

Aktenzeichen: 5 AZR 226/81

Bundesarbeitsgericht 5. Senat

Urteil vom 25. Mai 1983  
- 5 AZR 226/81 -

I. Arbeitsgericht  
Mönchengladbach

Urteil vom 17. September 1980  
- 2 Ca 1095/80 -

II. Landesarbeitsgericht  
Düsseldorf

Urteil vom 20. Februar 1981  
- 9 Sa 1343/80 -

-----  
Für die Amtliche Sammlung: Ja

Für die Fachpresse: Ja  
-----

Entscheidungsstichwort:

Mutterschutzlohn und Umsatzprovision im Einzelhandel

Gesetz: MuSchG § 11 Abs. 1, § 4 Abs. 3 Nr. 1; HGB § 63

Leitsätze:

1. Nach § 4 Abs. 3 Nr. 1 MuSchG ist die Beschäftigung von werdenden Müttern mit Akkordarbeiten und sonstigen Arbeiten, bei denen durch ein gesteigertes Arbeitstempo ein höheres Entgelt erzielt werden kann, verboten.
2. Diesem Beschäftigungsverbot unterliegen nur solche Entlohnungsformen, bei denen die Entgelthöhe entscheidend von dem Umfang der Arbeitsmenge beeinflusst wird. Eine Tätigkeit mit einer nach dem Umsatz bemessenen Provision kann daher nur dann dem Beschäftigungsverbot für schwangere Frauen unterliegen, wenn schon die Menge allein die Umsatzhöhe und damit das Entgelt unmittelbar bestimmt. Bei einer Verkaufsprovision im Einzelhandel ist dies in der Regel nicht der Fall.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

5 AZR 226/81

-----  
9 Sa 1343/80 Düsseldorf

Verkündet am  
25. Mai 1983

Schartel,

Angestellter  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

IM NAMEN DES VOLKES !  
URTEIL

In Sachen

pp.

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 25. Mai 1983 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Thomas, den Richter Dr. Heither und die Richterin Michels-Holl sowie den ehrenamtlichen Richter Polcyn und die ehrenamtliche Richterin Nipperdey für Recht erkannt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

-2-

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 20. Februar 1981 - 9 Sa 1343/80 - 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 !

T a t b e s t a n d :

Die Parteien streiten darüber, ob die Klägerin Mutterschutzlohn beanspruchen kann.

Die am 25. Juni 1960 geborene Klägerin wurde am 12. November 1979 in einer Filiale der Beklagten in Mönchengladbach eingestellt, in der Freizeitmoden, vornehmlich Jeans, Hemden und Pullover angeboten werden. In dieser Filiale, in der neben der Klägerin vier weitere Verkäuferinnen beschäftigt waren, beginnt die tägliche Arbeitszeit um 9.00 Uhr und endet um 18.30 Uhr bei einer einstündigen Mittagspause. Die Klägerin arbeitete ab 12.00 Uhr. Sie erhielt eine monatliche Grundvergütung von 1.010,00 DM brutto und eine monatliche Umsatzprovision in Höhe von 2 % des von ihr erbrachten Verkaufsumsatzes. In den Monaten November 1979 bis Juni 1980 erzielte die Klägerin folgende Umsatzprovisionen:

|               |           |
|---------------|-----------|
| November 1979 | 391,55 DM |
| Dezember 1979 | 656,10 DM |
| Januar 1980   | 395,25 DM |
| Februar 1980  | 257,05 DM |
| März 1980     | 124,85 DM |



-3-

|            |           |
|------------|-----------|
| April 1980 | 254,05 DM |
| Mai 1980   | 171,10 DM |
| Juni 1980  | 43,20 DM  |

Im Dezember 1979 erhielt die Klägerin zusätzlich einen Betrag von 164,05 DM. Der Rechtsgrund der Zahlung ist zwischen den Parteien streitig.

