



MINISTERIALBLATT

FÜR DAS LAND NORDRHEIN-WESTFALEN

39. Jahrgang

Ausgegeben zu Düsseldorf am 9. September 1986

Nummer 72

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	31. 7. 1986	RdErl. d. Finanzministers Anwendung des Mutterschutzgesetzes auf die im Landesdienst beschäftigten Arbeitnehmerinnen	1241

I.

20310

Anwendung des Mutterschutzgesetzes auf die im Landesdienst beschäftigten Arbeitnehmerinnen

RdErl. d. Finanzministers v. 31. 7. 1986 –
B 4000 – 1.7 – IV 1

Das Mutterschutzgesetz ist durch das Gesetz über die Gewährung von Erziehungsgeld und Erziehungsurlaub (BERzGG) vom 6. Dezember 1985 (BGBl. I S. 2154) geändert worden. Das Bundesarbeitsgericht hat einige weitere Rechtsfragen von allgemeiner Bedeutung entschieden. In diesem Zusammenhang haben die öffentlichen Arbeitgeber Zweifel Fragen geklärt, die sich bei der Anwendung des Gesetzes auf die im öffentlichen Dienst beschäftigten Arbeitnehmerinnen infolge der Konkurrenz tarifvertraglicher Regelungen mit den gesetzlichen Vorschriften ergeben haben. Zur Anpassung an die Rechtslage sind zahlreiche und umfangreiche Änderungen der bisherigen Durchführungshinweise erforderlich. Im Einvernehmen mit dem Innenminister werden die bisherigen Hinweise zur Anwendung des Mutterschutzgesetzes auf die im Landesdienst beschäftigten Arbeitnehmerinnen in meinem RdErl. v. 28. 4. 1983 (SMBL. NW. 20310) durch folgende Neufassung ersetzt:

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, Lernschwestern, Schülerinnen 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 – i. d. F. vom 12. Juli 1968 – BGBl. I S. 805 –).

- 1.2 Das MuSchG gilt nicht für Frauen, die in einem selbständigen Dienstverhältnis, Werksvertragsverhältnis 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 der Beamtinnen im Lande Nordrhein-Westfalen in der Fassung der Bekanntmachung vom 4. Juli 1968 (GV. NW. S. 230), zuletzt geändert durch Verordnung vom 8. April 1986 (GV. NW. S. 231), – 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 (§ 18 AZO, § 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 in der gesetzlichen Krankenversicherung nicht 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 gemäß § 200c Abs. 2 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. das Bundesversicherungsamt (§ 13) und ggf. 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 Tage des Beginns der Schutzfrist vorangeht. Während der Schutzfrist finden die Konkurrenzvorschriften des Ortszuschlags weiterhin Anwendung (§ 29 Abschn. B Abs. 5 Satz 1 zweiter Halbsatz und Absatz 6 Satz 1 zweiter Halbsatz BAT).
- 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.
- 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 Ar-

beitnehmerin darauf beruft. Voraussetzung hierfür ist allerdings, daß dem Arbeitgeber die Schwangerschaft bekannt ist; vgl. auch Nr. 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 der TdL vom 5. Juli 1977 in ihrer jeweiligen Fassung Anwendung finden.
- 4.3 Bei Beschäftigungsverboten ist mindestens der Durchschnittsverdienst nach § 11 zu zahlen (vgl. Nr. 16).

5 **Zu § 5 (Mittlungspflicht, 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. Beim Abschluß des Arbeitsvertrages und bei der Einstellung ist es zulässig, in angemessener Form (mündlich oder durch Fragebogen) nach dem Bestehen einer Schwangerschaft zu fragen. Die Frau kann die Antwort verweigern. Das wissentliche Verschweigen des Bestehens einer Schwangerschaft auf ausdrückliches Befragen ist eine arglistige Täuschung und berechtigt gemäß § 123 BGB zur Anfechtung des Arbeitsvertrages (Urteil des BAG vom 6. Oktober 1982 - 2 AZR 360/81 - AP Nr. 24 zu § 9 MuSchG).
- 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. Haben sich Arzt oder 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 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 (vgl. Nr. 21 dieser Hinweise).
- 5.4 Der Arbeitgeber darf die ihm zugewandene Mitteilung über die Schwangerschaft Dritten nicht unbefugt bekanntgeben (Absatz 1 Satz 4). Eine befugte Unterrichtung liegt jedoch vor, wenn der Arbeitge-

ber die Vorschriften des MuSchG ohne Bekanntgabe der Mitteilung nicht erfüllen könnte (z. B. Unterbrechung der unmittelbaren Vorgesetzten zwecks Einhaltung von Beschäftigungsverboten, der zuständigen Personen in der Personalstelle und der Lohnfeststellungsstelle, des Personalarztes, des Werkarztes).

Das Bundesarbeitsgericht hat im Beschluß vom 27. Februar 1988 - 1 ABR 6/87 - (AP Nr. 1 zu § 58 BetrVG) die Auffassung vertreten, der Arbeitgeber sei verpflichtet, dem Betriebsrat (Personalrat) die ihm bekanntgewordene Schwangerschaft unverzüglich mitzuteilen.

- 5.5 Wegen der Erstattung des Entgeltausfalls, der der Arbeitnehmerin durch die Durchführung der Untersuchungen entsteht, vgl. § 16 und die Hinweise hierzu unter Nr. 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 weiterhin Anwendung (§ 29 Abschn. B Abs. 5 Satz 1 zweiter Halbsatz und Absatz 6 Satz 1 zweiter Halbsatz BAT).
- 6.2 Maßgebend für den Beginn der Schutzfrist nach Absatz 1 ist die Entbindung, deren Zeitpunkt durch die ständesamtliche 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. das Bundesversicherungsamt (§ 13) und ggf. 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 Beschäftigungsverbot 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 über die 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.

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.
- 7.2 Ein Verdienstausschlag darf durch die Gewährung der Stillzeiten nicht eintreten (Absatz 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 in seinem Beschluß vom 2. Mai 1983 - 13 Sa 4/83 - zu der Auffassung gekommen, daß nach dem Willen des Gesetzgebers ein Anspruch auf unbestimmte Zeit nicht besteht, sondern in Fällen anomaler 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 beschränkt, da keine mutterschutzgesetzliche Norm (z. B. § 6 Abs. 1 und 2, § 8 a - gestrichen durch das BVerfG v. 8. 12. 1985 -, § 9, § 9 a - gestrichen durch das BVerfG v. 8. 12. 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 1/84 S. 10) dieser Auffassung angeschlossen. Es hat ausgeführt, daß eine Verpflichtung des Arbeitgebers zur Freistellung der stillenden Mutter spätestens dann nicht mehr gegeben ist, wenn das Kind das erste Lebensjahr vollendet hat.

