



Ministerialblatt für das Land Nordrhein-Westfalen

Ausgabe: [MBI. NRW. 2007 Nr. 35](#)
Veröffentlichungsdatum: 06.11.2007
Seite: 782

I

Anwendung des Mutterschutzgesetzes auf die im Landesdienst beschäftigten Arbeitnehmerinnen RdErl. d. Finanzministeriums - B 4000 – 1.7 – IV v. 6.11.2007

20310

Anwendung des Mutterschutzgesetzes auf die im Landesdienst beschäftigten Arbeitnehmerinnen

RdErl. d. Finanzministeriums - B 4000 – 1.7 – IV v. 6.11.2007

Im Einvernehmen mit dem Innenministerium, dem Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales und dem Ministerium für Generationen, Familie, Frauen und Integration werden die bisherigen Hinweise zur Anwendung des Mutterschutzgesetzes auf die im Landesdienst beschäftigten Arbeitnehmerinnen in meinem Runderlass vom 20.11.2003 (SMBI 20310) durch die folgende Neufassung ersetzt.

Anlass der Neufassung ist die Ablösung des bisherigen Tarifrechts durch den TV-L. Die Neufassung berücksichtigt darüber hinaus auch zwischenzeitlich eingetretene Rechtsänderungen (z.B. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz) und die neuere Rechtsprechung. Paragraphenangaben in den Hinweisen ohne Zusatz bezeichnen Vorschriften des Mutterschutzgesetzes.

Hinweise zur Durchführung des Mutterschutzgesetzes

1

Zu § 1 (Geltungsbereich)

1.1

Zu den vom Mutterschutzgesetz (MuSchG) erfassten Arbeitsverhältnissen gehören auch Probe-arbeitsverhältnisse, befristete Arbeitsverhältnisse, Teilzeitarbeitsverhältnisse und Berufsausbil-dungsverhältnisse (z. B. Auszubildende, Schülerinnen in der Gesundheits- und Krankenpflege, Gesundheits- und Kinderkrankenpflege, Entbindungspflege und Altenpflege) sowie arbeitsrecht-lich geregelte Praktikantenverhältnisse.

Das Gesetz gilt auch für die Tätigkeit im Rahmen eines freiwilligen sozialen Jahres (§ 8 des Gesetzes zur Förderung eines freiwilligen sozialen Jahres i.d.F. der Bekm. vom 15. Juli 2002 - BGBl. I S. 2596) und für die Tätigkeit im Rahmen eines freiwilligen ökologischen Jahres (§ 8 des Gesetzes zur Förderung eines freiwilligen ökologischen Jahres i.d.F. der Bekm. vom 15. Juli 2002 - BGBl. I S. 2600).

1.2

Das MuSchG gilt nicht für Frauen, die in einem selbstständigen Dienstverhältnis, Werkvertrags-verhältnis oder arbeitnehmerähnlichen Rechtsverhältnis tätig sind. Es gilt ferner nicht für Studen-tinnen, die in Studienordnungen vorgeschriebene Praktika ableisten, und auch nicht für Adoptiv-mütter. Es findet keine Anwendung auf Frauen in einem Beamtenverhältnis. Für diese Frauen gilt die Verordnung über den Mutterschutz für Beamtinnen im Lande Nordrhein-Westfalen (MuSchVB).

2

Zu § 2 (Gestaltung des Arbeitsplatzes)

2.1

Die Durchführung der in den Absätzen 1 bis 3 vorgeschriebenen Maßnahmen kann dazu führen, dass der Arbeitgeber die Arbeitnehmerin über die eigentlichen Arbeitspausen hinaus (§ 4 ArbZG, § 11 JArbSchG) von der Arbeit freistellen muss.

2.2

Die Bezahlung des aus Anlass der Maßnahmen nach den Absätzen 1 bis 3 ggf. entstehenden Ar-beitsausfalls ist im Gesetz (mit Ausnahme des § 7 Absatz 2) nicht ausdrücklich geregelt. Nach § 616 BGB und entsprechend dem Sinn und Zweck des MuSchG darf jedoch durch diese Arbeits-unterbrechungen eine Minderung des Arbeitsentgelts nicht eintreten.

2.3

Wegen der sich aus § 2 Absatz 4 Nr. 2 ergebenden Verpflichtung des Arbeitgebers wird auf die §§ 1 bis 3 der Verordnung zum Schutze der Mütter am Arbeitsplatz vom 15. April 1997 (BGBl. I S. 782) verwiesen, die die näheren Einzelheiten hierzu regelt.

3

Zu § 3 (Beschäftigungsverbote für werdende Mütter)

3.1

Das **individuelle Beschäftigungsverbot** nach Absatz 1 besteht materiell vom Beginn der Schwangerschaft an. Da es sich auf den Gesundheitszustand der Arbeitnehmerin bezieht, wird es 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 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. Ist die Schwangere arbeitsunfähig krank, greift das individuelle Beschäftigungsverbot nicht. Bestehen berechnete Zweifel, ob das Beschäftigungsverbot tatsächlich auf die Schwangerschaft zurückzuführen ist, kann ein ärztliches Gutachten angefordert werden.

Während des individuellen Beschäftigungsverbots nach Absatz 1 hat die Arbeitnehmerin ggf. im Rahmen des § 11 Anspruch auf Fortzahlung des durchschnittlichen Arbeitsentgelts (sog. Mutterschaftslohn) gegen den Arbeitgeber.

3.2

Das **generelle Beschäftigungsverbot** des Absatzes 2 (Schutzfrist vor der Entbindung) besteht unabhängig vom Gesundheitszustand der Beschäftigten und 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 Absatz 1). Bei der Berechnung der Schutzfrist ist für den Arbeitgeber der sich aus dem nach § 5 vorzulegenden Zeugnis des Arztes oder der Hebamme ergebende Entbindungstag bindend; ohne Rücksicht darauf, ob sich der Arzt oder die Hebamme geirrt haben.

3.3

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

3.4

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

3.5

Die Beschäftigungsverbote nach den Absätzen 1 und 2 lassen als abschließende gesetzliche Regelung (vgl. § 72 Abs. 3 und 4 LPVG NRW, § 75 Absatz 3 Eingangssatz BPersVG, § 87 Absatz 1 Eingangssatz BetrVG) ein **Mitbestimmungsrecht** des Personalrats bzw. Betriebsrats **nicht zu**; insoweit besteht auch kein Raum für Konkretisierungen oder Ergänzungen durch Dienst- oder Betriebsvereinbarungen (vgl. Beschluss des BVerwG vom 19. Mai 1992 - BVerwG 6 P 5.90).

4

Zu § 4 (Weitere Beschäftigungsverbote)

4.1

Die generellen Beschäftigungsverbote nach § 4 stellen im Gegensatz zu dem individuellen Be-

beschäftigungsverbot nach § 3 Absatz 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 Absatz 3 - stillende Mutter Arbeiten der in § 4 genannten Art ausübt, ohne dass ein ärztliches Zeugnis vorliegt oder die Arbeitnehmerin sich darauf beruft. Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass dem Arbeitgeber die Schwangerschaft bekannt ist; vgl. § 5 Absatz 1.

Auf die sich aus den §§ 3 bis 5 der **Verordnung zum Schutze der Mütter am Arbeitsplatz** vom 15. April 1997 (BGBl. I S. 782) ergebenden zusätzlichen Beschäftigungsverbote wird hingewiesen.

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 jedoch 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

Ein **Mitbestimmungsrecht** des Personalrats bzw. Betriebsrats durch Abschluss von Dienst- oder Betriebsvereinbarungen zur Konkretisierung oder Ergänzung der Beschäftigungsverbote **besteht nicht** (vgl. auch Nr. 3.5 sowie für den Bereich des BetrVG den Beschluss des BAG vom 6. Dezember 1983 - 1 ABR 43/81 - AP Nr. 7 zu § 87 BetrVG Überwachung).

5

Zu § 5 (Mitteilungspflicht, ärztliches Zeugnis)

5.1

Die Arbeitnehmerin **kann** eine bestehende Schwangerschaft mündlich oder schriftlich formlos mitteilen. Absatz 1 Satz 1 ist eine **Sollvorschrift**, das heißt, die Arbeitnehmerin ist zwar nicht verpflichtet, dem Arbeitgeber unaufgefordert ihren Zustand zu offenbaren, der Arbeitgeber kann jedoch die ihm nach dem MuSchG obliegenden Pflichten nur erfüllen, wenn er Kenntnis von der Schwangerschaft bzw. Kenntnis vom Beginn der Schwangerschaft und von dem mutmaßlichen Tag der Entbindung hat. Die Schwangerschaft ist nur dann dem Arbeitgeber mitgeteilt, wenn eine zur Entgegennahme dieser Mitteilung dienstlich befugte Person Kenntnis davon erlangt hat.

Eine Arbeitnehmerin, die dem Arbeitgeber das Bestehen einer Schwangerschaft mitgeteilt hat, ist verpflichtet, den Arbeitgeber unverzüglich zu unterrichten, wenn die Schwangerschaft vorzeitig endet (vgl. Urteil des BAG vom 13. November 2001 - 9 AZR 590/99 - AP Nr. 37 zu § 242 BGB Auskunftspflicht).

Zum **Fragerecht nach dem Bestehen einer Schwangerschaft** ist auf Folgendes hinzuweisen:

Nach dem Urteil vom 6. Februar 2003 - 2 AZR 621/01 - (AP Nr. 21 zu § 611 a BGB) verstößt die Frage nach einer Schwangerschaft bei (geplanten) unbefristeten Arbeitsverhältnissen regelmäßig gegen die Richtlinie 76/207/EWG. Das vorübergehende Beschäftigungsverbot trete bei wertender Einbeziehung des Schutzzwecks der Richtlinie zurück, denn nach Ablauf der Schutzfristen könne die Frau die vereinbarte Arbeit leisten.

Ergänzend ist auf die Rechtsprechung des EuGH zur Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinzuweisen. Nach dem Urteil vom 03. Februar 2000 - C 207/98 (AP Nr. 18 zu § 611 a BGB) dürfen die Vorschriften zum Schutz der werdenden Mutter keine Nachteile beim Zugang zur Beschäftigung, auch nicht bei der Besetzung einer unbefristeten Stelle, mit sich bringen. Das Gemeinschaftsrecht verbiete, eine Schwangere deshalb nicht auf eine unbefristete Stelle einzustellen, weil sie für die Dauer der Schwangerschaft wegen eines aus ihrem Zustand folgenden gesetzlichen Beschäftigungsverbot auf dieser Stelle von Anfang an nicht beschäftigt werden darf. In einem weiteren Urteil (vom 04. Oktober 2001 - C 109/00 (AP Nr. 27 zu EWG-Richtlinie Nr. 76/207)) entschied der EuGH, das Gemeinschaftsrecht stehe der Entlassung einer Arbeitnehmerin wegen Schwangerschaft entgegen, wenn diese auf bestimmte Zeit eingestellt wurde und sie den Arbeitgeber nicht über ihre Schwangerschaft unterrichtet hat, obwohl ihr diese bei Abschluss des Arbeitsvertrages bekannt war, auch wenn feststand, dass sie aufgrund ihrer Schwangerschaft während eines wesentlichen Teiles der Vertragszeit nicht würde arbeiten können.

