

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

---

Gesetz: MuSchG 1968 § 11 Abs. 1 und 2, § 4 Abs. 3 Satz 1,  
§ 9, § 5 Abs. 2, § 21; BGB § 134, § 611 Akkordlohn

Leitsätze:

Die Beschäftigung von werdenden Müttern mit Akkordarbeit ist verboten (§ 4 Abs. 3 Satz 1 MuSchG 1968). Verrichtet eine schwangere Frau in Unkenntnis ihrer Schwangerschaft Akkordarbeit, so dürfen ihr daraus für den Mutterschutzlohn nach § 11 MuSchG 1968 keine Nachteile entstehen: Die Umsetzung auf Zeitlohn ist dann ein Wechsel der Entlohnungsart nach § 11 Abs. 1 Satz 2 MuSchG 1968, und der in dem Bezugszeitraum erzielte Akkordverdienst ist bei der Berechnung des Durchschnittsverdienstes zu berücksichtigen.

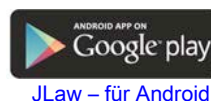
Aktenzeichen: 3 AZR 60/72

Urteil des BAG vom 20. Dezember 1972

LAG Berlin



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



3 AZR 60/72

1 Sa 28/71 Berlin

Urteilstenor  
zugestellt

am 20. Dezember 1972

gez. Sürig,  
Regierungshauptsekretär  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

In Sachen

pp.

hat der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß § 128 Abs. 2 ZPO in der Sitzung vom 15. Dezember 1972 durch den Vorsitzenden Richter Professor Dr. Stumpf, die Richterin Professorin Dr. Hilger und den Richter Dr. Thomas sowie die ehrenamtlichen Richter Heimann und Meyer für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 1. Dezember 1971 - 1 Sa 28/71 - aufgehoben.
2. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Berlin vom 10. September 1971 - 10 Ca 380/71 - wie folgt abgeändert:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 285,20 DM zu zahlen.



- 2 -

Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

Im übrigen wird die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

3. Die weitergehende Revision der Klägerin wird zurückgewiesen.
4. Von den Kosten des Rechtsstreits tragen die Beklagte drei Fünftel und die Klägerin zwei Fünftel.

V o n   R e c h t s   w e g e n   !

Tatbestand:  
-----

Die 1946 geborene Klägerin war seit dem 5. Januar 1971 bei der Beklagten als Justiererin beschäftigt. In dem schriftlichen Arbeitsvertrag vom 4. Januar 1971 vereinbarten die Parteien eine Probezeit bis zum 27. März 1971. Die Klägerin arbeitete zunächst im Zeitlohn und verdiente nach dem im Arbeitsvertrag zugrunde gelegten Tarifvertrag 3,74 DM je Stunde. Ab März verrichtete sie ihre Arbeit vereinbarungsgemäß im Akkord. Ihr Durchschnittsverdienst betrug danach im März 5,65 DM, im April 5,94 DM und im Mai 6,93 DM je Stunde.

Am 25. Mai 1971 teilte die Klägerin der Beklagten mit, sie sei im vierten Monat schwanger. Die Beklagte beschäftigte sie daraufhin wieder im Zeitlohn, der auf 4,25 DM je Stunde gestiegen war. Im Juni 1971 erhielt die Klägerin für 184 Arbeitsstunden 782,-- DM. Nach einem der Beklagten vorgelegten ärztlichen Attest vom 3. August 1971 war die Klägerin zu diesem Zeitpunkt im achten Monat schwanger; die voraussichtliche Niederkunft sollte in acht Wochen sein. Tatsächlich ist die Klägerin dann am 14. Oktober 1971 nieder-

- 3 -



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



- 3 -

gekommen.

Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, die Beklagte müsse ihr für den Monat Juni 1971 Mutterschutzlohn in Höhe des zuletzt erzielten Akkordverdienstes von 6,93 DM je Stunde gewähren. Sie hat demgemäß für den Monat Juni einen Unterschiedsbetrag zu dem bereits bezogenen Arbeitsverdienst von 493,12 DM brutto eingeklagt.

