

ctenzeichen: 5 AZR 243/83

Landesarbeitsgericht 5. Senat Urteil vom 28. November 1984
- 5 AZR 243/83 -

. Arbeitsgericht Urteil vom 29. April 1982
Frankfurt am Main - 14 Ca 392/81 -

I. Landesarbeitsgericht Urteil vom 27. Januar 1983
Frankfurt am Main - 9 Sa 974/82 -

ir die Amtliche Sammlung: Ja
ir die Fachpresse: Ja



tscheidungsstichwort:

Berechnungszeitraum für Mutterschutzlohn im öff. Dienst

gesetz: MuSchG § 11 Abs. 1 und 2; BAT § 36 Abs. 1 Unterabs. 2

sätze:

1. Bei der Berechnung des Mutterschutzlohns ist der Durchschnittsverdienst zugrunde zu legen, den die Arbeitnehmerin im Berechnungszeitraum (§ 11 Abs. 1 Satz 1 MuSchG) durch ihre Arbeitsleistung erzielt hat. Es ist nicht auf das Entgelt abzustellen, das der Arbeitnehmerin in dem Berechnungszeitraum zugeflossen ist (Bestätigung von BAG Urteil vom 8. September 1978 - 3 AZR 418/77 - AP Nr. 8 zu § 11 MuSchG 1968).
2. Dies gilt auch dann, wenn die Vergütung sich nach § 36 Abs. 1 Unterabs. 2 BAT regelt, wenn also unständige Bezügeanteile, etwa für Bereitschafts-, Sonntags- und Nachtdienst erst im übernächsten Monat, nachdem die Arbeitsleistung erbracht worden ist, abgerechnet und ausbezahlt werden.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

5 AZR 243/83

9 Sa 974/82 Frankfurt am Main

Verkündet am
28. November 1984

Clobes,

Reg.-Sekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 28. November 1984 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Thomas, die Richterin Michels-Holl und den Richter Schneider sowie die ehrenamtlichen Richter



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Scherer und Liebsch für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Frankfurt am Main vom 27. Januar 1983 - 9 Sa 974/82 - aufgehoben.
2. Die Berufung des beklagten Landes gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Frankfurt am Main vom 29. April 1982 - 14 Ca 392/81 - wird zurückgewiesen.
3. Das beklagte Land hat die Kosten der Berufung und der Revision zu tragen.

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 über die Höhe des an die Klägerin zu zahlenden Mutterschutzlohnes.

Die Klägerin ist als Ärztin an der Universitätsklinik Frankfurt am Main tätig. Auf das Arbeitsverhältnis findet der BAT in seiner jeweiligen Fassung Anwendung.

Im März 1980 wurde die Klägerin schwanger. Wegen der Beschäftigungsverbote des § 8 MuSchG durfte sie in der Zeit von April 1980 bis 15. September 1980 keinen Bereitschaftsdienst und keine Rufbereitschaft mehr leisten. Das beklagte Land hat der Klägerin deshalb für diese Zeit Mutterschutzlohn gezahlt und diesen nach dem an die Klägerin in den Monaten Dezember 1979 bis einschließlich Februar 1980 ausgezahlten Bruttolohn berechnet.



Darin war im Monat Dezember 1979 die Vergütung für die im Oktober 1979 geleisteten Bereitschaftsdienste enthalten; im Januar 1980 wurden im November 1979 geleistete Bereitschaftsdienste abgerechnet und bezahlt. Die Bereitschaftsdienste, die die Klägerin im Januar und Februar 1980 erbracht hat, sind entsprechend erst in den Monaten März und April 1980 vergütet worden.

Diese zeitliche Verschiebung beruht auf § 36 Abs. 1 Unterabs. 2 BAT in der ab 1. Januar 1980 geltenden Fassung, der folgenden Wortlaut hat:

"Der Teil der Bezüge, der nicht in Monatsbeträgen festgelegt ist, bemißt sich nach der Arbeitsleistung des Vor-Vormonats."

Als die Beklagte den Betrag ermittelte, der der Klägerin infolge des Beschäftigungsverbotes entgangen ist, ist sie für die Monate April und Mai 1980 ebenfalls von der in diesen Monaten an die Klägerin ausgezahlten Vergütung ausgegangen. Da diese noch die im Februar und März geleisteten Bereitschaftsdienste umfaßte, fiel der Mutterschutzlohn in diesen beiden Monaten entsprechend niedriger aus.

