

Für das Nachschlagewerk! Ja
Für die Fachpresse! Ja
Für die amtliche Sammlung! Ja

45

31. MRZ. 1969

Gesetz: MuSchG 1968 §§ 11, 6, 8, 9, 21; BetrVG § 58;
BGB § 242, § 254 Abs. 2 Satz 1, § 611 Direktions-
recht, Treuepflicht; GG Art. 1 Abs. 3, Art. 6 Abs. 1
und 2

Leitsätze:

Der Arbeitgeber kann die Folge eines mutterschutz-
rechtlichen Beschäftigungsverbots aus § 11 MuSchG
(Weiterzahlung des bisherigen Arbeitsentgeltes ohne
oder gegen eine geringerwertige Arbeitsleistung)
dadurch abwenden, daß er die Arbeitnehmerin auf eine
andere (nicht verbotene) Arbeit umsetzt. Die Arbeit-
nehmerin muß dem nachkommen, wenn die andere Arbeit
für sie zumutbar ist. Dabei sind alle wesentlichen
Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen, darunter
auch solche in der persönlichen Sphäre der Arbeit-
nehmerin. Dem Schutz von Mutter und Kind gebührt der
Vorrang. Die Arbeitnehmerin muß auch dann der Um-
setzung Folge leisten, wenn sie nach dem im Arbeits-
vertrag festgelegten Tätigkeitsbereich zur Leistung
der angebotenen (und zumutbaren) neuen Arbeit nicht
verpflichtet wäre. Bei Ablehnung einer zumutbaren
Arbeit entfällt insoweit der Anspruch aus § 11 MuSchG.

Aktenzeichen: 3 AZR 300/68

Urteil des BAG vom 31. März 1969

LAG Baden-Württemberg
(Stuttgart)



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

3. AZR 300/68

5 Sa 37/67 Baden-Württemberg (Stuttgart)

Im Namen des Volkes!

Urteilstenor zugestellt
am 31. März 1969

Urteil

gez. Groll,
Regierungshauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

hat der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß
§ 128 Abs. 2 ZPO in der Sitzung vom 28. März 1969 durch
den Senatspräsidenten Professor Dr. Stumpf, die Bundes-
richterin Professorin Dr. Hilger und den Bundesrichter
Dr. Gröninger sowie die Bundesarbeitsrichter Helmschrott
und Moritz für Recht erkannt:

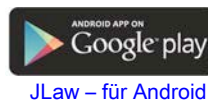
1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil
des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg
vom 14. Februar 1968 - 5 Sa 37/67 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung, auch über die Kosten der Revision,
an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

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

- 2 -



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



- 2 -

Tatbestand:

Die Klägerin wurde am 18. August 1964 von der Beklagten für den Briefverteildienst beim Postamt S eingestellt. Die Beklagte hatte damals durch Stellenanzeigen weibliche Kräfte für diesen Dienst gesucht und als Arbeitszeit angegeben entweder jede zweite Nacht (ausgenommen die Nacht von Samstag auf Sonntag) von 21.30 bis 5.30 Uhr oder Frühdienst an den Tagen von Montag bis Samstag von 5.30 bis 8.30 Uhr. Bei dem Einstellungsgespräch erklärte die Klägerin, daß sie wegen ihrer familiären Verpflichtungen nur nachts entsprechend der Stellenausschreibung arbeiten könne. Im schriftlichen Arbeitsvertrag wurde zwar das Wochenleistungsmaß von 22 Stunden, nicht aber die Lage der Arbeitszeit in den Nachtstunden festgelegt. Tatsächlich arbeitete die Klägerin bis zum Sommer 1966 ausschließlich wöchentlich dreimal in der Zeit zwischen 20.00 und 6.00 Uhr.

Am 25. Juli 1966 teilte die Klägerin ihrer Dienststelle mit, sie sei im vierten bis fünften Monat schwanger. Wegen des Nachtarbeitsverbotes (§ 8 MuSchG) schlug die Dienststelle der Klägerin die Beschäftigung in einer anderen Schicht im Briefverteildienst vor, und zwar nach ihrer Wahl entweder

von 5.30 bis 9.30 bzw. 10.30 Uhr, oder
von 5.30 bis 9.40 bzw. 10.20 Uhr, oder
von 17.30 bis 23.30 Uhr.

