

Für das Nachschlagewerk! ja
Für die Sammlung! ja
Für die Fachpresse! ja

106

Gesetz: § 9 MuSchG; §§ 242, 615 BGB

Leitsätze:

1. Ist die fristlose Entlassung einer Arbeitnehmerin gemäss § 9 Abs. 1, Abs. 2 Mutterschutzgesetz unzulässig, so kommt der Arbeitgeber, der diese Arbeitnehmerin nicht beschäftigt, regelmässig in Annahmeverzug und hat daher die Vergütung zu zahlen.
2. Der Arbeitgeber kommt jedoch nicht in Annahmeverzug, wenn die Arbeitnehmerin sich so verhält, dass der Arbeitgeber nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Gepflogenheiten des Arbeitslebens sowie des Sinnes und Zweckes des Mutterschutzes die Annahme der Leistung zu Recht ablehnt.

Aktenzeichen: GS 1/56

Beschluss des Grossen Senats des BAG vom 26. April 1956

Vorlagebeschluss des Ersten Senats des BAG 1 AZR 285/54



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
(mobile App)



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

B e s c h l u s s

In dem Rechtsstreit

hat der Grosse Senat des Bundesarbeitsgerichts auf die ihm vom Ersten Senat des Bundesarbeitsgerichts vorgelegte Rechtsfrage in der Sitzung vom 26. April 1956 unter Mitwirkung des Präsidenten des Bundesarbeitsgerichts Professor Dr. Nipperdey, des Senatspräsidenten Dr. Müller und der Bundesrichter Denecke, Dr. Berger, Dr. König, Dr. Poelmann sowie der Bundesarbeitsrichter Siebrecht, Dr. Reinecke, Bührig und Debus beschlossen:

1. Ist die fristlose Entlassung einer Arbeitnehmerin gemäss § 9 Abs. 1, Abs. 2 Mutterschutzgesetz unzulässig, so kommt der Arbeitgeber, der diese Arbeitnehmerin nicht beschäftigt, regelmässig in Annahmeverzug und hat daher die Vergütung zu zahlen.
2. Der Arbeitgeber kommt jedoch nicht in Annahmeverzug, wenn die Arbeitnehmerin sich so verhält, dass der Arbeitgeber nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Gepflogenheiten des Arbeitslebens sowie des Sinnes und Zweckes des Mutterschutzes die Annahme der Leistung zu Recht ablehnt.

Entscheidungsgründe

Dem beim Ersten Senat anhängigen Rechtsstreit Bootz gegen Glowka - 1 AZR 285/54 - liegt folgender Sachverhalt zu Grunde:

Der Beklagte betreibt in Köln-Ehrenfeld eine Gärtnerei mit Blumenhandel. Anfang August 1953 stellte er die Klägerin als Arbeiterin ein und beschäftigte sie im Verkaufsgeschäft gegen einen Wochenlohn von 30,- DM netto.

Am 26. Oktober 1953 legte die Klägerin dem Beklagten ein ärztliches Attest vor, nach dem sie im dritten Monat schwanger war. Am 28. Oktober 1953 wurde die Klägerin wegen ihres nachstehend geschilderten Verhaltens fristlos entlassen. In einem Vorprozess wurde die Unwirksamkeit der fristlosen Entlassung in zwei Rechtszügen rechtskräftig festgestellt, da die nach § 9 Abs.2 MuSchG erforderliche Zulässigerklärung der Kündigung durch die zuständige Landesbehörde fehlte. Die Zulässigerklärung für eine Kündigung hatte der Beklagte bis zur Verkündung des erstinstanzlichen Urteils am 13. November 1953 noch nicht beantragt. Es steht nicht genau fest, wann ein solcher Antrag später gestellt worden ist. Die Verwaltungsbehörde erteilte jedenfalls erst am 9. Februar 1954 dem Beklagten einen Bescheid, durch den eine noch auszusprechende fristlose Kündigung für zulässig erklärt wurde. Darauf kündigte der Beklagte der Klägerin nochmals fristlos. Diese Kündigung wurde von der Klägerin nicht bekämpft.

