

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

- 2. Aug. 1970

Gesetz MuSchG §§ 11, 13, ArbKrankhG § 1, AZO § 2, GG Art. 6
Abs 4, Art 11 Abs 1, JugArbSchG § 4, LohnfortzG § 1,
RVO §§ 182, 550, BGB § 611 Wegezeit

Leitsätze

Die werdende Mutter kann keinen Mutterschutzlohn gemäß
§ 11 Abs 1 MuSchG verlangen, wenn sie nur deshalb nicht
arbeiten kann, weil ihr der Arzt wegen ihrer Schwanger
schaft die Fahrt von der Wohnung zur Arbeit und zurück
verboten hat, obgleich sie ohne die Fahrt an ihrem Ar
beitsplatz arbeiten könnte. Es ist Aufgabe des Gesetz
gebers und nicht der Gerichte, das Wegerisiko zu regeln

Aktenzeichen 3 AZR 484/69
Urteil des BAG vom 7. August 1970

LAG Hamm



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

3_AZR_484/69
8 Sa 348/69 Hamm

Verkündet am
7. August 1970

gez Mißler,
Angestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

088

Urteil

In Sachen

hat der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 7. August 1970 durch den Senatspräsidenten Professor Dr. Stumpf, die Bundesrichterin Professorin Dr. Hilger und den Bundesrichter Dr. Groninger sowie die Bundesarbeitsrichter Helmschrott und Moritz für Recht erkannt

- 1 Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 12. September 1969 - 8 Sa 348/69 - aufgehoben.
- 2 Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Bielefeld vom 12. Juni 1969 - 1 Ca 343/69 - wie folgt abgeändert
Die Klage wird abgewiesen.
- 3 Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits
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
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand

Die Klägerin war seit 15. November 1968 als Zuschneiderin in der Weberei der Beklagten gegen einen Stundenlohn von 4,-- DM beschäftigt. Im Februar 1969 teilte sie der Beklagten mit, daß sie voraussichtlich Ende Juli 1969 ein Kind erwarte. Etwas später legte sie ein ärztliches Zeugnis vom 7. März 1969 mit folgendem Inhalt vor:

"Es besteht eine rezidivierende Ischialgie.
Wegen der Gefährdung von Mutter und Kind
darf Frau M. nicht mehr täglich den Weg
von I nach G (Pa V)
fahren."

Die Klägerin hatte bis dahin für ihren Arbeitsweg zwischen ihrem Wohnort I und dem Bahnhof G einen Linienbus und von da bis zum Betrieb einen Werkbus der Beklagten benutzt. Die Entfernung zwischen Wohnung und Betrieb betrug rund 7,5 km. Unter Hinweis auf das ärztliche Zeugnis stellte die Klägerin vom 12. März 1969 an ihre Arbeit ein. Ohne die Beschwermissen der Omnibusfahrt hatte sie, wie zwischen den Parteien unstreitig ist, ihre Arbeit bei der Beklagten weiterhin ausführen können.

Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, das ärztliche Zeugnis vom 7. März 1969 enthalte ein Beschäftigungsverbot im Sinne des § 3 Abs. 1 MuSchG. Deshalb müsse ihr die Beklagte gemäß § 11 MuSchG ihren Lohn weiterzahlen. Diesen hat sie für die Zeit bis zum 31. Mai 1969 in Höhe von 1.508,-- DM nebst Zinsen mit der vorliegenden Klage gefordert. Die Beklagte ist dem vor allem mit Rechtsaufführungen entgegengetreten.