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 AZO).
- 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 Krankenpflegesanstalten, Pflege-, Kinder-, Alters-, Lehrlings- und Erholungsheimen usw. 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. Es dürfte zweckmäßig sein, hierbei die Woche im Sinne des § 15 Abs. 8 BAT bzw. MTL II (Beginn jeweils am Sonntag 6.00 Uhr) zugrunde zu legen.
- 8.5 Darf der Arbeitgeber die Arbeitnehmerin wegen des Verbots der Mehrarbeit, der Nachtarbeit 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 Verdienstausschlag, 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 in den Nr. 9 bis 12 betrafen die Vorschriften in §§ 8 a bis 8 d über den Mutterschaftsurlaub nach diesem Gesetz, der mit der Einführung des Erziehungsurlaubs durch das Bundeserziehungsgeldgesetz weggefallen ist. Zur Durchführung der Vorschriften über den Erziehungsurlaub für die im Landesdienst beschäftigten Arbeitnehmer wird auf den RdErl. v. 5. 2. 1986 – SMBl. NW. 20310 – hingewiesen.
- 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 Kündigungsverbots ist, daß dem Arbeitgeber im Zeitpunkt der Kündigung die Schwangerschaft oder die Entbindung bekannt war oder ihm innerhalb von zwei 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. Auf den Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 13. November 1979 – 1 BvL 24/77, 1 BvL 19/78, 1 BvL 38/79 – (BGBl. I 1980 S. 147 – AP Nr. 7 zu § 9 MuSchG 1968 –), wonach die Ausschlussfrist mit Art. 6 Abs. 4 GG unvereinbar ist, wenn eine Arbeitnehmerin, die im Zeitpunkt der Kündigung schwanger ist, ihren Arbeitgeber hierüber unverschuldet nicht innerhalb der Ausschlussfrist unterrichtet, dies aber unverzüglich nachholt, wird hingewiesen. 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 III Nr. 8 des RdErl. v. 5. 2. 1986 (SMBl. 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. § 57c Abs. 6 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 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. Urteil des BAG vom 19. August 1982 – 2 AZR 118/81 – AP Nr. 10 zu § 9 MuSchG 1968).
- 14 weggefallen
- Hinweis:**
Die Hinweise betrafen das Kündigungsverbot während des Mutterschaftsurlaubs nach § 9 a, der mit der Einführung des Erziehungsurlaubs durch das Bundeserziehungsgeldgesetz (BErzGG) vom 6. 12. 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 Erziehungsurlaubsberechtigten wird auf § 19 BErzGG und die Hinweise hierzu in Abschnitt III Nr. 9 des RdErl. v. 5. 2. 1986 (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 und nach § 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. In diesem Sinne 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 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 Ent-

bindung für die Behandlung der Unterbrechungszeit folgendes:

15.6.1 Beschäftigungs- und Dienstzeit

Die Unterbrechungszeit gilt als Beschäftigungszeit und damit auch als Dienstzeit im Sinne der §§ 19, 20 BAT bzw. der §§ 6, 7 MTL II.

15.6.2 Bewährungszeit nach § 23 a BAT bzw. Nr. 5/Nr. 1 Abschn. B der Vorbemerkungen zum Lohngruppenverzeichnis zum MTL II

Die vor der Unterbrechung zurückgelegten Bewährungszeiten bleiben erhalten. Die Zeit der Unterbrechung wird auf die Bewährungszeit jedoch nicht angerechnet, weil während der Unterbrechungszeit keine Tätigkeit ausgeübt worden ist.

15.6.3 Bewährungszeit/Tätigkeitszeit nach den Anlagen 1a und 1b zum BAT bzw. Tätigkeitszeit nach dem Lohngruppenverzeichnis zum MTL II

Die Zeit der Unterbrechung ist auf die in den Tätigkeitsmerkmalen der Anlagen 1a und 1b zum BAT vorgesehenen Zeiten der Bewährung oder Tätigkeit nicht anzurechnen. Entsprechendes gilt für die in Tätigkeitsmerkmalen des Lohngruppenverzeichnisses zum MTL II geforderte Zeit der Ausübung einer bestimmten Tätigkeit.

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

15.6.4 Grundvergütung/Monatstabellenlohn

Das Arbeitsverhältnis gilt bei der Festsetzung der Grundvergütung nach § 27 BAT bzw. des Monatstabellenlohns nach § 24 MTL II als nicht unterbrochen. Die Arbeitnehmerin erhält also bei ihrer Wiedereinstellung die Grundvergütung bzw. den Monatstabellenlohn, die bzw. den sie erhalten hätte, wenn das Arbeitsverhältnis nicht unterbrochen gewesen 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 Buchst. b BAT bzw. des § 65 Abs. 1 Buchst. 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 Rückzahlungspflicht 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 Nacht-, Sonntags- und Feiertagsarbeit) hat der Arbeitgeber mindestens den gesetzlich bestimmten Durchschnittsverdienst zu zahlen, wenn die Arbeitnehmerin wegen eines solchen Beschäftigungsverbots 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 Verminderung 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 (Absatz 1 Satz 3).

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

a) 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.

b) 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 Durchschnittsverdienstes 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).

- 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 abgegolten worden ist (z. B. Überstundenausgleich, Freizeitausgleich des Bereitschaftsdienstes). 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 §§ 3, 4 des Vierten 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. Nr. 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. mit § 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.

- 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 Abs. 3 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 Zuschlag bzw. Zuschlag als Teil der Bezüge gilt, der nicht in Monatsbeträgen festgelegt bzw. nicht im Monatsregellohn enthalten ist bzw. nicht zum Monatsgrundlohn gehört 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 auf Grund 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 oder des Erziehungsurlaubs nach dem Bundeserziehungsgeldgesetz 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. 1 Unterabs. 3 Satz 2 MTL II)) geltend gemacht werden. Hierbei handelt es sich um den Zuschlag bzw. den Zuschlag zur Urlaubsvergütung bzw. 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.

Beispiel für eine Angestellte:

Beginn der Schwangerschaft lt. ärztlichem Attest:	26. 7. 1985
Mitteilung der Schwangerschaft an den Arbeitgeber:	16. 9. 1985
Voraussichtliche Niederkunft lt. ärztlichem Attest:	21. 4. 1986
Beginn der Schutzfrist nach § 3 Abs. 2:	10. 3. 1986
Tatsächliche Niederkunft:	24. 4. 1986
Ende der Schutzfrist nach § 6 Abs. 1:	19. 6. 1986
Ende des Erziehungsurlaubs:	24. 2. 1987
Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis:	24. 2. 1987
Erholungsurlaub vom 12. bis 26. 6. 1985:	10 Arbeitstage (15 Kalendertage)
Arbeitsunfähigkeit infolge Erkrankung vom 15. bis 24. 10. 1985:	8 Arbeitstage (10 Kalendertage)
Erholungsurlaub vom 6. bis 19. 2. 1986:	10 Arbeitstage (14 Kalendertage)
Unständige Bezügebestandteile für Arbeitsleistungen im	
April 1985	: 400,- DM
Mai 1985	: 800,- DM
Juni 1985 (vom 1. bis 11. 6. und 27. bis 30. 6. 1985):	: 347,- DM
Juni 1985 (vom 12. bis 26. 6. 1985 Urlaubsaufschlag von 25,30 DM je Urlaubstag):	: 253,- DM
Juli 1985	: 250,- DM
August 1985	: 700,- DM
September 1985 (bis 15. 9.)	: 360,- DM
Februar 1986	: 100,- DM.