In dem anhängigen Rechtsstreit begehrt die Klägerin Zahlung ihres Lohnes ab 28. Oktober 1953 für die Dauer von 12 Wochen à 30,- DM netto = 360,- DM netto. Im ersten Rechtszug wurde der Beklagte antragsgemäss verurteilt, während das Berufungsgericht die Klage abwies. Mit der Revision begehrt die Klägerin Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Zur - unwirksamen - fristlosen Kündigung vom 28. Oktober 1953 führten folgende Vorfälle:

Die Klägerin hatte sich während ihrer Beschäftigungszeit 0,50 oder 0,60 DM rechtswidrig aus dem Verkauf von Blumen im Geschäft des Beklagten angeeignet. Deswegen wurde sie am 27. Oktober 1953 von der Ehefrau des Beklagten zur Rede gestellt und einem Arbeitsjungen, der den Vorfall dem Beklagten gemeldet hatte, gegenübergestellt. Die Klägerin gab weinend zu, sich das Geld angeeignet zu haben. Plötzlich stürzte sie sich jedoch auf den 12jährigen Jungen, verprügelte ihn mit den Fäusten, ergriff ein Beil und ging damit auf den hinter dem Ladenofen schutzsuchenden Jungen mit den Worten los: " Jetzt spalte ich Dir den Kopf ". Die dazwischentretende Ehefrau des Beklagten wurde von der Klägerin gleichfalls mit dem Beil tödlich bedroht. Nur mit Gewalt konnte man ihr das Beil entreissen. Am folgenden Tage, dem 28. Oktober 1953, erschien die Klägerin wie üblich zur Arbeit, erklärte aber der Ehefrau des Beklagten, sie gehe am nächsten Tage, dem 29. Oktober 1953, zum Arzt. Als sie gefragt wurde, was sie denn schon wieder beim Arzt wolle, sie sei doch schon zweimal in kurzer Zeit dort gewesen, erwiderte die Klägerin, sie gehe zum Arzt, wann sie wolle, und sie komme auch zum Dienst, wann sie wolle. Gleichzeitig beschimpfte die Klägerin die Ehefrau des Beklagten: " Sie blödes, gemeines Weib, ich werde mit Ihnen noch Schlitten fahren, Sie haben nur zu bezahlen, zu bezahlen ". Als dann der Beklagte selbst im Laden erschien und die Klägerin wegen ihres Verhaltens zurechtwies, rief sie ihm zu: " Halten Sie Ihre Schnauze, Sie bekloppter Heini, Sie sind so doof wie Scheisse, Sie Idiot, Sie Blödmann, Sie Schlot". Daraufhin wurde die Klägerin fristlos entlassen. Beim Hinausgehen aus dem Laden zertrümmerte sie Blumen und Töpfe. Von der Strasse aus beschimpfte sie den Beklagten weiter mit Ausdrücken wie Lump, Schweinehund, polnisches Schwein, Russki und dergleichen. Am nächsten Tag, dem 29. Oktober 1953, kam die Klägerin gegen 10 Uhr in den Laden. Sie wollte Ihre Arbeit



wieder aufnehmen. Die Ehefrau des Beklagten wies sie jedoch darauf hin, dass eine Weiterbeschäftigung auf Grund der Vorfälle der vorhergehenden Tage (27. und 28.10.53) nicht mehr in Betracht komme. Daraufhin beschimpfte die Klägerin die Ehefrau des Beklagten wiederum in hässlicher und gemeiner Weise sowohl im Laden selbst als auch von der Strasse aus. Wiederum zerstörte sie vor dem Laden aufgestellte Blumen und trommelte unter Gebrauch von Droh- und Schimpfworten an das Fenster.

Der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts ist der Ansicht, dass das Urteil in dem Rechtsstreit von der Entscheidung der folgenden Rechtsfrage abhängt:

Kann der Arbeitgeber einer Arbeitnehmerin, deren fristlose Entlassung gemäss § 9 Abs. 1, Abs. 2 MuSchG unzulässig ist, die Erfüllung des Lohnanspruchs dann verweigern, wenn sie durch ihr Verhalten es dem Arbeitgeber offenbar völlig unzumutbar gemacht hat, sie tatsächlich zu beschäftigen ?

Demgemäss hat der Erste Senat in seiner Sitzung vom 27. Januar 1956 beschlossen, über diese Rechtsfrage die Entscheidung des Grossen Senats herbeizuführen.

