

Aktenzeichen: 5 AZR 523/83

Bundesarbeitsgericht 5. Senat Urteil vom 6. März 1985  
- 5 AZR 523/83 -

I. Arbeitsgericht  
Düsseldorf

Urteil vom 20. Oktober 1982  
- 9 Ca 4857/82 -

II. Landesarbeitsgericht  
Düsseldorf

Urteil vom 4. August 1983  
- 14 Sa 1892/82 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja  
Für die Fachpresse: Ja



Entscheidungsstichwort:

Urlaubsaufschlag und Mutterschutzlohn im öff. Dienst

Gesetz: MuSchG § 11 Abs. 1 und 2; BAT § 47 Abs. 2, § 36 Abs. 1  
Unterabs. 2; BGB § 134

Leitsätze:

Bei der Berechnung des Urlaubszuschlags nach § 47 Abs. 2 BAT ist auf die tatsächlichen Verhältnisse im vorangegangenen Kalenderjahr abzustellen. Daher ist bei der Berechnung auch der Ausgleich zu berücksichtigen, der an die Arbeitnehmerin nach § 11 Abs. 1 MuSchG wegen des schwangerschaftsbedingten Ausfalls von Bereitschaftsdienst gezahlt worden ist.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

5 AZR 523/83

-----  
14 Sa 1892/82 Düsseldorf

Verkündet am  
6. März 1985

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 6. März 1985 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Thomas, die Richterin Michels-Holl und den



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Richter Schneider sowie die ehrenamtlichen Richter Polcyn und Dr. Schönherr für Recht erkannt:

1. Die Revision des beklagten Landes gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 4. August 1983 - 14 Sa 1892/82 - wird zurückgewiesen.
2. Das beklagte Land hat die Kosten 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 Klägerinnen zu zahlenden Mutterschutzlohnes und, im Verfahren der Klägerin zu 1) auch darüber, wie der Urlaubsaufschlag nach § 47 Abs. 2 BAT im Zusammenhang mit der Schwangerschaft der Klägerin zu berechnen ist.

Die Klägerinnen waren bei dem beklagten Land als wissenschaftliche Assistentinnen beschäftigt. Die Klägerin zu 1) war in der Universitätsklinik Köln, die Klägerin zu 2) in der Universitätsklinik Essen tätig. In den Arbeitsverträgen war jeweils die Anwendung des BAT vereinbart.

Die Klägerin zu 1) leistete ab dem 1. April 1979 wegen des Beschäftigungsverbots des § 8 MuSchG keinen Bereitschaftsdienst mehr. Bis zum Beginn der Mutterschutzfrist am 4. Juli 1979 zahlte das beklagte Land für die Monate April, Mai und Juni 1979 sowie für die Tage vom 1. bis 3. Juli 1979 für den ausgefalle-



nen Bereitschaftsdienst Mutterschutzlohn gemäß § 11 MuSchG in Höhe von insgesamt 3.114,74 DM.

Im Jahre 1980 erhielt die Klägerin zu 1) 40 Tage Urlaub. Bei der Berechnung der Urlaubsvergütung nach § 47 Abs. 2 BAT hat das beklagte Land die unständigen Bezügebestandteile lediglich in Höhe von 3.114,74 DM berücksichtigt und ist, indem es diesen Betrag durch sieben Monate geteilt hat, zu einem Tagesdurchschnitt von 20,54 DM gelangt.

Die Klägerin zu 1) ist der Auffassung, bei der Berechnung der Urlaubsvergütung sei nicht nur die Zahlung von 3.114,47 DM zu berücksichtigen, sondern auch die Zahlung des Mutterschutzlohnes für die Monate April, Mai und Juni 1979 in Höhe von 3.161,01 DM (= 3 x 1.053,67 DM). Der Betrag von 6.275,75 DM (3.114,74 plus 3.161,01 DM) sei durch sechs Monate zu teilen; der Tagessatz betrage mithin 48,27 DM; unter Berücksichtigung der ab 1. März 1980 erfolgten Tarifierhöhung von 6,3 % ergebe sich ein Urlaubsaufschlag von 54,76 DM täglich, insgesamt also 2.190,40 DM. Nach Abzug der unstreitig hierauf gezahlten 931,47 DM stehe ihr noch ein restlicher Urlaubsaufschlag für 1980 in Höhe von 1.258,93 DM zu.