Gemäß § 3 Absatz 1 Satz 2 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) vom 14. August 2006 (BGBl. I S. 1897) liegt eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts auch im Falle einer ungünstigen Behandlung einer Frau wegen Schwangerschaft oder Mutterschaft vor. Dies kann auch Fragen nach der Familienplanung einschließen (siehe z. B. Wisskirchen/Bissels in NZA 2007 S. 169, 173). Nach der amtlichen Begründung zum Gesetzentwurf (BT-Drs. 16/1780) wird durch § 3 Absatz 1 Satz 2 AGG der Rechtsprechung des EuGH Rechnung getragen und zugleich Art. 2 VII der Richtlinie 76/207/EWG umgesetzt.

5.2

Hat der Arbeitgeber die **Vorlage eines ärztlichen Zeugnisses** oder des **Zeugnisses einer Hebamme** über die bestehende Schwangerschaft und den mutmaßlichen Tag der Entbindung verlangt (§ 5 Absatz 1 Satz 2), hat der die **Kosten des Zeugnisses** zu ersetzen. Die Kostenerstattungspflicht entfällt, wenn die Krankenkasse die Kosten trägt (vgl. hierzu § 196 RVO).

5.3

Der Arbeitgeber hat die zuständige **Aufsichtsbehörde** (vgl. Nr. 20) unverzüglich von der Mitteilung der werdenden Mutter zu benachrichtigen. Es ist zweckmäßig, in der Mitteilung auch Angaben über die Art der Beschäftigung der Arbeitnehmerin zu machen, damit die zuständige Aufsichtsbehörde das Vorliegen von Beschäftigungsverboten prüfen kann.

5.4

Der Arbeitgeber darf die ihm zugegangene Mitteilung über die Schwangerschaft Dritten nicht unbefugt bekannt geben (§ 5 Absatz 1 Satz 4). **Eine befugte Unterrichtung** liegt jedoch vor, wenn der Arbeitgeber die Vorschriften des MuSchG ohne Bekanntgabe der Mitteilung nicht erfüllen könnte (z. B. Unterrichtung der unmittelbaren Vorgesetzten zwecks Einhaltung von Beschäftigungsverboten, der zuständigen Personen in der Personalstelle und der Entgeltzahlungsstelle, des Personalarztes).

Der **Personalrat bzw. Betriebsrat** kann vom Arbeitgeber nicht verlangen, über die Schwangerschaft einer Arbeitnehmerin unterrichtet zu werden, wenn diese hierzu nicht ihre Einwilligung erteilt hat (vgl. Beschluss des BVerwG vom 29. August 1990 - BVerwG 6 P 30.87 - AP Nr. 2 zu § 68 BPersVG).

Zu § 6 (Beschäftigungsverbote nach der Entbindung)

6.1

Das **generelle Beschäftigungsverbot** des Absatzes 1 (Schutzfrist nach der Entbindung) besteht unabhängig vom Gesundheitszustand der Arbeitnehmerin. Während dieser Schutzfrist darf die Arbeitnehmerin nicht - auch nicht mit ihrem Einverständnis - beschäftigt werden; das gilt auch für Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft.

Eine Ausnahme von diesem absoluten Beschäftigungsverbot gilt lediglich für den Fall des **Todes des Kindes** (§ 6 Absatz 1 Satz 3). Verlangt eine Frau, in dem Fall vorzeitig wieder beschäftigt zu werden, ruht der Anspruch auf Mutterschaftsgeld sowie auf Zuschuss zum Mutterschaftsgeld für diese Zeit.

6.2

Unter einer "**Frühgeburt**" im medizinischen Sinne ist eine Entbindung zu verstehen, bei der das Kind ein Geburtsgewicht unter 2500 g hat. Der Entbindung eines Kindes mit einem Geburtsgewicht unter 2500 g sind solche Entbindungen gleichzusetzen, bei denen das Kind trotz höheren Geburtsgewichts wegen noch nicht voll ausgebildeter Reifezeichen (an Rumpf, Haut, Fettpolstern, Nägeln, Haaren und äußeren Geschlechtsorganen) oder wegen verfrühter Beendigung der Schwangerschaft einer wesentlich erweiterten Pflege bedarf; auf die Dauer der Schwangerschaft kommt es nicht an (Urteil des BAG vom 12. März 1997 - 5 AZR 329/96 - AP Nr. 4 zu § 6 MuSchG 1968). Die Verlängerung der Schutzfrist bei Frühgeburten gilt auch dann, wenn das Kind tot geboren worden ist (Urteil des BSG vom 15. Mai 1974 - 3 RK 16/73 - USK 7439).

6.3

Die **Schutzfristen von 8 bzw. 12 Wochen verlängern sich** zusätzlich um die Zahl der Tage, um die die Entbindung vor dem errechneten Geburtstermin erfolgt ist. Die Schutzfristen vor und nach der Geburt müssen zusammen immer mindestens 14 Wochen betragen.

Beispiel 1:

Mutmaßlicher Entbindungstag	=	8. September
Schutzfrist vor der Geburt (§ 3 Absatz 2)	=	28. Juli bis 7. September (= 42 Tage)
Letzter Arbeitstag	=	27. Juli
Tatsächlicher Entbindungstag	=	1. September
In Anspruch genommene Schutzfrist	=	28. Juli bis 31. August (= 35 Tage)
Nicht in Anspruch genommen	=	42 Tage ./. 35 Tage = 7 Tage
Schutzfrist nach der Geburt (§ 6 Absatz 1) =		8 Wochen zzgl. 7 Tage
Ende der Schutzfristen	=	3. November

Beispiel 2:

Wie Beispiel 1, jedoch handelt es sich um eine Frühgeburt im medizinischen Sinne.

Schutzfrist nach der Geburt (§ 6 Absatz 1) = 12 Wochen zzgl. 7 Tage

Ende der Schutzfristen = 1. Dezember

6.4

Bei allen **vorzeitigen Entbindungen** tritt die Verlängerung der Schutzfrist des § 6 Absatz 1 von 8 bzw. 12 Wochen auch dann ein, wenn die Arbeitnehmerin bis zum Beginn der (6-wöchigen) Schutzfrist des § 3 Absatz 2 nicht gearbeitet hat (z. B. weil die Arbeitnehmerin bis zum Beginn dieser Schutzfrist arbeitsunfähig krank war - mit Anspruch auf Entgeltfortzahlung oder auf sozialversicherungsrechtliches Krankengeld oder sich im Urlaub befand). Dies folgt aus § 200 Absatz 3 Satz 2 RVO, dessen Geltung sich auf alle Fälle vorzeitiger Entbindung erstreckt.

6.5

Maßgebend für den **Beginn der Schutzfrist** nach Absatz 1 ist die Entbindung, deren Zeitpunkt durch die standesamtliche Geburtsurkunde nachzuweisen ist. Für die Berechnung der Frist gelten § 187 Absatz 1 und § 188 Absatz 2 BGB.

6.6

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.

6.7

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 Absatz 1 - von einem Zeitraum von bis zu vier Monaten nach der Entbindung ausgegangen werden können.

Für die Dauer des individuellen Beschäftigungsverbotes ist die Arbeitnehmerin **vor Verdienstminderungen** durch die Vorschrift des § 11 **geschützt**. Sie hat hiernach Anspruch auf den Durchschnittsverdienst, ohne Rücksicht darauf, welche Arbeit sie leistet und welche Arbeitszeit eingehalten wird.

6.8

Die generellen Beschäftigungsverbote für werdende Mütter nach § 4 gelten nach § 6 Abs. 3 auch für **stillende Mütter**. Nicht anwendbar auf stillende Mütter sind die Verbote der Beschäftigung im Stehen und auf Beförderungsmitteln. Stillende Mütter im Sinne des MuSchG sind nur Frauen, die nach Ablauf der Schutzfrist des Absatzes 1 ihr Kind noch stillen. Die Vorlage einer

Stillbescheinigung eines Arztes, einer Hebamme, einer Mütterberatungs- oder Säuglingsfürsorgestelle ist nicht vorgeschrieben. Auf Verlangen des Arbeitgebers muss die Arbeitnehmerin jedoch eine entsprechende Bescheinigung vorlegen. Die Kosten dieser Bescheinigung trägt der Arbeitgeber.

6.9

Ein **Mitbestimmungsrecht** des Personalrats bzw. Betriebsrats durch Abschluss von Dienst- oder Betriebsvereinbarungen zur Konkretisierung oder Ergänzung der Beschäftigungsverbote besteht nicht (vgl. Nrn. 3.5 und 4.2).

7

Zu § 7 (Stillzeit)

7.1

Eine Freistellung zum Zwecke des Stillens setzt grundsätzlich voraus, dass die Arbeitnehmerin auch eine Arbeitsleistung zu erbringen hat (so BAG im Urteil vom 3. Juli 1985 - 5 AZR 79/84 - AP Nr. 1 zu § 7 MuSchG 1968). Außerhalb der vorgesehenen Arbeitszeit liegende Stillzeiten begründen somit keinen Anspruch auf entsprechende Verminderungen der dienstplanmäßigen bzw. betriebsüblichen täglichen Arbeitszeit (so auch BVerwG im Urteil vom 30. Juni 1988 - 2 C 60.86 - [DÖD 1988, 292] bei einer beamteten Lehrerin, die für außerhalb der vorgesehenen Unterrichtsstunden liegende Stillzeiten eine Verminderung ihrer Unterrichtsverpflichtung begehrte).

Wird bei einer Lehrerin der Stundenplan so gestaltet, dass sie Unterricht nur außerhalb der von ihr gewählten Stillzeiten zu erteilen hat, kann sie nicht verlangen, dass ihr zusätzlich Arbeitsbefreiung erteilt wird (Willikonsky, MuSchG, 2. Auflage, 2007, § 7 RNr. 2).

7.2

Der Arbeitgeber hat die gewährten Stillzeiten wie Arbeitszeiten mit dem Verdienst zu bezahlen, der sonst verdient worden wäre (**Lohnausfallprinzip**). Ist die Arbeitnehmerin wegen des Stillens von Akkordlohnarbeit in Zeitlohnarbeit umgesetzt worden, ist für die maßgebenden Zeiten der durchschnittliche Akkordlohn (Leistungslohn) zu zahlen, wenn dieser höher ist als der Zeitlohn.

7.3

Der Entgeltfortzahlungsanspruch für Stillzeiten ist unabdingbar.