Die Klägerin wendet sich gegen diese Berechnung. Sie hat die Auffassung vertreten, maßgeblich für die Berechnung des Mutterschutzlohnes sei allein § 11 Abs. 1 MuSchG, wonach von dem Durchschnittsverdienst der letzten drei Monate vor Beginn des Monats auszugehen sei, in dem die Schwangerschaft eingetreten ist. Dieser Verdienst ergebe sich aus dem in diesem Zeitraum



tatsächlich geleisteten Bereitschaftsdienst und der dafür zustehenden Vergütung. Denn nach Sinn und Zweck des § 11 MuSchG solle mit dem Mutterschutzlohn der konkrete Lohnausfall ausgeglichen werden. Durch die von dem beklagten Land vorgenommene Berechnungsweise gehe ihr der Mutterschutzlohn für zwei Monate verloren. Lege man die Vergütung für die von der Klägerin in den Monaten Dezember 1979, Januar und Februar 1980 geleisteten Bereitschaftsdienste zugrunde und lasse man ferner unberücksichtigt, daß in den Monaten April und Mai 1980 erst der vor der Schwangerschaft tatsächlich erbrachte Bereitschaftsdienst abgerechnet und bezahlt wurde, ergebe sich ein noch offener Anspruch auf Mutterschutzlohn in Höhe von 7.053,40 DM, der rechnerisch zwischen den Parteien unstreitig ist. Diesen Betrag hat die Klägerin im Klagewege begehrt.

Das beklagte Land hat Klageabweisung beantragt. Es hat die Auffassung vertreten, § 36 Abs. 1 Unterabs. 2 BAT enthalte nicht nur eine Fälligkeitsregelung, sondern eine echte Bemessungsvorschrift. Gegen diese bestünden nach dem mit § 11 MuSchG verfolgten Zweck keine Bedenken.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat sie abgewiesen. Mit ihrer Revision begehrt die Klägerin die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

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

Die Revision ist begründet. Der Klägerin steht der geltend gemachte Betrag als restlicher Mutterschutzlohn zu. Das beklagte



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



Land hat bei der Berechnung des Mutterschutzlohns zu Unrecht den Abrechnungszeitraum des § 36 Abs. 1 Unterabs. 2 BAT zugrunde gelegt. Das verstößt gegen die zwingende gesetzliche Regelung des § 11 MuSchG.

I. Nach § 11 Abs. 1 Satz 1 MuSchG sind der Schwangeren die durch die Beschäftigungsverbote oder das Mehr-, Nacht- und Sonntagsarbeitsverbot verursachten Verdienstminderungen auszugleichen. Da die Klägerin nach § 8 Abs. 1 in Verbindung mit § 8 Abs. 2 Nr. 3 MuSchG spätestens seit April 1980 nicht mehr zu der mit den Bereitschaftsdiensten verbundenen Mehr- und Nachtarbeit herangezogen werden durfte, ist ihr der hierdurch verursachte Verdienstaussfall zu ersetzen.

II. Zur Berechnung des Mutterschutzlohnes bestimmt § 11 Abs. 1 MuSchG, daß vom Arbeitgeber mindestens der Durchschnittsverdienst der letzten 13 Wochen oder der letzten drei Monate vor Beginn des Monats, in dem die Schwangerschaft eingetreten ist, weiterzugewähren ist. Ziel der gesetzlichen Regelung ist, der Arbeitnehmerin den bisherigen Lebensstandard zu erhalten. Dadurch soll jeder Anreiz für die werdende Mutter entfallen, entgegen den Verboten die Arbeiten zu ihrem und des Kindes Schaden aus wirtschaftlichen Gründen fortzusetzen (ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, zuletzt Urteil vom 8. September 1978 - 3 AZR 418/77 - AP Nr. 8 zu § 11 MuSchG 1968; so auch Bulla/Buchner, MuSchG, 5. Aufl., § 11 Rz 1; Gröninger/Thomas, MuSchG, Std. Nov. 1982, § 11 Anm. 4; Meisel/Hiersemann, MuSchG, 2. Aufl. 1978, § 11 Rz 32). Dieses Anliegen des Gesetzes erfor-



dert von folgenden Grundsätzen für die Berechnung des Mutterschutzlohnes auszugehen:

