

# Das befristete Arbeitsverhältnis

## I. Voraussetzungen

### 1. Befristung bis zu 2 Jahren

Für eine Befristung auf bis zu 2 Jahre muss nach § 14 II 1 TzBfG dann kein sachlicher Grund vorliegen, wenn es sich um eine Neueinstellung handelt. Dies gilt nach § 14 II 1 TzBfG auch, wenn mehrere Befristungen nacheinander zu einer Gesamtbeschäftigungsdauer von unter 2 Jahren führen und die Befristung weniger als 3-mal hintereinander verlängert wird. Die Verlängerung muss dabei an dem auf den letzten Tag des vorangegangenen Arbeitsverhältnisses folgenden Tag beginnen. Selbst die Unterbrechung für die Dauer dazwischen liegender arbeitsfreier Tage ist schädlich.

### 2. Befristung bis zu 4 Jahren

Dies gilt nach § 14 IIa TzBfG auch für eine Befristung von bis zu 4 Jahren, wenn, wenn es sich beim Arbeitgeber um eine Firmenneugründung handelt.

**Beachte:** Dies gilt nicht, wenn im Rahmen von Umstrukturierungsmaßnahmen lediglich im Rechtssinne ein neues Unternehmen gegründet wird (z.B. Umwandlung von oHG in GmbH).

### 3. Befristung bis zu 5 Jahren

Ohne sachlichen Grund können bis zu einer Höchstdauer von 5 Jahren nach § 14 III TzBfG auch Arbeitsverträge mit Arbeitnehmern befristet werden, die bei Beginn des Arbeitsverhältnisses mindestens 52 Jahre alt sind und zuvor 4 Monate beschäftigungslos waren, Kurzarbeitergeldbezogen haben oder in einer Beschäftigungsförderungsmaßnahme waren.

### 4. Sonstige Befristungen

Soll ein Arbeitsverhältnis befristet werden, so bedarf es dazu nach § 14 IV TzBfG der Schriftform. Zudem muss bei einer Befristung auf über 2 Jahre nach § 14 I TzBfG ein sachlicher Grund vorliegen. Dies gilt auch, wenn mehrere Kettenbefristungen zu einer Überschreitung der Höchstdauer einer Befristung ohne sachlichen Grund führen oder bei § 14 II TzBfG eine mehr als 3-malige Verlängerung der Befristung erfolgen soll.

Nach § 14 I TzBfG liegt ein sachlicher Grund insbesondere vor, wenn

1. der betriebliche Bedarf an der Arbeitsleistung nur vorübergehend besteht,
2. die Befristung im Anschluss an eine Ausbildung oder ein Studium erfolgt, um den Übergang des Arbeitnehmers in eine Anschlussbeschäftigung zu erleichtern,
3. der Arbeitnehmer zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers beschäftigt wird,
4. die Eigenart der Arbeitsleistung die Befristung rechtfertigt,
5. die Befristung zur Erprobung erfolgt,
6. in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe eine Befristung rechtfertigen,

7. der Arbeitnehmer aus Haushaltsmitteln vergütet wird, die haushaltsrechtlich für eine befristete Beschäftigung bestimmt sind, und er entsprechend beschäftigt wird oder
8. die Befristung auf einem **gerichtlichen Vergleich** beruht.

Diese Gründe sind nicht abschließend (vgl. Wortlaut „insbesondere“).

§ 14 I TzBfG findet auf die Befristung **einzelner Arbeitsvertragsbedingungen** zwar keine Anwendung, jedoch bedarf auch einer solchen Befristung zu ihrer Wirksamkeit eines Sachgrundes, wenn durch die Befristung der gesetzliche Änderungskündigungsschutz umgangen werden kann (BAG NJW 2004, 3138).

Nach § 14 II a TzBfG dürfen Unternehmensgründer in den ersten vier Jahren ihrer Tätigkeit befristete Arbeitsverträge ohne sachlichen Grund mit einer Laufzeit von bis zu 4 Jahren abschließen. Voraussetzung ist allerdings, dass mit demselben Arbeitgeber zuvor kein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat.

