

Tobias Mandler und Laura Wegmann

Wie viele Tage hat das Jahr? Berechnung der Höchstbefristungsgrenzen gem. § 2 WissZeitVG – Anmerkungen zu BAG, Urteil vom 20. Mai 2020 – 7 AZR 72/19 und LAG Hamm, Urteil vom 28. November 2019 – 11 Sa 381/19

Die Berechnung der Höchstbefristungsgrenze ist bereits in ihrem Ausgangspunkt vom Verständnis des „Höchstbefristungsjahres“ abhängig. Das Landesarbeitsgericht Berlin hatte diese Frage noch dahingehend beantwortet, dass ein Höchstbefristungsjahr gem. § 191 BGB stets mit 365 Tagen zu berechnen sei. Diese Einschätzung hat das Bundesarbeitsgericht jedoch – in Übereinstimmung mit der Ansicht der Autoren¹ und der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Hamm² – verworfen und – im Grundsatz – auf die Berücksichtigung von Schaltjahrestagen auch für die Berechnung der Höchstbefristungsjahre gem. § 2 Abs. 1 Satz 1 und 2 WissZeitVG bestanden.

Die gewünschte Klarheit bringt die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts jedoch zumindest in dogmatischer Hinsicht nicht und bedarf aus diesem Grund einer näheren Betrachtung. Die nachstehenden Erläuterungen gliedern sich hierzu in eine kurze Wiedergabe der Kernargumente der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 16. August 2018 (I.), der darauffolgenden Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 20. Mai 2020 (II.) sowie der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 28. November 2019 (III.), die im Anschluss einer rechtlichen Würdigung zugeführt (IV.) und im Ausblick zusammengefasst werden (V.).

I. LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 16. August 2018 – 21 Sa 201/18

Das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg hat in seiner Entscheidung vom 16. August 2018³ bekanntlich auf die Unwirksamkeit der Befristung eines, an der Universität Potsdam beschäftigten, promovierten Diplom-Che-

mikers erkannt. Das Gericht begründete seine Entscheidung damit, dass die Höchstbefristungsgrenzen gem. § 2 Abs. 1 Satz 1 und 2 WissZeitVG gem. § 191 BGB zu berechnen seien, weil befristete Arbeitsverhältnisse – anders als bei § 14 Abs. 2 TzBfG – nicht zusammenhängend zu verlaufen brauchen und aus diesem Grund § 191 BGB zur Anwendung gelange. Danach sei die zulässige Höchstbefristungsdauer jedenfalls überschritten, denn – anders als bei der Berechnung des maximalen Befristungszeitraums gem. § 191 BGB – müssten Schalttage bei der Berechnung der tatsächlichen Beschäftigungszeit berücksichtigt werden⁴.

Die zulässige Höchstbefristungsdauer von 4.380 Tagen (12 Jahre (Promotions- und Qualifikationsphase) x 365 Tage) war danach aufgrund der tatsächlichen Beschäftigung von 4.382 Tagen jedenfalls um zwei Tage⁵ überschritten und die Befristung wurde dementsprechend vom Landesarbeitsgericht für unwirksam erklärt.

II. BAG, Urteil vom 20. Mai 2020 – 7 AZR 72/19

Das Bundesarbeitsgericht hat die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten mit Beschluss vom 20. Februar 2019 zugelassen⁶ und die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg schließlich im Urteil vom 20. Mai 2020 aufgehoben⁷.

Das Gericht stellte in seiner Entscheidung zunächst klar, dass zwischen der zulässigen Höchstbefristungsgrenze nach Promotions- und Post-Doc-Phase zu unterscheiden sei. Danach sei es unzulässig gewesen, die Höchstbefristungsdauer insgesamt und über die beiden Phasen hinweg zu berechnen (hier 12 Jahre). Vielmehr müsse die jeweilige Höchstbefristungsgrenze für jede

1 Mandler/Wegmann, Berechnung der Höchstbefristungsgrenze gem. § 2 Abs.1 Satz 1 und 2 WissZeitVG – Anmerkung zu LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 16. August 2018 – 21 Sa 201/18, OdW 2019, 125 ff.
2 LAG Hamm, Urteil vom 28. November 2019 – 11 Sa 381/19 –, juris.
3 LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 16. August 2018 – 21 Sa 201/18 –, juris; vorgehend ArbG Potsdam, Urteil vom 24. August 2017 – 2 Ca 833/17; vgl. hierzu Mandler/Wegmann, a.a.O., OdW 2019, 125 ff.; Hitzelberger-Kijima, öAT 2018, 262.

