



MINISTERIALBLATT

FÜR DAS LAND NORDRHEIN-WESTFALEN

48. Jahrgang

Ausgegeben zu Düsseldorf am 7. August 1995

Nummer 58

Inhalt

I.

Veröffentlichungen, die in die Sammlung des bereinigten Ministerialblattes für das Land Nordrhein-Westfalen (SMBL. NW.) aufgenommen werden.

Glied.- Nr.	Datum	Titel	Seite
20310	9. 6. 1995	RdErl. d. Finanzministeriums Anwendung des Mutterschutzgesetzes auf die im Landesdienst beschäftigten Arbeitnehmerinnen	1024

II.

Veröffentlichungen, die nicht in die Sammlung des bereinigten Ministerialblattes für das Land Nordrhein-Westfalen (SMBL. NW.) aufgenommen werden.

Datum		Seite
	Hinweise	
	Inhalt des Gesetz- und Verordnungsblattes für das Land Nordrhein-Westfalen	
	Nr. 50 v. 29. 6. 1995	1040
	Nr. 51 v. 30. 6. 1995	1040
	Nr. 52 v. 5. 7. 1995	1040

I.

20310

Anwendung des Mutterschutzgesetzes auf die im Landesdienst beschäftigten Arbeitnehmerinnen

RdErl. d. Finanzministeriums v. 9. 6. 1995 -
B 4000 - 1.7 - IV 1

Die Hinweise zur Durchführung des Mutterschutzgesetzes sind von den Arbeitgebern des öffentlichen Dienstes im Hinblick auf Rechtsänderungen und unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung umfassend überarbeitet worden. Die vorliegende Neufassung enthält insbesondere eine Anpassung der Beispiele, Änderungen hinsichtlich der Berechnung des Durchschnittsverdienstes nach § 11 im Zusammenhang mit Beschäftigungsverboten, Auswirkungen des Entgeltfortzahlungsgesetzes auf den Nachrang von Krankenbezügen gegenüber Mutterschaftsgeld, Berücksichtigung rückwirkender tariflicher Vergütungserhöhungen bei der Berechnung des Zuschusses zum Mutterschaftsgeld und das Verhältnis des Zuschusses zum Mutterschaftsgeld nach § 14 zum Anspruch auf Mutterschaftsgeld nach § 13.

Im Einvernehmen mit dem Innenministerium und dem Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales und nach Beteiligung des Ministeriums für die Gleichstellung von Frau und Mann werden die bisherigen Hinweise zur Anwendung des Mutterschutzgesetzes auf die im Landesdienst beschäftigten Arbeitnehmerinnen in meinem RdErl. v. 1. 11. 1989 - SMBl. NW. 20310 - durch folgende Neufassung ersetzt:

Hinweise zur Durchführung des Mutterschutzgesetzes

1 Zu § 1 (Geltungsbereich)

- 1.1 Das Mutterschutzgesetz (MuSchG) gilt für alle Frauen, die in einem Arbeitsverhältnis stehen oder als in Heimarbeit Beschäftigte am Stück mitarbeiten. Zu den vom Gesetz erfaßten Arbeitsverhältnissen gehören auch Probearbeitsverhältnisse, befristete Arbeitsverhältnisse, Teilzeitarbeitsverhältnisse und Berufsausbildungsverhältnisse (z. B. Auszubildende, Schülerinnen/Schüler in der Krankenpflege, in der Entbindungspflege und in der Krankenpflegehilfe) sowie arbeitsrechtlich geregelte Praktikantenverhältnisse.

Das Gesetz gilt auch für die Tätigkeit im Rahmen eines freiwilligen sozialen Jahres (§ 15 des Gesetzes vom 17. August 1964 - BGBl. I S. 640 -, zuletzt geändert durch Gesetz vom 18. Dezember 1989 - BGBl. I S. 2261 -) und für die Tätigkeit im Rahmen eines freiwilligen ökologischen Jahres (§ 4 des Gesetzes zur Förderung eines freiwilligen ökologischen Jahres vom 17. 12. 1993 - BGBl. I S. 2118 -).

- 1.2 Das MuSchG gilt nicht für Frauen, die in einem selbständigen Dienstverhältnis, Werkvertragsverhältnis oder arbeitnehmerähnlichen Rechtsverhältnis tätig sind. Es gilt ferner nicht für Studentinnen, die in Studienordnungen vorgeschriebene Praktika ableisten.

Für Frauen, die in einem Beamtenverhältnis stehen, gilt die Verordnung über den Mutterschutz für Beamtinnen im Lande NRW vom 4. 7. 1968 (SGV. NW. 20303).

2 Zu § 2 (Gestaltung des Arbeitsplatzes)

- 2.1 Die Durchführung der in den Absätzen 1 bis 3 vorgeschriebenen Maßnahmen kann dazu führen, daß der Arbeitgeber die Arbeitnehmerin über die eigentlichen Arbeitspausen hinaus (§ 4 ArbZG, § 11 JArbSchG) von der Arbeit freistellen muß.
- 2.2 Die Bezahlung des aus Anlaß der Maßnahmen nach den Absätzen 1 bis 3 ggf. entstehenden Arbeitsausfalls ist im Gesetz (mit Ausnahme des § 7 Abs. 2) nicht ausdrücklich geregelt. Nach § 616 BGB und entsprechend dem Sinn und Zweck des MuSchG darf jedoch durch diese Arbeitsunterbrechungen eine Minderung des Arbeitsentgelts nicht eintreten.

3 Zu § 3 (Beschäftigungsverbote für werdende Mütter)

- 3.1 Das individuelle Beschäftigungsverbot nach Absatz 1 besteht materiell vom Beginn der Schwangerschaft an, wird jedoch erst von dem Zeitpunkt an wirksam, in dem die Arbeitnehmerin das entsprechende ärztliche Zeugnis vorgelegt hat. Die Kosten des Zeugnisses hat die Arbeitnehmerin zu tragen, soweit sie nicht für Arbeitnehmerinnen, die in der gesetzlichen Krankenversicherung versichert sind, nach § 196 RVO von der Krankenkasse übernommen werden.

Die das Beschäftigungsverbot nach Absatz 1 auslösende Gesundheitsgefährdung muß ursächlich mit der Schwangerschaft und deren Auswirkungen zusammenhängen.

- 3.2 Das Beschäftigungsverbot (Schutzfrist) des Absatzes 2 ist zeitlich auf die letzten sechs Wochen vor dem mutmaßlichen Tag der Entbindung begrenzt. Der Arbeitgeber hat das Verbot von sich aus zu beachten, sofern ihm die Schwangerschaft bekannt ist (vgl. § 5 Abs. 1). Die Arbeitnehmerin hat auf Verlangen des Arbeitgebers das Zeugnis eines Arztes oder einer Hebamme über das Bestehen einer Schwangerschaft und den mutmaßlichen Tag der Entbindung vorzulegen. Für das Festlegen des Beginns der Schutzfrist ist in der Regel von dem Zeugnis auszugehen, das die Arbeitnehmerin gemäß § 200 Abs. 3 Satz 3 RVO ihrer Krankenkasse vorzulegen hat. Ist die Arbeitnehmerin nicht in der gesetzlichen Krankenversicherung pflichtversichert, kann der Arbeitgeber ein entsprechend zeitnahes Zeugnis verlangen. Hat sich der Arzt oder die Hebamme über den Tag der Entbindung geirrt, verkürzt oder verlängert sich diese Frist entsprechend (vgl. Nr. 5.2). Die Kosten des Zeugnisses hat nach § 5 Abs. 3 der Arbeitgeber zu tragen, sofern nicht die Krankenkasse die Kosten trägt.

- 3.3 Das Beschäftigungsverbot des Absatzes 2 ist durch eine ausdrückliche Erklärung der Arbeitnehmerin, weiterarbeiten zu wollen, abdingbar. Die Erklärung sollte schriftlich abgegeben werden; bei einer minderjährigen Arbeitnehmerin bedarf sie der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters. Die Erklärung ist zu den Personalakten zu nehmen. Die Arbeitnehmerin sollte darauf hingewiesen werden, daß ihr Anspruch auf Zahlung des Mutterschaftsgeldes gem. § 200 Abs. 4 RVO in dem Umfang ruht, wie sie aufgrund ihrer freiwilligen Weiterarbeit Arbeitsentgelt erhält. Die Bereitschaft zur Weiterarbeit kann ohne Angabe von Gründen jederzeit von der Arbeitnehmerin widerrufen werden.

- 3.4 Während der Schutzfrist nach Absatz 2 hat die Arbeitnehmerin Anspruch auf Mutterschaftsgeld gegen die Krankenkasse bzw. gegen das Bundesversicherungsamt (§ 13) und ggf. Anspruch auf Zuschuß zum Mutterschaftsgeld gegen den Arbeitgeber (§ 14).

Hatte die Arbeitnehmerin vor Beginn der Schutzfrist Anspruch auf Zahlung des Durchschnittsverdienstes nach § 11, so endet dieser Anspruch mit dem Tage, der dem Tag des Beginns der Schutzfrist vorangeht.

Während der Schutzfrist finden die Konkurrenzvorschriften des Ortszuschlags bzw. des Sozialzuschlags weiterhin Anwendung (vgl. z. B. für Angestellte § 29 Abschn. B Abs. 5 Satz 1 zweiter Halbsatz und Abs. 6 Satz 1 zweiter Halbsatz BAT, für Arbeiterinnen i. V. m. § 41 MTL II).

- 3.5 Die Arbeitnehmerin, die aufgrund einer entsprechenden Erklärung (vgl. Nr. 3.3) während der Schutzfrist arbeitet, hat Anspruch auf das dafür arbeitsvertraglich zustehende Arbeitsentgelt. Das gilt auch, wenn dieses geringer ist als das Mutterschaftsgeld (§ 13) und der ggf. zu zahlende Zuschuß zum Mutterschaftsgeld (§ 14).
- 3.6 Der Teilnahme der in der Ausbildung für einen Angestellten- oder Arbeiterberuf befindlichen

Auszubildenden am Unterricht z. B. einer Verwaltungs- oder Berufsschule stehen die Beschäftigungsverbote nicht entgegen.

- 3.7 Die Beschäftigungsverbote nach den Absätzen 1 und 2 lassen als abschließende gesetzliche Regelung (vgl. § 72 Abs. 3 und 4 LPVG NW, § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG) ein Mitbestimmungsrecht des Personalrats bzw. Betriebsrats nicht zu; insoweit besteht auch kein Raum für Konkretisierungen oder Ergänzungen durch Dienst- oder Betriebsvereinbarungen (vgl. Beschluß des BVerwG vom 19. Mai 1992 - BVerwG 6 P 5.90 -).
- 4 Zu § 4 (Weitere Beschäftigungsverbote)
- 4.1 Die generellen Beschäftigungsverbote stellen im Gegensatz zu dem Beschäftigungsverbot nach § 3 Abs. 1 nicht auf den Gesundheitszustand der Arbeitnehmerin ab. Der Arbeitgeber hat daher von sich aus zu prüfen, ob eine werdende oder - in den Fällen des § 6 Abs. 3 - stillende Mutter Arbeiten der in § 4 genannten Art ausübt, ohne daß sich die Arbeitnehmerin darauf beruft. Voraussetzung hierfür ist allerdings, daß dem Arbeitgeber die Schwangerschaft bekannt ist; vgl. auch Nummer 3.2.
- Die Arbeitnehmerin darf auch dann nicht mit verbotenen Arbeiten beschäftigt werden, wenn sie auf die Einhaltung der Beschäftigungsverbote durch den Arbeitgeber ausdrücklich verzichtet. Darf die Arbeitnehmerin ihre bisherige Arbeit nicht weiter verrichten, kann sie mit anderen zumutbaren Arbeiten beschäftigt werden. Auf den im Arbeitsvertrag bestimmten Tätigkeitsbereich kommt es dabei nicht an. Lehnt die Arbeitnehmerin eine zumutbare Umsetzung ab, hat sie weder Anspruch auf Arbeitsentgelt noch einen Anspruch auf den Durchschnittsverdienst nach § 11.
- 4.2 Unter das generelle Verbot der Akkordarbeit und sonstiger Arbeiten, bei denen durch ein gesteigertes Arbeitstempo ein höheres Entgelt erzielt werden kann (Absatz 3), fallen auch Angestellte in organisatorisch zusammengefaßten Schreibdiensten, auf die Prämien-Richtlinien Anwendung finden.
- 4.2.1 Einzelfallentscheidungen gem. § 4 Abs. 5 der zuständigen Staatlichen Ämter für Arbeitsschutz sind zu berücksichtigen.
- 4.3 Bei Beschäftigungsverboten ist mindestens der Durchschnittsverdienst nach § 11 zu zahlen (vgl. Nr. 16).
- Darf die Arbeitnehmerin wegen der Beschäftigungsverbote nicht mehr zu solchen Diensten herangezogen werden, für die bisher Freizeitausgleich gewährt wurde (z. B. Überstunden, Bereitschaftsdienst), besteht kein Anspruch auf Beibehaltung des Freizeitausgleichs, wenn die den Freizeitausgleich bisher begründenden Dienste nicht mehr geleistet werden (vgl. Urteil des LAG Baden-Württemberg vom 12. Mai 1993 - 3 Sa 49/93 - ZTR 1993, 508).
- 4.4 Ein Mitbestimmungsrecht des Personalrats bzw. Betriebsrats durch Abschluß von Dienst- oder Betriebsvereinbarungen zur Konkretisierung oder Ergänzung der Beschäftigungsverbote besteht nicht (vgl. auch Nr. 3.7 sowie für den Bereich des BetrVG den Beschluß des BAG vom 6. Dezember 1983 - 1 ABR 43/81 - AP Nr. 7 zu § 87 BetrVG Überwachung).
- 5 Zu § 5 (Mitteilungspflicht, ärztliches Zeugnis)
- 5.1 Die Arbeitnehmerin kann eine bestehende Schwangerschaft mündlich oder schriftlich formlos mitteilen. Absatz 1 Satz 1 ist eine Sollvorschrift, das heißt, die Arbeitnehmerin ist zwar nicht verpflichtet, dem Arbeitgeber unaufgefordert ihren Zustand zu offenbaren, der Arbeitgeber kann jedoch die ihm nach dem MuSchG obliegenden

Pflichten nur erfüllen, wenn er Kenntnis von der Schwangerschaft bzw. Kenntnis vom Beginn der Schwangerschaft und von dem mutmaßlichen Tag der Entbindung hat. Die Schwangerschaft ist nur dann dem Arbeitgeber mitgeteilt, wenn eine zur Entgegennahme dieser Mitteilung dienstlich befugte Person Kenntnis davon erlangt hat.

Nach dem Urteil des BAG vom 15. Oktober 1992 - 2 AZR 227/92 - (AP Nr. 8 zu § 611a BGB) darf der Arbeitgeber anlässlich der Einstellung einer Arbeitnehmerin grundsätzlich nicht mehr nach dem Bestehen einer Schwangerschaft fragen. Das BAG hat damit seine frühere Rechtsprechung (vgl. Urteile vom 6. Oktober 1962 - 2 AZR 360/61 - AP Nr. 24 zu § 9 MuSchG - und vom 20. Februar 1986 - 2 AZR 244/85 - AP Nr. 31 zu § 123 BGB -) ausdrücklich aufgegeben, wonach es ein Fragerecht dann noch bejaht hat, wenn sich ausschließlich Frauen um den Arbeitsplatz beworben haben. Es geht nunmehr davon aus, daß sich die Frage nach dem Bestehen einer Schwangerschaft vor der Einstellung unabhängig davon, ob sich Frauen und Männer oder nur Frauen um den Arbeitsplatz bewerben, in der Regel als eine unzulässige Benachteiligung wegen des Geschlechts darstellt und damit gegen das Diskriminierungsverbot des § 611a BGB verstößt. Das Gericht hat einschränkend ausgeführt, es neige dazu, die Frage nach dem Bestehen einer Schwangerschaft in den Fällen als zulässig anzusehen, in denen z. B. die angestrebte Tätigkeit überhaupt nicht aufgenommen werden kann oder darf oder in denen die Tätigkeit in einem befristeten Arbeitsverhältnis von vornherein wegen sogleich eintretender Mutterschutzfristen oder sogleich eintretenden Erziehungsurlaubes nicht möglich ist. Einen Ausnahmefall im Sinne der ersten Alternative (Verbot der Aufnahme der Beschäftigung) hat das BAG im Urteil vom 1. Juli 1993 - 2 AZR 25/93 - (AP Nr. 36 zu § 123 BGB) im Fall der Einstellung einer schwangeren Bewerberin in einer Praxis für Laboratoriumsmedizin im Hinblick auf die mögliche Gefährdung des ungeborenen Kindes beim Umgang der Angestellten mit infektiösem Material angenommen. In den beispielhaft genannten Ausnahmefällen liegt in der wahrheitswidrigen Beantwortung der Frage nach dem Bestehen einer Schwangerschaft eine arglistige Täuschung nach § 123 BGB, die zur Anfechtung des Arbeitsvertrages berechtigt (vgl. auch BAG, Urteil vom 8. September 1988 - 2 AZR 102/88 - AP Nr. 1 zu § 8 MuSchG 1968 -). Ist der Arbeitsvertrag hingegen in beiderseitiger Unkenntnis der Schwangerschaft abgeschlossen worden, kann er vom Arbeitgeber auch dann nicht angefochten werden, wenn sich die geschuldete Arbeitsleistung auf eine nachts zu verrichtende Tätigkeit bezieht, die von der schwangeren Arbeitnehmerin wegen des Nachtarbeitsverbots nicht ausgeübt werden darf (Urteil des EuGH vom 5. Mai 1994 - C 421/92 - ZTR 1994, 341).

