

Aktenzeichen: 2 AZR 486/83

Bundesarbeitsgericht 2. Senat Urteil vom 31. Januar 1985
- 2 AZR 486/83 -

I. Arbeitsgericht Urteil vom 19. November 1982
Hamburg - S 15 Ca 171/81 -

II. Landesarbeitsgericht Urteil vom 20. Juli 1983
Hamburg - 4 Sa 46/83 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein
Für die Fachpresse: Ja
Für das Bundesarchiv: Nein



Entscheidungsstichwort:

Kein Mutterschaftsurlaub für Väter

Gesetz: MuSchG § 8 a; GG Art. 3 Abs. 2; EWG-Richtlinien 76/207
Art. 5; SeemG § 64 Abs. 1 Nr. 3

Leitsätze:

1. Anspruch auf Mutterschaftsurlaub nach § 8 a MuSchG haben nur die leiblichen Mütter (BAG Urteil vom 27. Juli 1983 - 5 AZR 282/81 - AP Nr. 3 zu § 8 a MuSchG 1968). Vätern steht ein solcher Anspruch nicht zu.
2. Die Regelung des § 8 a MuSchG verstößt weder gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG noch gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 5 der Richtlinie 76/207/EWG.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 486/83

4 Sa 46/83 Hamburg

Verkündet am
31. Januar 1985

Bittner,

Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 31. Januar 1985 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Professor



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Dr. Röhslers und Dr. Weller sowie die ehrenamtlichen Richter
Dr. Peppler und Timpe für Recht erkannt:

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil
des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom
20. Juli 1983 - 4 Sa 46/83 - wird zurück-
gewiesen.

2. Der Kläger trägt die Kosten der Revision.

V o n R e c h t s w e g e n !

T a t b e s t a n d :

Der Kläger war seit dem 15. Juli 1974 bei der Beklagten als
1. Steuermann mit einer monatlichen Durchschnittsheuer von
5.900,-- DM brutto beschäftigt.

Mit Schreiben vom 22. März 1981 teilte der Kläger, der sich
zu diesem Zeitpunkt in einem bis zum 30. Mai 1981 andauernden
Heimaturlaub befand, der Beklagten mit, daß seine Frau am
26. Februar 1981 von einem lebenden Kind entbunden habe und er
anstelle seiner Ehefrau den Mutterschaftsurlaub gemäß § 8 a
Abs. 1 MuSchG anzutreten beabsichtige. Die Beklagte erwiderte
darauf, § 8 a MuSchG habe nur für Mütter Geltung. Das vom Kläger
geltend gemachte Wahlrecht gebe es nicht, so daß ihm Mutter-
schaftsurlaub nicht gewährt werden könne.

Mit Schreiben vom 5. Mai 1981 teilte die Beklagte dem Klä-
ger mit, daß sie ihn für die zweite Hälfte des Monats Mai 1981



für den Einsatz auf der BMS "Baltic" eingeplant habe und erbat seinen Anruf. Nachdem ein Anruf des Klägers nicht erfolgte, versuchte die Beklagte den Kläger mehrfach am 14. und 15. Mai 1981 ohne Erfolg zu erreichen. Schließlich sandte sie am 15. Mai 1981 ein Telegramm, mit welchem sie erneut um sofortigen Anruf bat. Mit Schreiben vom 25. Mai 1981 teilte der Kläger der Beklagten mit, daß er beabsichtige, nach Beendigung des Mutterschaftsurlaubs am 26. August 1981 das Heuerverhältnis zu den ursprünglichen Konditionen fortzusetzen. Im Schreiben vom 27. Mai 1981 wies die Beklagte nochmals darauf hin, daß sie vom Kläger ab 1. Juni 1981 die Arbeitsaufnahme erwarte. Gleichzeitig kündigte sie für den Fall, daß der Kläger nicht am 1. Juni 1981 zur Arbeitsaufnahme erscheinen sollte, arbeitsrechtliche Schritte an.

Nachdem der Kläger am 1. Juni 1981 seine Arbeit nicht aufgenommen hatte, kündigte die Beklagte das Heuerverhältnis mit Schreiben vom 2. Juni 1981 fristlos, hilfsweise fristgemäß. Zu diesem Zeitpunkt gab es keinen Seebetriebsrat im Betrieb der Beklagten.

Der an die See-Krankenkasse gerichtete Antrag des Klägers auf Mutterschaftsgeld wurde mit rechtskräftigem Bescheid vom 1. Juli 1981 abgelehnt.

Mit seiner am 18. Juli 1981 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage wendet sich der Kläger gegen die Kündigung vom 2. Juni 1981. Er hat vorgetragen, seine Frau sei während der gesamten Dauer des Mutterschaftsurlaubs in abhängiger Stellung



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

berufstätig gewesen und er habe das Kind versorgt. Zwar komme nach dem Wortlaut der §§ 8 a, 8 b und 13 MuSchG der Anspruch auf Mutterschaftsurlaub nur seiner erwerbstätigen Frau zu. Diese Vorschriften seien jedoch wegen Verstoßes gegen Art. 3 GG verfassungswidrig, soweit dadurch erwerbstätige Väter, die alternativ zur ebenfalls erwerbstätigen Mutter den Mutterschaftsurlaub in Anspruch nehmen wollten, ausgeschlossen würden. Es gebe keine Gründe - insbesondere keine biologischen und gesundheitlichen Gründe -, die die unterschiedliche Behandlung von erwerbstätigen Müttern und Vätern im Hinblick auf die Zeit nach Ablauf der biologisch notwendigen gesetzlichen Mutterschutzfristen rechtfertigen würden. Spätestens acht Wochen nach der Geburt seien Frauen, die Kinder bekommen hätten, in biologischer/gesundheitlicher Hinsicht wieder in einer Situation wie vor der Schwangerschaft und somit in einer Lebenslage, die der der Männer vergleichbar sei. Dem Gesetzgeber sei es daher auch bei dem Gesetz zur Einführung eines Mutterschaftsurlaubs nicht um den gesundheitlich/biologischen Schutz der Mutter gegangen, sondern um die Gewährleistung der Betreuung des Kindes in der ersten Zeit seines Lebens.