4 LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 16. August 2018 – 21 Sa 201/18 –, juris Rn. 40 f.
5 Bei den zwei Tagen handelte es sich um Schalttage.
6 BAG, Beschluss vom 20. Februar 2020 – 7 AZN 867/18.
7 Müller-Glöge in ErFK, 20. Aufl. 2020, WissZeitVG § 2 Rn. 5; Hitzelberger-Kijima, Anrechnung von Beschäftigungszeiten auf die Höchstbefristungsdauer nach dem WissZeitVG, öAT 2020, 189; Baumgarten, BAG: Berechnung der Höchstbefristungsdauer nach § 2 I WissZeitVG, ArbRAktuell 2020, 418.

Phase gesondert berechnet werden, was der Senat letztlich aus der Verlängerungsbestimmung in § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG folgerte: „Diese Verlängerungsbestimmung ergäbe keinen Sinn, wenn § 2 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 WissZeitVG als einheitliche rechtliche Befristungsgrundlage mit einer zulässigen (Gesamt-)Höchstdauer zu verstehen wäre“⁸. Zudem seien Verlängerungen gem. § 2 Abs. 1 Satz 4 WissZeitVG a.F. (jetzt § 2 Abs. 1 Satz 7 WissZeitVG) nur „innerhalb der jeweils zulässigen Befristungsdauer“ möglich. Nur im Rahmen des § 2 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG a.F. (jetzt § 2 Abs. 1 Satz 4 WissZeitVG) sei abweichend von diesen Grundsätzen von einer Gesamtbetrachtung auszugehen.

Darüber hinaus bestätigt das Bundesarbeitsgericht in seiner Entscheidung zunächst, dass es sich sowohl bei der Höchstbefristungsdauer nach § 2 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG als auch bei dem Anrechnungszeitraum nach § 2 Abs. 1 Satz 2 WissZeitVG um einen Zeitraum im Sinne von § 191 BGB handle, weshalb die Höchstbefristungsjahre im Grundsatz in 365 Tage und die Monate in 30 Tage umzurechnen seien.

Das Landesarbeitsgericht habe bei seiner Entscheidung aber übersehen, dass § 2 Abs. 3 WissZeitVG eine gesetzliche Spezialregelung für die Berechnung der Höchstbefristungsjahre beinhalte, die einer Berechnung nach § 191 BGB als *lex specialis* vorgehen müsse. Zwar lasse sich dies der Vorschrift „nicht ausdrücklich“ entnehmen, da insbesondere „die Modalitäten der Berechnung des Anrechnungszeitraums“ in § 2 Abs. 3 WissZeitVG nicht festgelegt würden, der Vorrang dieser Regelung folge aber letztlich aus „der Vorstellung des Gesetzgebers“, nach der ein Jahr als solches berücksichtigt werden müsse. Dies folge insbesondere auch aus dem Zweck der Anrechnungsregel und dem Verweis auf § 2 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 HS 2 WissZeitVG, wodurch sichergestellt werde, dass die zulässige Höchstbefristungsdauer einerseits nicht überschritten, andererseits aber auch ausgeschöpft werden könne⁹. Eine Anwendung des § 191 BGB sei danach für die vollen Jahre ausgeschlossen. Im Übrigen sei auch die Einsparzeit nicht nach § 191 BGB zu berechnen, da diese „weder nach Jahren bestimmt ist noch unterbrochen werden kann“. Das Beschäf-

tigungsjahr müsse daher auch im Falle eines Schaltjahres als solches, d.h. mit 366 Tagen, berücksichtigt und in die Berechnung eingestellt werden.

Danebe spreche auch der Zweck des § 191 BGB¹⁰ für ein solches Verständnis. Die Regelung sei auf die Bestimmung einer Summe von nicht notwendigerweise aufeinanderfolgender Tage gerichtet, wobei von vornherein nicht feststünde wann sie eintreten¹¹. Demgegenüber liege einer Befristung nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG eine möglichst durchgehende Beschäftigung innerhalb der jeweiligen Qualifizierungsphase zugrunde, was schon aus dem Wortlaut „Verlängerung“ in § 2 Abs. 1 Satz 4 WissZeitVG folge¹². Insofern sei auch gegenüber den pauschal festgelegten Höchstbefristungsgrenzen in § 2 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 HS 2 WissZeitVG davon auszugehen, dass ein „Beschäftigungsjahr als solches auf die Höchstbefristungsdauer angerechnet werden soll, sodass ein für die Dauer von sechs Jahren begründetes Arbeitsverhältnis die sechsjährige Höchstbefristungsdauer“ nicht überschreite¹³.

