängerungsaus-

27 Preis, WissZeitVG 2008 § 2 Rn 181; Reich, Hochschulrahmengesetz 2007, WissZeitVG - § 2 Rn 16; Annuß/Thüsing/Kühn Teilzeit- und Befristungsgesetz 2012, § 23 Rn 211; Erfurter Kommentar/Müller-Glöge, 2014, WissZeitVG § 2 Rn 18.

28 Ebenso Preis, WissZeitVG 2008 § 2 Rn 181.

29 Im Gegensatz zu den Verlängerungsmöglichkeiten aus Promotionszeit oder Kinderbetreuung, bei denen der Beschäftigte keinen Anspruch auf Nutzung dieser Zeiträume hat, ist die Lage durch das Einverständnis umgekehrt, vgl. Dornbusch/Fischmeier/Löwisch/Löwisch, Fachanwaltskommentar Arbeitsrecht 2014, § 2 WissZeitVG Rn 6.

30 So Reich, Hochschulrahmengesetz 2007, WissZeitVG - § 2 Rn 15; Für die Annahme einer rechtsgeschäftsähnlichen Handlung Preis, WissZeitVG 2008 § 2 Rn 139; Krause in Hailbronner/Geis, aaO, WissZeitVG § 2 Rn 107; Ascheid/Preis/Schmidt/Schmidt Kündigungsrecht 2012, § 2 WissZeitVG Rn 61; Lakies, Das neue Befristungsrecht an Hochschulen und Forschungseinrichtungen ZTR 2002 S 255, die allerdings übersehen, dass gerade durch die Möglichkeit der teilweisen Verlängerung deutlich wird, dass die Rechtsfolge durch den Willen des Beschäftigten stets mitgetragen wird. Es sich also um eine Willenserklärung handeln muss. Zur

Abgrenzung siehe Wolf/Neuer, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Auflage 2012, § 28 Rn 8 ff.

31 Erfurter Kommentar/Müller-Glöge, 2014, WissZeitVG § 2 Rn 17; Reich, Hochschulrahmengesetz 2007, WissZeitVG - § 2 Rn 21.

32 § 14 Abs 4 TzBfG gilt insoweit nicht, vgl. Reich, Hochschulrahmengesetz 2007, WissZeitVG - § 2 Rn 21.

33 Preis, WissZeitVG 2008 § 2 Rn 138 f; Lehmann-Wandschneider, aaO S 153 f; Erfurter Kommentar/Müller-Glöge, 2014, WissZeitVG § 2 Rn 17; Dörner, aaO Rn 702; Krause in Hailbronner/Geis, aaO, WissZeitVG § 2 Rn 107.

34 Preis, WissZeitVG 2008 § 1 Rn 40 ff.

35 Die Empfangsbedürftigkeit des Einverständnisses ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der Norm. Der Arbeitsvertrag verlängert sich „im Einverständnis mit“ dem oder der Beschäftigten und nicht „bei“ deren Einverständnis.

36 Hierzu Lehmann-Wandschneider, aaO S 155 f; Preis, WissZeitVG 2008 § 2 Rn 142; Ascheid/Preis/Schmidt/Schmidt Kündigungsrecht 2012, § 2 WissZeitVG Rn 61; Jacob/Joussen, Wissenschaftszeitvertragsgesetz 2012, § 2 Rn 20; mit Beispielen Dörner, aaO Rn 703.

tomatik“ in der Vergangenheit zu Missverständnissen geführt haben.

Aus der Rechtsnatur des Einverständnisses als Gestaltungsrecht lässt sich auch dessen Unwiderruflichkeit folgern.³⁷ Darüberhinaus kann daraus abgeleitet werden, dass eine teilweise Ausübung nur bei bestehender Teilbarkeit des Tatbestandes möglich ist.³⁸ Diese wird allerdings anzunehmen sein, da die Verlängerung jeweils in teilbaren Zeitabschnitten eintreten kann.³⁹ Es wäre auch widersinnig den Beschäftigten auf eine „*Alles-oder-Nichts*“-Lösung zu drängen. Das *Telos* erkennt ihm vielmehr im Rahmen seines Gestaltungsrechtes eine gewisse Herrschaft zu.

In diesem Zusammenhang drängt sich auch die Frage auf, inwieweit eine ohne Einverständnis des Beschäftigten vorgenommene Verlängerung durch Arbeitsaufnahme oder Genehmigung „geheilt“ werden kann.

Einer bloßen Arbeitsaufnahme den konkludenten Erklärungswert einer Willenserklärung abgewinnen zu wollen, kann zwar nicht generell ausgeschlossen werden, wird in der Regel aber fehl gehen.⁴⁰ Insbesondere wird dies der Fall sein, wenn der eigentliche Arbeitsvertrag auch ohne Inanspruchnahme einer Verlängerung bei der Arbeitsaufnahme noch fortbestanden hätte. Hier besteht kein begründeter Anlass zur Annahme eines Rechtsbindungswillens in Bezug auf das verlängernde Einverständnis.

Dagegen könnte einer im Anschluss an das Ende des eigentlichen Beschäftigungsverhältnisses aufgenommenen Tätigkeit, nach Information über den Verlängerungszeitraum, durchaus der für die Annahme einer Willenserklärung erforderliche Wille entnommen werden. Wie bereits der Gesetzeswortlaut anordnet, verlängert sich das Arbeitsverhältnis „*im* Einverständnis“. Es genügt daher, wenn das Einverständnis zumindest eine

juristische Sekunde vor der Arbeitsaufnahme erklärt wird.⁴¹ Dies bemisst sich allerdings jeweils anhand des Einzelfalles und ist einer pauschalen Festlegung kaum zugänglich.⁴²

Sicherer erscheint in diesen Fälle die Annahme einer Genehmigung, die *ex tunc* das Bestehen des für die Verlängerung notwendigen Einverständnisses fingiert, § 184 Abs. 1 BGB.⁴³

Mit der Konstruktion der Verlängerung über das Einverständnis als Gestaltungsrecht wurde dem Beschäftigten die Option zur einseitigen Gestaltung eingeräumt. Er entscheidet selbst über die Dauer seines Beschäftigungsverhältnisses und damit über Fortbestand seiner Haupt- und Nebenpflichten sowie Haftungsrisiken.⁴⁴ Diese Kompetenz schließt grundsätzlich auch die Möglichkeit zur *nachträglichen Genehmigung* ein, da der Beschäftigte in diesem Fall ebenso eigenverantwortlich entscheidet. Dies zeigt sich insbesondere auch daran, dass das Einverständnis tatbestandlich nur zu einer Verlängerung führen kann, wenn bereits verlängerungsrelevante Zeiten bestehen. Ein Rückbezug ist dem Einverständnis damit immanent.

Grundsätzlich ist daher die Möglichkeit zur Genehmigung nicht auszuschließen.

Allerdings muss hiervon der Fall unterschieden werden, in dem der Arbeitgeber das Einverständnis schlicht voraussetzt und unter Nichtanrechnung auf die Höchstbefristungsgrenzen das Beschäftigungsverhältnis entsprechend verlängert.

Die Genehmigung gem. § 184 Abs. 1 BGB setzt die Vornahme eines Rechtsgeschäftes voraus. Bei dem Einverständnis nach § 2 Abs. 5 WissZeitVG handelt es sich jedoch zunächst um einen einseitigen Vorgang beim Beschäftigten, der in entsprechender Anwendung des allgemeinem Rechtsgrundsatzes für einseitige Rechtsgeschäf-

37 Vielfach wird dies aus § 388 S 2 BGB analog gefolgert. Bei näherer Betrachtung der Aufrechnung, stellt sich jedoch deren Atypizität in Bezug auf verschiedene Eigenschaften der Gestaltungsrechte heraus, sodass der Analogieschluss nicht allein auf die Rechtsnatur der Aufrechnung als Gestaltungsrecht gestützt werden sollte, sondern vielmehr in der angestrebten Rechtssicherheit zu suchen ist.

38 Stellvertretend Münchner Kommentar/*Ernst*, BGB 2012, § 323 Rn 201.

39 So auch *Preis*, WissZeitVG 2008 § 2 Rn 179, der allerdings mit der die teilweise Ausübung des Gestaltungsrechtes von einem Verzicht für den an sich verbleibenden Verlängerungszeitraum ausgeht. Diese Schluss ist nicht zwingend. Siehe dazu unter III. aE.

