

Aktenzeichen:

3 RK 50/57

I m N a m e n d e s V o l k e s

Verkündet

In Sachen

am 25. August 1960

.....  
Beklagten und Revisionsklägerin,

gegen

.....  
Klägerin und Revisionsbeklagte,

hat der 3. Senat des Bundessozialgerichts auf  
die mündliche Verhandlung vom 25. August 1960,  
an der mitgewirkt haben

Senatspräsident Prof. Dr. B o g s  
als Vorsitzender,

Bundesrichter Dr. L a n g k e i t und

Bundesrichter Dr. S c h u b e r t

als weitere Berufsrichter,

Bundessozialrichter L e p i n s k i und

Bundessozialrichter Dr. L e d e r e r

als ehrenamtliche Beisitzer,

Für Recht erkannt:

Die Sprungrevision der Beklagten gegen das Urteil  
des Sozialgerichts Landshut vom 23. Mai 1957  
wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat der Klägerin die außergericht-  
lichen Kosten des Revisionsverfahrens zu er-  
statten.

Von Rechts wegen.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

## G r ü n d e :

### I

Die Klägerin ist bei der beklagten Krankenkasse pflichtversichert. Wegen ihrer Schwangerschaft setzte sie am 22. Januar 1956 mit ihrer Arbeit als Fabrikarbeiterin aus. Nach der Entbindung begann sie wieder Ende April 1956 zu arbeiten. Vor der Aussetzung der Arbeit hatte sie jeweils von Montag bis Freitag 9 1/2 Stunden täglich gearbeitet; der Samstag war arbeitsfrei. Auch nachdem sie ihrem Arbeitgeber die Schwangerschaft mitgeteilt und dieser ihr unter Hinweis auf die Arbeitsschutzbestimmungen des Mutterschutzgesetzes (MuSchG) angeboten hatte, von Montag bis Freitag täglich nur 8 1/2 Stunden, dafür aber am Samstag 5 Stunden zu arbeiten, war es auf ihren Wunsch bei der bisherigen Arbeitszeiteinteilung verblieben.

Die beklagte Krankenkasse gewährte der Klägerin vom 22. Januar bis 22. April 1956 Wochengeld nach § 13 MuSchG. Sie legte dabei aber nicht den von der Klägerin in den letzten 13 Wochen vor dem 22. Januar 1956 tatsächlich erzielten Nettoverdienst von 702,26 DM zugrunde, sondern ging von einem angenommenen Verdienst von 631,93 DM aus, den die Klägerin erzielt hätte, wenn sie in der Vergleichszeit jeweils von Montag bis Freitag nur 8 1/2 Stunden täglich gearbeitet hätte. Danach betrug das Wochengeld kalendertäglich 6,94 DM.

Die Klägerin ist der Auffassung, daß das Wochengeld nach ihrem tatsächlichen Arbeitsverdienst zu berechnen sei und ihr demgemäß ein tägliches Wochengeld in Höhe von 7,76 DM zustünde. Ihr Widerspruch bei der beklagten Krankenkasse blieb ohne Erfolg (Bescheid vom 9. April 1956).

Ihrer Klage vor dem Sozialgericht (SG.) Landshut mit dem Antrag,



- 3 -

den Widerspruchsbescheid der beklagten Krankenkasse vom 9. April 1956 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 59,04 DM zu zahlen,

wurde stattgegeben (Urteil vom 23. Mai 1957); die Berufung wurde zugelassen.

Gegen dieses Urteil hat die beklagte Krankenkasse Sprungrevision mit dem Antrag eingelegt,

das angefochtene Urteil aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Sie rügt, das SG. habe den zwingenden Charakter der Schutzvorschrift des § 8 MuSchG verkannt. Diese Schutzvorschrift wäre praktisch gegenstandslos, wenn die Vergütung für die verbotswidrige Mehrarbeit bei der Berechnung des Wochengeldes mitberücksichtigt würde. Dem stehe nicht entgegen, daß die Sozialversicherungsbeiträge nach dem tatsächlich erzielten Verdienst berechnet und abgeführt würden, und daß das Versicherten-Wochengeld nach § 195a Reichsversicherungsordnung (RVO) nach diesem Bruttoverdienst gewährt würde; die RVO enthalte keine dem § 8 MuschG vergleichbaren Vorschriften.