Die Beklagte hat gebeten, die Klage abzuweisen. Sie hat die Meinung verfochten, wegen der Ende Januar 1971 eingetretenen Schwangerschaft sei der Mutterschutzlohn nach dem Entgelt zu berechnen, das die Klägerin im Januar 1971 bezogen habe. Nur die inzwischen erfolgte Tariflohnerhöhung sei zugunsten der Klägerin zu berücksichtigen, nicht dagegen ihr Akkordverdienst.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht der Klägerin nur 158,24 DM zuerkannt; das Landesarbeitsgericht ist dabei von dem Durchschnittsverdienst ausgegangen, den die Klägerin in den Monaten Februar, März und April 1971 erzielt hat. Mit ihrer Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

#### Entscheidungsgründe:

I. Nach § 11 Abs. 1 MuSchG 1968 ist einer schwangeren Arbeitnehmerin mindestens der Durchschnittsverdienst weiter zu gewähren, den sie in einer näher bezeichneten Bezugsperiode erhalten hat, wenn bei ihr - was hier allein in Betracht kommt - wegen des Verbots von Akkordarbeit (§ 4 Abs. 3 Satz 1 MuSchG 1968) die Entlohnungsart wechselt (Übergang vom Akkordlohn zum Zeitlohn).

1. Die Klägerin hat bei der Beklagten ab 5. Januar 1971 zunächst im Zeitlohn gearbeitet. Von März 1971 ab ist sie

- 4 -



- 4 -

im Akkord tätig gewesen, bis sie am 25. Mai 1971 der Beklagten mitgeteilt hat, daß sie sich in anderen Umständen befinde. Danach hat sie ihre Tätigkeit als Justiererin wieder im Zeitlohn verrichtet.

2. Die Parteien wie auch die Vorinstanzen sind ohne weiteres davon ausgegangen, daß die Umsetzung der Klägerin von Akkord- auf Zeitlohnarbeit und der damit verbundene Wechsel der Entlohnungsart zu einem Anspruch auf Mutterschutzlohn nach § 11 MuSchG 1968 führe. Das ist im Ergebnis aus folgenden Gründen zutreffend.

a) Als die Klägerin ihr Arbeitsverhältnis bei der Beklagten am 5. Januar 1971 begann, war nach den Grundsätzen, die für die Berechnung der Fristen nach dem Mutterschutzgesetz galten, anzunehmen, daß sie bereits schwanger war. In dem ärztlichen Zeugnis vom 3. August 1971, das die Klägerin der Beklagten vorgelegt hat, war angegeben, die Niederkunft werde voraussichtlich in acht Wochen, also am 28. September 1971, sein. Rechnet man von diesem mutmaßlichen Tag der Niederkunft um die durchschnittliche Dauer der Schwangerschaft von 280 Tagen zurück, so gelangt man zu einem mutmaßlichen Beginn der Schwangerschaft am 21. Dezember 1970.

Das Bundesarbeitsgericht hat zum Mutterschutzgesetz 1952 ausgesprochen, daß § 5 Abs. 2 MuSchG, der die Bindung an das ärztliche Zeugnis nur für die Berechnung der Schutzfrist des § 3 Abs. 2 MuSchG vorschreibt, für alle während der Schwangerschaft ablaufenden Fristen gelte. Dies sei nach dem Sinn des Gesetzes und der Natur der Sache geboten, da der gesetzliche Mutterschutz weitgehend nicht zu verwirklichen sei, wenn die in vielen Fällen erforderliche Fristenbestimmung bis zur tatsächlichen Niederkunft in der Schwebe bliebe (BAG AP Nr. 27 zu § 9 MuSchG mit zustimmender Anmerkung von Schnorr v. Carolsfeld).

Diese Erwägungen gelten ebenso, wenn es darum geht, § 11 MuSchG 1968 anzuwenden. So kommt es für den Anspruch

- 5 -



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



- 5 -

auf Mutterschutzlohn darauf an festzustellen, ob und ab wann eines der verschiedenen Beschäftigungsverbote einzuhalten war. Dies richtet sich zum Teil nach dem Beginn der Schwangerschaft, zum Teil setzen die Beschäftigungsverbote bestimmte Zeiten nach Beginn der Schwangerschaft ein (vgl. § 4 Abs. 1, 2 und 3, § 8 Abs. 1, 3, 4 und 5 MuSchG 1968). Ferner ist für die Berechnung des Mutterschutzlohns bedeutsam, ob das Arbeitsverhältnis vor oder nach Eintritt der Schwangerschaft begonnen wurde. Auch hierfür kann nicht die Niederkunft abgewartet werden, um dann den Beginn der Schwangerschaft und den zutreffenden Bezugszeitraum für den Mutterschutzlohn nachträglich zu ermitteln (ebenso Bulla, MuSchG, 3. Aufl., § 11 Anm. 49; Schmatz-Zmarzlik, MuSchG, 2. Aufl., § 11 Anm. 34; Gröninger-Thomas, MuSchG, § 11 Anm. 7 a).