40 Anders anscheinend *Annuß/Thüsing/Kühn* Teilzeit- und Befristungsgesetz 2012, § 23 Rn 205.

41 Auf den Zugang der Annahmeerklärung wird freilich gem § 151 BGB verzichtet werden müssen.

42 Zur Annahme einer Willenserklärung bei befristeten Verträgen siehe LAG Düsseldorf, Urteil vom 30.6.2010 - 12 Sa 415/10; LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 28.3.2007 - 15 Sa 128/07.

43 So ohne Begründung *Ascheid/Preis/Schmidt/Schmidt* Kündigungsrecht 2012, § 2 WissZeitVG Rn 61, der nur erklärt, dass das Einverständnis auch nachträglich durch den Arbeitgeber noch eingeholt werden könne. Ebenso bejahend wohl *Annuß/Thüsing/Kühn* Teilzeit- und Befristungsgesetz 2012, § 23 Rn 205.

44 Anders *Annuß/Thüsing/Kühn* Teilzeit- und Befristungsgesetz 2012, § 23 Rn 205, der auf der Grundlage einer anlogenen Anwendung des § 264 Abs 2 BGB sogar dazu kommt, dass der Arbeitgeber über die Verlängerung entscheiden dürfte. Neben der fehlenden Begründung für eine solche Analogie, widerspricht es der Gestaltungsrechtsnatur des Einverständnisses, durch eine andere Partei ausgeübt zu werden. Dies ist bereits am Wortlaut der Vorschrift abzulesen, die ausdrücklich das Einverständnis „des Mitarbeiters“ verlangt und eben nicht einer dritten Person.

te ohne gesetzliche Anordnung einer Genehmigungsmöglichkeit unwirksam ist.⁴⁵ Ein anders Ergebnis kann in der Regel auch nicht über §§ 180 Satz 2, 3, 177 BGB iVm § 181 BGB erreicht werden,⁴⁶ da es schlicht am genehmigungsfähigen Rechtsgeschäft fehlt.⁴⁷ Der Arbeitgeber gibt grundsätzlich bei der durch ihn intern vorgenommenen Verlängerung keine rechtsverändernde Erklärung in Bezug auf das Einverständnis ab. Hier mangelt es bereits an einer Erklärung, die der Genehmigung fähig wäre. Praktisch relevant ist dieser Umstand insbesondere dann, wenn stillschweigend eine Nichtanrechnung auf die Höchstbefristungsgrenzen vorgenommen wurde, die der Beschäftigte so nicht wollte oder der er sich bei der Fortsetzung seines Arbeitsverhältnisses nicht bewusst war.⁴⁸

Darüber hinaus ist der Tatbestand des Abs. 5 auch nicht als erfüllt anzusehen, wenn der Erklärende nicht mehr Mitarbeiter ist. Tatbestandlich wird die Eigenschaft des Mitarbeiters vorausgesetzt.⁴⁹ Fehlt diese schon im Zeitpunkt der Verlängerungserklärung, weil das Rechtsverhältnis bereits beendet wurde, so ist eine Genehmigung jedenfalls ausgeschlossen.⁵⁰

Es besteht damit nicht schlechthin die Möglichkeit zur Genehmigung. Vielmehr wird einer nachträglichen Erklärung allenfalls durch Auslegung das Einverständnis im Sinne des § 2 Abs. 5 WissZeitVG abzugewinnen sein, wobei das Beschäftigungsverhältnis freilich noch fortbestehen muss⁵¹. Es ist daher in jedem Fall anzuraten keine Weiterbeschäftigung ohne vorheriges Einverständnis des Beschäftigten zu erlauben. Gerade hier mag der Begriff der „Verlängerungsautomatik“ in der Vergangenheit zu Unklarheiten und Schaden geführt haben.

Schlussendlich verbleibt im Zusammenhang mit dem Einverständnis das Problem, wie dieses erklärt werden muss, sobald die Unterbrechungszeit den Befristungszeitraum des Arbeitsverhältnisses überschreitet. In

diesem Fall endet an sich das Arbeitsverhältnis ohne Einverständnis zur Verlängerung am festgelegten Datum. Wird das Einverständnis hingegen erklärt, so kann dies nur für „Zeiten“ gelten, die bereits angefallen sind. Eine Verlängerung des Arbeitsverhältnisses „auf Vorrat“ gibt das WissZeitVG nicht her. Es muss sich daher die Frage stellen, wie mit diesem bisher wenig diskutierten Fall umzugehen ist.

Lehmann-Wandschneider vertritt wie auch *Schlachter* und *Schmidt* die Ansicht, dass der Unterbrechungszeitraum insoweit nicht dazu führen könne, dass der Vertrag ausläuft.⁵² Vielmehr sei im Anschluss an den Unterbrechungszeitraum von einer „Wiederaufnahme des Vertrages“ und nicht von einer Verlängerung im rechtstechnischen Sinne auszugehen.⁵³ Eine Begründung für dieses Ergebnis wird jedoch nicht geliefert.

Richtigerweise wird diese Fallgruppe über das Einverständnis zu lösen sein, sodass im Ergebnis tatsächlich von einer Verlängerung des Vertrages ohne zwischenzeitliches *Nullum* auszugehen ist.

Der Schlüssel hierzu liegt in der Rechtsnatur des Einverständnisses. Dieses ist als Gestaltungsrecht an sich *bedingungsfeindlich*. Die Unwirksamkeitsfolge der Bedingungsfeindlichkeit tritt allerdings in zwei Fällen nicht ein. Sofern das Gestaltungsrecht unter einer Potestativ- oder Rechtsbedingung erklärt wird, entsteht keine zu vermeidende Schwebekonstellation.⁵⁴ Erklärt nun der Beschäftigte, er werde für zwei Jahre in Elternzeit gehen und wünsche eine entsprechende Verlängerung seines Arbeitsvertrages, obschon sein Beschäftigungsverhältnis nach einem Jahr geendet hätte, so ist einer solchen Erklärung durch Auslegung zu entnehmen, dass das Einverständnis unter der *Rechtsbedingung des Eintritts* und des Fortbestandes der Unterbrechung für bestehende und künftige Unterbrechungszeiten erklärt wurde, §§ 133, 157, 242 BGB.⁵⁵ Nur so lassen sich praktisch umsetzbare Er-

45 RGZ 146, 314, 316; BAG, Urteil vom 11. 11. 1976 - 2 AZR 457/75 = NJW 1978, 72, 75 = AP BetrVG 1972 § 103 Nr 8; Bamberger/Roth/Bub, Beck'scher Online-Kommentar BGB § 184 Rn 3.

46 Dazu im anderen Zusammenhang Bamberger/Roth/Bub, Beck'scher Online-Kommentar BGB § 184 Rn 3.

47 So auch Erfurter Kommentar/Müller-Glöge, 2014, WissZeitVG § 2 Rn 17.

48 Die Nichtanrechnung auf die Höchstbefristungsgrenzen muss dem Beschäftigten nicht immer günstig sein. Desto eher diese Grenzen erreicht werden, desto wahrscheinlicher ist, bei entsprechendem Bedarf, eine unbefristete Einstellung.

49 Gleichfalls denkbar ist die Auslegung hin zu einer höchstpersönlichen Erklärung, die einer Vertretung überhaupt nicht zugänglich ist. Für eine solch weitreichende Annahme fehlt es aber am Anhalt im Gesetz.

50 Dieses Argument kann freilich dann nicht mehr in Gänze überzeugen, wenn aufgrund der Weiterverrichtung der Tätigkeit über § 625 BGB bzw § 15 Abs 5 TzBfG tatsächlich, bspw mangels unverzüglichen Widerspruchs seitens des Arbeitgebers, das Ar-

beitsverhältnis als fortgesetzt gilt. In diesem Fall besteht auch die Eigenschaft als Mitarbeiter fort.

51 Vgl Krause in Hailbronner/Geis, aaO, WissZeitVG § 2 Rn 108.

52 *Lehmann-Wandschneider*, aaO S 153 f; Laux/Schlachter/Schlachter Teilzeit- und Befristungsgesetz Anhang 2 G. Rn 25; Ascheid/Preis/Schmidt/Schmidt, Kündigungsrecht 2012, § 2 WissZeitVG Rn 62; vgl auch BT-Drs 10/2283 S 12.

