

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

56

14. APR. 1972

Gesetz: MuSchG 1968 §§ 11, 8; GG Art. 3 Abs. 1, Art. 6
Abs. 4, Art. 100 Abs. 1; BGB § 242; ZPO §§ 302, 599

Leitsätze:

1. § 11 MuSchG 1968 ist jedenfalls insoweit nicht wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG verfassungswidrig, wie darin dem Arbeitgeber kein die tragbaren Soziallasten überschreitendes Opfer zugemutet wird (im Anschluß an das zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung des Bundesarbeitsgerichts bestimmte Urteil des Senats vom 9. September 1971 - 3 AZR 261/70 - AP Nr. 5 zu § 11 MuSchG 1968).
2. Hat eine Mutter von fünf kleinen Kindern Arbeit nur für die Abend- und Nachtzeit übernommen, in der ihr Ehemann die Kinder betreuen kann, so braucht sie sich im Fall des schwangerschaftsbedingten Nachtarbeitsverbotes nicht auf eine Arbeit zu einer solchen Tageszeit umsetzen zu lassen, in der sie ihre Kinder betreuen muß; insbesondere kann der Arbeitgeber eine solche Umsetzung nicht mit der Begründung verlangen, die Arbeitnehmerin könne für die von ihm gewünschte Zeit für ihre Kinder auf ihre Kosten eine Aufsichtsperson besorgen oder die Kinder in einer Tagesheimstätte unterbringen.

Aktenzeichen: 3 AZR 395/71

Urteil des BAG vom 14. April 1972

LAG Hamm



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

3 AZR 395/71

4 Sa 541/71 Hamm

Im Namen des Volkes!

56

Verkündet am
14. April 1972

gez. Sürig,
Regierungshauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Urteil

In Sachen

hat der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 14. April 1972 durch den Senatspräsidenten Professor Dr. Stumpf, die Bundesrichterin Professorin Dr. Hilger und den Bundesrichter Dr. Thomas sowie die Bundesarbeitsrichter Engel und Lichtenstein für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 16. September 1971 - 4 Sa 541/71 - insoweit aufgehoben, wie es die Berufung wegen eines Betrages von 258,-- DM brutto zurückgewiesen und über die Kosten des Rechtsstreits entschieden hat.

- 2 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

2. Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Hamm vom 8. Juli 1971 - 1 Ca 641/71 - teilweise abgeändert und wie folgt neu gefaßt:

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 3.655,-- DM brutto (in Worten: Dreitausendsechshundertfünfundfünfzig Deutsche Mark) abzüglich gezahlter 180,29 DM (in Worten: Einhundertachtzig 29/100 Deutsche Mark) netto zu zahlen.

Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

3. Die weitergehende Revision des Beklagten wird zurückgewiesen.
4. Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Beklagte zu 9/10 und die Klägerin zu 1/10.

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

Tatbestand:

Die Klägerin wurde am 29. Oktober 1970 von dem Beklagten als Barserviererin eingestellt. Ihre Arbeitszeit begann um 17.00 Uhr und endete um 1.00 Uhr.

Von Januar 1971 bis zum 9. März 1971 war die Klägerin arbeitsunfähig krank. Nach Wiederaufnahme ihrer Tätigkeit teilte sie dem Beklagten mit, daß sie schwanger sei. Vom 10. März bis zum 15. März 1971 arbeitete sie noch wie bisher in der Zeit von 17.00 Uhr bis 1.00 Uhr. Danach durfte sie wegen des Nachtarbeitsverbots nach 20.00 Uhr nicht mehr beschäftigt werden. Der Beklagte bot ihr an, täglich von 11.00 Uhr bis 15.00 Uhr und von 17.00 Uhr bis 20.00 Uhr zu arbeiten. Die Klägerin erklärte, sie könne wegen der erforderlichen Betreuung ihrer fünf Kinder im Alter von vier, fünf, sieben, neun und elf Jahren vor der Rückkehr

- 3 -



- 3 -

ihres Ehemannes um 17.00 Uhr nicht arbeiten. Geeignete Personen, die an ihrer Stelle die Kinder beaufsichtigen könnten, stünden ihr nicht zur Verfügung. Die Klägerin hat ab 16. März 1971 bis zum 10. Juni 1971 täglich nur von 17.00 bis 20.00 Uhr gearbeitet.