Darüber hinaus wurde der Klägerin die Beschäftigung "auf einem noch zu schaffenden personengebundenen Teilaushilfsposten im Tagesdienst" angeboten. Die Klägerin lehnte jede dieser Beschäftigungen aus familiären Gründen ab. Der Ehemann der Klägerin war damals als Angestellter im Tagesdienst tätig, ohne die Möglichkeit, seine Schicht zu verschieben. Die Klägerin hat eine damals vierjährige Tochter. Deren Unterbringung in einem Kinderheim war nicht

- 3 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

zu verwirklichen. Die Großeltern des Kindes konnten aus gesundheitlichen Gründen nicht für es sorgen.

Die Beklagte stellte die Lohnzahlung an die Klägerin ein, weil diese eine zumutbare Beschäftigung abgelehnt habe. Daraufhin hat die Klägerin Klage erhoben mit dem Antrag,

festzustellen, daß ihr gemäß § 10 MuSchG das Arbeitsentgelt weiterzuzahlen ist.

Dem ist die Beklagte entgegengetreten. Nach Ablauf der für die Zeit nach der Entbindung geltenden Schutzfrist hat die Beklagte die Klägerin wieder wie früher beschäftigt.

Beide Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter.

Entscheidungsgründe:

1. Als Klagegrundlage kommt nur die Vorschrift des Mutterschutzgesetzes (MuSchG) über das Arbeitsentgelt bei Beschäftigungsverböten in Betracht. Die entsprechende Regelung ist seit 1. Januar 1966 und damit für den Anspruchszeitraum (zweite Jahreshälfte 1966) in § 10 MuSchG in der Fassung des Art. 1 Nr. 12 des Gesetzes zur Änderung des Mutterschutzgesetzes und der Reichsversicherungsordnung vom 24. August 1965 (BGBl. I, 912) enthalten; sie ist von den späteren Änderungen des Mutterschutzgesetzes unberührt geblieben. In der nunmehr geltenden Neufassung des Gesetzes vom 18. April 1968 (BGBl. I, 315) ist die Vorschrift als § 11 MuSchG aufgeführt. Im folgenden wird diese Bezeichnung verwendet, um für künftige Fälle Verwechslungen zu vermeiden.
2. Der jetzige § 11 Abs. 1 MuSchG sichert der schwangeren Arbeitnehmerin u.a. dann ihr bisheriges Arbeitsentgelt, wenn sie wegen des Nachtarbeitsverbotes nach § 8 MuSchG teilweise oder völlig mit der Arbeit aussetzen muß. Insoweit unterscheidet sich das neue Gesetz von der Rechtslage vor dem



- 4 -

1. Januar 1966. Damals war bei einem Arbeitsausfall wegen eines der Beschäftigungsverbote des § 8 MuSchG ein Anspruch auf Arbeitsentgelt nicht gegeben (vgl. BAG 9, 300 303 ff. = AP Nr. 1 zu § 8 MuSchG zu 2 der Gründe). Demgemäß sind die damaligen Überlegungen über eine Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers in solchen Fällen (vgl. Bulla, MuSchG, 1. Aufl., 1954, § 8 Anm. 23; 3. Aufl., 1968, § 8 Anm. 23 und 23 a) heute überholt (ebenso Schmatz-Zmarzlik, MuSchG, 2. Aufl., 1968, § 3 Anm. 14, § 8 Anm. 7).
3. Der Anspruch auf den in § 11 MuSchG geregelten sog. Mutterschutzlohn besteht nur, wenn der Arbeitsausfall und die daraus folgende Lohneinbuße "wegen" eines Beschäftigungsverbotes, d.h. in Beachtung und Befolgung eines solchen Verbotes, eingetreten sind. Das Verbot muß die Ursache für den Ausfall an Arbeitsentgelt sein. An dieser Kausalität fehlt es, wenn die Arbeitnehmerin verpflichtet ist, eine andere Arbeit zu verrichten, die nicht verboten ist, und sie diese Arbeit ablehnt. Dann ist ihre Weigerung (Leistungsverzug mit den Folgen der §§ 284 ff. BGB) und nicht mehr das Beschäftigungsverbot die Ursache des Arbeits- und damit des Verdienstaufhalles. Aus § 11 MuSchG besteht dann insoweit kein Anspruch (allg. Ansicht; vgl. z.B. Bulla, MuSchG, 3. Aufl., § 11 Anm. 21 ff.; Gröninger-Thomas, MuSchG, 1968, § 11 Anm. 11; Meisel-Hiersemann, MuSchG, 1966, § 11 Anm. 10 ff.; Schmatz-Zmarzlik, aaO, § 11 Anm. 5 ff.).
4. Für die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die einem Beschäftigungsverbot unterliegende Arbeitnehmerin eine andere (erlaubte) Arbeit übernehmen muß, sind eine Reihe von Umständen in Betracht zu ziehen.
- a) Das Mutterschutzgesetz greift durch zwingende Vorschriften ganz erheblich in die Rechtsbeziehungen der Arbeitsvertragsparteien ein. Insbesondere durch die Beschäftigungsverbote und die daran anknüpfenden Ent-

