

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

Gesetz: MuSchG § 11 Abs. 1 Satz 1, §§ 13, 14;
BUrlG § 11

Leitsatz:

Leistet eine Frau in dem Berechnungszeitraum vor der Schwangerschaft Mehrarbeit, Nacht- oder Sonntagsdienst, so ist die Vergütung hierfür der Berechnung des Mutterschutzlohnes auch dann zugrunde zu legen, wenn sie erst später mit Lohnzahlungen außerhalb des Dreimonatszeitraums abgerechnet und ausgezahlt wird.

Aktenzeichen: 3 AZR 418/77

Urteil des BAG vom 8. September 1978

LAG Hamm



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



3 AZR 418/77
10 Sa 1330/76 Hamm

Verkündet am
8. September 1978

Im Namen des Volkes!

gez. Sürig,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 8. September 1978 durch den Richter Dr. Thomas als Vorsitzenden, die Richter Dr. Dieterich und Schaub sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Krems und Kunze für Recht erkannt:

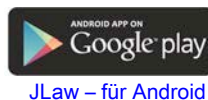
1. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 21. März 1977 – 10 Sa 1330/76 – wird zurückgewiesen.
2. Die Beklagte trägt die Kosten der Revision.

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
[\(mobile App\)](#)



- 2 -

Tatbestand:

Die Klägerin war bei der Beklagten vom 1. Juli 1974 bis zum 18. Januar 1976 als Assistenzärztin an den Städtischen Krankenanstalten beschäftigt. Sie hat regelmäßig Mehr-, Nacht- und Sonntagsarbeit geleistet. Die Vergütung hierfür hat die Beklagte jeweils erst mit dem Gehalt des übernächsten Monats abgerechnet und ausgezahlt.

Im Februar 1975 wurde die Klägerin schwanger. Ab 6. Mai 1975 versah sie aufgrund der Beschäftigungsverbote des Mutterschutzgesetzes keine Mehrarbeit und keine Nacht- und Sonntagsdienste mehr. Nach § 11 MuSchG war die Beklagte verpflichtet, das durch die Beschäftigungsverbote ausfallende Arbeitsentgelt, den sogenannten Mutterschutzlohn, weiterzugewähren. Über die Berechnung dieser Leistung streiten die Parteien.

§ 11 Abs. 1 Satz 1 MuSchG schreibt vor, daß der Arbeitgeber den Durchschnittsverdienst der letzten dreizehn Wochen oder der letzten drei Monate vor Beginn des Monats, in dem die Schwangerschaft eingetreten ist, weiterzuzahlen hat. Die Beklagte hat demgemäß den Durchschnittsverdienst berücksichtigt, den die Klägerin in den Monaten November und Dezember 1974 sowie Januar 1975 erhalten hat. In diesem Berechnungszeitraum war die Vergütung für die Mehrarbeit und die Nacht- und Sonntagsdienste abgerechnet und ausbezahlt worden, die die Klägerin in den Monaten September, Oktober und November 1974 geleistet hatte. Dabei wirkte sich in den Bezügen für November und Dezember 1974 aus, daß die Klägerin vom 23. September bis 7. Oktober 1974 Urlaub hatte und für diese Zeit weder Mehrarbeit noch Nacht- oder Sonntagsarbeit in der Abrechnung der Monate November und Dezember berücksichtigt wurde.

Die Klägerin hat geltend gemacht, nach Sinn und Zweck des § 11 MuSchG sei der Mutterschutzlohn nach den in dem Bezugszeitraum durch ihre Arbeitsleistung verdienten Bezügen zu ermitteln. Auf den Zeitpunkt der Abrechnung und Auszahlung könne es nicht ankommen. Wenn man dem folge, stehe ihr für die

- 3 -



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



Zeit vom 6. Mai 1975 bis zum Beginn der Schutzfrist des § 3 Abs. 2 MuSchG am 29. September 1975 über den von der Beklagten gezahlten Mutterschutzlohn hinaus noch ein Betrag in - rechnerisch unstreitiger - Höhe von 4.445,46 DM zu.