7.4

Es ist nicht ausdrücklich festgelegt, für welchen **Zeitraum** nach der Niederkunft Anspruch auf **bezahlte Freistellung zum Stillen** besteht. Das LAG Niedersachsen ist unter Berücksichtigung des Schrifttums zu § 7 MuSchG im Beschluss vom 2. Mai 1983 - 13 Sa 4/83 - sowie im Urteil vom 29. Oktober 1987 - 10 Sa 379/87 - (NZA 1988, 312) zu der Auffassung gekommen, dass nach dem Willen des Gesetzgebers ein Anspruch auf unbestimmte Zeit nicht bestehe, sondern in Fällen anormaler langer Fortsetzung des Stillens die Möglichkeit des Rechtsmissbrauchs gegeben sein kann. Das LAG geht davon aus, dass der Schutz sich auf das erste Lebensjahr des Kindes beschränke, da keine mutterschutzgesetzliche Norm (z. B. § 6 Absatz 1 und 2, § 9, § 13 MuSchG) eine arbeitsrechtliche Vergünstigung für einen längeren Zeitraum gewähre. Dies müsse auch für den Anspruch auf bezahlte Stillzeit nach § 7 gelten. Das Arbeitsgericht Darmstadt hat sich mit Urteil vom 24. August 1983 - 5 Ca 7/83 - (ARST 1984, 10) dieser Auffassung angeschlossen. Es

hat ausgeführt, dass eine Verpflichtung des Arbeitgebers zur Freistellung der stillenden Mütter spätestens dann nicht mehr gegeben ist, wenn das Kind das erste Lebensjahr vollendet hat.

7.5

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

8

Zu § 8 (Mehrarbeit, Nacht- und Sonntagsarbeit)

8.1

Die Beschäftigungsverbote des § 8 gelten für **werdende Mütter** vom Beginn der Schwangerschaft an (vgl. hierzu Nr. 3.1) und für **stillende Mütter** (vgl. hierzu Nr. 6.8).

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 Absatz 1 Satz 1 ArbZG).

8.3

Zur Vermeidung von Mehrarbeit im Sinne des Absatzes 2 ist die Arbeitszeit der werdenden oder der stillenden Mutter ggf. durch Verlängerung der Pausen auf die hiernach zulässige Zeit zu verkürzen.

8.4

Darf der Arbeitgeber die Arbeitnehmerin wegen eines Beschäftigungsverbotes nach § 8 auf ihrem bisherigen Arbeitsplatz nicht mehr beschäftigen, kann er sie auf einen anderen zumutbaren Arbeitsplatz umsetzen. Lehnt die Arbeitnehmerin dies ohne Berechtigung ab, entfällt die Verpflichtung, einen möglichen Verdienstaufschlag durch die Zahlung des Durchschnittsverdienstes nach § 11 auszugleichen.

9

Zu § 9 (Kündigungsverbot)

9.1

Der Arbeitgeber darf während des in § 9 festgelegten Zeitraumes nicht kündigen. Auch eine Kündigung, die während dieses Zeitraumes ausgesprochen und zu einem danach liegenden Zeitpunkt wirksam wird, ist unzulässig.

Das Kündigungsverbot gilt nur, wenn die Schwangerschaft zum Zeitpunkt der Kündigung schon bestanden hat und dem Arbeitgeber bekannt war oder ihm innerhalb von zwei Wochen nach Zugang der Kündigung mitgeteilt wurde.

Geht die Mitteilung über die Schwangerschaft dem Arbeitgeber nicht innerhalb der Frist von zwei Wochen (Ausschlussfrist) zu oder unterlässt die Arbeitnehmerin die Mitteilung, wird das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung aufgelöst.

Das Überschreiten dieser Frist ist jedoch unschädlich, wenn es auf einem von der Arbeitnehmerin nicht zu vertretenden Grund beruht und die Mitteilung unverzüglich nachgeholt wird. Versäumt die Arbeitnehmerin die Frist ohne Verschulden, ist sie dafür darlegungs- und beweispflichtig (vgl. Urteil des BAG vom 13. Januar 1982 - 7 AZR 764/79 - AP Nr. 9 zu § 9 MuSchG 1968).

9.2

Absatz 1 enthält ein **absolutes Kündigungsverbot** für den Arbeitgeber. Verboten sind 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.

9.3

Eine verbotswidrig erklärte Kündigung ist nichtig (§ 134 BGB). Das Arbeitsverhältnis und damit der Entgeltanspruch der Arbeitnehmerin bestehen fort.

9.4

Ist ein Arbeitsverhältnis **rechtswirksam befristet** (z. B. nach § 30 TV-L), verlängert es sich nicht durch eine während des Arbeitsverhältnisses eingetretene Schwangerschaft oder Niederkunft, da § 9 nur vor Kündigungen durch den Arbeitgeber und nicht auch vor Beendigungen des Arbeitsverhältnisses aus anderen Gründen schützt (vgl. Urteil des BAG vom 23. Oktober 1991 - 7 AZR 56/91 - AP Nr. 50 zu § 611 BGB Bühnengagementsvertrag). § 2 Absatz 5 des Gesetzes über befristete Arbeitsverträge in der Wissenschaft (Wissenschaftszeitvertragsgesetz – Wiss-ZeitVG) vom 12. April 2007 (BGBl. I S. 506) und § 1 Absatz 4 des Gesetzes über befristete Arbeitsverträge mit Ärzten in der Weiterbildung vom 15. Mai 1986 (BGBl. I S. 742) sind jedoch ggf. zu beachten.

Die **Nichterneuerung eines befristeten Arbeitsvertrages** steht zwar nicht einer verbotenen Kündigung gleich; wenn aber die Nichterneuerung ihren Grund in der Schwangerschaft der Arbeitnehmerin hat, kann die unterbleibende Anschlussbeschäftigung eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellen und insoweit gegen die EG-Richtlinie 76/207 vom 9. Februar 1976 verstoßen (vgl. Urteil des EuGH vom 4. Oktober 2001 - C 438/99 - AP Nr. 3 zu EWG-Richtlinie Nr. 92/85).

9.5

Kündigt eine schwangere Frau ihrerseits das Arbeitsverhältnis (**Eigenkündigung**), muss der Arbeitgeber nach Absatz 2 die zuständige Aufsichtsbehörde (§ 20) unverzüglich von der Kündi-

gung unterrichten. Dies gilt ebenso, wenn das Arbeitsverhältnis durch Auflösungsvertrag beendet wird. Eine Verletzung der vorgenannten Mitteilungspflicht führt bei einer Eigenkündigung der schwangeren Arbeitnehmerin nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung und nicht zur Beschäftigungspflicht über den durch die Kündigung bestimmten Zeitraum hinaus (vgl. Urteile des BAG vom 19. August 1982 - 2 AZR 116/81 - AP Nr. 10 zu § 9 MuSchG 1968 - und vom 6. Februar 1992 - 2 AZR 408/91 - AP Nr. 13 zu § 119 BGB).

Die Unkenntnis der Arbeitnehmerin von einer im Zeitpunkt des Ausspruchs einer Eigenkündigung bestehenden Schwangerschaft rechtfertigt in der Regel keine Irrtumsanfechtung (vgl. Urteil des BAG vom 6. Februar 1992 - 2 AZR 408/91 - AP Nr. 13 zu § 119 BGB).

10

Zu § 10 (Erhaltung von Rechten)

10.1

Das Sonderkündigungsrecht gem. § 10 Absatz 1 zum Ende der Schutzfrist nach der Entbindung 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.

Für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses zum Ende der Elternzeit enthält § 19 BEEG besondere Vorschriften.

10.2

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

10.3

Urlaub, der wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr als Freizeit gewährt werden kann, ist **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). Die Abgeltung richtet sich nach den gesetzlichen Regelungen (§ 26 Absatz 2 TV-L i. V. m. § 7 Absatz 4 des Bundesurlaubsgesetzes).

10.4

Unter "Betrieb" im Sinne des Absatzes 2 Satz 1 ist nicht z. B. das Land als Arbeitgeber, sondern die Dienststelle im Sinne des Personalvertretungsgesetzes zu verstehen.

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

10.5

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.

11

Zu § 11 (Arbeitsentgelt bei Beschäftigungsverboten)

11.1

Muss die Arbeitnehmerin wegen eines der in § 11 Abs. 1 genannten Beschäftigungsverbote teilweise oder völlig mit der Arbeit aussetzen oder die Beschäftigungsart oder die Entlohnungsart wechseln (z. B. Arbeitsplatzwechsel, Wegfall von Prämienarbeit, Wegfall von Bereitschaftsdienst) und tritt dadurch eine Verdienstminderung ein, hat der Arbeitgeber mindestens den gesetzlich bestimmten **Durchschnittsverdienst** zu zahlen.

Ein Anspruch auf die Leistungen nach § 11 besteht nur, wenn allein das Beschäftigungsverbot für die Nichtleistung der Arbeit ursächlich ist. Ist die Arbeitnehmerin **arbeitsunfähig krank**, so löst ein für denselben Zeitraum angeordnetes ärztliches Beschäftigungsverbot (§ 3 Absatz 1) keinen Anspruch auf die Leistungen nach § 11 aus (vgl. BAG, Urteile vom 22. März 1995 - 5 AZR 874/93 - AP Nr. 12 zu § 11 MuSchG 1968 -, vom 5. Juli 1995 - 5 AZR 135/94 - AP Nr. 7 zu § 3 MuSchG 1968 -, vom 12. März 1997 - 5 AZR 766/95 - AP Nr. 10 zu § 3 MuSchG 1968 -, vom 1. Oktober 1997 - 5 AZR 685/96 - AP Nr. 11 zu § 3 MuSchG 1968 - und vom 13. Februar 2002 - 5 AZR 588/00 - AP Nr. 22 zu § 11 MuSchG 1968). In diesem Fall ist ggf. das Entgelt im Krankheitsfall fortzuzahlen (§§ 21, 22 TV-L).

Der Anspruch auf das Durchschnittsentgelt endet mit dem Tage, der dem Beginn der Schutzfrist nach § 3 Abs. 2 vorangeht.

11.2

Bemessungszeitraum für die Berechnung 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 die Elternzeit, solange während der Elternzeit keine Beschäftigung ausgeübt worden ist. Wird während der Elternzeit eine zulässige Teilzeitbeschäftigung ausgeübt, bleiben bei der Berechnung des Durchschnittsverdienstes für nach Ablauf der Elternzeit liegende Zeiten sowohl der während der Teilzeitbeschäftigung erzielte Arbeitsverdienst als auch die Zeit der Teilzeitbeschäftigung außer Ansatz. Das Urlaubsentgelt sowie das vom Arbeitgeber gezahlte Entgelt im Krankheitsfall ist 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, zurückzulegen. Der Ersatzzeitraum muss ebenfalls mindestens einen vollen Monat, wenn es zur Erlangung eines geeigneten Ergebnisses unumgänglich ist, einen entsprechend längeren Zeitraum umfassen (vgl. Urteile des BAG vom 15. Januar 1969 - 3 AZR 305/68 - AP Nr. 1 zu § 11 MuSchG 1968 - und vom 8. September 1978 - 4 AZR 417/77 - AP Nr. 8 zu § 11 MuSchG 1968).

Wird eine Arbeitnehmerin **während der Schutzfrist** nach § 6 Absatz 1 oder einer sich unmittelbar anschließenden **Elternzeit erneut schwanger**, sind für die Berechnung des nach Ablauf der Schutzfrist bzw. der Elternzeit bis zum Beginn der neuen Schutzfrist nach § 3 Absatz 2 ggf. zu gewährenden Durchschnittsverdienstes die letzten drei Kalendermonate vor dem Beginn der auf der vorangegangenen Schwangerschaft beruhenden Schutzfrist des § 3 Absatz 2 zugrunde zu legen.