Abschließend stellt das Bundesarbeitsgericht dann aber – ohne nähere Begründung – fest, dass es „einer Berechnung nach § 191 BGB im Fall einer Befristung nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG nur [bedarf], wenn aufgrund von Unterbrechungen und Einsparzeiten unterjährige Beschäftigungszeiten bestehen“¹⁴. Die Berechnung nach vollen Jahren und Tagen sei in diesem Fall einfach und rechtsicher handhabbar und stelle gleichzeitig sicher, dass bei unterjährigen Beschäftigungszeiten in allen Fällen und unabhängig davon, ob die Beschäftigung in Monaten mit 31, 30, 28 oder 29 Tagen erfolge, der gleiche Zeitraum zur Verfügung stehe.

Für den zu entscheidenden Fall müsse das Landesarbeitsgericht daher die Höchstbefristungsgrenzen neu berechnen und insbesondere Feststellungen zur Promotionszeit des Klägers treffen. Sofern von einem Promotionsbeginn am 15. Oktober 2004 und Promotionsabschluss am 16. Februar 2010 auszugehen sei, ergebe sich hiernach eine Höchstbefristungsdauer in der Post-Doc-Phase von 6 Jahren (§ 2 Abs. 1 Satz 2 WissZeitVG) und 240 Tagen (§ 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG), die durch die tatsächliche Beschäftigungszeit von sechs Jahren und

8 BAG, Urteil vom 20. Mai 2020 – 7 AZR 72/19 –, juris Rn. 20

9 BAG, Urteil vom 20. Mai 2020 – 7 AZR 72/19 –, juris Rn. 24

10 Letztlich geht es hier weniger um den Zweck des – ohnehin nachrangigen – § 191 BGB, als um die Zwecke und Mechanik des WissZeitVG selbst.

11 BAG, Urteil vom 20. Mai 2020 – 7 AZR 72/19 –, juris Rn. 26

12 BAG, Urteil vom 20. Mai 2020 – 7 AZR 72/19 –, juris Rn. 27

13 BAG, Urteil vom 20. Mai 2020 – 7 AZR 72/19 –, juris Rn. 27

14 BAG, Urteil vom 20. Mai 2020 – 7 AZR 72/19 –, juris Rn. 28

239 Tagen¹⁵ noch nicht überschritten sei. Müsse hingegen von einem anderen Beginn oder Ende der Promotionszeit des Klägers ausgegangen werden, könnte die Höchstbefristungszeit überschritten und die Befristung demgemäß unwirksam sein¹⁶.

III. LAG Hamm, Urteil vom 28. November 2019 – 11 Sa 381/19

Auch das Landesarbeitsgericht Hamm musste sich in seiner Entscheidung vom 28. November 2019¹⁷ mit der Frage der Berechnung der Höchstbefristungsdauer in der Post-Doc-Phase auseinandersetzen.

Im zugrundeliegenden Verfahren machte die Klägerin, eine promovierte Juristin, die Unwirksamkeit ihrer Befristungsabrede aufgrund der überschrittenen Höchstbefristungsdauer in der Post-Doc Phase geltend. Die Klägerin war seit dem 1. November 2010 am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Gewerblichen Rechtsschutz, Internationales Privat- und Zivilprozessrecht zunächst als wissenschaftliche Hilfskraft und schließlich als wissenschaftliche Mitarbeiterin ab dem 15. August 2013 bis zum 14. August 2018 von der Beklagten auf der Grundlage des WissZeitVG beschäftigt worden.