Durchschnitt der unständigen Bezügebestandteile, die in den nach § 11 Abs. 1 maßgebenden Monaten April, Mai und Juni 1985 durch Arbeitsleistungen bzw. durch Urlaubsaufschläge erzielt worden sind $(400 + 800 + 600 = 1800 : 3 =)$ 600,- DM monatl.

Aufschlag je Urlaubstag bei der Urlaubsvergütung bemäß § 47 Abs. 2 Unterabs. 2 BAT
im Jahre 1985 (Bemessungszeitraum: Kalenderjahr 1984) 25,30 DM,
im Jahre 1986 (Bemessungszeitraum: Kalenderjahr 1985) 21,60 DM.
Bis zum 9. 3. 1986, dem letzten Tag vor Beginn der Schutzfrist nach § 3 Abs. 2, sind die Vergütung (§ 26 BAT) und die in Monatsbeträgen festgesetzten Zulagen weiterzuzahlen.

In den Monaten **Juli und August 1985**, 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 (Mai und Juni 1985) erbrachten Arbeitsleistungen zustehenden unständigen Bezügebestandteile (einschließlich des Urlaubsaufschlages in der Zeit vom 12. bis 26. 6. 1985) zu zahlen, und zwar

im Juli 1985	800,- DM,
im August 1985	600,- DM.

Im **September 1985** 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 Juli 1985 zu. Der für die Zeit vom 16. bis 30. 9. 1985 nach § 11 zustehende Ausgleichsbetrag in Höhe von 15/30 des monatlichen Durchschnittsbe-

trages von 600,- DM, das sind 300,- DM, wird im Monat November 1985 fällig.

Im **Oktober 1985** ist die Arbeit an acht Arbeitstagen (= zehn Kalendertagen) 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 August 1985 zu. Der für die Zeit vom 1. bis 14. 10. 1985 und für die Zeit vom 25. bis 31. 10. 1985 nach § 11 zustehende Ausgleichsbetrag in Höhe von 21/31 des monatlichen Durchschnittsbetrages von 600,- DM, das sind 406,45 DM, wird im Monat Dezember 1985 fällig. Der Aufschlag zur Urlaubsvergütung für die Tage der Arbeitsunfähigkeit vom 15. bis 24. 10. 1985 (= acht Arbeitstage) in Höhe von $(8 \times 25,30 =)$ 202,40 DM ist bei der Bemessung der Bezüge für Dezember 1985 zu berücksichtigen.

Im **November 1985** 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 September 1985 zu; ferner ist der Ausgleichsbetrag nach § 11 aus dem Monat September 1985 in Höhe von 300 DM zu zahlen. Der Ausgleichsbetrag nach § 11 für November 1985 in Höhe von 600,- DM wird im Januar 1986 fällig.

Im **Dezember 1985** ist ein Teil der Arbeit an allen Tagen infolge der Schwangerschaft ausgefallen. Für diesen Monat stehen der Aufschlag für acht Arbeitsunfähigkeitstage aus dem Monat Oktober 1985 in Höhe von 202,40 DM sowie der Ausgleichsbetrag nach § 11 aus dem Monat Oktober 1985 in Höhe von 406,45 DM, insgesamt 608,85 DM, zu. Der Ausgleichsbetrag für den Monat Dezember 1985 in Höhe von 600,- DM wird im Februar 1986 fällig.

Im **Januar 1986** ist ein Teil der Arbeit ebenfalls an allen Tagen wegen der Schwangerschaft ausgefallen. Für diesen Monat ist der Ausgleichsbetrag nach § 11 aus dem Monat November 1985 in Höhe von 600,- DM zu zahlen. Der Ausgleichsbetrag nach § 11 für den Monat Januar 1986 in Höhe von 600,- DM wird im Monat März 1986 fällig.

Im **Februar 1986** ist die Arbeit infolge Urlaubs an 14 Kalendertagen (= zehn Arbeitstagen), an den übrigen 14 Kalendertagen teilweise infolge der Schwangerschaft ausgefallen. Für diesen Monat ist der Ausgleichsbetrag nach § 11 aus dem Monat Dezember 1985 in Höhe von 600,- DM zu zahlen.

Der für die Zeit vom 1. bis 5. 2. 1986 und vom 20. bis 28. 2. 1986 nach § 11 zustehende Ausgleichsbetrag in Höhe von 14/28 des monatlichen Durchschnittsbetrages von 600,- DM, das sind 300,- DM, ist um die auf tatsächlicher Arbeitsleistung im Februar 1986 beruhenden unständigen Bezügebestandteile in Höhe von 100,- DM zu vermindern. Der verbleibende Ausgleichsbetrag von 200,- DM wird im Monat April 1986 fällig. Der Aufschlag zur Urlaubsvergütung für die Urlaubstage vom 6. bis 19. 2. 1986 (= zehn Arbeitstage) in Höhe von $(10 \times 21,60 =)$ 216,- DM sowie die unständigen Bezügebestandteile für Arbeitsleistungen im Februar 1986 in Höhe von 100,- DM wären bei der Bemessung der Bezüge für den Monat April 1986 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. 3 Satz 2 BAT nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 24. 2. 1987 zu zahlen.

Im **März 1986** ist der Ausgleichsbetrag nach § 11 aus dem Monat Januar 1986 in Höhe von 600,- DM zu zahlen. Der für die Zeit vom 1. bis 9. 3. 1986 zustehende Ausgleichsbetrag nach § 11 in Höhe von $(600,- \times 9/31 =)$ 174,19 DM wird im Monat Mai 1986 fällig. Für die Zeit vom 10. 3. 1986 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 Dezember 1985 sowie die Monate Januar und Februar 1986. Zum Arbeitsentgelt gehören auch die nach § 11 gezahlten Beträge. In die Durchschnittsberechnung sind deshalb folgende Entgeltbestandteile einzubeziehen:

Dezember 1985: (406,45 + 202,40 =) 608,85 DM

Januar 1986: 600,- DM

Februar 1986: 600,- DM.

Im April 1986 ist neben dem Mutterschaftsgeld und dem Zuschuß zum Mutterschaftsgeld der nach § 11 aus dem Monat Februar 1986 zustehende Ausgleichsbetrag in Höhe von 200,- DM und im Mai 1986 der nach § 11 aus dem Monat März 1986 zustehende Ausgleichsbetrag in Höhe von 174,19 DM zu zahlen.

Bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses (24. 2. 1987) sind der Aufschlag von 216,- DM für den im Monat Februar 1986 gewährten Urlaub und die auf der Arbeitsleistung im Februar 1986 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 und die Gewährung des Monatstabellenlohnes nach einer höheren Dienstzeitstufe. 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 Bemessungszeitraum gegolten. Sind diese Erhöhungen dagegen erst während des Bezuges des Durchschnittsverdienstes eingetreten, sind sie erst vom Zeitpunkt des Wirksamwerdens an zu berücksichtigen.

Das BAG hat in einem Einzelfall, in dem eine Arbeitnehmerin erst vom zweiten, innerhalb des dreimonatigen Bemessungszeitraums liegenden Monat an zur Leistung von Bereitschaftsdienst herangezogen worden war, mit Urteil vom 25. Mai 1983 - 5 AZR 22/81 - entschieden, daß es sich bei der für den Bereitschaftsdienst zu gewährenden Vergütung um eine Verdiensterhöhung nicht nur vorübergehender Natur handelt, 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.

- 16.8 Eine werdende Mutter, 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 Urlaubsgeldvergütung nach § 47 Abs. 2 Unterabs. 1 Satz 2 BAT bzw. des Zuschlags zum Urlaubslohn nach § 48 Abs. 2 Buchst. b MTL II sind die im maßgebenden Bemessungszeitraum gemäß § 11 zustehenden (fälligen) Ausgleichsbeträge zu berücksichtigen (BAG-Urteil vom 6. März 1985 - 5 AZR 523/83 -, AP Nr. 11 zu § 11 MuSchG 1986). Dies gilt jedoch nicht für den Teil der Ausgleichsbeträge nach § 11, der als Ausgleich für unständige Bezügebestandteile gezahlt wird, die nicht zu den im Ausschließlichkeitskatalog des § 47 Abs. 2 Unterabs. 2 BAT bzw. des § 48 Abs. 3 Unterabs. 1 MTL II aufgeführten Entgeltbestand-

teilen gehören (wie z. B. die Zeitzuschläge nach § 35 Abs. 1 Satz 2 Buchst. e und f BAT bzw. nach § 27 Abs. 1 Buchst. e und f MTL II).

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 Arbeitsentgelt im Sinne des Steuer- und des Sozialversicherungsrechts sowie zusatzversorgungs-pflichtig. 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 -, BStStZ 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 sozialversicherungsrechtlich als nachträglich gezahltes Arbeitsentgelt zu behandeln. Er ist zum Zwecke des Beitragseinzugs jeweils dem Kalendermonat zuzuordnen, in dem der Anspruch entstanden ist (Beitragsneuberechnung der bereits abgerechneten Lohnabrechnungszeiträume); die Spitzenverbände der Sozialversicherungsträger haben jedoch aus Vereinfachungsgründen auch zugelassen, daß dann, wenn in dem gesamten Lohnabrechnungszeitraum, in dem die „unständigen Bezügebestandteile“ ausgezahlt werden, keine Beitragspflicht besteht, die „unständigen Bezügebestandteile“ dem Arbeitsentgelt des vorausgegangenen Lohnabrechnungszeitraumes oder, wenn auch im vorausgegangenen Lohnabrechnungszeitraum Beitragsfreiheit bestanden hat, dem davor liegenden Abrechnungszeitraum zugeordnet werden. Entsprechendes gilt für die Berechnung der Umlage nach der Satzung der VBL bzw. nach der Satzung der jeweils zuständigen Zusatzversorgungseinrichtung.

- 16.11 Der Ausgleichsbetrag nach § 11 Abs. 1 ist neben dem Mutterschaftsgeld zu zahlen. § 200c Abs. 2 Satz 1 RVO über das Ruhen des Anspruchs auf Mutterschaftsgeld, wenn und soweit Arbeitsentgelt gezahlt wird, greift hier nicht ein, weil sich dieses Ruhen nur auf Arbeitsentgelt bezieht, das die Arbeitnehmerin durch Arbeitsleistungen erwirbt, die sie während der Beschäftigungsverbote 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 1986).

17 Zu § 13 (Mutterschaftsgeld)

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

Für Arbeitnehmerinnen, die in der gesetzlichen Krankenversicherung versichert sind (Pflichtversicherte und freiwillig Versicherte) gelten die Vorschriften der Reichsversicherungsordnung (§§ 200 ff. RVO) unmittelbar.

Für Arbeitnehmerinnen, die nicht in der gesetzlichen Krankenversicherung versichert sind, gelten die Vorschriften der RVO infolge der Verweisung in § 13 Abs. 2 entsprechend, jedoch mit der Maßgabe, daß das Mutterschaftsgeld 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 Bundesversicherungsamt gezahlt.

- 17.2 Den für die Zahlung des Mutterschaftsgeldes zuständigen Krankenkassen (bei Arbeitnehmerinnen, die in der gesetzlichen Krankenversicherung versichert sind) bzw. dem Bundesversicherungsamt (bei Arbeitnehmerinnen, die in der gesetzlichen Krankenversicherung nicht versichert sind) sind auf Anforderung unverzüglich die Angaben zu machen, die sie für die Berechnung der Höhe des Mutterschaftsgeldes benötigen.
- 17.3 Voraussetzung für den Anspruch auf Mutterschaftsgeld für versicherte und nichtversicherte Arbeitnehmerinnen ist, daß in der Zeit zwischen dem zehnten und dem vierten Monat einschließlich dieser Monate vor der Entbindung für mindestens zwölf Wochen Versicherungspflicht oder ein Arbeitsverhältnis bestanden hat. Die Mindestdauer des Arbeitsverhältnisses (ruhendendes Arbeitsverhältnis genügt) von zwölf Wochen braucht in dem angegebenen Zeitraum nicht zusammenhängend erbracht zu sein. Erforderlich ist nur, daß die zwölf Wochen in diesem Zeitraum liegen. Das gleiche gilt für die Mindestdauer der Versicherungspflicht. Die Voraussetzung ist auch erfüllt, wenn jeweils für weniger als zwölf Wochen ein Arbeitsverhältnis bzw. eine Versicherungspflicht nacheinander bestanden haben und die Dauer des Arbeitsverhältnisses und der Versicherungspflicht (nicht freiwillige Weiterversicherung) zusammengerechnet zwölf Wochen ergeben. Zeiten, in denen Versicherungspflicht 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 Bundesrechnungshof - vorbehaltlich einer anderen gerichtlichen Entscheidung - bestimmt, daß das Beamtenverhältnis hinsichtlich der zeitlichen Anspruchsvoraussetzung dem Arbeitsverhältnis im Sinne des § 200 Abs. 1 Satz 2 RVO gleichzusetzen ist. Dieser Bescheid wird von den Trägern der gesetzlichen 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 entsprechend verlängert, nicht jedoch verkürzt, wenn sich der Arzt oder die Hebamme über den Zeitpunkt der Entbindung irrt. Eine Verkürzung der Sechswochenfrist hinsichtlich des Anspruchs auf Mutterschaftsgeld ist mithin ausgeschlossen; diese Frist ist eine Mindestfrist.
- 17.4.1 Die Regelung des § 200 Abs. 3 Satz 4 RVO (vgl. Nr. 17.4) hat keine praktische Auswirkung in den Fällen einer vorzeitigen Entbindung, in denen der Arbeitgeber Arbeitsentgelt (Vergütung oder Lohn, Urlaubsbezüge) bis zum Beginn des Beschäftigungsverbots nach § 3 Abs. 2 gezahlt hat, weil nach § 200 c Abs. 2 RVO Arbeitsentgelt (mit Ausnahme von einmalig gezahltem Arbeitsentgelt im Sinne des § 385 Abs. 1 a RVO) den Anspruch auf Mutterschaftsgeld in der Regel zum Ruhen bringt (Arbeitsentgelt vor Mutterschaftsgeld).
- 17.4.2 Eine Konkurrenz zwischen Krankenbezügen an Arbeiterinnen und Mutterschaftsgeld kann in den Fällen des § 200 Abs. 3 Satz 4 RVO (vgl. Nr. 17.4) nicht entstehen, weil nach der unabdingbaren Vorschrift des § 1 Abs. 3 Nr. 3 des Lohnfortzahlungsgesetzes (LFZG) der Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle nicht für den Zeitraum besteht, für den eine Arbeiterin Anspruch auf Mutterschaftsgeld nach § 200 RVO oder nach § 13 Abs. 2