Tritt die Schwangerschaft während der Zeit eines **Sonderurlaubs** ohne Fortzahlung des Entgelts ein, sind Bemessungszeitraum des nach dem Ende des Sonderurlaubs bis zum Beginn der Schutzfrist nach § 3 Absatz 2 ggf. zu gewährenden Durchschnittsverdienstes die letzten drei Kalendermonate vor Beginn des Monats, in dem der Sonderurlaub angetreten worden ist.

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

Wird eine Arbeitnehmerin **nach Ablauf der Elternzeit oder eines Sonderurlaubs** ohne Fortzahlung des Entgelts erneut schwanger und liegen zwischen der Arbeitsaufnahme und der Kenntnis der Schwangerschaft keine vollen drei Kalendermonate, ist der Berechnungszeitraum nach den Hinweisen in den vorhergehenden Absätzen 3 Buchstabe a und b zu ermitteln.

11.3

Durchschnittsverdienst im Sinne des Absatzes 1 Satz 1 ist der Verdienst, den die Arbeitnehmerin in dem im Gesetz bestimmten maßgebenden Berechnungszeitraum (vgl. Nr. 11.2) durch ihre Arbeitsleistung tatsächlich erzielt hat, nicht der Verdienst, der ihr in diesem Zeitraum zugeflossen ist (BAG, Urteile vom 28. November 1984 - 5 AZR 243/83 - AP Nr. 10 zu § 11 MuSchG 1968 - und vom 6. März 1985 - 5 AZR 523/83 - AP Nr. 11 zu § 11 MuSchG 1968). Ein Verdienst in diesem Sinne ist jedoch nicht erzielt worden, wenn die erbrachte Arbeitsleistung durch einen tariflich vorgesehenen Freizeitausgleich (z. B. Überstundenausgleich, Freizeitausgleich für Bereitschaftsdienst) abgegolten worden ist, da in den Fällen des Freizeitausgleichs Geldleistungen ganz oder teilweise nicht mehr zustehen und somit eine Verdienstminderung, die nach § 11 Absatz 1 Satz 1 auszugleichen wäre, nicht eintreten kann (vgl. Urteil des LAG Baden-Württemberg vom 12. Mai 1993 - 3 Sa 49/93 - ZTR 1993, 508).

Bei der Ermittlung des maßgebenden Durchschnittsverdienstes sind neben dem Tabellenentgelt alle im Bemessungszeitraum erzielten Zulagen, Entgelte für Überstunden, Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft sowie Zeitzuschläge zu berücksichtigen. Bei den **unständigen Entgeltbestandteilen** im Sinne des § 24 Absatz 1 Satz 4 TV-L ist von den Beträgen auszugehen, die im Berechnungszeitraum aufgrund tatsächlich erbrachter Arbeitsleistungen ohne Berücksichtigung des Zeitpunkts ihrer Fälligkeit 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).

Zum Durchschnittsverdienst gehören auch die **vermögenswirksamen Leistungen** nach § 23 Absatz 1 TV-L sowie vermögenswirksam angelegte Teile des Arbeitslohnes nach den §§ 10, 11 des Fünften Vermögensbildungsgesetzes. **Aufwandsentschädigungen** sind nur dann zu berücksichtigen, wenn sie in festen Monatsbeträgen gewährt werden und wenn der Aufwand während der Zeit der Beschäftigungsverbote weiterbesteht.

In die Durchschnittsberechnung sind **Jahressonderzahlungen** und anderes einmalig gezahltes Arbeitsentgelt weder ganz noch zeitanteilig einzubeziehen.

In der maßgebenden Zeit ohne Rechtsgrund geleistete Überzahlungen sind bei der Durchschnittsberechnung auszuklammern. Unterbliebene, aber schon geschuldete Leistungen sind mit zu berücksichtigen.

11.4

Bleibt in einem Kalendermonat das für die Zeit eines Beschäftigungsverbotes (vgl. Nr. 11.1) nach § 24 TV-L zustehende tarifliche Entgelt hinter dem für diese Zeit zustehenden Durchschnittsverdienst zurück, ist der **Unterschiedsbetrag** (Ausgleichsbetrag nach § 11 Absatz 1 Satz 1) in entsprechender Anwendung des § 24 Absatz 1 Satz 4 TV-L **wie ein unständiger Entgeltbestandteil** 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 Absatz 1 Satz 1 auch noch nach Beginn der Schutzfristen (§ 3 Absatz 2, § 6 Absatz 1) in Kalendermonaten zu zahlen ist, in denen der Arbeitnehmerin bereits Mutterschaftsgeld (vgl. Nr. 13) zusteht. Wegen der steuer-, sozialversicherungs- und zusatzversorgungsrechtlichen Behandlung der während des Bezugs von Mutterschaftsgeld gezahlten Ausgleichsbeträge vgl. Nr. 11.10.

Hat die Arbeitnehmerin nach Ablauf der Schutzfrist des § 6 Absatz 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 Absatz 1 Satz 1 in Verbindung mit § 6 Absatz 2 und 3), ist der Ausgleichsbetrag auch in diesen Fällen wie ein unständiger Entgeltbestandteil zu behandeln und erst in dem zweiten auf die Entstehung dieses Anspruchs folgenden Kalendermonat zu zahlen.

11.5

Nimmt die Arbeitnehmerin während der Zeit eines Beschäftigungsverbotes (vgl. Nr. 11.1) 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 (vgl. BAG, Urteile vom 22. März 1995 - 5 AZR 874/93 - AP Nr. 12 zu § 11 MuSchG 1968 - und vom 5. Juli 1995 - 5 AZR 135/94 - AP Nr. 7 zu § 3 MuSchG 1968). Sie hat für diese Zeit Anspruch auf Entgeltfortzahlung nach § 22 Absatz 1 und §§ 26 und 27 TV-L. Auf die Regelung in § 24 Absatz 1 Satz 4 TV-L, wonach auch der Tagesdurchschnitt nach § 21 TV-L am Zahltag des zweiten Kalendermonats, der auf seine Entstehung folgt, fällig ist, wird besonders hingewiesen.

11.6

Der Ausgleichsbetrag nach § 11 Absatz 1 Satz 1 wird im zweiten Kalendermonat, der dem Monat folgt, in dem der Anspruch entstanden ist, fällig (vgl. Nr. 11.4). Er ist auch in Kalendermonaten zu zahlen, in denen ein Anspruch auf tarifliches Entgelt nicht besteht.

11.7

Verdiensterhöhungen nicht nur vorübergehender Natur sowie bestimmte dauerhafte Verdienstkürzungen sind nach Maßgabe des Absatzes 2 zu berücksichtigen.

Verdiensterhöhungen nicht nur vorübergehender Natur im Sinne des Absatzes 2 Satz 1 sind z. B. allgemeine Erhöhungen der Tabellenentgelte, die Eingruppierung in eine höhere Entgeltgruppe und die Gewährung des Tabellenentgelts aus einer höheren Stufe. Sind solche Erhöhungen während oder nach Ablauf des Bemessungszeitraumes, jedoch vor dem Tage eingetreten, von dem an Anspruch auf Weiterzahlung des Durchschnittsverdienstes besteht, ist der Durchschnittsverdienst so zu berechnen, als hätte die Erhöhung schon für den gesamten Berechnungszeitraum gegolten. Sind diese Erhöhungen dagegen erst während des Bezuges des Durchschnittsverdienstes eingetreten, sind sie erst vom Zeitpunkt des Wirksamwerdens an zu berücksichtigen.

Von einer Verdiensterhöhung nicht nur vorübergehender Natur ist auch dann auszugehen, wenn sich das Entgelt für den **Bereitschaftsdienst** während oder nach Ablauf des Berechnungszeit-

raums dadurch erhöht hat bzw. erhöhen würde, dass der Bereitschaftsdienst einer höheren Stufe zugewiesen worden ist.

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

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

Verdienstkürzungen sind nur dann zu berücksichtigen, wenn sie "dauerhaft" sind und ihre Ursache nicht in einem mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbot (z. B. nach § 3 Absatz 1, § 4 oder § 8) oder in Kurzarbeit, Arbeitsausfall oder unverschuldeter Arbeitsversäumnis haben. Als dauerhafte Verdienstkürzungen kommen z. B. in Betracht: Wegfall von Besitzstandszulagen (z. B. nach § 11 TVÜ-Länder), Zuweisung des Bereitschaftsdienstes für alle Arbeitnehmer einer Organisationseinheit zu einer niedrigeren Stufe (siehe hierzu auch das Urteil des BAG vom 20. September 2000

- 5 AZR 924/98 - AP Nr. 17 zu § 11 MuSchG 1968 -, das noch vor der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung in § 11 Absatz 2 Satz 3 durch das am 20. Juni 2002 in Kraft getretene Zweite Gesetz zur Änderung des Mutterschutzrechts vom 16. Juni 2002 - BGBl. I S. 1812 - ergangen ist). Werdende bzw. stillende Mütter sollen durch den Arbeitsausfall infolge der Beschäftigungsverbote finanziell nicht schlechter gestellt werden; Verdienstminderungen, die auch ohne Schwangerschaft oder Entbindung entstanden wären, haben sie jedoch hinzunehmen.

11.8

Eine Arbeitnehmerin, die sich **ausdrücklich zur Arbeitsleistung während der Schutzfrist** vor der Entbindung (§ 3 Absatz 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. Die Arbeitnehmerin hat auch dann lediglich Anspruch auf das ihr zustehende Entgelt, wenn das Arbeitsentgelt geringer ist als das Mutterschaftsgeld zuzüglich eines ggf. zu zahlenden Zuschusses zum Mutterschaftsgeld. Das Gleiche gilt, wenn eine Arbeitnehmerin, deren Kind verstorben ist, während der Schutzfrist nach der Entbindung aufgrund des § 6 Absatz 1 Satz 3 bereits wieder beschäftigt werden will.

11.9

Bei der Berechnung des **Tagesdurchschnitts der nicht in Monatsbeträgen festgelegten Entgeltbestandteile nach § 21 Satz 2 TV-L** sind die im maßgebenden Berechnungszeitraum gemäß § 11 zustehenden Ausgleichsbeträge zu berücksichtigen (BAG, Urteil vom 6. März 1985 - 5 AZR 523/83 - AP Nr. 11 zu § 11 MuSchG 1968). Dies gilt jedoch nicht für den Teil der Ausgleichsbeträge nach § 11, der als Ausgleich für solche unständigen Entgeltbestandteile gezahlt wird, die nicht in die Durchschnittsberechnung eingehen dürfen (wie z. B. Entgelte für Überstunden und Mehrarbeit).

11.10

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

Der Ausgleichsbetrag nach § 11, der in entsprechender Anwendung des § 24 Absatz 1 Satz 4 TV-L 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, ist sozialversicherungsrechtlich als nachträglich gezahltes Arbeitsentgelt zu behandeln. Das gilt auch für unständige Entgeltbestandteile, die wegen des § 24 Absatz 1 Satz 4 TV-L noch nach Beginn der Mutterschutzfrist gezahlt werden.