Der Grosse Senat sieht die Voraussetzung des § 45 Abs. 2 Satz 2 ArbGG für die Entscheidung der Rechtsfrage durch ihn als gegeben an. Es handelt sich bei der zu entscheidenden Frage um ein Problem von grundsätzlicher Bedeutung, dessen Klärung im Interesse der Fortbildung des Rechts und der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich und im übrigen für die Entscheidung des Rechtsstreits auch tragend ist. Dabei ist der Grosse Senat, wie bereits in BAG 1, 294 ausgesprochen, wiederum davon ausgegangen, dass er nach § 45 Abs. 1 Satz 2 ArbGG nicht verpflichtet ist, die vorgelegten Fragen nur entweder mit " Ja " oder mit " Nein " zu beantworten. Er ist im Interesse der Fortbildung des

Rechts und der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung berechtigt, die Entscheidung der ihm vorgelegten Fragen selbständig sachgerecht zu formulieren. Vorausgesetzt ist nur, dass der vorlegende Senat in der Entscheidungsformel des Grossen Senats tatsächlich auch im Ergebnis die Entscheidung der Rechtsfragen erhält, die er vorgelegt hat. Diesen Anforderungen entsprechen die in der Entscheidungsformel des Grossen Senats gegebenen Rechtsgrundsätze.

I.

1. Wenn ein Arbeitnehmer es durch sein Verhalten dem Arbeitgeber völlig unzumutbar macht, ihn gemäss dem Arbeitsvertrag weiter zu beschäftigen, so liegt in aller Regel ein wichtiger Grund für den Arbeitgeber vor, das Arbeitsverhältnis fristlos zu kündigen (vgl. z.B. §§ 626 BGB, 70 HGB, 124 a, 133 b GewO). Sein Recht erschöpft sich solchenfalls nicht darin, dass er die Beschäftigung des Arbeitnehmers innerhalb des Arbeitsverhältnisses - eine Beschäftigungspflicht überhaupt vorausgesetzt (vgl. BAG 2, 221) - ablehnen oder die Beschäftigung trotz Arbeitsangebots, ohne Verpflichtung zur Vergütungszahlung, einstellen kann. Dem Arbeitgeber ist vielmehr in einem solchen Fall die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auch unter Innehaltung einer etwaigen Kündigungsfrist nach Treu und Glauben nicht mehr zuzumuten (BAG 2, 214). Kündigt der Arbeitgeber demgemäss, so erlischt das Arbeitsverhältnis mit Zugang der Kündigung beim Arbeitnehmer sofort. Infolgedessen entfällt auch jeglicher Anspruch des Arbeitnehmers auf Vergütung für eine Zeit nach der Kündigung.

2. Nach § 9 Abs. 1, Satz 1 MuSchG ist aber eine Kündigung gegenüber einer Frau während der Schwangerschaft und bis zum Ablauf von vier Monaten nach der Niederkunft unzulässig, wenn dem Arbeitgeber zur Zeit der Kündigung die Schwangerschaft oder Niederkunft bekannt war oder innerhalb einer Woche nach Zugang der Kündigung mitgeteilt wird. Jedoch kann gemäss § 9 Abs. 2, Satz 1 MuSchG die für den Arbeitsschutz zustän-

dige oberste Landesbehörde oder die von ihr bestimmte Stelle in besonderen Fällen ausnahmsweise die Kündigung für zulässig erklären. Ist die Zulässigkeitserklärung erfolgt, so ist die ausgesprochene Kündigung, wenn ihre sonstigen Voraussetzungen gegeben sind, rechtswirksam.

Diese Regelung enthält somit ein absolutes Kündigungsverbot (mit Erlaubnisvorbehalt), das sich auch auf die fristlose Kündigung aus wichtigem Grund bezieht (Allgemeine Ansicht, vgl. Bulla, Mutterschutzgesetz und Frauenarbeitsrecht, 1954, § 9 MuSchG Anm. 20, 25 ff). Auch wenn noch so schwerwiegende Gründe vorliegen, die normalerweise eine fristlose Lösung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber rechtfertigen würden, ist daher die fristlose Entlassung einer unter das MuSchG fallenden Arbeitnehmerin nicht möglich, wenn die erwähnte Zulässigkeitsklärung nicht vorliegt. Von dieser unbestrittenen Rechtslage geht die dem Grossen Senat zur Entscheidung vorgelegte Rechtsfrage aus.