hat (Mutterschaftsgeld vor Krankenbezüge für Arbeiterinnen). Diese Regelung hat § 42 Abs. 1 Unterabs. 2 MTL II in Verbindung mit § 1 Abs. 3 Nr. 3 LFZG deklaratorisch übernommen.

Für Angestellte enthalten zwar die Bestimmungen über die Gehaltsfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit (§ 616 Abs. 2 BGB, § 63 HGB, § 133 c GewO, § 37 BAT) keine dem § 1 Abs. 3 Nr. 3 LFZG bzw. § 42 Abs. 1 Unterabs. 2 MTL II vergleichbare Regelung, gleichwohl ist bei Angestellten entsprechend zu verfahren, weil nach der Rechtsprechung (vgl. z. B. die Urteile des BAG vom 28. Juni 1963 - 1 AZR 320/62 -, des LAG Baden-Württemberg vom 30. September 1963 - 4 Sa 46/63 - [BB 1964 S. 176], des Sozialgerichts Berlin vom 16. November 1979 - S 75 Kr 90/79 - [Breithaupt 1981 S. 18]) und nach herrschender Meinung (vgl. z. B. Schreiben des BMA vom 16. März 1964 - III b 3/275/64 -, DOK 1964 S. 395) die Leistungspflicht nach dem Mutterschutzgesetz der Verpflichtung des Arbeitgebers zur Zahlung von Krankenbezügen nach § 37 BAT vorgeht. Die Leistungspflicht nach dem Mutterschutzgesetz geht auch der Verpflichtung der Krankenkasse zur Zahlung von Krankengeld vor (vgl. Urteil des BSG vom 27. Februar 1984 - 3 RK 17/83 -).

Entbindet also eine Arbeitnehmerin, die bis zum Beginn der Mutterschutzfrist nach § 3 Abs. 2 arbeitsunfähig krank war, vor dem mutmaßlichen Tag der Entbindung, so ist die Sechswochenfrist für den Anspruch auf Mutterschaftsgeld und ggf. Zuschuß zum Mutterschaftsgeld vom Tage der tatsächlichen Entbindung an zurückzurechnen. Wenn dadurch die Krankenbezüge überzahlt sind, ist die Überzahlung gegenüber der Krankenkasse (die sie mit dem Mutterschaftsgeld verrechnen kann) geltend zu machen bzw. gegen den Zuschuß zum Mutterschaftsgeld aufzurechnen.

- 17.4.3 Die gegenteilige Rechtsfolge als in Nr. 17.4.1 tritt in den Fällen einer vorzeitigen Entbindung ein, in denen die Arbeitnehmerinnen bis zum Beginn des Beschäftigungsverbots nach § 3 Abs. 2 Krankengeld von ihrer Krankenkasse bezogen haben; denn neben Mutterschaftsgeld wird nach § 200 c Abs. 1 RVO Krankengeld nicht gewährt (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 (§ 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 c Abs. 2 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). 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 beruht 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 abgerechneten drei Kalendermonate ist von dem Beginn der Schutzfrist nach § 3 Abs. 2 unter Zugrun-

delegung 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, so 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, so ist der kürzere Zeitraum der Berechnung zugrunde zu legen.

In § 200 Abs. 2 Satz 4 RVO ist 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.

- 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 Berechnungszeitraums erzielte Arbeitsverdienst in Form von Gehalt, Lohn, Ausbildungsvergütung, Ausbildungsgeld oder Entgelt. Dabei ist es unerheblich, ob das Entgelt 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 Verdienstauffällen 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. der Feiertagslohn nach § 1 des Gesetzes zur Regelung der Lohnzahlung an Feiertagen, 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 Arbeitslohns der Arbeitnehmerin (§§ 3, 4 des Vierten Vermögensbildungsgesetzes) sind Entgelt im Sinne des § 200 Abs. 2 Satz 1 RVO. Die Arbeitnehmer-Sparzulage (§ 12 des Vierten Vermögensbildungsgesetzes) ist kein Entgelt in diesem Sinne.

- 17.7.3 Leistungen des Arbeitgebers zu einer zusätzlichen Alters- und Hinterbliebenenversorgung (Arbeitgeberzuschüsse, Arbeitgeberanteil bei Erhöhungsbeiträgen, Umlagen zur VBL) gehören zum Arbeitsentgelt im Sinne des § 200 Abs. 2 Satz 1 RVO, soweit sie nach der Arbeitsentgeltverordnung sozialversicherungspflichtiges Entgelt sind. Danach sind pauschal versteuerte Umlagen in Höhe von 2,5 v. H. des für ihre Bemessung maßgebenden Entgelts, abzüglich des Zukunftssicherungsfreibetrags, als Arbeitsentgelt anzusehen. Wenn und soweit die Umlagen vom Arbeitnehmer versteuert werden, sind sie dem Arbeitsentgelt zuzurechnen.

- 17.7.4 Nicht zu dem Entgeltbegriff im Sinne des § 200 Abs. 2 Satz 1 RVO gehören der Arbeitgeberzuschuß zum Krankenversicherungsbeitrag nach § 405 RVO sowie Aufwandsentschädigungen (z. B. Zehrgelder, Reisekosten, Beköstigungszulagen).