Der Ausgleichsbetrag nach § 11 und die unständigen Entgeltbestandteile sind zum Zwecke des Beitragseinzugs jeweils dem Kalendermonat zuzuordnen, in dem die Ansprüche entstanden sind (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 Entgeltbestandteile ausgezahlt werden, keine Beitragspflicht besteht, die unständigen Entgeltbestandteile dem Arbeitsentgelt des vorausgegangenen Lohnabrechnungszeitraumes oder, wenn auch im vorausgegangenen Lohnabrechnungszeitraum Beitragsfreiheit bestanden hat, dem davor liegenden Abrechnungszeitraum zugeordnet werden (vgl. Punkt 5 der Niederschrift über die Besprechung am 5./6. März 1986).

11.11

Der Ausgleichsbetrag nach § 11 kann auch neben dem Mutterschaftsgeld zu zahlen sein (vgl. Nr. 11.10 Absatz 2 Satz 1). Die Vorschrift des § 200 Absatz 4 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 1968). Satz 1 gilt entsprechend für unständige Entgeltbestandteile, die neben dem Mutterschaftsgeld gezahlt werden (vgl. Nr. 11.10 Absatz 2 Satz 2).

12

Nicht besetzt.

Zu § 13 (Mutterschaftsgeld)

13.1

Für Arbeitnehmerinnen, die **Mitglied einer gesetzlichen Krankenkasse** sind - auch freiwillig versicherte Mitglieder nach § 9 SGB V -, gelten die Vorschriften der Reichsversicherungsordnung (§ 200 RVO) unmittelbar. § 13 Absatz 1 ist insoweit nur deklaratorisch. Die Zahlung des Mutterschaftsgeldes erfolgt durch die Krankenkasse, bei der die Frau im Zeitpunkt des Beginns der Schutzfrist nach § 3 Absatz 2 versichert ist. Der Höchstbetrag für jeden Kalendertag beträgt **13 Euro** (§ 200 Absatz 2 Satz 3 RVO).

Für Arbeitnehmerinnen, die **nicht Mitglied einer gesetzlichen Krankenkasse** sind (weil sie z. B. bei einem privaten Krankenversicherungsunternehmen versichert sind oder eine nur geringfügige Beschäftigung im Sinne der §§ 8, 8a SGB IV ausüben), gelten die Vorschriften der RVO infolge der Verweisung in § 13 Absatz 2 entsprechend, jedoch mit der Maßgabe, dass das Mutterschaftsgeld für die Zeit der Schutzfristen (§ 3 Absatz 2 und § 6 Absatz 1) insgesamt **höchstens 210 Euro** beträgt. Das Mutterschaftsgeld wird ihnen zu Lasten des Bundes durch das **Bundesversicherungsamt** gezahlt.

13.2

Der Arbeitgeber hat den für die Zahlung des Mutterschaftsgeldes zuständigen Krankenkassen (bei Arbeitnehmerinnen, die Mitglied einer gesetzlichen Krankenkasse sind) bzw. dem Bundesversicherungsamt (bei Arbeitnehmerinnen, die nicht Mitglied einer gesetzlichen Krankenkasse sind) auf Anforderung unverzüglich die Angaben zu machen, die für die Berechnung der Höhe des Mutterschaftsgeldes benötigt werden. Dazu gehören insbesondere Angaben über die Höhe des Arbeitsentgelts während des Berechnungszeitraums.

Frauen, die das Mutterschaftsgeld beantragen (vgl. § 19 SGB IV) haben gemäß § 60 Absatz 1 SGB I alle Tatsachen anzugeben, die für die Leistung erheblich sind und müssen auf Verlangen des Leistungsträgers Beweisurkunden vorlegen (z. B. standesamtliche Geburtsurkunde des Kindes).

13.3

Ein Anspruch auf Mutterschaftsgeld ist auch gegeben, wenn im Falle eines bestehenden Beschäftigungsverhältnisses während einer noch nicht beendeten **Elternzeit eine weitere Schutzfrist** eintritt.

Dagegen haben Arbeitnehmerinnen, die von ihrem Arbeitgeber **unbezahlten Urlaub** (z. B. nach § 28 TV-L) erhalten haben, nach dem Urteil des BSG vom 8. März 1995 - 1 RK 10/94 - (DOK 1995, 453) mit Beginn einer (erneuten) Schutzfrist nach § 3 Absatz 2 und § 6 Absatz 1 grundsätzlich **keinen Anspruch auf Mutterschaftsgeld**. Endet im Verlauf der Schutzfrist der unbezahlte Urlaub, so besteht nach dem Urteil des BAG vom 25. Februar 2004 - 5 AZR 160/03 - (AP Nr. 24 zu § 14 MuSchG 1968) ab diesem Zeitpunkt ein Anspruch auf Mutterschaftsgeld (und auf den Zuschuss zum Mutterschaftsgeld).

Neben unbezahltem Urlaub ist ein Anspruch auf Mutterschaftsgeld lediglich dann gegeben, wenn

- zu Beginn der Schutzfrist die Mitgliedschaft in der gesetzlichen Krankenversicherung im Rahmen des § 192 Absatz 1 Nr. 1 SGB V fortbesteht oder
- der unbezahlte Urlaub aus Anlass der Schwangerschaft vereinbart und die Mitgliedschaft in der gesetzlichen Krankenversicherung nach § 192 Absatz 2 SGB V aufrechterhalten wird,

(vgl. Besprechungsergebnis der Spitzenverbände der Krankenkassen vom 11./12. November 1996, abgedruckt in BB 1997, 530).

13.4

Im Gegensatz zur Regelung des § 5 Absatz 2 Satz 2 über eine vom Sechswochenzeitraum abweichende Dauer des Beschäftigungsverbots nach § 3 Absatz 2 bestimmt § 200 Absatz 3 Satz 5 RVO lediglich, dass sich bei **Geburten nach dem mutmaßlichen Tag der Entbindung** die Bezugsdauer für das Mutterschaftsgeld vor der Geburt entsprechend verlängert. Eine Verkürzung der Sechswochenfrist hinsichtlich des Anspruchs auf Mutterschaftsgeld ist mithin ausgeschlossen; diese Frist ist eine Mindestfrist.

Bei **Geburten vor dem mutmaßlichen Tag der Entbindung** folgt aus § 200 Absatz 3 Satz 2 RVO die Verpflichtung, das Mutterschaftsgeld nach der Geburt für acht bzw. - bei Früh- und Mehrlingsgeburten - zwölf Wochen zuzüglich derjenigen Tage, die von der Schutzfrist vor der Geburt nicht in Anspruch genommen werden konnten, zu zahlen.

13.4.1

Hat die Arbeitnehmerin vor Beginn der Schutzfrist nach § 3 Absatz 2 Entgeltfortzahlung nach § 22 Absatz 1 Satz 1 TV-L erhalten und entbindet sie vor dem mutmaßlichen Zeitpunkt der Niederkunft, verbleibt es bei dem Anspruch auf Entgeltfortzahlung.

13.4.2

Bei Arbeitnehmerinnen, die bis zum Beginn der Schutzfrist nach § 3 Absatz 2 Krankengeld von ihrer Krankenkasse und ggf. einen Krankengeldzuschuss von ihrem Arbeitgeber bezogen haben, hat eine vorzeitige Entbindung ebenfalls keine Auswirkungen auf Dauer und Höhe dieser Ansprüche.

13.5

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 Absatz 2) und
- b) von der Höhe des in diesem Zeitraum erzielten, um die gesetzlichen Abzüge verminderten Arbeitsentgelts.

13.6

Für die **Berechnung des Zeitraums** der letzten drei abgerechneten Kalendermonate ist von dem Beginn der Schutzfrist nach § 3 Absatz 2 unter Zugrundelegung des in dem Zeugnis eines Arztes oder einer Hebamme angenommenen mutmaßlichen Tages der Entbindung auszugehen, wenn die Zahlung des Mutterschaftsgeldes vor der Entbindung beantragt wird. Dieser Ausgangszeit-

punkt bleibt auch dann maßgebend, wenn die Entbindung früher oder später eintritt. Wird das Mutterschaftsgeld 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 **Ausfallzeiten**, also Tage, an denen infolge von Kurzarbeit, Arbeitsausfällen oder unverschuldeter Arbeitsversäumnis kein oder ein vermindertes Arbeitsentgelt erzielt wurde, bleiben diese Tage nach § 200 Absatz 2 Satz 3 RVO außer Ansatz. D. h. für diese Tage ist kein Arbeitsentgelt anzusetzen und die Dauer des Berechnungszeitraums ist entsprechend zu vermindern. Die Begriffe "Kurzarbeit" und "Arbeitsausfälle" sind dieselben wie in § 11 Absatz 2 Satz 2.

Hat das Arbeitsverhältnis, das zur Begründung des Anspruchs auf Mutterschaftsgeld geführt hat, **weniger als drei Monate** gedauert, ist der kürzere Zeitraum der Berechnung zugrunde zu legen (entsprechende Anwendung des § 11 Absatz 1 Satz 4).

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

- die Berechnung nach der Regel infolge Wechsels aus einem Ausbildungs- in ein Arbeitsverhältnis zu einem offensichtlich unbilligen Ergebnis führen würde,
- 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
- das Arbeits- oder Ausbildungsverhältnis erst während der Mutterschutzfristen beginnt.

Als gleichartige Beschäftigte heranzuziehen sind Frauen gleichen Alters und Familienstandes, die in der Dienststelle unter vergleichbaren Arbeitsbedingungen wie die anspruchsberechtigte Frau arbeiten.

Erwächst aus einer **erneuten Schwangerschaft während der Elternzeit** Anspruch auf Mutterschaftsgeld für die Zeit der Schutzfristen nach § 3 Absatz 2 und § 6 Absatz 1 sowie für den Entbindungstag (vgl. Nr. 13.3 erster Absatz), sind der Berechnung des Mutterschaftsgeldes der Zeitraum und der Arbeitsverdienst zugrunde zu legen, die für die Berechnung des Mutterschaftsgeldes für die Zeit der auf der vorausgegangenen Schwangerschaft beruhenden Schutzfristen maßgebend waren.

13.7

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 Sozialversicherungsentgeltverordnung) auszugehen.

13.7.1

Arbeitsentgelt ist der in der regelmäßigen Arbeitszeit des Berechnungszeitraumes erzielte Arbeitsverdienst in Form von **Tabellenentgelt, sonstigen Entgeltbestandteilen oder Ausbildungsentgelt**. Dabei ist es unerheblich, ob das Arbeitsentgelt als Monats-, Stunden-, Akkord- oder Prämienverdienst gewährt wird.

Zum Arbeitsentgelt gehört auch die Vergütung für **Mehrarbeit**, für geleistete **Überstunden**, für **Bereitschafts-** und **Rufbereitschaftsdienst**, für **Nacht-, Sonntags-** und **Feiertagsarbeit** - mit Ausnahme der hierfür gewährten steuerfreien Zuschläge

(§ 3 b EStG), soweit das Entgelt, auf dem sie berechnet werden, nicht mehr als 25 Euro für jede Stunde beträgt, da es sich insoweit nicht um Entgelt im sozialversicherungsrechtlichen Sinne (vgl. Nr. 13.7) handelt -, und zwar auch dann, wenn die Mehrarbeit usw. nicht regelmäßig geleistet wurde.