- 5.2 Der Arbeitgeber kann jederzeit die Vorlage eines ärztlichen Zeugnisses oder des Zeugnisses einer Hebamme über die bestehende Schwangerschaft und über den mutmaßlichen Tag der Entbindung verlangen. Die Angaben in dem Zeugnis sind für den Arbeitgeber verbindlich, ohne Rücksicht darauf, ob sich der Arzt oder die Hebamme geirrt hat. Hat sich der Arzt oder die Hebamme über den Zeitpunkt der Entbindung geirrt, verkürzt oder verlängert sich die Schutzfrist des § 3 Abs. 2 entsprechend.

Die Kosten des Zeugnisses hat der Arbeitgeber zu ersetzen, wenn es auf sein Verlangen ausgestellt worden ist. Die Kostenerstattungspflicht entfällt, wenn die Krankenkasse die Kosten trägt (vgl. hierzu § 196 RVO).

- 5.3 Der Arbeitgeber hat die zuständige Aufsichtsbehörde (nach der Verordnung zur Regelung von Zuständigkeiten auf dem Gebiet des Arbeits- und Technischen Gefahrenschutzes vom 14. 6. 1994 [GV. NW. S. 360] sind die staatlichen Ämter für Arbeits-

- schutz zuständige Aufsichtsbehörden nach dem Mutterschutzgesetz; vgl. Nr. 21) unverzüglich von der Mitteilung der werdenden Mutter zu benachrichtigen. Es ist zweckmäßig, in der Mitteilung auch Angaben über die Art der Beschäftigung der Arbeitnehmerin zu machen, damit die zuständige Aufsichtsbehörde das Vorliegen von Beschäftigungsverboten prüfen kann.
- 5.4 Der Arbeitgeber darf die ihm zugegangene Mitteilung über die Schwangerschaft Dritten nicht unbefugt bekanntgeben (Absatz 1 Satz 4). Eine befugte Unterrichtung liegt jedoch vor, wenn der Arbeitgeber die Vorschriften des MuSchG ohne Bekanntgabe der Mitteilung nicht erfüllen könnte (z.B. Unterrichtung der unmittelbaren Vorgesetzten zwecks Einhaltung von Beschäftigungsverboten, der zuständigen Personen in der Personalstelle und der Lohnfeststellungsstelle, des Personalarztes).
- Der Personalrat bzw. Betriebsrat kann vom Arbeitgeber nicht verlangen, über die Schwangerschaft einer Arbeitnehmerin unterrichtet zu werden, wenn diese hierzu nicht ihre Einwilligung erteilt hat (vgl. Beschluß des BVerwG vom 29. August 1990 - BVerwG 6 P 30.87 - AP Nr. 2 zu § 68 BPersVG).
- 5.5 Wegen der Erstattung des Entgeltausfalls, der der Arbeitnehmerin durch die Durchführung der Untersuchungen entsteht, vgl. § 16 und die Hinweise hierzu unter Nummer 19.
- 6 Zu § 6 (Beschäftigungsverbote nach der Entbindung)
- 6.1 Während der Schutzfrist nach Absatz 1 darf die Arbeitnehmerin nicht - auch nicht mit ihrem Einverständnis - beschäftigt werden. Das gilt auch für Arbeitsbereitschaft, Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft.
- Während der Schutzfrist finden die Konkurrenzvorschriften des Ortszuschlags bzw. des Sozialzuschlags weiterhin Anwendung (vgl. z.B. für Angestellte § 29 Abschn. B Abs. 5 Satz 1 zweiter Halbsatz und Abs. 6 Satz 1 zweiter Halbsatz BAT, für Arbeiterinnen i. V. m. § 41 MTL II).
- 6.2 Maßgebend für den Beginn der Schutzfrist nach Absatz 1 ist die Entbindung, deren Zeitpunkt durch die standesamtliche Geburtsurkunde nachzuweisen ist. Für die Berechnung der Frist gelten § 187 Abs. 1 und § 188 Abs. 2 BGB.
- 6.3 Während der Schutzfrist nach Absatz 1 hat die Arbeitnehmerin Anspruch auf Mutterschaftsgeld gegen die Krankenkasse bzw. gegen das Bundesversicherungsamt (§ 13) und ggf. Anspruch auf Zuschuß zum Mutterschaftsgeld gegen den Arbeitgeber (§ 14).
- 6.4 Eine Fehlgeburt löst kein Beschäftigungsverbot nach Absatz 1 aus, so daß auch kein Anspruch auf Leistungen nach den §§ 13, 14 entsteht. Die mit der Fehlgeburt ggf. verbundenen Beschwerden sind als Krankheit anzusehen und führen, sofern Arbeitsunfähigkeit besteht, zur Freistellung von der Arbeit und Entgeltfortzahlung nach den für den Krankheitsfall geltenden gesetzlichen und tariflichen Bestimmungen.
- 6.5 Das individuelle Beschäftigungsverbot nach Absatz 2 ist von der Vorlage eines entsprechenden ärztlichen Zeugnisses abhängig. Aus dem Zeugnis muß hervorgehen, inwieweit die Arbeitnehmerin beschäftigt werden darf. Das Beschäftigungsverbot nach Absatz 2 ist nur „in den ersten Monaten nach der Entbindung“ gegeben. Im allgemeinen wird - in Anlehnung an das Kündigungsverbot in § 9 Abs. 1 - von einem Zeitraum von vier Monaten nach der Entbindung ausgegangen werden können.
- Für die Dauer des individuellen Beschäftigungsverbotes ist die Arbeitnehmerin vor Verdienstminderungen durch die Vorschrift des § 11 geschützt.
- Sie hat hiernach Anspruch auf den Durchschnittsverdienst, ohne Rücksicht darauf, welche Arbeit sie leistet und welche Arbeitszeit eingehalten wird.
- 6.6 Die generellen Beschäftigungsverbote für werdende Mütter in § 4 gelten nach Absatz 3 auch für stillende Mütter. Nicht anwendbar auf stillende Mütter sind die Verbote der Beschäftigung im Stehen und auf Beförderungsmitteln (§ 4 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 7).
- 6.7 Stillende Mütter im Sinne des MuSchG sind nur Frauen, die nach Ablauf der Schutzfrist des Absatzes 1 ihr Kind noch stillen. Die Vorlage einer Stillbescheinigung eines Arztes, einer Hebamme, einer Mütterberatungs- oder Säuglingsfürsorgestelle ist nicht vorgeschrieben. Auf Verlangen des Arbeitgebers muß die Arbeitnehmerin jedoch eine entsprechende Bescheinigung vorlegen. Die Kosten dieser Bescheinigung trägt der Arbeitgeber.
- 6.8 Ein Mitbestimmungsrecht des Personalrats bzw. Betriebsrats durch Abschluß von Dienst- oder Betriebsvereinbarungen zur Konkretisierung oder Ergänzung der Beschäftigungsverbote besteht nicht (vgl. Nrn. 3.7 und 4.4).
- 7 Zu § 7 (Stillzeit)
- 7.1 Die stillende Mutter ist auf ihr Verlangen für die ihr nach Absatz 1 zustehenden Stillzeiten von der Arbeitspflicht zu befreien. Eine Freistellung zum Zwecke des Stillens setzt grundsätzlich voraus, daß die Arbeitnehmerin auch eine Arbeitsleistung zu erbringen hat (so BAG im Urteil vom 3. Juli 1985 - 5 AZR 79/84 - AP Nr. 1 zu § 7 MuSchG 1968). Außerhalb der vorgesehenen Arbeitszeit liegende Stillzeiten begründen somit keinen Anspruch auf entsprechende Verminderungen der dienstplanmäßigen bzw. betriebsüblichen täglichen Arbeitszeit (so auch BVerwG im Urteil vom 30. Juni 1988 - 2 C 60.88 - [DÖD 1988, 292] bei einer beamteten Lehrerin, die für außerhalb der vorgesehenen Unterrichtsstunden liegende Stillzeiten eine Verminderung ihrer Unterrichtsverpflichtung begehrte).
- 7.2 Ein Verdienstausschlag darf durch die Gewährung der Stillzeiten nicht eintreten (Abs. 2 Satz 1). Der Arbeitgeber hat deshalb die gewährten Stillzeiten wie Arbeitszeiten mit dem Verdienst zu bezahlen, der sonst verdient worden wäre (Lohnausfallprinzip). Ist die Arbeitnehmerin wegen des Stillens von Akkordlohnarbeit in Zeitlohnarbeit umgesetzt worden, ist für die maßgebenden Zeiten der durchschnittliche Akkordlohn (Leistungslohn) zu zahlen, wenn dieser höher ist als der Zeitlohn.
- 7.3 Der Entgeltfortzahlungsanspruch für Stillzeiten ist unabdingbar.
- 7.4 Es ist nicht ausdrücklich festgelegt, für welchen Zeitraum nach der Niederkunft Anspruch auf bezahlte Freistellung zum Stillen besteht. Das LAG Niedersachsen ist unter Berücksichtigung des Schrifttums zu § 7 MuSchG im Beschluß vom 2. Mai 1983 - 13 Sa 4/83 - sowie im Urteil vom 29. Oktober 1987 - 10 Sa 379/87 - (NZA 1988, 312) zu der Auffassung gekommen, daß nach dem Willen des Gesetzgebers ein Anspruch auf unbestimmte Zeit nicht bestehe, sondern in Fällen anormaler langer Fortsetzung des Stillens die Möglichkeit des Rechtsmißbrauchs gegeben sein kann. Das LAG geht davon aus, daß der Schutz sich auf das erste Lebensjahr des Kindes beschränke, da keine mutterschutzgesetzliche Norm (z.B. § 6 Abs. 1 und 2, § 8a - gestrichen durch das BErzGG vom 6. Dezember 1985 -, § 9, § 9a - gestrichen durch das BErzGG vom 6. Dezember 1985 -, § 13 MuSchG) eine arbeitsrechtliche Vergünstigung für einen längeren Zeitraum gewähre. Dies müsse auch für den Anspruch auf bezahlte Stillzeit nach § 7 gelten. Das Arbeitsgericht Darmstadt hat sich mit Urteil vom 24. August 1983 - 5 Ca 7/83 - (ARST 1984, 10) dieser Auffassung angeschlossen. Es hat ausgeführt, daß eine Verpflichtung des Arbeitgebers zur

Freistellung der stillenden Mütter spätestens dann nicht mehr gegeben ist, wenn das Kind das erste Lebensjahr vollendet hat.

Unabhängig davon bin ich damit einverstanden, daß über den Rahmen von einem Jahr hinaus Arbeitsbefreiung für Stillzeiten gewährt wird, sofern eine ärztliche Bescheinigung die Empfehlung ausspricht, weiterhin während der für die Arbeitnehmerin geltenden Dienstzeit zu stillen. Diese Bescheinigung wird für einen ausreichend langen Zeitraum (mindestens ein Viertel Jahr) akzeptiert.

- 8 Zu § 8 (Mehrarbeit, Nacht- und Sonntagsarbeit)
- 8.1 Die Beschäftigungsverbote des § 8 gelten für werdende Mütter vom Beginn der Schwangerschaft an (vgl. hierzu Nr. 3.1) und für stillende Mütter (vgl. hierzu Nr. 6.7).
- 8.2 Die nach Absatz 2 zulässige Höchstarbeitszeit darf weder an einzelnen Tagen noch in der Doppelwoche überschritten werden.
- Arbeitszeit im Sinne des Gesetzes ist die Zeit, in der die Arbeitnehmerin tatsächlich arbeitet oder dem Arbeitgeber auf dessen Weisung zur Arbeitsleistung zur Verfügung steht; dazu gehören Zeiten der Arbeitsbereitschaft und des Bereitschaftsdienstes, Stillzeiten während der Dauer der Arbeitszeit und Kurzpausen aufgrund der Vorschriften des MuSchG. Nicht zur Arbeitszeit gehören die gesetzlichen Ruhepausen (§ 2 Abs. 1 Satz 1 ArbZG).
- 8.3 Zur Vermeidung von Mehrarbeit im Sinne des Absatzes 2 ist die Arbeitszeit der werdenden oder der stillenden Mutter ggf. durch Verlängerung der Pausen auf die hiernach zulässige Zeit zu verkürzen.
- 8.4 Von dem Verbot der Sonn- und Feiertagsarbeit kann für werdende oder für stillende Mütter in Krankenpflegeanstalten, Pflege-, Kinder-, Alters-, Lehrlings- und Erholungsheimen im Rahmen des Absatzes 4 abgewichen werden, wenn ihnen in jeder Woche einmal eine ununterbrochene Ruhezeit von mindestens 24 Stunden im Anschluß an eine Nachtruhe gewährt wird. Woche in diesem Sinne ist der in § 15 Abs. 8 Unterabs. 1 BAT bzw. MTL II festgelegte Zeitraum.
- 8.5 Darf der Arbeitgeber die Arbeitnehmerin wegen des Verbots der Mehrarbeit, der Nacharbeit und der Sonn- und Feiertagsarbeit auf ihrem bisherigen Arbeitsplatz nicht mehr beschäftigen, kann er sie auf einen anderen zumutbaren Arbeitsplatz umsetzen.
- 8.6 Erleidet eine Arbeitnehmerin infolge eines Beschäftigungsverbots des § 8 einen Verdienstausfall, erhält sie den Durchschnittsverdienst nach § 11 (vgl. Nr. 16). Die Verpflichtung zur Zahlung des Durchschnittsverdienstes entfällt jedoch, wenn die Arbeitnehmerin eine andere zumutbare Arbeit ohne Berechtigung ablehnt.
- 9 bis 12 weggefallen.
- Hinweis:**
Die Hinweise betrafen die §§ 8a bis 8d über den Mutterschaftsurlaub, der mit der Einführung des Erziehungsurlaubs durch das Bundeserziehungsgeldgesetz (BERzGG) vom 6. Dezember 1985 (BGBl. I S. 2154) weggefallen ist.
- 13 Zu § 9 (Kündigungsverbot)
- 13.1 Vom Beginn der Schwangerschaft an bis zum Ablauf von vier Monaten nach der Entbindung ist die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber unzulässig. Das bedeutet, daß der Arbeitgeber während dieser Zeit auch nicht zu einem danach liegenden Zeitpunkt kündigen darf.
- Voraussetzung für das Wirksamwerden des Kündigungsverbot ist, daß dem Arbeitgeber im Zeit-

punkt der Kündigung die Schwangerschaft oder die Entbindung bekannt war oder ihm innerhalb zweier Wochen nach Zugang der Kündigung mitgeteilt wird. Die Frist von zwei Wochen ist eine Ausschlussfrist. Geht die Mitteilung dem Arbeitgeber nicht innerhalb dieser Frist zu oder unterläßt die Arbeitnehmerin die Mitteilung, wird das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung aufgelöst. Das Überschreiten dieser Frist ist jedoch unschädlich, wenn es auf einem von der Arbeitnehmerin nicht zu vertretenden Grund beruht und die Mitteilung unverzüglich nachgeholt wird.

Die Arbeitnehmerin ist darlegungs- und beweispflichtig dafür, daß sie die Frist ohne Verschulden versäumt hat (vgl. Urteil des BAG vom 13. Januar 1982 - 7 AZR 764/79 - AP Nr. 9 zu § 9 MuSchG 1968). Zum Kündigungsverbot des Arbeitgebers während des Erziehungsurlaubs wird auf § 18 BERzGG und auf die Hinweise hierzu in Abschnitt II Nr. 8 des RdErl. v. 6. 3. 1995 (SMBI. NW. 20310) hingewiesen.

- 13.2 Absatz 1 enthält ein absolutes Kündigungsverbot für den Arbeitgeber. Verboten ist nicht nur die ordentliche Kündigung, sondern auch die fristlose Kündigung und die Änderungskündigung. Das Kündigungsverbot ist zwingend. Ausnahmen hiervon sind nur in den Fällen des Absatzes 3 zulässig.
- Die Arbeitnehmerin kann auf den Kündigungsschutz nicht verzichten. Der Kündigungsschutz kann auch nicht vertraglich ausgeschlossen oder beschränkt werden.
- 13.3 Eine verbotswidrig erklärte Kündigung ist nichtig (§ 134 BGB). Das Arbeitsverhältnis und damit der Entgeltanspruch der Arbeitnehmerin bestehen fort.
- 13.4 Ist ein Arbeitsverhältnis rechtswirksam befristet (z. B. nach SR 2 y BAT), verlängert es sich nicht durch eine während des Arbeitsverhältnisses eingetretene Schwangerschaft oder Niederkunft, da § 9 nur vor Kündigungen durch den Arbeitgeber und nicht auch vor Beendigungen des Arbeitsverhältnisses aus anderen Gründen schützt (vgl. Urteil des BAG vom 23. Oktober 1991 - 7 AZR 56/91 - AP Nr. 50 zu § 611 BGB Bühnen-Engagementsvertrag). § 57c Abs. 6 des Hochschulrahmengesetzes (HRG) und § 1 des Gesetzes über befristete Arbeitsverträge mit wissenschaftlichem Personal an Forschungseinrichtungen (BGBl. 1985 I S. 1065, 1067) sowie § 1 Abs. 4 des Gesetzes über befristete Arbeitsverträge mit Ärzten in der Weiterbildung (BGBl. 1986 I S. 742) sind jedoch ggf. zu beachten.
- 13.5 Kündigt eine schwangere Frau ihr Arbeitsverhältnis, muß der Arbeitgeber nach Absatz 2 die zuständige Aufsichtsbehörde (§ 20) unverzüglich von der Kündigung unterrichten. Dies gilt ebenso, wenn das Arbeitsverhältnis durch Auflösungsvertrag beendet wird. Eine Verletzung der vorgenannten Mitteilungspflicht führt bei einer Eigenkündigung der schwangeren Arbeitnehmerin nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung und nicht zur Beschäftigungspflicht über den durch die Kündigung bestimmten Zeitraum hinaus (vgl. Urteile des BAG vom 19. August 1982 - 2 AZR 116/81 - AP Nr. 10 zu § 9 MuSchG 1968 - und vom 6. Februar 1992 - 2 AZR 408/91 - AP Nr. 13 zu § 119 BGB -).
- Die Unkenntnis der Arbeitnehmerin von einer im Zeitpunkt des Ausspruchs einer Eigenkündigung bestehenden Schwangerschaft rechtfertigt in der Regel keine Irrtumsanfechtung (vgl. Urteil des BAG vom 6. Februar 1992 - 2 AZR 408/91 - AP Nr. 13 zu § 119 BGB -).
- 14 weggefallen

Hinweis:

Die Hinweise betrafen das Kündigungsverbot während des Mutterschaftsurlaubs nach § 9a, der mit der Einführung des Erziehungsurlaubs durch

das Bundeserziehungsgeldgesetz (BERzGG) vom 6. Dezember 1985 (BGBl. I S. 2154) gestrichen worden ist.

