

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

15. JAN. 1969

Gesetz: MuSchG i.d.F. vom 18. April 1968 (BGBl. I, 315) § 11

Leitsätze:

Für die Berechnung des Mutterschutzlohnes gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1 MuSchG bleibt der der Schwangerschaft vorausgehende Bezugszeitraum unberücksichtigt, wenn die Arbeitnehmerin in dieser Zeit ohne ihr Verschulden kein Arbeitsentgelt bezogen hat. In diesem Fall ist von dem Durchschnittsverdienst auszugehen, den die Arbeitnehmerin während der letzten drei Monate oder dreizehn Wochen in dem Zeitraum hatte, der dem Zeitabschnitt ohne Arbeitsentgelt unmittelbar vorausgeht. (Im Anschluß an BAG 8, 12 14 f. = AP Nr. 2 zu § 2 ArbKrankhG.)

Aktenzeichen: 3 AZR 305/68

Urteil des BAG vom 15. Januar 1969

LAG Hamm



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

3 AZR 305/68

3 Sa 284/68 Hamm

Im Namen des Volkes!

Urteilstenor zugestellt
am 15. Januar 1969

gez. Groll,
Regierungshauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Urteil

In Sachen

hat der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß
§ 128 Abs. 2 ZPO in der Sitzung vom 10. Januar 1969
durch den Senatspräsidenten Professor Dr. Stumpf, die
Bundesrichterin Professorin Dr. Hilger und den Bundes-
richter Dr. Gröninger sowie die Bundesarbeitsrichter
Dr. Meyer und Röglin für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil
des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 21. Mai 1968
- 3 Sa 284/68 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung, auch über die Kosten der Revision,
an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

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](#)

- 2 -

Tatbestand:

Die Parteien streiten darum, nach welchen Regeln der Mutterschutzlohn im Sinne des § 11 MuSchG zu berechnen ist. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Klägerin war seit 1962 in der Wäschefabrik der Beklagten als Näherin beschäftigt. Sie arbeitete regelmäßig im Akkord. Im Oktober 1966 wurde sie schwanger und arbeitete daraufhin im Stundenlohn. Sie erhielt bis zum Beginn der gesetzlichen Schutzfrist (12. Mai 1967) den Akkorddurchschnittsverdienst aus den Monaten Juli bis September 1966 von 4,76 DM je Stunde. Nach Ablauf der gesetzlichen Schutzfrist am 28. August 1967 und eines angeschlossenen Erholungsurlaubs nahm sie am 11. September 1967 die Arbeit wieder auf. Sie arbeitete bis 16. Dezember 1967 erneut im Akkord und erzielte in dieser Zeit einen Akkorddurchschnittsverdienst von 4,28 DM je Stunde.

Um die Jahreswende 1967/68 wurde festgestellt, daß die Klägerin bereits seit September 1967 wieder schwanger war. Aufgrund ihrer Mitteilung an die Beklagte arbeitete sie seit 8. Januar 1968 wieder im Stundenlohn. Als Mutterschutzlohn für die folgende Zeit zahlte ihr die Beklagte 4,28 DM je Stunde (Durchschnitt der Monate September bis Dezember 1967).

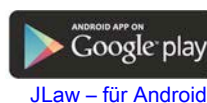
Die Klägerin meint, ihr gebühre der vor ihrer ersten Schwangerschaft erzielte Durchschnittslohn von 4,76 DM je Stunde, und hat mit der Klage den Unterschiedsbetrag von 0,48 DM für 143,5 im Januar 1968 geleistete Stunden mit insgesamt 68,88 DM gefordert.

Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht haben der Klage stattgegeben. Hiergegen wendet sich die Revision der Beklagten mit dem Ziel der Klageabweisung.