53 *Lehmann-Wandschneider*, aaO S 153 f.

54 Vgl stellvertretend BGH, Urteil vom 21. 3. 1986 - V ZR 23/85; BGH, Urteil vom 22. 10. 2003 - XII ZR 112/02 = NJW 2004, 284 = NZM 2004, 6; *Gernhuber*, Die Erfüllung ihre Surrogate S 310 f; *Niehuf*, Die Eventualaufrechnung, 1920, S 1 ff; Siehe hierzu auch *Schlichting*, Die Aufrechnung nach dem bürgerlichen Gesetzbuche, 1901, S 50 ff.

55 Siehe zur Rechtsbedingung in einem gesellschaftsrechtlichen Beziehungen BGH, Urteil vom 29. 6. 2004 - IX ZR 147/03. Die Auslegung vollzieht sich methodisch gem §§ 133, 157 BGB analog. Die Analogie rechtfertigt sich über die mit der Empfangsbedürftigkeit verbundenen Schutzbedürftigkeit des Empfängers.

gebnisse erzielen. Insbesondere trägt die Bedingung auf den Fortbestand der Unterbrechung den Fällen Rechnung, in denen die ursprünglich geplanten Zeiten später nicht oder nicht vollständig in Anspruch genommen werden.

Dies zeigt insbesondere ein Vergleich zur alternativen Lösung. Diese müsste sich einer teilweisen Einverständniserklärung bedienen, der nach Ansicht von *Preis* und *Krause* gleichzeitig ein Verzicht für die Übrigen Unterbrechungszeiten abzugewinnen sein soll.⁵⁶ Richtigerweise kann ein Verzicht aber nur dann angenommen werden, wenn dieser Wille der Einverständniserklärung tatsächlich in *objektivierter Auslegung* abgewonnen werden kann. In der Regel wird man dies verneinen müssen. Die teilweise Ausübung eines Gestaltungsrechtes hat keineswegs automatisch dessen gesamten Verbrauch zur Folge. Es kann daher auch nach teilweiser Einverständniserklärung noch verlängert werden, sofern dazu die Voraussetzungen weiter vorliegen. Gegenteiliges kann dem Gesetz nicht entnommen werden.

Im Falle der überschießenden Unterbrechungszeiten würde nun ohne die Möglichkeit zur Erklärung des Einverständnisses unter einer Rechtsbedingung im oben beschriebenen Sinne eine wiederholte Geltendmachung bereits entstandener Unterbrechungszeiten notwendig. Dies kann soweit gehen, dass jeden Tag erneut eine Einverständniserklärung abzugeben wäre; etwa dann, wenn die Unterbrechung bspw. einen Tag vor dem Ende des Arbeitsverhältnisses beginnt. Dadurch entstünde ein unzumutbarer und unnötiger Verwaltungsaufwand auf Seiten der Dienststelle und der Beschäftigten.

Auch die Annahme, einer Einverständniserklärung zur Verlängerung für künftige Unterbrechungszeiten, kann nicht überzeugen. Die Regelung künftiger Rechtsbeziehungen setzt deren Bestimmbarkeit voraus.⁵⁷ Diese ist bei den Unterbrechungszeiten in den wenigsten Fällen gegeben, da sich der Verlängerungsanspruch insbesondere auch durch hinzutretende neue Gegebenheiten in Bestand und Höhe rasch verändern kann.

Es muss daher dabei bleiben, dass die Verlängerung unter einer Rechtsbedingung erklärt wird. Dadurch kann auch dem durch *Löwisch* aufgedeckten Widerspruch in der Rechtsprechung des *Landesarbeitsgerichtes*

Hamburg Rechnung getragen werden.⁵⁸ Mit der schrittweisen Verlängerung kann die Elternzeit in vollem Umfang in Anspruch genommen werden, sofern dies dem Willen des Beschäftigten entspricht.⁵⁹ Dies hat nun auch das *Bundesarbeitsgericht*⁶⁰ bestätigt. Die Revision der beklagten Hochschule wurde im beschriebenen Fall zurückgewiesen.

Abschließend sei hier noch nochmals darauf verwiesen, dass die Abgabe der Gestaltungserklärung ihrer Rechtsnatur nach unwiderruflich ist, der Beschäftigte also bei der nachträglichen Änderung seines Verlängerungswillens auf das Einvernehmen der Dienststelle angewiesen ist.

B. Berechnung der Verlängerungszeiträume

Ist der Tatbestand des § 2 Abs. 5 Satz 1 *WissZeitVG* erfüllt, so verlängert sich das Arbeitsverhältnis entsprechend der gem. Satz 1 Nrn. 1 bis 5 zu berücksichtigenden Zeiten der Unterbrechung. Dies birgt im Normalfall kaum Schwierigkeiten, und das Ende des Arbeitsverhältnisses ist mittels einfacher Rechnung schnell ermittelt.

Hierbei ist es angezeigt die Unterbrechungszeit insgesamt, den Unterbrechungsgrund, das Ende des befristeten Arbeitsverhältnisses sowie den Beschäftigungsumfang vor der Unterbrechung zu bestimmen. Sodann ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob während der Unterbrechung auch weiterhin eine Beschäftigung ausgeübt wurde und wenn dies der Fall ist, wann diese in welchem Umfang bei welchem Arbeitgeber erfolgt ist. Schließlich ist in einem dritten Schritt zu ermitteln, inwieweit die Verlängerungshöchstgrenze nach § 2 Abs. 5 Satz 3 *WissZeitVG* greift.

Nach § 2 Abs. 5 Satz 3 *WissZeitVG* soll die Verlängerung⁶¹ „in den Fällen des Satzes 1 Nr. 1, 2 und 5 die Dauer von jeweils⁶² zwei Jahren nicht überschreiten“. Damit wurde ein atypisches Konstrukt geschaffen, denn es mutet eigenartig an, dass die Verlängerung selbst einseitig durch den Beschäftigten herbeigeführt werden kann, ihr jeweiliger Umfang in Bezug auf die Höchstbefristungsgrenzen aber im Einzelfall durch den Arbeitgeber bestimmt wird. Durch die Formulierung „soll“, hat der Gesetzgeber in Anknüpfung an die aus dem Verwaltungs-

56 *Preis*, *WissZeitVG* 2008 § 2 Rn 179; *Krause* in Hailbronner/Geis, aaO, *WissZeitVG* § 2 Rn 110.

57 Stellvertretend Münchener Kommentar zum BGB/*Roth*, 6. Auflage 2012, § 398 Rn 79-88.

58 Dornbusch/Fischmeier/Löwisch/Löwisch Fachanwaltskommentar Arbeitsrecht 2014, § 2 *WissZeitVG* Rn 6; LAG Hamburg, Urteil vom 22.3.2012 - 1 Sa 65/11.

59 Der Wille ist durch Auslegung zu ermitteln. Wird eine Verlängerung über den gesetzlichen Rahmen hinaus begehrt, so ist das Einverständnis nicht nützlich, sondern entsprechend auszulegen.

60 BAG, Verhandlung vom 28.5.2014 - 7 AZR 456/12, Auskunft der Pressestelle. Entscheidungsgründe liegen noch nicht vor.

61 Nicht begrenzt ist daher die Unterbrechungszeit selbst. Diese ist an keine Höchstfristen gebunden, vgl. *Dörner*, aaO Rn 705.

62 Der Wortlaut „jeweils“ führt dazu, dass jede Unterbrechung nach den jeweiligen Unterbrechungstatbeständen aufzuschlüsseln ist. Eine Betrachtung, die allein die zeitlich getrennten Unterbrechungen bestimmt, genügt den gesetzlichen Anforderungen daher nicht, vgl. auch *Reich*, Hochschulrahmengesetz 2007, *WissZeitVG* - § 2 Rn 22.

recht bekannte Figur des *intendierten Ermessens* feste Rechengrenzen verwaschen.⁶³ Dies führt zu Schwierigkeiten, wenn das zugestandene Ermessen nicht oder fehlerhaft ausgeübt wurde und es auch sonst an Befristungsgründen fehlt. Ein unbefristetes Rechtsverhältnis kann entstehen. Es ist daher in Orientierung an § 315 Abs. 1 BGB analog von *willkürlichen Verlängerungsentscheidungen* dringend abzuraten. Nur im begründeten Ausnahmefall, ist das Ermessen eröffnet und somit eine Verlängerung über die ansonsten festgesetzten zwei Jahre möglich.⁶⁴

Diese Ausgangslage vorausgesetzt, soll im Folgenden anhand von sechs Beispielen die Berechnungsproblematik aus rechtlicher und mathematischer Sicht dargetan werden.