15 Zu § 10 (Erhaltung von Rechten)

15.1 Während der Schwangerschaft und während der Schutzfrist nach der Entbindung kann die Arbeitnehmerin ihr Arbeitsverhältnis ohne Einhaltung der sonst geltenden Kündigungsfrist zum Ende der Schutzfrist nach der Entbindung kündigen. Wegen der Kündigung des Arbeitsverhältnisses zum Ende des Erziehungsurlaubs durch den Arbeitnehmer wird auf § 19 BERzGG und die Hinweise hierzu in Abschnitt II Nr. 9 des RdErl. v. 6. 3. 1995 - SMBl. NW. 20310 - verwiesen.

15.2 Absatz 1 schließt nicht aus, daß die Arbeitnehmerin auch zu einem anderen Zeitpunkt während der Schwangerschaft oder der Schutzfrist ihr Arbeitsverhältnis auf eigenen Wunsch (durch fristgerechte Kündigung oder durch Auflösungsvertrag) beendet. In diesem Falle gilt Absatz 2 nicht.

15.3 Das Sonderkündigungsrecht des § 10 ist durch arbeitsvertragliche Vereinbarung nicht abdingbar.

15.4 Nach § 51 Abs. 1 BAT bzw. § 54 Abs. 1 MTL II ist der zustehende Urlaub, der wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr als Freizeit gewährt werden kann, unter bestimmten Voraussetzungen abzugelten. Im Sinne der genannten tariflichen Abgeltungsvorschriften kann Urlaub auch dann nicht gewährt werden, wenn es der Arbeitnehmerin nach den Gesamtumständen nicht zuzumuten ist, den Urlaub anzutreten (z. B. während der Schutzfristen). Deshalb sind auch in den Fällen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach Absatz 1 noch bestehende Urlaubsansprüche nach § 51 Abs. 1 BAT bzw. § 54 Abs. 1 MTL II abzugelten.

15.5 Wird ein nach Absatz 1 beendetes Arbeitsverhältnis innerhalb eines Jahres nach der Entbindung wieder begründet und wird die Arbeitnehmerin in ihrem bisherigen „Betrieb“ wieder eingestellt, gilt das Arbeitsverhältnis als nicht unterbrochen, soweit Rechte von der Dauer der Betriebs- oder Berufszugehörigkeit oder von der Dauer der Beschäftigungs- oder Dienstzeit abhängen (Absatz 2 Satz 1). Unter „Betrieb“ im Sinne des Absatzes 2 Satz 1 ist nicht z. B. das Land als Arbeitgeber, sondern die Dienststelle im Sinne des Personalvertretungsgesetzes zu verstehen.

Satz 1 gilt nicht, wenn die ausgeschiedene Arbeitnehmerin in der Zwischenzeit bei einem anderen Arbeitgeber beschäftigt war (Absatz 2 Satz 2); dabei kommt es nicht auf die Dauer des Arbeitsverhältnisses und nicht auf den zeitlichen Umfang der Beschäftigung bei dem anderen Arbeitgeber an. Eine zwischenzeitliche Beschäftigung bei einer anderen Dienststelle desselben Arbeitgebers ist unschädlich, ebenso eine selbständige Tätigkeit oder ein Heimarbeitsverhältnis.

15.6 Aus der Vorschrift des Absatzes 2 ergibt sich im Falle der Wiedereinstellung bei der bisherigen Dienststelle innerhalb eines Jahres nach der Entbindung für die Behandlung der Unterbrechungszeit folgendes:

15.6.1 Beschäftigungs- und Dienstzeit

Die Unterbrechungszeit gilt als Beschäftigungszeit im Sinne des § 19 BAT bzw. § 6 MTL II und damit auch als Dienstzeit im Sinne des § 20 BAT.

15.6.2 Bewährungszeit (§ 23a BAT); Bewährungszeit/Tätigkeitszeit (Nr. 5 Abschn. B der Vorbemerkungen zu allen Lohngruppen des Lohngruppenverzeichnisses zum MTL II)

Die vor der Unterbrechung zurückgelegten Bewährungszeiten bzw. Tätigkeitszeiten bleiben erhalten. Die Zeit der Unterbrechung, mit Ausnahme der

Zeit der Schutzfristen nach § 3 Abs. 2 und § 6 Abs. 1, wird auf die Bewährungszeit bzw. Tätigkeitszeit jedoch nicht angerechnet, weil während der Unterbrechungszeit keine Tätigkeit ausgeübt worden ist.

15.6.3 Bewährungszeit/Tätigkeitszeit nach den Anlagen Ia und Ib zum BAT

Die Zeit der Unterbrechung ist auf die in den Tätigkeitsmerkmalen der Anlagen Ia und Ib zum BAT vorgesehenen Zeiten der Bewährung oder Tätigkeit nicht anzurechnen.

Soweit ununterbrochene Bewährungs- bzw. Tätigkeitszeiten gefordert werden, ist die Tatsache der Unterbrechung jedoch unschädlich.

15.6.4 Grundvergütung/Monatstabellenlohn

Das Arbeitsverhältnis gilt für die Festsetzung der Grundvergütung nach § 27 BAT bzw. des Monatstabellenlohnes nach § 24 MTL II als nicht unterbrochen. Wird die Angestellte bzw. Arbeiterin in dieselbe Vergütungsgruppe bzw. Lohngruppe eingruppiert, erhält sie die Grundvergütung bzw. den Monatstabellenlohn, die bzw. den sie erhalten hätte, wenn das Arbeitsverhältnis nicht unterbrochen gewesen wäre. Wird die Angestellte bzw. Arbeiterin bei ihrer Wiedereinstellung in eine höhere bzw. in eine niedrigere Vergütungsgruppe bzw. Lohngruppe eingruppiert, erhält sie die Grundvergütung bzw. den Monatstabellenlohn, die bzw. den sie erhalten hätte, wenn das Arbeitsverhältnis nicht unterbrochen gewesen wäre und sie zum Zeitpunkt ihrer Wiedereinstellung in die höhere bzw. in die niedrigere Vergütungsgruppe bzw. Lohngruppe höher- bzw. herabgruppiert worden wäre.

15.6.5 Erholungsurlaub

Für die Zeit der Unterbrechung entsteht kein Anspruch auf Erholungsurlaub, da die Länge des Urlaubs nach § 48 Abs. 1 und 4 in Verbindung mit Abs. 5 BAT bzw. § 48 Abs. 7 und 8 in Verbindung mit Abs. 11 MTL II nicht von der Dauer der Betriebszugehörigkeit oder der Beschäftigungs- bzw. Dienstzeit abhängt. Die Wartezeit nach § 47 Abs. 3 BAT bzw. § 51 MTL II braucht jedoch nicht erneut erfüllt zu werden.

15.6.6 Übergangsgeld

Für die Feststellung des Anspruchs auf Übergangsgeld gilt die Unterbrechung nicht als Unterbrechung im Sinne des § 62 Abs. 1 Buchstabe b BAT bzw. des § 65 Abs. 1 Buchstabe b MTL II.

Hinsichtlich der Bemessung des Übergangsgeldes ist folgendes zu beachten:

Bei den Angestellten ist Bezugsgröße für die Bemessung des Übergangsgeldes das Beschäftigungsverhältnis. Nach § 63 Abs. 3 Satz 1 BAT gelten als Beschäftigungsverhältnis alle bei den in § 63 Abs. 2 BAT genannten Arbeitgebern in einem Beamten-, Arbeits- oder Soldatenverhältnis zurückgelegten Zeiten ausschließlich derjenigen, für die wegen Beurlaubung keine Bezüge gezahlt wurden. Da die Zeit der Unterbrechung der Zeit einer Beurlaubung ohne Bezüge gleichzusetzen ist, zählt die Unterbrechungszeit nicht als Beschäftigungsverhältnis nach § 63 Abs. 2 BAT und kann daher bei der Bemessung des Übergangsgeldes nicht berücksichtigt werden.

Bei Arbeiterinnen ist die Zeit der Unterbrechung bei der Bemessung des Übergangsgeldes nach § 66 Abs. 1 MTL II dagegen zu berücksichtigen, weil Bezugsgröße für die Bemessung des Übergangsgeldes die Beschäftigungszeit nach § 6 MTL II ist, d. h. die bei demselben Arbeitgeber in einem Arbeitsverhältnis zurückgelegte Zeit. Dieses gilt durch die Zeit der Nichtbeschäftigung als nicht unterbrochen.

§ 63 Abs. 4 BAT bzw. § 66 Abs. 4 MTL II ist zu beachten.

15.6.7 Zuwendung

Die Unterbrechungszeit ist bei der Feststellung des Anspruchs auf eine Zuwendung nach § 1 der Zuwendungstarifverträge zu berücksichtigen, sofern das Arbeitsverhältnis am 1. Dezember wieder besteht. Sie ist ebenfalls zu berücksichtigen bei den Ausnahmen von der Pflicht zur Rückzahlung der Zuwendung nach § 1 Abs. 5 der Zuwendungstarifverträge.

Die Unterbrechungszeit ist bei der Bemessung der Zuwendung nach § 2 Abs. 2 der Zuwendungstarifverträge nicht zu berücksichtigen, da der Arbeitgeber während dieser Zeit keine Bezüge gezahlt hat.

15.6.8 Urlaubsgeld

Die Zeit der Unterbrechung ist bei der Feststellung, ob die Anspruchsvoraussetzungen des § 1 Abs. 1 der Urlaubsgeldtarifverträge erfüllt sind, zu berücksichtigen, sofern das Arbeitsverhältnis am 1. Juli wieder besteht.

- 15.7 Absatz 2 gewährt keinen Rechtsanspruch auf Wiedereinstellung oder auf Freihalten des Arbeitsplatzes. Die Arbeitnehmerin sollte hierauf vorsorglich hingewiesen werden. Einem Antrag auf Wiedereinstellung sollte nach Möglichkeit im Rahmen freier Stellen und unter Berücksichtigung der dienstlichen oder betrieblichen Bedürfnisse entsprochen werden

- 16 Zu § 11 (Arbeitsentgelt bei Beschäftigungsverboten)

- 16.1 In den Fällen der Beschäftigungsverbote nach § 3 Abs. 1 (Gefährdung der Gesundheit von Mutter oder Kind), § 4 (Verbot von körperlich schwerer und bestimmter anderer Arbeit), § 6 Abs. 2 (Verbot von Arbeit, die die zur Zeit vorhandene Leistungsfähigkeit übersteigen würde), § 6 Abs. 3 (Arbeitsverbote für stillende Mütter) und § 8 Abs. 1, 3 und 5 (Verbot von Mehrarbeit sowie von Nacht-, Sonntags- und Feiertagsarbeit) hat der Arbeitgeber mindestens den gesetzlich bestimmten Durchschnittsverdienst zu zahlen, wenn die Arbeitnehmerin wegen eines solchen Beschäftigungsverbotes teilweise oder völlig mit der Arbeit aussetzen oder die Beschäftigungsart oder die Entlohnungsart wechseln muß (z. B. Arbeitsplatzwechsel, Wegfall von Prämienarbeit, Wegfall von Bereitschaftsdienst) und dadurch eine Verdienstminderung eintritt.

- 16.2 Bemessungszeitraum des Durchschnittsverdienstes sind nach Absatz 1 Satz 1 die drei letzten Monate vor Beginn des Monats, in dem die Schwangerschaft eingetreten ist.

Bestand die Schwangerschaft bereits bei Beginn des Arbeitsverhältnisses, ist der Durchschnittsverdienst der ersten drei Kalendermonate der Beschäftigung maßgebend (Abs. 1 Satz 3).

Liegen zwischen dem Beginn des Arbeitsverhältnisses und der Kenntnis der Schwangerschaft keine vollen drei Kalendermonate, verkürzt sich der Berechnungszeitraum (Abs. 1 Satz 4) wie folgt:

- Ist nach Beginn des Arbeitsverhältnisses und dem mutmaßlichen Beginn der Schwangerschaft nicht der volle Bezugszeitraum verstrichen, ist der kürzere – tatsächlich vorhandene – Zeitraum der Berechnung zugrunde zu legen.
- Hat die Arbeitnehmerin das Arbeitsverhältnis bereits schwanger begonnen und hat ihr Arbeitsverhältnis bei Einsetzen der Beschäftigungsverbote noch keine vollen drei Kalendermonate gedauert, ist die – kürzere – Zeit zwischen dem Beginn des Arbeitsverhältnisses und dem Wirksamwerden der Beschäftigungsverbote Berechnungszeitraum.

Der im Gesetz bestimmte Zeitraum bleibt auch dann für die Berechnung des Durchschnittsver-

dienstes maßgebend, wenn die Arbeitnehmerin vorher oder nachher erheblich mehr oder weniger verdient hat.

Im maßgebenden Bemessungszeitraum liegende Zeiten, in denen kein Arbeitsverdienst erzielt wurde, bleiben nach Absatz 1 Satz 5 bei der Berechnung außer Betracht. Das bedeutet, daß solche Zeiten nicht in den Divisor aufgenommen werden dürfen. Zeiten im Sinne dieser Vorschrift können ganze Kalendermonate, aber auch einzelne Arbeitstage sein. Zu den Zeiten, in denen kein Arbeitsverdienst erzielt wurde, gehört auch der Erziehungsurlaub, solange während des Erziehungsurlaubs keine Beschäftigung ausgeübt worden ist. Wird während des Erziehungsurlaubs eine zulässige Teilzeitbeschäftigung ausgeübt, bleiben bei der Berechnung des Durchschnittsverdienstes für nach Ablauf des Erziehungsurlaubs liegende Zeiten sowohl der während der Teilzeitbeschäftigung erzielte Arbeitsverdienst als auch die Zeit der Teilzeitbeschäftigung außer Ansatz. Die Urlaubsvergütung und der Urlaubslohn sowie die vom Arbeitgeber gezahlten Krankenbezüge sind Arbeitsverdienst im Sinne dieser Vorschrift. Müssen mehr als zwei Monate unberücksichtigt bleiben, so daß für die Durchschnittsberechnung weniger als ein Monat übrig bleibt, in dem Arbeitsverdienst zugestanden hat, muß der nach dem Wortlaut des Gesetzes an sich allein maßgebende Zeitraum ausnahmsweise durch einen anderen Zeitraum ersetzt werden. In diesen Fällen ist der maßgebende Zeitraum so weit wie erforderlich, aber nicht weiter als nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift notwendig, zurückzuverlegen. Der Ersatzzeitraum muß ebenfalls mindestens einen vollen Monat, wenn es zur Erlangung eines geeigneten Ergebnisses unumgänglich ist, einen entsprechend längeren Zeitraum umfassen (vgl. Urteile des BAG vom 15. Januar 1969 – 3 AZR 305/68 – AP Nr. 1 zu § 11 MuSchG 1968 – und vom 8. September 1978 – 4 AZR 417/77 – AP Nr. 8 zu § 11 MuSchG 1968).

Wird eine Arbeitnehmerin während der Zeit der Schutzfrist nach § 6 Abs. 1 oder eines sich unmittelbar anschließenden Erziehungsurlaubs erneut schwanger, sind für die Berechnung des nach Ablauf der Schutzfrist bzw. des Erziehungsurlaubs bis zum Beginn der neuen Schutzfrist nach § 3 Abs. 2 ggf. zu gewährenden Durchschnittsverdienstes die letzten drei Kalendermonate vor dem Beginn der auf der vorangegangenen Schwangerschaft beruhenden Schutzfrist des § 3 Abs. 2 zugrunde zu legen. Tritt die Schwangerschaft während der Zeit eines Sonderurlaubs ohne Fortzahlung der Bezüge ein, sind Bemessungszeitraum des nach dem Ende des Sonderurlaubs bis zum Beginn der Schutzfrist nach § 3 Abs. 2 ggf. zu gewährenden Durchschnittsverdienstes die letzten drei Kalendermonate vor Beginn des Monats, in dem der Sonderurlaub angetreten worden ist.

Wird eine Arbeitnehmerin während der Zeit eines Erziehungsurlaubs, in der sie eine erziehungsgeldunschädliche Teilzeitbeschäftigung leistet, erneut schwanger, sind für die Berechnung des bis zum Beginn der neuen Schutzfrist nach § 3 Abs. 2, längstens jedoch bis zur Beendigung dieser Teilzeitbeschäftigung, ggf. zu gewährenden Durchschnittsverdienstes die letzten drei Kalendermonate der Teilzeitbeschäftigung vor Beginn der erneuten Schwangerschaft zugrunde zu legen. Liegen zwischen dem Beginn der erziehungsgeldunschädlichen Teilzeitbeschäftigung und der Kenntnis der erneuten Schwangerschaft keine vollen drei Kalendermonate, ist der Berechnungszeitraum in entsprechender Anwendung des § 11 Abs. 1 Satz 3 bis 5 zu ermitteln; vgl. hierzu die vorstehenden Hinweise in den Absätzen 2 bis 5. Für die Berechnung des ggf. nach Ablauf des Erziehungsurlaubs zu gewährenden Durchschnittsverdienstes gelten die Hinweise in dem vorhergehenden Absatz 6.