1. Es ist der Durchschnittsverdienst zugrunde zu legen, den die Arbeitnehmerin durch ihre Arbeitsleistung im Berechnungszeitraum erzielt hat. Das Bundesarbeitsgericht hat § 11 Abs. 1 Satz 1 MuSchG in seinem Urteil vom 8. September 1978 - 3 AZR 418/77 - AP Nr. 8 zu § 11 MuSchG 1968 bereits in diesem Sinne ausgelegt. Nach dem Wortlaut des Gesetzes kommt es auf den Verdienst an, der der Arbeitsleistung der Frau in dem Berechnungszeitraum entspricht. Wenn für die Berechnung das Entgelt hätte maßgebend sein sollen, das der Arbeitnehmerin in dem Berechnungszeitraum zugeflossen ist, hätte dies zum Ausdruck gebracht werden können. Diese Auslegung wird unterstützt durch Sinn und Zweck der Bestimmung. 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. Der Senat hat in dem angeführten Urteil bereits darauf hingewiesen, daß sich dies im Einzelfall sowohl zugunsten wie zu Ungunsten einer Arbeitnehmerin auswirken kann. Denn wenn eine Mehrarbeit oder eine andere mutterschutzrechtlich verbotene Tätigkeit nur vor Beginn des Berechnungszeitraumes geleistet wurde, ist dies bei der Berechnung des Mutterschutzlohnes nicht zu berücksichtigen, selbst wenn diese Arbeitsleistung erst in dem Berechnungszeitraum, also drei Monate vor Beginn der Schwangerschaft abgerechnet und bezahlt



wird.

Dieser Auslegung des § 11 Abs. 1 Satz 1 MuSchG ist vom Schrifttum, soweit ersichtlich, ausnahmslos zugestimmt worden (vgl. Anm. von Herschel in AP Nr. 8 zu § 11 MuSchG 1968 sowie Schulin in SAE 1979, 259; ferner die Kommentare zum MuSchG, z.B. Bulla/Buchner, aaO, § 11 Rz 65; Gröninger/Thomas, aaO, § 11 Anm. 4 b; Zmarzlik/Zipperer, Mutterschutzgesetz, Mutterschaftshilfe, 4. Aufl., § 11 Rz 39).

2. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ergibt sich für die Ermittlung der im Berechnungszeitraum nach § 11 Abs. 1 Satz 1 MuSchG erzielten Vergütung aus § 36 Abs. 1 Unterabs. 2 BAT nichts anderes.

a) Das Berufungsgericht ist zwar zutreffend davon ausgegangen, daß der Unterabs. 2 des § 36 Abs. 1 BAT eine Bemessungsvorschrift für die nicht in Monatsbeträgen festgelegten Teile der Bezüge beinhaltet. Bemessungsgrundlage ist grundsätzlich die Arbeitsleistung des Vor-Vormonats. Meßgröße ist die Zahl der Überstunden bzw. der Bereitschaftsdienste. Berechnungsgrundlage sind dagegen die Vergütungssätze, die im Kalendermonat gelten, für den nach § 36 Abs. 1 Unterabs. 1 BAT die fälligen Bezüge zu berechnen und zu bezahlen sind. Dies ist von Bedeutung, wenn die Vergütungssätze des Monats, für den die Bezüge nach dieser Vorschrift zustehen, von den Vergütungssätzen des Monats abweichen, in dem die Arbeitsleistung erbracht worden ist (z.B. bei allgemeiner Erhöhung der Vergütungssätze, Eingruppierung des Ange-



stellten in eine andere Vergütungsgruppe etc.). Solche Abweichungen sind, wenn sie Auswirkungen auf die unständigen Bezügebestandteile haben, voll zu berücksichtigen (Crisolli/Tiedtke, Das Tarifrecht der Angestellten im öffentlichen Dienst, Bd. I, Stand: 6. Mai 1982, § 36 BAT Anm. 2; Böhm/Spiertz, BAT, 2. Aufl., Bd. I, Std. Juni 1982, § 36 Rz 6; Clemens/Scheuring/Steingen/Wiese, BAT, Bd. I, Std. Dez. 1980, § 36 Rz 11).