In dem von ihm eigenmächtig verwirklichten Mutterschaftsurlaub liege keine beharrliche Arbeitsverweigerung, da er nicht vorsätzlich gehandelt habe. Zumindest habe er sich in einem unverschuldeten Rechtsirrtum befunden. Aus Presseveröffentlichungen sei ihm bekannt gewesen, daß beim Bundesverfassungsgericht zu dieser Rechtsproblematik eine Verfassungsbeschwerde anhängig gewesen und diese auch angenommen worden sei. In den von ihm in den



Medien verfolgten öffentlichen Diskussionen sei die Meinung vertreten worden, daß die Regelungen über den Mutterschaftsurlaub gegen Art. 3 Abs. 2 und 3 GG verstießen, da Zweck der Regelung allein die Betreuung des Kindes sei, die nach Ablauf der Schutzfristen in gleicher Weise von Mutter und Vater durchgeführt werden könne. Das Bundesverfassungsgericht sei in diesem Fall auch befugt, die Begünstigung auf die ausgeschlossene Gruppe der Väter zu erstrecken, da nur diese eine Regelung dem Gesetzgeber zur Herstellung der Gleichheit möglich wäre. Zudem sei ihm bekannt gewesen, daß die Kommission der Europäischen Gemeinschaft in einem Bericht vom 11. Februar 1981 an den Rat der EG zu dem Ergebnis gekommen sei, der Ausschluß der Männer von der Möglichkeit des Mutterschaftsurlaubs sei eine diskriminierende Vorschrift im Sinne von Art. 5 der Richtlinien der EG 76/207/EWG vom 9. Februar 1976. Er sei daher zutiefst davon überzeugt gewesen, von seinem Arbeitgeber unbezahlten Urlaub in Anwendung der entsprechenden Bestimmungen des § 8 a Abs. 1 Satz 2 MuSchG verlangen zu können.

Der Kläger hat beantragt,

1. festzustellen, daß das Heuerverhältnis der Parteien weder durch die außerordentliche Kündigung noch durch die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 2. Juni 1981 aufgelöst worden ist, sondern fortbesteht;
2. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger zu unveränderten Arbeitsbedingungen weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und vorgetragen,



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

der Kläger habe seine Arbeitsverpflichtung vorsätzlich und beharrlich verweigert, da er keine Berechtigung gehabt habe, nach Ablauf seines Urlaubs seine Arbeitsleistung zurückzuhalten. Es gebe keine Anhaltspunkte für die Verfassungswidrigkeit der §§ 8 a, 8 b und 13 MuSchG. Doch selbst wenn diese Vorschriften verfassungswidrig seien, habe der Kläger daraus keinen Anspruch auf Mutterschaftsurlaub herleiten können. Der Kläger habe sich auch nicht in einem unvermeidbaren Rechtsirrtum befunden. Das folge schon daraus, daß er den Anspruch auf Zahlung des Mutterschaftsgeldes nach Ablehnung durch die See-Krankenkasse nicht weiterverfolgt habe. An die Unvermeidbarkeit eines Rechtsirrtums bei vorsätzlicher Arbeitsverweigerung seien zudem äußerst hohe Anforderungen zu stellen. Nach der Verabschiedung des Gesetzes zur Einführung eines Mutterschaftsurlaubs habe es auch keine ernst zu nehmenden Auffassungen gegeben, die die Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Regelung in Zweifel gezogen hätten. Das gesamte vom Kläger vorgelegte Material bringe nicht zum Ausdruck, daß die durchgeführte Regelung verfassungswidrig sei, sondern argumentiere lediglich mit dem sozialpolitisch Wünschenswerten.

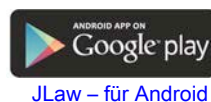
Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen.

Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers gegen das erstinstanzliche Urteil zurückgewiesen und die Revision zugelassen.

Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren, mit



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Ausnahme des Antrages auf Weiterbeschäftigung, weiter. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Revision ist nicht begründet.

A. Das Landesarbeitsgericht hat ausgeführt, das Heuerverhältnis der Parteien sei durch die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 2. Juni 1981 rechtswirksam aufgelöst worden. Der Kläger habe eine beharrliche und besonders grobe Pflichtverletzung im Sinne des § 72 MTV-See in Verbindung mit § 64 Abs. 1 Nr. 3 SeemG begangen. Bei der dem Kläger vorgeworfenen Weigerung, in der Zeit vom 1. Juni 1981 bis 26. August 1981 den von ihm geschuldeten Schiffsdienst zu leisten, handele es sich um ein wiederholtes Geschehen. Dabei müsse von einer besonderen Intensität des Willens des Klägers in Richtung auf das Fehlverhalten gesprochen werden. Er habe trotz mehrmaliger vorheriger Warnungen von seiten der Beklagten die Arbeitsleistung abgelehnt. Da gemäß § 64 Abs. 1 Nr. 3 SeemG sowohl eine beharrliche Pflichtverletzung als auch eine besonders grobe Pflichtverletzung bereits für sich genommen die Beklagte zur außerordentlichen Kündigung berechtigt hätte, führe hier das kumulative Zusammentreffen beider Pflichtverstöße zu keinem anderen Ergebnis.