- 5 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

geltzahlungspflichtigen werden den Arbeitgebern Belastungen auferlegt, die nur durch eine vernünftige Handhabung des Gesetzes in einem tragbaren Rahmen gehalten werden können.

Das führt dazu, daß die Arbeitnehmerin bei einem Beschäftigungsverbot auf die Belange des Arbeitgebers Rücksicht nehmen muß. Die Grundlage hierfür bildet die jedem Arbeitsverhältnis innewohnende Treuepflicht der Arbeitnehmerin, die unter den besonderen Gegebenheiten des gesetzlichen Mutterschutzes auszugestalten ist. Im Hinblick auf die finanzielle Belastung des Arbeitgebers gewinnt dabei der im Schadenersatzrecht vom Gesetz anerkannte Grundsatz der Schadenabwendungs- oder -minderungspflicht (§ 254 Abs. 2 Satz 1 letzte Alternative BGB) als allgemeiner Grundsatz eines redlichen Rechtsverkehrs (§ 242 BGB) besondere Bedeutung. Übertragen auf Fälle der vorliegenden Art bedeutet dies, daß die Arbeitnehmerin das ihre dazu beitragen muß, die Zahlungspflicht des Arbeitgebers aus § 11 MuSchG, der entweder keine oder nur eine geringerwertige Arbeitsleistung gegenübersteht, möglichst gering zu halten.

Auf der anderen Seite darf der vom Gesetz geforderte Schutz von Mutter und Kind nicht beeinträchtigt werden. Es muß sichergestellt sein, daß die Beschäftigungsverbote eingehalten werden und daß die Arbeitnehmerin nicht aus Furcht vor Nachteilen mit der Offenbarung ihres Zustandes möglichst lange zurückhält und dadurch sich selbst und ihr Kind gefährdet. Darüber hinaus muß der Arbeitgeber aufgrund seiner Fürsorgepflicht in Fällen dieser Art der geschützten Frau mit Rücksicht und Wohlwollen gegenüberzutreten (so schon BAG GrS 3, 66 767 = AP Nr. 5 zu § 9 MuSchG zu II 3 der Gründe).

b) Bei der rechtlichen Anwendung dieser Grundsätze ist davon auszugehen, daß von der Interessenlage her der Arbeitgeber etwas tun muß, wenn er seine Zahlungspflicht aus § 11 MuSchG mildern oder ganz beseitigen will. Dies wird regelmäßig dadurch erreicht, daß er der Arbeitnehmerin, die wegen des Beschäftigungsverbotess ihre bisherige Arbeit teilweise oder völlig nicht mehr erbringen darf, eine andere Arbeit anbietet,



- 6 -

die einem Beschäftigungsverbot nicht unterliegt. Unterläßt er ein solches Angebot, dann verbleibt es bei der Zahlungspflicht aus § 11 MuSchG. Da allein der Arbeitgeber für die Einhaltung der Beschäftigungsverbote verantwortlich ist (vgl. § 21 MuSchG) und auch deren finanziellen Folgen tragen muß, kann von der Arbeitnehmerin nicht verlangt werden, daß sie von sich aus tätig wird, dem Arbeitgeber die Zahlungspflicht zu erleichtern.