Im Jahre 1981 wurde die Klägerin zu 1) erneut schwanger. Ab August 1981 leistete sie deshalb keinen Bereitschaftsdienst mehr. Das beklagte Land zahlte ihr ab Oktober 1981 monatlich 1.159,40 DM an Mutterschutzlohn gemäß § 11 MuSchG. Für die Monate August und September 1981 hat das beklagte Land die Zahlung von Mutter-



schutzlohn mit dem Hinweis verweigert, die Klägerin habe in diesen beiden Monaten für die im Juni und Juli 1981 geleisteten Bereitschaftsdienste unständige Bezügebestandteile erhalten, die einen darüber hinausgehenden Anspruch nach § 11 MuSchG ausschließen.

Die Klägerin zu 1) hat mit ihrer Klage den Urlaubszuschlag für 1980 in Höhe von 1.258,93 DM und den Mutterschutzlohn für die Monate August und September 1981 in Höhe von 2.318,80 DM (2 x 1.159,40 DM) geltend gemacht.

Die Klägerin zu 2) hat wegen ihrer Schwangerschaft ab Mai 1980 nicht mehr am Bereitschaftsdienst teilgenommen. Das beklagte Land hat den Mutterschutzlohn nach § 11 MuSchG mit 1.624,89 DM monatlich berechnet. Diesen Mutterschutzlohn hat es jedoch erst ab Juli 1980 gezahlt. Für die Monate Mai und Juni 1980 hat es die Zahlung verweigert mit der Begründung, die Klägerin zu 2) habe in diesen Monaten für die im März und April 1980 geleisteten Bereitschaftsdienste Zahlungen erhalten.

Die Klägerin zu 1) hat beantragt,

das beklagte Land zu verurteilen, an sie  
3.577,73 DM zu zahlen.

Die Klägerin zu 2) hat beantragt,

das beklagte Land zu verurteilen, an sie  
3.249,78 DM zu zahlen.



Das beklagte Land hat beantragt, die Klagen abzuweisen. Es hat die Auffassung vertreten, bei der Berechnung des Urlaubszuschlags bleibe der Mutterschutzlohn nach § 11 MuSchG außer Ansatz. Bei dem Mutterschutzlohn handele es sich um eine Sozialleistung eigener Art, die im Rahmen des § 47 BAT, ebenso wie andere Sozialleistungen, nicht berücksichtigt werden könne. Die Klägerin zu 1) stehe sich bei dieser Betrachtung nicht schlechter als andere Arbeitnehmer, die zum Beispiel aus Krankheits- oder Urlaubsgründen keinen Bereitschaftsdienst leisten könnten.

Das Arbeitsgericht hat beiden Klagen stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufungen des beklagten Landes gegen die beiden Urteile zurückgewiesen; bei dem zugunsten der Klägerin zu 1) ergangenen Urteil hat es lediglich die Berechnung der Klageforderung, soweit sie sich auf den Zuschlag nach § 47 Abs. 2 BAT bezieht, korrigiert und die Klage der Klägerin zu 1) in Höhe von 628,-- DM abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt das beklagte Land seinen Antrag weiter, beide Klagen in vollem Umfang abzuweisen.

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

Die Revision ist nicht begründet. Den Klägerinnen stehen die jeweils geltend gemachten Beträge als restlicher Mutterschutzlohn zu (I). Die Klägerin zu 1) hat darüber hinaus einen Anspruch auf den Urlaubszuschlag für 1980 in der vom Berufungsgericht ausgesprochenen Höhe (II).



I. Das Berufungsgericht hat den Klägerinnen die als Mutterschutzlohn geltend gemachten Beträge zu Recht zuerkannt. Das beklagte Land war nicht berechtigt, die Ausgleichszahlungen für die ersten beiden Monate des Beschäftigungsverbotes deshalb zu kürzen, weil den Klägerinnen in dieser Zeit nach § 36 Abs. 1 Unterabs. 2 BAT die Vergütung für die in den beiden vorhergehenden Monaten geleisteten Bereitschaftsdienste ausgezahlt worden ist.

1. Nach § 11 Abs. 1 Satz 1 MuSchG sind der Schwangeren die durch die Beschäftigungsverbote oder das Mehr-, Nacht- und Sonntagsarbeitsverbot verursachten Verdienstminderungen auszugleichen. 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, weiter zu gewähren ist. Durch diese Regelung soll der bisherige Lebensstandard der Arbeitnehmerin erhalten werden und jeder Anreiz für die werdende Mutter entfallen, entgegen den Verboten die Arbeit 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/Hierseemann, MuSchG, 2. Aufl. 1978, § 11 Rz 32). Bei der Berechnung des Mutterschutzlohnes ist der Durchschnittsverdienst zugrunde zulegen, den die Arbeitnehmerin durch ihre Arbeitsleistung im Berechnungszeitraum erzielt hat (vgl. BAG Urteil vom



8. September 1978 - 3 AZR 418/77 - AP Nr. 8 zu § 11 MuSchG 1968). Dies gilt auch dann, wenn die Vergütung für die Bereitschaftsdienste gemäß § 36 Abs. 1 Unterabs. 2 BAT erst zwei Monate später ausgezahlt wird (BAG Urteil vom 28. November 1984 - 5 AZR 243/83 -, zur Veröffentlichung bestimmt).

2. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß die Ausgleichszahlungen nach § 11 Abs. 1 MuSchG im Geltungsbereich des BAT dem § 36 BAT unterliegen. Es hat angenommen, der Anspruch der schwangeren Arbeitnehmerin auf Ausgleich für ausgefallene Bereitschaftsdienste nach § 11 Abs. 1 MuSchG entstehe nicht früher, als bei Ableistung des Bereitschaftsdienstes ein Vergütungsanspruch entstanden wäre. Es hat es dabei dahingestellt sein lassen, ob die nach § 36 Abs. 1 Unterabs. 2 BAT um zwei Monate verschobene Zahlung nur auf einer besonderen Fälligkeitsregelung beruhe oder ob der Anspruch nach dieser Tarifregelung erst zwei Monate nach Ableistung des Bereitschaftsdienstes entstehen soll. Es hat hieraus die Schlußfolgerung gezogen, daß der Anspruch auf eine Ausgleichszahlung nach § 11 Abs. 1 MuSchG erst zwei Monate nach dem Beginn des Beschäftigungsverbotes "beginnt".

3. In dem bereits erwähnten Urteil vom 28. November 1984 - 5 AZR 243/83 - ist der erkennende Senat davon ausgegangen, daß § 36 Abs. 1 Unterabs. 2 BAT nicht nur eine Bemessungsvorschrift für die nicht in Monatsbeträgen festgelegten Teile der Bezüge, sondern darüber hinaus eine Fälligkeitsbestimmung enthält. Dafür spricht die von den Tarifvertragsparteien gewählte Überschrift



der Bestimmung, in der zwischen der Berechnung des Anspruchs und dem Zeitpunkt der Entgeltauszahlung unterschieden wird. Die Vorschrift erleichtert die Abrechnung und berücksichtigt, daß die Berechnungsgrundlagen für die sogenannten "unständigen Bezüge-teile" erst nach Ablauf des jeweiligen Kalendermonats feststehen und dann erst mit den Bezügen des folgenden Monats ausbezahlt werden können (vgl. unter II 2 b des angeführten Urteils; ebenso Böhm/Spiertz, BAT, 2. Aufl., Bd. I Std. Juni 1982, § 36 Rz 6). Diese Fälligkeitsregelung führt jedoch nicht dazu, daß die Arbeitnehmerinnen für die ersten beiden Monate des Beschäftigungsverbots keinen Anspruch auf Ausgleichszahlungen nach § 11 MuSchG haben. § 36 Abs. 1 Unterabs. 2 BAT wirkt sich auch in diesem Falle nur insoweit aus, als der Anspruch nach § 11 Abs. 1 Satz 1 MuSchG ebenfalls erst mit einer zeitlichen Verzögerung von zwei Monaten fällig wird. Entgegen der von der Revision vertretenen Auffassung darf die werdende Mutter durch die Fälligkeitsregelung des § 36 Abs. 1 Unterabs. 2 BAT nicht schlechter gestellt werden, 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.

Danach ist der Mutterschutzlohn auch noch in den Monaten zu zahlen, 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 Ar-



beitsentgelt 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. Urteil vom 28. November 1984 - 5 AZR 243/83 -, ferner BSG in DOK 1984, 417; ebenso Bulla/Buchner, aaO, § 13 Anm. 163 und 167).

4. Die durch die Beschäftigungsverbote bewirkte Verdienstminderung wirkt sich daher 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. Der Ausgleich des durch die Beschäftigungsverbote bedingten Verdienstaufschlags verlagert sich dadurch zwar in die Zeit der Schutzfristen. Das benachteiligt die schwangere Arbeitnehmerin jedoch nicht. Die Auffassung des beklagten Landes, daß mit Beginn der Schutzfristen die Ansprüche nach § 11 MuSchG entfallen, sofern sich die Auszahlung der Vergütung nach § 36 Abs. 1 Unterabs. 2 BAT richtet, ist nicht zutreffend. Es verschiebt sich durch diese gesetzliche Regelung lediglich die Auszahlung um zwei Monate.

II. Soweit das Berufungsgericht der Klägerin zu 1) den Urlaubsaufschlag für 1980 nach § 47 BAT unter Berücksichtigung der im Jahre 1979 gezahlten Vergütung einschließlich des nach § 11



Abs. 1 MuSchG für ausgefallenen Bereitschaftsdienst gezahlten Mutterschutzlohns zugesprochen hat, ist dem im Ergebnis, nicht jedoch in der Begründung zu folgen.