Zulagen und Zuschläge (z. B. auch für Wechselschicht- und Schichtarbeit) 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 Verdienstaufschlägen leistet, wenn durch sie ein Minderverdienst an einem Tage verhindert wird, der nach § 200 Absatz 2 Satz 3 RVO sonst nicht zu berücksichtigen wäre. Hierzu gehören u. a. das Feiertagsentgelt nach § 2 des Gesetzes über die Zahlung des Arbeitsentgelts an Feiertagen und im Krankheitsfall (Entgeltfortzahlungsgesetz), die Lohnausfallerstattung für Personalratsmitglieder, das Urlaubsentgelt nach § 26 in Verbindung mit § 21 TV-L (nicht jedoch eine Urlaubsabgeltung wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach § 7 Absatz 4 BUrlG) sowie der nach § 11 gesicherte Durchschnittsverdienst.

13.7.2

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

13.7.3

Leistungen des Arbeitgebers zu einer zusätzlichen Alters- und Hinterbliebenenversorgung (**Umlagen** - § 16 ATV - und **zusätzliche Umlagen** - § 39 Absatz 2 ATV - zur VBL oder zu einer anderen Zusatzversorgungseinrichtung) gehören zum Arbeitsentgelt im Sinne des § 200 Absatz 2 Satz 1 RVO, soweit sie nach der Sozialversicherungsentgeltverordnung (SvEV) vom 21. Dezember 2006 (BGBl. I S. 3385) sozialversicherungspflichtiges Arbeitsentgelt sind. Danach sind die pauschal versteuerten Umlagen und zusätzliche Umlagen im Tarifgebiet West in Höhe von 2,5 v. H. und im Tarifgebiet Ost in Höhe von 1 v. H. des für ihre Bemessung maßgebenden Entgelts, jeweils abzüglich 13,30 Euro monatlich (§ 1 Absatz 1 Satz 3 SvEV), als Arbeitsentgelt anzusehen. Soweit Umlagen und zusätzliche Umlagen nicht pauschal versteuert werden, sind sie dem Arbeitsentgelt zuzurechnen.

Die steuerunbelasteten und sozialversicherungsfreien **Sanierungsgelder** zur VBL gehören dagegen ebenso wenig zum Arbeitsentgelt wie die **Beiträge im Kapitaldeckungsverfahren** (§ 2 Absatz 2, § 18, § 26 Absatz 5, § 39 Absatz 1 ATV), soweit diese im Rahmen des § 3 Nr. 63 EStG steuer- und damit sozialversicherungsfrei sind, sowie die für eine **Entgeltumwandlung** verwendeten Entgeltbestandteile, solange sie sozialversicherungsfrei sind (§ 115 SGB VI).

Der **Umlage-Beitrag der Arbeitnehmer**, der aus versteuertem Einkommen entrichtet wird, mindert nicht das Arbeitsentgelt.

13.7.4

Nicht zum Arbeitsentgelt im Sinne des § 200 Absatz 2 Satz 1 RVO gehören die Arbeitgeberzuschüsse zum Krankenversicherungsbeitrag nach **§ 257 SGB V** und zum Pflegeversicherungsbeitrag nach **§ 61 SGB XI** sowie **Aufwandsentschädigungen** (z. B. Reisekosten). Entsprechendes gilt für Arbeitgeberzuschüsse zu berufsständischen Versorgungseinrichtungen sowie zum Versorgungswerk der Presse (vgl. § 25 ATV).

13.7.5

Einmalig gezahltes Arbeitsentgelt (§ 23 a SGB IV), das nach § 200 Absatz 2 Satz 3 RVO nicht zum Arbeitsentgelt im Sinne dieser Vorschrift gehört, sind z. B. Jahressonderzahlungen, Jubiläumsgelder, Urlaubsabgeltungen.

13.7.6

Änderungen der Höhe des Entgelts, die **nach Ablauf** des Berechnungszeitraums wirksam werden, werden bei der Bemessung des Mutterschaftsgeldes nach § 200 Absatz 2 RVO **nicht berücksichtigt**. Diese Vorschrift ist nicht entsprechend der Ergänzung des § 14 Absatz 1 MuSchG geändert worden.

Rückwirkende Erhöhungen des Entgelts, die den ganzen oder einen Teil des Berechnungszeitraumes betreffen, sind für die Monate zu berücksichtigen, auf die sie entfallen. Dies gilt auch dann, wenn der Anspruch auf die rückwirkende Erhöhung des Entgelts des Berechnungszeitraums auf einem Tarifvertrag beruht, der erst nach Ablauf des Berechnungszeitraumes oder nach Beginn der Schutzfrist des § 3 Absatz 2 vereinbart worden ist (Urteil des BAG vom 6. April 1994 - 5 AZR 501/93 - AP Nr. 11 zu § 14 MuSchG 1968).

13.7.7

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

13.8

Der für den Berechnungszeitraum ermittelte Bruttobetrag des Arbeitsentgelts ist um die **gesetzlichen Abzüge** zu vermindern. Zu den gesetzlichen Abzügen gehören die Lohnsteuer, die Kirchensteuer, der Solidaritätszuschlag sowie der Arbeitnehmeranteil am Gesamtsozialversicherungsbeitrag (§ 28 d Satz 1 SGB IV) einschl. des Arbeitnehmeranteils am Beitrag zur sozialen Pflegeversicherung (§ 28 d Satz 2 SGB IV).

Dabei ist die **Lohnsteuer** in der Höhe zu berücksichtigen, wie sie vom Arbeitgeber nach den gesetzlichen Bestimmungen aufgrund der Eintragungen in der Lohnsteuerkarte für das Arbeitsentgelt in dem maßgebenden Berechnungszeitraum zu berechnen und einzubehalten war.

Keine gesetzlichen Abzüge sind dagegen

- die Aufwendungen der Arbeitnehmerin für Beiträge zu einer zusätzlichen Alters- und Hinterbliebenenversorgung (z. B. Umlage-Beitrag zur VBL, freiwillige Versicherung bei der VBL - § 26 ATV -, freiwillige Versicherung in der gesetzlichen Rentenversicherung, Lebensversicherung, Höherversicherung),
- die Aufwendungen der Arbeitnehmerin für die freiwillige Versicherung in einer Krankenkasse oder bei einem privaten Krankenversicherungsunternehmen sowie
- die gepfändeten Teile des Arbeitsentgelts und
- die vermögenswirksam angelegten Teile des Arbeitsentgelts.

Fällt in den Bemessungszeitraum ein nicht zu berücksichtigendes einmalig gezahltes Arbeitsentgelt im Sinne von § 23 a SGB IV (§ 200 Absatz 2 Satz 3 RVO), ist eine fiktive Berechnung des Nettoarbeitsentgelts vorzunehmen.

Beispiel:

Bemessungszeitraum Dezember:

Laufendes Arbeitsentgelt	2.500,-- Euro
Jahressonderzahlung	<u>1.000,--</u> Euro
Dezemberentgelt insgesamt	3.500,-- Euro
Beitragspflichtiges Entgelt	3.500,-- Euro
Steuerpflichtiges Entgelt	3.500,-- Euro

Bruttoarbeitsentgelt, von dem das fiktive
Nettoarbeitsentgelt als Bemessungsgrundlage
für das Mutterschaftsgeld zu ermitteln ist
(beitrags- und steuerpflichtiger Betrag) 2.500,-- Euro

13.9

Für die Ermittlung des Mutterschaftsgeldes ist das nach den vorstehenden Hinweisen vom Arbeitgeber errechnete (vgl. Nr. 13.8) und der Krankenkasse mitgeteilte Nettoarbeitsentgelt von dieser **auf den Kalendertag umzurechnen** ("durchschnittliches kalendertägliches Arbeitsentgelt"; vgl. § 200 Absatz 2 Satz 1 RVO). Sind im Berechnungszeitraum keine Ausfallzeiten nach § 200 Absatz 2 Satz 3 RVO enthalten, wird der Monat zu **30 Kalendertagen** ohne Rücksicht darauf angesetzt, ob die Arbeitswoche der Arbeitnehmerin fünf oder sechs Tage beträgt und ob der betreffende Monat mehr oder weniger als 30 Kalendertage hat (vgl. § 47 Absatz 2 Satz 3 SGB V).

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

13.10

Während der Zeit des Bezuges von Mutterschaftsgeld liegt **keine in der Sozialversicherung versicherungspflichtige Beschäftigung** vor (§§ 24, 25 SGB III, § 5 SGB V, § 1 SGB VI, §§ 20, 23 SGB XI). Für diese Zeit ist deshalb kein Gesamtsozialversicherungsbeitrag (§ 28 d Satz 1 SGB IV) einschl. des Beitrags zur sozialen Pflegeversicherung (§ 28 d Satz 2 SGB IV) zu entrichten. Etwas anderes gilt nur, wenn während des Bezuges von Mutterschaftsgeld einmalig gezahltes Arbeitsentgelt (z. B. Jahressonderzahlungen) gezahlt wird. Dieses ist beitragspflichtig zu allen Zweigen der Sozialversicherung und dem Lohnabrechnungszeitraum zuzuordnen, in dem es ausgezahlt wird (§ 23 a SGB IV). Der Anspruch auf Mutterschaftsgeld bleibt dadurch unberührt (§ 200 Absatz 4 Satz 2 RVO). Von dem einmalig gezahlten Arbeitsentgelt hat, soweit es zusatzversorgungspflichtig ist, der Arbeitgeber Umlagen, Sanierungsgelder und ggf. Beiträge an die VBL zu entrichten und die Arbeitnehmerin die darauf entfallenden Umlage-Beiträge zu tragen. Eine Einmalzahlung, die steuerlich einen sonstigen Bezug darstellt, ist entsprechend dem Zuflussprinzip (§ 15 Absatz 2 Satz 1 ATV) dem Monat der Auszahlung zuzuordnen, auch wenn in diesem Monat sonst kein zusatzversorgungspflichtiges Entgelt anfällt.

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

In der **Rentenversicherung** werden Zeiten, in denen die Arbeitnehmerin wegen Schwangerschaft oder Mutterschaft während der Schutzfristen eine versicherte Beschäftigung nicht ausgeübt hat, immer dann als Anrechnungszeit berücksichtigt, wenn diese Zeiten nach Vollendung des 17. und vor Vollendung des 25. Lebensjahres liegen; außerhalb dieser Lebensaltersphase erfolgt die Anrechnung nur, wenn dadurch eine versicherte Beschäftigung unterbrochen wird (§ 58 Absatz 1 Satz 1 Nr. 2 und Absatz 2 Satz 1 SGB VI).

In der **sozialen Pflegeversicherung** besteht die Mitgliedschaft für die Dauer des Anspruchs auf Mutterschaftsgeld fort (§ 192 Absatz 1 Nr. 2 SGB V in Verbindung mit § 49 Absatz 2 SGB XI); das Mutterschaftsgeld bleibt beitragsfrei (§ 56 Absatz 3 SGB XI).