Beide Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Auf das in dieser Sache ergangene Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 12. September 1969, das auszugsweise veröffentlicht ist (AuR 1970, 190), wird verwiesen. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klagean-

weisungsantrag weiter, während die Klägerin um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe

I. Als Grundlage für den Klageanspruch kommt nur § 11 Abs. 1 MuSchG in Betracht, der einer werdenden Mutter u. a. im Falle eines Beschäftigungsverbots nach § 3 Abs. 1 MuSchG - andere Beschäftigungsverbote scheiden hier aus - die Weiterzahlung des Arbeitsentgelts auch ohne Arbeitsleistung sichert. Dazu ist notwendig, daß der Arbeitsausfall auf einem Beschäftigungsverbot nach § 3 Abs. 1 MuSchG beruht.

Die Vorinstanzen haben diese Voraussetzung als erfüllt angesehen. Der Senat kann dem nicht beipflichten.

II § 3 Abs. 1 MuSchG verbietet die Beschäftigung einer werdenden Mutter, "soweit nach ärztlichem Zeugnis Leben oder Gesundheit von Mutter und Kind bei Fortdauer der Beschäftigung gefährdet ist." Im vorliegenden Fall steht fest, daß der Arzt wegen der Gefährdung von Mutter und Kind der Klägerin nur verboten hat, den täglichen Arbeitsweg wie bisher zurückzulegen, gegen die Verrichtung innerer Berufsarbeit hat er keine Bedenken erhoben. Die den Rechtsstreit entscheidende Frage ist demnach, ob § 3 Abs. 1 MuSchG auch die Fälle erfaßt, in denen der Arzt die Fahrt von der Wohnung zur Arbeit und zurück verbietet, so also die "Gefährdung bei Fortdauer der Beschäftigung", von der in § 3 Abs. 1 MuSchG die Rede ist, auch die Gefahren einschließt, die sich für Mutter und Kind aus dem Weg oder der Fahrt zu und von der Arbeit ergeben können.

1 Die Frage hat unter der Geltung des Mutterschutzgesetzes vom 24. Januar 1952 (BGBI. I, 69) kaum praktische Bedeutung erlangen können. Wenn eine werdende Mutter eine ärztliche Weisung, die lediglich den Arbeitsweg als gefährdend bezeichnet, befolgt, führt das zum volligen Aus-

setzen mit der Arbeit. Für diesen Fall traf den Arbeitgeber nach § 10 Abs 1 Buchst. a MuSchG 1952 beim individuellen Beschäftigungsverbot des § 3 Abs. 1 MuSchG keine Lohnfortzahlungspflicht. Es ist allerdings schon damals die Ansicht vertreten worden, die Gefährdung von Mutter oder Kind durch den Arbeitsweg löse ein generelles Beschäftigungsverbot im Sinne des § 4 Abs 2 Buchst. g MuSchG 1952 aus, so daß der Arbeitgeber gemäß § 10 Abs 1 Buchst. b MuSchG zur Lohnfortzahlung verpflichtet sei. Diese Annahme ließ sich jedoch deshalb nicht halten, weil § 4 Abs 2 Buchst. g MuSchG 1952 lediglich den Fall der Beschäftigung "auf Beförderungsmitteln" nach Ablauf des dritten Monats der Schwangerschaft behandelte, nicht jedoch den hier strittigen Fall, daß der werdenden Mutter der Weg oder die Fahrt zur Arbeit und zurück unmöglich war (vgl. die Angaben bei Bulla, MuSchG, 2. Aufl., 1967, § 4 Anm. 29 [irrtümlich 29 a] S. 246 f, die fast wortlich schon in der 1. Auflage dieses Kommentars von 1954 [§ 4 Anm. 29, S. 143] enthalten sind).