Im Januar 1980 wurde die Klägerin schwanger. Die Schwangerschaft wurde im Februar 1980 festgestellt. In der Folgezeit blieb die Klägerin an folgenden Tagen wegen Krankheit von der Arbeit fern:

- 14. Februar bis 19. Februar 1980
- 12. März bis 22. März 1980
- 28. März bis 3. April 1980
- 22. Mai bis 24. Mai 1980
- 3. Juni bis 12. Juni 1980

Mit ihrer Klage hat die Klägerin für die Monate März bis Juni 1980 eine Umsatzprovision in Höhe der von ihr in den Monaten Dezember 1979 bis Februar 1980 erzielten monatlichen Durchschnittsprovision geltend gemacht. Sie hat die Auffassung vertreten, die Umsatzprovision stehe ihr als Mutterschutzlohn nach § 11 Abs. 1 MuSchG zu, denn ihre Tätigkeit bei der Beklagten habe dem Beschäftigungsverbot des § 4 Abs. 3 Nr. 1 MuSchG unterlegen. Sie hat hierzu vorgetragen, die Höhe der Umsatzprovision werde von dem Arbeitstempo und der Anzahl der zu bedienenden Kunden bestimmt. Die Filiale der Beklagten werde ständig von zahlreichen



Kunden besucht und alle Verkäuferinnen seien ausgelastet. Vor allem in den Stoßzeiten bedienten die Verkäuferinnen mehrere Kunden gleichzeitig, was ein erhöhtes Arbeitstempo erfordere. Gegenüber diesem Arbeitstempo träten alle anderen Faktoren beim Verkauf zurück. Mit fortschreitender Schwangerschaft sei sie weniger beweglich gewesen und habe häufiger Pausen einlegen müssen. Der Rückgang ihrer Provisionsansprüche sei daher auf ihre Schwangerschaft zurückzuführen. Bei der Errechnung der monatlichen Durchschnittsprovision sei auch die zusätzliche Zahlung im Dezember 1980 zu berücksichtigen. Hierbei handele es sich um eine Superprovision, die die Beklagte zusätzlich an die Verkäuferinnen mit dem besten und zweitbesten Umsatzergebnis ausschütte. Ihr monatliches Bruttodurchschnittseinkommen sei daher mit 1.758,68 DM anzunehmen. Auf die ihr nach dieser Berechnung zustehende Gesamtforderung für die Zeit von März 1980 bis einschließlich Juni 1980 von 7.035,44 DM habe die Beklagte lediglich 4.886,90 DM gezahlt, so daß sie noch 2.148,54 DM zu erhalten habe.

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an sie 2.148,54 DM brutto nebst 4 % Zinsen seit dem 5. August 1980 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, die Tätigkeit der Klägerin unterliege nicht dem Beschäftigungsverbot des § 4 Abs. 3 MuSchG. Die Höhe des Umsatzes hänge ab von den Fachkenntnissen, den individuellen Bemühungen, der Freundlichkeit sowie der Übung und Erfahrung der



-5-

Verkäuferinnen. Die Bewegungsgeschwindigkeit spiele dabei eine ganz untergeordnete Rolle. Die Höhe der Umsatzprovision in den Monaten November und Dezember 1979 sei auch durch das Weihnachtsgeschäft bestimmt gewesen. Die zusätzliche Zahlung im Dezember 1979 müsse bei der Berechnung der Durchschnittsprovision außer Betracht bleiben, da es sich dabei um eine einmalige Sonderzuwendung handele, die nicht dem Verdienst der Klägerin zuzurechnen sei.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht die Klage in Höhe von 741,68 DM abgewiesen und im übrigen die Berufung zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung weiter.

#### E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Ob die Klägerin für die Monate März 1980 bis Juni 1980 die Differenz zwischen der in dieser Zeit erzielten Umsatzprovision zu der in den Monaten November 1979 bis Januar 1980 erzielten durchschnittlichen Umsatzprovision beanspruchen kann, kann noch nicht abschließend entschieden werden. Als Mutterschutzlohn steht der Klägerin die begehrte Zahlung nicht zu (I). Der Anspruch könnte jedoch als Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle begründet sein (II). Hierzu wird das Berufungsgericht noch weitere Feststellungen zu treffen haben.

I. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Mutterschutzlohn.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1. Nach § 11 Abs. 1 Satz 1 MuSchG ist einer schwangeren Arbeitnehmerin vom Arbeitgeber mindestens der Durchschnittsverdienst weiter zu gewähren, den sie während der letzten 13 Wochen oder der letzten drei Monate vor Beginn des Monats, in dem die Schwangerschaft eingetreten ist, erzielt hat, wenn sie wegen eines Beschäftigungsverbotes teilweise oder völlig mit der Arbeit aussetzt oder wenn wegen dieser Verbote die Beschäftigung oder die Entlohnungsart wechselt. Als Beschäftigungsverbot kommt vorliegend allenfalls § 4 Abs. 3 Nr. 1 MuSchG in Betracht. Danach ist die Beschäftigung von werdenden Müttern mit Akkordarbeit und sonstigen Arbeiten, bei denen durch ein gesteigertes Arbeitstempo ein höheres Entgelt erzielt werden kann, verboten.

