

# BUNDESARBEITSGERICHT



7 AZR 228/10

13 Sa 636/09

Landesarbeitsgericht

Niedersachsen

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
24. August 2011

## URTEIL

Schiege, Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

In Sachen

beklagtes, berufungsbeklagtes und revisionsklagendes Land,

pp.

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 24. August 2011 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Linsenmaier, den Richter am Bundesarbeitsgericht

Prof. Dr. Kiel, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Schmidt sowie die ehrenamtlichen Richter Kley und Vorbau für Recht erkannt:

Auf die Revision des beklagten Landes wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 8. Dezember 2009 - 13 Sa 636/09 - aufgehoben.

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Oldenburg vom 10. Februar 2009 - 5 Ca 469/08 - wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Berufung und der Revision zu tragen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten darüber, ob ihr Arbeitsverhältnis aufgrund Befristung am 30. Juni 2010 - hilfsweise aufgrund einer vorangegangenen Befristung am 30. September 2008 - geendet hat. 1

Der Kläger war bei dem beklagten Land an der Universität O seit dem 1. April 1992 auf der Grundlage von über zwanzig befristeten Arbeitsverträgen beschäftigt. Am 7. Juli 2004 wurde er zum Doktor der Philosophie promoviert. Seit Mai 2006 betreute er den weiterbildenden Studiengang „Interkulturelle Bildung und Beratung“, der ab dem Wintersemester 2006/2007 als Pilotprojekt eingeführt worden ist. Im September 2008 war die Finanzierung des Studiengangs aus Landesmitteln bis einschließlich 2010 gesichert. 2

Der vorletzte, am 16. Mai 2006 für die Zeit vom 16. Mai 2006 bis zum 30. September 2008 geschlossene Arbeitsvertrag der Parteien lautet ua.: 3

„§ 1 Herr Dr. H  
wird ab 16.05.2006 für die Zeit bis zum 30.09.2008

unter Eingruppierung in Verg. Gr. IIa BAT (§ 22 Abs. 3 BAT) eingestellt

1.  als vollbeschäftigter Angestellter
2.  als nicht vollbeschäftigter Angestellter
- 2.1  mit der Hälfte der regelmäßigen Arbeitszeit eines vollbeschäftigten Angestellten
- 2.2  mit der regelmäßigen Arbeitszeit eines vollbeschäftigten Angestellten
3. auf bestimmte Zeit als Zeitangestellter.
- 3.1 Befristungsgrund: § 57 b Abs. 1 Satz 2 HRG i.V.m. § 57 a Abs. 1 Satz 1 HRG (Phase nach Abschluss einer Promotion) nach Maßgabe der §§ 57 a bis 57 f HRG
- 3.2 Aufgabenstellung: Tätigkeiten als wissenschaftlicher Mitarbeiter i.S.v. § 31 NHG
- 3.3  Die Einstellung erfolgt zur Wahrnehmung von zeitlich begrenzten wissenschaftlichen Aufgaben im Rahmen des aus dem Europäischen Flüchtlingsfonds (EFF) finanzierten Drittmittelprojekts ‚Bachelor für interkulturelle Bildung und Beratung - Modularisiertes Aufbaustudium für Flüchtlinge‘, Bewilligungsbescheid des BAMF vom 06.03.2006, Az: EFF-05-170, in der Fakultät I, Institut für Pädagogik.“

In dem letzten Arbeitsvertrag vom 23./30. September 2008 ist ua. festgelegt:

4

„§ 1 Herr Dr. H

wird ab 01.10.2008 für die Zeit bis zum 30.06.2010

1.  als Vollbeschäftigter
2.  als Teilzeitbeschäftigter
- 2.1  mit der Hälfte der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit eines entsprechenden Vollbeschäftigten
- 2.2  mit der regelmäßigen Arbeitszeit eines entsprechenden Vollbeschäftigten
3. befristet eingestellt.
- 3.1 Befristungsgrund: § 2 Abs. 1 Satz 2 WissZeitVG i.V.m. § 1 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG

- (Phase nach Abschluss einer Promotion)
- 3.2 Aufgabenstellung: Tätigkeiten als wissenschaftlicher Mitarbeiter i.S.v. § 31 NHG
- 3.3  Die Einstellung erfolgt zur Wahrnehmung von zeitlich begrenzten wissenschaftlichen Aufgaben im Rahmen des ./.. finanzierten Drittmittelprojekts ./.. in der Fakultät ./..
- ...
- § 3 Das Arbeitsverhältnis bestimmt sich nach dem Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L) ...“

Vor dem Abschluss des letzten befristeten Arbeitsvertrags hatte sich der Kläger in einem an die Universität O gerichteten Schreiben vom 29. September 2008 wie folgt geäußert: 5

„Sehr geehrte Damen und Herren,  
im Rahmen von insgesamt 23 verschiedenen befristeten Arbeitsverträgen bin ich an der Universität Oldenburg seit dem 01.04.1992 tätig. Ich bin der Auffassung, dass die befristete Beschäftigung unwirksam ist und mir ein Anspruch auf unbefristete Beschäftigung an der Universität Oldenburg zusteht. Dennoch bin ich bereit, auch über den 30.09.2008 hinaus einen neuen befristeten Vertrag zu akzeptieren. Dabei behalte ich mir aber vor, bisher entstandene Rechte aus den früheren Verträgen geltend zu machen. ...“

Der Personaldezernent der Universität lehnte am 30. September 2008 die in einem Gespräch mit dem Kläger von diesem geäußerte Bitte der Unterzeichnung des Schreibens vom 29. September 2008 ab. Der Kläger übergab dem Personaldezernenten daraufhin das Schreiben und anschließend den von ihm unter dem Datum 30. September 2008 und von dem beklagten Land unter dem Datum 23. September 2008 unterzeichneten - letzten befristeten - Arbeitsvertrag. Hieraufhin erklärte der Personaldezernent sinngemäß: „Dann können Sie jetzt klagen.“ 6

Mit seiner am 8. Oktober 2008 beim Arbeitsgericht eingereichten und in der Begründung sowie den beigefügten Anlagen auf die befristeten Arbeitsver- 7

träge vom 16. Mai 2006 und vom 23./30. September 2008 Bezug nehmenden Klage hat der Kläger zunächst - sinngemäß - den Antrag angekündigt festzustellen, dass er in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis zum beklagten Land mit einer Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität O stehe. Mit am 23. Dezember 2008 beim Arbeitsgericht vorab per Fax eingegangenem Schriftsatz vom selben Tag hat er den Klageantrag „vorsorglich“ dahin „neugefasst“, es möge festgestellt werden, dass die Befristungen der Arbeitsverträge vom 16. Mai 2006 und vom 23./30. September 2008 unwirksam seien und er sich in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis befinde.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Befristungen der letzten beiden Arbeitsverträge seien nicht gerechtfertigt. Die letzte Befristung könne nicht auf das Wissenschaftszeitvertragsgesetz (*WissZeitVG*) gestützt werden, denn dieses sehe eine - hier überschrittene - zulässige Gesamtdauer von höchstens zwölf Jahren für befristete Arbeitsverträge mit wissenschaftlichen Nachwuchskräften vor und nach deren Promotion vor. Erstmals in der Berufungsinstanz hat der Kläger gerügt, die zuständige Personalvertretung sei vor der letzten Befristung nicht ordnungsgemäß beteiligt worden. Darüber hinaus sei auch die vorletzte Befristung, deren Überprüfung sich der Kläger mit dem Schreiben vom 29. September 2008 vorbehalten habe, unwirksam. Der Ansatz der höchstrichterlichen Rechtsprechung, dass prinzipiell nur der letzte befristete Vertrag der gerichtlichen Überprüfung unterliege, verkenne die Grundsätze zur Auslegung von Willenserklärungen und Verträgen.