3. Um sie zu beantworten, ist es erforderlich, auf Sinn und Zweck des Mutterschutzes im allgemeinen und des Kündigungsschutzes der Mutter im besonderen einzugehen. Gemäss Art. 6 Abs. 4 GG hat jede Mutter Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft. Dieser verfassungsrechtliche Grundsatz wird auf einem Teilgebiet, nämlich für die erwerbstätige Mutter, durch das MuSchG verwirklicht. Sein Grundgedanke geht dahin, mögliche Konflikte zwischen den mutterschaftlichen Aufgaben der Frau und ihren Bindungen aus der Erwerbsarbeit auszugleichen und zu überbrücken. Dabei ist es ein primäres Anliegen des gesetzlichen Mutterschutzes, der werdenden Mutter und der Wöchnerin trotz ihrer etwa mutterschaftlich bedingten Leistungsminderung oder Arbeitsunfähigkeit den Arbeitsplatz zu erhalten.

Gleichzeitig soll sie durch eine Reihe genereller und individueller Beschäftigungsverbote den notwendigen Schutz vor schädlicher Überbeanspruchung erhalten, wenn sie ihre Tätigkeit fortsetzt. Dabei wird ihre wirtschaftliche Versorgung, auch soweit die Beschäftigungsverbote Platz greifen, tunlichst in Höhe ihres bisherigen Arbeitseinkommens sichergestellt.

Der Erhaltung des Arbeitsplatzes bei Schwangerschaft und Niederkunft dient vor allem das hier massgebende in § 9 MuSchG ausgesprochene absolute Kündungsverbot (vgl. Bulla aaO, § 9 Anm. 1; Endemann in RdA 1953, S. 11 ff). Nur in besonderen Fällen kann - wie erwähnt - die zuständige oberste Landesbehörde oder die von ihr bestimmte Stelle eine Kündigung ausnahmsweise für zulässig erklären (§ 9 Abs. 2, Satz 1 MuSchG). Ob ein solcher besonderer Fall, der sich in concreto mit dem wichtigen Grund, der an sich zur fristlosen Kündigung erforderlich und genügend ist, decken kann, aber nicht zu decken braucht (vgl. Endemann aaO S. 12 f), vorliegt, hat allein diese Behörde zu entscheiden, nicht der Arbeitgeber und auch nicht das Arbeitsgericht. Namentlich die Prüfung der besonderen Umstände des Einzelfalles, mit Rücksicht auf die der Arbeitgeber eine Zulässigerklärung der Kündigung beantragt, unterliegt kraft Gesetzes der zuständigen Verwaltungsbehörde. Sie entscheidet nach pflichtgemäßem Ermessen und nach Abwägen des Für und Wider, ob die Erlaubnis zur Kündigung in dem besonderen Fall ausnahmsweise erteilt wird oder nicht (Endemann aaO S. 13; Bulla aaO, § 9 Anm. 7-9). Jede ohne Zulässigerklärung ausgesprochene Kündigung aber ist unzulässig und unwirksam (vgl. Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil 14. Aufl. § 145 I, II B, § 202 I; BAG 1, 72 Abs. 4). Fehlt also die Zulässigerklärung, dann kann einer den Schutz des § 9 MuSchG genießenden Arbeitnehmerin auch dann nicht wirksam gekündigt werden, wenn sie durch ihr Verhalten dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung schlechthin unzumutbar gemacht hat. Der Gesetzgeber mutet hier durch eine dura lex dem Arbeitgeber in jedem Fall aus dem übergeordneten Ge-

sichtspunkt des Mutterschutzes die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zur Zulässigerklärung der Kündigung zu.

4. Damit erhebt sich die Frage, ob der Arbeitgeber verpflichtet ist, einer Arbeitnehmerin, deren fristlose Entlassung mangels Zulässigerklärung der Kündigung nicht rechtswirksam erfolgen kann, (Beispiele: Zulässigerklärung ist nicht beantragt; sie ist beantragt, aber noch nicht erteilt; sie ist beantragt, aber abgelehnt worden), die Vergütung weiterzahlen muss, auch wenn er sie nicht beschäftigt, die Arbeitsleistung also nicht entgegennimmt.