## II. Folgen einer unwirksamen Befristung

Ist die Befristung unwirksam, ist nicht etwa das gesamte befristete Arbeitsverhältnis unwirksam, sondern die Nichtigkeitsfolge erfasst nur die Befristung, so dass ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit begründet wird (§ 16 TzBfG). Der Arbeitgeber kann dem Arbeitnehmer frühestens zum vereinbarten Ende ordentlich kündigen werden. Etwas anderes gilt nach § 16 S. 2 TzBfG, wenn der Mangel lediglich in dem Verstoß gegen das Schriftformerfordernis besteht. Hier ist dann auch zuvor eine ordentliche Kündigung möglich. Die Möglichkeit einer früheren, arbeitgeberseitigen Kündigung kann sich auch aus §§ 16 I, 15 III TzBfG (bei einzelvertraglicher oder tarifvertraglicher Regelung) ergeben

Vereinbaren die Parteien nach Ausspruch einer Kündigung die befristete Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers nach Ablauf der Kündigungsfrist bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzprozesses, bedarf die Befristung ebenfalls nach § 14 IV TzBfG zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform (BAG NJW 2004, 3586).

## III. Kündigung eines befristeten Arbeitsverhältnisses

Ein befristetes Arbeitsverhältnis ist i.d.R. nur **außerordentlich** kündbar. Es kann aber arbeitsvertraglich vereinbart werden, dass die vereinbarte Befristungsdauer lediglich als Höchst-, nicht aber als Mindestdauer aufzufassen ist (Dörner, RGRK § 620 Rdnr. 12). Dies ergibt sich aus § 15 III TzBfG. Dem Arbeitgeber steht dann auch während des befristeten Arbeitsverhältnisses die Möglichkeit offen, dieses ordentlich zu kündigen. Liegen die Voraussetzungen der Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes vor, kann der Arbeitnehmer auch gegen eine solche Kündigung Kündigungsschutzklage erheben, selbst wenn im Laufe der Zeit mehrere Befristungen erfolgten.

## Ausnahmen vom Grundsatz: Kein Lohn ohne Arbeit

**I. Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, § 1 EntgeltFG** vgl. BI. 42/43

**II. Entgeltfortzahlung bei Erholungsurlaub, § 1 BUrtG** vgl. BI. 44

**III. Bildungsurlaub, § 37 VII BetrVG**

**IV. Entgeltfortzahlung an gesetzlichen Feiertagen, § 2 EntgeltFG**

Dem Arbeitnehmer steht ein Anspruch auf **Feiertagsvergütung** nach § 2 I EntgeltFG nur zu, wenn die Arbeitszeit infolge eines gesetzlichen Feiertags ausgefallen ist. Der Feiertag muss nach dem Wortlaut des Gesetzes die **alleinige Ursache** für den Arbeitsausfall sein. Bei mehreren Ursachen ist §§ 4 II, 3 II, 2 II EntgeltFG zu beachten.

Nach § 2 III EntgeltFG haben Arbeitnehmer, die am letzten Arbeitstag vor oder am ersten Arbeitstag nach Feiertagen unentschuldig der Arbeit fernbleiben, keinen Anspruch auf Bezahlung für diese Feiertage.

**V. sonstige persönliche Hinderungsgründe, § 616 BGB**

**1. Persönliches Arbeitshindernis**

Leistungshindernis in der Sphäre des Arbeitnehmers

z.B. Behördengang, Gerichtstermin, familiäre Ereignisse, persönliche Unglücksfälle, Arztbesuch, soweit der Gang zum Arzt außerhalb der Arbeitszeit für den Dienstverpflichteten unzumutbar ist, Pflege kranker Familienangehöriger, Umzug

**2. Kausalzusammenhang**

Das persönliche Leistungshindernis muss für die Arbeitsverhinderung kausal sein.

**3. Kein Verschulden des Dienstverpflichteten**

Verschulden gegen sich selbst

**4. keine erhebliche Verhinderungsdauer**

Abzugrenzen sind hiervon objektive Leistungshindernisse, die zur selben Zeit bei mehreren Dienstverpflichteten gleichzeitig bestehen und somit den zur Dienstleistung Verpflichteten wie jeden anderen auch treffen. Diese fallen nicht unter § 616 BGB. z.B. Naturkatastrophen und Vernichtung des Arbeitsplatzes durch Brand.

Die Vorschrift des § 616 BGB ist, wie sich aus § 619 BGB ergibt - abdingbar. Der Entgeltfortzahlungsanspruch bei vorübergehender Arbeitsverhinderung ist daher durch Einzelarbeitsvertrag, Tarifvertrag und - unter Berücksichtigung der Sperre des § 77 III BetrVG - auch durch Betriebsvereinbarung dispositiv (BAG 18.12.1959 AP Nr. 22 zu § 616 BGB).