- 17.7.5 Einmalig gezahltes Arbeitsentgelt (§ 385 Abs. 1 a RVO), 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 in der Höhe der Vergütung bzw. des Lohnes, die in die Zeit des Bezuges von Mutterschaftsgeld fallen, werden bei der Bemessung nicht berücksichtigt. Rückwirkende Erhöhungen der Bezüge, die den ganzen oder einen Teil des Berechnungszeitraums betreffen, sind entsprechend zu berücksichtigen, wenn der Anspruch auf die Erhöhung vor Beginn der Schutzfrist nach § 3 Abs. 2 entstanden ist.

- 17.7.7 Tage, an denen infolge von Kurzarbeit, Arbeitsausfällen oder unverschuldeter Arbeitsversäumnis 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 Arbeitsversäumnis und die entsprechend geringeren Arbeitsentgelte sind dagegen zu berücksichtigen.

- 17.8 Der für den Berechnungszeitraum ermittelte Bruttobetrag des Arbeitsentgelts ist um die gesetzlichen Abzüge zu vermindern. Zu den gesetzlichen Abzügen gehören die Lohnsteuer, die Kirchensteuer sowie die gesetzlichen Anteile der Arbeitnehmerin an den Beiträgen zur gesetzlichen Krankenversicherung (einschl. tatsächliche Beitragsanteile zu Ersatzkassen), zur gesetzlichen Rentenversicherung und an den Beiträgen nach dem AFG. Dabei ist die Lohnsteuer in der Höhe zu berücksichtigen, wie sie vom Arbeitgeber nach den gesetzlichen Bestimmungen auf Grund der Eintragungen in der Lohnsteuerkarte für das Arbeitsentgelt in dem maßgebenden Berechnungszeitraum zu berechnen und einzubehalten war. Die Aufwendungen des Arbeitnehmers für Beiträge zu einer zusätzlichen Alters- und Hinterbliebenenversorgung (z. B. freiwillige Versicherung in der gesetzlichen Rentenversicherung, Lebensversicherung, Höherversicherung) und für die freiwillige Krankenversicherung nach den Vorschriften der RVO 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 § 385 Abs. 1 a RVO (§ 200 Abs. 2 Satz 3 RVO), ist eine fiktive Berechnung des Nettoarbeitsentgelts vorzunehmen; dabei ist ggf. der sogenannte (steuerliche) Weihnachtsfreibetrag (z. Z. 600 DM) bei der Lohn- und Kirchensteuer zu berücksichtigen.

Beispiel 1:

Bemessungszeitraum Dezember 1980:

Laufendes Arbeitsentgelt	2000,- DM
Zuwendung	600,- DM
Dezemberbezüge insgesamt	2600,- DM
a) Beitragspflichtiges Entgelt *)	2600,- DM
b) Steuerpflichtiges Entgelt (2600,- abzgl. 600,- DM Freibetrag)**)	2000,- DM
c) Brutto-Arbeitsentgelt, von dem das fiktive Netto-Arbeitsentgelt als Bemessungsgrundlage für das Mutterschaftsgeld zu ermitteln ist:	2000,- DM,
aa) beitragspflichtiges Entgelt	2000,- DM,
bb) steuerpflichtiges Entgelt	1400,- DM.

Beispiel 2:

Bemessungszeitraum Dezember 1980:

Laufendes Arbeitsentgelt	2000,- DM
Zuwendung	300,- DM
Dezemberbezüge insgesamt	2300,- DM
a) Beitragspflichtiges Entgelt*)	2300,- DM
b) Steuerpflichtiges Entgelt (2300,- abzgl. 600,- DM Freibetrag)**)	1700,- DM
c) Brutto-Arbeitsentgelt, von dem das fiktive Netto-Arbeitsentgelt als Bemessungsgrundlage für das Mutterschaftsgeld zu ermitteln ist:	2000,- DM,
aa) beitragspflichtiges Entgelt	2000,- DM,
bb) steuerpflichtiges Entgelt	1400,- DM.

Beispiel 3:

Bemessungszeitraum Dezember 1980:

Laufendes Arbeitsentgelt	2000,- DM,
keine Zuwendung.	
a) Beitragspflichtiges Entgelt*)	2000,- DM
b) Steuerpflichtiges Entgelt (2000,- DM abzgl. 600,- DM)**)	1400,- DM
c) Brutto-Arbeitsentgelt, von dem das fiktive Netto-Arbeitsentgelt als Bemessungsgrundlage für das Mutterschaftsgeld zu ermitteln ist:	2000,- DM,
aa) beitragspflichtiges Entgelt	2000,- DM,
bb) steuerpflichtiges Entgelt	1400,- DM.

Anmerkungen:

*) Bis zum 31. 12. 1983 gehörten nicht zum beitragspflichtigen Entgelt in der Sozialversicherung Zuwendungen, die aus Anlaß des Weihnachtsfestes in der Zeit vom 8. November bis 31. Dezember gezahlt wurden, soweit sie insgesamt 100,- DM nicht überstiegen. Dieser sozialversicherungsrechtliche Freibetrag ist vom 1. Januar 1984 an weggefallen (Artikel 2 Nr. 1 Buchst. b der Verordnung zur Änderung der Sachbezugsverordnung 1983 und der Arbeitsentgeltverordnung vom 19. Dezember 1983, BGBl. I S. 1472).

**) Nach § 19 Abs. 3 Einkommensteuergesetz ist vom Arbeitslohn, der dem Arbeitnehmer in der Zeit vom 8. November bis 31. Dezember zufließt, ein Weihnachts-Freibetrag abzuziehen, und zwar unabhängig davon, ob eine Zuwendung aus Anlaß des Weihnachtsfestes gezahlt wird oder nicht.

- 17.9 Für die Ermittlung des Mutterschaftsgeldes ist das nach den vorstehenden Hinweisen unter Nr. 17.8 errechnete Nettoarbeitsentgelt von der Krankenkasse 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. § 180 Abs. 1 RVO).

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 (§ 165 RVO, § 1227 RVO, § 2 AVG, § 170 AFG). Für diese Zeit sind deshalb keine Pflichtbeiträge zur Kranken- und Rentenversicherung und keine Beiträge zur Bundesanstalt für Arbeit zu entrichten. Etwas anderes gilt nur, wenn während des Bezuges von Mutterschaftsgeld einmaliges Arbeitsentgelt gezahlt wird (vgl. Unterabsatz 5).

In der Krankenversicherung bleibt die Arbeitnehmerin ohne Beitragsleistung versichert, solange sie Anspruch auf Mutterschaftsgeld oder auf Krankengeld hat (§ 311 Satz 1 Nr. 2, § 383 RVO).