## II

1. Für den Klaganspruch - Wochengeld nach § 13 Abs. 1 MuschG - ist der Rechtsweg zu den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit gegeben. Nach § 16 Abs. 2 MuschG gelten für das Verfahren bei der Feststellung der Leistungen nach § 13 MuSchG die Vorschriften des Sechsten Buches der RVO über die Feststellung der Leistungen der Krankenversicherung entsprechend. Hiernach (vgl. §§ 1636, 1675 RVO a.F.) entschieden vor dem Inkrafttreten des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) die Versicherungsbehörden im Spruchverfahren über die Ansprüche nach § 13 MuSchG. § 213 Abs. 1 Satz 1 SGG hat dieses Verfahren jedoch beseitigt. An seine Stelle ist das Verfahren vor den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit getreten (§ 213 Abs. 1 Satz 2 SGG). Dem entspricht die Regelung des § 203 SGG, wonach die entsprechenden Vorschriften oder Bezeichnungen des SGG an die Stelle



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



[JLaw - für Android](#)



[JLaw - für iOS](#)

derjenigen Vorschriften oder Bezeichnungen treten, auf die in anderen Gesetzen verwiesen ist und die durch das SGG - hier § 213 Abs. 1 Satz 1 - aufgehoben sind.

Demnach ist seit dem 1. Januar 1954 (§ 224 Abs. 1 SGG) für Ansprüche nach § 13 MuSchG der Rechtsweg zu den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit eröffnet.

2. Die Sprungrevision der beklagten Krankenkasse ist nicht begründet.

Von den für den Klageanspruch maßgebenden Voraussetzungen ist allein zweifelhaft, ob die Beklagte ihrer Berechnung des Wochengeldes den richtigen "Durchschnittsverdienst der letzten dreizehn Wochen" zugrunde gelegt hat (§ 13 Abs. 1 Satz 1 MuSchG). Der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung (BMA) hat von der Ermächtigung des § 16 Abs. 3 MuSchG, durch Rechtsverordnung Vorschriften u.a. "über die Berechnung und Auszahlung ... des Wochengeldes nach § 13" zu erlassen, bisher keinen Gebrauch gemacht. Soweit Verlautbarungen des BMA zur Bewilligung des Wochengeldes vorliegen, handelt es sich um Verwaltungserlasse (vgl. Bescheid vom 23. April 1953 - IIIe/1376/53 - abgedruckt bei Eisel, MuSchG unter A 407 und die als Anlage zum Schreiben vom 29. November 1954 - IIIe/5950/54 - herausgegebenen "Richtlinien für die Berechnung des Wochengeldes ... nach § 13 Abs. 1 MuSchG" abgedruckt bei Eisel a.a.O. unter A 617). Allgemein verbindlich hingegen wird der Begriff des "Durchschnittsverdienstes" durch § 13 Abs. 1 Satz 2 MuSchG bestimmt, wonach als Verdienst, der der Berechnung zugrunde zu legen ist, "das um die gesetzlichen Abzüge verminderte Arbeitsentgelt" gilt. Schon die Wortfassung spricht dafür, daß diese Regelung an den Entgeltbegriff der RVO (§ 160) anknüpft. In diesem Sinne hat der Reichsarbeitsminister (RAM) als "Beauftragter für den Vierjahresplan, Generalbevollmächtigter für den Arbeitseinsatz", mit Erlaß vom 24. Oktober 1942 (RABl. III S. 335) noch zu § 7 MuSchG 1942 angeordnet, daß "die zu § 160 der RVO über den Begriff "Entgelt" entwickelten Grundsätze in Zweifelsfällen zur Entscheidung herangezogen werden"



könnten. Allerdings wird in einem späteren Erlaß des RAM vom 21. Juli 1943 (RABl. III S. 247) hierzu die Einschränkung gemacht: "soweit dies mit dem durch das MuSchG erstrebten Zweck der Sicherstellung des bisherigen Einkommens für die werdende Mutter und Wöchnerin vereinbar ist".