Rechtserheblich ist allerdings nur ein Arbeitsangebot, dem kein Beschäftigungsverbot entgegensteht. Das mag beispielsweise beim individuellen Beschäftigungsverbot des § 3 Abs. 1 MuSchG nicht immer leicht zu entscheiden sein. Beim Nachtarbeitsverbot des § 8 MuSchG, in dem für den Regelfall die Zeitgrenze von 20.00 bis 6.00 Uhr festgelegt ist, ist dagegen für jeden offensichtlich, ob die angebotene andere Arbeit darunter fällt oder nicht. Schlägt in diesem Fall – wie es hier geschehen ist – der Arbeitgeber eine geänderte Arbeitszeit vor, die aber wiederum teilweise in die Nacht fällt, dann steht der Arbeitnehmerin, soweit das Verbot reicht, ein Leistungsverweigerungsrecht zu, und es kann nur die Frage bleiben, ob das Angebot im übrigen zu einer Arbeitsverpflichtung der Frau führt.

Daraus folgt zugleich, daß der Arbeitgeber im Streitfall darlegen und erforderlichenfalls beweisen muß, daß er ein geeignetes Arbeitsangebot gemacht hat.

c) Die einem Beschäftigungsverbot unterliegende Arbeitnehmerin ist grundsätzlich verpflichtet, eine ihr angebotene erlaubte Arbeit zu übernehmen. Das folgt aus den unter Nr. 4 a dieser Entscheidungsgründe angestellten Überlegungen. Rechtlich handelt es sich um eine Auswirkung der Treue- und Rücksichtspflicht.

Diese Treue- und Rücksichtspflicht der Arbeitnehmerin auf der einen und die durch den Mutterschutz geprägte Fürsorge- und Rücksichtspflicht des Arbeitgebers auf der anderen Seite sind im Einzelfall ausschlaggebend, ob und welche

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

- 7 -



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

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

Arbeit die Arbeitnehmerin übernehmen muß. Dabei genügt es nicht, daß eine erlaubte Arbeit angeboten ist. Vielmehr sind alle wesentlichen Umstände des Falles nach Zumutbarkeitsgesichtspunkten zu berücksichtigen. Das gilt nicht nur für die Art der neuen Arbeit; die Arbeitnehmerin braucht beispielsweise kein Arbeitsangebot anzunehmen, in dem eine Maßregelung oder Ehrenkränkung zum Ausdruck kommt.

Das Angebot muß auch auf die berechtigten persönlichen Belange der Arbeitnehmerin außerhalb des Arbeitsverhältnisses Rücksicht nehmen. Gerade in einem Fall wie dem vorliegenden, in dem eine Ehefrau und Mutter Wert darauf gelegt hatte, nur im Nachtdienst und auch dies nur dreimal wöchentlich beschäftigt zu werden, darf sich der Arbeitgeber nicht dem Gedanken verschließen, daß bei einem (gesetzlich nicht verbotenen) Einsatz im Tagesdienst die Frau gegebenenfalls ihren häuslichen Pflichten nicht mehr nachkommen kann. Der Senat kann daher die Ansicht der Beklagten nicht teilen, daß Gründe im persönlichen Bereich der Arbeitnehmerin ausschließlich von dieser "zu vertreten" seien und der Arbeitgeber darauf keine Rücksicht zu nehmen brauche. Wenn Art. 6 Abs. 1 GG Ehe und Familie dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung unterstellt und Art. 6 Abs. 2 GG das Recht und die Pflicht der Eltern zur Pflege und Erziehung der Kinder besonders hervorhebt, dann würde ein Gericht, das dies außer Betracht ließe, seine Verpflichtung aus Art. 1 Abs. 3 GG verletzen. Welche Folgerungen daraus im Einzelfall zu ziehen sind, kann wiederum nur nach Zumutbarkeitserwägungen im Hinblick auf die gegebenen Umstände entschieden werden.

Schließlich darf - gerade wegen der besonderen Schutzbedürftigkeit der Arbeitnehmerin in der Zeit der Schwangerschaft und in der ersten Zeit nach der Entbindung - nicht unbeachtet bleiben, welche Belastung ihr durch die neue Arbeit angesonnen wird. In diesem Zusammenhang kann es eine Rolle spielen, welche Belastung die Frau durch die Arbeit vor ihrer Schwangerschaft auf sich genommen hatte. Im Regelfall wird nur ein solches Arbeitsangebot als zumutbar angesehen



- 8 -

werden können, das die bisherige Belastung nicht vermehrt.