Wird eine Arbeitnehmerin nach Ablauf des Erziehungsurlaubs oder eines Sonderurlaubs ohne Fortzahlung der Bezüge erneut schwanger und liegen

zwischen der Arbeitsaufnahme und der Kenntnis der Schwangerschaft keine vollen drei Kalendermonate, ist der Berechnungszeitraum nach den Hinweisen in den vorhergehenden Absätzen 3 Buchstabe a und 5 zu ermitteln.

- 16.3 Durchschnittsverdienst im Sinne des Absatzes 1 Satz 1 ist der Verdienst, den die Arbeitnehmerin in dem im Gesetz bestimmten maßgebenden Berechnungszeitraum (vgl. Nr. 16.2) durch ihre Arbeitsleistung tatsächlich erzielt hat, nicht der Verdienst, der ihr in diesem Zeitraum zugeflossen ist (BAG, Urteile vom 28. November 1984 - 5 AZR 243/83 - AP Nr. 10 zu § 11 MuSchG 1968 - und vom 6. März 1985 - 5 AZR 523/83 - AP Nr. 11 zu § 11 MuSchG 1968). Ein Verdienst in diesem Sinne ist jedoch nicht erzielt worden, wenn die erbrachte Arbeitsleistung durch einen tariflich vorgesehenen Freizeitausgleich (z. B. Überstundenausgleich, Freizeitausgleich für Bereitschaftsdienst) abgegolten worden ist, da in den Fällen des Freizeitausgleichs Geldleistungen ganz oder teilweise nicht mehr zustehen und somit eine Vergütungseinbuße, die nach § 11 Abs. 1 Satz 1 auszugleichen wäre, nicht eintreten kann (vgl. Urteil des LAG Baden-Württemberg vom 12. Mai 1993 - 3 Sa 49/93 - ZTR 1993, 508). Bei der Ermittlung des maßgebenden Durchschnittsverdienstes sind alle im Bemessungszeitraum erzielten Zulagen, Sozialzuschläge, Vergütungen für Überstunden, Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft sowie Zeitzuschläge zu berücksichtigen. Zum Durchschnittsverdienst gehören auch die vermögenswirksamen Leistungen nach den Tarifverträgen über vermögenswirksame Leistungen sowie vermögenswirksam angelegte Teile des Arbeitslohnes nach den §§ 10, 11 des Fünften Vermögensbildungsgesetzes. Aufwandsentschädigungen sind nur dann zu berücksichtigen, wenn sie in festen Monatsbeträgen gewährt werden und wenn der Aufwand während der Zeit der Beschäftigungsverbote weiterbesteht.

In die Durchschnittsberechnung sind Urlaubsgeld, Zuwendungen und anderes einmalig gezahltes Arbeitsentgelt weder ganz noch zeitanteilig einzubeziehen. Bei den unständigen Bezügebestandteilen im Sinne des § 36 Abs. 1 Unterabs. 2 BAT bzw. des § 31 Abs. 2 Unterabs. 2 MTL II ist von den Beträgen auszugehen, die im Berechnungszeitraum aufgrund tatsächlich erbrachter Arbeitsleistungen ohne Berücksichtigung der vorgenannten Tarifvorschriften erzielt worden wären (vgl. BAG, Urteile vom 28. November 1984 - 5 AZR 243/83 - AP Nr. 10 zu § 11 MuSchG 1968 - und vom 6. März 1985 - 5 AZR 523/83 - AP Nr. 11 zu § 11 MuSchG 1968).

In der maßgebenden Zeit irrtümlich geleistete Überzahlungen sind bei der Durchschnittsberechnung auszuscheiden; unterbliebene, aber schon geschuldete Leistungen sind mit zu berücksichtigen.

- 16.4 Bleiben in einem Kalendermonat die für die Zeit eines Beschäftigungsverbotes (vgl. Nr. 16.1) nach § 36 Abs. 1 bis 3 BAT bzw. nach § 31 Abs. 1 bis 3 MTL II zustehenden tariflichen Bezüge hinter dem für diese Zeit zustehenden Durchschnittsverdienst zurück, ist der Unterschiedsbetrag (Ausgleichsbetrag nach § 11 Abs. 1 Satz 1) in entsprechender Anwendung des § 36 Abs. 1 Unterabs. 2 BAT bzw. des § 31 Abs. 2 Unterabs. 2 MTL II wie ein unständiger Bezügebestandteil zu behandeln und in dem zweiten, auf die Entstehung dieses Anspruchs folgenden Kalendermonat zu zahlen (vgl. BAG, Urteile vom 28. November 1984 - 5 AZR 243/83 - AP Nr. 10 zu § 11 MuSchG 1968 - und vom 6. März 1985 - 5 AZR 523/83 - AP Nr. 11 zu § 11 MuSchG 1968). Aus den Urteilen des BAG vom 28. November 1984 und vom 6. März 1985 folgt ferner, daß der Ausgleichsbetrag nach § 11 Abs. 1 Satz 1 entgegen der nach Auffassung des BAG an sich entsprechend anzuwendenden Tarifvorschrift auch noch nach Beginn der Schutzfristen (§ 3 Abs. 2, § 6 Abs. 1) in Kalendermonaten zu zahlen ist, in denen

der Arbeitnehmerin bereits Mutterschaftsgeld (vgl. Nr. 17) zusteht. Wegen der steuer-, sozialversicherungs- und zusatzversorgungsrechtlichen Behandlung der während des Bezugs von Mutterschaftsgeld gezahlten Ausgleichsbeträge vgl. Nummer 16.10.

Hat die Arbeitnehmerin nach Ablauf der Schutzfrist des § 6 Abs. 1 die Arbeit wieder aufgenommen, ist sie aber nach ärztlichem Zeugnis in den ersten Monaten nach der Entbindung noch nicht voll leistungsfähig oder stillt sie ihr Kind und hat sie aus einem dieser Gründe für diese Zeit wiederum Anspruch auf den Durchschnittsverdienst (§ 11 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 6 Abs. 2 und 3), ist der Ausgleichsbetrag auch in diesen Fällen wie ein unständiger Bezügebestandteil zu behandeln und erst in dem zweiten auf die Entstehung dieses Anspruchs folgenden Kalendermonat zu zahlen.

Tritt die Arbeitnehmerin, die zunächst ihre Arbeit wieder aufgenommen hatte, den Erziehungsurlaub nach dem Bundeserziehungsgeldgesetz oder eine sonstige Beurlaubung ohne Bezüge von länger als zwölf Monaten an, sind etwaige für den Vormonat und den laufenden Monat zustehende Ausgleichsbeträge bei Beginn des Erziehungsurlaubs bzw. der sonstigen Beurlaubung ohne Bezüge von länger als zwölf Monaten zu zahlen (§ 36 Abs. 1 Unterabs. 5 i.V.m. Unterabs. 3 und 4 BAT bzw. § 31 Abs. 2 Unterabs. 5 i.V.m. Unterabs. 3 und 4 MTL II).

- 16.5 Nimmt die Arbeitnehmerin während der Zeit eines Beschäftigungsverbotes (vgl. Nr. 16.1) Urlaub oder wird sie infolge Unfalls oder Erkrankung arbeitsunfähig, setzt sie für diese Zeit nicht wegen der Schwangerschaft oder Mutterschaft, sondern aus anderen Gründen mit der Arbeit aus. Ein Anspruch nach § 11 steht ihr für diese Zeit deshalb nicht zu. Sie hat für diese Zeit Anspruch auf Zahlung der Urlaubsvergütung nach § 47 Abs. 2 BAT bzw. des Urlaubslohnes nach § 48 Abs. 2 MTL II oder der Krankenbezüge nach § 37 BAT, § 71 BAT bzw. § 42 MTL II. Auf die Regelungen in § 36 Abs. 1 Unterabs. 2 Satz 2 und 3 BAT sowie in § 31 Abs. 2 Unterabs. 2 Satz 2 und 3 MTL II, nach denen auch der in der Urlaubsvergütung bzw. im Urlaubslohn enthaltene Aufschlag bzw. Zuschlag als Teil der Bezüge gilt, der nicht in Monatsbeträgen festgelegt bzw. nicht im Monatsregellohn enthalten ist und deshalb bei der Bemessung der Bezüge für den übernächsten Monat zu berücksichtigen ist, weise ich besonders hin.

- 16.6 Der Ausgleichsbetrag nach § 11 Abs. 1 Satz 1 wird im zweiten Kalendermonat, der dem Monat folgt, in dem der Anspruch entstanden ist, fällig (vgl. Nr. 16.4). Er ist - entgegen der für unständige Bezügebestandteile geltenden tariflichen Regelung - damit auch in Kalendermonaten zu zahlen, in denen ein Anspruch auf tarifliche Bezüge nicht besteht. Unständige Bezügebestandteile, die aufgrund der Vorschrift des § 36 Abs. 1 Unterabs. 2 Satz 1 bis 3 BAT bzw. des § 31 Abs. 2 Unterabs. 2 Satz 1 bis 3 MTL II der Bemessung der Bezüge für Kalendermonate zugrunde zu legen wären, in denen wegen der Schutzfristen ein Anspruch auf Bezüge nicht besteht, können erst nach Wiederaufnahme der Arbeit (vgl. § 36 Abs. 1 Unterabs. 2 Satz 5 BAT bzw. § 31 Abs. 2 Unterabs. 2 Satz 5 MTL II) bzw. nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses (vgl. § 36 Abs. 1 Unterabs. 3 Satz 2 BAT bzw. § 31 Abs. 2 Unterabs. 3 Satz 2 MTL II) geltend gemacht werden. Hierbei handelt es sich um den Aufschlag zur Urlaubsvergütung bzw. den Zuschlag zum Urlaubslohn und die unständigen Bezügebestandteile für Arbeitsleistungen in den beiden letzten Kalendermonaten vor Beginn der Schutzfristen, die bei der Bemessung der Bezüge des übernächsten Monats deshalb nicht berücksichtigt werden können, weil wegen der Schutzfristen des § 3 Abs. 2 und des § 6 Abs. 1 in diesem Monat ein Anspruch auf Bezüge nicht mehr besteht.

Bei Antritt des Erziehungsurlaubs nach dem Bundeserziehungsgeldgesetz noch zustehende Ausgleichsbeträge nach § 11 Abs. 1 Satz 1 werden zu diesem Zeitpunkt fällig (vgl. Nr. 16.4 Abs. 2 Satz 2). Ebenfalls bei Beginn des Erziehungsurlaubs oder bei Beginn einer sonstigen Beurlaubung ohne Bezüge von länger als zwölf Monaten nach Ablauf der Schutzfrist des § 6 Abs. 1 sind die unständigen Bezügebestandteile zu zahlen, die auf Arbeitsleistungen in den beiden letzten Kalendermonaten (einschließlich des in diesen Monaten ggf. zustehenden Aufschlags zur Urlaubsvergütung bzw. Zuschlags zum Urlaubslohn) vor Beginn der Schutzfrist nach § 3 Abs. 2 beruhen (vgl. § 36 Abs. 1 Unterabs. 5 BAT bzw. § 31 Abs. 2 Unterabs. 5 MTL II).

Beispiel für eine Angestellte:

Beginn der Schwangerschaft lt. ärztlichem Attest:	25. 10. 1993
Mitteilung der Schwangerschaft an den Arbeitgeber:	16. 12. 1993
Voraussichtliche Niederkunft lt. ärztlichem Attest:	21. 7. 1994
Beginn der Schutzfrist nach § 3 Abs. 2:	9. 6. 1994
Tatsächliche Niederkunft:	24. 7. 1994
Ende der Schutzfrist nach § 6 Abs. 1:	18. 9. 1994
Beginn des Erziehungsurlaubs:	19. 9. 1994
Ende des Erziehungsurlaubs:	23. 7. 1997
Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis:	23. 7. 1997
Erholungsurlaub vom 1. bis 14. 9. 1993:	10 Arbeitstage (14 Kalendertage)
Arbeitsunfähigkeit infolge Erkrankung vom 19. bis 28. 1. 1994:	8 Arbeitstage (10 Kalendertage)
Erholungsurlaub vom 2. bis 11. 5. 1994:	8 Arbeitstage (10 Kalendertage)
Unständige Bezügebestandteile für Arbeitsleistungen im	
Juli 1993:	400,— DM
August 1993:	800,— DM
September 1993 (vom 15. bis 30. 9. 1993):	347,— DM
September 1993 (vom 1. bis 14. 9. 1993 Urlaubsaufschlag von 25,30 DM je Urlaubstag):	253,— DM
Oktober 1993:	250,— DM
November 1993:	700,— DM
Dezember 1993 (bis 15. 12.):	360,— DM
Mai 1994:	100,— DM

Durchschnitt der unständigen Bezügebestandteile, die in den nach § 11 Abs. 1 maßgebenden Monaten Juli, August und September 1993 durch Arbeitsleistungen bzw. durch Urlaubsaufschläge erzielt worden sind ($400+800+600=1800:3=$) 600,— DM mtl.

Aufschlag je Urlaubstag bei der Urlaubsvergütung gemäß § 47 Abs. 2 Unterabs. 2 BAT/BAT-O

im Jahre 1993:	25,30 DM,
im Jahre 1994:	21,60 DM.

Bis zum 8. 6. 1994, dem letzten Tag vor Beginn der Schutzfrist nach § 3 Abs. 2, sind die Vergütung (§ 26 BAT/BAT-O) und die in Monatsbeträgen festgesetzten Zulagen weiterzuzahlen.

In den Monaten Oktober und November 1993, in denen die Schwangerschaft zwar schon bestand, aber noch nicht bekannt war, ist keine Arbeit infolge der Schwangerschaft und eines teilweisen Beschäftigungsverbotes ausgefallen. Der Angestellten sind die nach den in dem jeweiligen Vormonat (August und September 1993) erbrachten Arbeitsleistungen zustehenden unständigen

Bezügebestandteile (einschließlich des Urlaubsaufschlages in der Zeit vom 1. bis 14. 9. 1993) zu zahlen, und zwar

im Oktober 1993	800,— DM,
im November 1993	600,— DM.

Im Dezember 1993 hat die Angestellte infolge der Schwangerschaft vom 16. des Monats an teilweise mit der Arbeit ausgesetzt (Verbot der Mehrarbeit usw.). Für diesen Monat stehen ihr nach der tariflichen Regelung unständige Bezügebestandteile in Höhe von 250,— DM entsprechend der Arbeitsleistung im Oktober 1993 zu. Der für die Zeit vom 16. bis 31. 12. 1993 nach § 11 zustehende Ausgleichsbetrag in Höhe von $\frac{16}{31}$ des monatlichen Durchschnittsbetrages von 600,— DM, das sind 309,68 DM, wird im Monat Februar 1994 fällig.

Im Januar 1994 ist die Arbeit an acht Arbeitstagen (= zehn Kalendertage) infolge Arbeitsunfähigkeit, an den übrigen Tagen teilweise infolge der Schwangerschaft ausgefallen. Für diesen Monat stehen der Angestellten nach der tariflichen Regelung unständige Bezügebestandteile in Höhe von 700,— DM entsprechend der Arbeitsleistung im November 1993 zu. Der für die Zeit vom 1. bis 18. 1. 1994 und für die Zeit vom 29. bis 31. 1. 1994 nach § 11 zustehende Ausgleichsbetrag in Höhe von $\frac{21}{31}$ des monatlichen Durchschnittsbetrages von 600,— DM, das sind 406,45 DM, wird im Monat März 1994 fällig. Der Aufschlag zur Urlaubsvergütung für die Tage der Arbeitsunfähigkeit vom 19. bis 28. 1. 1994 (= acht Arbeitstage) in Höhe von $(8 \times 21,60 \text{ DM}) = 172,80 \text{ DM}$ ist bei der Bemessung der Bezüge für März 1994 zu berücksichtigen.

Im Februar 1994 ist ein Teil der Arbeit an allen Tagen infolge der Schwangerschaft ausgefallen. Für diesen Monat stehen der Angestellten nach der tariflichen Regelung unständige Bezügebestandteile in Höhe von 360,— DM entsprechend der Arbeitsleistung im Dezember 1993 zu; ferner ist der Ausgleichsbetrag nach § 11 aus dem Monat Dezember 1993 in Höhe von 309,68 DM zu zahlen. Der Ausgleichsbetrag nach § 11 für Februar 1994 in Höhe von 600,— DM wird im Monat April 1994 fällig.

Im März 1994 ist ein Teil der Arbeit an allen Tagen infolge der Schwangerschaft ausgefallen. Für diesen Monat stehen der Aufschlag für acht Arbeitsunfähigkeitstage aus dem Monat Januar 1994 in Höhe von 172,80 DM sowie der Ausgleichsbetrag nach § 11 aus dem Monat Januar 1994 in Höhe von 406,45 DM, insgesamt 579,25 DM, zu. Der Ausgleichsbetrag für den Monat März 1994 in Höhe von 600,— DM wird im Monat Mai 1994 fällig.

Im April 1994 ist ein Teil der Arbeit ebenfalls an allen Tagen wegen der Schwangerschaft ausgefallen. Für diesen Monat ist der Ausgleichsbetrag nach § 11 aus dem Monat Februar 1994 in Höhe von 600,— DM zu zahlen. Der Ausgleichsbetrag nach § 11 für den Monat April 1994 in Höhe von 600,— DM wird im Monat Juni 1994 fällig.

Im Mai 1994 ist die Arbeit infolge Urlaubs an 10 Kalendertagen (= acht Arbeitstage), an den übrigen 21 Kalendertagen teilweise infolge der Schwangerschaft ausgefallen. Für diesen Monat ist der Ausgleichsbetrag nach § 11 aus dem Monat März 1994 in Höhe von 600,— DM zu zahlen.