Dem Kläger habe in der Zeit vom 1. Juni 1981 bis 26. August 1981 kein Mutterschaftsurlaub gemäß § 8 a MuSchG zugestanden. Aus dem Wortlaut des § 8 a, aber auch aus dem Zusammenhang



mit den übrigen Bestimmungen des Mutterschutzgesetzes ergebe sich, daß der arbeitsrechtliche Anspruch auf Mutterschaftsurlaub nur erwerbstätigen Frauen und diesen nur bei leiblicher Mutterschaft zustehe. Der Gesetzgeber habe den Anspruch auch erkennbar bewußt weder auf Väter noch auf Adoptivmütter noch auf diejenigen Personen erstreckt, die für den Unterhalt und die Betreuung des Kindes sorgten. Dies folge bereits aus der Regelung des § 13 Abs. 1 MuSchG in Verbindung mit § 200 c Abs. 3 RVO, die das Ende des Anspruchs auf Mutterschaftsgeld für den Fall des Todes des Versicherten vorsehe und damit seinen Charakter als höchstpersönlichen Anspruch der leiblichen Mutter unterstreiche. Eine lückenausfüllende Gesetzesanalogie bzw. Rechtsfortbildung zugunsten des Klägers komme nach dem aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes ablesbaren Willen des Gesetzgebers nicht in Betracht. Der vom Bundesrat seinerzeit zum Gesetzentwurf der Bundesregierung unterbreitete Vorschlag, allen Müttern Mutterschaftsgeld zu gewähren und statt des Mutterschaftsurlaubs einen Elternteil-Urlaub zu regeln, sei sowohl in einer Gegenäußerung der Bundesregierung als auch in der Beschlußempfehlung des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung an den Bundestag und dem zum Gesetz vom 25. Juni 1979 angenommenen Entschließungsantrag des Bundestages eingehend erörtert worden, jedoch als über das Mutterschutzkonzept hinausreichende Lösung angesehen und abgelehnt worden.

Die Regelung verstoße auch weder gegen den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz noch gegen den Gleichberechtigungsgrundsatz oder das Verbot einer Differenzierung allein wegen des Unter-



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

schieds des Geschlechts. Die der leiblichen Mutter eingeräumte Vergünstigung des § 8 a MuSchG habe vor allem das Ziel, den Gesundheitsschutz der leiblichen Mutter zu verbessern und ihr die Möglichkeit zu geben, sich über die Schutzfrist von acht Wochen hinaus von Schwangerschaft und Entbindung weiter zu erholen. Diese mit dem Gesetz verfolgte Schutzfunktion rechtfertige eine unterschiedliche Behandlung von leiblicher Mutter und Vater.

Das Risiko einer von der Rechtsansicht des Klägers abweichenden gerichtlichen Entscheidung habe dieser auch zu tragen gehabt. Bei einer vom Wortlaut her so eindeutigen gesetzlichen Regelung hätte es einer sehr sorgfältigen Erkundigung und Prüfung der Rechtslage bedurft, die über das hinauszugehen habe, was der Kläger in dieser Frage getan habe.

B. Diese Ausführungen des Landesarbeitsgerichts sind revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

I. Gemäß § 64 Abs. 1 Nr. 3 SeemG kann das Heuerverhältnis eines Besatzungsmitglieds diesem gegenüber ohne Einhaltung einer Frist gekündigt werden, wenn es seine Pflichten aus dem Heuerverhältnis beharrlich oder in besonders grober Weise verletzt. Diese Voraussetzungen hat das Landesarbeitsgericht als erfüllt angesehen; es hat das Verhalten des Klägers rechtsfehlerfrei als beharrliche Verletzung der Pflichten aus dem Heuerverhältnis beurteilt. An die dieser Bewertung zugrundeliegenden Feststellungen ist der Senat gebunden, nachdem der Kläger hiergegen keine zulässigen Verfahrensrügen erhoben hat (§ 561 Abs. 2 ZPO).



1. Eine beharrliche Verletzung der Arbeitspflicht setzt in der Person des Arbeitnehmers eine Nachhaltigkeit im Willen voraus (KR-Becker, 2. Aufl., § 1 KSchG Rz 250; KR-Hillebrecht, 2. Aufl., § 626 BGB Rz 111; Becker-Schaffner, Arbeitsverweigerung als Kündigungsgrund in der Rechtsprechung, BlStSozArbR 1982, 145). Der Arbeitnehmer muß die ihm übertragene Arbeit bewußt und nachhaltig nicht leisten wollen. Beharrlichkeit setzt allerdings nicht notwendigerweise wiederholte Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers voraus. Auch die einmalige Vertragsverletzung kann das Merkmal der Beharrlichkeit erfüllen, wenn daraus der nachhaltige Wille des Arbeitnehmers erkennbar wird, seinen arbeitsvertraglichen Pflichten nicht nachkommen zu wollen (Becker-Schaffner, aaO, 145; KR-Hillebrecht, aaO, Rz 111; BAG 2, 252). Diese an die beharrliche Verletzung der Verpflichtung aus dem Arbeitsverhältnis zu stellenden Anforderungen gelten auch für die beharrliche Pflichtverletzung des Heuerverhältnisses im Sinne des § 64 SeemG (Bemm/Lindemann, § 64 SeemG Rz 12). Die besonderen Eigenarten des Heuerverhältnisses erfordern keine abweichende Beurteilung, zumal sich das seit 1957 geltende Seemannsgesetz offensichtlich an den ehemaligen § 123 Abs. 1 Nr. 3 GewO angelehnt hat. Etwas anderes folgt entgegen der Ansicht der Revision auch nicht aus dem Urteil des erkennenden Senats vom 30. November 1978 (- 2 AZR 145/77 - BAG 31, 153 = AP Nr. 1 zu § 64 SeemG). In dieser Entscheidung hat der Senat unter dem Gesichtspunkt einer erforderlichen Abmahnung eine Unterscheidung bzw. Abgrenzung der beiden Alternativen des § 64 Abs. 1 Nr. 3 SeemG vorgenommen und ausgeführt, die erste Alternative (beharrliche Pflichtverletzung) setze in der Regel wiederholte Pflichtverlet-