2. Das Berufungsgericht hat angenommen, die Verkaufstätigkeit der Klägerin habe während der Schwangerschaft dem Beschäftigungsverbot des § 4 Abs. 3 Nr. 1, 2. Alternative MuSchG unterlegen. Aufgrund der Beweisaufnahme sei davon auszugehen, daß die zwischen den Parteien vereinbarte Umsatzprovision in entscheidendem Maße vom Arbeitstempo und nicht so sehr von anderen Kriterien bestimmt worden sei.

3. Diese Ausführungen sind bereits im Ansatz nicht zutreffend. Das Berufungsgericht hat damit die Anspruchsvoraussetzungen für den Mutterschutzlohn des § 11 Abs. 1 MuSchG verkannt und zu Unrecht angenommen, daß die Verkaufstätigkeit der Klägerin während der Schwangerschaft einem Beschäftigungsverbot unterlegen habe.

a) Ein Anspruch auf Mutterschutzlohn entsteht nur dann, wenn der



Arbeitsausfall und die daraus folgende Verdiensteinbuße "wegen" eines Beschäftigungsverbotes, d.h. durch die Beachtung eines solchen Verbotes eingetreten ist. Das Verbot muß die nicht hinwegzudenkende Ursache für den Ausfall an Arbeitsentgelt sein (BAG 21, 370 = AP Nr. 2 zu § 11 MuSchG 1968, zu 3 der Gründe; Bulla/Buchner, MuSchG, 5. Aufl., § 11 Rz 23 ff.; Gröninger/Thomas, MuSchG, Std. Nov. 1982, § 11 Anm. 11; Meisel/Hiersemann, MuSchG, 2. Aufl., § 11 Rz 11). Das Berufungsurteil enthält keinerlei Feststellungen darüber, daß das von ihm angenommene Beschäftigungsverbot für einen Verdienstaufschlag der Klägerin ursächlich war. Die Klägerin hat das ihr nach ihrer Auffassung zustehende Beschäftigungsverbot des § 4 Abs. 3 Nr. 1 MuSchG während ihrer Schwangerschaft nicht in Anspruch genommen. Sie hat kraft Gesetzes weder mit ihrer Arbeit teilweise oder völlig ausgesetzt noch hat die Beschäftigung oder die Entlohnungsart gewechselt. Sie hat in den Monaten ihrer Schwangerschaft, wie vertraglich vereinbart, den Grundlohn und die Provision für den von ihr getätigten Umsatz erhalten. Wegen des deutlichen Rückgangs in der Umsatzprovision der Klägerin während der Zeit ihrer Schwangerschaft hat das Berufungsgericht offenbar die Inanspruchnahme eines Beschäftigungsverbotes durch die Klägerin angenommen.

b) Bei der Tätigkeit der Klägerin hat ein solches Beschäftigungsverbot jedoch nicht vorgelegen.

aa) Durch § 4 Abs. 3 Nr. 1 MuSchG sind diejenigen Tätigkeiten einer schwangeren Arbeitnehmerin einem generellen Beschäftigungsverbot unterworfen, die von einem leistungsanreizenden Ent-