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an sie 4.445,46 DM zu zahlen nebst 4 % Zinsen seit Klagezustellung.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat ihre Berechnungsmethode verteidigt. § 11 MuSchG spreche vom Durchschnittsverdienst. Hierunter werde üblicherweise das verstanden, worüber der Arbeitnehmer tatsächlich verfügen könne. Bei der nachträglichen Zahlung der Vergütung für Mehrarbeit, Nacht- und Sonntagsarbeit handele es sich um einen regelmäßigen betrieblich bedingten Abrechnungs- und Zahlungsrhythmus, den die Klägerin gekannt und während ihrer Beschäftigung hingenommen habe. Der Gesetzgeber habe sich in § 11 MuSchG ebenso wie in § 14 MuSchG zur Ermittlung der zu zahlenden Leistungen der sogenannten Bezugsmethode bedient. § 14 MuSchG spreche ausdrücklich vom "abgerechneten" Arbeitsentgelt. Für den ähnlichen Sachverhalt bei § 11 MuSchG sei deshalb ebenfalls von den abgerechneten Beträgen auszugehen. Das entspreche auch einem Bedürfnis der praktischen Handhabung und Durchführung.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit ihrer Revision erstrebt sie weiterhin die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

Der Klägerin steht nach § 11 Abs. 1 Satz 1 MuSchG der Durchschnittsverdienst zu, den sie durch ihre Arbeitsleistung im Berechnungszeitraum (November und Dezember 1974, Januar 1975) erzielt hat. Auf den Zeitpunkt, zu dem die Vergütung für Mehrarbeit, Nacht- und Sonntagsdienste ausgezahlt worden ist, kommt es nicht an.



I. § 11 MuSchG gewährleistet die wirtschaftliche Sicherstellung der werdenden Mutter, wenn sie wegen eines Beschäftigungsverbots oder des Verbots von Mehr-, Nacht- oder Sonntagsarbeit teilweise oder völlig mit der Arbeit aussetzen muß. Ziel der gesetzlichen Regelung ist, der Arbeitnehmerin den bisherigen Lebensstandard zu erhalten. Dadurch soll jeder Anreiz für die werdende Mutter entfallen, entgegen den Verböten die Arbeiten zu ihrem und des Kindes Schaden aus wirtschaftlichen Gründen fortzusetzen (BAG 22, 418 [421] = AP Nr. 4 zu § 11 MuSchG 1968 [zu III 1 der Gründe]; BAG AP Nr. 7 zu § 11 MuSchG 1968 [zu I 1 b der Gründe]; Bulla-Buchner, MuSchG, 4. Aufl., § 11 Anm. 1 und 55; Meisel-Hiersemann, MuSchG, 2. Aufl., Einleitung, Anm. 24).

II. Um den vorgenannten Zweck zu verwirklichen, bestimmt § 11 Abs. 1 Satz 1 MuSchG, daß der Arbeitgeber den Durchschnittsverdienst der letzten drei Monate vor dem Monat, in dem die Schwangerschaft eingetreten ist, weiterzugewähren hat.

1. Der Wortlaut des Gesetzes spricht dafür, daß es auf den Verdienst ankommt, der der Arbeitsleistung der Frau in dem Berechnungszeitraum entspricht. Es fehlt ein Hinweis darauf, daß das Entgelt maßgebend sein soll, das der Arbeitnehmerin in dem Berechnungszeitraum zugeflossen ist. Eine solche Voraussetzung hätte zum Ausdruck gebracht werden können. So heißt es etwa in § 11 Abs. 1 Satz 1 BUrlG, der dem § 11 Abs. 1 Satz 1 MuSchG in der Berechnungsmethode weitgehend ähnelt (vgl. BAG AP Nr. 1 zu § 11 MuSchG 1968 [zu 6 a der Gründe]), das Urlaubsentgelt bemesse sich nach dem durchschnittlichen Arbeitsverdienst, das der Arbeitnehmer in den letzten dreizehn Wochen vor dem Beginn des Urlaubs erhalten hat.

Ihre Auffassung, bei § 11 Abs. 1 Satz 1 MuSchG sei ebenfalls darauf abzustellen, was der Arbeitnehmerin in dem Berechnungszeitraum zugeflossen sei, stützt die Beklagte auf Stimmen im Schrifttum. Dort werde von dem "gewährten" (Bulla-Buchner, aaO, § 11 Anm. 57; Gröninger-Thomas, MuSchG, § 11 Anm. 4), dem "erhaltenen"

(Meisel-Hiersemann, aaO, § 11 Anm. 41), dem "zugeflossenen" (Töns, Mutterschaftshilfe und Mutterschutz, Stand Juni 1974, § 11 Anm. 4 b) Arbeitsentgelt gesprochen. Dabei übersieht die Beklagte jedoch, daß an den angeführten Stellen nicht die hier streitige Frage erörtert und im Sinne der Revision beantwortet wird. Vielmehr wird dort jeweils nur der Begriff des Arbeitsverdienstes behandelt. Entsprechendes gilt für die angezogene Entscheidung BAG AP Nr. 7 zu § 11 MuSchG 1968 (zu I der Gründe).