In der Tat ist dieser auch bei der Wochengeldregelung des § 13 Abs. 1 MuSchG klar erkennbare Zweck des Gesetzes bei der Frage, was als "Arbeitsentgelt" der Berechnung des Wochengeldes zugrunde zu legen ist, zu berücksichtigen. In Anlehnung an den Entgeltbegriff der RVO ist somit davon auszugehen, daß grundsätzlich Arbeitsentgelt alle wirtschaftlichen Vorteile sind, die einem Beschäftigten als Gegenleistung für seine Arbeiten tatsächlich gewährt werden (so Bulla, MuSchG Anm. 47 zu § 10 und Anm. 30 zu § 13; vgl. auch Peters, MuSchG Anm. 3 zu § 10, Anm. 4b zu § 13). Die tatsächliche Gewährung des Entgelts wird auch in den Richtlinien des Finanzministers von Nordrhein-Westfalen zur Berechnung des Durchschnittsverdienstes (Runderl. v. 10. Juni 1953 - abgedruckt bei Eisel, MuSchG unter B 8) als das entscheidende Moment herausgestellt. Darüber hinaus sind nach der Zweckbestimmung des § 13 Abs. 1 MuSchG, der werdenden Mutter und Wöchnerin das bisherige Einkommen zu sichern, Arbeitsentgelt im Sinne des MuSchG auch die Bezüge, die, obwohl der Sache nach Entgelt darstellend, wegen der Bindung des Sozialversicherungsrechts an das Steuerrecht durch den gemeinsamen Erlaß des Reichsministers der Finanzen und des RAM vom 10. September 1944 (vgl. dazu BSG. 6 S. 47) nicht als Entgelt in der Krankenversicherung anzusehen sind (vgl. den im Erlaß des RAM vom 21. Juli 1943 [RABl. III S. 247] behandelten Fall der Ministerialzulage). Mit Recht schreiben daher die schon erwähnten Richtlinien des BMA (Eisel, MuSchG unter A 61 Abschn. B I) für die Berechnung des Wochengeldes als Grundsatz vor, der gesamte Verdienst, den die Frau für die maßgebenden Zeiten erhalten habe, sei zu berücksichtigen, gleichgültig, inwieweit er für die Lohnsteuer oder für die Sozialversicherungsbeträge berücksichtigt werde (zustimmend Bulla, MuSchG Anm. 47 zu § 10). Können somit auch Bezüge, die nicht Entgelt im versicherungsrechtlichen Sinne sind, Arbeitsentgelt im Sinne



des MuSchG sein, so sind jedenfalls Bezüge, die Entgelt im versicherungsrechtlichen Sinne darstellen, immer auch Arbeitsentgelt im Sinne des § 13 Abs. 1 Satz 2 MuSchG.

Dieser Grundsatz erfährt keine Ausnahme dadurch, daß das Arbeitsentgelt der Arbeitnehmerin für verbotswidrig geleistete Mehrarbeit gewährt worden ist. Nach den Feststellungen des SG. hat die Klägerin in der maßgebenden Vergleichszeit jeweils von Montag bis Freitag 9 1/2 Stunden täglich gearbeitet. Sie ist demnach mit "Mehrarbeit" im Sinne des § 8 Abs. 1 Satz 1 MuSchG beschäftigt worden, da bei über 18 Jahre alten Frauen jede Arbeit über 8 1/2 Stunden täglich als Mehrarbeit gilt (§ 8 Abs. 2 Buchst. c MuSchG), wenn diese Frauen nicht im Haushalt oder in der Landwirtschaft beschäftigt sind (a.a.O. Buchst. a). Daß die Arbeitszeit der Klägerin in der Doppelwoche unter 96 Stunden blieb, ist dabei unerheblich; denn jedes der beiden in § 8 Abs. 2 Buchst. c ausgesprochenen Mehrarbeitsverbote gilt für sich. Eine Ausnahmegenehmigung des Gewerbeaufsichtsamts (§ 8 Abs. 6 MuSchG) lag nicht vor. Die Mehrarbeit war somit unzulässig. Damit war auch die zwischen der Klägerin und ihrem Arbeitgeber getroffene Abrede über die Ableistung der Mehrarbeit nichtig, weil sie einem gesetzlichen Verbot zuwiderlief (§ 134 Bürgerliches Gesetzbuch - BGB -).

Dessenungeachtet hat die Klägerin für die verbotene Mehrarbeit den gleichen Arbeitslohn wie für ihre sonstige Arbeit erhalten. Da aber, wie schon dargelegt, grundsätzlich jede Vergütung, die für geleistete Arbeit - aus welchem rechtlichen Gesichtspunkt auch immer - tatsächlich gewährt wird, Arbeitsentgelt darstellt, fällt auch die Bezahlung für unerlaubte Mehrarbeit hierunter. Erst recht muß das gelten, wenn man, wie die heute herrschende Lehre mit Recht annimmt, bei verständiger Würdigung des erklärten Willens der Vertragsschließenden (§ 139 BGB) und des Zwecks der Arbeitsschutzbestimmungen davon ausgeht, daß der verbotswidrig beschäftigte Arbeitnehmer trotz Nichtigkeit der Abrede über