b) Ist sonach für die Frage, ob und in welchem Umfange die Klägerin nach § 11 MuSchG 1968 Ansprüche erheben kann, davon auszugehen, daß sie bei Abschluß des Arbeitsvertrages am 4. Januar 1971 bereits schwanger war, so durfte die Beklagte mit ihr keine nach § 4 Abs. 3 Satz 1 MuSchG 1968 verbotene Akkordarbeit vereinbaren. Daß dies doch geschehen ist und die Klägerin auch tatsächlich nach der Probezeit bis zum 25. Mai 1971 im Akkord beschäftigt wurde, beruhte darauf, daß sie nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts erst zum letztgenannten Zeitpunkt sichere Kenntnis von ihrer Schwangerschaft erhielt.

Bei diesem Sachverhalt kann bei der Berechnung des Mutterschutzlohns der Verdienst aus der verbotswidrig geleisteten Akkordarbeit nicht mit der Begründung unberücksichtigt bleiben, daß die Vereinbarung solcher Arbeit nach § 134 BGB unwirksam gewesen sei. Der Zweck des Mutterschutzgesetzes geht zwar dahin zu verhindern, daß eine schwangere Arbeitnehmerin Arbeiten verrichtet, die ihrer und der Gesundheit des werdenden Kindes abträglich sein können.

- 6 -



- 6 -

Dem Arbeitgeber ist es deshalb unter Strafandrohung (§ 21 MuSchG 1968) verboten, Arbeitnehmerinnen mit verbotenen Arbeiten zu beschäftigen. Um die schwangere Frau von der Übernahme und Ausführung gesundheitsgefährdender Arbeiten abzuhalten, sieht § 11 MuSchG 1968 die Fortzahlung ihres früheren Durchschnittsverdienstes vor, wenn sie wegen der Beschäftigungsverbote Verdienstminderungen erfährt. Dem genannten Schutzzweck dient es ferner, wenn § 11 Abs. 1 Satz 1 MuSchG 1968 als Bezugszeitraum für den Mutterschutzlohn grundsätzlich eine Zeit vor Beginn der Schwangerschaft bestimmt: Dadurch soll jeder Anreiz für die schwangere Frau ausgeschaltet werden, ihre Arbeitsleistung nach Eintritt der Schwangerschaft über Gebühr zu steigern, um dadurch einen höheren Mutterschutzlohn zu erzielen (Bulla, MuSchG, 3. Aufl., § 11 Anm. 49; Meisel-Hiersemann, MuSchG, § 11 Anm. 36; Schmatz-Zmarzlik, MuSchG, 2. Aufl., § 11 Anm. 33).

Dieser Zweck des Mutterschutzgesetzes läßt sich jedoch nicht erreichen, wenn und solange die Frau von ihrer Schwangerschaft noch keine hinreichende Kenntnis hat. Dann können die gesetzlichen Regelungen, die sie vor Überanstrengung und der Verrichtung gefährdender Arbeiten bewahren sollen, ihr Tun und Unterlassen nicht beeinflussen. Hat die Frau in Unkenntnis ihrer Schwangerschaft Arbeiten übernommen und ausgeführt, von denen sich nachträglich herausstellt, daß sie sie aus Mutterschutzgründen nicht verrichten durfte, so sind solche Arbeiten bei der Berechnung des Mutterschutzlohns nach § 11 MuSchG 1968 dennoch mit zu berücksichtigen. Es liegt dann, wenn, wie hier, nach Bekanntwerden der Schwangerschaft ein Übergang von der Akkordlohn- zur Zeitlohnarbeit erfolgt, ein Wechsel der Entlohnungsart im Sinne von § 11 MuSchG 1968 vor und nicht bloß eine Rückführung eines von vornherein verbotenen auf einen mutterschutzrechtlich erlaubten Arbeitsvertrag. Soweit Bulla (Anm. zu AP Nr. 2