Irrig ist die offenbar weitverbreitete Ansicht, einer unter § 9 MuSchG fallenden Arbeitnehmerin stehe immer und unter allen Umständen so lange ein Vergütungsanspruch zu, als ihr nicht wirksam gekündigt worden sei. Es ist nicht richtig, dass der Arbeitgeber bereits allein auf Grund der Vorschrift des § 9 MuSchG verpflichtet sei, der Arbeitnehmerin die Vergütung fortzuzahlen, wenn er sie während des Arbeitsverhältnisses, insbesondere nach wirkungsloser Kündigung nicht beschäftigt. Zwar ist anzunehmen, dass der Gesetzgeber durch § 9 MuSchG der werdenden Mutter oder der Wöchnerin mit dem Arbeitsplatz auch die mit ihm gegebene wirtschaftliche Existenz, d.h. die Einkünfte, den Verdienst, sichern wollte. Die Arbeitnehmerin sollte grundsätzlich die Gewissheit haben, dass Schwangerschaft und Niederkunft auf ihre Erwerbseinkünfte keinen nachteiligen Einfluss haben (vgl. Bulla aaO Vorbem. 1, 2, 12, 13, 15 - 18 vor § 1). Dafür spricht insbesondere auch die Regelung des § 9 Abs. 3 MuSchG, nach der Heimarbeiterinnen innerhalb der Schutzfristen nicht gegen ihren Willen bei der Ausgabe von Heimarbeitern ausgeschlossen werden dürfen. Diese besondere Bestimmung war notwendig, wenn es dem Gesetzgeber darauf ankam, den Heimarbeiterinnen das Arbeitsentgelt zu er-

halten, weil das Kündigungsverbot allein hier in keinem Fall zur Sicherung des Fortbezugs des Arbeitsentgelts ausreichen würde. Für den Fall der im Betrieb tätigen unter das Kündigungsverbot fallenden Frauen hat der Gesetzgeber weder ein Beschäftigungsgebot, noch ein Gebot der Vergütungszahlung schlechthin ausgesprochen. Das war auch nicht notwendig. Denn entweder nimmt der Arbeitgeber trotz der (unwirksamen) Kündigung die Arbeit entgegen, er beschäftigt, dann muss er die Arbeit wie bisher vergüten (§§ 611, 614). Oder er verweigert die Annahme der Arbeit, dann kommt er in Annahmeverzug und muss nach § 615 BGB die Vergütung zahlen, ohne dass der Arbeitnehmer zur Nachleistung der Dienste verpflichtet ist (vgl. Staudinger-Nipperdey, BGB, 10. Aufl. Bem. 1 zu § 615; a.A. in der Begründung Nikisch, Arbeitsrecht, Bd. 1, 2. Aufl. S. 280; gegen ihn zutreffend Hueck, RdA 1955, 323 ff, derselbe in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht, Bd. 1, 6. Aufl., 1956, §§ 21, 22). Aber weder der Wortlaut, noch der Sinn und Zweck des MuSchG gehen so weit, dass der Arbeitgeber verpflichtet wäre, einer nach § 9 MuSchG geschützten Arbeitnehmerin, gleich aus welchen Gründen sie gar nicht oder nicht voll beschäftigt wird, unter allen Umständen das Arbeitsentgelt so lange weiterzuzahlen, bis das Arbeitsverhältnis gelöst ist. Dafür fehlt jede Rechtsgrundlage. Es ist nicht Pflicht des Arbeitgebers, die Arbeitnehmerin schlechthin zu versorgen. Zwar hat das Reichsarbeitsgericht im Falle der schwerbeschädigten Arbeitnehmer in ständiger, aber sehr umstrittener Rechtsprechung angenommen, der Arbeitgeber habe auch dem Schwerbeschädigten, der wegen seiner Beschädigung völlig arbeitsunfähig ist, grundsätzlich das Arbeitsentgelt so lange fortzuentrichten, bis die Hauptfürsorgestelle der Kündigung zugestimmt habe (sog. Versorgungstheorie des RAG; vgl. hierzu Willrodt-Gotzen, Schwerbeschädigtengesetz, 1953, § 19 Anm. 41; Gröninger, Schwerbeschädigtengesetz in Der Wirtschaftskommentator, Teil B, Arbeits- und Sozialrecht, § 19 Anm. 5; Sellmann-Ewermann, Schwerbeschädigtengesetz,