- 7 -

die Arbeitsleistungspflicht den Anspruch auf die vereinbarte Entlohnung behält (BAG. 5 S. 58 /65 f.7; 8 S. 47 /507; Denecke AZO § 15 Anm. 16; Hueck-Nipperdey, Lehrb.d.Arbeitsr. 6. Aufl. S. 255; Nipperdey-Mohnen-Neumann in Staudinger, Komm. z. BGB 11. Aufl. Anm. 99, 127 zu § 611, Anm. 16 zu § 612; Nikisch, Arbeitsrecht 2. Aufl. S. 255; Bulla, MuSchG Anm. 64 zu § 8; Berger in Betriebsverfassung 1958 S. 26; vgl. auch die Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts, das in diesem Falle einen Anspruch des Arbeitnehmers "aus den allgemeinen Gesichtspunkten des Dienstvertrags und der ungerechtfertigten Bereicherung" annahm (ÄrpsSamml. 37 S. 252, 253; auch 28 S. 56; 30 S. 117; 43 S. 1297). Demnach stellt auch die Vergütung für verbotswidrige Mehrarbeit Entgelt im versicherungsrechtlichen Sinne dar, das, wie auch die beklagte Krankenkasse annimmt, bei der Berechnung sowohl der Beiträge als auch des Grundlohns für die Leistungen - etwa das Wochengeld für Versicherte nach § 195a RVO - mitzubüberücksichtigen ist. Das dergestalt berechnete Versicherten-Wochengeld hat die Krankenkasse - wie im vorliegenden Falle auch geschehen - bei ihrer Abrechnung mit dem Bund (§ 14 Satz 2 MuSchG) in Ansatz zu bringen.

Berücksichtigt man weiterhin, daß die Krankenkasse bei Erfüllung ihrer Auftragsangelegenheit, die Leistungen nach § 13 MuSchG festzustellen, die ihr vertrauten Vorschriften der RVO über die Feststellung der Leistungen der Krankenversicherung entsprechend anzuwenden hat (§ 16 Abs. 2 MuSchG), so wäre es mit diesem auf Vereinfachung und Anlehnung an das Recht der RVO hinzielenden Gedanken nicht vereinbar, wenn die Krankenkasse verpflichtet wäre, für die Berechnung des Wochengeldes nach § 13 MuSchG anders zu verfahren. Es würde auch für die Krankenkassen eine ihnen fremde und von ihnen kaum sachgemäß zu bewältigende Aufgabe darstellen, wenn sie das den Versicherten gewährte Entgelt daraufhin nachprüfen müßten, ob und inwieweit es etwa für unzulässige Mehrarbeit gewährt worden ist. Somit müßten schon besondere Gründe er-

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



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 8 -

sichtlich sein, um eine solche den Trägern der Krankenversicherung fremde Aufgabenstellung zu rechtfertigen.

Solche Gründe liegen nicht vor. Insbesondere kann die Erwägung der beklagten Krankenkasse nicht als richtig anerkannt werden, daß das MuSchG in der teilweisen Versagung des Wochengeldes, die sich aus der Nichtberücksichtigung der Vergütung für verbotene Mehrarbeit ergäbe, eine zusätzliche Sanktion für die Einhaltung des Mehrarbeitsverbots des § 8 MuSchG vorsehe. Dieses Verbot richtet sich nicht an die Arbeitnehmerin. Wie schon die Wortfassung erkennen läßt - "Mütter dürfen nicht ... beschäftigt werden" -, handelt es sich bei diesem Verbot - wie auch bei den gleichgerichteten der §§ 3, 4, 6, 7, 9 Abs. 3 MuSchG - um ein Beschäftigungsverbot, das nur für den Arbeitgeber gilt. Nur er kann Täter der strafbaren Zuwiderhandlung (§ 20 MuSchG) sein. Hingegen obliegt der Arbeitnehmerin als werdender und stillender Mutter regelmäßig keine gleiche Verpflichtung nach dem MuSchG, gegen die sie verstoßen könnte; denn sie ist im allgemeinen Gegenstand der mutterschutzrechtlichen Fürsorge, während ihre Durchführung dem Arbeitgeber als gesetzliche Pflicht auferlegt ist (vgl. BAG. 3 S. 309 3117 = AP. Nr. 2 zu § 4 MuSchG; Bulla, MuSchG Vorbem. 12 vor § 20). Wo das MuSchG ausnahmsweise auch die Arbeitnehmerin verpflichtet, bringt das Gesetz dies klar zum Ausdruck (vgl. § 19 Abs. 4 MuSchG); dann gilt auch die Strafvorschrift für sie (§ 21 MuSchG).