Mit ihrer Klage verlangt die Klägerin den Durchschnittsverdienst, den sie in den Monaten November und Dezember 1970 in Höhe von 1.290,-- DM erzielt hat, für die Zeit vom 10. März bis 10. Juni 1971 insgesamt 3.913,-- DM brutto abzüglich des in dieser Zeit erzielten Verdienstes von 180,29 DM netto.

Der Beklagte ist der Ansicht, die Klägerin hätte auch die Arbeitszeit von 11.00 Uhr bis 15.00 Uhr wahrnehmen können und müssen. Unter Aufwendung finanzieller Mittel hätte es ihr möglich sein müssen, für ihre Kinder eine Aufsichtsperson zu finden.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung des Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit seiner Revision erstrebt er weiterhin die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

I. Als Anspruchsgrundlage für das Klagebegehren kommt allein § 11 MuSchG 1968 in Betracht. Der Senat hat in seinem Urteil vom 9. September 1971 - 3 AZR 261/70 - = SAE 1972, 50 = [demnächst] AP Nr. 5 zu § 11 MuSchG 1968 [auch zur Aufnahme in die Amtliche Sammlung des Gerichts bestimmt] die Frage aufgeworfen und erörtert, ob und inwieweit verfassungsmäßige Bedenken gegen die Wirksamkeit dieser Vorschrift bestehen. Er hat davon abgesehen, dem Bundesverfassungsgericht nach Art. 100 Abs. 1 GG die Frage vorzulegen, ob § 11 MuSchG 1968 verfassungswidrig ist. Zur Begründung hat er ausgeführt, die Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift seien insgesamt noch nicht so schwerwiegend, daß sie die Anrufung des Bundesverfassungsgerichts rechtfertigten.

- 4 -



- 4 -

Der vorliegende Fall gibt keinen Anlaß, die Frage der Verfassungsmäßigkeit des § 11 MuSchG 1968 im Ergebnis anders zu beurteilen. Es war deshalb nicht geboten, die Sache dem Bundesverfassungsgericht vorzulegen.

1. Die in dem Urteil vom 9. September 1971 [zu III 2] angestellte, dem Prinzip des sozialen Rechtsstaats Rechnung tragende Erwägung, daß der Mutterschutz nicht durch eine Anrufung des Bundesverfassungsgerichts bei einer nur zweifelhaften Verfassungswidrigkeit auf längere Zeit tatsächlich zum Erliegen kommen dürfe, gilt allerdings nicht mehr. Nach der - zur Aufnahme in die Amtliche Sammlung vorgesehenen - Entscheidung des Senats vom 10. März 1972 - 3 AZR 169/71 - [demnächst] AP Nr. 6 zu § 19 HAG [zu C der Gründe] kann in den Fällen, in denen ein soziales Schutzgesetz vom Bundesverfassungsgericht auf seine Verfassungswidrigkeit hin zu überprüfen ist, nach Ansicht des Senats das Gesetz bis zur Entscheidung durch das Bundesverfassungsgericht weiterhin angewendet werden; dabei ist der Möglichkeit, daß das Gesetz rückwirkend für nichtig erklärt wird, dadurch Rechnung zu tragen, daß die Verurteilung in entsprechender Anwendung der §§ 302, 599 ZPO unter einem dahin lautenden Vorbehalt erfolgt. Nach diesen Grundsätzen könnte auch verfahren werden, wenn dem Bundesverfassungsgericht die Frage vorgelegt würde, ob § 11 MuSchG 1968 verfassungswidrig ist.

2. Obgleich sonach bei einer Vorlage an das Bundesverfassungsgericht der Entgeltschutz für die werdenden Mütter nicht in Frage gestellt zu sein braucht, hat der Senat auf Grund folgender Erwägungen keinen Anlaß gesehen, im vorliegenden Fall ein Verfahren nach Art. 100 Abs. 1 GG einzuleiten:

Nach Art. 6 Abs. 4 GG hat jede Mutter Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge durch die Gemeinschaft. Diese Norm enthält nicht nur einen Programmsatz, sondern einen bindenden Auftrag an den Gesetzgeber und ist Ausdruck einer verfassungsrechtlichen Wertentscheidung, die für den gesamten