Das Landesarbeitsgericht wies die Berechnung der Klägerin in seiner Entscheidung schließlich mangels Überschreitung der Höchstbefristungsgrenze zurück. Entgegen der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg stützte es seine Berechnung der Höchstbefristungsgrenze dabei jedoch nicht auf § 191 BGB, sondern – mit den Autoren – auf §§ 187, 188 BGB¹⁸:

„bb) Die durch die anrechnungsfähigen Vertragszeiten erreichte Gesamtdauer der Befristungen ist entgegen der Entscheidung des LAG Berlin nicht nach den Vorgaben des § 191 BGB zu berechnen ... § 191 BGB findet hier keine Anwendung, weil das WissZeitVG sowohl in der Predoc-Phase wie auch in der Postdoc-Phase Verlängerungs- bzw. Nichtanrechnungstatbestände vorsieht, die nicht an einen Jahresraum gebunden sind und so zu ggf. taggenauen Berechnungen führen, weshalb das Tatbestandsmerkmal

„nach Jahren bestimmt“ nicht erfüllt ist (Mandler/Wegmann, Berechnung der Höchstbefristungsgrenze gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 und 2 WissZeitVG – Anmerkung zu LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 16. August 2018 – 21 Sa 201/18 – in Ordnung der Wissenschaft (OdW) 2019, 125 – 129). So verlängert sich die zulässige Dauer der Postdoc-Phase nach § 2 Abs. 1 Satz 2 2. HS WissZeitVG in dem Umfang, in dem Zeiten einer befristeten Beschäftigung nach § 2 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG und Promotionszeiten ohne Beschäftigung nach § 2 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG zusammen weniger als sechs Jahre betragen haben („Bonuszeit für ungenutzte Promotionszeiten“, Preis/Ulber, WissZeitVG 2. Aufl. 2017, § 2 WissZeitVG Rn. 51). Das bewirkt, dass in diesen Fällen eine nicht nach Jahren bestimmte Befristungshöchstdauer zur Verfügung steht (nämlich: sechs Jahre + taggenau berechnete „Bonuszeit“) (Mandler/Wegmann, aaO, S. 125ff, 126). Auch kann gemäß § 2 Abs. 5 WissZeitVG die jeweilige Dauer eines befristeten Arbeitsverhältnisses nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG im Einverständnis mit der Mitarbeiterin oder dem Mitarbeiter um Zeiten im Sinne der § 2 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 – 6 WissZeitVG verlängert werden, ... und dazu führt, dass der Verlängerungszeitraum nach Maßgabe des § 2 Abs. 5 Satz 3 WissZeitVG nicht auf die nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG zulässige Höchstdauer angerechnet wird (Mandler/Wegmann, aaO, S. 125ff, 126, 127; APS-Schmidt, 5. Aufl. 2017, § 2 WissZeitVG Rn. 68, 69, 84, 85). Es hat mithin bei der Berechnung der zulässigen Gesamtbefristungsdauer bei der – oben ausgeführten – Berechnung nach den Regeln der §§ 187, 188 BGB zu verbleiben (Mandler/Wegmann, aaO, S. 125 ff, 128).“

IV. Würdigung

Der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts ist in der Sache, nicht aber in ihrer Begründung, zuzustimmen.

1. Gesonderte Berechnung der Höchstbefristungsdauer für Promotions- und Post-Doc-Phase

Das Bundesarbeitsgericht beanstandet die landesarbeitsgerichtliche Entscheidung zunächst deshalb, weil diese „die“ Höchstbefristungsgrenze für die Klägerin über die

15 Der Kläger war vom 17. Februar 2010 bis zum 31. Mai 2013 und vom 1. Januar 2014 bis zum 15. Mai 2017 bei der Beklagten beschäftigt. Das Bundesarbeitsgericht berechnet hierzu zunächst die „vollen Jahre“ und die verbleibenden Tage im Anschluss gesondert: „je drei Jahre vom 17. Februar 2010 bis zum 16. Februar 2013 und vom 1. Januar 2014 bis zum 31. Dezember 2016 sowie 104 Tage vom 17. Februar 2013 bis zum 31. Mai 2013 und 135 Tage vom 1. Januar 2017 bis zum 15. Mai 2017“; BAG Urteil vom 20. Mai 2020 – 7 AZR 72/19 –, juris Rn. 33. Wie sich bei dieser

tageweisen Betrachtung ein Gleichlauf zwischen den Monaten einstellen soll, erläutert das BAG nicht. Es ist auch fernliegend, denn nach Monaten wird in diesem Zusammenhang nichts befristet oder bestimmt.

16 BAG, Urteil vom 20. Mai 2020 – 7 AZR 72/19 –, juris Rn. 33, 34.

17 LAG Hamm, Urteil vom 28. November 2019 – 11 Sa 381/19 –, juris.

18 LAG Hamm, Urteil vom 28. November 2019 – 11 Sa 381/19 –, juris Rn. 59.

Promotions- und Post-Doc Phase durch Addition der gesetzlich zulässigen Höchstbefristungszeiträume für beide Phasen berechnet und damit nicht zwischen „den“ Höchstbefristungsgrenzen beider Phasen unterschieden hat.

