

die diese Möglichkeit, Lohn zu beziehen, ohne dafür arbeiten zu müssen, nicht hätten.

Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden.

Zunächst ist zur Zielsetzung von Artikel 2 Absatz 3 der Richtlinie zu bemerken, daß diese Bestimmung, indem sie den Mitgliedstaaten das Recht vorbehält, Vorschriften zum Schutz der Frau „bei Schwangerschaft und Mutterschaft“ beizubehalten oder einzuführen, in bezug auf den Gleichheitsgrundsatz zum einen die Berechtigung des Schutzes der körperlichen Verfassung der Frau während und nach der Schwangerschaft und zum anderen die Berechtigung des Schutzes der besonderen Beziehung zwischen der Mutter und ihrem Kind während der Zeit, die an die Schwangerschaft und Entbindung anschließt, anerkennt (vgl. Urteil vom 12.7.1984 in der Rechtssache 184/83, Hofmann, Slg. 1984, 3047, Randnr. 25).

Wie der Gerichtshof entschieden hat (vgl. Urteil Hofmann, a.a.O., Randnr. 27), räumt die Richtlinie den Mitgliedstaaten ein Ermessen hinsichtlich der sozialen Maßnahmen ein, die zu ergreifen sind, um im Rahmen der Richtlinie den Schutz der Frau bei Schwangerschaft und Mutterschaft sowie den Ausgleich der für die Frau anders als für den Mann bestehenden tatsächlichen Nachteile im Hinblick auf die Beibehaltung des Arbeitsplatzes zu gewährleisten.

Im vorliegenden Fall ist festzustellen, daß die Vorabentscheidungsfragen einen Vertrag auf unbestimmte Zeit betreffen und daß das Nachtarbeitsverbot für Schwangere daher nur für eine gegenüber der Gesamtdauer des Vertrages beschränkte Zeit wirkt.

Unter diesen Voraussetzungen würde es dem mit Artikel 2 Absatz 3 der Richtlinie verfolgten Schutzzweck zuwiderlaufen und dieser Bestimmung ihre praktische Wirksamkeit nehmen, wenn man es zuließe, daß der Vertrag wegen der zeitweiligen Verhinderung der schwangeren Arbeitnehmerin, die Nachtarbeit zu verrichten, für die sie eingestellt wurde, für nichtig erklärt oder angefochten werden könnte.

Die Beendigung eines Vertrages auf unbestimmte Zeit wegen der Schwangerschaft der Arbeitnehmerin, gleich, ob diese Beendigung infolge der Nichtigkeit oder einer Anfechtung eintritt, läßt sich also nicht dadurch rechtfertigen, daß ein gesetzliches Verbot, das wegen der Schwangerschaft aufgestellt worden ist, die Arbeitnehmerin zeitweilig daran hindert, eine Nachtarbeit zu verrichten.

Urteil

LAG Köln, § 612a BGB, § 45 III 1 SGB V Keine Kündigung des Arbeitsverhältnisses bei Fernbleiben von der Arbeit wegen Krankheit eines Kindes

Sowohl die fristlose als auch die fristgemäße Kündigung einer Arbeitnehmerin ist unzulässig, wenn sie auf den Umstand gestützt wird, daß die Arbeitnehmerin wegen Krankheit ihres Kindes – vermeintlich – unberechtigt von der Arbeit ferngeblieben ist.

Denn gem. § 612 a BGB, § 45 III 1 SGB V steht es der Arbeitnehmerin zu, bei Krankheit ihres Kindes und keiner anderweitigen Betreuungsperson in ihrem Haushalt der Arbeit fernzubleiben und sich um das erkrankte Kind zu kümmern. Die zulässige Ausübung dieses Rechts stellt keinen Kündigungsgrund dar.

Urteil LAG Köln vom 10.11.93 – 7 Sa 690/93 –

Aus den Gründen:

Die Berufung ist unbegründet.