8

Der Kläger hat - zuletzt - beantragt

9

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien aufgrund der Befristung im Arbeitsvertrag vom 23./30. September 2008 nicht zum 30. Juni 2010 endet;

hilfsweise festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien aufgrund der Befristung im Arbeitsvertrag vom 16. Mai 2006 nicht zum 30. September 2008 beendet worden ist und als unbefristetes Arbeitsverhältnis fortbesteht.

Das beklagte Land hat beantragt, die Klage abzuweisen. Es hat sich auf den Standpunkt gestellt, es komme nur auf die Rechtfertigung für die letzte Befristung an. Diese sei gemäß § 2 Abs. 1 Satz 2 *WissZeitVG* als eine Befris-

10

tung nach abgeschlossener Promotion bis zu einer Dauer von sechs Jahren zulässig. Eine zulässige Höchstbefristungsdauer von zwölf Jahren sei dem WissZeitVG nicht zu entnehmen und folge insbesondere nicht aus einer an dem Wortlaut, der Gesetzessystematik und der Gesetzeshistorie orientierten Auslegung.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung des Klägers der Klage entsprechend dem Hauptantrag stattgegeben. Mit der vom Senat zugelassenen Revision begehrt das beklagte Land die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen. 11

### **Entscheidungsgründe**

Die zulässige Revision ist begründet. Das Landesarbeitsgericht hat zu Unrecht dahin erkannt, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch die Befristung vom 23./30. September 2008 zum 30. Juni 2010 beendet worden ist. Die mit der Klage hauptsächlich angegriffene, in dem Vertrag vom 23./30. September 2008 vereinbarte Befristung ist nach § 30 Abs. 1 Satz 1 TV-L iVm. § 2 Abs. 1 Satz 2 WissZeitVG zulässig. Dem Zitiergebot des § 2 Abs. 4 Satz 1 und Satz 2 WissZeitVG ist genügt. Personalvertretungsrechtliche Gründe stehen der Wirksamkeit der Befristung nicht entgegen. Auf die Wirksamkeit der nach dem Hilfsantrag streitgegenständlichen, in dem Vertrag vom 16. Mai 2006 vereinbarten Befristung kommt es nicht an. Die Parteien haben diesen Vertrag mit Abschluss des befristeten Arbeitsvertrags vom 23./30. September 2008 aufgehoben. 12

A. Der zulässige Hauptantrag des Klägers ist unbegründet. 13

I. Der Antrag ist zulässig. Jedenfalls bei der mit Schriftsatz vom 23. Dezember 2008 formulierten Fassung des Antrags handelt es sich um eine Befristungskontrollklage iSd. § 17 Satz 1 TzBfG und nicht um eine allgemeine Feststellungsklage iSv. § 256 Abs. 1 ZPO. Der Antrag ist hinreichend bestimmt iSv. 14

§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Er bezeichnet die zur gerichtlichen Überprüfung gestellte Befristungsvereinbarung zureichend genau. Der Kläger greift mit dem Hauptantrag die Befristungsvereinbarung vom 23./30. September 2008 an.

II. Der in zulässiger Weise bereits vor dem Ablauf der vereinbarten Vertragslaufzeit anhängig gemachte Befristungskontrollantrag (*vgl. hierzu zB BAG 2. Juni 2010 - 7 AZR 136/09 - Rn. 13 mwN, AP TzBfG § 14 Nr. 71 = EzA TzBfG § 14 Nr. 67*) ist unbegründet. Die Befristung ist entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts gemäß § 30 Abs. 1 Satz 1 TV-L iVm. § 2 Abs. 1 Satz 2 WissZeitVG gerechtfertigt. Das Zitiergebot des § 2 Abs. 4 Satz 1 und Satz 2 WissZeitVG ist eingehalten. Mit der erstmals in der Berufungsinstanz erhobenen Rüge der Nichtbeteiligung des Personalrats vor Abschluss der Befristungsabrede ist der Kläger ausgeschlossen. Im Übrigen kommt der Personalvertretung insoweit kein Mitbestimmungsrecht zu. 15

1. Entgegen der Annahme des Landesarbeitsgerichts ist die Befristung nach § 2 Abs. 1 Satz 2 WissZeitVG gerechtfertigt. 16

a) Der nach § 3 des Arbeitsvertrags auf das Arbeitsverhältnis anzuwendende Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L) enthält keine der vorliegenden Befristungsabrede entgegenstehenden besonderen Bestimmungen. Nach § 30 Abs. 1 Satz 1 TV-L sind befristete Arbeitsverträge zulässig auf der Grundlage des Teilzeit- und Befristungsgesetzes sowie anderer gesetzlicher Vorschriften über die Befristung von Arbeitsverträgen. 17

b) Die Wirksamkeit der am 23./30. September 2008 vereinbarten Befristung richtet sich nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG. 18

aa) Der zeitliche Anwendungsbereich der Vorschrift ist eröffnet. Für die Wirksamkeit der Befristung eines Arbeitsvertrags ist die im Zeitpunkt ihrer Vereinbarung geltende Rechtslage maßgeblich (*vgl. BAG 2. September 2009 - 7 AZR 291/08 - Rn. 10, BAGE 132, 54*). Das WissZeitVG ist mit „Gesetz zur Änderung arbeitsrechtlicher Vorschriften in der Wissenschaft“ vom 12. April 2007 (BGBl. I S. 506) beschlossen worden und am 18. April 2007 in Kraft 19

getreten. Die Befristungsvereinbarung vom 23./30. September 2008 unterfällt nicht einer der auf andere Rechtsgrundlagen verweisenden Übergangsregelungen nach § 6 WissZeitVG.