lohnungssystem geprägt sind. Neben der Akkordarbeit sind dies alle sonstigen Arbeiten, bei denen ein unmittelbarer und im voraus festgelegter Zusammenhang zwischen dem individuellen, von der Arbeitnehmerin durch Leistungssteigerung zu beeinflussenden Arbeitsergebnis und der Lohnhöhe besteht (Bulla/Buchner, aaO, § 4 Anm. 58; Gröninger/Thomas, aaO, § 4 Anm. 5 a; Meisel/Hierse-mann, aaO, § 4 Rz 32). Hauptanwendungsbereich dieser Vorschrift sind die in mannigfachen Formen vorkommenden Prämienverfahren. Denn diese sollen, ebenso wie die Akkordarbeit, einen Anreiz bieten, die individuelle Arbeitsintensität zu steigern. § 4 Abs. 3 Nr. 1 MuSchG verbietet Lohnsysteme, bei denen die Lohnhöhe entscheidend vom Arbeitstempo abhängt. Daher fällt z.B. ein Prämien-system unter das Verbot des § 4 Abs. 3 Nr. 1 MuSchG, wenn die Prämie an die von der Arbeitnehmerin erbrachte Arbeitsmenge anknüpft (Mengenprämie), auch wenn diese, wie in der Praxis üblich ist, neben einem festen Grundlohn als besonderer Zuschlag gezahlt wird. Bei solchen Quantitätsprämien läuft die werdende Mutter Gefahr, bei einer schwangerschaftsbedingten Minderleistung den bisherigen Durchschnittsverdienst nicht zu erreichen. Dies kann sie zu besonderen Kräfteanstrengungen nötigen, was gerade durch das Gesetz vermieden werden soll (Bulla/Buchner, aaO, § 4 Rz 59; Zmarzlik/Zipperer, MuSchG, Mutterschaftshilfe, 3. Aufl., § 4 Rz 22).

bb) Eine solche Mengenprämie erhielt die Klägerin nicht. Sie bezog eine Vergütung, die sich aus einem festen Grundgehalt und einer Umsatzprovision zusammensetzte. Ein derartiges Lohnsystem, bei dem das Provisionsergebnis in aller Regel nur dazu dient, die



Vergütung aufzustocken, steht der Anwendung des § 4 Abs. 3 Nr. 1, 2. Alternative MuSchG nicht in jedem Fall entgegen. Es kommt vielmehr entscheidend darauf an, ob die schwangere Frau durch ein solches Lohnsystem zu einem schnelleren und damit gesundheitsgefährdenden Arbeiten angehalten werden kann. Ob dies der Fall ist, ist nach den jeweiligen Arbeitsbedingungen im Betrieb zu beurteilen.

cc) Bei der Umsatzprovision, wie sie der Klägerin bezahlt wurde, handelt es sich um eine in Prozenten ausgedrückte Beteiligung an dem Wert eines Verkaufsgeschäftes, das durch Vermittlung der Verkäuferin zustande gekommen ist. Ob eine solche Umsatzprovision im Einzelhandel, die nicht allein für die Vermittlungstätigkeit, sondern für den Abschluß und die Ausführung des Geschäfts zwischen dem Unternehmer und dem Kunden gezahlt wird, unter das Beschäftigungsverbot des § 4 Abs. 3 Nr. 1 MuSchG fällt, ist in der Literatur umstritten:

Vereinzelt wird die Auffassung vertreten, wenn verschiedene Bezugsgrößen und Einflußfaktoren bei der Bemessung der Entgelthöhe kombiniert seien, reiche es aus, wenn die Quantität der Arbeit überhaupt berücksichtigt werde (Bulla/Buchner, aaO, § 4 Rz 61). Da auch die individuelle Umsatzprovision in einem gewissen Maße durch die Anzahl der Verkaufsgespräche und der vermittelten Geschäfte bestimmt werden könne, unterliege auch sie dem Beschäftigungsverbot.

Andere Autoren nehmen die Beschäftigung auf Provisionsbasis,



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



insbesondere die individuelle Umsatzprovision im Einzelhandel, von dem Beschäftigungsverbot aus (Gröninger/Thomas, aaO, § 4 Anm. 5 a; Meisel/Hiersemann, aaO, § 4 Rz 37). Nach dieser Meinung kommt es darauf an, ob die Bewegungsgeschwindigkeit bei der Tätigkeit einen wesentlichen Einfluß auf die Höhe der Umsatzprovision hat, was für eine erfolgsabhängige Provision ausgeschlossen wird.