In der **Arbeitslosenversicherung** ist die Zeit des Bezuges von Mutterschaftsgeld dann einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung gleichgestellt, wenn durch Schwangerschaft oder Mutterschaft eine die Beitragspflicht begründende Beschäftigung unterbrochen worden ist (§ 26 Absatz 2 Nr. 1 SGB III).

Frauen, die bei einem privaten Versicherungsunternehmen kranken- und pflegeversichert sind, müssen während der Zeit des Bezugs von Mutterschaftsgeld weiterhin ihre Prämien für die private Kranken-/Pflegeversicherung zahlen. Anders als bei gesetzlich versicherten Frauen, besteht während der Schutzfristen nach § 3 Absatz 2 und § 6 Absatz 1 hier keine beitragsfreie Versicherung. Der Arbeitgeber zahlt in der Zeit des Bezuges des Mutterschaftsgeldes auch keinen

Beitragszuschuss zur privaten Krankenversicherung nach § 257 SGB V bzw. zur privaten Pflegeversicherung nach § 61 SGB XI.

Erhält die Arbeitnehmerin in dem Zeitraum, für den ihr Mutterschaftsgeld zusteht, aufgrund freiwilliger Weiterarbeit während der Schutzfrist nach § 3 Absatz 2 (vgl. Nr. 3.3 und Nr. 11.8) Arbeitsentgelt, sind hiervon Beiträge zur Sozialversicherung (einschl. der sozialen Pflegeversicherung) und Umlagen zur zusätzlichen Alters- und Hinterbliebenenversorgung abzuführen.

13.11

Bei Arbeitnehmerinnen, die schon **vor Beginn der Mutterschutzfrist** nach § 3 Absatz 2 **arbeitsunfähig erkrankt** sind, endet die Zahlung des Entgelts im Krankheitsfall (§ 22 TV-L) mit Beginn dieser Schutzfrist (vgl. Nrn. 13.4 bis 13.4.2). Dauert die Krankheit über das Ende der Schutzfrist nach § 6 Absatz 1 bzw. das Ende der Elternzeit nach dem Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz hinaus an, ist mit Ablauf der Schutzfrist bzw. der Elternzeit der Krankengeldzuschuss für den nach § 22 Absatz 3 TV-L etwa noch vorhandenen Anspruchszeitraum weiterzuzahlen.

Aus der Formulierung in § 22 Absatz 3 Satz 1 TV-L, wonach der Krankengeldzuschuss längstens „bis zum Ende der Woche seit Beginn der Arbeitsunfähigkeit“ gezahlt wird, ergibt sich, dass die Fristen durchzurechnen sind, d.h. durch die Mutterschutzfristen keine Unterbrechung und keine entsprechende Verlängerung erfahren. Dies gilt auch bei einer Erkrankung innerhalb der Schutzfristen bzw. der Elternzeit nach dem Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz, die über das Ende der Schutzfrist nach § 6 Absatz 1 bzw. das Ende der Elternzeit hinaus andauert. Die Sechswochenfrist für die (gesetzliche) Entgeltfortzahlung nach § 22 Absatz 1 TV-L beginnt jedoch erst mit dem Tag nach Ablauf der Schutzfrist des § 6 Absatz 1 bzw. nach Ablauf der Elternzeit.

13.12

Das kalendertägliche Mutterschaftsgeld ist **vom ersten Tage der sechswöchigen Schutzfrist 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 in diesem Fall die Entgeltzahlung mit Ablauf des vorherigen Tages endet (§ 24 Absatz 3 Satz 1 TV-L).

Beginnt das Arbeitsverhältnis während der Mutterschutzfristen vor oder nach der Geburt, wird das Mutterschaftsgeld nach den Vorschriften der RVO vom Beginn des Arbeitsverhältnisses an gezahlt (§ 200 Absatz 2 Satz 4 RVO).

13.13

Der Anspruch auf Mutterschaftsgeld ruht nach § 200 Absatz 4 RVO, soweit und solange die Arbeitnehmerin beitragspflichtiges Arbeitsentgelt oder Arbeitseinkommen erhält (Satz 1); dies gilt nicht für Einmalzahlungen (Satz 2).

Hingegen ruht der Anspruch auf Mutterschaftsgeld nicht, sofern lediglich für bereits vor Beginn der Schutzfristen nach § 3 Absatz 2 und § 6 Absatz 1 erbrachte Arbeitsleistungen sog. unständige Entgeltbestandteile aufgrund der Vorvormonatsregelung nach § 24 Absatz 1 Satz 4 TV-L erst während der Mutterschutzfristen gezahlt werden (vgl. BAG vom 28. November 1984

- 5 AZR 243/83 - AP Nr. 10 zu § 11 MuSchG 1968 und vom 6. März 1985
- 5 AZR 523/83 - AP Nr. 11 zu § 11 MuSchG 1968).

Zu § 14 (Zuschuss zum Mutterschaftsgeld)

14.1

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 Absatz 2 und des § 6 Absatz 1. Hinsichtlich des Anspruchsgrundes und der Anspruchsdauer ist entscheidend, ob und für welche Zeit die Arbeitnehmerin nach

§ 200 RVO oder nach § 13 Absatz 2 oder 3 Anspruch auf Mutterschaftsgeld hat. Der Anspruch auf den Zuschuss gegen den Arbeitgeber ist aber dem Grunde, der Dauer und der Höhe nach nicht von der tatsächlichen Zahlung des Mutterschaftsgeldes abhängig. Der Arbeitgeber muss daher ggf. prüfen, ob die Arbeitnehmerin einen Rechtsanspruch auf Mutterschaftsgeld hat. Auch die Berechnung, die für die Bemessung des Mutterschaftsgeldes zugrunde gelegt worden ist, ist für den Arbeitgeber nicht bindend (vgl. Nr. 14.4).

Zur Höhe des Zuschusses gelten die nachfolgenden Ausführungen für den Fall der Beendigung einer Elternzeit während der Schutzfristen entsprechend.

Sind die Schutzfristen einer **erneuten Schwangerschaft während einer Elternzeit** nach dem Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz bei Beendigung der Elternzeit noch nicht abgelaufen, hat die Arbeitnehmerin - das weitere Bestehen des Arbeitsverhältnisses vorausgesetzt - für die **Zeit nach Beendigung der Elternzeit bis zum Ablauf der Schutzfrist** nach § 6 Absatz 1 einen Anspruch auf den Zuschuss zum Mutterschaftsgeld. Der Zuschuss ist grundsätzlich nach dem Arbeitsverdienst zu berechnen, den die Arbeitnehmerin vor Beginn der Elternzeit erhalten hat. Im Hinblick auf § 14 Absatz 1 Satz 3 sind, die dort bezeichneten (nicht nur vorübergehenden) Erhöhungen des Arbeitsentgelts, auch soweit sie nicht nur während der Schutzfristen des § 3 Absatz 2 und § 6 Absatz 1, sondern darüber hinaus seit dem Beginn der Elternzeit wirksam geworden sind, in die Berechnung einzubeziehen; dasselbe gilt gemäß § 14 Absatz 1 Satz 5 für dauerhafte Verdienstkürzungen (vgl. Nr. 14.12).

Ein Anspruch auf den Zuschuss besteht jedoch auch während der Elternzeit, wenn die Arbeitnehmerin eine **elterngeldunschädliche Teilzeitbeschäftigung** leistet (§ 14 Absatz 4 Satz 2). Maßstab für die Berechnung der Höhe des Zuschusses während dieser Zeit ist der Arbeitsverdienst, den die Arbeitnehmerin aus der elterngeldunschädlichen Teilzeitbeschäftigung vor Beginn der Schutzfrist nach § 3 Absatz 2 erzielt hat. Im Übrigen gelten die Hinweise der Nrn. 14.4 ff.

14.2

Eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses im Sinne des § 14 Absatz 2 liegt nicht vor, wenn das Arbeitsverhältnis durch **Fristablauf** geendet hat. Deshalb besteht in einem solchen Fall kein Anspruch auf kalendertägliches Mutterschaftsgeld und damit auch kein Anspruch auf Zuschuss des Arbeitgebers zum Mutterschaftsgeld (vgl. Urteil des BSG vom 1. Februar 1983 - 3 RK 53/81).

14.3

Das Mutterschaftsgeld in Höhe des Krankengeldes (§ 200 Absatz 2 Satz 7 RVO) löst keinen Anspruch auf einen Zuschuss zum Mutterschaftsgeld aus.

14.4

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

Zum arbeitsrechtlichen Entgelt gehören alle aus dem Arbeitsverhältnis zustehenden Entgeltteile, auch soweit sie nicht der Lohnsteuerpflicht unterliegen und kein sozialversicherungspflichtiges Entgelt sind, z. B. die Zuschläge für Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeit, soweit sie steuerfrei sind (§ 3 b EStG).

Zum arbeitsrechtlichen Entgelt gehören auch vermögenswirksame Leistungen des Arbeitgebers und vermögenswirksam angelegte Teile des Arbeitslohns.

Nicht zum arbeitsrechtlichen Entgelt gehören Zuschüsse nach § 257 SGB V und § 61 SGB XI sowie Leistungen des Arbeitgebers zu einer zusätzlichen Alters- und Hinterbliebenenversorgung (Umlagen, zusätzliche Umlagen, Arbeitgeberzuschüsse nach § 25 ATV und ggf. Beiträge zur VBL). Ebenfalls nicht zum arbeitsrechtlichen Entgelt gehören die steuerunbelasteten Sanierungsgelder zur VBL.

Die Hinweise der Nrn. 13.6, 13.7.5 und 13.7.7 gelten entsprechend.

14.5

Der Bruttobetrag des Arbeitsentgelts ist um die gesetzlichen Abzüge zu vermindern. Hierzu gehören

- die Lohnsteuer,
- die Kirchensteuer,
- der Solidaritätszuschlag sowie
- der aufgrund des jeweiligen sozialversicherungspflichtigen Entgelts sich ergebende Arbeitnehmeranteil am Gesamtsozialversicherungsbeitrag (§ 28 d Satz 1 SGB IV) einschl. des Arbeitnehmeranteils am Beitrag zur sozialen Pflegeversicherung (§ 28 d Satz 2 SGB IV);

bei Arbeitnehmerinnen mit einem Arbeitsentgelt in der Gleitzone (400,01 bis 800 Euro) ist vom tatsächlichen Arbeitnehmeranteil auszugehen

Dabei ist die **Lohnsteuer** in der Höhe zu berücksichtigen, wie sie vom Arbeitgeber nach den gesetzlichen Bestimmungen aufgrund der Eintragungen in der Lohnsteuerkarte für das Arbeitsentgelt in dem maßgebenden Berechnungszeitraum zu berechnen und einzubehalten war. **Änderungen der Eintragungen in der Steuerkarte** (Steuerklasse und Freibeträge) bleiben unberücksichtigt, wenn die Änderungen der Steuermerkmale von der Arbeitnehmerin nur deshalb veranlasst sind, um über einen höheren Nettoverdienst im Berechnungszeitraum einen höheren Zuschuss zum Mutterschaftsgeld zu erreichen. In diesem Falle handelt die Arbeitnehmerin rechts-

missbräuchlich und hat deshalb keinen Anspruch auf den höheren Zuschuss (vgl. Urteil des BAG vom 22. Oktober 1986 - 5 AZR 733/85 - AP Nr. 5 zu § 14 MuSchG 1968).