2 Im Unterschied zu § 10 Abs. 1 MuSchG 1952 sieht der seit 1. Januar 1966 geltende heutige § 11 Abs 1 MuSchG vor, daß der Arbeitgeber über die bisherigen Pflichten hinaus jeden Verdienstausschlag ersetzen muß, der den unter das Gesetz fallenden Frauen außerhalb der allgemeinen Schutzfristen (§ 3 Abs 2, § 6 Abs. 1) infolge eines Beschäftigungsverbots entsteht, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob das Verbot zum teilweisen oder volligen Aussetzen mit der Arbeit oder zum Wechsel der Beschäftigung oder der Entlohnungsart führt. Der Wortlaut des Gesetzes ergibt jedoch zu der in diesem Rechtsstreit anstehenden Frage keinen eindeutigen Aufschluß. Dies hat im Schrifttum zu zwei Meinungen geführt:

a) Eine Ansicht nimmt bei einem ärztlichen Verbot, das sich lediglich auf die Zurücklegung des Arbeitsweges bezieht, ein Beschäftigungsverbot im Sinne des § 3 Abs. 1 MuSchG deshalb nicht an, weil damit nur eine solche Gesundheitsgefährdung gemeint sei, die "bei Fortdauer der



Beschäftigung" im Sinne der Fortsetzung der bisherigen Berufsarbeit eintrete (so Groninger-Thomas, MuSchG, 1968, § 3 Anm. 8 e, Kost, MuSchG, 1968, § 4 Anm. 7, § 11 Anm. 7, Meisel-Hiersemann, MuSchG, 1966, § 4 Anm. 25, § 3 Anm. 10, § 11 Anm. 95, wohl auch Tons, Mutterschaftshilfe und Mutterschutz, Stand August 1968, MuSchG, § 3 Anm. I 8).

b) Die andere Ansicht geht davon aus, das neue Mutterschutzgesetz strebe eine umfassende Sicherung der berufstätigen Mutter an und gebiete deshalb, das Verbot des Arbeitsweges als Beschäftigungsverbot im Sinne des § 3 Abs. 1 MuSchG zu behandeln (so offenbar Bulla, MuSchG, 3 Aufl., 1968, § 4 Anm. 29 am Ende, eindeutig Hessel, MuSchG, 1968, Erlg. zu § 4 Abs. 2 Nr. 7, Schmatz-Zmarzlik, MuSchG, 2 Aufl., 1968, § 3 Anm. 5, LAG Bayern (Nürnberg) vom 23. Oktober 1967, DB 1968, 762)

III. Der Senat ist der Auffassung, daß der Arbeitgeber zur Lohnfortzahlung gemäß § 11 Abs. 1 MuSchG nicht verpflichtet ist, wenn die im Arbeitsverhältnis stehende werdende Mutter allein deshalb nicht arbeitet, weil der Arzt wegen der Gefährdung von Mutter oder Kind die Fahrt oder den Weg zur Arbeit und zurück verboten hat, während die Fortführung der bisherigen Arbeit selbst keine Gefährdung mit sich bringen würde. Damit folgt der Senat im Ergebnis der unter II 2 a genannten Ansicht. Er hat sich dabei von folgenden Überlegungen leiten lassen

1 Das neue Mutterschutzgesetz will durch die Vielzahl von Beschäftigungsverboten verbunden mit der Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers und der Leistungspflicht der Krankenkassen im Interesse von Mutter und Kind die erwerbstätige Mutter gegen Verdienstaufschub schützen, die durch die Mutterschaft bedingt sind. Das besagt aber noch nicht, daß der Arbeitgeber Mutterschutzlohn auch dann zahlen muß, wenn es lediglich um das Wegerisiko geht. Darunter sind alle die Umstände zu verstehen, die den Arbeitnehmer im Zusammenhang mit der Zurücklegung des Weges zu und von der Arbeit berühren können. Insbesondere gehört hiernach ein Fall der vorliegenden Art, der dadurch gekennzeichnet ist, daß die Klägerin auf Grund ihrer Schwangerschaft nicht ge-



hindert wäre, an ihrem Arbeitsplatz zu arbeiten, wohl aber laut ärztlichem Zeugnis gehindert war, den Weg zwischen Wohnung und Betrieb zurückzulegen

2 Das so bezeichnete Wegerisiko der Klägerin ist ein Teilausschnitt des Wegerisikos, das bei Arbeitnehmern allgemein auftritt. Das Wegerisiko fällt in einen Zwischenbereich, in dem sich die private Sphäre des Arbeitnehmers (Wahl der Wohnung) mit seinen Berufspflichten (Erscheinen am Arbeitsplatz) vermengt. Im Bereich der abhängigen Arbeit gibt es keinen Grundsatz, der den Arbeitgeber mit dem Wegerisiko belastet.