In der Rentenversicherung wird die Zeit des Bezuges von Mutterschaftsgeld bei der Ermittlung der anrechnungsfähigen Versicherungsjahre als Ausfallzeit berücksichtigt, wenn die versicherungspflichtige Beschäftigung durch Schwangerschaft, Wochenbett, Schutzfristen oder Mutterschaftsurlaub unterbrochen worden ist und die in § 1259 Abs. 3 RVO bzw. § 38 Abs. 3 AVG für die Anrechnung von Ausfallzeiten allgemein bestimmten Voraussetzungen erfüllt sind (§ 1259 Abs. 1 Nr. 2 RVO und § 36 Abs. 1 Nr. 2 AVG i.d.F. des Artikels 1 Nr. 38 bzw. des Artikels 2 Nr. 15 des Haushaltsbegleitgesetzes 1984 vom 22. Dezember 1983, BGBl. I S. 1532).

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 Buchst. b AFG i.d.F. des Artikels 17 Nr. 15 des Haushaltsbegleitgesetzes 1984 vom 22. Dezember 1983, BGBl. I S. 1532).

Während der Zeit des Bezuges von Mutterschaftsgeld einmalig gezahltes Arbeitsentgelt (z. B. Urlaubsgeld, Zuwendungen) ist beitragspflichtig zu allen Zweigen der Sozialversicherung und dem Lohnabrechnungszeitraum zuzuordnen, in dem es ausbezahlt wird (§ 385 Abs. 1 a RVO, § 1400 Abs. 2 RVO und § 122 Abs. 2 AVG i.d.F. des Artikels 1 Nrn. 9 und 58 und des Artikels 2 Nr. 32 des Haushaltsbegleitgesetzes 1984 vom 22. Dezember 1983, BGBl. I S. 1532) sowie § 175 AFG). Der Anspruch auf Mutterschaftsgeld bleibt dadurch unberührt (§ 200 c Abs. 2 Satz 2 RVO i. d. F. des Artikels 1 Nr. 6 des Haushaltsbegleitgesetzes 1984 vom 22. Dezember 1983, BGBl. I S. 1532). Von dem einmalig gezahlten Arbeitsentgelt ist, soweit es zusatzversorgungspflichtig ist, die Umlage zur Zusatzversorgung bei der VBL bzw. der Zusatzversorgungskasse zu entrichten. Dabei ist das einmalig gezahlte Arbeitsentgelt, wenn es nach § 385 Abs. 1 a RVO 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, auf Grund freiwilliger Weiterarbeit während der Schutzfrist nach § 3 Abs. 2 (vgl. Nr. 3.3 und Nr. 3.5) Arbeitsentgelt, sind hiervon Beiträge zur Sozialversicherung und Umlagen zur zusätzlichen Alters- und Hinterbliebenenversorgung abzuführen.

- 17.11 Bei Arbeitnehmerinnen, die schon vor Beginn der Mutterschutzfrist arbeitsunfähig erkrankt sind, endet die Zahlung der Krankenbezüge (§ 37 BAT, § 42 MTL II) mit Beginn des Anspruchs auf Mutterschaftsgeld (vgl. Nrn. 17.4 bis 17.4.2). 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. 2 BAT bzw. § 42 Abs. 6 bis 10 MTL II zulässigen verbleibenden Anspruchszeitraum weiterzuzahlen.

Aus der Formulierung in § 37 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 § 8 Abs. 1 bzw. das Ende des Erziehungsurlaubs hinaus andauert. § 37 Abs. 2 Unterabs. 1 Satz 1 BAT bzw. § 42 Abs. 4 Unterabs. 1 Satz 1 MTL II bleibt unberührt.

- 17.12 Das kalendertägliche Mutterschaftsgeld ist vom ersten Tage des Sechswochenzeitraums an zu gewähren, und zwar auch dann, wenn dies bei einer Tätigkeit in der Fünftagewoche ein arbeitsfreier Samstag oder Sonntag ist. Es wird darauf hingewiesen, daß 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 unmittelbar aufeinander folgen, während bei Arbeiterinnen in den in Satz 1 genannten Fällen die Lohnzahlung nach § 30 Abs. 3 Buchst. b MTL II mit Ablauf des Freitags einzustellen ist und die Zahlung des Mutterschaftsgeldes erst ab Sonntag oder Montag (entsprechend dem Entbindungstag) erfolgt. Eine Schlechterstellung gegenüber den Angestellten besteht hierbei jedoch nicht, da die Arbeiterinnen ihren auf die Woche entfallenden Anteil des Monatstabellenlohns bis zum Sonntag bereits während der fünf Arbeitstage dieser Woche verdient hat.

18 Zu § 14 (Zuschuß zum Mutterschaftsgeld)

- 18.1 Das Mutterschaftsgeld, das die Krankenkasse der in der gesetzlichen Krankenversicherung versicherten Arbeitnehmerin während der Schutzfristen nach § 3 Abs. 2 und § 6 Abs. 1 zu zahlen hat, ist auf höchstens 25,- DM für jeden Kalendertag begrenzt. Das vom Bundesversicherungsamt der nicht in der gesetzlichen Krankenversicherung versicherten Arbeitnehmerin 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 Gewährung und Zahlung des Mutterschaftsgeldes durch den Verpflichteten 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 § 54 a 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 Mutter-

schaftsgeld - 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). 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).

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. Die Frau hat deshalb in einem solchen Fall keinen Anspruch auf kalendertägliches Mutterschaftsgeld und damit auch keinen 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 a RVO) oder als einmalige Leistung (§ 200 b RVO) löst keine Ansprüche auf einen Zuschuß durch den Arbeitgeber 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 steuerfreien Zuschläge für Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeit. Zum arbeitsrechtlichen Entgelt gehören nicht Leistungen des Arbeitgebers zu einer zusätzlichen Alters- und Hinterbliebenenversorgung (Arbeitgeberzuschüsse, Arbeitgeberbeiträge, Umlagen zur VBL) und der Zuschuß nach § 405 RVO.

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 (§ 385 Abs. 1 a RVO) 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 zugrunde zu legen ist, wenn eine Berechnung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 und 3 nicht möglich ist. Die Hinweise der Nrn. 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 die Pflichtbeiträge zur gesetzlichen Sozialversicherung und nach dem AFG. Dabei ist die Lohnsteuer in der Höhe zu berücksichtigen, wie sie vom Arbeitgeber nach den gesetzlichen Bestimmungen auf Grund der Eintragungen in der Lohnsteuerkarte für das Arbeitsentgelt in dem maßgebenden Berechnungszeitraum zu berechnen und einzubehalten war. Eine Änderung der Steuerklasse nach Ablauf des Berechnungszeitraums hat auf die Berechnung des Zuschusses keinen Einfluß (Urteil des Arbeitsgerichts Aachen vom 12. Juli 1984 - 5 Ca 853/84 -, NZA 8/1984 S. 261). Auf der Lohnsteuerkarte eingetragene Freibeträge, die auf Werbungskosten oder auf negativen Einkünften aus Vermietung und Verpachtung beruhen, bleiben bei der Ermittlung des