1. Die fristlose Kündigung der Beklagten (Putzservice) ist rechtsunwirksam, und zwar bereits aufgrund von § 612 a BGB. Danach darf der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer bei einer Vereinbarung oder einer Maßnahme nicht benachteiligen, weil der Arbeitnehmer in zulässiger Weise seine Rechte ausübt. Unter „Maßnahme“ in diesem Sinne ist auch die Ausübung des Kündigungsrechts zu verstehen, vgl. § 611 a Abs. 1 Satz 1 BGB.

a) Die Klägerin (Putzhilfe) hat in zulässiger Weise ein Recht ausgeübt, als sie am 2.12.1992 ihre Arbeit unterbrach und am Folgetag nicht zur Arbeit erschien, nämlich ihr Recht jedenfalls aus § 45 Abs. 3 S. 1 SGB V. Danach haben Versicherte mit Anspruch auf Krankengeld nach Absatz 1 für die Dauer dieses Anspruchs gegen ihren Arbeitgeber Anspruch auf unbezahlte Freistellung von der Arbeitsleistung, soweit nicht aus dem gleichen Grund Anspruch auf bezahlte Freistellung besteht. Absatz 1 bestimmt, daß Versicherte einen Anspruch auf Krankengeld haben, wenn es nach ärztlichem Zeugnis erforderlich ist, daß sie zur Beaufsichtigung, Betreuung oder Pflege ihres erkrankten und versicherten Kindes der Arbeit fernbleiben, eine andere in ihrem Haushalt lebende Person das Kind nicht beaufsichtigen, betreuen oder pflegen kann und das Kind das 12. Lebensjahr noch nicht vollendet hat. Diese Voraussetzungen lagen am 2. und 3.12.1992 bei der Klägerin vor.

aa) Es liegen Atteste der praktischen Ärztin Dr. N. vom 9.12.1992 und 2.1.1993 vor, wonach der damals 7-jährige Sohn der Klägerin am 2.12.1992 hoch fieberhaft in ihrer Sprechstunde war und es bei der Erkankung des Kindes (nach Angaben der Klägerin Mittelohrentzündung) dringend erforderlich war, daß die Mutter sofort das Kind betreut, da es

sich um ein risikoreiches fieberhaftes Krankheitsbild handelte, das nur die Mutter beurteilen konnte, weil sie die Situation genau kannte. Demgemäß war es nach ärztlichem Zeugnis erforderlich, daß die Klägerin zur Betreuung ihres Kindes der Arbeit fernblieb. Daß die Atteste erst später ausgestellt wurden, ist rechtlich unerheblich. Aus § 45 Abs. 1 SGB V läßt sich nicht entnehmen, daß das ärztliche Zeugnis bereits vor der Betreuung vorliegen muß. Die Beklagte hatte die Bitten der Klägerin am 2. und 3.12.1992, sie von der Arbeit freizustellen, auch gar nicht wegen Fehlens eines ärztlichen Attestes zurückgewiesen, sondern aus anderen Gründen.

bb) Eine andere im Haushalt lebende Person konnte das Kind nicht betreuen.

Am 2.12.1992 war im Haushalt der Klägerin niemand anwesend. Das Kind ist von einer Nachbarin aus der Schule geholt worden. Eine Pflicht der Klägerin, statt die Betreuung selbst zu übernehmen, sich darauf zu beschränken, ihren Ehemann auf dessen Arbeitsstelle oder ihre 18-jährige Tochter in der Berufsschule zu benachrichtigen und einen von beiden um die Übernahme der Betreuung zu bitten, läßt sich aus keiner Bestimmung herleiten. Der Ehemann der Klägerin und ihre Tochter ihrerseits hätten darauf verweisen können, daß es genausogut Aufgabe der Klägerin sei, sich um das Kind zu kümmern. Die Schwiegereltern der Klägerin und ihre Nachbarin, auf die sich die Beklagte auch noch berufen hat, scheiden für die Anwendung des § 45 SGB schon deshalb aus, weil sie nicht „im Haushalt lebende Personen“ waren, wie die Bestimmung es voraussetzt.

Am 3.12.1992 kamen zwar für die Betreuung des Kindes neben der Klägerin auch deren Ehemann und ihre 18-jährige Tochter in Betracht. Gleichwohl kann die Entscheidung der Klägerin, die Betreuung selbst durchzuführen, rechtlich nicht beanstandet werden. Der Ehemann der Klägerin und insbesondere die Tochter hätten mit Recht einwenden können, daß es zumindest genausogut Aufgabe der Klägerin war, die Betreuung durchzuführen. Die Klägerin konnte für sich anführen, daß in ihren Händen das Kind am besten aufgehoben war.

cc) Das Kind hatte das 12. Lebensjahr noch nicht vollendet.

dd) Damit waren die Voraussetzungen des § 45 Abs. 1 Satz 1 SGB V erfüllt. Der Anspruch der Klägerin auf Freistellung von der Arbeitsleistung war nach § 45 Abs. 3 Satz 1 SGB V begründet. Ob ein solcher Anspruch auch aufgrund der §§ 242 oder 275 oder 616 BGB bestanden hat, kann dahingestellt bleiben.