1. Nach § 47 Abs. 2 Satz 2 BAT in der ab 1. Januar 1980 geltenden Fassung wird der Teil der Bezüge, der nicht in Monatsbeträgen festgelegt ist, nach Maßgabe des § 36 Abs. 1 Unterabs. 2 durch eine Zulage (Aufschlag) für jeden Urlaubstag nach Unterabsatz 2 als Teil der Urlaubsvergütung berücksichtigt. Der Aufschlag beträgt u.a. 108 v. H. des Tagesdurchschnitts der Vergütungen für Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft des vorangegangenen Kalenderjahres.

Das Berufungsgericht hat angenommen, diese tarifliche Regelung sei nach § 134 BGB nichtig, weil sie dem § 11 MuSchG widerspreche. § 47 Abs. 2 BAT berücksichtige bei der Berechnung der Zulage zur Urlaubsvergütung nicht die Zahlungen, die eine Arbeitnehmerin wegen im Berechnungszeitraum ausgefallener Bereitschaftsdienste nach § 11 Abs. 1 MuSchG erhalten habe. Das folge aus dem Wortlaut der Bestimmung, mit dem die Tarifvertragsparteien ersichtlich eine enumerative Aufzählung der Zulagen angestrebt hätten. Der Urlaubsaufschlag sei deshalb auf 108 v.H. festgesetzt worden, weil einzelne Bezügebestandteile in § 47 Abs. 2 ausdrücklich nicht erwähnt worden seien. Es verbiete sich daher, die offensichtlich erschöpfend beabsichtigte Aufzählung im Wege der Auslegung auf einen weiteren Tatbestand zu erstrecken. Die Beschäftigungsverbote nach §§ 3 ff. MuSchG dürften sich nicht lohnmindernd auswirken. Die entgegenstehende tarifliche Regelung



sei daher nichtig.

2. Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Sie verkennt das Wesen des Mutterschutzlohnes. Daß bei der Berechnung des Urlaubszuschlags der an die Arbeitnehmerin wegen schwangerschaftsbedingten Ausfalls von Bereitschaftsdienst nach § 11 Abs. 1 MuSchG gezahlte Ausgleich wie eine Bereitschaftsdienstvergütung für entsprechenden tatsächlichen Dienst zu berücksichtigen ist, ergibt sich unmittelbar aus den gesetzlichen und tariflichen Bestimmungen:

a) Nach § 11 Abs. 1 Satz 1 MuSchG sind der Arbeitnehmerin die Verdienstminderungen auszugleichen, die ihr durch die Beschäftigungsverbote des § 8 MuSchG entstanden sind. Die Vergütung für Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft gehört zu den Bezügen, die nicht in Monatsbeträgen festgelegt sind (sog. unständige Bezügeanteile). Das ergibt sich aus dem Wortlaut des § 47 Abs. 2 Unterabsatz 2 BAT (vgl. auch Breier/Kiefer/Uttlinger, BAT, § 47 Erl. 6 d).

b) Wenn nach § 11 MuSchG für den infolge von Beschäftigungsverböten ausgefallenen Bereitschaftsdienst ein Ausgleich zu zahlen ist, so tritt dieser Ausgleich an die Stelle der Bereitschaftsdienstvergütung. Hieraus folgt, daß der für den Ausfall des Bereitschaftsdienstes gewährte Ausgleich ebenso zu behandeln ist, wie die Bereitschaftsvergütung für die tatsächlich verrichtete Tätigkeit.



3. Unrichtig ist dagegen die Auffassung der Revision, der nach § 11 gezahlte Ausgleich für den wegen des Beschäftigungsverbotes nicht geleisteten Bereitschaftsdienst sei deshalb bei der Urlaubsvergütung für 1980 nicht zu berücksichtigen, weil durch § 11 MuSchG den Frauen lediglich "während" der auf Mutterschaft beruhenden Freistellung von der Arbeit der bisherige Lebensstandard gesichert sein soll. Die Revision übersieht hierbei, daß die Urlaubsvergütung für 1980 sich nach den Verhältnissen des Jahres 1979 richtet. Der an die Klägerin im Jahre 1979 nach § 11 MuSchG wegen der ausgefallenen Bereitschaftsdienste gezahlte Ausgleich ist Bestandteil der Vergütung, er ist als solcher deshalb bei der an den Bezügen des Jahres 1979 zu messenden Berechnung der Urlaubsvergütung zu berücksichtigen.

Dr. Thomas

Michels-Holl

Schneider

Polcyn

Dr. Schönherr



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)