- 3 -



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



- 3 -

Entscheidungsgründe:

1. Im Klagezeitraum (Januar 1968) hat das Mutterschutzgesetz in der auch heute maßgebenden Fassung der Bekanntmachung vom 18. April 1968 (BGBl. I, 315) gegolten. Der den Klageanspruch regelnde § 11 MuSchG hat seine jetzige Fassung schon (damals mit der Bezeichnung: § 10) durch das Gesetz zur Änderung des Mutterschutzgesetzes und der Reichsversicherungsordnung vom 24. August 1965 (BGBl. I, 912) mit Wirkung vom 1. Januar 1966 erhalten. Daran haben das Haushaltssicherungsgesetz vom 20. Dezember 1965 (BGBl. I, 2065), das Finanzplanungsgesetz vom 23. Dezember 1966 (BGBl. I, 697) und das Finanzänderungsgesetz 1967 vom 21. Dezember 1967 (BGBl. I, 1259) nichts mehr geändert.

2. § 11 MuSchG regelt für die Frauen, die unter den Geltungsbereich des Gesetzes fallen, den Mutterschutzlohn bei Beschäftigungsverboten. Zwischen den Parteien besteht kein Streit, daß die Klägerin im Klagezeitraum die Voraussetzungen des § 11 MuSchG für den Anspruch auf Mutterschutzlohn erfüllt hat. Lediglich die Höhe der Klageforderung ist umstritten, weil die Parteien über die Berechnungsmethode verschiedener Ansicht sind. Die Klägerin und mit ihr die beiden Vorinstanzen meinen, für die nach § 11 Abs. 1 Satz 1 MuSchG vorgeschriebene Berechnung des Durchschnittslohns müsse auf den Dreimonatszeitraum vor ihrer ersten Schwangerschaft (Juli bis September 1966) abgestellt werden, weil sie in dem Dreimonatszeitraum vor ihrer zweiten Schwangerschaft (Juni bis August 1967) - ausgenommen die drei (Urlaubs-) Tage vom 29. bis 31. August 1967 - kein Arbeitsentgelt erzielt hat. Demgegenüber will die Beklagte den Durchschnittslohn der Klägerin aus der Zeit nach ihrer ersten Entbindung zugrunde legen, als sie wieder - in Unkenntnis ihrer erneuten Schwangerschaft - im Akkord arbeitete. Keine dieser Auffassungen ist richtig.

- 4 -



- 4 -

3. Für die Berechnung des Mutterschutzlohns schreibt § 11 MuSchG die (in bestimmtem Umfang zugunsten der Arbeitnehmerin verbesserte) sog. Bezugsmethode vor. In erster Linie ist dasjenige Arbeitsentgelt der Durchschnittslohnberechnung zugrunde zu legen, das die Arbeitnehmerin in den letzten drei Monaten vor Beginn des Kalendermonats erzielt hat, in dem die Schwangerschaft eingetreten ist (§ 11 Abs. 1 Satz 1 MuSchG). (Der daneben im Gesetz genannte Zeitraum von dreizehn Wochen wird im folgenden nicht mehr besonders erwähnt, weil die Parteien für ihren Fall von drei Monaten ausgehen.) Einen anderen Bezugszeitraum sieht das Gesetz nur für die Fälle vor, in denen entweder das Arbeitsverhältnis erst nach Eintritt der Schwangerschaft begonnen (§ 11 Abs. 1 Satz 3 MuSchG) oder einer der im Gesetz genannten Bezugszeiträume weniger als drei Monate gedauert hat (§ 11 Abs. 1 Satz 4 MuSchG). Diese beiden Sonderfälle liegen hier nicht vor; das Arbeitsverhältnis hat schon seit 1962 bestanden.