Der Fall, dass Elternzeit zur Verlängerung des Arbeitsverhältnisses führt, ist der in der Praxis der relevanteste. Daher orientieren sich die folgenden Beispiele an diesem Verlängerungsgrund, wobei sich diese in Komplexität und Schwierigkeit steigern.

Beispiel 1: Unterbrechungszeit insgesamt: 365 Tage; Unterbrechungsgrund: Elternzeit; Ende des befristeten Arbeitsverhältnisses: 31.12.2014; Umfang der Beschäftigung vor der Unterbrechung: 100 %; Umfang während der Unterbrechung: 0 %.

Nach der Sachlage im ersten Beispiel, verlängert sich das Arbeitsverhältnis bei einer Unterbrechung von 365 Tagen aufgrund von Elternzeit gem. § 2 Abs. 5 Nr. 3 Var. 1 WissZeitVG um 365 Tage. War der Vertrag also bis zum 31.12.2014 befristet, so ergibt sich bei ununterbrochener Elternzeit und gleichzeitiger vollständiger Einstellung der Beschäftigung der 31.12.2015 als neuer Endtermin für das Arbeitsverhältnis. Wichtig ist hierbei, dass der Berechnung die tatsächliche Unterbrechungszeit zugrunde gelegt wird, also nicht pauschal in Jahren

gerechnet werden kann. Ein Unterschied zeigt sich hier insbesondere bei Schaltjahren.

Nicht so leicht zu beantworten sind hingegen Fälle, in denen während der Unterbrechungszeit weiterhin eine Beschäftigung ausgeübt wird. Hier ist zu differenzieren nach dem vorherigen Beschäftigungsumfang sowie nach der Art der Reduzierung.

Dies ist darauf zurückzuführen, dass nach dem Telos der Norm gerade keine Bevorteilung, sondern nur eine Gleichstellung der Beschäftigten mit und ohne Unterbrechungszeiten eintreten soll. Daher sind während der Unterbrechung aufrechterhaltene Beschäftigungen auf die Verlängerungsdauer anzurechnen.⁶⁵ Dies ist exemplarisch in Nr. 3 auch am Wortlaut ablesbar, wo es heißt, dass „in dem Umfang, in dem eine Erwerbstätigkeit nicht erfolgt“ eine Verlängerung eintritt.⁶⁶

Beispiel 2: Unterbrechungszeit insgesamt: 365 Tage; Unterbrechungsgrund: Elternzeit; Ende des befristeten Arbeitsverhältnisses: 31.12.2014; Umfang der Beschäftigung vor der Unterbrechung: 100 %; Umfang während der Unterbrechung: Teilzeit in Elternzeit 50 % (< 30 Wochenstunden⁶⁷).⁶⁸

Im Beispiel zwei ergibt sich im ersten Schritt ein Verlängerungszeitraum von 365 Tagen, was ein Ende des Vertrages am 31.12.2015 zur Folge hätte. Allerdings ist nun – in einem zweiten Schritt – die tatsächlich noch während der Beschäftigung ausgeübte Tätigkeit mit einzurechnen.⁶⁹ Hierbei bietet sich die Berechnung anhand von Prozenten an, da so eine tage- und stundenweise Berechnung gespart wird.

Hieraus ergibt sich (365 Tage x 50 %) eine Verlängerungsgesamtdauer von 182,5 Tagen. Das Arbeitsverhältnis endet damit am 2.7.2015 nach der Hälfte der für den Tag zu leistenden Stunden. Die gewonnenen Werte, sind weder ab noch aufzurunden, denn die Verlängerung

63 Hierzu Ascheid/Preis/Schmidt/Schmidt Kündigungsgesetz 2012, § 2 WissZeitVG Rn 72.

64 Ascheid/Preis/Schmidt/Schmidt Kündigungsgesetz 2012, § 2 WissZeitVG Rn 72.

65 BT-Drs 16/3438 S 15 f; Preis, WissZeitVG 2008 § 2 Rn 178.

66 Aktiv wird diese Anrechnungsregel nur in Nr 3 angesprochen. Bei genauerer Analyse zeigt sich aber, dass alle Unterbrechungstatbestände eine Anrechnungsregel enthalten. Es wird nur dann verlängert, wenn entsprechende Ausfallzeiten bestehen. Zeiten fallen allerdings nicht aus, wenn tatsächlich gearbeitet wurde. Der Wortlaut enthält damit entgegen der Auffassung von Krause in Hailbronner/Geis, aaO, WissZeitVG § 2 Rn 123 einen eindeutigen Hinweis.

67 Zur früheren Regelung siehe Sill-Gornoy, Die Elternzeit und § 57 c Abs 6 Nr 3 HRG ZTR S 111.

68 Die Erwerbstätigkeit muss freilich bei der Dienststelle ausgeübt werden. Eine Beschäftigung außerhalb des WissZeitVG hat hier

keinen Einfluss auf die Verlängerungsdauer, vgl Erfurter Kommentar/Müller-Glöge, 2014, WissZeitVG § 2 Rn 19.

69 Ascheid/Preis/Schmidt/Schmidt Kündigungsgesetz 2012, § 2 WissZeitVG Rn 68; Abweichend Annuß/Thüsing/Kühn Teilzeit- und Befristungsgesetz 2012, § 23 Rn 208; Dörner, aaO Rn 712, die nur die Erwerbstätigkeit mit einrechnen möchte, die der wissenschaftlichen Qualifikation dient. Diese teleologische Reduktion lässt sich jedoch vor dem Hintergrund der des umfassenderen Wortlautes der Nr 3 sowie vor der Gesetzeshistorien (BT Drs 13/8796 S 29) nicht rechtfertigen. Eine teleologische Reduktion ist eng an die Nachweisbarkeit einer gesetzgeberischen „Mehr“-Regelung gebunden, die hier nicht zu erkennen ist. Zudem würde auf dieser Grundlage eine Ungleichbehandlung eintreten, die sich über Art 6 GG nicht mehr rechtfertigen ließe. Daneben sperrt auch Art 12 Abs 1 GG eine solches Verständnis. So im Ergebnis auch BAG, Urteil vom 3.3.1999 - 7 AZR 672/97 = NZA 1999, 664 ff.

vollzieht sich anhand der tatsächlichen Unterbrechungszeiten. Das hierbei auch eine Verlängerung um nur wenige Stunden entsteht, ist eine rechnerische Notwendigkeit.

Schwieriger wird dies allerdings, wenn der Beschäftigungsumfang während der Unterbrechung schwankt, wie das dritte Beispiel verdeutlichen soll.

Beispiel 3: Unterbrechungszeit insgesamt: 365 Tage (98 Tage Mutterschutz (14 Wochen), 267 Tage Elternzeit); Unterbrechungsgrund: Mutterschutz, Elternzeit; Ende des befristeten Arbeitsverhältnisses: 31.12.2014; Umfang der Beschäftigung vor der Unterbrechung: 100 %; Umfang während der Unterbrechung: Mutterschutz 0 %; Teilzeit in Elternzeit 50 % (< 30 Wochenstunden).

Im Beispiel drei ist zwischen den einzelnen Phasen der Unterbrechung zu unterscheiden. Keinesfalls darf entweder der Beschäftigungsumfang auf beide Zeiten übertragen werden oder umgekehrt keine Anrechnung erfolgen. Es ist daher für die Zeit des Mutterschutzes eine Verlängerung von 98 Tagen festzustellen sowie für die Zeit der Teilzeit in Elternzeit ($267 \times 50 \%$) 133,5 Tage. Die Verlängerung ($133,5 + 98$ Tage) muss daher 231,5 Tage und ein Ende des Arbeitsverhältnisses am 20.8.2015 ergeben, wobei die Beschäftigung hier *mangels Rundung* nach der Hälfte der täglichen Arbeitsverpflichtung endet.