Ausgehend von dem Zweck des in § 4 Abs. 3 Nr. 1 MuSchG geregelten Beschäftigungsverbotes, das einen Anreiz auf ein gesteigertes Arbeitstempo zum Schutz der Gesundheit von Mutter und Kind verhindern soll, können nur die Entlohnungssysteme dem Beschäftigungsverbot unterliegen, bei denen die Entgelthöhe entscheidend von dem Umfang der Arbeitsmenge beeinflusst wird. Nur wenn dies der Fall ist, kann die Arbeitnehmerin zu einer erhöhten, gesundheitsgefährdenden Arbeitsleistung motiviert werden. Wird die Arbeit hingegen weitgehend von der beruflichen Erfahrung oder freundlichen Bedienung oder von solchen Faktoren bestimmt, auf die die Verkäuferin keinen Einfluß hat, wie Anzahl der Kunden, saisonbedingter Geschäftsanfall, so fehlt es an einer Anreizwirkung auf die schwangere Arbeitnehmerin. Dann ist ein Beschäftigungsverbot zu verneinen. Eine an den Umsatz angebundene Provision kann daher nur dann dem Beschäftigungsverbot für schwangere Frauen unterliegen, wenn schon die Menge allein die Umsatzhöhe und damit das Entgelt unmittelbar bestimmt.

c) Das ist im Falle der Klägerin zu verneinen.



Bei der von der Beklagten gezahlten Umsatzprovision handelt es sich um eine Erfolgsvergütung. Die maßgeblichen Faktoren für den Erfolg bei dieser Tätigkeit sind die Fachkenntnisse der Verkäuferin, ihr Überblick über das Warenangebot auf dem jeweiligen Markt und im Ladengeschäft, ihre Fähigkeit, sich auf den einzelnen Kunden einzustellen und ihr Bemühen um diesen Kunden, ihre Übung und Erfahrung und nicht zuletzt die Anzahl der Kunden und deren Kaufentschluß. Die Umsatzprovision im Einzelhandel bestimmt sich entscheidend nach dem Wert der vermittelten Kaufgegenstände. Die Höhe des Umsatzes ist daher nicht unmittelbar leistungsbezogen.

Das hat das Berufungsgericht verkannt. Die Feststellung des Landesarbeitsgerichts, die Höhe des von der Klägerin erzielten Umsatzes habe auch davon abhängen können, mit welcher Schnelligkeit sie die Kunden bedient habe, reicht daher nicht aus, um die Voraussetzungen des Beschäftigungsverbotes nach § 4 Abs. 3 Nr. 1 MuSchG zu bejahen.

II. Der Klägerin könnte jedoch für die Zeit ihrer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit in den Monaten März bis einschließlich Juni 1980 nach § 63 HGB ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung zustehen. Zu dem nach § 63 HGB fortzuzahlenden Gehalt gehört neben der Grundvergütung auch die Umsatzprovision. Hiervon ist das Berufungsgericht, wenn auch nur im Zusammenhang mit der Berechnung der Höhe des Mutterschutzlohnes, offenbar ausgegangen. Ob in und welcher Höhe der Klägerin noch Umsatzprovision als Lohnfortzahlung im Krankheitsfall zusteht, kann vom Senat nicht entschieden



-12-

werden. Insoweit fehlt es noch an den notwendigen Feststellungen. Die zu den Akten gereichten Abrechnungen über die Umsatzprovision lassen erkennen, daß der Klägerin die durch Krankheitstage ausgefallene Provision offenbar nicht vergütet worden ist. Hierzu wird das Landesarbeitsgericht noch die notwendigen Feststellungen zu treffen haben. Dabei wird das Landesarbeitsgericht die Höhe der Umsatzprovision zu ermitteln haben, die die Klägerin in den Tagen ihrer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit vermutlich erzielt hätte, wenn sie gearbeitet hätte (vgl. BAG Urteil vom 12. Oktober 1956 - 1 AZR 464/54 - AP Nr. 4 zu § 63 HGB, zu II der Gründe). Da es sich hierbei um einen Entgeltfortzahlungsanspruch handelt, ist für dessen Höhe nach § 63 HGB das Lohnausfallprinzip maßgebend und nicht die in § 11 MuSchG vorgesehene Berechnungsgrundlage. Denn es ist unerheblich, ob die Krankheit auf der Schwangerschaft beruht oder nicht (Bulla/Buchner, aaO, § 11 Rz 37; Gröninger/ Thomas, aaO, § 11 Anm. 11 c; Schmatz/Fischwasser, Vergütung der Arbeitnehmer bei Krankheit und Mutterschaft, Std. Juni 1983, § 11 MuSchG, T 132).

Dr. Thomas

Dr. Heither

Michels-Holl

Polcyn

Nipperdey



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