1954, § 19 Anm. 24,25). Der Grosse Senat hatte keine Veranlassung, zu dieser Auffassung Stellung zu nehmen. Selbst wenn die Ansicht des Reichsarbeitsgerichts zuträfe, so lässt sich der Gedanke einer so weitgehenden Versorgungspflicht des Arbeitgebers gegenüber schwerbeschädigten Arbeitnehmern nicht ohne weiteres auf die dem MuSchG unterliegenden Arbeitnehmerinnen übertragen. Denn einmal regelt dieses Gesetz die Versorgung schwangerer Arbeitnehmerinnen, die infolge ihrer Schwangerschaft und der damit verbundenen Beschwerden gar nicht oder nur teilweise, vielleicht auch nur anders als vertragsgemäss, beschäftigt werden können - und nur insoweit besteht mit dem Sachverhalt, den die Versorgungstheorie hinsichtlich der Schwerbeschädigten im Auge hat, eine gewisse Parallele - weitestgehend durch besondere Bestimmungen, ohne dass allerdings erkennbar wäre, die allgemeinen Bestimmungen über die Vergütungspflicht des Arbeitgebers bei Erkrankungen des Arbeitnehmers (§§ 616 BGB, 63 Abs. 1 HGB, 133 c Abs. 2 GewO) fänden auf schwangere Arbeitnehmerinnen überhaupt keine Anwendung (§§ 10 ff MuSchG; BAG 1, 140). Zum anderen handelt es sich bei der hier zu entscheidenden Rechtsfrage auch gar nicht darum, ob an eine den gesetzlichen Mutterschutz geniessende Arbeitnehmerin die Vergütung aus dem Gedanken der Versorgung ohne Rücksicht auf die allgemeinen Bestimmungen weiterzuzahlen ist, wenn sie aus Gründen, die mit ihrer Schwangerschaft zusammenhängen, oder gar aus sonstigen nicht schwangerschaftsbedingten Krankheitsgründen nicht arbeiten kann. Hier handelt es sich vielmehr darum, ob die Vergütung an eine Arbeitnehmerin auch dann weiterzuzahlen ist, wenn sie zwar die ihr obliegende Leistung erbringen kann, aber dem Arbeitgeber gegenüber ein Verhalten zeigt, das ihm das Recht gibt, die Annahme der Leistung abzulehnen. Diese Frage lässt sich aus Sinn und Zweck des MuSchG, insbesondere aus dem der Vorschrift des § 9, allein

nicht beantworten. Der Gesetzgeber geht zwar offenbar davon aus, dass bei den Betriebsarbeiterinnen regelmässig die Voraussetzungen des § 615 BGB zutreffen werden, wenn der Arbeitgeber sie nach unzulässiger und rechtsunwirksamer Kündigung nicht beschäftigt. Ob aber jeweils diese Voraussetzungen vorliegen, entscheidet sich nach allgemeinen arbeitsvertraglichen Regeln. Dabei sind allerdings bei den unter das MuSchG fallenden Arbeitnehmerinnen Sinn und Zweck des Mutterschutzes zu berücksichtigen.

II.

1. Auch die unter das MuSchG fallende Arbeitnehmerin kann also bei Nichtbeschäftigung nur dann Anspruch auf die Vergütung haben, wenn sie arbeitswillig und arbeitsbereit ist und durch ihr Arbeitsangebot den Arbeitgeber in Annahmeverzug setzt.

Dass die Arbeitnehmerin unter Umständen auch in anderen Fällen, ohne Dienste zu leisten oder nachleisten zu müssen, Anspruch auf die Vergütung hat (z.B. bei Krankheit, im Urlaub), bedarf hier keiner näheren Erörterung, weil die gestellte Rechtsfrage sich ersichtlich auf diese Fälle nicht bezieht.

Der Fall des Annahmeverzugs des Arbeitgebers und seine Verpflichtung, aus diesem Grund der nicht beschäftigten Arbeitnehmerin die Vergütung weiterzuzahlen, ist regelmässig gerade dann gegeben, wenn zu Unrecht fristlos gekündigt worden ist. Die Arbeitnehmerin muss ihre Leistung so anbieten, wie sie zu bewirken ist, d.h. grundsätzlich in natura. "usnahmsweise genügt auch ein wörtliches Angebot, wenn der Arbeitgeber der Arbeitnehmerin erklärt oder durch sein Verhalten zum Ausdruck bringt, dass er die Leistung nicht annimmt (§ 295 BGB). Dieser Fall liegt auch vor, wenn der Arbeitgeber die Arbeitnehmerin zu Unrecht fristlos entlassen hat und eine Weiterbeschäftigung ablehnt. Er ist auch dann gegeben, wenn ein Arbeitgeber eine den Schutz des