Dem Bundesarbeitsgericht ist insofern zunächst dem Grunde nach zuzustimmen, dass es sich bei beiden Phasen um unterschiedliche Befristungstatbestände handelt und es daher in der Tat keine „Gesamthöchstdauer“ geben kann. Hiervon zu unterscheiden ist aber die Frage nach und Berechnung der Höchstbefristungsdauer.

Die Begründung des Senats für eine getrennte Berechnung kann insoweit schon deshalb nicht überzeugen, weil die getrennte Berechnung aufgrund der Anrechnungsregel in § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG zu keinem anderen Ergebnis führt als eine Gesamtbetrachtung. Indiz dafür, dass die getrennte Berechnung nicht der Mechanik des Gesetzes entspricht, ist hier schon der Verlängerungstatbestand in § 2 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG a.F. (jetzt § 2 Abs. 1 Satz 4 WissZeitVG), für den das Bundesarbeitsgericht eine – tatsächlich unnötige – Ausnahme formuliert und für diesen eine Gesamtbetrachtung fordert.

Das Gericht übersieht zudem, dass die Verlängerungsregel in § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG zwar von einer „Verlängerung“ spricht, hierin aber nicht der letztendliche Befristungsgrund liegt, sondern lediglich die Berechnung der Höchstbefristungsgrenze durch die Verknüpfung beider Phasen angesprochen und geregelt wird. Eine Notwendigkeit zur getrennten – und damit aufwendigeren – Berechnung der Höchstbefristungsgrenzen nach den jeweiligen Phasen existiert daher nicht und bleibt letztlich auch ohne spürbaren Vorteil bei der Berechnung¹⁹. Vielmehr verursacht eine getrennte Berechnung gerade aufgrund der, dann doch, insgesamt wirkenden Verlängerungstatbestände nur unnötige Schwierigkeiten, die im Gesetz nicht angelegt sind oder einen spürbaren Vorteil bringen würden. Selbst in dem – überaus seltenen – Fall, bei dem die Höchstbefristungsdauer der Promotionsphase erreicht – oder überschritten – wurde, bringt die Berechnung nach Phasen kaum Erleichterung: Liegen Verlängerungszeiten vor, muss

auch in diesem Fall genau berechnet werden; sind die sechs Jahre hingegen überschritten, ist schlicht mit sechs Jahren zu rechnen.

Die Berechnung der Höchstbefristungszeiten sollte daher – übereinstimmend mit den Landesarbeitsgerichten – vielmehr als Delta verstanden werden, das nach dem Eintritt in die Post-Doc Phase anwächst und sich durch die verschiedenen Verlängerungstatbestände (§ 2 Abs. 1 Satz 4-6²⁰, Abs. 5 WissZeitVG) weiter – und unabhängig von der jeweiligen Phase – erhöhen kann und von dem dann die jeweiligen Beschäftigungszeiten abzuziehen sind. Anrechnung und Verlängerung sind insoweit auch kein Problem, denn beiden Zeiten kann durch ein bloßes „Verschieben“ der Höchstbefristungsgrenze um diese Zeiten problemlos Rechnung getragen werden²¹.

Dies folgt schlussendlich auch unmittelbar aus den Verlängerungstatbeständen in § 2 Abs. 1 Satz 4-6, Abs. 5 WissZeitVG, die ihrerseits gerade nicht zwischen den jeweiligen Phasen unterscheiden und aus diesem Grund auf die „*insgesamt zulässige Befristungsdauer*“ (§ 2 Abs. 1 Satz 4-6 WissZeitVG) „nach Absatz 1“ (§ 2 Abs. 5 Satz 1 und 3 WissZeitVG) Bezug nehmen und deren Verlängerung bzw. Nichtanrechnung anordnen. Eine Berechnung nach der Ansicht des Bundesarbeitsgerichts wird daher im Regelfall stets eine „gemischte Berechnung“ aus Einzel- und Gesamtbetrachtung erfordern, die den Personalabteilungen und Gerichten die Berechnung kaum einfacher gestalten dürfte.

2. Berechnung gem. § 2 Abs. 3 WissZeitVG

Den Überlegungen des Bundesarbeitsgerichts ist in Bezug auf die Berechnung nach „Kalenderjahren“ im Ergebnis zuzustimmen, nicht aber in ihrer Begründung.