Der für die Zeit am 1. und vom 12. bis 31. 5. 1994 nach § 11 zustehende Ausgleichsbetrag in Höhe von $\frac{21}{31}$ des monatlichen Durchschnittsbetrages von 600,— DM, das sind 406,45 DM, ist um die auf tatsächlicher Arbeitsleistung im Mai 1994 beruhenden unständigen Bezügebestandteile in Höhe von 100,— DM zu vermindern. Der verbleibende Ausgleichsbetrag von 306,45 DM wird im Monat Juli 1994 fällig. Der Aufschlag zur Urlaubsvergütung für die Urlaubstage vom 2. bis 11. 5. 1994 (= acht Arbeitstage) in Höhe von $(8 \times 21,60) = 172,80 \text{ DM}$ sowie die unständigen Bezügebestandteile für

Arbeitsleitungen im Mai 1994 in Höhe von 100,- DM wären bei der Bemessung der Bezüge für den Monat Juli 1994 zu berücksichtigen. Da für diesen Monat jedoch keine Vergütung, Urlaubsvergütung oder Krankenbezüge zustehen (es wird Mutterschaftsgeld gezahlt), sind diese Beträge gemäß § 36 Abs. 1 Unterabs. 5 BAT/BAT-O bei Beginn des Erziehungsurlaubs (19. 9. 1994) zu zahlen.

Im Juni 1994 ist der Ausgleichsbetrag nach § 11 aus dem Monat April 1994 in Höhe von 600,- DM zu zahlen. Der für die Zeit vom 1. bis 8. 6. 1994 zustehende Ausgleichsbetrag nach § 11 in Höhe von $(600,- \times \frac{8}{30} =) 160,-$ DM wird im Monat August 1994 fällig. Für die Zeit vom 9. 6. 1994 an stehen der Angestellten Mutterschaftsgeld und der Zuschuß zum Mutterschaftsgeld gemäß §§ 13, 14 zu. Für die Bemessung des Zuschusses zum Mutterschaftsgeld ist - anders als für die Berechnung des Durchschnittsverdienstes nach § 11 Abs. 1 - das durchschnittliche kalendertägliche Arbeitsentgelt aus den letzten drei abgerechneten Kalendermonaten vor Beginn der Schutzfrist nach § 3 Abs. 2 maßgebend (vgl. Nr. 18.4). Das sind im Beispielsfall die Monate März bis Mai 1994. Zum Arbeitsentgelt gehören auch die nach § 11 gezahlten Beträge. In die Durchschnittsberechnung sind deshalb folgende Entgeltbestandteile einzubeziehen:

März 1994: (406,45+172,80=) 579,25 DM
 April 1994: 600,- DM
 Mai 1994: 600,- DM.

Im Juli 1994 ist neben dem Mutterschaftsgeld und dem Zuschuß zum Mutterschaftsgeld der nach § 11 aus dem Monat Mai 1994 zustehende Ausgleichsbetrag in Höhe von 306,45 DM und im Monat August 1994 der nach § 11 aus dem Monat Juni 1994 zustehende Ausgleichsbetrag in Höhe von 160,- DM zu zahlen.

Bei Beginn des Erziehungsurlaubs (19. 9. 1994) sind der Aufschlag von 172,80 DM für den im Monat Mai 1994 gewährten Urlaub und die auf der Arbeitsleistung im Monat Mai 1994 beruhenden unständigen Bezügebestandteile von 100,- DM zu zahlen.

- 16.7 Verdiensterhöhungen nicht nur vorübergehender Natur im Sinne des Absatzes 2 sind z. B. allgemeine Erhöhungen der Vergütungen und Löhne, die Gewährung der Grundvergütung nach einer höheren Lebensaltersstufe bzw. Stufe, allgemeine Erhöhungen des Ortszuschlages bzw. des Sozialzuschlages und die Gewährung des Monatstabellelohnes nach einer höheren Lohnstufe. Sind solche Erhöhungen während oder nach Ablauf des Bemessungszeitraumes, jedoch vor dem Tage eingetreten, von dem an Anspruch auf Weiterzahlung des Durchschnittsverdienstes besteht, ist der Durchschnittsverdienst so zu berechnen, als hätte die Erhöhung schon für den gesamten Berechnungszeitraum gegolten. Sind diese Erhöhungen dagegen erst während des Bezuges des Durchschnittsverdienstes eingetreten, sind sie erst vom Zeitpunkt des Wirksamwerdens an zu berücksichtigen.

Von einer Verdiensterhöhung nicht nur vorübergehender Natur ist auch dann auszugehen, wenn sich die Vergütung für den Bereitschaftsdienst während oder nach Ablauf des Berechnungszeitraums dadurch erhöht hat bzw. erhöhen würde, weil der Bereitschaftsdienst aufgrund der Vorschriften der Nr. 6 Abschn. B Abs. 5 SR 2a BAT, der Nr. 8 Abs. 5 SR 2c BAT oder der Nr. 8 Abschn. B Abs. 5 SR 2e III BAT einer höheren Stufe zugewiesen worden ist. Verdienstminderungen, die sich dadurch ergeben bzw. ergeben würden, weil der Bereitschaftsdienst einer niedrigeren Stufe zugewiesen worden ist, wirken sich nur dann aus, wenn sie während des Berechnungszeitraums, nicht aber, wenn sie nach Ablauf dieses Zeitraums eingetreten sind.

Ist eine Arbeitnehmerin innerhalb des dreimonatigen Berechnungszeitraums erstmals zur Leistung

von Bereitschaftsdienst herangezogen worden, handelt es sich bei der für den Bereitschaftsdienst gewährten Vergütung um eine Verdiensterhöhung nicht nur vorübergehender Natur, wenn die erbrachte Leistung auf einer allgemeinen Anordnung des Arbeitgebers und nicht auf einer auf die Arbeitnehmerin beschränkten Vereinbarung beruht und die Leistung regelmäßig und über einen längeren Zeitraum hinweg gefordert wird (Urteil des BAG vom 25. Mai 1983 - 5 AZR 22/81 -). Entsprechendes gilt für Nachtdienst, Sonntagsdienst und Feiertagsdienst, und zwar auch soweit dadurch Wechselschicht- oder Schichtarbeit eingeschränkt wird.

Hat der Arbeitgeber vor Eintritt der Schwangerschaft bestimmt, daß eine Arbeitnehmerin von einem bestimmten Zeitpunkt an fortlaufend Nachtdienst, Sonntagsdienst, Feiertagsdienst oder Bereitschaftsdienst zu leisten hat und kann sie diese Dienste dann jedoch wegen der Beschäftigungsverbote nach § 8 nicht aufnehmen, ist die für diese Dienste zu zahlende Vergütung bei der Berechnung des Durchschnittsverdienstes als Verdiensterhöhung nicht nur vorübergehender Natur zu berücksichtigen (Urteil des BAG vom 8. August 1990 - 5 AZR 584/89 -, AP Nr. 13 zu § 11 MuSchG 1968 -). Dies gilt auch für Nachtdienst, Sonntagsdienst und Feiertagsdienst, soweit dadurch Wechselschicht- oder Schichtarbeit eingeschränkt wird.

- 16.8 Eine Arbeitnehmerin, die sich ausdrücklich zur Arbeitsleistung während der Schutzfrist vor der Entbindung (§ 3 Abs. 2) bereit erklärt, hat während der Schutzfrist - weil sie während dieser Zeit Mutterschaftsgeld beziehen könnte - keinen Anspruch auf Weiterzahlung des Durchschnittsverdienstes, sondern erhält das für die tatsächlich geleistete Arbeit zustehende Entgelt (vgl. Nr. 3.5).
- 16.9 Bei der Berechnung des Aufschlags zur Urlaubsvergütung nach § 47 Abs. 2 Unterabs. 1 Satz 2 BAT bzw. des Zuschlags zum Urlaubslohn nach § 48 Abs. 2 Buchstabe b MTL II sind die im maßgebenden Berechnungszeitraum gemäß § 11 zustehenden (fälligen) Ausgleichsbeträge zu berücksichtigen (BAG, Urteil vom 6. März 1985 - 5 AZR 523/83 - AP Nr. 11 zu § 11 MuSchG 1968). Dies gilt jedoch nicht für den Teil der Ausgleichsbeträge nach § 11, der als Ausgleich für unständige Bezügebestandteile gezahlt wird, die nicht zu den im Ausschlusskatalog des § 47 Abs. 2 Unterabs. 2 BAT bzw. des § 48 Abs. 3 Unterabs. 1 MTL II aufgeführten Entgeltbestandteilen gehören (wie z. B. der Einsatzzuschlag für Ärzte nach Nr. 3 Abs. 2 Unterabs. 2 SR 2c BAT).

Bei der Berechnung des Urlaubsaufschlags für Angestellte nach § 47 Abs. 2 Unterabs. 2 BAT in Verbindung mit der Protokollnotiz Nr. 2 hierzu sind Kalendermonate, in denen neben Mutterschaftsgeld und ggf. Zuschuß zum Mutterschaftsgeld Ausgleichsbeträge nach § 11 gezahlt worden sind (vgl. Nr. 16.4), wie Kalendermonate zu behandeln, für die Vergütung zugestanden hat.

- 16.10 Der Durchschnittsverdienst nach § 11 Abs. 1 ist steuerpflichtiger Arbeitslohn und damit sozialversicherungs- und zusatzversorgungspflichtiges Arbeitsentgelt. Steuerpflichtig sind dabei auch die im Durchschnittsverdienst enthaltenen Zuschläge für Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeit, die bei tatsächlicher Arbeitsleistung gemäß § 3b EStG nicht der Steuerpflicht unterliegen (Urteil des BFH vom 24. Oktober 1984 - VI R 199/80 - BStSozArbR 8/1985 S. 127).

Der Ausgleichsbetrag nach § 11, der in entsprechender Anwendung des § 36 Abs. 1 Unterabs. 2 BAT bzw. des § 31 Abs. 2 Unterabs. 2 MTL II mit einer zeitlichen Verzögerung von zwei Monaten in Kalendermonaten gezahlt wird, für die der Arbeitnehmerin ansonsten nur Mutterschaftsgeld und ggf. der Zuschuß zum Mutterschaftsgeld zustehen (vgl. das Beispiel in Nr. 16.6), ist sozialversiche-

rungsrechtlich als nachträglich gezahltes Arbeitsentgelt zu behandeln. Das gilt auch für unständige Bezügebestandteile, die bei Beginn eines sich an die Schutzfrist des § 6 Abs. 1 unmittelbar anschließenden Erziehungsurlaubs nach dem Bundeserziehungsgeldgesetz (vgl. das Beispiel in Nr. 16.6) bzw. einer sonstigen Beurlaubung ohne Bezüge von länger als zwölf Monaten gezahlt werden. Der Ausgleichsbetrag nach § 11 und die unständigen Bezügebestandteile sind zum Zwecke des Beitrags-einzugs jeweils dem Kalendermonat zuzuordnen, in dem die Ansprüche entstanden sind (Beitrags-neuberechnung der bereits abgerechneten Lohnab-rechnungszeiträume); die Spitzenverbände der Sozialversicherungsträger haben jedoch aus Vereinfachungsgründen auch zugelassen, daß dann, wenn in dem gesamten Lohnabrechnungszeitraum, in dem die unständigen Bezügebestandteile ausge-zahlt werden, keine Beitragspflicht besteht, die unständigen Bezügebestandteile dem Arbeitsent-gelt des vorausgegangenen Lohnabrechnungszeit-raumes oder, wenn auch im vorausgegangenen Lohnabrechnungszeitraum Beitragspflicht bestan-den hat, dem davor liegenden Abrechnungszeit-raum zugeordnet werden (vgl. Punkt 5 der Niederschrift über die Besprechung am 5./6. März 1986). Entsprechendes gilt für die Berechnung der Um-lage nach der Satzung der VBL.

- 16.11 Der Ausgleichsbetrag nach § 11 Abs. 1 ist neben dem Mutterschaftsgeld zu zahlen. Die Vorschrift des § 200 Abs. 4 Satz 1 RVO über das Ruhen des Anspruchs auf Mutterschaftsgeld, wenn und so- weit Arbeitsentgelt gezahlt wird, greift hier nicht ein, weil sich dieses Ruhen nur auf Arbeitsentgelt bezieht, das die Arbeitnehmerin durch Arbeitslei- stungen erwirbt, die sie während der Beschäf- tigungsverbote erbringt oder das ihr sonst für die Zeit der Schutzfristen gewährt wird (vgl. BAG, Urteil vom 6. März 1985 – 5 AZR 523/83 – AP Nr. 11 zu § 11 MuSchG 1968). Satz 1 gilt entsprechend für unständige Bezügebestandteile, die neben dem Mutterschaftsgeld gezahlt werden (vgl. Nr. 16.10 Abs. 2 Satz 2).

17 Zu § 13 (Mutterschaftsgeld)

- 17.1 Arbeitnehmerinnen, die bei Beginn der Schutzfrist nach § 3 Abs. 2 in einem Arbeitsverhältnis stehen oder deren Arbeitsverhältnisse während der Schwangerschaft vom Arbeitgeber zulässig gelöst worden sind, erhalten während der Schutzfristen (§ 3 Abs. 2 und § 6 Abs. 1) auf Antrag (§ 16 SGB I) ein Mutterschaftsgeld.

Für Arbeitnehmerinnen, die Mitglied einer Kran- kenkasse sind (Pflichtversicherte und freiwillig Versicherte), gelten die Vorschriften der Reichsver- sicherungsordnung (§§ 200, 200b RVO) unmittelbar.

Für Arbeitnehmerinnen, die nicht Mitglied einer Krankenkasse sind, gelten die Vorschriften der RVO infolge der Verweisung in § 13 Abs. 2 entspre- chend, jedoch mit der Maßgabe, daß das Mutter- schaftsgeld für die Zeit der Schutzfristen (§ 3 Abs. 2 und § 6 Abs. 1) insgesamt höchstens 400 DM beträgt. Das Mutterschaftsgeld wird ihnen zu Lasten des Bundes durch das Bundesversiche- rungsamt gezahlt.

- 17.2 Den für die Zahlung des Mutterschaftsgeldes zu- ständigen Krankenkassen (bei Arbeitnehmerinnen, die Mitglied einer Krankenkasse sind) bzw. dem Bundesversicherungsamt (bei Arbeitnehmerinnen, die nicht Mitglied einer Krankenkasse sind) sind auf Anforderung unverzüglich die Angaben zu machen, die für die Berechnung der Höhe des Mutterschaftsgeldes benötigt werden.
- 17.3 Voraussetzung für den Anspruch auf Mutter- schaftsgeld für Arbeitnehmerinnen, die Mitglied einer Krankenkasse sind, und für Arbeitnehme- rinnen, die nicht Mitglied einer Krankenkasse sind, ist, daß sie in der Zeit zwischen dem zehnten und

dem vierten Monat einschließlich dieser Monate vor der Entbindung mindestens zwölf Wochen Mitglied einer Krankenkasse waren oder in einem Arbeitsverhältnis standen. Die Mindestdauer des Arbeitsverhältnisses (ruhendens Arbeitsverhältnis genügt) von zwölf Wochen braucht in dem ange- gebenen Zeitraum nicht zusammenhängend er- bracht sein. Erforderlich ist nur, daß die zwölf Wochen in diesem Zeitraum liegen. Das gleiche gilt für die Mindestdauer der Mitgliedschaft in einer Krankenkasse. Die Voraussetzung ist auch erfüllt, wenn jeweils für weniger als zwölf Wochen ein Arbeitsverhältnis bzw. eine Mitgliedschaft in einer Krankenkasse nacheinander bestanden haben und die Dauer des Arbeitsverhältnisses und der Mit- gliedschaft in einer Krankenkasse zusammenge- rechnet zwölf Wochen ergeben. Zeiten, in denen eine Mitgliedschaft in einer Krankenkasse und ein Arbeitsverhältnis nebeneinander bestanden haben, werden jedoch nur einmal gerechnet.

Der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung hat in einem Bescheid vom 29. August 1968 – III b – 3-3785.552 – 3747/68 – im Einvernehmen mit dem Bundesminister der Finanzen und dem Bundes- rechnungshof – vorbehaltlich einer anderen ge- richtlichen Entscheidung – bestimmt, daß das Beamtenverhältnis hinsichtlich der zeitlichen An- spruchsvoraussetzung dem Arbeitsverhältnis im Sinne des § 200 Abs. 1 RVO gleichzusetzen ist. Dieser Bescheid wird von den Trägern der gesetzli- chen Krankenversicherung angewendet. Das Urteil des Bundessozialgerichts vom 9. November 1977 – 3 RK 63/76 – greift nicht ein, da ihm ein anderer Sachverhalt zugrunde lag (die Klägerin stand zu Beginn der Schutzfrist als Studienreferendarin noch im Beamtenverhältnis).

- 17.4 Im Gegensatz zur Regelung des § 5 Abs. 2 Satz 2 über eine vom Sechswochenzeitraum abweichende Dauer des Beschäftigungsverbots nach § 3 Abs. 2 bestimmt § 200 Abs. 3 Satz 4 RVO, daß sich die Bezugsdauer für das Mutterschaftsgeld während des Beschäftigungsverbots nach § 3 Abs. 2 entspre- chend verlängert, nicht jedoch verkürzt, wenn sich der Arzt oder die Hebamme über den Zeitpunkt der Entbindung irrt. Eine Verkürzung der Sechsw- ochenfrist hinsichtlich des Anspruchs auf Mutter- schaftsgeld ist mithin ausgeschlossen; diese Frist ist eine Mindestfrist.