**VI. Lehre vom Betriebsrisiko, § 615 S. 3 BGB** vgl. BI. 46/47

**VII. Lehre vom Wirtschaftsrisiko**

Ist die technisch an sich mögliche Arbeit aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten nicht sinnvoll, so greift die **Lehre vom Wirtschaftsrisiko** ein.

Diese Lehre geht ebenfalls den §§ 326 I, 275 IV, 615 BGB vor: So ermöglicht das BGB keine ausreichende Lösung, da die Frage der Unmöglichkeit beim Wirtschaftsrisiko aus zwei Betrachtungsweisen denkbar ist: So könnte man einerseits sagen, dass dem A die Arbeit wegen der schlechten Auftragslage unmöglich geworden ist. Andererseits lässt sich aber auch die Ansicht vertreten, dass A sehr wohl in der Lage war, zu arbeiten.

In der Regel findet die Lehre vom Wirtschaftsrisiko Anwendung, wenn die Arbeit technisch möglich ist, aber z.B. wegen der schlechten Auftrags- oder Absatzlage die Produktion für den Arbeitgeber

nicht lohnt. Das Wirtschaftsrisiko trägt grundsätzlich der Arbeitgeber allein, was aus § 276 I 1 BGB folgt, indem das Beschaffungsrisiko ausdrücklich geregelt wird. Allenfalls kommt eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses in Betracht.	
<b>VIII. Annahmeverzug, § 615 BGB</b>	<b>vgl. Bl. 45</b>
<b>XI. Mutterschutz, § 13 MuSchG</b>	
<b>X. Erziehungsurlaub, BErzGG und BEEG</b>	
<b>XI. Betriebsratstätigkeit, § 37 II BetrVG</b>	
<b>XII. Schwerbehinderte, § 96 IV SGB IX</b>	
<b>XIII. Wehrübung, § 11 ArbeitsplatzschutzG</b>	

## Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, § 3 EntgeltFG

### I. Anspruchsberechtigte

Das Entgeltfortzahlungsgesetz regelt gemäß § 1 I EntgeltFG in erster Linie Entgeltfortzahlungsansprüche von Arbeitnehmern. Als Arbeitnehmer gelten gemäß § 1 II EntgeltFG neben

- **Arbeitern und Angestellten** auch die zu ihrer (**vgl. BI. 14/15**)
- **Berufsbildung Beschäftigten**. Zudem gilt das EntgeltFG auch für
- **Heimarbeiter**.

### II. Krankheit

Der Arbeitnehmer ist **krank**, wenn er außerstande ist, die vertragsgemäße Arbeit zu verrichten oder die Arbeit nur fortsetzen kann in der Gefahr, seinen Gesundheits- oder Krankheitszustand zu verschlechtern. Auf die Ursache der Krankheit kommt es nicht an (BAG, AP Nr. 40 zu § 1 LohnFG). Die Krankheit muss als Ursache die Arbeitsunfähigkeit herbeiführen.

### III. unverschuldet

Die Krankheit darf **nicht verschuldet** sein. Bei dem Merkmal gilt nicht der Maßstab des § 276 I BGB, sondern zu prüfen ist das Verschulden gegen sich selbst (Obliegenheitsverletzung). Nur eine leichtsinnige, unverantwortliche Selbstgefährdung oder ein grober Verstoß gegen das von einem verständigen Menschen im eigenen Interesse zu erwartende Verhalten ist verschuldet (vgl. J. Schmitt, EntgeltFG, § 3 Rdnr. 77 m.w.N.).

grobes Verschulden:

- Nichtanlegen des Sicherheitsgurts im Kfz (BAG NJW 1982, 1013)
- bei Verletzungen, die von einem Unfall herrühren, der auf erhebliche Trunkenheit zurückzuführen ist, ist in der Regel ein Verschulden gegen sich selbst anzunehmen (BAG 11.3.1987 Nr. 71 zu § 1 LohnFG)
- wenn AN Schlägerei begonnen oder provoziert hat (BAG 13.11.1974 AP Nr. 45 zu § 616 BGB)

kein grobes Verschulden:

- Drachenfliegen (BAG NJW 1982, 1014)

### IV. Karenzzeit

Nach § 3 III EntgeltFG besteht der Anspruch auf Entgeltfortzahlung erst nach vierwöchiger ununterbrochener Dauer des Arbeitsverhältnisses. Damit besteht eine Wartezeit (Karenzzeit) für Fälle der neu begründeten Arbeitsverhältnisse.