Soweit ersichtlich, wird das Wegerisiko allein in der gesetzlichen Unfallversicherung dem Arbeitnehmer abgenommen und durch ausdrückliche gesetzliche Anerkennung des Wegeunfalls als Arbeitsunfall (§ 550 RVO) über die Berufsgenossenschaften mittelbar den Arbeitgebern aufgelegt, die die Beiträge für die Unfallversicherung ohne Mitbeteiligung der Arbeitnehmer zu tragen haben (§ 723 ff RVO).

Im überwiegenden Umfang geht das Wegerisiko jedoch zu Lasten des Arbeitnehmers.

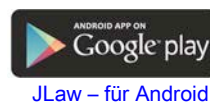
Die auf den Weg verwendete Zeit zählt nicht als Arbeitszeit im Sinne der Arbeitsschutzgesetze (§ 2 ArbZG, § 4 JugArbSchG). Sie wird auch grundsätzlich nicht als Arbeitszeit bezahlt (BAG AP Nr. 1, 2 und 7 zu § 611 EGB, Wegezeit).

Im Fall der Krankheit, die den Arbeitnehmer lediglich an der Zurücklegung des Arbeitsweges, nicht aber an der Arbeitsleistung hindert, besteht kein Anspruch auf Krankengeld (§ 182 Abs. 1 Nr. 2 RVO), Arbeitsunfähigkeit im Sinne dieser Vorschrift besteht nur dann, wenn der Arbeitnehmer nach seinem Gesundheitszustand nicht oder nur auf die Gefahr hin, seinen Zustand zu verschlimmern, in der Lage ist, die bisher ausgeübte Erwerbstätigkeit zu verrichten (BSGE 19, 179 [181], 26, 288 [290]). Dazu gehört nicht ein Fall der vorliegenden Art (vgl. Tons, aaO, MuSchG § 3 Anm. I Nr. 6 (2), Tons, Die wirtschaftliche Sicherung

der Arbeitnehmer bei Arbeitsunfähigkeit, 1970, B II 12 b
(2) Seite B 68, 69)

Der Begriff der Arbeitsunfähigkeit für die Regelung der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall (bis 31. Dezember 1969 § 1 ArbKrankhG, seitdem § 1 LohnfortzahlungsgG vom 27. Juli 1969, BGBl. I, 946) ist kein anderer als der der gesetzlichen Krankenversicherung (grundlegend BAG 7, 142 [144] = AP Nr. 11 zu § 1 ArbKrankhG, und ständig z.B. BAG 9, 121 [123] = AP Nr. 16 zu § 1 ArbKrankhG, AP Nr. 15, Nr. 17 und Nr. 32 zu § 1 ArbKrankhG), deshalb stand dem infolge Krankheit lediglich an der Zurücklegung des Arbeitsweges gehinderten Arbeiter weder der Arbeitgeberzuschuß zum Krankengeld noch steht ihm heute die Lohnfortzahlung nach § 1 LohnfortzG zu (Ob für Angestellte gemäß § 616 Abs. 2 BGB, § 63 HGB und § 133 c GewO wegen der andersartigen und voneinander abweichenden Fassung dieser Vorschriften etwas anderes gilt, kann hier offen bleiben.)