Diffiziler wird die Berechnung und auch die rechtliche Behandlung, wenn sich der Beschäftigungsumfang während und nach der Unterbrechungszeit verändert.

Beispiel 4: Unterbrechungszeit insgesamt: 365 Tage; Unterbrechungsgrund: Elternzeit; Ende des befristeten Arbeitsverhältnisses: 31.12.2014; Umfang der Beschäftigung vor der Unterbrechung: 100 %; Umfang während der Unterbrechung: Teilzeit in Elternzeit 50 % (< 30 Wochenstunden); Umfang nach der Unterbrechung: 50 % Teilzeit.

Anhand dieses Beispiels wird schnell sichtbar, worin das Problem liegt. Es stellt sich die Frage, ob bei einer Verminderung des Beschäftigungsumfangs nach der Unterbrechungszeit eine Potenzierung der Verlängerungsdauer um die Verminderung eintreten muss.

Hierzu ist Zweierlei denkbar. Zum einen soll mit der Verlängerung erreicht werden, dass Ausfallzeiten nicht

zur Verminderung der Beschäftigungsdauer führen, also zeitlich real in Anspruch genommen werden können und zum anderen knüpft das Gesetz für die Berechnung der Verlängerungszeiten an den bestehenden Beschäftigungsumfang vor der Unterbrechung an.

Letzterer Gesichtspunkt muss schlussendlich den Ausschlag geben. Indem das Gesetz die Verlängerung vom jeweiligen Beschäftigungsumfang vor der Unterbrechung als Bezugsgröße abhängig erklärt,⁷⁰ ist konsequenterweise auch der mit Hilfe dieser errechnete Verlängerungszeitraum bindend. Eine Anwachsung durch eine später herbeigeführte Reduktion des Beschäftigungsumfangs bei anschließender Verlängerungserklärung, ist damit ausgeschlossen. Beabsichtigt ist eine Erhaltung der Zeiten und nicht des Entgeltes.

Dies bedeutet, dass im Beispiel vier, wie im Beispiel zwei, eine Verlängerung um maximal 182,5 Tage eintreten kann. Das Arbeitsverhältnis verlängert sich also bis zum 2.7.2015 und endet nach der Hälfte der für den Tag zu leistenden Stunden. Die Änderung des Beschäftigungsumfangs nach der Unterbrechung beeinträchtigt dieses Ergebnis daher nicht mehr. Letztlich *verzichtet* der Beschäftigte hier mit der Entscheidung mittels Teilzeitarbeit seinen Beschäftigungsumfang abzusenken, auf Entgelt. Sein Verlängerungsanspruch hätte ihm auch den alten Beschäftigungsumfang erhalten. Ein solcher Vorgang ist aber bei einer Teilzeitbeschäftigung typisch.

Anderes muss allerdings in den Fällen des fünften Beispiels gelten.

*Beispiel 5: Unterbrechungszeit insgesamt: 365 Tage; Unterbrechungsgrund: Elternzeit; Ende des befristeten Arbeitsverhältnisses: 31.12.2014; Umfang der Beschäftigung vor der Unterbrechung: 100 %; Umfang während der Unterbrechung: Teilzeit 50 %.*⁷¹

Anders als die Teilzeit in Elternzeit gem. § 15 Abs. 5 BEEG, die mit der Beendigung der Elternzeit *automatisch* wieder entfällt und den alten Beschäftigungsumfang aufleben lässt,⁷² führt die Teilzeitbeschäftigung gem. § 8 TzBfG zu einer finalen Veränderung,⁷³ die allein zweiseitig wieder behoben werden kann.⁷⁴

Unbefangen betrachtet, ergibt sich die Verlängerungsdauer bei weiter aufrechterhaltender Beschäfti-

70 BT-Drs 16/3438 S 15 f.

71 Zwischen den beiden Verringerungsmöglichkeiten besteht kein gestuftes Verhältnis, diese sind nebeneinander anwendbar. Die Entscheidung obliegt dem Arbeitnehmer, vgl Meinel/Heyn/Herms, TzBfG, 4. Auflage § 23 Rn 7; Erfurter Kommentar/Gallner § 15 BEEG Rn 19; enger Buchner/Becker, Mutterschutzgesetz und Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz, 8. Auflage, BEEG § 15 Rn 58-60.

72 Buchner/Becker, Mutterschutzgesetz und Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz, 8. Auflage, BEEG § 15 Rn 46; Rolfs/Giesen/ Krei-

kebohm/Udsching/Schrader, BeckOK Arbeitsrecht BEEG § 15 Rn 31. Freilich gilt dies vorbehaltlich einer (zulässigen) individualvertraglichen Absprache zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, vgl § 15 Abs. 5 S 4 BEEG. Vgl auch die Gesetzesbegründung BT-Drs 14/3553 S 21.

73 Meinel/Heyn/Herms, TzBfG, 4. Auflage § 8 Rn 47; 55; Arnold/Gräfl/Imping/Lehnen/Rambach/ Spinner/Vossen/Vossen, Teilzeit- und Befristungsgesetz § 8 Rn 55.

74 Vgl § 9 TzBfG.

gung im Sinne von Nr. 3, aus der „Differenz zwischen ursprünglich vereinbarter und reduzierter Arbeitszeit“.⁷⁵ Zwischen Teilzeit und Teilzeit in Elternzeit besteht nun, bezogen auf den Arbeitsumfang, auch materiell kein Unterschied. Daher kann dem Gesetz die Notwendigkeit für eine differenzierende Betrachtung nicht unmittelbar entnommen werden.

Allerdings muss der unterschiedliche materielle Gehalt der Teilzeitmodelle, bezogen auf deren finale Rechtswirkung für das Arbeitsverhältnis, zu einer differenzierten Betrachtung führen.

Die finale Veränderung des Arbeitsumfanges stellt eine Zäsur innerhalb des Arbeitsverhältnisses dar und muss zu einer neuen Bezugsgröße für die Berechnung der Verlängerungsdauer führen. Der einer Berechnung zugrunde zu legende Beschäftigungsumfang innerhalb der Unterbrechungszeit verändert sich durch die finale Vereinbarung einer Teilzeit. Die maximal geschuldete Arbeitsleistung vermindert sich entsprechend. Der Arbeitnehmer genügt seinen Pflichten mit oder ohne Unterbrechung vollständig. Eine Unterbrechung der Erwerbstätigkeit im Sinne des Gesetzes liegt dann bereits begrifflich nicht mehr vor.⁷⁶

Dies zeigt sich besonders deutlich, wenn es zu einer Unterbrechung der Elternzeit kommt, bspw. weil der andere Elternteil die Betreuung des Kindes kurzzeitig übernimmt. Durch die Unterbrechung fällt der Beschäftigungsumfang auf den ursprünglichen Stand zurück. Dies ist bei der Teilzeit in Elternzeit automatisch der vor der Unterbrechung (Hier 100%). War aber Teilzeit vereinbart, so bleibt es trotz der Unterbrechung beim reduzierten Umfang (Hier 50%). Eine erneute Inanspruchnahme der Unterbrechung kann dann nicht mehr zu einer Verlängerung des Arbeitsverhältnisses führen, weil keine Abweichung zwischen der ursprünglichen Arbeitszeit und der innerhalb der Unterbrechung besteht.⁷⁷ Die geschuldete Arbeitsleistung wird daher unabhängig von der Unterbrechung vollständig erfüllt.

Selbiges muss auch dann gelten, wenn keine Unterbrechung eintritt, sondern mittels Teilzeit eine Reduktion des Beschäftigungsumfanges vorgenommen wird. Die jeweilige Reduzierung kann nur dann erfolgen, wenn diese auch im Zusammenhang mit der Unterbrechung steht. Dies ist bei der Teilzeit in Elternzeit stets der Fall und kann bei Teilzeit nach dem TzBfG nur angenommen

werden, wenn die Teilzeit *auflösend bedingt* für die Unterbrechungszeit vereinbart wurde. Nur in diesem Fall fehlt die schädliche Finalität. Letztlich stellt die unbedingte Teilzeit daher einen Verzicht auf die Verlängerungsmöglichkeiten des WissZeitVG dar.