4. Da die zweite Schwangerschaft im September 1967 begonnen hat, kann nur ein vor dieser Zeit liegender Bezugszeitraum in Betracht kommen. § 11 Abs. 1 Satz 1 MuSchG sieht – insoweit unter Abweichung vom früheren Recht – ausdrücklich vor, daß das Arbeitsentgelt der Frau vor ihrer Schwangerschaft maßgebend sein soll. Damit soll verhindert werden, daß ein durch die Schwangerschaft eintretender Mindervordienst sich zum Nachteil der Frau auswirkt und daß eine Frau sich in der ersten Zeit der Schwangerschaft übermäßig anstrengt, um einen erhöhten Mutterschutzlohn zu erzielen (allg. Ans.; vgl. Bulla, MuSchG, 3. Aufl., 1968, § 11 Anm. 49 mit Hinweisen). Daraus folgt, daß die Zeiträume von September 1967 an (Beginn der zweiten Schwangerschaft) für die Berechnung des Mutterschutzlohns im vorliegenden Fall, in dem das Arbeitsverhältnis schon lange vorher bestanden hat, nicht zugrunde gelegt werden dürfen. Damit steht zugleich fest, daß die Berechnungsmethode der Beklagten nicht dem Gesetz ent-



- 5 -

spricht.

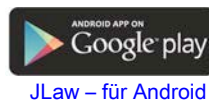
5. Für die vor September 1967 (Beginn der zweiten Schwangerschaft) liegenden drei Monate (Juni, Juli und August 1967) besteht hier die Besonderheit, daß die Klägerin nur für die drei letzten Augusttage in Form des Urlaubsentgelts Arbeitsverdienst, wie er in § 11 MuSchG vorausgesetzt wird, erzielt hat. In der vorhergehenden Zeit, und zwar schon vom 12. Mai 1967 an, hatte die Klägerin aufgrund der allgemeinen Beschäftigungsverbote des § 3 Abs. 2 und des § 6 Abs. 1 MuSchG anlässlich ihrer ersten Schwangerschaft mit der Arbeit ausgesetzt und gemäß § 13 MuSchG a.F. von der Krankenkasse Wochengeld zu beanspruchen, das nicht unter den Verdienstbegriff des früheren § 10 und des heutigen § 11 MuSchG fällt (vgl. Bulla, aaO, § 11 Anm. 45).

Den Fall, daß im Bezugszeitraum Zeiten liegen, in denen die Arbeitnehmerin kein Arbeitsentgelt erzielt hat, regelt § 11 Abs. 1 Satz 5 MuSchG dahin, daß solche Zeiten bei der Durchschnittslohnberechnung außer Betracht bleiben. Das würde für den vorliegenden Fall bedeuten, daß lediglich das Urlaubsentgelt für die Zeit vom 29. bis 31. August 1967 durch die Zahl der an diesen Tagen angefallenen Arbeitsstunden zu dividieren und das Ergebnis der Mutterschutzlohn je Stunde wäre. Eine solche Berechnungsweise wird jedoch dem Sinn des § 11 MuSchG nicht gerecht. Daraus, daß der Gesetzgeber jedenfalls im Grundsatz einen **Berechnungszeitraum** von drei Monaten fordert, ist zu entnehmen, daß ein "Durchschnittsverdienst" nur auf der Grundlage der Lohnzahlung für einen längeren Zeitraum ermittelt werden soll. Im Schrifttum wird allgemein eine Zeit von wenigstens einem Monat als erforderlich angenommen (vgl. Bulla, aaO, § 11 Anm. 53, 55; Gröninger-Thomas, MuSchG, 1968, § 11 Anm. 7 b zu 4; Schmatz-Zmarzlik, MuSchG, 2. Aufl., 1968, § 11 Anm. 36 offenbar irrtümlich als Anm. 35 gekennzeichnet⁷⁾). Jedenfalls ist ein Arbeitsverdienst an nur drei Tagen des Bezugszeitraums so wenig repräsentativ, daß er für die Entscheidung des vor-

- 6 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 6 -

liegenden Falles unberücksichtigt bleiben muß. Es ist deshalb davon auszugehen, die Klägerin habe in dem gesetzlichen Bezugszeitraum keinen Arbeitsverdienst erzielt, wie es auch die Parteien und die Vorinstanzen angenommen haben.