- bb) Für die im Vertrag vom 23./30. September 2008 vereinbarte Befristung gilt nach § 1 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG der betriebliche Anwendungsbereich des § 2 WissZeitVG. Zwar ist der Vertrag nicht mit der Universität geschlossen worden; Arbeitgeber ist vielmehr das beklagte Land. Voraussetzung der Anwendbarkeit des § 2 Abs. 1 WissZeitVG auf einen befristeten Arbeitsvertrag ist aber nach § 1 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG nicht, dass die staatliche Hochschule der Arbeitgeber ist, sondern dass der betreffende Arbeitnehmer an einer Einrichtung tätig werden soll, die nach Landesrecht eine staatliche Hochschule ist. Dies ist vorliegend der Fall. Nach § 2 Satz 1 Nr. 15 und Satz 2 Niedersächsisches Hochschulgesetz in der Fassung vom 26. Februar 2007 (*NHG aF*, *Nds. GVBl. S. 69*) ist die Universität O eine Hochschule in staatlicher Verantwortung (*vgl. nunmehr § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Buchst. k und Satz 2 NHG in der durch Gesetz zur Änderung des Niedersächsischen Hochschulgesetzes und anderer Gesetze vom 10. Juni 2010 - Nds. GVBl. S. 242 - geänderten Fassung*). 20
- cc) Der Kläger unterfällt dem personellen Geltungsbereich der Vorschriften nach § 2 Abs. 1 iVm. § 1 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG. Als wissenschaftlicher Mitarbeiter gehört er zum wissenschaftlichen Personal iSd. § 1 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG. 21
- c) Die Befristung genügt den Anforderungen des § 2 Abs. 1 Satz 2 WissZeitVG. 22
- aa) Die Befristung von Arbeitsverträgen mit nicht promoviertem wissenschaftlichen und künstlerischen Personal ist nach § 2 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG bis zu einer Dauer von sechs Jahren zulässig. Nach abgeschlossener Promotion, dh. in der sog. Postdoc-Phase, ist gemäß § 2 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1 WissZeitVG eine Befristung bis zu einer Dauer von sechs Jahren - im Bereich der Medizin bis zu einer Dauer von neun Jahren - möglich. Eine Befristung nach § 2 Abs. 1 Satz 2 WissZeitVG setzt voraus, dass sie nach Abschluss der Pro- 23



motion vereinbart wird (vgl. zur wortgleichen Vorgängervorschrift § 57b Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1 HRG: BAG 20. Januar 2010 - 7 AZR 753/08 - Rn. 19, BAGE 133, 105). Nach § 2 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 WissZeitVG verlängert sich die zulässige Befristungsdauer in der Postdoc-Phase 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. Die nach § 2 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 WissZeitVG insgesamt zulässige Befristungsdauer verlängert sich gemäß § 2 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG bei Betreuung eines oder mehrerer Kinder unter 18 Jahren um zwei Jahre je Kind. Nach § 2 Abs. 3 Satz 1 WissZeitVG sind auf die in § 2 Abs. 1 WissZeitVG geregelte zulässige Befristungsdauer alle befristeten Arbeitsverhältnisse mit mehr als einem Viertel der regelmäßigen Arbeitszeit, die mit einer deutschen Hochschule oder einer Forschungseinrichtung im Sinne des § 5 WissZeitVG abgeschlossen wurden, sowie entsprechende Beamtenverhältnisse auf Zeit und Privatdienstverträge nach § 3 WissZeitVG anzurechnen. § 2 Abs. 3 Satz 2 WissZeitVG bestimmt, dass auch befristete Arbeitsverhältnisse angerechnet werden, die nach anderen Rechtsvorschriften abgeschlossen wurden. Nach diesen gesetzlichen Bestimmungen „verkürzt“ sich die zulässige Höchstbefristungsdauer von sechs (bzw. neun) Jahren in der Postdoc-Phase nicht um die Zeit, die der zum wissenschaftlichen und künstlerischen Personal iSd. § 1 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG zählende Arbeitnehmer vor der Promotion länger als sechs Jahre befristet tätig geworden ist. § 2 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 WissZeitVG legen keine „Gesamt“höchstbefristungsdauer in solch einem Verständnis fest. Die Anrechnungsbestimmung des § 2 Abs. 3 WissZeitVG ist bezogen auf die jeweilige Qualifikationsphase zu verstehen.

(1) Wortlaut und Systematik der Vorschriften zur Zulässigkeit der sachgrundlosen Befristung nach dem WissZeitVG sprechen gegen ein Verständnis in dem Sinn, dass bei der Höchstdauer der Befristung in der Postdoc-Phase nach § 2 Abs. 1 Satz 2 WissZeitVG der Zeitraum „abzuziehen“ ist, den der Arbeitnehmer vor seiner Promotion länger als sechs Jahre befristet beschäftigt war.

24

(a) Der Wortlaut von § 2 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 WissZeitVG knüpft an unterschiedliche Voraussetzungen („*nicht promoviertes Personal*“ und „*nach abgeschlossener Promotion*“) an und legt für die Befristungsmöglichkeiten in der Promotionsphase und in der Postdoc-Phase jeweils eine Höchstdauer fest. Damit sind zwei - eigenständige - Rechtsgrundlagen für kalendermäßige Befristungen normiert. Die Bestimmung des § 2 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 WissZeitVG, nach der sich die zulässige Höchstbefristungsdauer in der Postdoc-Phase um nicht verbrauchte Zeiten mit oder ohne befristete Beschäftigung in der Promotionsphase verlängert, stellt sicher, dass der zeitliche Rahmen von auf § 2 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 WissZeitVG gestützten Befristungen einerseits nicht überschritten, andererseits ausgeschöpft werden kann (vgl. *BT-Drucks. 16/3438 S. 12*). Diese Verlängerungsbestimmung machte kaum Sinn, wenn man § 2 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 WissZeitVG als *eine* rechtliche Befristungsgrundlage mit *einer* zulässigen (Gesamt-)Höchstdauer verstünde. Gegen solch ein Verständnis spricht im Übrigen der Wortlaut des § 2 Abs. 1 Satz 4 WissZeitVG. Hiernach sind Verlängerungen eines befristeten Arbeitsvertrags innerhalb der *jeweils* zulässigen Befristungsdauer möglich. 25

(b) Die Formulierung der „insgesamt zulässigen Befristungsdauer“ des § 2 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG betrifft die Verlängerungsmöglichkeit wegen einer Kinderbetreuung während der Qualifizierungsphase (sog. „*familienfreundliche Komponente*“, vgl. *BT-Drucks. 16/3438 S. 9*). Sie soll ausdrücken, dass sich nicht der jeweilige Befristungsrahmen vor und nach der Promotion verlängert, sondern der in der Summe verfügbare Befristungsrahmen (*BT-Drucks. 16/3438 S. 13*). Sie legt damit eine andere als die regelmäßige zulässige Höchstbefristungsdauer für befristete Arbeitsverhältnisse auf der Grundlage von § 2 Abs. 1 Satz 1 *oder* Satz 2 WissZeitVG fest. Für die Annahme einer Verkürzung der Befristungshöchstdauer des § 2 Abs. 1 Satz 2 WissZeitVG von sechs (*im Bereich der Medizin: neun*) Jahren um den die Höchstbefristungsdauer des § 2 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG übersteigenden Zeitraum gibt der Wortlaut des § 2 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG nichts her. Der systematische Zusammenhang der Vorschrift spricht eher dafür, dass sie allein die Höchstdauer der Befristung „an sich“ regelt und nicht deren „Berechnung“. 26