Wie das Landesarbeitsgericht Hamm – unter Verweis auf die Autoren – zutreffend feststellt, geht das WissZeitVG auch für die Höchstbefristungszeiten gerade nicht von einem nach Jahren bestimmten Zeitraum aus. Obschon das WissZeitVG hier von „Jahren“ spricht, ist angesichts der Verlängerungs- und Nichtanrechnungstatbestände sowie anhand der gesetzlichen Intention

19 Die Beschäftigung fängt in der Regel unterjährig an und orientiert sich in den seltensten Fällen an starren Jahresgrenzen. Eine „gemischte Berechnung“ aus Jahren und unterjährigen Zeiträumen ist aus diesem der Regelfall und gegenüber eine tageweisen Betrachtung deutlich aufwendiger.

20 Auch in § 2 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG a.F. hieß es: „Die nach den Sätzen 1 und 2 insgesamt zulässige Befristungsdauer verlängert sich“.

21 Gerade an den Universitätsklinikum ist eine Kumulation von verschiedenen Verlängerungs- und Nichtanrechnungszeiten sowie

von Bonuszeiten der Regelfall, da die beschäftigten Ärztinnen und Ärzte dort bis zur Erlangung des Facharztstitels oft sehr viel länger beschäftigt werden müssen (aus diesem Grund gesteht der Gesetzgeber 9 Jahre für die Qualifizierung zu), als dies bei den wissenschaftlichen Beschäftigten an Universitäten der Fall ist. An Universitäten werden letztlich vor allem Habilitanden in der Post-Doc Phase beschäftigt, sodass sich ein Großteil der „Rechenarbeit“ auf eine überschaubare Anzahl von Einzelfällen beschränkt.

klar, dass das WissZeitVG nicht von einer jahresweisen Betrachtung, sondern einheitlich von einer realen und tageweisen Betrachtung ausgehen muss, vgl. §§ 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2, Abs. 3, Abs. 5 Satz 1 und 3 WissZeitVG²². „Jahr“ im Sinne des WissZeitVG ist damit die Summe der tatsächlichen Tage im jeweiligen Zeitraum, mithin das entsprechende Kalenderjahr. § 191 BGB ist daher mangels eines „nach Jahren bestimmten Zeitraums“ schon im Ausgangspunkt tatbestandlich nicht anwendbar. Komplizierte Konstruktionen nach Grundsatz (§ 191 BGB), Ausnahme (§ 2 Abs. 3 WissZeitVG) und Rückausnahme (§ 191 BGB für unterjährigen Zeiträume) erübrigen sich danach ebenso, wie dogmatisch kaum zu überbrückende Begründungsschwierigkeiten:

Wie das Bundesarbeitsgericht selbst feststellt, ist „Jahr“ im Sinne des WissZeitVG das Kalenderjahr und keine fiktive Rechengröße. Dies erkennt der Senat letztlich auch an, wenn er eine durchgehende Beschäftigung gem. § 2 Abs. 1 WissZeitVG als den, vom Gesetzgeber, intendierten „Normalfall“ deklariert und hieraus auf den notwendigen Gleichlauf der Beschäftigungszeit und der Höchstbefristungszeit gegenüber den Beschäftigungsjahren erkennt²³. Das gewünschte Ergebnis lässt sich jedoch viel einfacher und ohne dogmatische Brüche durch eine teleologische Auslegung des „Jahres“ im Sinne von § 2 WissZeitVG mit anschließender Berechnung der Höchstbefristungsgrenzen gem. §§ 187, 188 BGB erreichen und ist aus diesem Grund vorzugswürdig.

Die Lösung des Bundesarbeitsgerichts überzeugt demgegenüber in dogmatischer Hinsicht kaum: § 2 Abs. 3 WissZeitVG regelt allein die Anrechnung von Beschäftigungsverhältnissen und nicht die (Ausgangs-) Höchstbefristungsdauer, gegenüber der anzurechnen ist. Darüber hinaus ist – worauf *Boemke*²⁴ zutreffend hinweist – kaum nachvollziehbar, warum § 191 BGB zwar von § 2 Abs. 3 WissZeitVG für die vollen Jahre verdrängt werde, § 191 BGB dann aber bei der Berechnung unterjähriger Zeiträume wieder zur Anwendung gelangen soll. Entweder es besteht ein Vorrang oder nicht. Darüber hinaus folgt auch aus den Überlegungen des Bundesarbeitsgerichts zur „einfachen und rechtssicheren“ Berechnung der unterjährigen Zeiträume kein stichhaltiges Argument, das die Rückausnahme zu § 191 BGB recht-