6. Das berechtigt aber entgegen der Ansicht der Klägerin und des Landesarbeitsgerichts nicht dazu, auf einen Bezugszeitraum zurückzugehen, der fast ein Jahr vor Beginn der zweiten Schwangerschaft liegt.

a) Die hier auftretende Problematik ist im Arbeitsrecht nicht neu. Der Krankengeldzuschuß und das Urlaubsentgelt werden ebenfalls nach der Bezugsmethode errechnet (vgl. § 2 ArbKrankhG, § 11 BUrlG). Auch bei diesen Ansprüchen kann sich ergeben, daß der Arbeitnehmer in dem vom Gesetz bestimmten Bezugszeitraum ohne sein Verschulden keinen Arbeitsverdienst hatte. Aufgrund der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu § 2 ArbKrankhG (vgl. BAG 8, 12 /14 f.7 = AP Nr. 2 zu § 2 ArbKrankhG ist fastallgemein anerkannt, daß in einem solchen Fall, in dem es bei wörtlicher Anwendung des Gesetzes an einer brauchbaren Berechnungsgrundlage fehlt, der Bezugszeitraum zeitlich entsprechend zurückzuverlegen ist (vgl. zu § 11 BUrlG: Boldt-Röhler, BUrlG, 1968, § 11 Anm. 21 mit vielen Hinweisen). Der Senat hält diese Auslegung auch bei § 11 MuSchG für zutreffend, zumal diese Vorschrift zahlreiche Ähnlichkeiten mit § 11 BUrlG aufweist.

b) Nach § 11 Abs. 1 Satz 1 MuSchG soll der Verdienst aus den letzten drei Monaten vor der Schwangerschaft für die Berechnung maßgebend sein. Das bedeutet zugleich, daß der "letzte" Verdienst der Arbeitnehmerin maßgebend sein soll. Damit bietet sich als Berechnungszeitraum ohne weiteres die Zeit an, die vor den Schutzfristen aus Anlaß der ersten Schwangerschaft liegt und in der hier die Klägerin zuletzt vor ihrer zweiten Schwangerschaft Arbeitsentgelt bezogen hat. Da die Schutzfrist vor der ersten Schwangerschaft am 12. Mai 1967 begonnen hat, ist der davor liegende

- 7 -



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

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

Dreimonatszeitraum vom 12. Februar bis 11. Mai 1967 der hier grundsätzlich maßgebende Bezugszeitraum.

c) Für diese Lösung spricht einmal, daß hierdurch die verschiedenen, wegen der Anwendung der Bezugsmethode vergleichbaren Gesetzesvorschriften einheitlich gehandhabt werden. Es wird außerdem entsprechend der Zielrichtung des Gesetzes auf eine verhältnismäßig kurz zurückliegende Zeit abgestellt, so daß die darauf beruhende Berechnung in aller Regel gerechter und wirklichkeitsnäher sein wird als die Berechnung aus einer sehr viel älteren Zeit, wie es die Vorinstanzen angenommen haben. Die praktische Anwendung der hier vertretenen Lösung kann kaum Schwierigkeiten bereiten, weil dem Arbeitgeber die nötigen Lohnunterlagen des zuletzt mit Arbeitsverdienst belegten Zeitraums zur Verfügung stehen und er auf einen klar zu überschenden Bezugszeitraum zurückgreifen kann. Eine Schätzung des hypothetischen Durchschnittsverdienstes, wie sie vereinzelt vorgeschlagen worden ist (vgl. Meiscl-Hiersemann, MuSchG, 1966, § 11 Anm. 40; Köst, MuSchG, 1968, § 11 Anm. 12), die aber zu einer Fülle von Streitigkeiten führen kann, wird damit vermieden.

d) Dagegen läßt sich nicht einwenden, es werde mit dieser Auslegung - wenigstens im vorliegenden Fall - auf Zeiten der (vorhergegangenen) Schwangerschaft zurückgegriffen, obwohl das Gesetz möglichst den vor Eintritt der Schwangerschaft bestehenden Lebensstandard der Frau sichern wolle. Der durch § 11 MuSchG gewährleistete Schutz gegen Verdienstminderungen anlässlich einer Schwangerschaft ist der Klägerin bereits während ihrer ersten Schwangerschaft zuteil geworden. Sie hat in dieser Zeit Mutterschutzlohn erhalten, wodurch ihr früherer, durch eine Schwangerschaft nicht beeinträchtigter Lebensstandard erhalten geblieben ist.