(c) Die Anrechnungsvorschrift des § 2 Abs. 3 WissZeitVG bezieht sich nach ihrem Satz 1 auf „die in Absatz 1 geregelte zulässige Befristungsdauer“. Dies meint nach dem Wortlaut nicht zwingend die Summe der für die Promotionsphase und für die Postdoc-Phase geregelten (Gesamt-)Höchstbefristungsdauer. „In Absatz 1“ sind zwei Befristungstatbestände - jeweils mit einer näher bestimmten zulässigen Maximaldauer - geregelt. Damit kann § 2 Abs. 3 WissZeitVG auch bezogen auf die jeweiligen Fallkonstellationen, also die Dauer der Befristung nach § 2 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG oder die Dauer der Befristung nach § 2 Abs. 1 Satz 2 WissZeitVG einschließlich deren Verlängerung wegen Zeitersparnis in der Promotionsphase oder die verlängerte Dauer nach § 2 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG, interpretiert werden (*in diesem Sinne: APS/Schmidt 3. Aufl. § 2 WissZeitVG Rn. 40; Preis WissZeitVG § 2 Rn. 26 aE, 121; ebenso zur wortgleichen Vorgängervorschrift des § 57b Abs. 2 Satz 1 HRG: Waldeyer in Hailbronner/Geis Hochschulrecht in Bund und Ländern Stand April 2003 Bd. 1 § 57b HRG Rn. 22; aA Dörner Der befristete Arbeitsvertrag 2. Aufl. Rn. 563 - vgl. insbesondere das dort gebildete Beispiel*). Hierauf deutet ebenso ein gesetzssystematischer Textvergleich: Während sich bei der Verlängerungsregelung des § 2 Abs. 1 Satz 3 WissZeitVG für die Dauer der Befristung die Formulierung „insgesamt zulässige Befristungsdauer“ findet, heißt es bei der Anrechnungsvorschrift des § 2 Abs. 3 Satz 1 WissZeitVG „auf die ... geregelte zulässige Befristungsdauer“. Im Gesetz ist mithin unterschieden zwischen „zulässiger Befristungsdauer“ und „insgesamt zulässiger Befristungsdauer“.

(2) Nach Sinn und Zweck der mit dem WissZeitVG eröffneten Befristungsmöglichkeit in der Postdoc-Qualifikationsphase sowie der Anrechnungsvorschrift des § 2 Abs. 3 WissZeitVG ist bei der zulässigen Höchstdauer des § 2 Abs. 1 Satz 2 WissZeitVG die Zeit einer befristeten Beschäftigung vor der Promotion, die die Sechs-Jahres-Höchstfrist nach § 2 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG übersteigt, nicht „verkürzend“ zu berücksichtigen.

(a) Mit der Befristungsmöglichkeit nach § 2 Abs. 1 Satz 2 WissZeitVG soll dem promovierten wissenschaftlichen und künstlerischen Personal die Möglich-

keit eröffnet werden, sich innerhalb von - regelmäßig - sechs (*bzw. neun*) Jahren durch Erbringung weiterer wissenschaftlicher Leistungen und Tätigkeiten in der Lehre für die Übernahme einer Professur zu qualifizieren (*vgl. BT-Drucks. 16/3438 S. 12*). Die Dauer für diese Qualifizierungsphase entspricht dem vormaligen Befristungsvolumen für wissenschaftliche Assistenten (*Dörner Der befristete Arbeitsvertrag Rn. 558*). Mit den Befristungshöchstgrenzen nach § 2 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 WissZeitVG soll einerseits den Mitarbeitern ein hinreichender Zeitraum zur Qualifizierung und den Hochschulen zur Nachwuchsförderung offenstehen; andererseits zwingt die Regelung Hochschulen und Nachwuchswissenschaftler dazu, die Qualifizierung in ihren Abschnitten Promotionsphase und Postdoc-Phase zügig voranzutreiben, wenn das Privileg der befristeten Beschäftigung genutzt werden soll (*vgl. BT-Drucks. 16/3438 S. 11; KR/Treber 9. Aufl. § 2 WissZeitVG Rn. 13*). Insgesamt bezwecken die Regelungen des „Sonderbefristungsrechts“ nach dem WissZeitVG - ebenso wie die der vormaligen §§ 57a ff. HRG - einen angemessenen Ausgleich der Interessen zwischen der Hochschule, welche die Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 GG für sich in Anspruch nehmen kann, und deren wissenschaftlichem Personal, für das wegen der schutzpflichtrechtlichen Dimension des Art. 12 Abs. 1 GG ein Mindestmaß an arbeitsrechtlichem Bestandsschutz sicherzustellen ist (*vgl. BT-Drucks. 16/3438 S. 8; ausführlich Dieterich/Preis Befristete Arbeitsverhältnisse in Wissenschaft und Forschung 2001 [Gutachten zum Konzept der Neuregelung im HRG] S. 88 ff.*).

Hiernach ist eine Verkürzung der Befristungshöchstdauer in der zweiten Phase der Qualifikation einer wissenschaftlichen Nachwuchskraft nach deren Promotion in dem zeitlichen Umfang, in dem die Befristungshöchstdauer vor Abschluss der Promotion überschritten worden ist, nicht geboten. § 2 Abs. 1 Satz 2 WissZeitVG sieht den (*regelmäßigen*) Sechs-Jahres-Zeitraum (*im Bereich der Medizin: Neun-Jahres-Zeitraum*) ab abgeschlossener Promotion im Sinne einer Höchstfrist als ausreichend, aber auch als notwendig an, um sich für das Professorenamt zu qualifizieren. Die (Weiter-)Qualifikationsmöglichkeit würde konterkariert, wenn man die Befristungsdauer um vor Abschluss der Promotion „verbrauchte“, über sechs Jahre liegende Zeiten kürzte. Die mit dem

30

Abschluss der Promotion überhaupt erst eröffnete weitere Qualifikation in der Postdoc-Phase für die wissenschaftliche Nachwuchskraft und für die Hochschulen würde unangemessen erschwert, wenn der typisierend-regelmäßige Zeitraum für diese Qualifikation nicht ausgeschöpft werden könnte.