Da eine Reihe der hiernach vom Arbeitgeber bei seinem Angebot zu berücksichtigenden Umstände, zumal solche, die in der persönlichen Sphäre der Arbeitnehmerin liegen, dem Arbeitgeber häufig nicht bekannt sein werden, muß es grundsätzlich genügen, wenn das Angebot objektiv zumutbar erscheint. Es ist dann Sache der Arbeitnehmerin, die Gründe darzulegen, aus denen sie die Ablehnung des Angebotes herleitet. Im Streitfall ist sie insoweit beweispflichtig. Sind die Gründe der Arbeitnehmerin im Sinne der Zumutbarkeit berechtigt, dann muß ihnen der Arbeitgeber durch ein geändertes Angebot Rechnung tragen; anderenfalls bleibt seine Zahlungspflicht aus § 11 MuSchG bestehen. Im praktischen Ergebnis bedeutet dies, daß die Arbeitsvertragsparteien - gegebenenfalls unter Einschaltung der Betriebsvertretung (vgl. § 58 Abs. 1 BetrVG) - miteinander reden sollten, um zu einer für beide Teile tragbaren Lösung zu kommen.

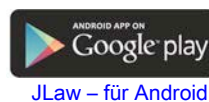
d) Bei Anwendung dieser Grundsätze ist es nicht entscheidend, ob in Fällen der vorliegenden Art die dem Arbeitgeber zukommende Rechtsstellung in Anlehnung an das allgemeine Weisungsrecht (Direktionsrecht) als ein speziell mutterschutzrechtlich ausgerichtetes Umsetzungsrecht bezeichnet wird (so oder ähnlich Bulla, 3. Aufl., § 3 Anm. 43 - 45, § 11 Anm. 32; Gröninger-Thomas, aaO, § 3 Anm. 3; Meisel-Hiersemann, aaO, Vorbem. 11 vor § 3; Schmatz-Zmarzlik, aaO, § 3 Anm. 13, § 8 Anm. 11). Der Senat hat zwar keine Bedenken, diese Ausdrucksweise zur Kennzeichnung der dargestellten Rechtslage zu verwenden, weist aber dabei zugleich auf folgendes hin:

Das mutterschutzrechtliche Umsetzungsrecht, wie es hier verstanden wird, weist - im Unterschied zu dem regelmäßig auf dem allgemeinen Weisungsrecht beruhenden Versetzungsrecht - eine Reihe von Besonderheiten auf. Bei der Umsetzung kann wegen § 11 MuSchG für die Arbeitnehmerin in keinem Fall eine Minderung des Arbeitsentgelts eintreten.

- 9 -



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



Daraus folgt für die Umsetzungsbefugnis des Arbeitgebers, daß die Einbuße an Arbeitsentgelt, die der Wirksamkeit einer echten Versetzung entgegenstehen kann (vgl. dazu aus neuerer Zeit BAG 17, 241 2437 = AP Nr. 19 zu § 611 BGB Direktionsrecht mit Hinweisen), hier nicht zu beachten ist.

Außerdem erfolgt die durch ein Beschäftigungsverbot bedingte Umsetzung allein aus mutterschutzrechtlichen Gründen und hat immer nur zeitlich begrenzte Bedeutung; denn die Beschäftigungsverbote hören in absehbarer Zeit nach der Entbindung auf (vgl. § 6 Abs. 2 und 3 MuSchG). Bei einer echten Versetzung spielen vergleichbare Gegebenheiten in aller Regel keine Rolle.

Es kommt hinzu, daß sich der Arbeitnehmer einer Versetzungsanordnung grundsätzlich nur beugen muß, wenn die nach der Versetzung zu leistende Arbeit in den vertraglichen Tätigkeitsbereich des Arbeitnehmers fällt. Ist der Arbeitnehmer nach seinem Arbeitsvertrag zur Leistung der vorgesehenen neuen Arbeit nicht verpflichtet, dann kann der Arbeitgeber seine Versetzungsabsicht einseitig nur durch Kündigung (Änderungskündigung) durchsetzen. Gerade dieser Weg ist aber dem Arbeitgeber gegenüber einer unter Mutterschutz stehenden Arbeitnehmerin verschlossen (vgl. § 9 MuSchG).