- 17.4.1 Die Regelung des § 200 Abs. 3 Satz 4 RVO, nach der sich bei vorzeitiger Entbindung die Sechswochen- frist des § 3 Abs. 2 nicht verkürzt (vgl. Nr. 17.4), hat keine praktische Auswirkung in den Fällen, in denen der Arbeitgeber Arbeitsentgelt (Vergütung oder Lohn, Urlaubsbezüge) bis zum Beginn des Beschäftigungsverbots nach § 3 Abs. 2 gezahlt hat, weil nach § 200 Abs. 4 RVO Arbeitsentgelt (mit Ausnahme von einmalig gezahltem Arbeitsentgelt im Sinne des § 227 SGB V) den Anspruch auf Mutterschaftsgeld zum Ruhen bringt (Arbeitsent- gelt vor Mutterschaftsgeld).

- 17.4.2 Ergeben sich in den Fällen des § 200 Abs. 3 Satz 4 RVO (vgl. Nr. 17.4) zeitliche Überschneidungen bei der Zahlung von Krankenbezügen und Mutter- schaftsgeld, ist zu beachten, daß das seit dem 1. Juni 1994 geltende Entgeltfortzahlungsgesetz vom 26. Mai 1994 (BGBl. I S. 1014, 1065) den Vorrang von Mutterschaftsgeld vor Krankenbezügen nicht mehr enthält. Hat die Arbeitnehmerin vor Beginn der Schutzfrist nach § 3 Abs. 2 Krankenbezüge in Höhe der Urlaubsvergütung (§ 37 Abs. 2 BAT, § 71 Abs. 2 BAT) bzw. Krankenlohn (§ 42 Abs. 4 MTL II) erhalten und entbindet sie vor dem mutmaßlichen Zeitpunkt der Niederkunft, können die Kranken- bezüge, die nach der Neuberechnung der Schutz- frist (§ 200 Abs. 3 Satz 4 RVO) auf diesen Zeitraum entfallen, nicht zurückgefordert werden.

- 17.4.3 Bei Arbeitnehmerinnen, die bis zum Beginn des Beschäftigungsverbots nach § 3 Abs. 2 Kranken-

geld von ihrer Krankenkasse bezogen haben, führt eine vorzeitige Entbindung zu einer Überzahlung des Krankengeldes; denn nach § 49 Abs. 1 Nr. 3 SGB V ruht der Anspruch auf Krankengeld, solange Mutterschaftsgeld zusteht (Mutterschaftsgeld vor Krankengeld). Das bedeutet, daß auch in diesen Fällen die Sechswochenfrist vom tatsächlichen Tage der Entbindung an zurückgerechnet wird und sich für die rückwirkende Verlängerung der Bezugsdauer der Anspruch von Krankengeld in Mutterschaftsgeld mit der Folge wandelt, daß auch der Arbeitgeber für diese Verlängerungszeit nachträglich ggf. einen Zuschuß zum Mutterschaftsgeld zahlen muß. Ein für diese Verlängerungszeit ggf. gezahlter Krankengeldzuschuß (§ 37 Abs. 3 bis 8 BAT bzw. § 42 Abs. 5 bis 11 MTL II) ist zurückzufordern.

- 17.4.4 Der ggf. neben dem Mutterschaftsgeld zu zahlende Ausgleichsbetrag nach § 11 (vgl. Nr. 16.10) ist kein Arbeitsentgelt im Sinne des § 200 Abs. 4 Satz 1 RVO; beide Leistungen sind nebeneinander zu gewähren (vgl. BAG, Urteile vom 28. November 1984 - 5 AZR 243/83 - AP Nr. 10 zu § 11 MuSchG 1968 - und vom 6. März 1985 - 5 AZR 523/83 - AP Nr. 11 zu § 11 MuSchG 1968 - zu der bis zum 31. Dezember 1988 geltenden inhaltsgleichen Vorschrift des § 200c Abs. 2 Satz 1 RVO). Das gleiche gilt für unständige Bezügebestandteile, die bei Beginn eines sich an die Schutzfrist nach § 6 Abs. 1 unmittelbar anschließenden Erziehungsurlaubs nach dem Bundeserziehungsgeldgesetz bzw. einer sonstigen Beurlaubung ohne Bezüge von länger als zwölf Monaten in einem Kalendermonat gezahlt werden (vgl. Nr. 16.10), in dem noch Mutterschaftsgeld zusteht. Das Ruhen des Anspruchs auf Mutterschaftsgeld bezieht sich nur auf Vergütungen, die die Arbeitnehmerin durch Arbeitsleistungen erwirbt, die sie während der Beschäftigungsverbote erbringt. Der Ausgleichsbetrag nach § 11 bzw. die unständigen Bezügebestandteile beruhen dagegen auf Arbeitsleistungen, die vor Beginn der Schutzfristen erbracht wurden.

- 17.5 Die Berechnung des der Arbeitnehmerin zustehenden Mutterschaftsgeldes ist von zwei Bezugsgrößen abhängig, und zwar

- a) von dem Berechnungszeitraum (die letzten drei abgerechneten Kalendermonate vor Beginn der Schutzfrist nach § 3 Abs. 2) und
- b) von der Höhe des in diesem Zeitraum erzielten, um die gesetzlichen Abzüge verminderten Arbeitsverdienstes.

- 17.6 Für die Berechnung des Zeitraums der letzten drei abgerechneten Kalendermonate ist von dem Beginn der Schutzfrist nach § 3 Abs. 2 unter Zugrundelegung des in dem Zeugnis eines Arztes oder einer Hebamme angenommenen mutmaßlichen Tages der Entbindung auszugehen, wenn die Zahlung des Mutterschaftsgeldes vor der Entbindung beantragt wird. Dieser Ausgangszeitpunkt bleibt auch dann maßgebend, wenn die Entbindung früher oder später eintritt. Wird die Leistung nach dem MuSchG erst nach der Entbindung (z. B. bei Frühgeburten) geltend gemacht, ist der tatsächliche Tag der Entbindung der Berechnung zugrunde zu legen (vgl. Urteil des BSG vom 10. September 1975 - 3 RK 69/74 - USK 75 117).

Abgerechnet sind Zeiträume, für die das zu zahlende Arbeitsentgelt mit der Arbeitnehmerin abgerechnet worden ist. Nicht ausreichend ist es, wenn für bestimmte Zeitabschnitte das Entgelt durch bloße Abschlagszahlungen ganz oder teilweise geleistet wurde.

Fallen in den Berechnungszeitraum Tage, an denen infolge von Kurzarbeit, Arbeitsausfällen oder unverschuldeter Arbeitsversäumnis kein oder ein vermindertes Arbeitsentgelt erzielt wurde, bleiben diese Tage nach § 200 Abs. 2 Satz 3 RVO außer Ansatz (Ausfallzeiten). Die Begriffe „Kurzarbeit“

und „Arbeitsausfälle“ sind dieselben wie in § 11 Abs. 2 Satz 2.

Hat das Arbeitsverhältnis, das zur Begründung des Anspruchs auf Mutterschaftsgeld geführt hat, weniger als drei Monate gedauert, ist der kürzere Zeitraum der Berechnung zugrunde zu legen.

Nach § 200 Abs. 2 Satz 4 RVO wird außerdem bestimmt, daß ausnahmsweise das durchschnittliche kalendertägliche Arbeitsentgelt einer gleichartig Beschäftigten zugrunde zu legen ist, wenn eine Berechnung nach § 200 Abs. 2 Satz 1 und 3 RVO nicht möglich ist. Nach herrschender Meinung wird die Berechnung z. B. als in diesem Sinne unmöglich angesehen, wenn

- im an sich maßgebenden Bezugszeitraum so große Fehlzeiten liegen, daß im Ergebnis nicht mehr von einem „durchschnittlichen Entgelt“ gesprochen werden kann (nur wenige zu berücksichtigende Tage), oder
- die Berechnung nach der Regel infolge Wechsels aus einem Ausbildungs- in ein Arbeitsverhältnis zu einem offensichtlich unbilligen Ergebnis führen würde.

Erwächst aus einer erneuten Schwangerschaft während des Erziehungsurlaubs Anspruch auf Mutterschaftsgeld für die Zeit der Schutzfristen nach § 3 Abs. 2 und § 6 Abs. 1 sowie für den Entbindungstag, sind der Berechnung des Mutterschaftsgeldes der Zeitraum und der Arbeitsverdienst zugrunde zu legen, die für die Berechnung des Mutterschaftsgeldes für die Zeit der auf der vorausgegangenen Schwangerschaft beruhenden Schutzfristen maßgebend waren.

- 17.7 Nach dem Urteil des BSG vom 9. September 1971 - 3 RK 84/69 - ist bei der Berechnung des Mutterschaftsgeldes nicht von einem arbeitsrechtlichen Entgeltbegriff, sondern vom Entgelt im sozialversicherungsrechtlichen Sinne (§§ 14, 17 SGB IV in Verbindung mit der Arbeitsentgeltverordnung) auszugehen.

- 17.7.1 Arbeitsentgelt ist der in der regelmäßigen Arbeitszeit des Berechnungszeitraumes erzielte Arbeitsverdienst in Form von Gehalt, Lohn, Ausbildungsvergütung, Ausbildungsgeld oder Entgelt. Dabei ist es unerheblich, ob das Arbeitsentgelt als Monats-, Stunden-, Akkord- oder Prämienverdienst gewährt wird.

Zum Arbeitsentgelt gehört auch die Vergütung für Mehrarbeit, für geleistete Überstunden, für Nacht-, Sonntags- und Feiertagsarbeit, und zwar auch dann, wenn die Mehrarbeit usw. nicht regelmäßig geleistet wurde.

Zulagen und Zuschläge zählen zum Arbeitsentgelt, soweit sie nicht als Ersatz von Aufwendungen gezahlt werden.

Zum Arbeitsentgelt gehören ferner alle Zahlungen, die der Arbeitgeber im Berechnungszeitraum zum Ausgleich von Verdienstaussfällen leistet, wenn durch sie ein Minderverdienst an einem Tage verhindert wird, der nach § 200 Abs. 2 Satz 3 RVO sonst nicht zu berücksichtigen wäre. Hierzu gehören u. a. das Feiertagsentgelt nach § 2 des Gesetzes über die Zahlung des Arbeitsentgelts an Feiertagen und im Krankheitsfall, die Lohnausfallerstattung für Personalratsmitglieder, die Urlaubsvergütung bzw. der Urlaubslohn (nicht jedoch das Urlaubsgeld oder eine Urlaubsabgeltung) sowie der nach § 11 gesicherte Durchschnittsverdienst.

- 17.7.2 Vermögenswirksame Leistungen des Arbeitgebers und vermögenswirksam angelegte Teile des Arbeitslohnes der Arbeitnehmerin (§§ 10, 11 des Fünften Vermögensbildungsgesetzes) sind Arbeitsentgelt im Sinne des § 200 Abs. 2 Satz 1 RVO.

- 17.7.3 Leistungen des Arbeitgebers zu einer zusätzlichen Alters- und Hinterbliebenenversorgung (Umlagen zur VBL, zusätzliche Umlagen, Arbeitgeberzuschüsse, Arbeitgeberanteil an Erhöhungsbeträgen)

gehören zum Arbeitsentgelt im Sinne des § 200 Abs. 2 Satz 1 RVO, soweit sie nach der Arbeitsentgeltverordnung sozialversicherungspflichtiges Entgelt sind. Danach sind die pauschal versteuerten Umlagen und zusätzliche Umlagen in Höhe von 2,5 v. H. des für ihre Bemessung maßgebenden Entgelts, abzüglich 26,- DM monatlich (§ 2 Abs. 1 Satz 2 ArEV i. d. F. des Art. 1 Nr. 2 Buchstabe b der Verordnung vom 12. Dezember 1989, BGBl. I S. 2177), als Arbeitsentgelt anzusehen. Soweit Umlagen nicht pauschal versteuert werden, sind sie dem Arbeitsentgelt zuzurechnen.

17.7.4 Nicht zum Arbeitsentgelt im Sinne des § 200 Abs. 2 Satz 1 RVO gehören die Arbeitgeberzuschüsse zum Krankenversicherungsbeitrag nach § 257 SGB V und zum Pflegeversicherungsbeitrag nach § 61 SGB XI sowie Aufwandsentschädigungen (z. B. Reisekosten).

17.7.5 Einmalig gezahltes Arbeitsentgelt (§ 227 SGB V), das nach § 200 Abs. 2 Satz 3 RVO nicht zum Arbeitsentgelt im Sinne dieser Vorschrift gehört, sind z. B. Zuwendungen nach den Zuwendungstarifverträgen, Urlaubsgelder, Jubiläumszuwendungen, Urlaubsabgeltungen.

17.7.6 Änderungen der Höhe der Vergütung bzw. des Lohnes, die nach Ablauf des Berechnungszeitraums wirksam werden, werden bei der Bemessung nicht berücksichtigt. Rückwirkende Erhöhungen der Bezüge, die den ganzen oder einen Teil des Berechnungszeitraumes betreffen, sind für die Monate zu berücksichtigen, auf die sie entfallen. Dies gilt auch dann, wenn der Anspruch auf die rückwirkende Erhöhung der Bezüge des Berechnungszeitraums auf einem Tarifvertrag (z. B. Vergütungstarifvertrag, Monatslohnstarifvertrag) beruht, der erst nach Ablauf des Berechnungszeitraumes oder nach Beginn der Schutzfrist des § 3 Abs. 2 vereinbart worden ist (Urteil des BAG vom 6. April 1994 - 5 AZR 501/93 - AP Nr. 11 zu § 14 MuSchG 1968 -).

17.7.7 Tage, an denen infolge von Kurzarbeit, Arbeitsausfällen oder unverschuldeter Arbeitsversäumnisse kein oder ein vermindertes Arbeitsentgelt erzielt wurde, bleiben nach § 200 Abs. 2 Satz 3 RVO außer Ansatz. Dies gilt auch für die an diesen Tagen erzielten Minderverdienste. Tage mit Verdienstminderungen wegen verschuldeter Arbeitsversäumnisse und die entsprechend geringeren Arbeitsentgelte sind dagegen zu berücksichtigen.

17.8 Der für den Berechnungszeitraum ermittelte Brutobetrag des Arbeitsentgelts ist um die gesetzlichen Abzüge zu vermindern. Zu den gesetzlichen Abzügen gehören die Lohnsteuer, die Kirchensteuer sowie der Arbeitnehmeranteil am Gesamtsozialversicherungsbeitrag (§ 28d Satz 1 SGB IV) einschl. des Arbeitnehmeranteils am Beitrag zur sozialen Pflegeversicherung (§ 28d Satz 2 SGB IV). Dabei ist die Lohnsteuer in der Höhe zu berücksichtigen, wie sie vom Arbeitgeber nach den gesetzlichen Bestimmungen aufgrund der Eintragungen in der Lohnsteuerkarte für das Arbeitsentgelt in dem maßgebenden Berechnungszeitraum zu berechnen und einzubehalten war. Die Aufwendungen der Arbeitnehmerin für Beiträge zu einer zusätzlichen Alters- und Hinterbliebenenversorgung (z. B. freiwillige Versicherung in der gesetzlichen Rentenversicherung, Lebensversicherung, Höherversicherung) und für die freiwillige Versicherung in einer Krankenkasse oder bei einem privaten Krankenversicherungsunternehmen sowie der Arbeitnehmeranteil am Erhöhungsbetrag zur VBL, die gepfändeten Teile des Arbeitsentgelts und die vermögenswirksam angelegten Teile des Arbeitsentgelts sind keine gesetzlichen Abzüge.

Fällt in den Bemessungszeitraum ein nicht zu berücksichtigendes einmalig gezahltes Arbeitsentgelt im Sinne von § 227 SGB V (§ 200 Abs. 2 Satz 3 RVO), ist eine fiktive Berechnung des Nettoarbeitsentgelts vorzunehmen.

Beispiel 1:

Bemessungszeitraum Dezember:

Laufendes Arbeitsentgelt	2 500,— DM
Zuwendung	1 000,— DM
Dezemberbezüge insgesamt	3 500,— DM
a) Beitragspflichtiges Entgelt	3 500,— DM
b) Steuerpflichtiges Entgelt	3 500,— DM
c) Bruttoarbeitsentgelt, von dem das fiktive Nettoarbeitsentgelt als Bemessungsgrundlage für das Mutterschaftsgeld zu ermitteln ist (beitrags- und steuerpflichtiger Betrag)	2 500,— DM

Beispiel 2:

Bemessungszeitraum Dezember:

Laufendes Arbeitsentgelt	2 500,— DM
Zuwendung	—
Dezemberbezüge insgesamt	2 500,— DM
a) Beitragspflichtiges Entgelt	2 500,— DM
b) Steuerpflichtiges Entgelt	2 500,— DM
c) Bruttoarbeitsentgelt, von dem das fiktive Nettoarbeitsentgelt als Bemessungsgrundlage für das Mutterschaftsgeld zu ermitteln ist (beitrags- und steuerpflichtiger Betrag)	2 500,— DM

17.9 Für die Ermittlung des Mutterschaftsgeldes ist das nach den vorstehenden Hinweisen vom Arbeitgeber errechnete (vgl. Nr. 17.8) und der Krankenkasse mitgeteilte Nettoarbeitsentgelt von dieser auf den Kalendertag umzurechnen (kalendertägliches Durchschnittsarbeitsentgelt). Sind im Berechnungszeitraum keine Ausfallzeiten enthalten, wird der Monat zu 30 Kalendertagen ohne Rücksicht darauf angesetzt, ob die Arbeitswoche der Arbeitnehmerin fünf oder sechs Tage beträgt und ob der betreffende Monat mehr oder weniger als 30 Kalendertage hat (vgl. § 47 Abs. 2 Satz 3 SGB V).

Das gesamte Nettoarbeitsentgelt des Berechnungszeitraums ohne Ausfallzeiten wird daher bei monatlicher Abrechnung durch 90 (3 Kalendermonate $\times$ 30 Tage) geteilt. Der Divisor von 90 verringert sich nur dann, wenn sich nach § 200 Abs. 2 Satz 3 RVO auch der Berechnungszeitraum verringert, und zwar um die Zahl der Tage, um die der Berechnungszeitraum zu verkürzen ist.