Das Arbeitsverhältnis in Beispiel fünf weist eine Reduktion des Umfangs auf 50 % aus. Damit führt die Unterbrechung bei einer Beibehaltung des Beschäftigungsumfanges von 50 % zu keiner Verlängerung gem. § 2 Abs. 5 WissZeitVG. Der Fall ist so zu behandeln, wie wenn der Beschäftigte während Unterbrechung 100 % seiner Arbeitsleistung erbringt.

Abschließend sei anhand eines sechsten Beispiels das Zusammenspiel der einzelnen Berechnungsnotwendigkeiten verdeutlicht.

Beispiel 6: Unterbrechungszeit insgesamt: 700 Tage; Beschäftigungsumfang vor der Unterbrechung 80%; Verteilung der Unterbrechung:

– 100 Tage Mutterschutz, Beschäftigungsumfang 0%;

– 300 Tage Teilzeit in Elternzeit, Beschäftigungsumfang 30 %;

– 300 Tage Teilzeit in Elternzeit 60 %;

Unterbrechungsgrund: Mutterschutz, Elternzeit; Ende des befristeten Arbeitsverhältnisses: 31.12.2014. Im Anschluss an die Unterbrechung wird das Arbeitsverhältnis in Vollzeit zu 100 % fortgesetzt.

Dieses Beispiel entspricht den in der Praxis regelmäßig anzutreffenden Konstellationen und stellt an die Personaladministration erhöhte Ansprüche, die mit Blick auf die Rechtsfolgen eines Rechenfehlers nicht zu unterschätzen sind.

Zunächst ist erneut die gesamt betroffene Zeit zu ermitteln (700 Tage). Sodann muss, aufgespalten nach den einzelnen Abschnitten, gesondert geprüft und berechnet werden. Dies bedeutet hier, dass sich für die Zeiten des Mutterschutzes bei vollständiger Einstellung der Beschäftigung 100 Tage Verlängerung ergeben. Für die anschließende erste Phase der Elternzeit muss die Verlängerung weiter um $(300 \text{ Tage} \times 50 \%/0,8^{78})$ 187,5 Tage aufgestockt werden. Im Rahmen der zweiten Phase der Teilzeit in Elternzeit sind sodann $(300 \text{ Tage} \times 20 \%/0,8)$ 75 Tage zu addieren.

75 BT-Drs 16/3438 S 15.

76 Freilich möglich ist auch in diesem Fall die Annahme eines anderen Verlängerungstatbestandes, bspw der Nr 1.

77 Siehe hierzu noch BAG, Urteil vom 3.3.1999 - 7 AZR 672/97 = NZA 1999, 1049 f.

78 Es darf hier auf keinen Fall der Beschäftigungsumfang eingesetzt werden, der tatsächlich geleistet wurde. Es ist die Differenz zur

Beschäftigung vor Beginn der Unterbrechungszeit einzusetzen und mit dieser zu multiplizieren. Nur so erhält man die Zeiten, in denen nicht gearbeitet wurde, also die für die Verlängerung erheblichen Zeiten. Bsp: 100% vor der Unterbrechung und 20 % während dieser, ergeben einen Faktor von 80 %; 80 % vor der Unterbrechung und 30% während dieser, ergeben einen Faktor von 50 % usw. geteilt durch den Vorbeschäftigungsumfang.

Dadurch ergibt sich für das sechste Beispiel eine Verlängerungsdauer von (100 Tage Mutterschutz + 187,5 Tage EZ₁ + 75 Tage EZ₂) 362(,5) Tagen. Das Arbeitsverhältnis verlängert sich daher auf den 28.12.2015.

Allerdings hat sich der Beschäftigungsumfang nach der Unterbrechungszeit auf 100 % erhöht und übertrifft damit den Umfang, der vor Beginn der Unterbrechungszeit die maßgebliche Berechnungsgrundlage für die Verlängerungsdauer bildete. Daher erhalten die Beschäftigten so mehr *vergütete* „Zeiten“, als tatsächlich ausgefallen sind. Das Telos der Norm ist dem Grunde nach darauf bedacht, gerade nur die Zeiten einer erheblichen tatsächlichen Unterbrechung anzuerkennen. Daher müsste bei strenger Anwendung in den Fällen, in denen eine Erhöhung des Beschäftigungsumfanges im Anschluss an die Unterbrechung erfolgt, umgerechnet werden und die Verlängerungsdauer um fiktive Zeiten bereinigt werden.

Neben den praktisch kaum zu bewältigenden Schwierigkeiten, muss diese Vorgehensweise aber auch rechtlich scheitern. Die Möglichkeit zur Vertragsverlängerung soll sicherstellen, dass die „Qualifizierungsphase insgesamt ausgeschöpft werden kann“,⁷⁹ weshalb auch keine Anrechnung der „Zeiten“ erfolgen darf, vgl. Abs. 5 Satz 2. Klargestellt ist damit aber auch, dass es auf die Zeiten der Unterbrechung und nicht auf diejenigen Zeiträume ankommen kann, in denen tatsächlich Arbeit verrichtet wurde. Auch die Höchstbefristungsdauer wird unabhängig vom jeweiligen Beschäftigungsumfang abgebaut. Daher gewinnt der Arbeitnehmer letztlich entgeltwerte Beschäftigungszeit, wenn er eine Erhöhung des Beschäftigungsumfanges gegenüber dem Umfang vor Beginn der Unterbrechungszeit erreichen kann. Der Arbeitgeber muss sich dieser Möglichkeit bewusst werden und ggf. vor der Vereinbarung einer Erhöhung des Beschäftigungsumfanges auf einer Inanspruchnahme und dem Abbau der Verlängerungszeiten beharren. Dadurch werden zusätzliche finanzielle Belastungen vermieden.

Für die Lösung des Beispielfalles hat die Erhöhung der Arbeitsverpflichtung im Anschluss an die Unterbrechung *keine Auswirkungen*. Endtermin bleibt der 6.11.2015.

Für die Berechnung der Verlängerungszeiträume kann daher resümierend folgende Formel für die Fälle aufgestellt werden, in denen eine Erwerbstätigkeit während der Beschäftigung fortbesteht:

Verlängerungsdauer = Unterbrechungszeitraum (Tage) x (Beschäftigungsumfang in % vor der Unterbrechung – Beschäftigungsumfang in % während der Unterbrechung)

Hat sich der Beschäftigungsumfang während der Unterbrechung dann nochmals verändert, sind die entsprechenden Zeiträume getrennt zu berechnen.

C. Rechtsfolgen

Sind alle Voraussetzungen des § 2 Abs. 5 Satz 1 WissZeitVG erfüllt, so verlängert sich die Beschäftigungsdauer um die entsprechen für erheblich erklärten Zeiten durch das Einverständnis des Mitarbeiters. Offen geblieben ist hierbei noch, welche Konsequenz eine fehlerhafte Berechnung der Verlängerungsdauer bedingt sowie die Frage nach der Anrechnung auf die Höchstbefristungsdauer gem. § 2 WissZeitVG.

I. Fehlerhafte Berechnung

Wird der Verlängerungszeitraum fehlerhaft bestimmt, so knüpft sich hieran grundsätzlich noch keine für die Dienststelle nachteilige Rechtsfolge. Die Verlängerung vollzieht sich kraft Gesetzes stets nur um die rechtlich und tatsächlich korrekten Zeiten, weshalb auch das Arbeitsverhältnis in zutreffendem Umfang verlängert wird.

Allerdings kann ein solcher Rechenfehler mittelbar dazu führen, dass aus dem ursprünglich befristeten Arbeitsverhältnis ein unbefristetes entsteht. Dies kann immer dann eintreten, wenn die tatsächliche Beschäftigungsdauer die korrekte gesetzliche Verlängerungsdauer übersteigt.

Die Rechtsfolge generiert sich hier über § 15 Abs. 5 TzBfG⁸⁰ und setzt voraus, dass „das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Zeit, für die es eingegangen ist, oder nach Zweckerreichung mit Wissen des Arbeitgebers fortgesetzt“ wird, sofern „der Arbeitgeber nicht unverzüglich widerspricht oder dem Arbeitnehmer die Zweckerreichung nicht unverzüglich mitteilt“.⁸¹

Von Bedeutung ist daher vor allem das Wissen des Arbeitgebers von der Fortsetzungshandlung. Hierbei wird das Wissen jedoch nicht gleichgesetzt mit dem Bewusstsein, dass das Arbeitsverhältnis bereits rechtlich beendet ist.⁸² Maßgeblich ist allein die Kenntnis des Ar-

79 BT-Drs 16/3438 S 16.

80 Siehe auch § 625 BGB als allgemeinere Regelung, der im Gegensatz zu § 15 Abs 5 TzBfG abdingbar ist, vgl § 22 TzBfG, Laux/Schlachter/Schlachter, Teilzeit- und Befristungsgesetz § 15 Rn 24.