Daß das Beschäftigungsverbot des § 8 MuSchG sich nur an den Arbeitgeber richtet und daher von der Arbeitnehmerin nicht verletzt werden kann, gilt auch in Fällen, in denen die Arbeitnehmerin das Verbot kennt oder gar - wie vorliegend - den Arbeitgeber zur Übertretung des Beschäftigungsverbots veranlaßt. Strafrechtlich wird die Arbeitnehmerin dadurch nicht zur Anstifterin oder Gehilfin bei der Zuwiderhandlung ihres Arbeitgebers; denn Strafnormen können von denjenigen, zu deren besonderem Schutz sie



erlassen sind, nicht verletzt werden. In solchen Fällen liegt - straflose - "notwendige Teilnahme" vor (RGSt. 18 S. 273 2817, worauf Bulla a.a.O. Vorbem. 12 vor § 20 zutreffend hinweist). Wenn aber das Beschäftigungsverbot des § 8 MuSchG sich nur an den Arbeitgeber richtet, so kann nicht angenommen werden, daß seine Einhaltung durch eine die Arbeitnehmerin treffende Sanktion - Kürzung des Wochengeldes - gesichert werden soll.

Diese Rechtsauffassung wird durch die andersartige gesetzgeberische Gestaltung des bedingten Beschäftigungsverbots nach § 3 MuSchG bestätigt. Dieses Verbot gilt nicht, wenn die werdende Mutter sich zur Arbeitsleistung ausdrücklich bereit erklärt (§ 3 Abs. 2 MuSchG). Um aber der werdenden Mutter den Anreiz zu nehmen, gegen ihr eigenes Interesse und das des Kindes während der Schutzfrist weiterzuarbeiten, schließt § 13 Abs. 4 Buchst. a MuSchG den Anspruch auf das Wochengeld für die Zeit aus, in der die Frau gegen Arbeitsentgelt tätig ist. Mit dieser Sanktion wird dem fürsorgerischen Zweckgedanken des § 3 MuSchG in wirksamer Weise Rechnung getragen. Da die Frau ohnehin, wenn sie nicht arbeitet, als Wochengeld das erhält, was sie vor Beginn der Schutzfrist verdient hat (§ 13 Abs. 1 MuSchG), fehlt in der Regel jeder Anreiz, sich diese Mittel durch Arbeit zu verdienen und sich deshalb im Sinne von § 3 Abs. 2 MuSchG zur Arbeitsleistung ausdrücklich bereitzuerklären. Diese Regelung zeigt aber auch, daß der Gesetzgeber von der Versagung des Wochengeldes als einem Mittel zur Förderung der Zwecke des MuSchG nur dann Gebrauch macht, wenn die werdende Mutter selbst hinsichtlich des Ausmaßes ihres Schutzes Gestaltungsfreiheit hat und eine Bestrafung des Arbeitgebers wegen zulässiger Zustimmung der werdenden Mutter zur Arbeitsleistung nicht in Betracht kommt. Wenn hingegen - wie bei § 8 MuSchG - das Verhalten der werdenden Mutter ohne Einfluß auf das Beschäftigungsverbot ist, wird seine Mißachtung auch nicht durch Kürzung des Wochengeldes geahndet. Hier gilt der die Wochengeldregelung des § 13 MuSchG beherrschende Zweckgedanke, der werdenden Mutter und Wöchnerin das bisherige Einkommen zu sichern. Somit ist die auf die verbotene Mehrarbeit entfallende Vergütung bei der Berechnung des Durchschnittsverdienstes



- 10 -

nach § 13 Abs. 1 Satz 1 MuSchG mitzubersichtigen (ebenso Bulla, MuSchG Anm. 58 zu § 10; a.A. der schon erwähnte, die Gerichte nicht bindende Erlaß des BMA vom 23. April 1953 [Eisel a.a.O. 407], der im übrigen durch die "Richtlinien" [Eisel a.a.O. A 617] überholt sein dürfte, in denen unter B II Nr. 6 die "Mehrarbeitsvergütung" ohne Einschränkung als zu berücksichtigender Verdienst aufgeführt wird).

Die Sprungrevision der beklagten Krankenkasse ist demnach als unbegründet zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.

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



**JLaw – Gesetze und Urteile**  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)