b) Darüber hinaus enthält § 36 Abs. 1 Unterabs. 2 BAT aber ebenfalls eine Fälligkeitsbestimmung für die Teile der Bezüge, die nicht in Monatsbeträgen gezahlt werden (so auch Böhm/Spiertz, aaO, anderer Ansicht: Clemens/Scheuring/Steingen/Wiese, aaO; Breier/Kiefer/Uttlinger, BAT, Bd. I, Stand: 1. September 1983, § 36 Erl. 8, die sich allerdings unter anderem auf das angefochtene Urteil berufen). Die von den Tarifvertragsparteien gewählte Überschrift der Bestimmung, in der zwischen der Berechnung des Anspruchs und dem Zeitpunkt der Entgeltauszahlung unterschieden wird, spricht dafür, daß es sich dabei auch um eine Fälligkeitsregelung handelt. Das gleiche ergibt sich aus dem Zweck der Vorschrift. Sie erleichtert die Abrechnung. Die Regelung berücksichtigt, daß die Berechnungsgrundlagen für die sogenannten "unständigen Bezügeteile" erst nach Ablauf des jeweiligen Kalendermonats feststehen und dann erst mit den Bezügen des folgenden Monats ausgezahlt werden können. Maßgebliche Berechnungsgrundlage aber bleibt dabei die Arbeitsleistung des Vor-Vormonats; sie ist die Grundlage für den später abzurechnenden Entgeltanspruch. Der Vergütungsanspruch wird in dem Monat erworben, in dem die Arbeitsleistung erbracht wird und, da seine genaue Höhe noch nicht



endgültig feststeht, im Zahlungsmonat auf der Grundlage der dann gültigen Vergütungssätze abgerechnet und fälliggestellt (vgl. Böhm/Spiertz, aaO).

Insoweit unterscheidet sich der Anspruch auf die unständigen Bezügeanteile von dem Anspruch auf Provisionen. Bei letzteren ist ausschlaggebend, ob sie während des Bezugszeitraums fällig werden oder erst danach (vgl. BAG Urteil vom 8. September 1978, aaO, zu III der Gründe mit weiterem Nachweis). Entstehung und Fälligkeit der Provisionsansprüche können oft nicht einer bestimmten zeitlich festliegenden Arbeitsleistung zugeordnet werden, weil sie erfolgsbezogen und damit vom Zustandekommen der angebahnten Geschäfte abhängig sind. Vorliegend steht die Arbeitsleistung des Vor-Vormonats jedoch bereits fest und sie kann dem Berechnungszeitraum ohne weiteres zugerechnet werden.

c) Wie der Dritte Senat bereits in der Entscheidung vom 8. September 1978 (aaO) festgestellt hat, kann eine solche Fälligkeitsregelung nicht dazu führen, den nach des § 11 Abs. 1 Satz 1 MuSchG maßgeblichen Berechnungszeitraum, der auf die tatsächliche Arbeitsleistung in den letzten drei Monaten vor Beginn der Schwangerschaft abstellt, vorzuverlegen. Das gilt auch für eine tarifliche Bestimmung, da der Berechnungsmodus des § 11 Abs. 1 Satz 1 MuSchG zwingendes Recht ist und nicht zur Disposition der Tarifpartner steht.

Die vor Beginn des Berechnungszeitraums erworbenen, aber erst in seinem Verlauf ausgezahlten unständigen Bezügebestandteile