§ 9 MuSchG geniessende Arbeitnehmerin ohne Zulässigerklärung der zuständigen Behörde und damit rechtsunwirksam fristlos entlassen hat und sie nicht weiterbeschäftigen will. Das wörtliche Angebot der Leistung kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. D.h. aus dem Verhalten der Arbeitnehmerin muss auch in einem solchen Fall unzweideutig hervorgehen, dass sie die ihr obliegende Dienstleistung zu bewirken ernstlich bereit ist. Darüberhinaus liegt in der bis zur Entlassung geleisteten Arbeit grundsätzlich das Angebot weiterer Arbeitsleistung für die Zeit nach der unwirksamen fristlosen Entlassung, ohne dass es eines nochmaligen besonderen Arbeitsangebots bedürfte. Voraussetzung ist allerdings, dass der Arbeitnehmer ausdrücklich oder schlüssig (durch sein Verhalten) zu erkennen gibt, er erkenne die Kündigung nicht an (vgl. Palandt, BGB, 75. Aufl. § 615 Anm. 2; Staudinger-Nipperdey, Bem. 11, 17, 30 zu § 615).

2. Annahmeverzug setzt kein Verschulden des Gläubigers, hier des Arbeitgebers voraus. Wohl aber ist auch nach deutschem Recht (§ 242 BGB), ebenso wie nach Art. 91 SchweizOR Annahmeverzug nur dann gegeben, wenn der Gläubiger die Annahme der gehörig angebotenen Leistung ungerechtfertigter Weise verweigert, d.h. es darf dem Gläubiger kein vom Recht anerkannter Grund zur Seite stehen, die Leistung abzulehnen. Ein Grund zur Ablehnung liegt regelmässig vor, wenn die angebotene Leistung dem Vertrag nicht entspricht oder das Angebot unter solchen dem Schuldner zuzurechnenden Umständen erfolgt, dass der Gläubiger nach Treu und Glauben nicht anzunehmen braucht (vgl. Schlegelberger - Vogels, BGB, § 293 Bem. 8; Erman-Groepper, § 293 Bem. 2; etwas anderes in Vorbem. 5 a vor § 293; Kohler, Lehrbuch d. Bürgerl. Rechts II 1, 198; Gmür-Becker, SchweizOR, Art.91 Bem. 22 ff; Guhl, Das Schweizerische Obligationenrecht,



4. Aufl., 1948 S. 187).

Im Hinblick auf den Sinn und Zweck des Mutterschutzes wird man allerdings diese allgemeine Regel zu Lasten des Arbeitgebers dahin einschränken müssen, dass ein nicht in allen Punkten dem Vertrag entsprechendes Angebot der geschützten Arbeitnehmerin dem Arbeitgeber noch kein den Annahmeverzug ausschliessendes Ablehnungsrecht gibt. Wohl aber bleibt Voraussetzung des Annahmeverzuges in Fällen der vorliegenden Art, dass die Arbeitnehmerin die Bereitschaft zeigen muss, ihre Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern (§ 242 BGB). Denn wie die Art und Weise der Leistung selbst durch den Grundsatz von Treu und Glauben bestimmt wird, so auch das tatsächliche oder wörtliche, ausdrückliche oder stillschweigende Angebot der Leistung. Das Angebot der Leistung ist nichts anderes als der Beginn der geschuldeten Leistung selbst (vgl. Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, 1954, § 57 II 2). Ein Leistungsangebot, das im konkreten Fall gegen Treu und Glauben verstösst, ist also nicht ordnungsgemäss; es kann vom Arbeitgeber abgelehnt werden, ohne dass er in Gläubigerverzug gerät.

3. Bei der Beurteilung, ob die Arbeitnehmerin ein unannehmbares Angebot gemacht hat, das der Arbeitgeber zu Recht ablehnt, müssen Treu und Glauben, die Gepflogenheiten des Arbeitslebens, sowie der Sinn und Zweck des Mutterschutzes berücksichtigt werden. So kann der Arbeitgeber das Leistungsangebot der geschützten Arbeitnehmerin zu Recht ablehnen, wenn sie sich so verhält, dass bei Annahme der angebotenen Dienste Leib, Leben, Freiheit, Gesundheit, Ehre, andere Persönlichkeitsrechte oder Eigentum des Arbeitgebers, seiner Angehörigen oder anderer Betriebsangehöriger unmittelbar und nachhaltig so gefährdet werden, dass die Abwehr dieser Gefährdung absoluter Rechte den Vorrang vor dem Interesse der unter das MuSchG fallenden Arbeitnehmerin an der Erhaltung ihres Verdienstes haben muss. Dabei ist auf