In den ersten 4 Wochen hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Krankengeld nach § 44 I i.V.m. § 49 I Nr. 1 SGB V. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt der vereinbarten Arbeitsaufnahme, auf eine tatsächliche Beschäftigung während der Wartezeit kommt es nicht an. Für die Frist gelten §§ 187 II 1, 188 II BGB.

Wird ein Auszubildender im Anschluss an das Berufsausbildungsverhältnis in ein Arbeitsverhältnis übernommen, entsteht keine neue Wartezeit nach § 3 III EntgeltFG für die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall (BAG NJW 2004, 1405).

### V. Höhe der Entgeltfortzahlung

Die Entgeltfortzahlung bezieht sich nach § 4 I EntgeltFG auf das dem Arbeitnehmer bei der maßgeblichen regelmäßigen Arbeitszeit zustehende Arbeitsentgelt. Nach § 4 I a EntgeltFG bleibt das Entgelt für Überstunden außer Betracht.

Dem Entgeltfortzahlungsanspruch im Krankheitsfall gemäß § 3 I EntgeltFG können **Leistungsverweigerungsrechte** als Anspruchshindernisse entgegenstehen. Derartige Leistungsverweigerungsrechte sind in § 7 I EntgeltFG und § 100 II S. 2 SGB IV geregelt:

- § 7 I Nr. 1 EntgeltFG: Erfüllung der Anzeige- und Nachweispflicht nach § 5 EntgeltFG, bei Erfüllung erlischt das Leistungsverweigerungsrecht rückwirkend
- § 7 I Nr. 2 EntgeltFG: Bei Verhinderung des Übergangs eines Schadensersatzanspruchs wegen Verdienstaussfall gegen einen Dritten auf den Arbeitgeber.
- § 100 II S. 2 SGB IV: Hinterlegung des Sozialversicherungsausweises.

**VI. Dauer der Entgeltfortzahlung**

Die Höchstdauer der Entgeltfortzahlung beträgt 6 Wochen. Danach hat der Arbeitnehmer nach § 44 I SGB V i.V.m. § 47 SGB V einen Anspruch auf Krankengeld in Höhe von 70 %.

Grundsätzlich bekommt der Arbeitnehmer beim Vorliegen einer Fortsetzungserkrankung nur einmal für die Dauer von 6 Wochen einen Anspruch auf Vergütungsfortzahlung. Hiervon statuieren § 3 II Nr. 1 und Nr. 2 Ausnahmen.

Beachte auch § 823 I BGB i.V.m. § 6 EntgeltFG, wonach Ansprüche des verletzten Arbeitnehmers gegen den Schädiger in dem Umfang auf den Arbeitgeber übergehen, in dem dieser das Entgelt an den Arbeitnehmer fortgezahlt hat.

**VII. Anwesenheitsprämien**

Problematisch ist, ob Anwesenheitsprämien für den Krankheitsfall zulässig sind.

**Fall:** A arbeitet seit 2 Jahren bei B, der 20 Arbeitnehmer beschäftigt. Im formularmäßig erstellten Arbeitsvertrag finden sich folgende Vereinbarungen:

1. Der Arbeitnehmer A erhält den tariflichen Stundenlohn in Höhe von 8,- Euro
2. Außerdem erhält A eine monatliche Anwesenheitsprämie in Höhe von 200,- Euro. Bei krankheitsbedingter Abwesenheit werden 20,- Euro pro Tag von der Anwesenheitsprämie bis zu deren völliger Aufzehrung abgezogen.

A war im Februar an 8 Tagen krank und verlangt die Zahlung der Anwesenheitsprämie in Höhe von 200,- Euro. Zu Recht?

A könnte einen Anspruch aus § 611 BGB i.V.m. Nr. 1 des Arbeitsvertrages haben.

1. Dann dürfte die Kürzungsabrede aber nicht gegen § 134 BGB i.V.m. §§ 3, 12 EntgeltFG verstoßen, wenn es sich bei der Anwesenheitsprämie um das im Krankheitsfall nach § 3 EntgeltFG fortzuzahlende Entgelt und nicht um eine Sonderzuwendung nach § 4 a EntgeltFG handelt.