fertigen würde – zumal gemäß § 191 BGB für die hieraus abgeleitete tageweise Berechnung letztlich auch nichts entnommen werden kann. § 191 BGB ist zudem Auslegungsregel und auf Gesetze allenfalls analog anzuwenden. An einer entsprechenden Lücke dürfte es hier aber schon in Bezug auf § 2 Abs. 3 WissZeitVG fehlen. Schließlich ist § 191 BGB schon seinem Tatbestand nach nicht anwendbar. Es geht bei den unterjährigen Zeiträumen weder um nach „Jahren“ oder nach „Monaten“ bestimmte Zeiträume. Dem WissZeitVG liegt sowohl in Bezug auf die Beschäftigungs- als auch in Bezug auf die Höchstbefristungszeiten erkennbar nur eine tageweise Betrachtung zugrunde.

3. Höchstbefristungsjahre gem. § 2 Abs. 1 Satz 4-6 WissZeitVG und Anrechnungsjahre gem. § 2 Abs. 5 Satz 1 WissZeitVG

Unklar bleibt schließlich, wie das Bundesarbeitsgerichts die „Jahre“ im Sinne von § 2 Abs. 1 Satz 4-6 WissZeitVG und § 2 Abs. 5 Satz 1 WissZeitVG verstehen wird.

Eine pauschale Betrachtung gem. § 191 BGB verbietet sich insoweit gegenüber § 2 Abs. 1 Satz 4-6 WissZeitVG schon deshalb, weil die pauschalen „Bonuszeiten“ nicht teilbar sind. Ein „Jahr“ in diesem Sinne ist daher wiederum nicht fiktiv zu berechnen, sondern real, tageweise nach dem Kalenderjahr, in dem die Voraussetzungen für den Verlängerungstatbestand erstmalig eingetreten sind. Liegt in diesem Zeitraum ein Schaltjahr, so sind die Schalttage entsprechend zu berücksichtigen²⁵.

§ 2 Abs. 5 Satz 1, 2 WissZeitVG sehen die Verlängerung des Arbeitsverhältnisses demgegenüber um „Zeiten“ vor, wobei für die Nr. 1, 2 und 5 „die Dauer von zwei Jahren“ nicht überschritten werden „soll“. Auch insoweit dürfte § 191 BGB nicht anwendbar sein. Die „Zeiten“ in § 2 Abs. 5 WissZeitVG sind nicht nach Jahren oder Monaten bestimmt und daher nach der tatsächlichen Dauer der jeweiligen Unterbrechung Tag genau zu berechnen²⁶. Rechtsgrundlage für die Berechnung ist insoweit allein § 2 Abs. 5 Satz 1 WissZeitVG iVm. §§ 187, 188 BGB.

Schwieriger zu beurteilen ist die Anrechnungsregel in § 2 Abs. 5 Satz 2 WissZeitVG: Würde § 191 BGB angewendet, würde dies dazu führen, dass der zweijährige (Schaltjahres)-Auslandsaufenthalt nicht mehr vollstän-

22 Siehe im Einzelnen Mandler/Wegmann, a.a.O., OdW 2019, 125 ff. LAG Hamm, Urteil vom 28. November 2019 – 11 Sa 381/19 –, juris Rn. 59.

23 Gerade aus diesem Grund sollte im Falle von Unterbrechungen auf den Beginn des ersten Arbeitsverhältnisses und die sich danach ergebende Höchstbefristungsgrenze abgestellt werden. Die konkret zur Verfügung stehenden Schaltjahrestage bleiben so unverändert, vgl. Mandler/Wegmann, a.a.O., OdW 2019, 128.

24 Boemke, jurisPR-ArbR 39/2020 Anm. 4. Boemke will letztlich für die Berechnung auf den Rechtsgedanken des § 189 Abs. 2 BGB abstellen. Hierfür dürfte es aber, ebenso wie für § 191 BGB, keinen Anlass geben.