(b) Der Zweck der Anrechnungsvorschrift des § 2 Abs. 3 WissZeitVG ist darauf gerichtet, eine funktionswidrige Verwendung des Sonderbefristungsrechts des WissZeitVG im Interesse der Innovationsfähigkeit der Hochschulen und Forschungseinrichtungen, aber auch zum Schutz der betroffenen Arbeitnehmer vor einer durch den Gedanken der wissenschaftlichen Qualifizierung nicht mehr getragenen Befristung zu vermeiden (*APS/Schmidt § 2 WissZeitVG Rn. 39; Dörner Der befristete Arbeitsvertrag Rn. 578*). § 2 Abs. 3 WissZeitVG schließt den funktionswidrigen Wechsel der Befristungstatbestände in der Qualifizierungsphase durch Kombination unterschiedlicher gesetzlicher Grundlagen ebenso aus wie eine immer wieder erneute Inanspruchnahme der Befristungshöchstgrenzen bei jedem Wechsel der Hochschule oder Forschungseinrichtung (*vgl. BT-Drucks. 16/3438 S. 15*). In der Qualifikationsphase bildet der Abschluss der Promotion eine Zäsur. Die eine Befristung ermöglichende Qualifikation für die Übernahme einer Professur ist nach der gesetzgeberischen Konzeption erst mit Abschluss der Promotion überhaupt eröffnet. Damit ist aber auch nur die Zeit befristeter Arbeitsverhältnisse *nach* der Promotion - gleich bei welchem Arbeitgeber und auf welcher Rechtsgrundlage sie absolviert worden ist - für die Übernahme einer Professur qualifikationsrelevant. Nach dem Zweck der Anrechnungsbestimmung ist es folgerichtig, *diese* Zeit bei der Befristungshöchstdauer der Postdoc-Phasen-Befristung zu berücksichtigen (*vgl. Schaub/Koch ArbR-Hdb. 14. Aufl. § 39 Rn. 34*). Die für die Übernahme eines Professorenamts als qualifikationsangemessen angesehene Befristungsdauer von bis zu sechs (*bzw. neun*) Jahren wird demgegenüber nicht funktionswidrig ausgenutzt, wenn die *vor* der Promotion liegende, die Sechs-Jahres-Grenze übersteigende Befristungsdauer unberücksichtigt bleibt.

(3) Gesetzesbegründung und Entstehungsgeschichte des WissZeitVG gebieten keine andere Auslegung. Allerdings spricht die Gesetzesbegründung

von einem „Gesamtbefristungsrahmen“ oder einem „Höchstbefristungszeitraum“ (*BT-Drucks. 16/3438 S. 13 und 15*). Damit ist ausgedrückt, dass die besonderen Befristungsregelungen nach § 2 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 WissZeitVG eine Zeitbefristung von Anstellungsverträgen mit wissenschaftlichem und künstlerischem Personal ohne Sachgrund für insgesamt zwölf - im Bereich der Medizin 15 - Jahre erlauben (*ErfK/Müller-Glöge 11. Aufl. § 2 WissZeitVG Rn. 1; vgl. auch Preis WissZeitVG § 2 Rn. 4*). Dass Zeiten befristeter Arbeitsverhältnisse vor einer abgeschlossenen Promotion, die nicht auf das WissZeitVG gestützt werden können, die höchstzulässige Dauer einer auf das WissZeitVG gestützten Befristung nach Abschluss der Promotion verkürzen - oder ganz ausschließen - sollen, lässt sich der Gesetzesbegründung nicht entnehmen. Auch die Entstehungsgeschichte des WissZeitVG gibt keine Anhaltspunkte für ein solches Verständnis. Abgesehen von redaktionellen Änderungen entsprechen § 2 Abs. 1 WissZeitVG - bis auf den eingefügten Satz 3 - der Vorgängervorschrift des § 57b Abs. 1 HRG und § 2 Abs. 3 WissZeitVG dem bisherigen § 57b Abs. 2 HRG (*vgl. BT-Drucks. 16/3438 S. 11 und 15*). Die Gesetzesbegründungen zu § 2 Abs. 1 und Abs. 3 WissZeitVG und zu § 57b Abs. 1 und Abs. 2 HRG sind im Wesentlichen identisch (*vgl. einerseits BT-Drucks. 16/3438 S. 11 ff. und andererseits BT-Drucks. 14/6853 S. 32 ff.*). Die Rechtslage hat sich damit gegenüber dem HRG nicht geändert. Bei der Anrechnungsbestimmung der Vorgängervorschrift des § 57b Abs. 2 HRG hat das kommentierende Schrifttum - soweit die Problematik gesehen worden ist - zwischen den Fallgruppen der Befristungsdauer vor und nach der Promotion unterschieden (*vgl. Waldeyer in Hailbronner/Geis Hochschulrecht in Bund und Ländern § 57b HRG Rn. 22*). Dies spricht dafür, auch bei der Anrechnungsbestimmung des § 2 Abs. 3 WissZeitVG zwischen den Zeiten vor und nach der Promotion zu differenzieren. Anderenfalls hätte eine - und sei es klarstellende - Änderung der Anrechnungsvorschrift (*oder ein entsprechender Passus in der Gesetzesbegründung zum WissZeitVG*) nahegelegen.

(4) Entgegen der Auffassung des Klägers ist ein anderes Verständnis des § 2 Abs. 3 WissZeitVG unionsrechtlich nicht geboten.

33

(a) Zutreffend verweist der Kläger darauf, dass (*auch*) bei der Auslegung der Befristungsbestimmungen nach dem WissZeitVG unionsrechtliche Vorgaben, insbesondere die der Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999 (*Befristungsrichtlinie*) zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge vom 18. März 1999 (*Rahmenvereinbarung*) zu beachten sind. Nach § 5 der Rahmenvereinbarung ergreifen die Mitgliedstaaten, um Missbrauch durch aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge oder -verhältnisse zu vermeiden, eine oder mehrere der in § 5 Nr. 1 Buchst. a bis c der Rahmenvereinbarung genannten Maßnahmen. Entschließt sich ein Mitgliedstaat zu einer dieser Maßnahmen oder zu mehreren, hat er das unionsrechtlich vorgegebene Ziel der Verhinderung des Missbrauchs von aufeinanderfolgenden befristeten Arbeitsverträgen zu gewährleisten (*vgl. EuGH 23. April 2009 - C-378/07 bis C-380/07 - [Angelidaki] Rn. 94, 95 mwN, Slg. 2009, I-3071*). Wie der Gerichtshof der Europäischen Union in mehreren Entscheidungen ausgeführt und geklärt hat, ist es Aufgabe der nationalen Gerichte, im Rahmen ihrer Zuständigkeit diesem Ziel bei der Auslegung der nationalen Vorschriften Rechnung zu tragen (*vgl. EuGH 23. April 2009 - C-378/07 bis C-380/07 - [Angelidaki] Rn. 106, aaO; 7. September 2006 - C-53/04 - [Marrosu und Sardino] Rn. 56, Slg. 2006, I-7213; 7. September 2006 - C-180/04 - [Vassallo] Rn. 41, Slg. 2006, I-7251*).