- 5 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 5 -

Bereich des privaten und öffentlichen Rechts verbindlich ist (BVerfG vom 25. Januar 1972 AP Nr. 1 zu § 9 MuSchG 1968 [zu III 1 der Gründe] = NJW 1972, 572 Nr. 2 [zu III 1 der Gründe]). Daß der Gesetzgeber den Entgeltschutz bei Beschäftigungsverboten für die werdenden Mütter den Arbeitgebern und nicht der Gemeinschaft auferlegt hat, entbehrt, wie der Senat bereits in dem Urteil vom 9. September 1971 [zu III 1 der Gründe] ausgesprochen hat, nicht jeglicher sachlichen Berechtigung. Die Arbeitgeber wissen und können sich darauf einstellen, daß sie ihren Arbeitnehmern in bestimmten Wechselfällen des Lebens, in denen die Arbeitsleistung nicht erbracht werden kann, gleichwohl das Entgelt als Existenzgrundlage schulden. Zu diesen Fällen gehört die Fortzahlung des Durchschnittsentgelts bei Verdienstminderungen oder Verdienstaussfällen infolge von Beschäftigungsverboten für werdende Mütter (ebenso Wertbruch in Anm. zu AP Nr. 5 zu § 11 MuSchG 1968 [zu 1]; Meisel, SAE 1972, 52 [54 zu I 3 d]; im Ergebnis auch Preis, AuR 1972, 42 [47 f.]; Zmarzlik, AR-Blattei, D-Blatt Mutterschutz, Anm. zu Entscheidung 52).

Schwerer ins Gewicht fällt die Überlegung, daß einzelnen Arbeitgebern oder Gruppen von ihnen übermäßige, unter Umständen ruinöse Belastungen erwachsen können, wenn sie trotz vollen Ausfalls einer oder mehrerer werdender Mütter das Entgelt an diese weiterzahlen müssen. Hierin könnte eine Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG liegen, der es auch verbietet, ungleiche Tatbestände willkürlich gleich zu behandeln (BVerfGE 4, 31 [42]; 16, 6 [24 f.]; a.A. Wertbruch in Anm. zu AP Nr. 5 zu § 11 MuSchG 1968 [zu 1], der keinen Ansatzpunkt dafür sieht, daß § 11 MuSchG 1968 gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen könnte). Der Senat hat in seinem Urteil vom 9. September 1971 aufgezeigt, bei welchen Betrieben etwa solche Situationen auftreten können. Es erscheint denkbar, die Regelung des § 11 MuSchG 1968 nur insoweit für verfassungswidrig anzusehen und darüber eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einzuholen, wie dem Arbeitgeber eine die tragbaren und zu tragenden allgemeinen Soziallasten über-

- 6 -



- 6 -

schreitendes Opfer zugemutet wird (so wohl auch Meisel, SAE 1972, 52 [53 zu I 2, 54 f. zu I 3 d (1) und (2)]).

Bei dem zur Entscheidung stehenden Fall ist jedoch ebenso wie bei dem Sachverhalt, der dem Urteil vom 9. September 1971 zu Grunde lag, kein Anhalt dafür gegeben, daß der Arbeitgeber unzumutbar in einem dem Art. 3 Abs. 1 GG widerstrebenden Umfange belastet wird, wenn er den Mutterschutzlohn zu leisten hat. Der Beklagte hat in seiner Revisionsbegründung angeführt, daß er seine Verpflichtung aus § 11 MuSchG 1968 als vertretbar ansehen würde, wenn nicht die Klägerin vorher schon während ihrer Erkrankung Lohnfortzahlung für sechs Wochen erhalten und insgesamt überhaupt nur zwei Monate tatsächlich gearbeitet hätte. In der mündlichen Verhandlung hat er bei der Erörterung der möglichen Verfassungswidrigkeit nichts dafür dargelegt, daß er über Gebühr belastet werde, wenn er gegenüber der Klägerin die Verpflichtungen aus § 11 MuSchG 1968 erfüllen muß. Unter diesen Umständen konnte der Senat nicht davon ausgehen, daß eine etwa wegen Übermaßverbots gegebene Verfassungswidrigkeit des § 11 MuSchG 1968 zugunsten des Beklagten sich auswirken könnte. Es war daher nicht erforderlich, hierzu eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einzuholen.