müssen bei der Berechnung des Mutterschutzlohnes auch dann außer Betracht bleiben, wenn die Vergütung sich nach § 36 Abs. 1 Unterabs. 2 BAT regelt. Berechnungsgrundlage bleibt der Arbeitslohn, der durch die tatsächliche Arbeitsleistung im Berechnungszeitraum verdient worden ist, selbst wenn er außerhalb des Bezugszeitraums ausgezahlt wird. § 36 Abs. 1 Unterabs. 2 BAT wirkt sich nur insoweit aus, als der Anspruch nach § 11 Abs. 1 Satz 1 MuSchG ebenfalls erst mit einer zeitlichen Verzögerung von zwei Monaten fällig wird. Die werdende Mutter wird hierdurch nicht schlechter gestellt, als wenn sie in vollem Umfang weiterarbeiten könnte. Denn auch dann wäre der Anspruch auf die unständigen Bezüge jeweils erst im übernächsten Monat fällig geworden. Das führt allerdings dazu, daß der Mutterschutzlohn insoweit noch in den Monaten zu zahlen ist, in denen die Schwangere wegen der Beschäftigungsverbote des § 3 Abs. 2, § 6 Abs. 1 MuSchG mit der Arbeit ganz aussetzen muß. Für diese Zeiten steht ihr in der Regel Mutterschaftsgeld gemäß § 13 Abs. 2 MuSchG oder § 200 RVO zu. § 200 c Abs. 2 Satz 1 RVO bestimmt zwar, daß der Anspruch auf Mutterschaftsgeld ruht, wenn und soweit die Versicherte beitragspflichtiges Arbeitsentgelt erhält. Dieses Ruhen bezieht sich jedoch nur auf Vergütungen, die die Frau durch Arbeitsleistungen erwirbt, die sie während der Beschäftigungsverbote erbringt oder die ihr sonst vom Arbeitgeber für die Zeit der Schutzfristen gewährt werden (vgl. dazu BSG in DOK 1984, 417; ferner Bulla/Buchner, aaO, § 13 Anm. 163 und 167).

3. Die durch § 11 MuSchG bedingte Berechnung des Mutterschutzlohnes der Klägerin hat danach wie folgt zu geschehen:



a) Es ist der Verdienst festzustellen, den die Klägerin durch ihre in den Monaten Dezember 1979 sowie Januar und Februar 1980 geleisteten Bereitschaftsdienste erzielt hat. Dies ist den Abrechnungen zu entnehmen, die darüber in den Monaten Februar, März und April 1980 vorgenommen wurden. Das Zahlenwerk hierzu ist zwischen den Parteien unstreitig. Sollten sich, was vorliegend allerdings nicht vorgetragen worden ist, in der durch § 36 Abs. 1 Unterabs. 2 BAT gewollten Weise in der Abrechnung Gehaltserhöhungen niedergeschlagen haben, die erst nach dem Berechnungszeitraum eingetreten sind, so wäre deshalb nicht erforderlich, einen mit der Zeit der Arbeitsleistung in dem Bezugszeitraum einhergehenden (noch) niedrigeren Verdienst zu berücksichtigen. Nach § 11 Abs. 2 Satz 1 MuSchG ist nämlich bei Verdiensterhöhungen nicht nur vorübergehender Natur, die während oder nach Ablauf des Berechtigungszeitraums eintreten, von dem erhöhten Verdienst auszugehen.

b) Die durch die Beschäftigungsverbote bewirkte Verdienstminderung wirkt sich nach der für den Mutterschutzlohn ebenfalls geltenden Fälligkeitsregel des § 36 Abs. 1 Unterabs. 2 BAT erst zwei Monate nach dem Zeitpunkt aus, ab dem die schwangere Frau die verbotene Arbeit nicht mehr verrichtet. In der Zeit davor erhält sie noch die Vergütung abgerechnet und ausbezahlt, die sie durch ihre tatsächliche Arbeitsleistung vor Beginn der Schwangerschaft erworben hat. Zwar verlagert sich der Ausgleich des durch die Beschäftigungsverbote bedingten Verdienstauffalls in die Zeit der Schutzfristen. Das benachteiligt, wie vorstehend dargelegt, die schwangere Arbeitnehmerin jedoch nicht.



Vorliegend hat die Klägerin den Verdienstausschlag errechnet, indem sie den Ausgleich schon als Teil ihrer Vergütung für die Monate April und Mai 1980 ermittelt hat. Damit hat sie nur der aus § 36 Abs. 1 Unterabs. 2 BAT auch für den Mutterschutzlohn folgenden Fälligkeit nicht Rechnung getragen. Die Höhe ihrer Forderung wird dadurch nicht berührt. Insbesondere entfiel entgegen der Ansicht des beklagten Landes der Verdienstausschlag in den Monaten April und Mai 1980 nicht dadurch, daß in diesen Monaten die Bereitschaftsdienste abgerechnet und bezahlt wurden, die die Klägerin im Februar und März 1980 tatsächlich geleistet hatte.

III. Demnach war auf die Revision der Klägerin das der Klage stattgebende Urteil des Arbeitsgerichts wiederherzustellen.

Dr. Thomas

Schneider

Michels-Holl

Scherer

Liebsch



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