34

(b) Mit § 2 Abs. 1 WissZeitVG hat sich der nationale Gesetzgeber - bei beiden, vom jeweiligen Qualifizierungsstand abhängigen Befristungsgrundlagen - für das Erfordernis einer Höchstbefristungsdauer entschieden. Dies genügt den Anforderungen von § 5 Abs. 1 Buchst. b der Rahmenvereinbarung (*vgl. zu § 57b Abs. 1 HRG: BAG 19. März 2008 - 7 AZR 1100/06 - Rn. 44, BAGE 126, 211*). Eine am Qualifikationsziel orientierte Maximalbefristungsdauer und die Anrechnungsbestimmung des § 2 Abs. 3 WissZeitVG wirken der rechtsmissbräuchlichen Inanspruchnahme der Sonderbefristungstatbestände nach dem WissZeitVG entgegen. Stellt man bei der Anrechnungsregel des § 2 Abs. 3 WissZeitVG auf die Zäsur der Promotion ab, ist dem unionsrechtlich gebotenen Schutz der Rechtsmissbrauchsverhinderung genügt. Eine qualifikationsinadäquate - und damit rechtsmissbräuchliche - Inanspruchnahme der

35

Befristungstatbestände nach § 2 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 WissZeitVG wird vermieden, ohne den für eine wissenschaftliche Weiterqualifizierung im Anschluss an eine Promotion als regelmäßig angesehenen Zeitbedarf von sechs (*oder neun*) Jahren zu verkürzen. Ein Missbrauch der Befristungsmöglichkeit in der Postdoc-Phase liegt typischerweise nicht vor, wenn sie auch für vor der Promotion länger als sechs Jahre befristet beschäftigte Nachwuchskräfte eröffnet ist.

bb) Die streitgegenständliche Befristung vom 23./30. September 2008 ist damit nach § 2 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1 WissZeitVG zulässig. Der Kläger wurde am 7. Juli 2004 promoviert. Danach war eine Befristung bis zu einer Dauer von sechs Jahren möglich. Auf diese Höchstbefristungsdauer ist die Zeit der befristeten Arbeitsverhältnisse des Klägers vor seiner Promotion nicht anzurechnen. Sie ist mit dem vereinbarten Befristungsende am 30. Juni 2010 nicht überschritten. Nach § 2 Abs. 1 Satz 4 WissZeitVG sind Verlängerungen eines befristeten Arbeitsvertrags innerhalb der jeweils zulässigen Befristungsdauer möglich. Entgegen der Ansicht des Klägers ist die Befristungsmöglichkeit in der Postdoc-Phase daher auch nicht durch den - auf § 57b Abs. 1 Satz 2 HRG gestützten - Vorvertrag für die Zeit vom 16. Mai 2006 bis zum 30. September 2008 „verbraucht“.

d) Das Zitiergebot des § 2 Abs. 4 Satz 1 WissZeitVG ist eingehalten. In dem Arbeitsvertrag vom 23./30. September 2008 ist angegeben, dass die Befristung auf „§ 2 Abs. 1 Satz 2 WissZeitVG i.V.m. § 1 Abs. 1 Satz 1 WissZeitVG (Phase nach Abschluss einer Promotion)“ beruht.

2. Die - erstmals mit der Berufungsbegründung erhobene - Rüge des Klägers, die zuständige Personalvertretung sei bei dem Abschluss des letzten befristeten Vertrags im September 2008 nicht beteiligt worden, ist unbeachtlich; ungeachtet dessen ist sie nicht begründet.



- a) Der Kläger ist mit dieser Rüge ausgeschlossen. 39
- aa) Hat der Arbeitnehmer die Klagefrist des § 17 Satz 1 TzBfG gewahrt, kann er nach § 17 Satz 2 TzBfG iVm. § 6 Satz 1 KSchG bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz die Unwirksamkeit der Befristung aus anderen Gründen als denjenigen geltend machen, die er innerhalb der dreiwöchigen Klagefrist benannt hat (*BAG 4. Mai 2011 - 7 AZR 252/10 - Rn. 16, NZA 2011, 1178*). Demnach muss der Arbeitnehmer den Verstoß gegen eine zwingende Personalratsbeteiligung vor der Befristung nach rechtzeitiger Klageerhebung spätestens in der verlängerten Anrufungsfrist der § 17 Satz 2 TzBfG, § 6 Satz 1 KSchG geltend machen. Sonst ist er mit dieser Rüge ausgeschlossen (*vgl. für die Rüge eines Verstoßes gegen die Schriftform des § 14 Abs. 4 TzBfG: BAG 4. Mai 2011 - 7 AZR 252/10 - Rn. 19, aaO*). Der Arbeitnehmer ist allerdings nicht damit ausgeschlossen, einen Unwirksamkeitsgrund geltend zu machen, wenn das Arbeitsgericht seine Hinweispflicht aus § 17 Satz 2 TzBfG, § 6 Satz 2 KSchG verletzt hat. In einem solchen Fall kann der Arbeitnehmer den erstinstanzlich nicht geltend gemachten Unwirksamkeitsgrund noch in das Berufungsverfahren einführen (*BAG 4. Mai 2011 - 7 AZR 252/10 - Rn. 20, aaO*). 40
- bb) Vorliegend hat der Kläger den etwaigen Unwirksamkeitsgrund des Unterbleibens einer ordnungsgemäßen Personalratsbeteiligung hinsichtlich der streitbefangenen Befristung nicht innerhalb der verlängerten Anrufungsfrist nach § 17 Satz 2 TzBfG, § 6 Satz 1 KSchG geltend gemacht. Das Arbeitsgericht war insofern auch nicht gehalten, einen Hinweis nach § 6 Satz 2 KSchG zu erteilen. Das Fehlen einer Beteiligung der zuständigen Personalvertretung hat der Kläger erstmals in der Berufungsinstanz problematisiert. Vorher bestanden keinerlei Anhaltspunkte für eine Prüfung, ob etwa die Befristung aus personalvertretungsrechtlichen Gründen unwirksam sei. Der Kläger ist daher damit ausgeschlossen, sich auf einen solchen, in erster Instanz nicht geltend gemachten Unwirksamkeitsgrund zu berufen. 41
- b) Ungeachtet dessen ist eine ohne Zustimmung des Personalrats vereinbarte Befristung eines Arbeitsvertrags nur dann unwirksam, wenn sie nach dem maßgeblichen Personalvertretungsgesetz der zwingenden Mitbestimmung des 42

Personalrats unterfällt (vgl. BAG 13. Juni 2007 - 7 AZR 287/06 - Rn. 19 mwN, AP TzBfG § 17 Nr. 7 = EzA TzBfG § 14 Nr. 39). Dies ist vorliegend nicht der Fall. Es ist bereits fraglich, ob den Kläger betreffende personelle Maßnahmen überhaupt der Mitbestimmung unterliegen. Denn nach § 65 Abs. 3 Nr. 3 Niedersächsisches Personalvertretungsgesetz vom 22. Januar 2007 (NPersVG, Nds. GVBl. S. 11) erstreckt sich die Mitbestimmung des Personalrats nicht auf personelle Maßnahmen für Beschäftigte, die nach Umfang und Gewicht ihres Aufgabenbereichs überwiegend künstlerisch oder wissenschaftlich tätig sind, sofern für deren Beschäftigung die Beurteilung der künstlerischen oder wissenschaftlichen Befähigung entscheidend ist. Jedenfalls betrifft das nach § 65 Abs. 2 Nr. 4 NPersVG bestehende Mitbestimmungsrecht des Personalrats bei der Verlängerung befristeter Arbeitsverträge nicht die in einem Verlängerungsvertrag vereinbarte Befristung, sondern die mit der Verlängerung verbundene Einstellung des Arbeitnehmers. Eine Verletzung dieses Mitbestimmungsrechts führt nicht zur Unwirksamkeit der vereinbarten Befristung (vgl. zur vergleichbaren Vorschrift des § 75 Abs. 1 Nr. 3 ThürPersVG: BAG 5. Mai 2004 - 7 AZR 629/03 - zu I 5 der Gründe, BAGE 110, 295).