Fraglich ist, wann es sich um laufendes Arbeitsentgelt oder um zusätzliche Leistungen zum laufenden Arbeitsentgelt handelt.

- a) Zum Teil (Schmitt, Komm zum EntgeltFG, § 4 a Rdnr. 13) werden nur Einmalzahlungen als Sonderzuwendungen nach § 4 a EntgeltFG gerechnet, so dass ein Verstoß gegen § 134 BGB i.V.m. §§ 3, 12 EntgeltFG vorliegt und die Kürzungsabrede unzulässig war.
  - b) Nach der überzeugenden Gegenansicht (BAG DB 2001, 2608 ff) bestimmt hingegen die Zahlungsweise allein nicht den Charakter der Leistung. Entscheidend ist vielmehr der Zweck. Zu berücksichtigen ist, dass B neben der tariflichen Vergütung eine nicht unerhebliche monatliche Zahlung geleistet hat, um den A einen Anreiz zu geben, die krankheitsbedingten Fehltage möglichst gering zu halten. Zudem hat B die Leistung als Anwesenheitsprämie bezeichnet. Folglich verstößt die Kürzung nicht grundsätzlich gegen § 134 BGB i.V.m. §§ 3, 12 EntgeltFG und stellt eine Sonderzuwendung nach § 4 a EntgeltFG dar.
2. Fraglich ist jedoch, ob die Kürzungsabrede wegen ihres Umfangs mit § 4a EntgeltFG zu vereinbaren ist und wie sich ein eventueller Verstoß gegen diese Bestimmung auf die Kürzungsabrede auswirkt. Nach § 4a S. 2 EntgeltFG darf die Kürzung für jeden Tag der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit ein Viertel des Arbeitsentgelts, das im Jahresdurchschnitt auf einen Tag entfällt, nicht überschreiten. Bei einer regelmäßig anzunehmenden tariflichen Arbeitszeit von 35 Wochen ist von einem täglichen Verdienst von 63,- Euro auszugehen. Ein Viertel davon beträgt 15,75 Euro. Die Kürzung von 20,- Euro verstößt damit gegen § 4 a S. 2 EntgeltFG. Fraglich ist die Rechtsfolge des Verstoßes.

Formularverträge fallen unter § 310 BGB, so dass auch § 306 II BGB anwendbar ist, wonach sich bei Unwirksamkeit einer Bestimmung der Inhalt des Vertrages nach den gesetzlichen Bestimmungen richtet. Aus den Besonderheiten des Arbeitsrechts ergeben sich auch keine abweichenden Beurteilungen nach § 310 IV BGB.

Folglich ist die Kürzungsabrede wegen Verstoßes gegen § 4 a EntgeltFG insgesamt unwirksam, so dass A einen Anspruch auf Zahlung der ungekürzten Anwesenheitsprämie in Höhe von 200,- Euro hat.

## 2. Fall: Die Schneiderin

A wird als Schneiderin bei einer großen Kleiderherstellerin (S) in Bochum-Wattenscheid zum 01.02.2007 mit einem auf ein Jahr befristeten schriftlichen Arbeitsvertrag eingestellt, ohne dass ein Grund für die Befristung genannt wird. S hat von Anfang an nicht vor, diesen befristeten Arbeitsvertrag zu verlängern.

Noch vor Arbeitsaufnahme trennt sich A von ihrem Ehemann, der sie mit einer anderen Frau betrogen hat. A verfällt in eine schwere Depression. Deshalb versucht sie sich, am 10.10.2007 umzubringen. Ihr Selbstmordversuch misslingt. Allerdings muss sie infolge dieses Versuchs noch einige Tage im Krankenhaus behandelt werden. Erst am 10.02.2007 kann sie deshalb zur neuen Arbeit erscheinen.

S zahlt der A erst ab dem 10.02.2007 "Lohn", da sie vorher noch keinen Tag gearbeitet und ihre Arbeitsunfähigkeit schuldhaft herbeigeführt habe.

Kurz vor Ablauf der Jahresfrist teilt die S der A mit, dass das Arbeitsverhältnis, wie von Anfang an vereinbart, am 31.01.2008 ende. A, die mittlerweile einen neuen Freund gefunden hat und von diesem ein Kind erwartet, ist anderer Ansicht. Sie hat der S ihre Schwangerschaft unverzüglich mitgeteilt.