zungen voraus, während die zweite Alternative (besonders grobe Pflichtverletzung) schon bei einer einmaligen Pflichtverletzung gegeben sei. Damit hat der Senat jedoch nicht ausgeschlossen, daß eine beharrliche Arbeitsverweigerung im Sinne des § 64 Abs. 1 Nr. 3 SeemG auch bei einem einmaligen Pflichtverstoß vorliegen kann, insbesondere dann, wenn diese Pflichtverletzung trotz wiederholter Abmahnungen und Aufforderungen zur Arbeitsaufnahme begangen worden ist.

2. Von diesen Grundsätzen ist das Landesarbeitsgericht auch ausgegangen. Im Hinblick auf die Ablehnung der Arbeitsleistung trotz mehrfach erfolgter vorheriger Warnung der Beklagten hat es zutreffend eine besondere Willensintensität des Klägers bezüglich seines Fehlverhaltens bejaht. Soweit die Revision in diesem Zusammenhang meint, die Abmahnung sei nicht ausreichend gewesen, weil die Beklagte dem Kläger keine Kündigung angedroht habe, kann dem nicht gefolgt werden. Die Abmahnung muß die deutliche und ernsthafte Aufforderung enthalten, ein bestimmtes Fehlverhalten zu unterlassen mit dem Hinweis, daß anderenfalls der Inhalt oder der Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdet sei. Das Inanspruchstellen von bestimmten kündigungsrechtlichen Maßnahmen ist dagegen nicht erforderlich (BAG Urteil vom 18. Januar 1980 - 7 AZR 75/78 - AP Nr. 3 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung).

Die Beklagte hat den Kläger wiederholt zur Arbeitsaufnahme aufgefordert. Zuletzt hat sie den Kläger mit Schreiben vom 27. Mai 1981 zur Arbeitsaufnahme aufgefordert und ihm für den



Fall der Nichtaufnahme seines Dienstes am 1. Juni 1981 arbeitsrechtliche Schritte angedroht. Dieses Schreiben vom 27. Mai 1981 genügt den an eine Abmahnung zu stellenden Anforderungen, da der Kläger aufgrund dieses Schreibens erkennen konnte, daß die Beklagte ein derartiges Verhalten als nicht vertragsgemäß ansehen und nicht hinnehmen würde.

3. Die vom Kläger begangene beharrliche Pflichtverletzung des Heuerverhältnisses reicht grundsätzlich als Kündigungsgrund gemäß § 64 Abs. 1 Nr. 3 SeemG aus, nachdem die in dieser Vorschrift genannten Tatbestände der beharrlichen Pflichtverletzung und der besonders groben Pflichtverletzung als Grund für eine außerordentliche Kündigung nicht kumulativ, sondern lediglich alternativ vorliegen müssen (BAG 31, 153). Ob das als beharrliche Pflichtverletzung zu qualifizierende Verhalten des Klägers gleichzeitig auch eine besonders grobe Pflichtverletzung darstellt, wie das Landesarbeitsgericht angenommen hat, kann daher dahingestellt bleiben.

II. Dem Kläger stand für die Zeit vom 1. Juni bis 26. August 1981 kein Anspruch auf Freistellung von der Arbeit zu, und zwar weder in unmittelbarer oder analoger Anwendung des § 8 a MuSchG als sog. "Mutterschaftsurlaub" noch als unbezahlter Urlaub.

1. Gemäß § 8 a Abs. 1 Satz 1 MuSchG haben Mütter Anspruch auf Mutterschaftsurlaub im Anschluß an die Schutzfrist des § 6 Abs. 1 MuSchG bis zu dem Tag, an dem das Kind sechs Monate alt wird. Dieser Anspruch auf Mutterschaftsurlaub wird, wie aus dem



Wortlaut des § 8 a MuSchG, aber auch aufgrund des Zusammenhangs mit den übrigen Bestimmungen des Mutterschutzgesetzes folgt, nur leiblichen erwerbstätigen Müttern gewährt. Die Vorschrift des § 8 a MuSchG knüpft ausdrücklich an die Schutzfrist für Wöchnerinnen an (§ 6 Abs. 1 MuSchG). Eine analoge Anwendung des § 8 a MuSchG auf Väter bzw. eine gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung zugunsten der leiblichen Väter kommt nicht in Betracht. Selbst Adoptivmütter haben keinen Anspruch auf Mutterschaftsurlaub nach § 8 a MuSchG (BAG Urteil vom 27. Juli 1983 - 5 AZR 282/81 - AP Nr. 3 zu § 8 a MuSchG 1968).

a) Eine im Wege der Analogie zu füllende Gesetzeslücke liegt nicht vor, weil der Gesetzgeber die Ausweitung des "Mutterschaftsurlaubs" auf Väter bewußt ausgeschlossen hat. Das ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes zur Einführung eines Mutterschaftsurlaubs vom 25. Juni 1979 (BGBl. I, 797).