Alle diese Besonderheiten führen dazu, das Recht des Arbeitgebers, eine Arbeitnehmerin aus Anlaß eines Beschäftigungsverbotes in andere Arbeit umzusetzen, von dem auf seinem Weisungsrecht beruhenden Recht zur Versetzung des Arbeitnehmers zu trennen. Dann ist es aber auch gerechtfertigt, bei der Umsetzung nicht darauf abzustellen, in welchem Ausmaß der Arbeitgeber nach dem Arbeitsvertrag zu einer Versetzung berechtigt wäre. Umsetzung und Versetzung sind rechtlich so verschieden, daß sie nicht immer im gleichen Umfang zulässig sind. Es ist ohne weiteres denkbar, daß eine schwangere Arbeitnehmerin sich die Umsetzung auf eine Arbeit außerhalb ihres vertraglichen Tätigkeitsbereiches gefallen lassen muß, sofern diese für sie zumutbar ist, obwohl der Arbeitgeber sie kraft seines Weisungsrechts nicht auf einen solchen Arbeits-

platz versetzen könnte. Ebenso können umgekehrt die Dinge so liegen, daß zwar die Versetzung zulässig wäre, weil sie innerhalb des vertraglichen Tätigkeitsbereichs liegt, die Umsetzung, wie sie hier verstanden wird, dagegen nicht, weil die neue Tätigkeit nach den Umständen des Einzelfalles für die unter Mutterschutz stehende Arbeitnehmerin unzumutbar wäre.

Daraus folgt für die Frage, ob die Arbeitnehmerin bei Eingreifen eines Beschäftigungsverbotes eine ihr angebotene andere Arbeit übernehmen muß, daß es jedenfalls im Ausgangspunkt nicht darauf ankommt, ob diese Arbeit innerhalb oder außerhalb des vertraglichen Tätigkeitsbereichs liegt. Der vertragliche Inhalt der Arbeitspflicht (Art, Zeit und Ort der Arbeit), der außerhalb der Mutterschaftszeiten maßgeblich ist, kann im Falle der Mutterschaft nur im Rahmen der Zumutbarkeitsüberlegungen als einer von zahlreichen Umständen berücksichtigt werden. Das bedeutet im vorliegenden Fall, daß die Klägerin – entgegen der von ihr vertretenen Rechtsansicht – die ihr angebotene Tagesarbeit nicht schon deshalb ablehnen durfte, weil – wie sie meint – sie nach ihrem Arbeitsvertrag nur zur Leistung von Nachtarbeit verpflichtet gewesen sei.

e) Zusammenfassend ergibt sich hiernach folgendes: Im Falle eines mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbotes kann der Arbeitgeber die Folge aus § 11 MuSchG (Weiterzahlung des bisherigen Arbeitsentgelts ohne oder gegen eine geringwertige Arbeitsleistung) dadurch abwenden, daß er die Arbeitnehmerin auf eine andere Arbeit umsetzt. Die Arbeitnehmerin muß dem nachkommen, wenn die andere Arbeit für sie zumutbar ist. Bei der Prüfung der Zumutbarkeit sind alle wesentlichen Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen, darunter auch solche in der persönlichen Sphäre der Arbeitnehmerin. Dem Schutz von Mutter und Kind gebührt der Vorrang. Dieser Umsetzung muß die Arbeitnehmerin auch dann Folge leisten, wenn sie nach dem im Arbeitsvertrag festgelegten Tätigkeitsbereich zur Leistung der angebotenen (und zumutbaren) neuen



Arbeit nicht verpflichtet wäre.

5. Das angefochtene Urteil läßt nicht klar genug erkennen, ob sich das Landesarbeitsgericht in allen Teilen seiner Würdigung von dieser Rechtsauffassung hat leiten lassen. In seiner Grundauffassung scheint es mit dem Senat übereinzustimmen. Im einzelnen bestehen jedoch Zweifel. Das Landesarbeitsgericht hat letztlich ausschlaggebend sein lassen, daß zwischen den Parteien "ausschließlich Nachtarbeit vereinbart worden" sei und daß die Klägerin einen "Vertrag mit einer Arbeitszeit am Tage nicht abgeschlossen" hätte. Das ist mit dieser Betonung, wie oben ausgeführt ist, nicht richtig. Darüber hinaus hat das Landesarbeitsgericht für die Frage der Zumutbarkeit zwei wesentliche Umstände nicht berücksichtigt, nämlich ob und inwieweit der Ehemann der Klägerin diese bei ihrer Sorge für den Haushalt und die kleine Tochter hätte entlasten können und ob nicht die Klägerin die Zeit, die sie früher zum Ausruhen von der Nachtarbeit - vermutlich doch am Tag - benötigte, nach Wegfall der Nachtarbeit der Beklagten hätte zur Verfügung stellen können.