3. Unter diesen Umständen läßt sich nicht annehmen, der Gesetzgeber des Mutterschutzgesetzes habe der berufstätigen Frau während der Schwangerschaft das Wegerisiko abnehmen und damit den Arbeitgeber belasten wollen. Die gegenteilige Ansicht würde zu einem nicht verstandlichen Widerspruch zu den zuvor erwähnten Fällen führen, in denen der Gesetzgeber bei Krankheit, die nicht zur Arbeitsunfähigkeit führt, sondern sich nur beim Arbeitsweg auswirkt, das Risiko des Verdienstauffalles dem Arbeitnehmer nicht abnimmt und nicht auf den Arbeitgeber oder die Krankenversicherung abwälzt. Hier wirkt sich das Grundrecht der Freizügigkeit (Art. 11 Abs. 1 GG) praktisch aus. Der Arbeitnehmer kann seinen Wohnsitz frei wählen. Dem Arbeitgeber ist es in aller Regel verwehrt, darauf Einfluß zu nehmen. Das bedeutet für die arbeitsvertraglichen Beziehungen, daß dem Arbeitgeber – sofern nichts anderes vereinbart ist oder sich aus den Umständen ergibt – hinsichtlich des Arbeitsweges keine Rechte zustehen, dann aber auch keine Pflichten auferlegt sind.



4 Der Senat verkennt nicht, daß der Ausfall des Arbeitsentgelts oder eines entsprechenden Lohnersatzes in Fällen dieser Art für viele Arbeitnehmer, die nur mit Erschwernissen ihren Arbeitsplatz erreichen können, ein soziales Problem darstellt. Im besonderen Fall der werdenden Mutter ist der Mutterschutz, der ihnen das Wegerisiko nicht abnimmt, unvollkommen.

Der Senat hält sich aber nicht für berechtigt, diese Lücke im Wege der Rechtsfortbildung zu Lasten des Arbeitgebers zu schließen, und diesem auch in solchen Fällen Zahlung des Mutterschutzlohns aufzuerlegen. An einer solchen Luckenausfüllung sieht er sich durch Art. 6 Abs. 4 GG gehindert. Dort ist vorgesehen, daß die "Gemeinschaft" die Mutter zu schützen und für sie zu sorgen hat. Dieser Verfassungsauftrag, der dem Gesetzgeber die mannigfaltigsten Gestaltungsmöglichkeiten gibt, ist bisher nur unvollkommen erfüllt, praktisch nur für die in abhängiger Arbeit stehenden Mutter. Da – von der Sonderregelung des § 550 RVO abgesehen – der Arbeitnehmer das Wegerisiko gemeinhin selbst zu tragen hat, ist kein sachlicher Anknüpfungspunkt vorhanden, der es rechtfertigen könnte, im Falle einer werdenden Mutter den Arbeitgeber damit zu belasten.

Deshalb muß es bei der Grundentscheidung des Art. 6 Abs. 4 GG verbleiben und die Gemeinschaft als verpflichtet angesehen werden, den berufstätigen werdenden Müttern in Fällen der vorliegenden Art den notwendigen Schutz zu gewähren. Es ist Aufgabe des Gesetzgebers und nicht der Gerichte, diese Frage zu regeln. Solange der Gesetzgeber diese Frage nicht geregelt hat, muß somit die werdende Mutter das Wegerisiko ebenso wie sonstige Risiken tragen, die aus ihrem privaten Bereich stammen und mit dem Arbeitsverhältnis verzahnt sind. So zum Beispiel in dem Fall, in dem der Arzt nur untersagt hat, während der Schwangerschaft neben der Versorgung eines größeren Haushalts mit

mehreren Kindern ihrer Erwerbsarbeit nachzugehen, obgleich sie ohne die Belastung durch Haushalt und Kinder trotz Schwangerschaft arbeiten konnte

IV Hiernach können die Urteile der Vorinstanzen nicht aufrechterhalten werden Sie waren aufzuheben, und die Klage war abzuweisen

gez. Dr Stumpf

Hilger

Dr Groninger

Helmschrott

Moritz