- 7 -



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



- 7 -

zu § 4 MuSchG [zu II 3]) die Ansicht vertritt, eine schwangere Arbeitnehmerin, die zu verbotenen Arbeiten eingestellt wurde, habe keinen Anspruch aus § 10 MuSchG [jetzt § 11 MuSchG 1968], vermag der Senat dem aus den vorgenannten Erwägungen jedenfalls nicht für solche Fälle beizupflichten, in denen die Arbeitnehmerin keine Kenntnis von ihrem Zustand hatte. Anders mag zu entscheiden sein, wenn eine Arbeitnehmerin noch nach Gewährwerden ihrer Schwangerschaft und ohne ihren Arbeitgeber zu unterrichten verbotene Arbeiten übernimmt. Desgleichen wird von der vorliegenden Entscheidung nicht die Frage berührt, ob ein Arbeitsvertrag, nach dem eine schwangere Arbeitnehmerin nur mit Arbeiten beschäftigt werden kann, die nach § 4 MuSchG verboten sind, nach § 134 BGB rechtsunwirksam ist (vgl. dazu BAG 3, 309 = AP Nr. 2 zu § 4 MuSchG). Hier konnte die Beklagte die Klägerin sowohl im (verbotenen) Akkord- wie im Zeitlohn beschäftigen.

II. Als Durchschnittsverdienst nach § 11 MuSchG 1968 kann die Klägerin für den Monat Juni 1971 je Stunde 5,80 DM verlangen. Das ergibt sich aus folgendem:

1. Aus den vorstehend zu I 2 a) dargelegten Gründen ist davon auszugehen, daß die Klägerin bei Beginn des Arbeitsverhältnisses am 5. Januar 1971 bereits schwanger war. Deshalb ist der Durchschnittsverdienst aus dem Arbeitsentgelt der ersten dreizehn Wochen oder drei Monate der Beschäftigung zu berechnen (§ 11 Abs. 1 Satz 3 MuSchG 1968).

Der vorgenannte Bezugszeitraum lief an sich vom 5. Januar bis 4. April 1971. Im Betrieb der Beklagten wird der Lohn monatlich abgerechnet. Aus Gründen der Praktikabilität und weil dies für den nach Monaten bemessenen Bezugszeitraum vor Beginn der Schwangerschaft nach § 11 Abs. 1 Satz 1 MuSchG 1968 gesetzlich vorgesehen ist, bestehen keine Bedenken, daß hier der Bezugszeitraum vom 1. Februar bis 30. April 1971 zugrunde gelegt wird (vgl.

- 8 -



- 8 -

Bulla, MuSchG, 3. Aufl., § 11 Anm. 52).

2. Die Klägerin hat in dem Bezugszeitraum verschieden hohe Durchschnittsverdienste erzielt: Im Februar 3,74 DM je Stunde, im März 5,65 DM und im April 5,94 DM. Die Verdiensterhöhung, die sich im März gegenüber Februar ergab, war bedingt dadurch, daß die Klägerin von Zeitlohn- auf Akkordlohnarbeit umgesetzt wurde.

a) Nach § 11 Abs. 2 MuSchG 1968 sind Verdiensterhöhungen nicht nur vorübergehender Natur in und nach dem Berechnungszeitraum dergestalt zu berücksichtigen, daß von dem erhöhten Verdienst auszugehen ist. Der Übergang vom Zeitlohn zum Akkordlohn bedeutet grundsätzlich eine Verdiensterhöhung und ist daher - unter Außerachtlassung eines in dem Bezugszeitraum vorher erzielten niedrigeren Zeitlohns - dem Mutterschutzlohn zugrunde zu legen (Schmatz-Zmarzlik, MuSchG, 2. Aufl., § 11 Anm. 27; Gröninger-Thomas, MuSchG, § 11 Anm. 5 a). Diese Verdiensterhöhung war hier auch nicht nur als vorübergehend anzusehen, da die Klägerin ständig im Akkord arbeiten sollte. Nur wegen des Verbots von Akkordarbeit konnte sie diesen Verdienst nach dem 25. Mai 1971 nicht mehr erreichen; den dadurch entstandenen Ausfall muß die Beklagte nach § 11 MuSchG 1968 ausgleichen.