- B. Der dem Senat zur Entscheidung anfallende - auf die vorletzte Befristungsabrede vom 16. Mai 2006 bezogene - Hilfsantrag ist zulässig, aber gleichfalls unbegründet. 43
- I. Der Eventualantrag ist zulässig. Er steht unter der zulässigen innerprozessualen Bedingung, dass der Kläger mit dem Hauptantrag nicht durchdringt. Der Antrag ist auch hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Der Kläger wendet sich gegen die in dem Vertrag vom 16. Mai 2006 vereinbarte Befristung. Dem Antragswortlaut „... und als unbefristetes Arbeitsverhältnis fortbesteht“ kommt keine eigenständige Bedeutung - etwa im Sinne einer allgemeinen Feststellungsklage nach § 256 Abs. 1 ZPO - zu. 44
- II. Der Antrag ist unbegründet. 45
1. Allerdings gilt die in dem Vertrag vom 16. Mai 2006 vereinbarte Befristung nicht nach § 17 Satz 2 TzBfG iVm. § 7 Halbs. 2 KSchG als rechtswirksam. 46

- a) Der Kläger hat mit der am 8. Oktober 2008 beim Arbeitsgericht eingereichten (*und alsbald zugestellten*) Klageschrift rechtzeitig, dh. innerhalb von drei Wochen nach dem vereinbarten Ende der Befristung am 30. September 2008 eine Befristungskontrollklage iSd. § 17 Satz 1 TzBfG erhoben. Zwar wahrt ein allgemeiner Feststellungsantrag iSd. § 256 Abs. 1 ZPO die materiellrechtliche Klagefrist des § 17 Satz 1 TzBfG nicht. Denn ein solcher Antrag genügt nicht den Anforderungen an die ordnungsgemäße Erhebung einer Befristungskontrollklage (*vgl. ausführlich BAG 16. April 2003 - 7 AZR 119/02 - zu I 1 a der Gründe, BAGE 106, 72*). Eine Klage ist aber nach § 17 Satz 1 TzBfG rechtzeitig erhoben, wenn aus dem Klageantrag, der Klagebegründung oder sonstigen Umständen bei Klageerhebung zu erkennen ist, dass der Kläger geltend machen will, sein Arbeitsverhältnis habe nicht durch die zu einem bestimmten Zeitpunkt vereinbarte Befristung zu dem in dieser Vereinbarung vorgesehenen Termin geendet (*vgl. BAG 16. April 2003 - 7 AZR 119/02 - aaO*). Zumindest aus der Klagebegründung und der als Anlage beigelegten Abschrift des vorletzten befristeten Arbeitsvertrags wird - trotz des nicht an der Formulierung des § 17 Satz 1 TzBfG orientierten Wortlauts des in der Klageschrift angekündigten Antrags - deutlich, dass der Kläger (*auch*) die vorletzte Befristung zur gerichtlichen Überprüfung stellen will. 47
- b) Ein als echter Eventualantrag im Sinne einer objektiven Klagehäufung gestellter Befristungskontrollantrag steht der Annahme der ordnungsgemäßen und fristgerechten Klageerhebung nicht entgegen. Auch ein hilfsweise gestellter Befristungskontrollantrag erfüllt die Voraussetzungen des § 17 Satz 1 KSchG (*vgl. zu § 4 Satz 1 KSchG: HaKo/Gallner 3. Aufl. § 4 KSchG Rn. 32 mwN*). 48
2. Der gegen die Befristung des vorletzten Vertrags gerichtete Befristungskontrollantrag ist jedoch deshalb unbegründet, weil die Parteien das mit dem Vertrag vom 16. Mai 2006 begründete - wegen der etwaigen Unwirksamkeit der Befristung ggf. unbefristet bestehende - Arbeitsverhältnis mit dem Abschluss des Arbeitsvertrags vom 23./30. September 2008 aufgehoben haben. Auf die Zulässigkeit der Befristungsabrede in dem einvernehmlich aufgehobenen Vertrag kommt es daher nicht an. 49

a) Der Senat hat bislang in ständiger Rechtsprechung dahingehend formuliert, dass bei mehreren aufeinanderfolgenden befristeten Arbeitsverträgen grundsätzlich nur die in dem letzten Vertrag vereinbarte Befristung der Befristungskontrolle unterliege (vgl. zB BAG 22. April 2009 - 7 AZR 743/07 - Rn. 15, BAGE 130, 313). Er hat dies regelmäßig damit begründet, dass die Parteien durch den vorbehaltlosen Abschluss eines weiteren befristeten Arbeitsvertrags ihr Arbeitsverhältnis auf eine neue Rechtsgrundlage stellten, die für ihre Rechtsbeziehungen künftig allein maßgeblich sei. Damit werde zugleich ein etwaiges unbefristetes Arbeitsverhältnis aufgehoben (vgl. BAG 6. Oktober 2010 - 7 AZR 397/09 - Rn. 13 mwN, EzA TzBfG § 14 Nr. 70; 25. März 2009 - 7 AZR 34/08 - Rn. 9 mwN, EzA TzBfG § 14 Nr. 57). Dies gelte allerdings nicht, wenn die Parteien dem Arbeitnehmer bei Abschluss des letzten Vertrags das Recht vorbehalten hätten, die zuvor vereinbarte Befristung gerichtlich überprüfen zu lassen. Dann sei die Befristungskontrolle auch für den vorletzten Vertrag eröffnet (vgl. etwa BAG 18. Juni 2008 - 7 AZR 214/07 - Rn. 12, AP TzBfG § 14 Nr. 50 = EzA TzBfG § 14 Nr. 50). Dazu reiche ein vom Arbeitnehmer einseitig erklärter Vorbehalt nicht aus. Der Vorbehalt müsse vielmehr - ausdrücklich oder konkludent - vertraglich vereinbart sein (vgl. BAG 14. Februar 2007 - 7 AZR 95/06 - Rn. 15 mwN, BAGE 121, 247). Schlössen die Parteien allerdings nach Zustellung einer Befristungskontrollklage beim Arbeitgeber einen weiteren befristeten Arbeitsvertrag und trafen sie keine Vereinbarungen darüber, welche Auswirkungen der neue Vertragsschluss auf den bereits anhängigen Rechtsstreit haben solle, sei davon auszugehen, dass der neue Vertrag unter Vorbehalt geschlossen sei (vgl. hierzu BAG 18. Juni 2008 - 7 AZR 214/07 - Rn. 12 mwN, aaO).