In der Stellungnahme des Bundesrats zum Gesetzentwurf der Bundesregierung (vgl. BT-Drucks. 8/2613 vom 5. März 1979, Anlage 2, S. 17 Nr. 2) wird die Bundesregierung gebeten, im Verlauf des weiteren Gesetzgebungsverfahrens darauf hinzuwirken, daß statt des Mutterschaftsurlaubs ein Elternteil-Urlaub geregelt wird, der es Mutter oder Vater ermöglicht, nach Ablauf der Mutterschutzfristen für die Frau die Betreuung des Kindes im ersten halben Jahr nach seiner Geburt wahrzunehmen. In der zu dieser Stellungnahme erfolgten Gegenäußerung der Bundesregierung (vgl. BT-Drucks. 8/2613, Anl. 3, S. 21 zu 2) wird ausgeführt, die Verlängerung der Freistellung sei vorgesehen, weil die leibliche



Mutter über die acht Wochen hinaus weiterer Schonung bedürfe. Die für den Schutz der leiblichen Mutter entscheidenden Gründe lägen in der Person der Väter nicht vor. Es bestehe daher keine Möglichkeit, Väter in die Konzeption des Mutterschutzgesetzes einzubeziehen. Der Gesetzentwurf schließe jedoch eventuelle spätere familienpolitische Lösungen dieser Frage nicht aus.

Weiterhin hat der Ausschuß für Arbeit und Sozialordnung in seiner Beschlußempfehlung vom 25. April 1979 (BT-Drucks. 8/2797 vom 2. Mai 1979, S. 3) dem Bundestag neben der Annahme des Gesetzentwurfes die Fassung einer EntschlieÙung empfohlen, wonach der Bundestag es für notwendig halten soll, politisch und finanziell realisierbare Lösungen zu entwickeln, die die Betreuung und Erziehung von Kleinkindern weiter verbessern, wobei u.a. sicherzustellen ist, daß Eltern frei entscheiden können, ob Mutter oder Vater zur Kindererziehung die Erwerbstätigkeit unterbrechen bzw. die Eltern gemeinsam ihre Erwerbstätigkeit zeitweise einschränken wollen. Diesen EntschlieÙungsantrag zu dem verabschiedeten Gesetz zur Einführung eines Mutterschaftsurlaubs hat der Deutsche Bundestag auch in seiner Sitzung vom 10. Mai 1979 angenommen (vgl. Beschluß zu BR-Drucks. 221/79).

Aus dieser Entstehungsgeschichte des Gesetzes ergibt sich somit, daß zwar über die Ausweitung des Mutterschaftsurlaubs auf Väter diskutiert worden ist, die Verwirklichung jedoch abgelehnt und nicht in den Gesetzentwurf aufgenommen worden ist. Eine unbewußte Gesetzeslücke liegt demnach nicht vor, so daß eine analoge Anwendung des § 8 a MuSchG auf Väter ausscheidet (vgl. auch



Hess. LSG vom 23. September 1981 - L 8/Kr 394/81 -, Breithaupt 1982, S. 180, 182).

b) Ebensowenig ist Raum für eine gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung, nachdem gegenüber der Wertung des Gesetzgebers im Jahre 1979, die ihm eine gesetzliche Ausweitung des Mutterschaftsurlaubs auf Väter zu dem damaligen Zeitpunkt als unangebracht erscheinen ließ, keine grundlegende, eine richterliche Rechtsfortbildung erzwingende Änderung eingetreten ist (vgl. zur gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl. 1983, S. 397 f.; vgl. auch BSG Urteil vom 3. Juni 1981 - 3 RK 74/79 - Urteilssammlung für die gesetzliche Krankenversicherung (USK) 8185). Dagegen spricht schon, daß durch Art. 15 des zweiten Gesetzes zur Verbesserung der Haushaltsstruktur vom 22. Dezember 1981 (BGBl. I S. 1523) mit Wirkung vom 1. Juli 1982 der Kreis der anspruchsberechtigten Arbeitnehmerinnen durch Einfügen des Satzes 2 in § 8 a Abs. 1 MuSchG weiter eingeschränkt wurde. Der Anspruch auf Mutterschaftsurlaub ist danach davon abhängig, daß in den letzten zwölf Monaten vor der Entbindung für mindestens neun Monate, bei Frühgeburten für mindestens sieben Monate, ein Arbeitsverhältnis oder ein Anspruch auf Arbeitslosengeld, Arbeitslosenhilfe oder Unterhaltsgeld nach dem AFG bestanden hat.