(1) Die Beklagte hat im Anschluß an Meisel (DB 1966, 860 [863 f.]) geltend gemacht, der höhere Akkordverdienst der Klägerin sei nicht zu berücksichtigen, da er auf einer gesteigerten Leistung und nicht auf einem höheren Lohn bei gleicher Leistung beruhe. Hiermit kann die Beklagte jedoch keinen Erfolg haben. Das Landesarbeitsgericht hat nicht festgestellt, daß anläßlich des Übergangs vom Zeitlohn zum Akkordlohn bei gleichbleibender Leistung keine Verdiensterhöhung eingetreten wäre. Nur unter dieser Voraussetzung wäre eine Verdiensterhöhung im Sinne von § 11 Abs. 2 MuSchG 1968 zu verneinen (so auch Meisel, DB 1966, 863 [zu 8 b]). Soweit die Klägerin, nachdem sie im Akkord tätig wurde, durch Einarbeitung und Leistungssteigerung ihren Verdienst

- 9 -



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



- 9 -

verbessern konnte, hat dies nichts mehr mit der Frage zu tun, ob eine zu berücksichtigende Verdiensterhöhung vorliegt. Ihr Arbeitsentgelt ist vielmehr so zugrunde zu legen, als ob sie vom Beginn des Bezugszeitraums an im Akkord tätig gewesen wäre (ebenso wohl Meisel, DB 1966, 864 [zu 8 c a.E.]; Gröninger-Thomas, MuSchG, § 11 Anm. 5 b; Bulla, MuSchG, 3. Aufl., § 11 Anm. 59 c).

(2) Aus den vorstehenden Erwägungen folgt zugleich, daß das von der Klägerin verfolgte Begehren nicht begründet ist, ausschließlich den zuletzt von ihr erzielten Akkordverdienst von 6,93 DM je Stunde zur Berechnung des Mutterschutzlohns heranzuziehen. Diesen Lohn hat die Klägerin erst im Mai 1971 erreicht, also außerhalb des Bezugszeitraums. Nun sieht zwar § 11 Abs. 2 MuSchG 1968 vor, daß auch Verdiensterhöhungen zu berücksichtigen sind, die erst nach Ablauf des Berechnungszeitraums eintreten. Eine solche Verdiensterhöhung liegt jedoch nicht vor, wenn nur infolge höherer Leistung ein besseres Akkordergebnis erreicht wurde. Die Verdiensterhöhung liegt in dem Übergang vom Zeitlohn zum Akkordlohn; der danach erzielte Verdienst ist nur insoweit zu berücksichtigen, wie er im Berechnungszeitraum liegt.

b) Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, der Akkordverdienst könne nicht Grundlage der Höhe des Arbeitsverdienstes sein, weil die Klägerin nicht im Akkord beschäftigt werden durfte. Abgesehen davon, daß das Berufungsgericht dem entgegen doch den Akkordverdienst der Monate März und April berücksichtigt hat, vermag der Senat auch seinem Ausgangspunkt nicht zu folgen. Wenn die Arbeitnehmerin in Unkenntnis ihrer Schwangerschaft Akkordarbeit verrichtet hat, dann liegt bei der späteren Umsetzung auf Zeitlohn nicht nur ein Wechsel der Entlohnungsart im Sinne von § 11 Abs. 1 Satz 2 MuSchG 1968 vor, sondern ist auch der Akkordverdienst für die Berechnung des Mutterschutz-

- 10 -



- 10 -

lohns heranzuziehen. Dies gilt aus den vorstehend zu I 2 b) dargelegten Gründen.

3. Demnach ist der für den Monat Juni 1971 von der Beklagten zu zahlende Durchschnittsverdienst wie folgt zu berechnen: Von dem in den Monaten März (5,65 DM je Stunde) und April (5,94 DM je Stunde) erzielten Akkordverdienst ist der Durchschnitt zu ermitteln. Das sind 5,80 DM je Stunde. Dieser Betrag steht der Klägerin je Arbeitsstunde für den Monat Juni 1971 zu.

III. Nach alledem steht der Klägerin über den von der Beklagten gezahlten Betrag hinaus für den Monat Juni 1971 Anspruch in Höhe von 285,20 DM zu. Da das Landesarbeitsgericht ihr nur 158,24 DM zuerkannt hat, erweist sich die Revision der Klägerin wegen des Unterschiedsbetrages als begründet; wegen der erhobenen weitergehenden Forderung mußte sie dagegen zurückgewiesen werden.

|                 |                                                                                                                |            |
|-----------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| gez. Dr. Stumpf | Frau Richter am Bundesarbeitsgericht Professorin Dr. Hilger ist durch Krankheit an der Unterschrift verhindert | Dr. Thomas |
|                 | Dr. Stumpf                                                                                                     |            |

Heimann

Meyer



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)