II. Die Klägerin kann nach § 11 Abs. 1 Satz 1 und 3 MuSchG 1968 den Durchschnittslohn verlangen, weil sie wegen des Nachtarbeitsverbots (§ 8 Abs. 1 und 3 MuSchG 1968) in der Zeit vom 16. März bis 10. Juni 1971 mit ihrer Arbeit teilweise aussetzen mußte. Der daraus folgende Verdienstausfall entfällt nicht deshalb, weil die Klägerin es abgelehnt hat, die ab 20.00 Uhr verbotene Arbeitszeit in der Zeit von 11.00 Uhr bis 15.00 Uhr abzuleisten; diese Arbeitszeit einzuhalten war sie nicht verpflichtet. Dem Anspruch der Klägerin stehen auch nicht Einwände aus § 242 BGB entgegen. Im einzelnen gilt dazu folgendes:

1. Das Landesarbeitsgericht ist den Grundsätzen gefolgt, die der Senat in seiner Entscheidung BAG 21, 370 = AP Nr. 2 zu § 11 MuSchG 1968 zu der Frage aufgestellt hat, inwieweit

- 7 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

eine werdende Mutter verpflichtet ist, eine andere Tätigkeit oder eine andere Arbeitszeit wahrzunehmen, um die Belastungen des Arbeitgebers mit der Entgeltfortzahlungspflicht zu mindern. Das Berufungsgericht hat ein Umsetzungsrecht des Beklagten bejaht, es jedoch für die Klägerin als unzumutbar bezeichnet, eine Arbeitszeit von 11.00 bis 15.00 Uhr einzuhalten. Die Unzumutbarkeit ergebe sich daraus, daß die Klägerin fünf Kinder im Alter zwischen vier und elf Jahren hat, die sie betreuen mußte und nicht mehrere Stunden ohne Aufsicht lassen konnte. Das Landesarbeitsgericht hat festgestellt, daß der Ehemann der Klägerin wegen seiner eigenen Berufstätigkeit die Betreuung der Kinder nicht übernehmen konnte; Verwandte oder Bekannte hätten hierfür ebenfalls nicht herangezogen werden können.

Nach den gegebenen tatsächlichen Verhältnissen konnte nach den Maßstäben der Redlichkeit und Billigkeit von der Klägerin nicht erwartet werden, daß sie ihre Kinder sich selbst überließ, um dem Beklagten die Lasten des Mutter-schutzes ganz oder teilweise abzunehmen. Die fünf Kinder der Klägerin waren zu klein, als daß man sie unbeaufsichtigt lassen konnte. Man konnte auch nicht dem ältesten der Kinder die Aufsicht und Betreuung seiner jüngeren Geschwister anvertrauen, weil es selbst erst elf Jahre alt war.

Der Klägerin war es auch nicht zuzumuten, für ihre Kinder eine Aufsichtsperson gegen Bezahlung einzustellen oder sie auf ihre Kosten in einer Tagesheimstätte unterzubringen, damit sie ihrer Arbeit nachgehen konnte. Die von der werden-den Mutter zu erwartende Rücksichtnahme geht nicht so weit, daß sie finanzielle Aufwendungen machen muß, um den Arbeitgeber zu entlasten. Dies würde den vom Gesetz gewollten Entgeltschutz zum Teil aufheben, weil die erforderlichen Aufwendungen den Mutterschutzlohn mindern würden. Das Ver-langen des Beklagten, die Klägerin solle ihre Kinder fremden dritten Personen anvertrauen, war zudem auch deshalb unzu-mutbar, weil es vornehmlich Aufgabe der Eltern ist, ihre Kin-der zu pflegen und zu erziehen, und die Klägerin gezeigt hat,



daß sie zusammen mit ihrem Ehemann diese Aufgabe wahrnehmen wollte; sie hat ihre Arbeitszeit so gewählt, daß ein Elternteil immer zu Haus sein konnte.

2. Der Beklagte meint, dem Anspruch der Klägerin auf Gewährung des Mutterschutzlohns stehe der Einwand des Rechtsmißbrauchs aus § 242 BGB entgegen. Die Klägerin habe nach Aufnahme ihrer Tätigkeit am 29. Oktober 1970 überhaupt nur zwei Monate tatsächlich gearbeitet; von Januar 1971 bis zum 9. März 1971 sei sie arbeitsunfähig gewesen, und während dieser Zeit habe der Beklagte für sechs Wochen ihre Vergütung weitergezahlt. Unter diesen Umständen gehe es nicht an, daß die Klägerin auch noch den Verdienstausfall infolge des Nachtarbeitsverbots für drei Monate beanspruche.