50

b) Der Senat nimmt den vorliegenden Streitfall zum Anlass klarzustellen, dass die Formulierung, prinzipiell unterliege nur die in dem letzten Vertrag vereinbarte Befristung der Befristungskontrolle, nicht dahingehend zu verstehen ist, der Arbeitnehmer könne eine frühere Befristung nicht zum Gegenstand einer von ihm erhobenen Befristungskontrollklage machen. Den Streitgegenstand (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) bestimmt auch im Befristungskontrollprozess der Kläger. Mit der bislang verwendeten Formulierung und der sich anschlie-

51

ßenden Begründung hat der Senat zum Ausdruck gebracht, dass ein Arbeitnehmer regelmäßig (*typischerweise*) die Unwirksamkeit der Befristung eines Arbeitsvertrags gerichtlich nicht mehr erfolgreich geltend machen kann, wenn er mit dem Arbeitgeber „vorbehaltlos“ einen Folgevertrag schließt. Der Senat stellt ferner klar, dass seine differenzierten Ausführungen zu den Voraussetzungen und Bedingungen eines beachtlichen „Vorbehalts“ typisierenden Charakter haben und nicht als zwingende, die Tatsachengerichte bindende Auslegungsregeln zu verstehen sind. Ob die Arbeitsvertragsparteien mit dem Abschluss eines Folgevertrags einen vorherigen Vertrag aufheben, bestimmt sich nach dem Inhalt der auf den Vertragsschluss gerichteten Willenserklärungen. Dieser ist vom Gericht der Tatsacheninstanz durch Auslegung der bei Abschluss des Folgevertrags abgegebenen ausdrücklichen und konkludenten Erklärungen der Parteien zu ermitteln (*vgl. bezogen auf die „Vorbehalts“vereinbarung: BAG 14. Februar 2007 - 7 AZR 95/06 - Rn. 15 mwN, BAGE 121, 247*). Die Auslegung ist revisionsrechtlich nur daraufhin überprüfbar, ob die gesetzlichen Auslegungsregeln (§§ 133, 157 BGB) richtig angewandt, allgemeine Denkgesetze oder Erfahrungssätze verletzt oder für die Auslegung wesentliche Umstände außer Acht gelassen wurden (*vgl. hierzu bereits BAG 5. Juni 2002 - 7 AZR 205/01 - zu I 2 b bb der Gründe, AP BGB § 620 Befristeter Arbeitsvertrag Nr. 236 = EzA BGB § 620 Nr. 195*).

c) Im vorliegenden Streitfall haben die Parteien mit Abschluss des befristeten Arbeitsvertrags vom 23./30. September 2008 den vorangegangenen Vertrag vom 16. Mai 2006 aufgehoben. Diese Würdigung kann der Senat ausnahmsweise selbst vornehmen. 52

aa) Hat das Tatsachengericht von einer Würdigung nichttypischer Willenserklärungen abgesehen und kann diese ohne Erschließung weiteren Tatsachenmaterials vorgenommen werden, so ist das Revisionsgericht befugt, die vom Berufungsgericht unterlassene Auslegung selbst vorzunehmen (*vgl. BAG 14. September 1984 - 7 AZR 589/82 - zu II 2 b der Gründe mwN*). Eine Auslegung durch das Revisionsgericht ist insbesondere dann möglich, wenn - wie hier - der in den wesentlichen Tatsachen unstreitige Sachverhalt durch das 53

Landesarbeitsgericht, ggf. durch Bezugnahme auf die Schriftsätze der Parteien, vollständig festgestellt und weiteres tatsächliches Vorbringen der Parteien nach einer Zurückverweisung nicht zu erwarten ist (vgl. BAG 13. Dezember 2006 - 10 AZR 787/05 - Rn. 18 mwN, AP ZPO § 278 Nr. 1 = EzA BGB 2002 § 779 Nr. 3).

bb) Das dem Kläger vom beklagten Land mit dem Arbeitsvertragstext unterbreitete Angebot auf Abschluss eines weiteren befristeten Arbeitsverhältnisses für die Zeit vom 1. Oktober 2008 bis zum 30. Juni 2010 konnte der Kläger gemäß §§ 133, 157 BGB nur so verstehen, dass das beklagte Land die arbeitsvertragliche Beziehung mit ihm durch den Abschluss dieses Vertrags auf eine neue Rechtsgrundlage stellen und den Vertrag vom 16. Mai 2006 - selbst wenn er wegen der Unwirksamkeit der Befristungsabrede unbefristet bestehen sollte - aufheben wollte. Hiervon ging ersichtlich auch der Kläger aus, denn sonst hätte für ihn keine Veranlassung bestanden, den Personaldezernenten bei dem Gespräch am 30. September 2008 um Unterzeichnung des Schreibens vom 29. September 2008 zu bitten. Der Kläger hat mit dieser Bitte der Sache nach den Antrag des beklagten Landes abgelehnt verbunden mit dem Angebot, den weiteren befristeten Arbeitsvertrag mit dem von ihm gewünschten „Vorbehalt“ abzuschließen. Dies folgt aus § 150 Abs. 2 BGB, wonach eine Annahme unter Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstigen Änderungen als Ablehnung, verbunden mit einem neuen Antrag, gilt. Diesen Antrag hat das beklagte Land abgelehnt. Der Personaldezernent ist der Bitte des Klägers ausdrücklich nicht nachgekommen. Darin lag gleichzeitig ein erneuter Antrag des beklagten Landes, den neuen befristeten Arbeitsvertrag nur in Aufhebung des Vertrags vom 16. Mai 2006 abzuschließen. Diesen Antrag hat der Kläger durch die Unterzeichnung des Arbeitsvertragstextes angenommen. Als Empfänger des Angebots des beklagten Landes, mit ihm einen weiteren befristeten Arbeitsvertrag abzuschließen, konnte er dem von ihm angenommenen Angebot des beklagten Landes gerade nicht den Inhalt entnehmen, dieser Vertrag solle nur dann das Arbeitsverhältnis regeln, wenn nicht bereits der vorletzte Arbeitsvertrag für das Arbeitsverhältnis maßgeblich ist. Die Übergabe des Schreibens vom 29. September 2008 durch den Kläger und die abschließende Bemerkung

54

des Personaldezernenten „Dann können Sie jetzt klagen“ stellen einen Austausch der wechselseitigen Meinungen zur Zulässigkeit der vorangegangenen Befristungsabrede dar und ändern nichts an der einvernehmlichen Aufhebung des vorletzten Vertrags.

C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

55

Linsenmaier

Kiel

Schmidt

Vorbau

Kley