ee) § 45 Abs. 3 Satz 1 SGB V gewährt nicht nur einen Anspruch auf Freistellung von der Arbeitsleistung durch den Arbeitgeber (Freistellungserklä-

rung), sondern, wenn diese unberechtigt verweigert wird, auch das Recht, der Arbeit „eigenmächtig“ fernzubleiben. Das muß angenommen werden, weil die Vorschrift sonst in wichtigen Fällen wirkungslos wäre. Bei den Erkrankungen im Sinne von § 45 Abs. 1 SGB V muß der Arbeitnehmer meist rasch handeln. Es kann daher sinnvollerweise von ihm nicht erwartet werden, daß er nach einer unberechtigten Verweigerung der Freistellung erst eine gerichtliche Verurteilung des Arbeitgebers herbeiführt.

b) Die Beklagte hat gekündigt, weil die Klägerin ihr Recht nach § 45 Abs. 3 Satz 1 SGB V ausgeübt hat. Sie hat gewußt, daß die Klägerin wegen der Betreuung ihres Kindes am 2.12.1992 die Arbeit verlassen hat und am 3.12.1992 aus demselben Grund nicht zur Arbeit erschienen war. Ob die Beklagte die Bestimmung des § 45 Abs. 3 Satz 1 SGB V (oder § 242 oder § 275 oder § 616 BGB) kannte und sich bewußt war, daß das Verhalten der Klägerin die Ausübung eines Rechts darstellte, ist bei § 612 a BGB unerheblich. Der Vorschrift läßt sich nicht entnehmen, daß dem Arbeitgeber bewußt gewesen sein muß, daß der Arbeitnehmer ein Recht ausgeübt hat. Eine solche Forderung würde auch dem Sinn und Zweck der Vorschrift zuwiderlaufen, den Arbeitnehmer bei der Ausübung eines Rechts zu schützen. In Kleinbetrieben beispielsweise sind Rechte der Arbeitnehmer oft nicht bekannt oder werden nicht akzeptiert.

Im übrigen scheint vorliegend die Beklagte sich durchaus bewußt gewesen zu sein, daß die Klägerin mit ihrem Verhalten ein Recht ausüben wollte. Die Klägerin hatte der Beklagten die Gründe für ihren Wunsch nach Freistellung von der Arbeit mitgeteilt, die Beklagte ist darauf überhaupt nicht eingegangen, nicht einmal im Kündigungsschreiben. Das deutet darauf hin, daß der Beklagten die Gründe der Klägerin gleichgültig waren.

c) Daß die Kündigung der Beklagten für die Klägerin eine Benachteiligung (im Vergleich zu den anderen Arbeitnehmerinnen) war, liegt auf der Hand.

2. Daß die Kündigung der Beklagten in eine vorsorgliche fristgemäße Kündigung auszulegen ist (§ 133 BGB) oder umzudeuten ist (§ 140 BGB), kann unterstellt werden. Als fristgemäße Kündigung stellt sie ebenfalls eine Benachteiligung der Klägerin wegen der Ausübung eines Rechts dar und ist deshalb aufgrund von § 612 a BGB nichtig. Demgemäß ist es rechtlich unerheblich, ob das Arbeitsverhältnis der Parteien dem Kündigungsschutzgesetz unterlag oder aufgrund von § 23 KSchG nicht. § 612 a BGB gilt allgemein und daher auch außerhalb des Geltungsbereiches des Kündigungsschutzgesetzes.

3. Es ist rechtlich auch unerheblich, daß die Beklagte – im Falle der Nichtgeltung des Kündigungsschutzgesetzes –, die Klägerin auch ohne einen Grund fristgemäß hätte kündigen können. Die Kündigung der Beklagten vom 3.12.1992 ist – auch als fristgemäße Kündigung – gerade nicht ohne Grund erfolgt, sondern aus den dort angegebenen Gründen (Verlassen der Arbeit am 2.12.1992 und Nichterscheinen zur Arbeit am 3.12.1992) und damit wegen der Ausübung eines Rechts im Sinne von § 612 a BGB. Eine andere Kündigung als die vom 3.12.1992 hat die Beklagte nicht ausgesprochen.