die objektive Rechtswidrigkeit des Verhaltens der Arbeitnehmerin abzustellen; Verschulden ist nicht erforderlich. Wann ein solcher Fall vorliegt, hängt von den jeweiligen konkreten Umständen ab. Dabei ist zu beachten, dass das Arbeitsverhältnis ein Rechtsverhältnis ist, das von dem Gedanken der gegenseitigen Treue der Vertragspartner besonders beherrscht wird. Daraus folgt, dass Leistung und Leistungsangebot des Arbeitnehmers in besonderer Weise dem dem Arbeitsverhältnis immanenten Treuegedanken entsprechen müssen. Aber auch der Arbeitgeber muss - entsprechend dem Prinzip der Fürsorgepflicht - der geschützten arbeitenden Frau mit Rücksicht und Wohlwollen gegenüberreten. Damit gewinnt das Gesamtverhalten der Arbeitnehmerin für die Frage, ob ihr Leistungsangebot Treu und Glauben entspricht, oder ob es vom Arbeitgeber zu Recht abgelehnt werden kann, besondere Bedeutung.

Dass dabei auch die Gepflogenheiten des Arbeitslebens zu berücksichtigen sind, bedarf der Hervorhebung. Nicht jede in der Erregung gesprochene Beleidigung des Arbeitgebers, nicht jedes böse Wort, nicht jede Robustheit der Arbeitnehmerin, lässt das Leistungsangebot treuwidrig und seine Ablehnung durch den Arbeitgeber gerechtfertigt erscheinen. Ort und Zeit des Vorfalls sowie das Betriebsklima spielen für die Beurteilung dieser Frage eine erhebliche Rolle.

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich zusammenfassend: Es genügt nicht, dass die geschützte Arbeitnehmerin sich so verhalten hat, dass nach allgemeinen arbeitsvertraglichen Regeln die fristlose Entlassung gerechtfertigt ist. Es muss vielmehr ein ungewöhnlich schwerer rechtswidriger Verstoss der Arbeitnehmerin nicht nur gegen besondere Vertragspflichten, sondern gegen allgemeine Verhaltenspflichten vorliegen, der den Arbeitgeber schlechterdings berechtigt, die Dienste abzulehnen. Es ist Aufgabe der Gerichte

für Arbeitssachen, hier die vernünftige und gerechte Abwägung vorzunehmen. Wenn die Arbeitnehmerin zu einem bestimmten Zeitpunkt ein Verhalten zeigt, das den Annahmeverzug ausschliesst, so ist damit noch nicht gesagt, dass nunmehr für alle Zukunft weitere Leistungsangebote von dem Arbeitgeber zu Recht abgelehnt werden können. Die Dienstleistung der Arbeitnehmerin besteht aus konkreten einzelnen, zeitlich aufeinanderfolgenden, unter Umständen verschiedenartigen Diensten, die je und je angeboten werden und je nach Lage des Falles jetzt nicht zum Gläubigerverzug, später aber doch zu einem solchen führen können. Das Letztere ist dann anzunehmen, wenn der Vorfall eine gewisse Zeit zurückliegt und für den Arbeitgeber eine Wiederzusammenarbeit unter Berücksichtigung des Zweckes des Mutterschutzes tragbar ist. Es ist allerdings nicht ausgeschlossen, dass auch ein einmaliges besonders schwer zu missbilligendes Verhalten der Arbeitnehmerin den Arbeitgeber berechtigt, das Leistungsangebot für alle Zukunft abzulehnen.

III.

Aus den vorstehenden Erwägungen des Senats zur Rechtslage rechtfertigen sich die im Tenor des Beschlusses enthaltenen Sätze.

für den beur-
laubten Senats-
präsidenten
Dr. Müller

für den beur-
laubten Bun-
desrichter
Denecke

gez. Nipperdey

Nipperdey

Nipperdey

Dr. Berger

für den beur-
laubten Bun-
desrichter
Dr. Foelmann

Dr. König

Nipperdey

Siebrecht

Dr. Reinecke

E. Bührig

Debus