2. Entscheidend sprechen für die Auslegung des Senats Sinn und Zweck der Bestimmung.

Der Berechnungszeitraum geht dem Beginn der Schwangerschaft unmittelbar voraus. Damit soll jeder Anreiz für die schwangere Frau ausgeschaltet werden, ihre Arbeitsleistung nach Eintritt der Schwangerschaft über Gebühr zu steigern, um dadurch höheren Mutterschutzlohn zu erzielen (BAG AP Nr. 7 zu § 11 MuSchG 1968 [zu I 2 b der Gründe]; Bulla-Buchner, aaO, § 11 Anm. 61 mit weiteren Nachweisen).

Andererseits soll durch das Heranrücken des Berechnungszeitraums an den Beginn der Schwangerschaft erreicht werden, daß mit dem Durchschnittsverdienst des Dreimonatszeitraums eine möglichst wirklichkeitsnahe und daher den tatsächlichen Verhältnissen gerecht werdende Bezugsgröße vorliegt (vgl. BAG AP Nr. 1 zu § 11 MuSchG 1968 [zu 6 c der Gründe]). Da der Mutterschutzlohn den Lohnausfall ausgleichen soll, der wegen des Verbots bestimmter Arbeiten nach deren Art, Dauer oder Lage eintritt, kann der Ausgleich nur sachgerecht ermittelt werden, wenn darauf abgestellt wird, in welchem Umfange im vorgeschriebenen Berechnungszeitraum diese Arbeiten angefallen sind und sich in Lohnansprüchen ausdrücken.

Die Berechnungsweise der Beklagten widerspricht diesem Zweck des § 11 Abs. 1 Satz 1 MuSchG. Bei ihr wird die Arbeitsleistung erfaßt, die die Klägerin vor dem Berechnungszeitraum in den Monaten September und Oktober 1974 erbracht hat. Solche Verlagerung der für den Verdienstausschlag maßgebenden Umstände soll gerade nicht stattfinden. Im vorliegenden Fall wirkt sich



diese Auslegung des Senats zwar zugunsten der Klägerin aus. Die Verhältnisse können aber auch anders liegen. Wenn etwa Mehrarbeit oder eine andere mutterschutzrechtlich verbotene Tätigkeit nur vor dem Beginn des Berechnungszeitraums geleistet wurde, dann kann dies beim Mutterschutzlohn auch dann nicht berücksichtigt werden, wenn diese Arbeitsleistung erst im Dreimonatszeitraum abgerechnet und bezahlt wird.

3.a) Gegen diese Auslegung des § 11 Abs. 1 Satz 1 MuSchG läßt sich aus § 14 Abs. 1 Satz 3 MuSchG nichts herleiten.

Schon der Wortlaut der letztgenannten Bestimmung ("die letzten drei abgerechneten Kalendermonate") weicht vom § 11 Abs. 1 Satz 1 MuSchG ab. Hinzu kommt folgendes: § 14 MuSchG steht in unmittelbarem sachlichen Zusammenhang mit den Bestimmungen über das Mutterschaftsgeld, das während der generellen Beschäftigungsverbote der § 3 Abs. 2, § 6 Abs. 1 MuSchG nach § 200 RVO, § 27 KVLG oder § 13 Abs. 2 MuSchG zu gewähren ist. Das von den Trägern der Krankenversicherung zu zahlende Mutterschaftsgeld ist auf höchstens 25,-- DM für den Kalendertag begrenzt; soweit der maßgebliche Nettoverdienst höher ist, hat der Arbeitgeber nach § 14 einen entsprechenden Zuschuß zu zahlen. Die Berechnung dieses Zuschusses als ergänzende Leistung folgt deshalb den Berechnungsvorschriften für das Mutterschaftsgeld. Dort war es erforderlich, abgerechnete Lohnzahlungszeiträume heranzuziehen, damit die Krankenversicherungsträger bei Beginn der Schutzfristen das Mutterschaftsgeld anhand vorzulegender Abrechnungsunterlagen berechnen können. Für die Ermittlung des Mutterschutzlohns nach § 11 ist ein gleichgewichtiges Anliegen nicht erkennbar. Der Arbeitgeber hat es selbst in der Hand, innerbetrieblich die Bemessungsgrundlagen festzustellen.