Es wird damit zwar mittelbar an den Bezugszeitraum vor der ersten Schwangerschaft angeknüpft, so daß man meinen könnte, es bestehe im Ergebnis kein Unterschied zwischen der hier entwickelten Lösung und der des Landesarbeitsgerichts.



- 8 -

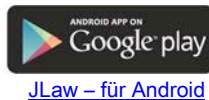
Das Ergebnis ist aber dann ein anderes, wenn sich die Berechnungsgrundlagen im Laufe der Zeit verschoben haben. So ist es möglich, daß verschuldete Fehlzeiten, die bei der Durchschnittslohnberechnung den Mutterschutzlohn mindern (vgl. Gröninger-Thomas, aaO, § 11 Anm. 8 b mit Hinweisen), in den beiden zum Vergleich stehenden Bezugszeiträumen unterschiedlich lang gewesen sind. Ebenso ist es denkbar, daß erst im Verlauf der früheren Schwangerschaft eine Verdiensterhöhung im Sinne des § 11 Abs. 2 Satz 1 MuSchG eingetreten ist, die der Arbeitnehmerin damals nicht von Anfang an, sondern erst vom Tag des Wirksamwerdens der Erhöhung an zugute gekommen ist (vgl. Bulla, aaO, § 11 Anm. 59 c), während in dem vom Senat angenommenen späteren Bezugszeitraum sich eine solche Erhöhung möglicherweise voll auswirkt. Schließlich ist auch an den umgekehrten Fall einer während der früheren Schwangerschaft eingetretenen, bei der Berechnung des Mutterschutzlohns (ausnahmsweise) zu berücksichtigenden Verdienstkürzung zu denken (vgl. Bulla, aaO, § 11 Anm. 58 am Ende mit Hinweisen).

e) Es ist deshalb nichtgleichgültig, ob für die Berechnung des Mutterschutzlohns die alte Bezugszeit vor der ersten Schwangerschaft (Ansicht des Landesarbeitsgerichts) oder die später liegende Bezugszeit vor Beginn der Schutzfrist aus Anlaß der ersten Schwangerschaft (Ansicht des Senats) herangezogen wird. Im letzteren Fall darf aber nicht weiter in der Zeit vor der zweiten Schwangerschaft zurückgegangen werden, als es unbedingt erforderlich ist. Es sind demnach die drei Monate zu nehmen, die der Zeit ohne Arbeitsentgelt unmittelbar vorausgehen, hier also, da die Schutzfrist der ersten Schwangerschaft am 12. Mai 1967 begonnen hat, die drei Monate vom 12. Februar bis 11. Mai 1967. Eine weitere Zurückverlegung etwa in Anlehnung an § 11 Abs. 1 Satz 1 MuSchG, der auf volle Kalendermonate abstellt, läßt sich in dem vorliegenden

- 9 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Sonderfall, der ohnehin zu einer zeitlichen Zurückverlegung des Bezugszeitraums gegenüber der gesetzlichen Regelung führt, nicht rechtfertigen.

7. Hiernach muß das angefochtene Urteil aufgehoben werden. Da das Landesarbeitsgericht den Durchschnittsverdienst der Klägerin in der Zeit vom 12. Februar bis 11. Mai 1967 nicht festgestellt hat, ist die Sache zur weiteren Aufklärung in dieser Richtung an die Vorinstanz zurückzuverweisen. Die abschließende Erledigung des Rechtsstreits erfordert dann nur noch die Lösung einer Rechenaufgabe, die bei gutem Willen die Parteien ohne Mithilfe durch das Gericht vornehmen können.

gez. Dr. Stumpf

Hilger

Dr. Gröninger

Dr. Gerh. Meyer

Röglin