81 Zu den Voraussetzungen im Einzelnen siehe zB Laux/Schlachter/Schlachter, Teilzeit- und Befristungsgesetz § 15 Rn 27 ff.

82 HM LAG Köln, Vorlagebeschluss vom 13. 10.2003 – 2 TaBV 1/03; Laux/Schlachter/Schlachter, Teilzeit- und Befristungsgesetz § 15 Rn 28; Kramer, Die arbeitsvertragliche Abdingbarkeit des § 625 BGB, NZA 1993, 1115 ff.

beitgebers, sowie ihm entsprechend zurechenbarer Vertretungsberechtigter Personen,⁸³ von der Fortsetzung der Tätigkeit durch den (ehemaligen) Mitarbeiter. Eine Zurechnung kann auch bei allein vorhandener Anscheins- oder Duldungsvollmacht vorliegen.⁸⁴

Kann die Ausübung der Tätigkeit, nach formaler Beendigung des Arbeitsverhältnisses, daher nicht als Einverständnis im Sinne von § 2 Abs. 5 WissZeitVG, bei gleichzeitig gegebener (weiterer) Verlängerungsmöglichkeit, verstanden werden, so entsteht in den Grenzen des § 15 Abs. 5 TzBfG eine unbefristet verlängerte Rechtsbeziehung, wenn die tatsächliche Beschäftigung die richtige Verlängerungsdauer übersteigt.⁸⁵

Diese Rechtsfolge kann freilich nicht eintreten, wenn die Verlängerungsdauer zu Unrecht zu kurz berechnet wurde und eine Beschäftigung sodann nicht erfolgt ist. Hier sind allein schadensersatzrechtliche Ansprüche bei entsprechendem Vertretenmüssen sowie nachweisbarer Kausalität denkbar.

Problematisch sind in diesem Zusammenhang die sog. „Nachholerverträge“, die in der Vergangenheit zur Handhabung der Verlängerungsproblematik eingesetzt wurden. In diesen Vereinbarungen wurden die Zeiten der Verlängerung schriftlich niedergelegt und sowohl vom Arbeitnehmer, als auch vom Arbeitgeber gegengezeichnet.⁸⁶ Neben potentiellen Rechenfehlern, kann diesen Vereinbarungen mitunter ein beidseitiger Rechtsbindungswillen entnommen werden, der für die einseitig gestaltbare Verlängerung an sich nicht notwendig ist. Hierdurch entsteht dann ein Konflikt, wenn die tatsächliche Verlängerungsdauer kürzer ausfällt, als in der Vereinbarung bestimmt wurde. Durch derartige Vereinbarungen kann bei unklarer Formulierung neben den gesetzlichen Verlängerungsanspruch ein individualvertraglicher treten, der hier unnötig neue potentielle Anspruchs- und insbesondere auch Haftungsgrundlagen schafft.

Der gesetzliche Vollzug der Verlängerung selbst, macht solche Vereinbarungen überflüssig und verur-

sacht auf Seiten der Beschäftigten mitunter Missverständnisse. Diese dürften ohne eine entsprechende Öffnungsklausel in der Vereinbarung wenig Einsicht zeigen, wenn die ihnen zugesicherte Beschäftigungszeit tatsächlich nicht mehr besteht. Sollten derartige Vereinbarungen trotzdem weiterhin geschlossen werden, ist darauf zu achten, dass hinreichend deutlich auf alle Eventualitäten hingewiesen wird.

II. Nichtanrechnung auf die Höchstbefristungsdauer

Gem. § 2 Abs. 5 Satz 2 WissZeitVG wird „eine Verlängerung nach Satz 1 nicht auf die nach Absatz 1 zulässige Befristungsdauer angerechnet“. Dies führt dazu, dass die Qualifizierungsphase insgesamt ausgeschöpft werden kann.⁸⁷ Zeiten der Unterbrechung führen damit – vorbehaltlich einer tatsächlich eingetretenen Verlängerung⁸⁸ – nicht dazu, dass die Höchstbefristungsdauer gem. § 2 Abs. 1 WissZeitVG vermindert wird.

Zu Recht weist Preis hier darauf hin, dass bei einer fortbestehenden Erwerbstätigkeit bspw. im Rahmen der Teilzeit in Elternzeit, eine Anrechnung dieser Zeiten auf die Höchstbefristungsdauer gem. § 2 Abs. 3 WissZeitVG erfolgen kann, sofern diese mehr als ein Viertel der regelmäßigen Arbeitszeit in diesem Sinne beträgt.⁸⁹ Allerdings soll der Beschäftigte, wenn er die Anrechnung seiner Beschäftigungszeiten nach Abs. 3 vermeiden möchte, dies nur erreichen können, sofern er seinen ursprünglichen Vertrag durch einen neuen ersetzt und damit gleichzeitig auf eventuell bestehende Verlängerungszeiten nach Abs. 5 WissZeitVG verzichtet.⁹⁰

Dieser Weg muss jedoch nicht gewählt werden. Vielmehr genügt eine alleinige Verringerung des Beschäftigungsumfanges auf ein Viertel oder weniger. Denkbar ist daher die Erhöhung des Beschäftigungsumfanges im Vorfeld, um diesen sodann während der Unterbrechungszeiten auf ein Viertel oder weniger abzusenken und so die Anrechnung zu vermeiden. Dies ist freilich von der Bereitschaft beider Parteien abhängig.

83 Siehe hierzu Laux/Schlachter/Schlachter, Teilzeit- und Befristungsgesetz § 15 Rn 29.

84 Laux/Schlachter/Schlachter, Teilzeit- und Befristungsgesetz § 15 Rn 29.

85 Preis, WissZeitVG 2008 § 2 Rn 142.

86 Erforderlich ist auch eine Bezugnahme auf das WissZeitVG in diesen Verträgen, vgl Reich, Hochschulrahmengesetz 2007, WissZeitVG - § 2 Rn 12.

87 BT-Drs 16/3438 S 16; Eine Verkürzung der zweiten Phase nach dem WissZeitVG, ist damit gleichsam ausgeschlossen, vgl Hartmer/Detmer/Löwisch/Wertheimer, Hochschulrecht 2004 S 302, 339 Rn 179; Reich, Hochschulrahmengesetz 2007, WissZeitVG - § 2 Rn 21.

88 Dies ergibt sich bereits daraus, dass Satz 2 an eine „Verlängerung nach Satz 1“ anknüpft und diese tatbestandlich das Einverständnis voraussetzt. Nicht möglich ist daher aber auch eine Teilung des Einverständnisses dahingehend, dass zwar die Verlängerung begehrt wird, eine Anrechnung der Zeiten aber fortgeschrieben werden soll. Insoweit hat der Beschäftigte keine Befugnis. Die Anrechnungsfolge bestimmt sich allein nach dem Gesetz.

89 Preis, WissZeitVG 2008 § 2 Rn 159, wobei die jeweilig für das Arbeitsverhältnis bestimmte ursprüngliche Vertragsabrede für die „regelmäßige Arbeitszeit“ maßgeblich sein soll.

90 Preis, WissZeitVG 2008 § 2 Rn 159.

D. Notwendigkeit der Personalratsbeteiligung nach dem LPVG Baden-Württemberg

Mit der Novellierung des Landespersonalvertretungsgesetzes Baden-Württemberg sind zahlreiche Neuerungen geschaffen worden, die neben der nun bestehenden Möglichkeit zur Errichtung von *Wirtschaftsausschüssen*⁹¹ oder schwierigen Rechtsfragen in Bezug auf die *Mitbestimmung bei akademischen Mitarbeitern*⁹² auch eine deutliche Ausweitung der Mitbestimmungstatbestände mit sich brachte.⁹³ Dies wirft die Frage auf, inwieweit der Vorgang der Verlängerung dem Personalvertretungsrecht unterworfen ist.