2. Die Beschränkung des Mutterschaftsurlaubs auf leibliche, erwerbstätige Mütter ist auch nicht verfassungswidrig. Insbesondere verstößt die Regelung nicht gegen den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 GG.



a) Nach Art. 3 Abs. 2 GG sind Männer und Frauen gleichberechtigt. Diese Bestimmung konkretisiert den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG und verbietet, daß der Geschlechtsunterschied einen beachtlichen Grund für Differenzierungen im Recht abgeben kann (vgl. Leibholz/Rinck, GG, Art. 3 Rz 31). Das schließt jedoch nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Regelungen nicht aus, die im Hinblick auf die objektiven biologischen und funktionalen Unterschiede nach der Natur des jeweiligen Lebensverhältnisses zwischen Männern und Frauen differenzieren (vgl. BVerfGE 15, 337, 343; BVerfGE 37, 217, 249 f.; BVerfGE 52, 369, 374 m.w.N.; vgl. auch das zur Frage der Verfassungsmäßigkeit der Beschränkung des Mutterschaftsgeldes gemäß § 13 Abs. 3 MuSchG auf Frauen ergangene Urteil des Bundessozialgerichts vom 19. Oktober 1983 - 3 RK 19/82 - USK 83143). Aufgrund dieser biologischen Unterschiede zwischen Männern und Frauen können besondere rechtliche Regelungen nicht nur erlaubt, sondern sogar notwendig sein, wie z.B. Bestimmungen zum Schutz der Frauen als Mutter (vgl. Leibholz/Rinck, aaO, Art. 3 Rz 34).

b) Die in § 8 a MuSchG enthaltene unterschiedliche Regelung für Männer und Frauen rechtfertigt sich im Hinblick auf die objektiven biologischen Unterschiede zwischen den Geschlechtern aus der Natur dieses Lebensverhältnisses. Entscheidend ist insoweit die konkrete Ausformung der in Rede stehenden Begünstigung und der mit ihr erstrebte Zweck (vgl. BVerfGE 65, 104, 113).

Wegen der mit der Schwangerschaft und der Entbindung zusam-



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

menhängenden physischen und psychischen Veränderungen ist die Mutter über die Schutzfrist der acht Wochen nach der Entbindung hinaus schonungsbedürftig (vgl. BSG Urteil vom 19. Oktober 1983, aaO, S. 673). Das gesetzgeberische Ziel für die Gewährung des Mutterschaftsurlaubs ist es, den Gesundheitsschutz der Mutter zu verbessern und ihr die Möglichkeit zu geben, sich über die regelmäßige Schutzfrist von acht Wochen nach der Geburt des Kindes hinaus von Schwangerschaft und Entbindung weiter zu erholen. Dabei liegt der Regelung die Erwägung zugrunde, daß sich die Doppelbeanspruchung der erwerbstätigen leiblichen Mutter in den ersten Monaten nach der Entbindung wegen der mit der Schwangerschaft und der Entbindung zusammenhängenden physischen und psychischen Veränderungen bzw. deshalb besonders nachteilig auswirken kann, weil die Mutter in dieser Zeit ihre Leistungsfähigkeit oft noch nicht wiedererlangt hat. Die Doppelbelastung sollte auch gerade in der Zeit weiter abgebaut werden, in der die Mutter noch weiterer Schonung bedarf (vgl. Begründung des Gesetzentwurfes, BT-Drucks. 8/2613 vom 5. März 1979, S. 1 sowie Beschlussempfehlung des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung, BT-Drucks. 8/2797 vom 2. Mai 1979, S. 1). Die hier erwähnte Doppelbelastung hätte zwar auch der Vater, wenn er seiner Arbeit nachgehen und gleichzeitig das Kind betreuen müßte. Die infolge Schwangerschaft und Entbindung noch nachwirkenden Belastungen liegen jedoch beim Vater nicht vor. Der Gesetzgeber hat insofern die Lage der Mutter anders beurteilt und gerade deshalb verbessern wollen, weil sie die Doppelbelastung in einem geschwächten körperlichen und psychischen Zustand bewältigen mußte. Bei diesem Ziel des Gesetzes, die Gesundheit der Mutter zu schützen, war die



Beschränkung des Mutterschaftsurlaubs auf Mütter nach der Natur der Sache geboten. Der Gesetzgeber konnte daher zum Schutz der Mutter ohne Verletzung des Art. 3 GG eine spezielle - ungleiche - Regelung treffen (vgl. ausführlich BSG vom 19. Oktober 1983, aaO; Schleicher, Verfassungsrechtliche Aspekte des Mutterschutzes, RdA 1984, 280, 284; derselbe, Mutterschutz und Grundgesetz, BB 1985, 340, 344).

3. Auch wenn von der Verfassungswidrigkeit des § 8 a MuSchG ausgegangen werden müßte und das Bundesverfassungsgericht, das bislang hierzu noch nicht Stellung genommen hat (vgl. aber den unveröffentlichten Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 2. Februar 1982 - 2 BvR 553/80 -), aufgrund einer Vorlage gemäß Art. 100 GG die Unvereinbarkeit einer Regelung mit der Verfassung feststellen würde (über die Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigerklärung vgl. Heußner, NJW 1982, 257), käme zugunsten des Klägers eine nachträgliche Gewährung des Mutterschaftsurlaubs nicht in Betracht, da es sich insoweit nicht um nachträglich noch zu verwirklichende Ansprüche handelt (z.B. vermögensrechtliche Ansprüche, vgl. BVerfGE 52, 369). Der Mutterschaftsurlaub ist an die Geburt des Kindes gebunden, so daß von seinem Sinn und Zweck her eine Abgeltung nicht in Betracht kommt.

4. Ein Recht auf Gewährung von Mutterschaftsurlaub kann der Kläger auch nicht aus Art. 5 der Richtlinie 76/207/EWG ableiten (BSG Urteil vom 19. Oktober 1983, aaO). Nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 12. Juli 1984 - RS 184/83 - (NJW



1984, 2754) ist die Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen dahingehend auszulegen, daß ein Mitgliedsstaat, der Müttern nach Ablauf der gesetzlichen Schutzfrist einen Mutterschaftsurlaub gewährt, nicht verpflichtet ist, alternativ einen Urlaub auch Vätern zu gewähren, und zwar auch nicht bei einer entsprechenden Entscheidung der Eltern.