Dem Beklagten ist zuzugeben, daß wegen des erst kurzfristig bestehenden Arbeitsverhältnisses seine aus der Person der Klägerin entstandene Belastung mit Kranken- und Mutterschaftslohn ungewöhnlich hoch war. Es ist jedoch nicht möglich, hier einen Ausgleich über § 242 BGB herbeizuführen. Der Anspruch auf den Mutterschutzlohn nach § 11 MuSchG 1968 setzt nicht voraus, daß das Arbeitsverhältnis vor Beginn der Schwangerschaft eine bestimmte Zeit bestanden haben müsse. § 11 Abs. 1 Satz 3 MuSchG 1968 regelt vielmehr ausdrücklich die Berechnung des Durchschnittsverdienstes für den Fall, daß das Arbeitsverhältnis erst nach Eintritt der Schwangerschaft begonnen hat, und erkennt danach der werdenden Mutter den Anspruch auch dann zu, wenn sie vor Eintritt der Schwangerschaft noch gar nicht bei dem Arbeitgeber beschäftigt war. Ebensowenig wird der Anspruch auf Fortzahlung des Durchschnittsverdienstes bei einem Beschäftigungsverbot dadurch berührt, daß die Klägerin vor Einsetzen des Beschäftigungsverbots arbeitsunfähig krank war und für die Dauer von sechs Wochen der Beklagte ihr das Arbeitsentgelt weitergezahlt hat. Es liegen hier zwei, voneinander unabhängige Fälle vor, in denen die Lohnzahlungspflicht trotz Ausbleibens der Arbeitsleistung vorgeschrieben ist. Sie stehen nicht in einer Wechselbeziehung derart

zueinander, daß nur der eine oder andere Anspruch zu erfüllen wäre. Daß sie im vorliegenden Falle beide nacheinander und nach nur kurzer Dauer des Arbeitsverhältnisses eingetreten sind, ist ein für den Beklagten nachteiliges Geschehen, das er jedoch hinnehmen muß.

III. Was die Höhe des von der Klägerin verlangten Durchschnittslohns anbelangt, so ist die Klage für die Zeit vom 10. März bis 15. März 1971 unbegründet. Im übrigen ergeben sich gegen die Höhe des Klageanspruchs keine Bedenken.

1. Es ist unstreitig, daß die Klägerin vom 10. bis 15. März 1971 noch in der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit von 17.00 Uhr bis 1.00 Uhr tätig war. Erst ab 16. März 1971 hat sie bis zum 10. Juni 1971 nur verkürzt von 17.00 bis 20.00 Uhr gearbeitet. Sie kann daher auch nur für den letztgenannten Zeitraum den Mutterschutzlohn nach § 11 MuSchG 1968 beanspruchen. Sie hat aber, wie die Berechnung ihrer Klageforderung ergibt, den Durchschnittslohn mit 43,-- DM je Tag bereits ab 10. März 1971 gefordert. Für sechs Tage vom 10. März bis 15. März kann sie den Mutterschutzlohn nach dem Gesagten nicht beanspruchen. Deshalb war ihre Klage in Höhe eines Betrages von 258,-- DM abzuweisen.

2. Die Berechnung des Durchschnittsverdienstes im übrigen gibt zu Beanstandungen keinen Anlaß. Das Landesarbeitsgericht ist davon ausgegangen, daß die Klägerin bei Beginn des Arbeitsverhältnisses bereits schwanger war, und hat deshalb nach § 11 Abs. 1 Satz 3 MuSchG 1968 zu Recht auf den Durchschnittsverdienst abgestellt, den die Klägerin nach Beginn des Arbeitsverhältnisses erzielt hat. Daß es dabei den Durchschnittsverdienst nicht aus dem Arbeitsentgelt der ersten 13 Wochen oder drei Monate der Beschäftigung berechnet hat, sondern nur die Monate November und Dezember herangezogen hat, ist im Ergebnis unschädlich. Im Januar 1971, der als dritter Monat an sich zu berücksichtigen gewesen wäre, hat die Klägerin während ihrer Erkrankung den Durchschnittslohn nach § 2 LohnFG weiter bezogen. Daraus ergibt sich, daß sich



- 10 -

die Berechnungsgröße für den Mutterschutzlohn nicht ändert,
wenn der Monat Januar 1971 mit einbezogen wird.

gez. Dr. Stumpf

Dr. Hilger

Dr. Thomas

Engel

Lichtenstein