1. Hat A einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung für die Zeit vom 01.- 09.02.2007?
2. Besteht das Arbeitsverhältnis über den 31.01.2008 hinaus fort?
3. Muss die Geltendmachung der Rechtsunwirksamkeit der Befristung innerhalb einer bestimmten Klagefrist erfolgen?

<b>Lösung:</b>	<b>2. Fall: Die Schneiderin</b>	
<b>Probleme:</b>	<b>Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle; Verschulden gegen sich selbst; Entgeltfortzahlung vor Arbeitsaufnahme; befristetes Arbeitsverhältnis; TzBfG; analoge Anwendbarkeit des § 9 I MuSchG auf befristete Arbeitsverhältnisse</b>	
<b>Blätter:</b>		
<b>Das befristete Arbeitsverhältnis</b>		<b>38/39</b>
<b>Ausnahmen vom Grundsatz: Kein Lohn ohne Arbeit</b>		<b>40/41</b>
<b>Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle, § 3 EntgeltFG</b>		<b>42/43</b>
<i>Verzug des Gläubigers §§ 293 ff BGB BGB/SR AT</i>		

**1. Frage: Hat A einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung für die Zeit vom 1. - 9.2.2001?**

**Aufbau!** *A verlangt Fortzahlung des Arbeitsentgeltes während einer Krankheit. Hier ist es nicht sinnvoll, § 611 BGB als Anspruchsgrundlage zu nehmen und danach einen Anspruchsverlust wegen Nichtarbeit nach § 326 I BGB oder gemäß § 614 BGB zu prüfen, ob der Anspruch dadurch fällig geworden ist, dass die Arbeit geleistet wurde. Stattdessen ist sogleich § 3 EntGFG anzuwenden.*

- I. A könnte einen Anspruch gegen S auf Zahlung des Entgeltes während ihres Krankenhausaufenthaltes ab dem 1.2.2001 bis zum 9.2.2001 nach **§ 3 EntgeltFG** haben.

vgl. Blatt 40/41: Ausnahmen vom Grundsatz: Kein Lohn ohne Arbeit; Blatt 42/43: Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle, § 3 EntgeltFG

1. Zunächst müsste hierfür ein **Arbeitsvertrag** bestehen, der hier seit dem 01.02.2007 zwischen A und S bestand.

**2. Arbeitsunfähigkeit infolge von Krankheit**

A müsste infolge von Krankheit arbeitsunfähig geworden sein.

**Der Arbeitnehmer ist krank, wenn er außerstande ist, die vertragsgemäße Arbeit zu verrichten oder die Arbeit nur fortsetzen kann in der Gefahr, seinen Gesundheits- oder Krankheitszustand zu verschlechtern. Auf die Ursache der Krankheit kommt es nicht an (BAG, AP Nr. 40 zu § 1 LohnFG).**

**Die Krankheit muss als Ursache die Arbeitsunfähigkeit herbeiführen.**

Da A infolge des Selbstmordversuches außerstande war, ihre Tätigkeit aufzunehmen, war sie infolge ihrer Krankheit arbeitsunfähig.

**3. Ohne Verschulden**

Die zur Arbeitsunfähigkeit führende Krankheit darf nicht schuldhaft herbeigeführt worden sein.

Probleme ergeben sich daraus, dass die A einen Selbstmordversuch unternommen hat.

Bei dem Merkmal gilt nicht der Maßstab des § 276 I BGB, sondern zu prüfen ist das Verschulden gegen sich selbst (Obliegenheitsverletzung).

**Nur eine leichtsinnige, unverantwortliche Selbstgefährdung oder ein grober Verstoß gegen das von einem verständigen Menschen im eigenen In-**

**teresse zu erwartende Verhalten ist verschuldet** (vgl. J. Schmitt, EntgeltFG, § 3 Rdnr. 77 m.w.N.).

Ob in einem Selbstmordversuch ein grobes Verschulden in eigenen Angelegenheiten liegt, ist fraglich. Zu berücksichtigen ist, dass ein Selbstmordversuch als Hilferuf aufzufassen ist. Ein Selbstmörder ist sehr verzweifelt. Deshalb ist davon auszugehen, dass die Zurechnungsfähigkeit zumindest erheblich eingeschränkt ist. Mit dieser Begründung hat das BAG (NJW 1979, 2326 m.w.N.) auch den fehlgeschlagenen Selbstmordversuch als unverschuldet angesehen (a.A. noch BAG NJW 1973, 1520).