5. Die Beklagte hat nach alledem zu Recht den vom Kläger geltend gemachten Anspruch auf "Mutterschaftsurlaub" gemäß § 8 a MuSchG abgelehnt. Nachdem der Kläger seinen Anspruch auf (bezahlten) Erholungsurlaub für das laufende Urlaubsjahr verbraucht hatte, war die Beklagte auch nicht gehalten, dem Begehren des Klägers auf Freistellung von der Arbeit für die Zeit vom 1. Juni bis 26. August 1981 unter dem Gesichtspunkt eines unbezahlten Urlaubs zu entsprechen. Der Revision ist zuzugeben, daß es die Fürsorgepflicht dem Arbeitgeber gebieten kann, dem Arbeitnehmer - unabhängig vom gesetzlichen oder tariflichen Erholungsurlaub - aus persönlichen Gründen auch für eine längere Zeit unbezahlten Urlaub zu gewähren, sofern es die betrieblichen Verhältnisse erlauben (vgl. dazu Boldt/Röhsler, BUrlG, 2. Aufl. 1968, § 1 Rz 13 ff.; Dersch/Neumann, BUrlG, 6. Aufl. 1981, § 1 Rz 37; Stahlhacke/Bachmann/Bleistein, GK-BUrlG, 4. Aufl. 1984, § 1 Rz 23). Der Wunsch, sein Kind in den ersten Monaten nach der Geburt zu betreuen, ist sicherlich ein zu respektierender persönlicher Grund, der eine Beurlaubung rechtfertigen kann. Der Gesetzgeber hat dem durch die Regelung des § 8 a MuSchG auch Rechnung getragen, allerdings - wie dargelegt - ausschließlich zu-



gunsten der leiblichen Mutter. Unter diesen Umständen bestand für die Beklagte daher keine unabweisbare Veranlassung, unter Zurückstellung der betrieblichen Notwendigkeiten und Dispositionen dem Verlangen des Klägers auf Freistellung von der Arbeit zum Zwecke der Betreuung seines Kindes anstelle seiner Ehefrau näherzutreten. Eine andere Beurteilung könnte daher allenfalls dann Platz greifen, wenn die Ehefrau des Klägers und leibliche Mutter des Kindes aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen gehindert gewesen wäre, den Mutterschaftsurlaub nach § 8 a MuSchG in Anspruch zu nehmen. Das ist aber nicht der Fall. Der Kläger hat insoweit auch nichts vorgetragen. Entgegen der Auffassung der Revision brauchte die Beklagte unter den gegebenen Umständen daher auch nicht die einer Gewährung des unbezahlten Urlaubs entgegenstehenden betrieblichen Interessen darzulegen (vgl. dazu auch BAG 36, 14; Boldt/Röhsler, aaO, § 7 Rz 9 und 22; Stahlhacke/Bachmann/Bleistein, aaO, § 7 Rz 34).

III. Der Kläger kann sich zur Rechtfertigung seines vertragswidrigen Verhaltens nicht auf einen unverschuldeten Rechtsirrtum berufen.

1. Eine beharrliche Arbeitsverweigerung liegt dann nicht vor, wenn der Arbeitnehmer aufgrund eines unverschuldeten Rechtsirrtums der Ansicht ist, er brauche die ihm zugewiesene Arbeit nicht oder nicht in der gewünschten Form zu verrichten (BAG Urteil vom 12. April 1973 - 2 AZR 291/72 - AP Nr. 24 zu § 611 BGB Direktionsrecht, zu 7 der Gründe; KR-Hillebrecht, aaO, § 626 BGB Rz 108). Schuldlos ist der Irrtum aber nur, wenn der Arbeitnehmer



trotz sorgfältiger Erkundigung und Prüfung der Rechtslage überzeugt sein durfte, die Arbeit verweigern zu dürfen (BAG Urteil vom 14. Oktober 1960 - 1 AZR 254/58 - AP Nr. 24 zu § 123 GewO; KR-Hillebrecht, aaO, § 626 BGB Rz 108). Dabei reicht eine bloße Rechtsüberzeugung nicht aus. Vielmehr muß diese Rechtsansicht auf einer bestimmten Gesetzeslage bzw. der bisherigen Rechtsprechung (vgl. BAG Urteil vom 14. Oktober 1960, aaO) oder bei einer zweifelhaften Rechtsfrage auf einer Rechtsauskunft einer geeigneten neutralen Stelle beruhen. Ist das nicht der Fall, so hat der Arbeitnehmer das Risiko einer von seiner Ansicht abweichenden Gerichtsentscheidung zu tragen.

2. Der Kläger hat sich vorliegend hauptsächlich darauf berufen, ihm sei bekannt gewesen, daß bezüglich der Regelung des § 8 a MuSchG eine Verfassungsbeschwerde anhängig gewesen und diese auch vom Bundesverfassungsgericht angenommen worden sei. Weiterhin sei ihm bekannt gewesen, daß die Kommission der Europäischen Gemeinschaft den § 8 a MuSchG als eine diskriminierende Vorschrift im Sinne von Art. 5 der Richtlinie der EG 76/207/EWG vom 9. Februar 1976 beurteilt habe. Schließlich habe in der Presse eine öffentliche Diskussion über die Verfassungswidrigkeit der in Frage stehenden Regelung begonnen.