§ 200 Abs. 2 RVO und ihm folgend § 14 Abs. 1 Satz 3 MuSchG weisen noch einen weiteren wesentlichen Unterschied auf: Sie beziehen sich nicht auf einen abgegrenzten, festliegenden Berechnungszeitraum. Ist in einem der letzten drei Monate (oder dreizehn Wochen) kein Lohn abgerechnet worden, etwa wegen Be-



- 7 -

urlaubung oder Erkrankung der Frau, so sind davorliegende abgerechnete Lohnzahlungszeiträume mitzuberücksichtigen (allgemeine Ansicht: vgl. Bulla-Buchner, aaO, § 13 Anm. 125, 126; Schmatz-Zmarzlik, MuSchG, 2. Aufl., § 200 RVO Anm. 12; Töns, aaO, § 200 RVO Anm. G I 2 c mit weiteren Nachweisen). Eine solche Verlagerung des Berechnungszeitraums ist aus den bereits erörterten Gründen im Rahmen des § 11 MuSchG nicht zulässig. Für die letztgenannte Bestimmung kann daher die Auslegung sich nicht daran orientieren, was in § 14 MuSchG niedergelegt ist.

b) Vergleichbar mit § 11 Abs. 1 Satz 1 MuSchG ist dagegen § 11 Abs. 1 Satz 1 BUrlG, der vorschreibt, daß das Urlaubsentgelt sich nach dem Durchschnittsverdienst bemißt, das der Arbeitnehmer in den letzten dreizehn Wochen vor Beginn des Urlaubs erhalten hat. Der Wortlaut dieser Bestimmung könnte die Annahme nahelegen, daß das Arbeitsentgelt gewährt sein muß, um berücksichtigt zu werden. Im Schrifttum wird jedoch übereinstimmend die Ansicht vertreten, nach Sinn und Zweck sei entscheidend, was im Bezugszeitraum durch die Arbeitsleistung verdient wurde (vgl. Dersch-Neumann, BUrlG, 5. Aufl., § 11 Anm. 9; Boldt-Röhsler, BUrlG, 2. Aufl., § 11 Anm. 14; Siara, BUrlG, § 11 Anm. 14; Bickel, Anm. zu AP Nr. 12 zu § 11 BUrlG [zu 1 a.E.]; vgl. ferner BAG AP Nr. 10 zu § 11 BUrlG [zu 4 der Gründe], wo für entscheidend angesehen wird, daß es sich um zeitgebundenen Arbeitslohn handelt für Arbeitsleistung, die im Berechnungszeitraum angefallen ist).

III. Für ihren Standpunkt kann sich die Beklagte nicht darauf stützen, daß die Vergütungen für Mehrarbeit, für Nacht- und Sonntagsdienst ohne Widerspruch der Klägerin mit zweimonatiger Verzögerung abgerechnet und ausbezahlt wurden. Eine dadurch etwa bewirkte Festlegung der Fälligkeit der genannten Vergütungen kann insoweit keinen Bestand haben, wie sie dazu führen würde, die nach Sinn und Zweck des § 11 Abs. 1 Satz 1 MuSchG geforderte Berücksichtigung des im Berechnungszeitraum verdienten Arbeitslohns zu vereiteln.

- 8 -



Insoweit läßt sich auch keine Parallele zur Berücksichtigung von Provisionszahlungen ziehen. Bei diesen wird allgemein angenommen, entscheidend sei, ob sie während des Bezugszeitraums fällig werden oder erst danach (vgl. Meisel-Hiersemann, aaO, § 11 Anm. 45; Schmatz-Zmarzlik, aaO, § 11 Anm. 14). Auch die Provision ist Arbeitslohn, sie weist jedoch die Besonderheit auf, daß sie zugleich erfolgsbezogen ist, weil sie vom Zustandekommen der angebahnten Geschäfte abhängt. Entstehung und Fälligkeit der Provisionsansprüche können daher oft nicht einer bestimmten zeitlich festliegenden Arbeitsleistung zugeordnet werden (vgl. zum Ganzen: BAG 22, 45 = AP Nr. 27 zu § 1 FeiertagsLohnzahlungsG; BAG AP Nr. 1 zu § 87 a HGB). Aus dem, was im Rahmen des § 11 Abs. 1 Satz 1 MuSchG für Provisionen wegen der geschilderten Besonderheiten zu gelten haben kann, lassen sich deshalb keine Folgerungen für die hier zu behandelnden Vergütungen ziehen.

gez.: Dr. Thomas Dr. Dieterich Schaub

Dr. Krems Kunze



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)