17.10 Während der Zeit des Bezuges von Mutterschaftsgeld liegt keine in der Sozialversicherung versicherungspflichtige Beschäftigung vor (§ 5 SGB V, § 1 SGB VI, §§ 20, 23 SGB XI, § 70 AFG). Für diese Zeit ist deshalb kein Gesamtsozialversicherungsbeitrag (§ 28d Satz 1 SGB IV) einschl. des Beitrags zur sozialen Pflegeversicherung (§ 28d Satz 2 SGB IV) zu entrichten. Etwas anderes gilt nur, wenn während des Bezuges von Mutterschaftsgeld einmalig gezahltes Arbeitsentgelt gezahlt wird (vgl. Unterabs. 6).

In der gesetzlichen Krankenversicherung bleibt die Arbeitnehmerin ohne Beitragsleistung versichert, solange sie Anspruch auf Mutterschaftsgeld oder auf Krankengeld hat (§ 192 Abs. 1 Nr. 2 SGB V, § 224 Abs. 1 SGB V).

In der Rentenversicherung werden Zeiten, in denen die Arbeitnehmerin wegen Schwangerschaft oder Mutterschutz während der Schutzfristen eine versicherte Beschäftigung nicht ausgeübt hat, als Anrechnungszeit berücksichtigt, wenn dadurch eine versicherte Beschäftigung unterbrochen wird (§ 58 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 Satz 1 SGB VI).

In der sozialen Pflegeversicherung besteht die Mitgliedschaft für die Dauer des Anspruchs auf

Mutterschaftsgeld fort (§ 192 Abs. 1 Nr. 2 SGB V i. V. m. § 49 Abs. 2 Satz 1 SGB XI); das Mutterschaftsgeld bleibt beitragsfrei (§ 56 Abs. 3 SGB XI).

In der Arbeitslosenversicherung ist die Zeit des Bezuges von Mutterschaftsgeld dann einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung gleichgestellt, wenn durch Schwangerschaft oder Mutterschaft eine die Beitragspflicht begründende Beschäftigung unterbrochen worden ist (§ 107 Abs. 1 Nr. 5 Buchstabe b AFG).

Erhält die Arbeitnehmerin während der Zeit des Bezuges von Mutterschaftsgeld einmalig gezahltes Arbeitsentgelt (z. B. Urlaubsgeld, Zuwendungen), ist dies beitragspflichtig zu allen Zweigen der Sozialversicherung und dem Lohnabrechnungszeitraum zuzuordnen, in dem es ausgezahlt wird (§ 227 SGB V, § 164 SGB VI, § 57 Abs. 1 SGB XI und § 175 AFG). Der Anspruch auf Mutterschaftsgeld bleibt dadurch unberührt (§ 200 Abs. 4 Satz 2 RVO). Von dem einmalig gezahlten Arbeitsentgelt ist, soweit es zusatzversorgungspflichtig ist, die Umlage zur Zusatzversorgung bei der VBL zu entrichten. Dabei ist das einmalig gezahlte Arbeitsentgelt, wenn es nach § 227 SGB V einem Kalendermonat zuzuordnen ist, in dem keine Umlage aus sonstigem steuerpflichtigen Arbeitslohn zu zahlen ist, dem letzten vorangegangenen Kalendermonat zuzuordnen, für den Umlage zu entrichten war (§ 8 Abs. 5 Satz 2 Versorgungs-TV).

Erhält die Arbeitnehmerin in dem Zeitraum, für den ihr Mutterschaftsgeld zusteht, aufgrund freiwilliger Weiterarbeit während der Schutzfrist nach § 3 Abs. 2 (vgl. Nr. 3.3 und Nr. 3.5) Arbeitsentgelt, sind hiervon Beiträge zur Sozialversicherung (einschl. der sozialen Pflegeversicherung) und Umlagen zur zusätzlichen Alters- und Hinterbliebenenversorgung abzuführen.

- 17.11 Bei Arbeitnehmerinnen, die schon vor Beginn der Mutterschutzfrist nach § 3 Abs. 2 arbeitsunfähig erkrankt sind, endet die Zahlung der Krankenbezüge (§ 37 BAT, § 71 BAT, § 42 MTL II) mit Beginn dieser Frist (vgl. Nrn. 17.4 bis 17.4.2); hieran hat sich auch nach dem Wegfall des Vorrangs von Mutterschaftsgeld vor Arbeitsentgelt ab 1. Juni 1994 (vgl. Nr. 17.4.2) nichts geändert (vgl. Zmarzik/Zipperer/Viethen, Mutterschutzgesetz, 7. Auflage, RdNr. 153 zu § 200 RVO). Dauert die Krankheit über das Ende der Schutzfrist nach § 6 Abs. 1 bzw. das Ende des Erziehungsurlaubs nach dem Bundeserziehungsgeldgesetz hinaus an, sind mit Ablauf der Schutzfrist bzw. des Erziehungsurlaubs die Krankenbezüge für den nach § 37 Abs. 4 bis 7 BAT, § 71 BAT bzw. § 42 Abs. 6 bis 10 MTL II etwa noch vorhandenen Anspruchszeitraum weiterzuzahlen.

Aus der Formulierung in § 37 Abs. 4 Unterabs. 1 BAT, § 71 Abs. 2 Unterabs. 1 Satz 2 BAT und in § 42 Abs. 6 MTL II („Die Krankenbezüge bzw. der Krankengeldzuschuß werden bzw. wird bis zum Ende der ... Woche seit dem Beginn der Arbeitsunfähigkeit gezahlt“) ergibt sich, daß die Fristen nach den genannten Vorschriften durchzurechnen sind, d. h. durch die Mutterschutzfristen keine Unterbrechung und keine entsprechende Verlängerung erfahren. Dies gilt auch bei einer Erkrankung innerhalb der Schutzfristen bzw. des Erziehungsurlaubs nach dem Bundeserziehungsgeldgesetz, die über das Ende der Schutzfrist nach § 6 Abs. 1 bzw. das Ende des Erziehungsurlaubs hinaus andauert. § 37 Abs. 2 Unterabs. 1 BAT, § 71 Abs. 2 Unterabs. 1 Satz 1 BAT bzw. § 42 Abs. 4 Unterabs. 1 Satz 1 MTL II bleiben unberührt.

- 17.12 Das kalendertägliche Mutterschaftsgeld ist vom ersten Tage des Sechswochenzeitraumes an zu gewähren, und zwar auch dann, wenn dies bei einer Tätigkeit in der Fünftageweche ein arbeitsfreier Samstag oder Sonntag ist. Es wird darauf hingewiesen, daß in diesem Fall bei Angestellten entsprechend der Bestimmung des § 36 Abs. 2 BAT der letzte Tag der Zahlung der Vergütung und der erste Tag der Zahlung des Mutterschaftsgeldes unmit-

telbar aufeinander folgen. Bei Arbeiterinnen ist in dem in Satz 1 genannten Fall die Lohnzahlung nach § 30 Abs. 3 Buchstabe b MTL II mit Ablauf des Freitags einzustellen; die Zahlung des Mutterschaftsgeldes beginnt erst am Sonntag oder Montag (entsprechend dem Entbindungstag). Eine Schlechterstellung gegenüber den Angestellten besteht hierbei jedoch nicht, da die Arbeiterin ihren auf die Woche entfallenden Anteil des monatlichen Lohnes bis zum Sonntag bereits während der fünf Arbeitstage dieser Woche verdient hat.

18 Zu § 14 (Zuschuß zum Mutterschaftsgeld)

- 18.1 Das Mutterschaftsgeld, das der Arbeitnehmerin, die Mitglied einer Krankenkasse ist, von dieser Krankenkasse während der Schutzfrist nach § 3 Abs. 2, für den Entbindungstag und während der Schutzfrist nach § 6 Abs. 1 zu zahlen ist, ist auf höchstens 25,- DM für jeden Kalendertag begrenzt. Das vom Bundesversicherungsamt der Arbeitnehmerin, die nicht Mitglied einer Krankenkasse ist, während der Schutzfristen zu zahlende Mutterschaftsgeld ist außerdem auf insgesamt 400,- DM begrenzt. War das um die gesetzlichen Abzüge verminderte durchschnittliche kalendertägliche Arbeitsentgelt in dem maßgebenden Berechnungszeitraum (§ 14 Abs. 1 Satz 2) höher als 25,- DM für den Kalendertag, hat der Arbeitgeber einen Zuschuß zum Mutterschaftsgeld in Höhe des Unterschiedsbetrages zu zahlen. Ist das Mutterschaftsgeld für die Zeit der Beschäftigungsverbote (§ 3 Abs. 2, § 6 Abs. 1) auf insgesamt 400,- DM begrenzt, wird der kalendertägliche Zuschuß aus dem Unterschied zwischen 25,- DM und dem maßgebenden Arbeitsentgelt (vgl. Nrn. 18.4 bis 18.7) berechnet.

- 18.2 Voraussetzungen für den Anspruch der Arbeitnehmerin auf den Zuschuß des Arbeitgebers zum Mutterschaftsgeld sind das Bestehen des Arbeitsverhältnisses und der Anspruch auf Mutterschaftsgeld während der Zeit der Schutzfristen des § 3 Abs. 2 und des § 6 Abs. 1. Hinsichtlich des Anspruchsgrundes und der Anspruchsdauer ist entscheidend, ob und für welche Zeit die Arbeitnehmerin nach § 200 RVO oder nach § 13 Abs. 2 Anspruch auf Mutterschaftsgeld hat. Der Anspruch auf den Zuschuß gegen den Arbeitgeber ist aber dem Grunde, der Dauer und der Höhe nach nicht von der tatsächlichen Zahlung des Mutterschaftsgeldes abhängig. Der Arbeitgeber muß daher ggf. prüfen, ob die Arbeitnehmerin einen Rechtsanspruch auf Mutterschaftsgeld hat. Auch die Berechnung, die für die Bemessung des Mutterschaftsgeldes zugrunde gelegt worden ist, ist für den Arbeitgeber nicht bindend (vgl. auch Nr. 18.4).

Eine Arbeitnehmerin, die nach § 50 Abs. 2 BAT bzw. nach § 54a MTL II ohne Fortzahlung der Bezüge beurlaubt worden ist, hat während der Zeit der Beurlaubung keinen Anspruch auf den Zuschuß zum Mutterschaftsgeld. Voraussetzung für diesen Anspruch ist – neben dem Anspruch auf Mutterschaftsgeld – nämlich, daß das durch die Schutzfristen bedingte Beschäftigungsverbot alleinige Ursache für die Nichterbringung der Arbeitsleistung ist. Im Fall der Vereinbarung eines unbezahlten Urlaubs fehlt diese Kausalität, da der Arbeitgeber schon aufgrund der arbeitsrechtlichen Vereinbarung zur Lohnzahlung nicht mehr verpflichtet ist (vgl. Bulla-Buchner, Mutterschutzgesetz, § 14 Anm. 22; Zmarzik/Zipperer/Viethen, Mutterschutzgesetz, 7. Auflage § 14 Anm. 28; ebenso LAG München im Urteil vom 17. Dezember 1986 – 8 Sa 642/86 – und LAG Niedersachsen im Urteil vom 18. Februar 1987 – 7 Sa 749/86 – sowie das BAG in dem insoweit vergleichbaren Fall einer rechtmäßigen Aussperrung im Urteil vom 22. Oktober 1986 – 5 AZR 550/85 – AP Nr. 4 zu § 14 MuSchG 1968). Der Anspruch auf das Mutterschaftsgeld bleibt jedoch während eines unbezahlten Sonderurlaubs unberührt, da dieser Anspruch lediglich das Bestehen des Arbeitsverhältnisses voraussetzt (vgl. Nr. 17.1).

Eine Arbeitnehmerin hat während des Erziehungsurlaubs nach dem Bundeserziehungsgeldgesetz bei erneuter Schwangerschaft keinen Anspruch auf den Zuschuß zum Mutterschaftsgeld für Zeiten der Schutzfristen nach § 3 Abs. 2 und § 6 Abs. 1 sowie für den Entbindungstag, soweit diese Zeiten in den Erziehungsurlaub fallen (§ 14 Abs. 4 Satz 1; vgl. auch Urteil des LAG Frankfurt/Main vom 20. Mai 1992 - 2 Sa 1883/91 - BB 1992, 2511). Sind diese Zeiten bei Beendigung des Erziehungsurlaubs noch nicht abgelaufen, hat die Arbeitnehmerin - das weitere Bestehen des Arbeitsverhältnisses vorausgesetzt - für die Zeit nach Beendigung des Erziehungsurlaubs bis zum Ablauf der Schutzfrist nach § 6 Abs. 1 einen Anspruch auf den Zuschuß zum Mutterschaftsgeld. Der Zuschuß ist nach dem Arbeitsverdienst zu berechnen, den die Arbeitnehmerin vor Beginn des Erziehungsurlaubs erhalten hat. Ein Anspruch auf den Zuschuß besteht jedoch auch während des Erziehungsurlaubs, wenn die Arbeitnehmerin eine zulässige Teilzeitbeschäftigung leistet (§ 14 Abs. 4 Satz 2). Maßstab für die Berechnung der Höhe des Zuschusses für Zeiten während des Erziehungsurlaubs ist in diesem Falle der Arbeitsverdienst, den die Arbeitnehmerin aus der zulässigen Teilzeitbeschäftigung vor Beginn der Schutzfrist nach § 3 Abs. 2 erzielt hat. Im übrigen gelten die Hinweise der Nummern 18.4 ff.

Bei zulässiger Lösung des Arbeitsverhältnisses während der Schwangerschaft oder während der Schutzfrist des § 6 Abs. 1 erhalten Frauen den Zuschuß zum Mutterschaftsgeld nach § 14 Abs. 1 zu Lasten des Bundes von der für die Zahlung des Mutterschaftsgeldes zuständigen Stelle. Hat das Arbeitsverhältnis durch Fristablauf geendet, liegt keine Auflösung durch den Arbeitgeber vor. Dieser Sachverhalt steht auch nicht der zulässigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber im Sinne des § 14 Abs. 2 gleich. Deshalb besteht in einem solchen Fall kein Anspruch auf kalendertägliches Mutterschaftsgeld und damit auch kein Anspruch auf Zuschuß des Arbeitgebers zum Mutterschaftsgeld (vgl. Urteil des BSG vom 1. Februar 1983 - 3 RK 53/81).

- 18.3 Das Mutterschaftsgeld in Höhe des Krankengeldes (§ 200 Abs. 2 Satz 6 RVO) sowie das Entbindungsgeld nach § 200b RVO lösen keinen Anspruch auf einen Zuschuß zum Mutterschaftsgeld aus.

- 18.4 Bei der Berechnung des Zuschusses zum Mutterschaftsgeld ist nicht vom sozialversicherungsrechtlichen Entgeltbegriff (vgl. § 13), sondern vom arbeitsrechtlichen Entgeltbegriff auszugehen.

Zum arbeitsrechtlichen Entgelt gehören alle aus dem Arbeitsverhältnis zustehenden Entgeltteile, auch soweit sie nicht der Lohnsteuerpflicht unterliegen und kein sozialversicherungspflichtiges Entgelt sind, z. B. die Zuschläge für Sonntags-, Feiertags- und Nacharbeit, soweit sie steuerfrei sind (§ 3b EStG). Zum arbeitsrechtlichen Entgelt gehören auch vermögenswirksame Leistungen des Arbeitgebers und vermögenswirksam angelegte Teile des Arbeitslohns, nicht jedoch Zuschüsse nach § 257 SGB V und § 61 SGB XI sowie Leistungen des Arbeitgebers zu einer zusätzlichen Alters- und Hinterbliebenenversorgung (Umlagen zur VBL, zusätzliche Umlagen, Arbeitgeberzuschüsse, Arbeitgeberanteil an Erhöhungsbeträgen).

Das für die Berechnung der Höhe des Zuschusses maßgebende kalendertägliche Arbeitsentgelt ist grundsätzlich aus den letzten drei abgerechneten Kalendermonaten vor Beginn der Schutzfrist nach § 3 Abs. 2 zu berechnen. Einmalig gezahltes Arbeitsentgelt (§ 227 SGB V) sowie Tage, an denen infolge von Kurzarbeit, Arbeitsausfällen oder unverschuldeter Arbeitsversäumnis kein oder ein vermindertes Arbeitsentgelt erzielt wurde, bleiben nach § 14 Abs. 1 Satz 3 außer Betracht. Zusätzlich ist in § 14 Abs. 1 Satz 4 bestimmt, daß ausnahmsweise das durchschnittliche kalendertägliche Arbeitsentgelt einer gleichartig Beschäftigten zu-

grunde zu legen ist, wenn eine Berechnung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 und 3 nicht möglich ist. Die Hinweise der Nummern 17.6, 17.7.5 und 17.7.7 gelten entsprechend.