Mitgeteilt von RAin Ulrike Breil, Dortmund

Urteil

SG Dortmund, §§ 3 II MuSchG, 103 I, 134 I, 152 I 2. Hs. AFG

Trotz Beschäftigungsverbot beim Mutterschutz – Arbeitslosenhilfe

1. Bei Bereiterklärung gem. § 3 II 2 MuSchG der Schwangeren, hat sie Anspruch auf Leistungen nach dem AFG.

2. Diese Bereiterklärung ist nicht fristgebunden, sie kann mit der Arbeitslosmeldung abgegeben werden.

Urteil des SG Dortmund vom 20.12.1993 – S 33 Ar 49/92 – r.k.

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin wendet sich im Wege der Überprüfung gemäß § 44 SGB X gegen die Ablehnung der Bewilligung von Arbeitslosenhilfe ab dem dem 29.12.1986.

Die Klägerin beantragte am 29.12.1986 die Wiederbewilligung von Arbeitslosenhilfe. Dabei gab sie an, ein Kind zu erwarten. Voraussichtlicher Entbindungstermin sei der 29.1.1987. Sie sei in der Lage und auch bereit, bis zum Entbindungstermin zu arbeiten.

Mit Bescheid vom 27.1.1987 lehnte die Beklagte den Antrag mit der Begründung ab, die Klägerin stehe wegen des Entbindungstermins am 29.1.1987 der Arbeitsvermittlung nicht zur Verfügung.

Mit Schriftsatz vom 27.9.1989 beantragte die Klägerin die Überprüfung des Bescheides vom 27.1.1987 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 20.2.1987. Zur Begründung führte sie aus, die von der Beklagten angeführte 6-Wochenfrist finde im Mutterschutzgesetz keine gesetzliche Grundlage. Lediglich das absolute Beschäftigungsverbot gemäß § 6 Mutterschutzgesetz stehe der Verfügbarkeit entgegen.

Aus den Gründen:

Die Klägerin ist durch den angefochtenen Bescheid vom 27.2.1990 im Sinne des § 54 Abs. 2 S. 1 SGG beschwert, denn diese Bescheide sind rechtswidrig.

Die Beklagte ist verpflichtet, den Antrag der Klägerin vom 27.9.1989 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu bescheiden. Sie hat den Überprüfungsantrag der Klägerin zu Unrecht abgelehnt.

Die Beklagte hat einen Anspruch der Klägerin auf Arbeitslosenhilfe in dem Bescheid vom 27.1.1987, dessen Rücknahme begehrt wird, rechtswidrig verneint. Dieser Bescheid beruht auf fehlerhafter Rechtsanwendung.

Die Klägerin hatte in der Zeit vom 29.12.1986 bis zum Tag vor der Geburt ihres zweiten Sohnes, dem 20.1.1987, Anspruch auf Arbeitslosenhilfe.

Anspruch auf Arbeitslosenhilfe hat gemäß § 134 Abs. 1 des Arbeitsförderungsgesetzes (AFG) bei Vorliegen weiterer, hier unstreitig gegebener, Voraussetzungen, wer der Arbeitsvermittlung zur Verfügung steht.

Die Klägerin stand der Arbeitsvermittlung auch in der Zeit vom 29.12.1986 bis 20.1.1987 zur Verfügung. Entgegen der Auffassung der Beklagten stand der Verfügbarkeit der Klägerin das Beschäftigungsverbot gemäß § 3 Abs. 2 Mutterschutzgesetz (MuSchG) nicht entgegen. Nach § 3 Abs. 2 MuSchG dürfen werdende Mütter in den letzten 6 Wochen vor der Entbindung nicht beschäftigt werden, es sei denn, daß sie sich zur Arbeitsleistung ausdrücklich bereit erklären. Zwar befand sich die Klägerin am 29.12.1986 weniger als 6 Wochen vor dem voraussichtlichen Entbindungstermin. Sie hatte jedoch gegenüber dem Arbeitsamt ihre Bereitschaft ausdrücklich erklärt, bis zum Entbindungstermin zu arbeiten. Das Beschäftigungsverbot gemäß § 3 Abs. 2 MuSchG greift deshalb nicht durch.

Die Bereiterklärung der Klägerin ist auch rechtzeitig abgegeben worden und deshalb wirksam. Entgegen der Auffassung der Beklagten ist es im vorliegenden Falle nicht erforderlich, daß die Bereiterklärung vor Beginn der sechswöchigen Schutzfrist abgegeben wird. Eine entsprechende Erklärungsfrist findet im Mutterschutzgesetz keine gesetzliche Stütze. In den einschlägigen Kommentierungen zum Mutterschutzgesetz wird lediglich die Auffassung vertre-