Die Verlängerung von Arbeitsverhältnissen bzw. die Weiterbeschäftigung unterliegt an sich der Mitbestimmung des Personalrates gem. § 69 Abs. 1, 71 Abs. 1 Nr. 2 LPVG. Die *Verlängerung gilt als Neueinstellung*.⁹⁴ Nun vollzieht sich die Verlängerung im Rahmen des § 2 Abs. 5 WissZeitVG nicht kraft privatautonomer Vereinbarung, sondern kraft Gesetzes bedingt auf die Einverständniserklärung. Dies muss dazu führen, dass im Ergebnis eine Mitbestimmung des Personalrates etwa nach § 71 Abs. 1 Nr. 2 oder Nr. 10 LPVG zu verneinen ist.

Es bestehen jedoch zunächst systematische Zweifel an der Korrektheit dieser Auffassung. Die eingeschränkte Mitbestimmung sieht unter anderem etwa in § 71 Abs. 3 LPVG vor, dass eine Mitbestimmung nicht besteht, „soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht“.⁹⁵ Diese Einschränkung findet sich hingegen für die in Frage kommenden Mitbestimmungstatbestände nicht, sodass angenommen werden könnte, dass auch für die kraft Gesetzes eintretende Verlängerung gem. § 2 Abs. 5 WissZeitVG Mitbestimmungspflicht besteht.

Dieser Schluss ginge indessen fehl, da das Gestaltungsrecht dem Beschäftigten erlaubt, einseitig zu gestalten. Diese Unabhängigkeit von einer Mitwirkung der Dienststelle ist es, die die Mitbestimmung ausschließen muss. Die Dienststelle hat keine Möglichkeit die Verlän-

gerung gegen den Willen des Beschäftigten zu verhindern. Es mangelt daher schon an einer notwendigen „Maßnahme“ der Dienststelle im Sinne von § 69 Abs. 1 LPVG, die eine jede Mitbestimmung bedingt.⁹⁶

Anderes kann nur dann gelten, wenn sog. Nachholerverträge vereinbart wurden, die zu einer rechtlichen (wesentlichen) Veränderung der Rechtslage führen, § 71 Abs. 1 Nr. 2, 10 LPVG. Allerdings ist auch hier keine pauschale Aussage zu treffen. Es bedarf einer Prüfung im Einzelfall, die vor allem von der Regelungsreichweite dieser Vereinbarungen abhängig ist.

Bestand danach Mitbestimmungspflicht, ist die Vereinbarung ohne Zustimmung des Personalrates unwirksam und ungültig.⁹⁷ Dies ändert jedoch nichts daran, dass ein Einverständnis des Beschäftigten gleichwohl fortbesteht, d.h. die Verlängerung dann allein kraft Gesetzes vollzogen wird.⁹⁸

E. Praxishinweis

Angesichts der weitreichenden Folgen und zahlreichen Sonderkonstellationen im Zusammenhang mit der Verlängerungsmöglichkeit nach § 2 Abs. 5 WissZeitVG, ist den Personaladministrationen zu empfehlen, von den sog. Nachholerverträgen Abstand zu nehmen.⁹⁹ Vielmehr wird angeraten, den Beschäftigten lediglich ein Informationsschreiben zukommen zu lassen, indem der für sie errechnete Beschäftigungsendtermin ohne Manifestation eines Rechtsbindungswillens erklärt wird. Daneben ist das Einverständnis des Beschäftigten zu Dokumentationszwecken schriftlich zu fixieren und entsprechend aufzubewahren.¹⁰⁰ Dieser Weg scheint, in Abwägung mit den Risiken evtl. anderer Lösungen, am ehesten gangbar und erlaubt eine flexible und rechtswirksame Handhabung.

Das Informationsschreiben könnte exemplarisch wie folgt formuliert werden:

91 Siehe hierzu *Löwisch/Mandler*, Wirtschaftsausschüsse bei Hochschulen und Universitätsklinik?, OdW 2014 S 75 ff.

92 Das Problem entzündet sich hier anhand der Neufassung des § 94 Abs 1 und 2 LPVG sowie bei § 72 Abs 2 LPVG vor allem bei den Universitätsklinik, vgl LT-Drs 15 / 4326.

93 Vgl LT-Drs 4224.

94 BVerwG, Beschluss vom 13.2.1979 – 6 P 48/78 = BVerwGE 57, 280;

95 Selbige Einschränkung findet sich auch in § 70 Abs 2 LPVG.

96 „(1) Soweit eine Maßnahme der Mitbestimmung des Personalrats unterliegt, kann sie nur mit seiner Zustimmung getroffen werden. Eine Maßnahme im Sinne von Satz 1 liegt bereits dann vor, wenn durch eine Handlung eine mitbestimmungspflichtige Maßnahme vorweggenommen oder festgelegt wird.“

97 Maßnahmen die der Mitbestimmung unterliegen können nur mit der Zustimmung des Personalrates getroffen werden, vgl § 69 Abs 1 Satz 1 LPVG.

98 Hier mag in Rechtsstreitigkeiten um die Nachholerverträge eine Chance für die Dienststellen liegen. Verweisen diese darauf, dass die Mitbestimmung nicht eingeholt wurde und somit die Vereinbarung unwirksam ist, ließen sich evtl unliebsame Rechtsfolgen der Vereinbarungen (siehe oben) vermeiden. Freilich ist hierbei die Grenze des Rechtsmissbrauchs zu beachten.

99 So auch *Krause* in Hailbronner/Geis, aaO, WissZeitVG § 2 Rn 106.

100 *Ascheid/Preis/Schmidt/Schmidt* Kündigungsrecht 2012, § 2 WissZeitVG Rn 61.

„Sehr geehrte Frau/Herr ...,

Ihr Arbeitsverhältnis, begründet durch den Arbeitsvertrag vom, unterliegt dem Anwendungsbereich des Wissenschaftszeitvertragsgesetzes (WissZeitVG). Gem. § 2 Abs. 5 WissZeitVG verlängert sich die jeweilige Dauer eines nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG befristeten Arbeitsverhältnisses beim Vorliegen einer der in § 2 Abs. 5 Nrn. 1-5 WissZeitVG genannten Gründe kraft Gesetzes automatisch mit Ihrem Einverständnis, ohne dass es einer vertraglichen Regelung zwischen den Arbeitsvertragsparteien bedarf. Die Verlängerung der arbeitsvertraglich vereinbarten Beschäftigungszeit bestimmt sich deshalb nach den in § 2 Abs. 5 Nrn. 1-5 WissZeitVG abschließend genannten Gründen.

Ein solcher Verlängerungsgrund im Sinne von § 2 Abs. 5 WissZeitVG besteht für das bezeichnete Arbeitsverhältnis oder wird voraussichtlich eintreten. Das Arbeitsverhältnis verlängert sich daher – vorbehaltlich ihres Einverständnisses – kraft Gesetzes bis zum

Ergibt sich aus der Gesetzesanwendung ein anderer Endzeitpunkt, so ist dieser allein maßgeblich. Dies ist insbesondere der Fall, wenn die Gründe nach § 2 Abs. 5 Nrn. 1-5 WissZeitVG nicht, nicht vollständig oder mit Unterbrechungen eintreten.

In diesem Fall steht Ihnen die Personaladministration selbstverständlich jederzeit zur Neubestimmung der Beschäftigungszeit oder für sonstige diesbezügliche Fragen zur Verfügung“.

F. Fazit

Wie sich gezeigt hat, bietet die Verlängerungsmöglichkeit des § 2 Abs. 5 WissZeitVG den Beschäftigten weitläufige Gestaltungsfreiheit, die ihnen die Nutzung ihrer durch das WissZeitVG zugestandenen

Qualifikationsphase auch im Falle bestimmter Unterbrechungen erlaubt. Dieser zu begrüßende Aspekt, wird jedoch nur auf Kosten zahlreicher rechtlicher und tatsächlicher Anstrengungen erreicht, die angesichts der mitunter weitreichenden Rechtsfolgen, allerdings eine lohnenswerte Investition bedeuten. Es wird daher mit der Ausweitung der Nutzung der Verlängerungsoption auch eine Erweiterung des Personalaufwandes einhergehen, der ohne Schulungsmaßnahmen kaum zu bewältigen sein wird.

Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter der Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschul-arbeitsrecht sowie des Instituts für Wirtschaftsrecht, Arbeits- und Sozialrecht der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