25 Mandler/Wegmann, a.a.O., OdW 2019, 129.

26 Mandler, Die Verlängerung von Arbeitsverhältnissen gem. § 2 Abs. 5 WissZeitVG, OdW 2014, 221 ff.

dig für die Verlängerung des Arbeitsverhältnisses zur Verfügung steht (der Schaltjahrestag entfiel). Auch dies wäre vor dem Hintergrund des Gesetzes und der Verlängerung nicht zu rechtfertigen, das dem Beschäftigten die Ausfallzeiten im Grundsatz vollständig erhalten will. Insofern dürfte sich schon aus dem „soll“ in § 2 Abs. 5 Satz 1 WissZeitVG ergeben, dass auch Schaltjahre Berücksichtigung finden können und das „Jahr“ das reale Kalenderjahr meint. Im Falle von Unterbrechungen der Verlängerungszeiten muss der Beginn des Jahres der ersten Verlängerungszeit maßgeblich sein. Der Arbeitnehmer kann selbst über die Verlängerung seines Beschäftigungsverhältnisses und damit auch darüber entscheiden, welche Verlängerungszeiten eingepreist werden sollen.

4. Keine Nettopromotionszeit?

In der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts heißt es in Rn. 24: *„Die Einsparzeit ist nach ihrem tatsächlichen Umfang zu berechnen; § 191 BGB gilt insoweit nicht, da die Einsparzeit weder nach Jahren bestimmt ist noch unterbrochen werden kann.“*

Dies könnte gegen die Anerkennung einer Nettopromotionszeit²⁷ sprechen, da in der Anerkennung derselben letztlich eine Unterbrechung der „Einsparzeit“ nach § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG liegen würde. Das Bundesarbeitsgericht scheint insoweit jedoch vielmehr von der Unteilbarkeit der schließlich nach der Beendigung der Promotion anzurechnenden Einspar- bzw. Promotionszeit²⁸ auszugehen und hatte die Nettopromotionszeit offensichtlich insoweit auch nicht vor Augen. Die danach anzurechnende Einsparzeit (Nettopromotionszeit) kann in der Tat im Rahmen ihrer Anrechnung auf die Höchstbefristungsgrenzen nicht unterbrochen wer-

den. Die Entscheidung steht einer Anerkennung der Nettopromotionszeit daher einstweilen nicht entgegen.

V. Ausblick

Die unterschiedlichen Berechnungswege und -begründungen des Bundesarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte zeigen, dass es sich bei der Berechnung der Höchstbefristungsgrenzen um eine durchaus anspruchsvolle und kontroverse Thematik handelt.

Wenngleich das Ergebnis des Bundesarbeitsgerichts schlussendlich überzeugt, kann der aus § 191 BGB und § 2 WissZeitVG bestehenden „Grundsatz-Ausnahme-Rückausnahme-Lösung“ letztlich nicht zugestimmt werden. Vielmehr erscheint es sachgerecht und praktikabel, den Begriff des „Jahres“ im WissZeitVG teleologisch hin zu einem tageweisen Verständnis auszulegen und auf dieser Grundlage eine Tag genaue Berechnung der Beschäftigungs- und auch der Höchstbefristungszeiten anzuerkennen. Nur so lassen sich Realität und Gesetz nach den Vorstellungen des Gesetzgebers in einen angemessenen und dogmatisch stimmigen Ausgleich bringen.

Dr. Tobias Mandler ist Rechtsanwalt bei Jones Day in München. Laura Wegmann ist Richterin am Bundesarbeitsgericht Stuttgart. Der Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Auffassung der Autoren wieder.

27 Es ist umstritten, ob die sog. Nettopromotionszeit, d.h. die real für die Promotion aufgewandte Zeit maßgebend ist, oder die Bruttopromotionszeit, d.h. die Zeit zwischen Vergabe des Themas und dem Abschluss der Promotion nach der jeweiligen Promotionsordnung, vgl. BAG, Urteil vom 18. Mai 2016 – 7 AZR 712/14 = NZA 2017, 254; vgl. LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 28. September 2018 – 12 Sa 28/18 –, juris Rn. 47; *Rambach* in *Arnold/Gräfl/Imping*, Teilzeit- und Befristungsgesetz, 4. Aufl.

2016, WissZeitVG § 2 Rn. 9; *Preis/Ulber*, WissZeitVG, 2. Aufl. 2017, § 2 Rn. 54; *Löwisch/AR*, 9. Auflage 2019, WissZeitVG § 2 Rn. 3; *Mandler/Banerjee*, Berechnung der Promotionszeiten gem. § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG, OdW 2020 S. 274 f.

28 Vgl. hierzu *Mandler/Banerjee*, Berechnung der Promotionszeiten gem. § 2 Abs. 1 Satz 2 HS 2 WissZeitVG, OdW 2020 S. 261 ff., 274 f. mwN.