Hiernach muß das angefochtene Urteil aufgehoben werden. Es ist eine nochmalige Würdigung des Gesamtsachverhaltes nötig, die nur das Landesarbeitsgericht vornehmen kann, an das deshalb die Sache zurückzuverweisen ist. Für die erneute Verhandlung und Entscheidung auf der Grundlage der in diesem Urteil niedergelegten Rechtsauffassung mögen folgende Hinweise dienlich sein:

a) Es bedarf der Klärung, ob die Beklagte ihre nach der Uhrzeit festgelegten Arbeitsangebote der Klägerin auch dann gemacht hätte, wenn sie in Betracht gezogen hätte, daß jene Schichtzeiten teilweise in die Nacht (im Sinne des § 8 Abs. 1 MuSchG) fielen, in der die Klägerin nicht beschäftigt werden durfte. Es ist nicht auszuschließen, daß die Beklagte an einer Arbeitsleistung während eines Teils der ohnehin stark verkürzten Schichtzeiten nicht interessiert war.



b) Entsprechendes gilt für das Angebot, die Klägerin "auf einem noch zu schaffenden personengebundenen Teil-Aushilfsposten im "Tagesdienst" zu beschäftigen. Die Beklagte müßte dazu jedenfalls darlegen, daß es sich dabei um eine für beide Teile sinnvolle Beschäftigung gehandelt hätte. Der Arbeitgeber würde sein Umsetzungsrecht mißbrauchen, wenn er mit der Arbeitnehmerin "Beschäftigungstheorie" treiben, ihr also eine Arbeit zuweisen würde, die ohne Notwendigkeit eigens für die Arbeitnehmerin zusammengesucht wird, nur um seinen Rechtsstandpunkt (Wegfall der Zahlungspflicht aus § 11 MuSchG) durchzusetzen.

c) Wesentlich erscheint auch, ob der Klägerin eine Beschäftigung an allen Wochentagen einschließlich des Samstages zuzumuten war, während sie vorher nur dreimal wöchentlich zur Arbeit ging. Hier wird die körperliche, zeitliche und finanzielle Belastung durch die vermehrten An- und Abmarschwege eine wesentliche Rolle spielen. Würde die Zumutbarkeit der Arbeit an allen Wochentagen mit der Begründung bejaht, daß der Ehemann der Klägerin zeitweise das gemeinsame Kind betreuen könne, dann könnte die Frage entstehen, ob die für den einzelnen Tag zu erübrigende Arbeitszeit so geringfügig ist, daß entweder das Interesse der Beklagten an einer solchen Arbeitszeit zu verneinen ist oder der Klägerin die zusätzlichen Belastungen (An- und Abmarsch) für eine verhältnismäßig kurze Arbeitszeit nicht zuzumuten sind.

d) Sollte sich herausstellen, daß die Klägerin die Weiterarbeit während der Dauer des Beschäftigungsverbots zu Unrecht abgelehnt hat, dann ist die Klage nur in dem Umfang unbegründet, in dem die Klägerin zur Arbeit verpflichtet gewesen ist; im übrigen wäre ihr Anspruch aus § 11 MuSchG bestehen geblieben. Nur wenn sie im vollen



Umfang ihrer früheren Beschäftigung, also an wöchentlich 22 Stunden, eine andere Arbeit hätte übernehmen müssen, darf die Klage ganz abgewiesen werden. Im umgekehrten Fall, daß die Beklagte kein zumutbares Arbeitsangebot gemacht hat, ist das der Klage stattgebende Urteil des Arbeitsgerichts zu bestätigen.

gez. Dr. Stumpf

Frau Bundesrichterin
Professorin Dr. Hilger
befindet sich in Urlaub und ist dadurch an der Unterschrift verhindert.

Dr. Gröninger

gez. Dr. Stumpf

Helmschrott

Moritz