- 18.5 Der Bruttobetrag des Arbeitsentgelts ist um die gesetzlichen Abzüge zu vermindern. Hierzu gehören die Lohnsteuer, die Kirchensteuer sowie der aufgrund des jeweiligen sozialversicherungspflichtigen Entgelts sich ergebende Arbeitnehmeranteil am Gesamtsozialversicherungsbeitrag (§ 28d Satz 1 SGB IV) einschl. des Arbeitnehmeranteils am Beitrag zur sozialen Pflegeversicherung (§ 28d Satz 2 SGB IV). Dabei ist die Lohnsteuer in der Höhe zu berücksichtigen, wie sie vom Arbeitgeber nach den gesetzlichen Bestimmungen aufgrund der Eintragungen in der Lohnsteuerkarte für das Arbeitsentgelt in dem maßgebenden Berechnungszeitraum zu berechnen und einzubehalten war. Änderungen der Eintragungen in der Steuerkarte (Steuerklasse und Freibeträge) bleiben unberücksichtigt, wenn die Änderungen der Steuermerkmale von der Arbeitnehmerin nur deshalb veranlaßt sind, um über einen höheren Nettoverdienst im Berechnungszeitraum einen höheren Zuschuß zum Mutterschaftsgeld zu erreichen. In diesem Falle handelt die Arbeitnehmerin rechtsmißbräuchlich und hat deshalb keinen Anspruch auf den höheren Zuschuß (vgl. Urteil des BAG vom 22. Oktober 1986 - 5 AZR 733/85 - AP Nr. 5 zu § 14 MuSchG 1968). Eine rechtsmißbräuchliche Änderung der Steuermerkmale kann in der Regel dann unterstellt werden, wenn diese Änderung während der Zeit der Schwangerschaft - ggf. auch zum Jahresbeginn (vgl. Urteil des BAG vom 16. Dezember 1987 - 5 AZR 367/86 -) - veranlaßt wird; auch die nach der Eheschließung getroffene erstmalige Wahl einer der Verhältnissen der monatlichen Arbeitslöhne offensichtlich nicht entsprechenden Steuerklassenkombination kann rechtsmißbräuchlich sein (vgl. Urteil des BAG vom 18. September 1991 - 5 AZR 581/90 - AP Nr. 10 zu § 14 MuSchG 1968). Eine Änderung der Steuermerkmale in der Steuerkarte nach Ablauf des Berechnungszeitraumes hat auf die Berechnung des Zuschusses grundsätzlich keinen Einfluß (vgl. Urteil des Arbeitsgerichts Aachen vom 12. Juli 1984 - 5 Ca 853/84 - NZA 1984 S. 261). Wie gesetzliche Abzüge zu behandeln sind auch die Beiträge zu berufsständischen Versorgungseinrichtungen (z. B. Ärzteversorgung) bis zur Höhe der Arbeitnehmerbeitragsanteile zur gesetzlichen Rentenversicherung, wenn ohne die Befreiungsvoraussetzungen des § 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung bestünde und wenn nach den jeweiligen Versicherungsbedingungen während der Schutzfristen keine Beiträge zur Versorgungseinrichtung zu entrichten sind (vgl. auch BAG, Urteil vom 1. Juni 1988 - 5 AZR 464/87 - AP Nr. 8 zu § 14 MuSchG 1968); sind während der Schutzfristen ermäßigte Beiträge zu entrichten, ist der Unterschiedsbetrag zwischen dem „Normalbeitrag“ und dem ermäßigten Beitrag wie ein gesetzlicher Abzug zu behandeln.

Die Aufwendungen des Arbeitnehmers für Beiträge zu einer zusätzlichen Alters- und Hinterbliebenenversorgung (z. B. freiwillige Versicherung in der gesetzlichen Rentenversicherung, Lebensversicherung, Höherversicherung), für die freiwillige Versicherung in einer Krankenkasse oder bei einem privaten Krankenversicherungsunternehmen sowie der Arbeitnehmeranteil am Erhöhungsbetrag zur VBL oder zu einer anderen Zusatzversorgungseinrichtung, die gepfändeten Teile des Arbeitsentgelts und die vermögenswirksam angelegten Teile des Arbeitsentgelts sind keine gesetzlichen Abzüge.

Fällt in den Berechnungszeitraum ein nicht zu berücksichtigendes einmalig gezahltes Arbeitsentgelt (§ 14 Abs. 1 Satz 3), ist eine fiktive Berechnung des Nettoarbeitsentgelts vorzunehmen; die Hinweise unter Nr. 17.8 gelten entsprechend.

- 18.6 Der nach den vorstehenden Hinweisen unter Nr. 18.5 errechnete Betrag des Nettoarbeitsentgelts ist entsprechend den Hinweisen unter Nr. 17.9 auf Kalendertage (KT) umzurechnen.

Beispiel 1:

Mai (keine Entgelt-kürzung)	netto 2000,— DM (30 KT)
Juni (keine Entgelt-kürzung; einschl. Überstunden)	netto 2500,— DM (30 KT)
Juli (keine Entgelt-kürzung; einschl. Bereitschaftsdienst)	netto 2300,— DM (30 KT)
	6800,— DM: 90 KT

Nettoarbeitsentgelt
je Kalendertag 75,56 DM

Beispiel 2:

Mai (Ablauf der Krankenbezüge mit dem 18. 5., Wiederaufnahme der Vergütungszahlung am 27. 5.)	netto 1500,— DM (22 KT)
Juni (keine Entgelt-kürzung)	netto 2000,— DM (30 KT)
Juli (Sonderurlaub unter Verzicht auf die Bezüge vom 10. bis 14. 7.)	netto 1600,— DM (25 KT)
	5100,— DM: 77 KT

Nettoarbeitsentgelt
je Kalendertag 66,23 DM

- 18.7 Die Höhe des kalendertäglichen Zuschusses ist die Differenz zwischen dem kalendertäglichen Nettoarbeitsentgelt (vgl. Nr. 18.6) und dem Betrag von 25,— DM.

Der Zuschuß ist monatlich in entsprechender Anwendung des § 36 Abs. 1 Unterabs. 1 BAT bzw. § 31 Abs. 2 Unterabs. 1 MTL II zu zahlen.

- 18.8 weggefallen

- 18.9 Beim Vorliegen mehrerer Arbeitsverhältnisse ist im Benehmen mit der Krankenkasse bzw. mit dem oder den anderen Arbeitgebern der Zuschuß von dem Gesamtnettoarbeitsentgelt zu berechnen und im Verhältnis der Nettoarbeitsentgelte aus den einzelnen Arbeitsverhältnissen von den einzelnen Arbeitgebern zu tragen (vgl. BAG, Urteil vom 3. Juni 1987 – 5 AZR 592/86 – AP Nr. 6 zu § 14 MuSchG 1968).

- 18.10 Die Dauer des Anspruchs auf den Zuschuß ist von der Dauer des Anspruchs auf das Mutterschaftsgeld abhängig. Vorzeitig erlischt der Anspruch mit dem Tode der Arbeitnehmerin (vgl. § 195 Abs. 2 Satz 1 RVO i. V. m. § 19 Abs. 1, § 190 Abs. 1 bzw. § 191 Nr. 1 SGB V) sowie mit der zulässigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses (§ 14 Abs. 2).

- 18.11 Der vom Arbeitgeber zu zahlende Zuschuß zum Mutterschaftsgeld unterliegt nicht der Einkommensteuer (§ 3 Nr. 1 Buchstabe d EStG) und ist somit auch nicht lohnsteuerpflichtig. Es wird jedoch darauf hingewiesen, daß u. a. bei Bezug von Mutterschaftsgeld und eines Zuschusses zum Mutterschaftsgeld auf das nach § 32a Abs. 1 EStG zu versteuernde Einkommen ein besonderer Steuersatz anzuwenden ist (§ 32b Abs. 1 und 2 EStG). Der Zuschuß ist weder sozialversicherungspflichtiges (§ 2 Abs. 2 Buchstabe b der Arbeitsentgeltverordnung i. d. F. der Verordnung vom 12. Dezember 1989, BGBl. I S. 2177) noch zusatzversicherungs-

pflichtiges Arbeitsentgelt (§ 8 Abs. 5 Versorgungs-TV).

- 18.12 Der Zuschuß zum Mutterschaftsgeld kann ganz oder teilweise vermögenswirksam angelegt werden.

Ein Anspruch auf Weiterzahlung der vermögenswirksamen Leistungen und der Zuschüsse des Arbeitgebers zum Krankenversicherungsbeitrag nach § 257 SGB V und zum Beitrag zur sozialen Pflegeversicherung nach § 61 SGB XI besteht nicht für Zeiten, in denen die Arbeitnehmerin nur Mutterschaftsgeld, ggf. mit dem Zuschuß nach § 14, erhält, weil die Zahlung von vermögenswirksamen Leistungen und der Zuschüsse nach § 257 SGB V und § 61 SGB XI einen Anspruch auf Vergütung, Lohn, Urlaubsvergütung, Urlaubslohn oder Krankenbezüge voraussetzt. Vermögenswirksame Leistungen und die Zuschüsse nach § 257 SGB V und § 61 SGB XI sind jedoch weiterzuzahlen für Zeiten, in denen die Arbeitnehmerin während der Schutzfrist nach § 3 Abs. 2 auf eigenen Wunsch weiterarbeitet und deshalb Anspruch auf Arbeitsentgelt hat.

- 18.13 Für Änderungen der Höhe der Vergütung bzw. des Lohnes, die in die Bezugszeit des Zuschusses zum Mutterschaftsgeld fallen, gilt Nummer 17.7.6 entsprechend.

Würde sich jedoch die Vergütung bzw. der Lohn einer Arbeitnehmerin von einem innerhalb der Schutzfristen liegenden Zeitpunkt an vermindern, weil die Arbeitszeit der Arbeitnehmerin durch eine wirksame vertragliche Absprache herabgesetzt worden ist, bemißt sich die Höhe des Zuschusses von diesem Zeitpunkt an nach der geringeren Vergütung bzw. dem geringeren Lohn (vgl. Urteil des BAG vom 11. Juni 1986 – 5 AZR 365/85 – AP Nr. 3 zu § 14 MuSchG 1968). Nach Feststellung des BAG ist der Zuschuß entsprechend dem Sinn und Zweck des Gesetzes nur insoweit zu zahlen, wie die Beschäftigungsverbote ursächlich für den Verdienstaustausch sind. Wird durch eine wirksame vertragliche Absprache die Arbeitszeit der Arbeitnehmerin von einem innerhalb der Schutzfristen liegenden Zeitpunkt an heraufgesetzt, bemißt sich die Höhe des Zuschusses von diesem Zeitpunkt an nach der höheren Vergütung bzw. dem höheren Lohn.

- 18.14 Für den Zuschuß zum Mutterschaftsgeld gelten die allgemeinen Regeln über arbeitsvertragliche Entgeltansprüche. Der Zuschuß ist z. B. deshalb pfändbar und unterliegt dem Pfändungsschutz wie sonstiges, in Geld zahlbares Arbeitseinkommen. In dem Umfange, in dem der Zuschuß zum Mutterschaftsgeld pfändbar ist, kann er auch abgetreten, verpfändet oder zur Aufrechnung herangezogen werden.

- 19 Zu § 16 (Freizeit für Untersuchungen)

- 19.1 Auf die Verpflichtung des Arbeitgebers, der Arbeitnehmerin die Freizeit zu gewähren, die zur Durchführung der Untersuchungen im Rahmen der Mutterschaftshilfe erforderlich ist (Satz 1), wird besonders hingewiesen. Eine Verpflichtung zur Freistellung besteht nicht, wenn die Untersuchungen außerhalb der Arbeitszeit der Arbeitnehmerin durchgeführt werden können.

- 19.2 Für die infolge der Freizeitgewährung versäumten Arbeitsstunden ist das Arbeitsentgelt nach dem Lohnausfallprinzip so fortzuzahlen, als ob die Arbeitnehmerin während dieser Zeit tatsächlich gearbeitet hätte (Satz 2).

- 20 Zu § 19 (Auskunft)

Auf die Auskunftspflicht des Arbeitgebers gegenüber der Aufsichtsbehörde (Abs. 1) und auf die Pflicht des Arbeitgebers zur Aufbewahrung der Unterlagen mindestens bis zum Ablauf von zwei Jahren nach der letzten Eintragung (Abs. 2) wird

hingewiesen. Aufbewahrungsfristen aufgrund anderer Bestimmungen bleiben unberührt.

21 Zu § 20 (Aufsichtsbehörden)

Nach der Verordnung zur Regelung von Zuständigkeiten auf dem Gebiet des Arbeits- und Technischen Gefahrenschutzes vom 14. 6. 1994 (GV. NW. S. 360) sind die staatlichen Ämter für Arbeitsschutz zuständige Aufsichtsbehörde nach dem Mutter-schutzgesetz.

- MBl. NW. 1995 S. 1024.

II.

Hinweise

Inhalt des Gesetz- und Verordnungsblattes für das Land Nordrhein-Westfalen

Nr. 50 v. 29. 6. 1995

(Einzelpreis dieser Nummer 11,- DM (ohne Karten, mit Karten 23,- DM) zuzügl. Portokosten)

Glied.-Nr.	Datum		Seite
230	11. 5. 1995	Landesentwicklungsplan Nordrhein-Westfalen (LEP NRW)	532
			- MBl. NW. 1995 S. 1040.

Nr. 51 v. 30. 6. 1995

(Einzelpreis dieser Nummer 4,40 DM zuzügl. Portokosten)

Glied.-Nr.	Datum		Seite
2011	30. 5. 1995	Fünfzehnte Verordnung zur Änderung der Allgemeinen Verwaltungsgebührenordnung	568
2121		Berichtigung der Verordnung zur Änderung der Verordnung über die Zuständigkeiten im Arzneimittelwesen vom 2. Mai 1995 (GV. NW. S. 380).	575
2251	9. 6. 1995	Satzung der Landesanstalt für Rundfunk Nordrhein-Westfalen (LfR) über die Grundsätze der Kanalbelegung für die Kabelanlagen in Nordrhein-Westfalen.	575
301	20. 6. 1995	Verordnung über die Führung des Partnerschaftsregisters	576
			- MBl. NW. 1995 S. 1040.

Nr. 52 v. 5. 7. 1995

(Einzelpreis dieser Nummer 2,20 DM zuzügl. Portokosten)

Glied.-Nr.	Datum		Seite
2010	13. 6. 1995	Verordnung zur Änderung der Kostenordnung zum Verwaltungsvollstreckungsgesetz.	584
2031	16. 6. 1995	Siebte Verordnung zur Änderung der Verordnung über die Gewährung von Beihilfen in Krankheits-, Geburts- und Todesfällen an Angestellte, Arbeiter und Auszubildende (BVOAng)	580
20320	16. 6. 1995	Zwölfte Verordnung zur Änderung der Beihilfenverordnung – BVO –	580
	12. 6. 1995	Bekanntmachung der Genehmigung der 19. Änderung des Gebietsentwicklungsplanes für den Regierungsbezirk Arnsberg, Teilabschnitt Dortmund/Unna/Hamm (Neudarstellung einer Reststoffdeponie im Gebiet der Stadt Werne – Reststoffdeponie des Kreises Unna –)	582
	12. 6. 1995	Bekanntmachung der Genehmigung der 11. Änderung des Gebietsentwicklungsplanes für den Regierungsbezirk Köln, Teilabschnitt Kreisfreie Stadt Köln, Kreisfreie Stadt Leverkusen, Erftkreis, Oberbergischer Kreis, Rheinisch-Bergischer Kreis und zugleich der 4. Änderung des Gebietsentwicklungsplanes, Teilabschnitt Bonn/Rhein-Sieg-Kreis (Neubaustrecke der Deutschen Bahn zwischen Köln und dem Raum Rhein/Main bis zur Landesgrenze Nordrhein-Westfalen/Rheinland-Pfalz sowie S-Bahn-Verbindung Köln Hbf-Flughafen Köln/Bonn-Bonn-Beuel-Bonn Hbf)	583
	16. 6. 1995	Bekanntmachung der Genehmigung der 13. Änderung des Gebietsentwicklungsplanes für den Regierungsbezirk Köln, Teilabschnitt Kreisfreie Stadt Köln, Kreisfreie Stadt Leverkusen, Erftkreis, Oberbergischer Kreis, Rheinisch-Bergischer Kreis (Darstellung von Bereichen für den Schutz der Natur)	583

- MBl. NW. 1995 S. 1040.

Einzelpreis dieser Nummer 7,95 DM
zuzügl. Porto- und Versandkosten

Bestellungen, Anfragen usw. sind an den A. Bagel Verlag zu richten. Anschrift und Telefonnummer wie folgt für
Abonnementsbestellungen: Grafenberger Allee 100, Fax (02 11) 96 82/2 29, Tel. (02 11) 96 82/2 38 (8.00–12.30 Uhr), 40237 Düsseldorf
 Bezugspreis halbjährlich 98,- DM (Kalenderhalbjahr). Jahresbezug 196,- DM (Kalenderjahr), zahlbar im voraus. Abbestellungen für Kalenderhalbjahresbezug müssen bis zum 30. 4. bzw. 31. 10., für Kalenderjahresbezug bis zum 31. 10. eines jeden Jahres beim A. Bagel Verlag vorliegen.
 Reklamationen über nicht erfolgte Lieferungen aus dem Abonnement werden nur innerhalb einer Frist von drei Monaten nach Erscheinen anerkannt.

In den Bezugs- und Einzelpreisen ist keine Umsatzsteuer i. S. d. § 14 UStG enthalten.

Einzelbestellungen: Grafenberger Allee 100, Tel. (02 11) 96 82/2 41, 40237 Düsseldorf

Von Vorabsendungen des Rechnungsbetrages – in welcher Form auch immer – bitten wir abzusehen. Die Lieferungen erfolgen nur aufgrund schriftlicher Bestellung gegen Rechnung. Es wird dringend empfohlen, Nachbestellungen des Ministerialblattes für das Land Nordrhein-Westfalen möglichst innerhalb eines Vierteljahres nach Erscheinen der jeweiligen Nummer beim A. Bagel Verlag vorzunehmen, um späteren Lieferschwierigkeiten vorzubeugen. Wenn nicht innerhalb von vier Wochen eine Lieferung erfolgt, gilt die Nummer als vergriffen. Eine besondere Benachrichtigung ergeht nicht.

Herausgeber: Landesregierung Nordrhein-Westfalen, Haroldstraße 5, 40213 Düsseldorf
 Herstellung und Vertrieb im Namen und für Rechnung des Herausgebers: A. Bagel Verlag, Grafenberger Allee 100, 40237 Düsseldorf
 Druck: TSB Tiefdruck Schwann-Bagel, Düsseldorf und Mönchengladbach

ISSN 0177-3569