3. Diese Begründung reicht für einen unverschuldeten Rechtsirrtum nicht aus.

a) Zunächst übersieht der Kläger, daß ihm aufgrund einer in der Zukunft liegenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über



die Verfassungswidrigkeit der Regelung des § 8 a MuSchG kein Anspruch auf Mutterschaftsurlaub für die Zeit vom 1. Juni bis 26. August 1981 zusteht. Er hat auch nicht vorgetragen, aufgrund einer diesbezüglichen Rechtsauskunft von einem derartigen Anspruch ausgegangen zu sein. Vielmehr beschränkt er sich allein darauf, von der Verfassungswidrigkeit der Regelung überzeugt gewesen zu sein, wobei sich diese seine Überzeugung allein auf Informationen aus der Presse gründet. Eine in der Presse allgemein geführte Diskussion einer Rechtsfrage ersetzt aber nicht die Verpflichtung des Arbeitnehmers, eine auf den speziellen Einzelfall abgestimmte geeignete Rechtsauskunft einzuholen.

b) Schließlich ist auch die Tatsache, daß beim Bundesverfassungsgericht und beim Europäischen Gerichtshof bezüglich dieser Rechtsfrage Verfahren anhängig sind oder waren - was dem Kläger wiederum nur aufgrund von Presseinformationen bekannt war -, nicht geeignet, die vom Kläger vorgenommene Selbstbeurlaubung zu entschuldigen. Dem steht auch nicht entgegen, daß das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsbeschwerde angenommen hat. Denn abgesehen davon, daß die unter dem Aktenzeichen 1 BvR 770/79 beim Bundesverfassungsgericht anhängige Verfassungsbeschwerde zur Zeit ruht, bis die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit über den vom Beschwerdeführer verfolgten Anspruch auf "Mutterschaftsgeld" entschieden haben, kann aus der Annahme der Verfassungsbeschwerde durch das Bundesverfassungsgericht noch nicht auf die Verfassungswidrigkeit der Regelung des § 8 a MuSchG geschlossen werden. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Rechtsfrage bislang noch nicht entschieden. Der Ausgang der Verfassungsbeschwerde ist



völlig offen, so daß der Kläger allein aufgrund der Annahme der Verfassungsbeschwerde durch das Bundesverfassungsgericht nicht auf die Verfassungswidrigkeit der Regelung des § 8 a MuSchG vertrauen durfte.

4. Aber auch dann, wenn - unterstellt - der Kläger aufgrund eines unverschuldeten Rechtsirrtums der Ansicht hätte sein dürfen, daß die Regelung des § 8 a MuSchG verfassungswidrig ist und auch ihm als dem Vater des Kindes ein "Mutterschaftsurlaub" zusteht, hätte er sich diesen Urlaub nicht eigenmächtig nehmen dürfen. Dem Arbeitnehmer steht, und zwar gleichgültig um welche Urlaubsform es sich handelt, ein sog. Selbstbeurlaubungsrecht nicht zu (BAG 9, 185; Boldt/Röhslers, aaO, § 7 Rz 44; Dersch/Neumann, aaO, § 7 Rz 3 und 42; Stahlhacke/Bachmann/Bleistein, aaO, § 7 Rz 71). Der Arbeitnehmer ist, wenn ihm der Urlaubsanspruch bzw. der Anspruch auf Freistellung von der Arbeit streitig gemacht wird, regelmäßig auf gerichtliche Hilfe angewiesen (vgl. Boldt/Röhslers, aaO, § 1 Rz 83 ff.; Stahlhacke/Bachmann/Bleistein, aaO, § 7 Rz 57 ff.). Auch dem Kläger wäre es, nachdem ihm die Beklagte den "Mutterschaftsurlaub" verweigert hat, auch vom zeitlichen Ablauf her möglich und zumutbar gewesen, gerichtliche Hilfe in Anspruch zu nehmen. Er hätte insbesondere versuchen können, im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes, also durch eine einstweilige Verfügung (§§ 935 ff. ZPO), seinen vermeintlichen Anspruch auf Gewährung von Mutterschaftsurlaub durchzusetzen (vgl. Boldt/Röhslers, aaO, § 1 Rz 100; Stahlhacke/Bachmann/Bleistein, aaO, § 7 Rz 70). Das hat der Kläger, obwohl möglich und zumutbar, nicht getan; er hat seinen vermeintlichen Anspruch



auf Arbeitsfreistellung eigenmächtig durch Fernbleiben vom Arbeitsplatz verwirklicht und damit seinen Arbeitsvertrag verletzt. Die sich aus dieser Arbeitsvertragsverletzung ergebenden Folgen hat der Kläger zu tragen (BAG 9, 185).

IV. Nach alledem steht somit fest, daß der Kläger eine beharrliche Arbeitsverweigerung im Sinne des § 64 Abs. 1 Nr. 3 SeemG begangen und die Beklagte mit Schreiben vom 2. Juni 1981 dem Kläger berechtigterweise das Heuverhältnis fristlos aufgekündigt hat. Eine dem § 626 BGB entsprechende Interessenabwägung, ob die Fortsetzung des Heuverhältnisses für die Dauer der ordentlichen Kündigungsfrist zumutbar ist, sieht § 64 SeemG nicht vor und ist daher entbehrlich (BAG 31, 153).

Die Revision des Klägers war daher mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO als unbegründet zurückzuweisen.

Dr. Röhsler
zugleich für den in
Urlaub befindlichen
Vorsitzenden Richter
Hillebrecht

Dr. Weller

Dr. Peppler

Timpe