#### 4. Anspruch vor tatsächlicher Arbeitsaufnahme

Problematisch ist, ob der Anspruch auch dann besteht, wenn der Arbeitnehmer, wie hier, die Arbeit **tatsächlich** noch nicht aufgenommen hat.

Nach § 3 III EntgeltFG besteht der Anspruch auf Entgeltfortzahlung erst nach vierwöchiger ununterbrochener Dauer des Arbeitsverhältnisses. Damit besteht eine Wartezeit (Karenzzeit) für Fälle der neu begründeten Arbeitsverhältnisse.

A, deren Arbeitsverhältnis weder tatsächlich noch vertraglich länger als vier Wochen gedauert hat, hat folglich gegen S keinen Anspruch auf Zahlung des Lohnes vom 01.-09.02.2007.

## II. Ergebnis

A hat gegen S keinen Anspruch auf Zahlung des Lohnes vom 01.- 09.02.2007 nach § 3 EntgeltFG.

### 2. Besteht das Arbeitsverhältnis über den 31.1.2002 hinaus fort?

vgl. Blatt 38/39: Das befristete Arbeitsverhältnis

- I. Gemäß **§ 620 BGB** ist eine Befristung grundsätzlich zulässig. Zur Befristung ist ein sachlicher Grund erforderlich, weil sonst durch die Befristung der Kündigungsschutz umgangen wird. Dies ergibt sich aus § 620 III BGB und dem Teilzeit und Befristungsgesetz (TzBfG). Hierin wird in § 14 die Befristung von Arbeitsverträgen aus sachlichem Grund geregelt. Die Befristung mit Sachgrund bildet den Regelfall. Sie ist ohne zeitliche Grenze zulässig.

Existiert kein sachlicher Grund, ist das Arbeitsverhältnis entgegen § 139 BGB wirksam und die Befristung entfällt (§ 16 TzBfG). Ein sachlicher Befristungsgrund nach § 14 I 2 ist nicht erkennbar.

- II. Nach § 14 II TzBfG ist ein Sachgrund bis zur Dauer von zwei Jahren entbehrlich, wobei innerhalb dieses Zeitraumes eine dreimalige Verlängerung zulässig ist. Auf die Betriebsgröße kommt es hierbei nicht mehr an (Bauer NZA 2000, 1039, 1042).

*Nach der Gesetzesbegründung sollen solche Kleinbetriebe zwar vom Erfordernis des sachlichen Grundes ausgenommen bleiben, doch ist diese These weder mit dem Gesetzeswortlaut noch mit der Vorgabe durch die zugrunde liegende EU-Richtlinie über befristete Arbeitsverhältnisse vereinbar (Hromadka, NJW 2001, 400. 404).*

Damit war die Befristung der A als Neueingestellte wirksam. Die Befristung ist nach § 14 II TzBfG zulässig. Deshalb ist nach § 14 I TzBfG ein sachlicher Grund für die Befristung nicht erforderlich.

Das Arbeitsverhältnis besteht deshalb zunächst nicht über den 31.1.2002 hinaus fort.

IV. Problematisch könnte allerdings sein, dass A zum Zeitpunkt der Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses schwanger war. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses könnte nach § 134 BGB i.V.m. § 9 MuSchG unwirksam sein.

1. Nach **§ 9 I MuSchG** ist die Kündigung im Rahmen eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses gegenüber einer Schwangeren dann unzulässig, wenn dem Arbeitgeber die Schwangerschaft bekannt war oder innerhalb von zwei Wochen nach Zugang der Kündigung mitgeteilt wird.

*Die Überschreitung der Frist des § 9 I MuSchG ist von der Schwangeren zu vertreten, wenn sie auf einen gröblichen Verstoß gegen das von einem verständigen Menschen im eigenen Interesse billigerweise zu erwartenden Verhalten zurückzuführen ist (Verschulden gegen sich selbst). Einen solchen gröblichen Verstoß stellt es nicht dar, wenn die Schwangere die Bescheinigung über die Schwangerschaft mit normaler Post an den Arbeitgeber versendet und der Brief dann aus ungeklärter Ursache verloren geht. Mit einem Verlust des Briefes auf dem Beförderungsweg muss die Schwangere nicht von vornherein rechnen (BAG NJW 2003, 308).*

Vorliegend lag aber keine Arbeitgeberkündigung vor, sondern das Arbeitsverhältnis endete durch Fristablauf.