Zuschusses unberücksichtigt (Urteil des Arbeitsgerichts Stuttgart vom 25. Oktober 1983 - 13 Ca 319/83 - [rechtskräftig], ARST 10/84 Nr. 129, BB 1984 S. 1885; Urteil des LAG München vom 24. November 1978 - 6 Sa 638/78 -, AnwBl. 1980 S. 150). Wie gesetzliche Abzüge zu behandeln sind Beiträge zu berufsständischen Versicherungs- und Versorgungseinrichtungen (z. B. Ärzteversorgung) bis zur Höhe der Arbeitnehmerbeitragsanteile zur gesetzlichen Rentenversicherung, wenn ohne die Befreiungsvoraussetzungen des § 7 Abs. 2 AVG Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung bestünde und wenn nach den jeweiligen Versicherungsbedingungen während der Schutzfristen keine Beiträge zur Versicherungs- oder Versorgungseinrichtung zu entrichten sind. Das gilt unter den gleichen Voraussetzungen entsprechend für die Beiträge zu Versicherungsunternehmen der nach Artikel 2 § 1 Abs. 1 Buchst. b ANVG von der Versicherungspflicht in der Rentenversicherung befreiten Angestellten. Bei Mitgliedern von Ersatzkassen gilt als Arbeitnehmeranteil am Pflichtbeitrag zur gesetzlichen Krankenversicherung der vom Versicherten tatsächlich zu tragende Anteil des Krankenkassenbeitrags und nicht der Beitragsanteil, der sich im Falle der Versicherung bei der zuständigen Pflichtkrankenkasse ergeben würde.

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 Krankenversicherung nach den Vorschriften der RVO 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 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 Entgeltkürzung)	netto 2000,- DM (30 KT)
Juni (keine Entgeltkürzung; einschl. Überstunden)	netto 2500,- DM (30 KT)
Juli (keine Entgeltkürzung; einschl. Bereitschaftsdienst)	netto 2300,- DM (30 KT) 6800,- DM: 90 KT

Netto-Arbeitsentgelt 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 Entgeltkürzung)	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

Netto-Arbeitsentgelt je Kalendertag 66,23 DM

- 18.7 Die Höhe des kalendertäglich zu zahlenden Zuschusses ist die Differenz zwischen diesem Nettoarbeitsentgelt und dem Betrag von 25 DM.
- 18.8 Der Zuschuß zum Mutterschaftsgeld ist während der Schutzfrist auch für Zeiten zu zahlen, für die

das Mutterschaftsgeld von der Krankenkasse teilweise einbehalten wird, weil der Versicherten Hilfe und Wartung durch eine Hauspflegerin gewährt werden (§ 199 Abs. 2 RVO). Der Berechnung des Zuschusses ist in solchen Fällen ebenfalls ein Mutterschaftsgeld von 25 DM je Kalendertag zugrunde zu legen.

- 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.
- 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 Frau (vgl. § 200c Abs. 3 RVO) 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 Buchst. d EStG 1983) und ist somit auch nicht lohnsteuerpflichtig. Er ist weder sozialversicherungspflichtiges (§ 2 Abs. 2 der Arbeitsentgeltverordnung i. d. Fassung vom 18. Dezember 1984 - BGBl. I S. 1642, 1644) noch zusatzversorgungspflichtiges Arbeitsentgelt (§ 8 Abs. 5 Versorgungs-TV).
- 18.12 Der Zuschuß zum Mutterschaftsgeld kann vermögenswirksam angelegt werden. Zutreffendenfalls ist auch die Arbeitnehmer-Sparzulage zu zahlen. Ein Anspruch auf Weiterzahlung der vermögenswirksamen Leistungen und des Zuschusses des Arbeitgebers zum Krankenversicherungsbeitrag nach § 405 RVO besteht nicht für Zeiten, in denen die Arbeitnehmerin nur Mutterschaftsgeld, ggf. mit dem Zuschuß nach § 14, erhält, weil die Zahlung von vermögenswirksamen Leistungen und des Zuschusses nach § 405 RVO einen Anspruch auf Vergütung, Lohn, Urlaubsvergütung, Urlaubslohn oder Krankenbezüge voraussetzt. Vermögenswirksame Leistungen und der Zuschuß nach § 405 RVO 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 Änderungen in der Höhe der Vergütung bzw. des Lohnes, die in die Zeit des Bezuges von Mutterschaftsgeld fallen, werden nicht berücksichtigt (vgl. hierzu auch Nr. 17.7.6).
- 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 Umfang, in dem der Zuschuß zum Mutterschaftsgeld pfändbar ist, kann er auch abgetreten, verpfändet oder aufgerechnet 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 (Absatz 1) und auf die Pflicht des Arbeitgebers zur Aufbewahrung der Un-

terlagen mindestens bis zum Ablauf von zwei Jahren nach der letzten Eintragung (Absatz 2) wird hingewiesen. Aufbewahrungsfristen auf Grund anderer Bestimmungen bleiben unberührt.

- 21 **Zu § 20 (Aufsichtsbehörden)**
Aufsichtsbehörden im Sinne des Gesetzes sind die für die Beschäftigungsdienststellen örtlich zuständigen Gewerbeaufsichtsämter.
- 22 Mein RdErl. v. 28. 4. 1983 (SMBI. NW. 20310) wird aufgehoben.

– MBI. NW. 1986 S. 1241.

Einzelpreis dieser Nummer 4,40 DM

Bestellungen, Anfragen usw. sind an den August Bagel Verlag zu richten. Anschrift und Telefonnummer wie folgt für

Abonnementbestellungen: Grafenberger Allee 100, Tel. (0211) 88 88/238 (8.00–12.30 Uhr), 4000 Düsseldorf 1

Bezugspreis halbjährlich 81,40 DM (Kalenderhalbjahr). Jahresbezug 162,80 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 Verlag vorliegen.

Die genannten Preise enthalten 7% Mehrwertsteuer

Einzelbestellungen: Grafenberger Allee 100, Tel. (0211) 88 88/241, 4000 Düsseldorf 1

Einzellieferungen gegen Voreinsendung des vorgenannten Betrages zuzügl. Versandkosten (je nach Gewicht des Blattes), mindestens jedoch DM 0,80 auf das Postscheckkonto Köln 8516-507. (Der Verlag bittet, keine Postwertzeichen einzusenden.) Es wird dringend empfohlen, Nachbestellungen des Ministerialblattes für das Land Nordrhein-Westfalen möglichst innerhalb eines Vierteljahres nach Erscheinen der jeweiligen Nummer beim 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.

Herausgegeben von der Landesregierung Nordrhein-Westfalen, Haroldstraße 5, 4000 Düsseldorf 1

Verlag und Vertrieb: August Bagel Verlag, Grafenberger Allee 100, 4000 Düsseldorf 1

Druck: A. Bagel, Graphischer Großbetrieb, 4000 Düsseldorf 1

ISSN 0177-3509