Teilweise wird aus § 9 I MuSchG ein allgemeines Verbot entnommen, das Arbeitsverhältnis während der Schwangerschaft zu beenden. Hierfür könnte Art. 6 IV GG sprechen, da die Mutter hiernach ein subjektiv-öffentliches Recht auf Schutz und Fürsorge durch die Gemeinschaft hat.

Dieser Anspruch rechtfertigt aber nicht den Ausgleich jeder Belastung der Schwangeren (BAG, NZA 1992, 925, 928 m.w.N.). Zudem spricht gegen eine Anwendung des § 9 MuSchG der klare Wortlaut des Gesetzes.

Allerdings darf nach § 4 II TzBfG ein befristet beschäftigter Arbeitnehmer wegen der Befristung des Arbeitsvertrages nicht schlechter behandelt werden als ein vergleichbarer unbefristet beschäftigter Arbeitnehmer, es sei denn, dass sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen. Fraglich ist deshalb, ob gegen die Anwendung des § 9 MuSchG ein sachlicher Differenzierungsgrund spricht.

## 2. Differenzierungsgrund

Sinn und Zweck des § 9 MuSchG ist nach h.M. (BAG, NZA 1992, 925, 928 m.w.N.) die Erhaltung eines bereits bestehenden Arbeitsplatzes, nicht aber die Schaffung eines neuen. Eine andere Betrachtung ergibt sich nur, wenn die Verlängerung ausschließlich mit Rücksicht auf die Schwangerschaft abgelehnt wurde. Hieraus ergibt sich nämlich eine unmittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts (hierzu auch EuGH, NJW 2002, 125). S hatte aber von Anfang an nicht vor, das Arbeitsverhältnis zu verlängern.

Die Beschränkung der Anwendbarkeit des § 9 MuSchG auf reine Kündigungen verstößt nicht gegen Art. 3 I GG. Es ist nämlich nicht willkürlich, dass der Bestandsschutz vom Bestehen eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses abhängt, weil zu große sachliche Unterschiede bestehen. Auch wenn befristete Arbeitsverträge ebenso auf Dauer die wirtschaftliche Existenzgrundlage der Arbeitnehmerin darstellen können, so ist die Unterscheidung dennoch nicht willkürlich, da die Vertragsparteien ihre rechtlichen Verhältnisse schließlich selbst geschaffen haben.

Es liegt damit ein sachlicher Differenzierungsgrund vor. Ein Verstoß gegen § 134 BGB i.V.m. § 9 MuSchG ist deshalb nicht gegeben.

Das Arbeitsverhältnis besteht nicht über den 31.1.2001 hinaus fort.

**3. Muss die Geltendmachung der Rechtsunwirksamkeit der Befristung innerhalb einer bestimmten Frist erfolgen?**

Nach § 17 TzBfG muss innerhalb von drei Wochen nach dem vereinbarten Ende des befristeten Arbeitsverhältnisses Klage erhoben werden. §§ 5 - 7 KSchG gelten entsprechend. Auch gilt daher die Klagefrist von 3 Wochen als materiell-rechtliche Ausschlussfrist. Daher kann das Gericht bei mehreren Befristungen nur noch das zuletzt geschlossene befristete Arbeitsverhältnis überprüfen (Palandt, § 629, Rn.4, BAG NZA 1988, 734; NZA 1996, 477, 479).

**Wiederholungsfragen zu Fall 2**

1. Wann liegt eine Arbeitsunfähigkeit infolge von Krankheit nach § 3 EntgeltFG vor?
2. Was versteht man bei § 3 EntgeltFG unter einem Verschulden?
3. Stellt ein Selbstmordversuch eine Obliegenheitsverletzung dar?
4. Sind Anwesenheitsprämien i Krankheitsfall zulässig?
5. Warum ist für die Befristung nach § 620 BGB ein sachlicher Grund erforderlich?
6. Gibt es nach dem geltenden Recht eine Klagefrist für befristete Arbeitsverhältnisse?
7. Gilt § 9 I MuSchG analog im Rahmen eines befristeten Arbeitsvertrages?
8. Gilt es im Entgeltfortzahlungsgesetz eine Wartezeit?
9. In welcher Höhe hat man Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle nach dem EntgeltFG?