Eine **rechtsmissbräuchliche Änderung der Steuermerkmale** kann in der Regel dann unterstellt werden, wenn diese Änderung während der Zeit der Schwangerschaft - ggf. auch zum Jahresbeginn (vgl. Urteil des BAG vom 16. Dezember 1987 - 5 AZR 367/86 -) - veranlasst wird; auch die nach der Eheschließung getroffene erstmalige Wahl einer den Verhältnissen der monatlichen Arbeitslöhne offensichtlich nicht entsprechenden Steuerklassenkombination kann rechtsmissbräuchlich sein (vgl. Urteil des BAG vom 18. September 1991 - 5 AZR 581/90 - AP Nr. 10 zu § 14 MuSchG 1968). Die Wahl der Steuerklassenkombination IV/IV ist nach dem Urteil des BAG vom 13. Juni 2006 - 9 AZR 423/05 - (ZTR 2007 S. 29), das zwar zum Recht der Altersteilzeit ergangen, gleichermaßen aber auch hier herangezogen werden kann, nicht rechtsmissbräuchlich.

Eine Änderung der Steuermerkmale in der Steuerkarte nach Ablauf des Berechnungszeitraumes hat auf die Berechnung des Zuschusses grundsätzlich keinen Einfluss (vgl. Urteil des Arbeitsgerichts Aachen vom 12. Juli 1984 - 5 Ca 853/84 - NZA 1984 S. 261).

Wie gesetzliche Abzüge zu behandeln sind auch die **Beiträge zu berufsständischen Versorgungseinrichtungen** (z. B. Ärzteversorgung) bis zur Höhe der Arbeitnehmerbeitragsanteile zur gesetzlichen Rentenversicherung, wenn ohne die Befreiungsvoraussetzungen des § 6 Absatz 1 Nr. 1 SGB VI Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung bestünde und wenn nach den jeweiligen Versicherungsbedingungen während der Schutzfristen keine Beiträge zur Versorgungseinrichtung zu entrichten sind (vgl. auch BAG, Urteil vom 1. Juni 1988 - 5 AZR 464/87 - AP Nr. 8 zu § 14 MuSchG 1968); sind während der Schutzfristen ermäßigte Beiträge zu entrichten, ist der Unterschiedsbetrag zwischen dem "Normalbeitrag" und dem ermäßigten Beitrag wie ein gesetzlicher Abzug zu behandeln.

Keine gesetzlichen Abzüge und deshalb bei der Ermittlung des maßgeblichen Nettobetrages nicht zu berücksichtigen sind

- die Aufwendungen der Arbeitnehmerin für Beiträge zu einer zusätzlichen Alters- und Hinterbliebenenversorgung (z. B. freiwillige Versicherung in der gesetzlichen Rentenversicherung, Lebensversicherung, Höherversicherung),
- die Aufwendungen der Arbeitnehmerin für die freiwillige Versicherung in einer Krankenkasse oder bei einem privaten Krankenversicherungsunternehmen,
- die Beiträge zur sozialen Pflegeversicherung von freiwillig GKV-Versicherten bzw. die Beiträge zur privaten Pflegeversicherung sowie
- der Umlage-Beitrag des Arbeitnehmers zur VBL oder zu einer anderen Zusatzversorgungseinrichtung,
- die gepfändeten Teile des Arbeitsentgelts und
- die vermögenswirksam angelegten Teile des Arbeitsentgelts.

Auch wenn die Leistungen des Arbeitgebers zu einer zusätzlichen Alters- und Hinterbliebenenversorgung bei der Bestimmung des Bruttoentgelts unberücksichtigt bleiben, so bedeutet dies nicht, dass auch die gesetzlichen Abzüge fiktiv ohne diese Leistungen zu berechnen sind. Gesetzliche Abzüge sind in der Höhe zu berücksichtigen, in der sie während des Berechnungszeitraums rechtmäßig berechnet und einbehalten wurden (vgl. Geyer/Knorr/Krasney, RNr. 33 zu § 14 MuSchG).

Fällt in den Berechnungszeitraum ein nicht zu berücksichtigendes **einmalig gezahltes Arbeitsentgelt** (§ 14 Absatz 1 Satz 4), ist eine **fiktive** Berechnung des Nettoarbeitsentgelts vorzunehmen; die Hinweise unter Nr. 13.8 gelten entsprechend.

14.6

Der nach den vorstehenden Hinweisen unter Nr. 14.5 errechnete Betrag des Nettoarbeitsentgelts ist entsprechend den Hinweisen unter Nr. 13.9 **auf Kalendertage (KT) umzurechnen**.

Beispiel 1:

Mai	(keine Entgeltkürzung)	netto	2.000,-- Euro (30 KT)
Juni	(keine Entgeltkürzung; einschl. Überstunden)	netto	2.500,-- Euro (30 KT)
Juli	(keine Entgeltkürzung; einschl. Bereitschaftsdienst)	netto	<u>2.300,-- Euro (30 KT)</u>
			6.800,-- Euro: 90 KT
Nettoarbeitsentgelt je Kalendertag			<u>75,56 Euro</u>

Beispiel 2:

Mai	(Ablauf der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall mit dem 18.5., Wiederaufnahme der Entgeltzahlung am 27.5.)	netto	1.500,-- Euro (22 KT)
Juni	(keine Entgeltkürzung)	netto	2.000,-- Euro (30 KT)

Juli (Sonderurlaub unter Verzicht auf

das Entgelt vom 10. bis 14.7.)

netto 1.600,-- Euro (25 KT)

5.100,-- Euro : 77 KT

Nettoarbeitsentgelt je Kalendertag

66,23 Euro

14.7

Die Höhe des kalendertäglichen Zuschusses ist die **Differenz zwischen dem kalendertäglichen Nettoarbeitsentgelt** (vgl. Nr. 14.6) **und dem Betrag von 13,- Euro.**

Der Zuschuss ist monatlich in entsprechender Anwendung des § 24 Absatz 1 Satz 2 TV-L zu zahlen.

14.8

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

14.9

Die **Dauer des Anspruchs auf den Zuschuss** ist von der Dauer des Anspruchs auf das Mutterschaftsgeld abhängig. Vorzeitig erlischt der Anspruch mit dem Tode der Arbeitnehmerin (vgl. § 195 Absatz 2 Satz 1 RVO in Verbindung mit § 19 Absatz 1,

§ 190 Absatz 1 bzw. § 191 Nr. 1 SGB V) sowie mit der zulässigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses (§ 14 Absatz 2).

14.10

Der vom Arbeitgeber zu zahlende Zuschuss zum Mutterschaftsgeld unterliegt nicht der Einkommensteuer (§ 3 Nr. 1 Buchstabe d EStG) und ist somit auch **nicht lohnsteuerpflichtig**. Es wird jedoch darauf hingewiesen, dass u. a. bei Bezug von Mutterschaftsgeld und eines Zuschusses zum Mutterschaftsgeld auf das nach § 32 a Absatz 1 EStG zu versteuernde Einkommen ein besonderer Steuersatz anzuwenden ist (**Progressionsvorbehalt** nach § 32 b Absatz 1 und 2 EStG).

Der Zuschuss ist weder sozialversicherungspflichtiges Arbeitsentgelt (§ 1 Absatz 1 Satz 1 Nr. 6 der Sozialversicherungsentgeltverordnung) noch zusatzversorgungspflichtiges Entgelt (§ 15 Absatz 2 Satz 1 ATV).

14.11

Der Zuschuss zum Mutterschaftsgeld kann ganz oder teilweise **vermögenswirksam** angelegt werden.

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

14.12

Für **Änderungen der Höhe des Entgelts**, die nach Ablauf des Berechnungszeitraums wirksam geworden sind, gilt Folgendes:

14.12.1

Grundsätzlich ist nach § 14 Absatz 1 Satz 2 für die Berechnung des Zuschusses zum Mutterschaftsgeld das durchschnittliche kalendertägliche Arbeitsentgelt aus den **letzten drei abgerechneten Kalendermonaten**, bei wöchentlicher Abrechnung aus den letzten dreizehn abgerechneten Wochen vor Beginn der Schutzfrist nach § 3 Absatz 2 zu berechnen. Aus § 14 Absatz 1 Satz 3 ergibt sich, dass **"nicht nur vorübergehende Erhöhungen des Arbeitsentgelts"**, die während der Schutzfristen des § 3 Absatz 2 und § 6 Absatz 1 wirksam werden, ab diesem Zeitpunkt in die Berechnung einzubeziehen sind. Ferner bestimmt § 14 Absatz 1 Satz 5, dass auch **"dauerhafte Verdienstkürzungen"**, die während oder nach Ablauf des Berechnungszeitraums eintreten und nicht auf einem mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbot beruhen, zu berücksichtigen sind.

14.12.2

Der Begriff des Arbeitsentgelts in § 14 Absatz 1 Satz 3 bezieht sich auf das Bruttoarbeitsentgelt, wie sich aus der Formulierung in § 14 Absatz 1 Satz 1 ("... dem um die gesetzlichen Abzüge verminderten durchschnittlichen kalendertäglichen Arbeitsentgelt") ergibt. Erhöhungen des Nettoentgelts, die ihre Ursache in einer **Änderung der gesetzlichen Abzüge** nach Ablauf des Berechnungszeitraums haben, bleiben daher bei der Anwendung des § 14 Absatz 1 Satz 3 **unberücksichtigt**. Die gesetzlichen Abzüge sind - bezogen auf das neue Brutto-Arbeitsentgelt - nach den Verhältnissen des Berechnungszeitraums zu ermitteln.

Hieraus folgt, dass z. B. die Steuerklasse zugrunde zu legen ist, die im Berechnungszeitraum maßgebend war, soweit nicht im Einzelfall eine missbräuchliche Steuerklassenwahl vorliegt (vgl. Nr. 14.5). Eine Eintragung des neugeborenen Kindes auf der Steuerkarte nach der Geburt bleibt deshalb hinsichtlich der Steuerabzüge ebenfalls ohne Auswirkung auf die Höhe des Zuschusses zum Mutterschaftsgeld.

Hinsichtlich der Beiträge zur Sozialversicherung, zur Pflegeversicherung und zur Arbeitslosenversicherung sind ebenfalls die Beitragssätze und Beitragsbemessungsgrenzen für die jeweili-

gen Monate des Berechnungszeitraumes maßgebend. Dies gilt in der Pflegeversicherung auch hinsichtlich des höheren Beitrags für Kinderlose, wenn er im Berechnungszeitraum erhoben worden ist.

14.12.3

Zu berücksichtigen sind **"nicht nur vorübergehende"** Erhöhungen des Arbeitsentgelts. Hierunter fallen solche Gehaltsbestandteile, die grundsätzlich keinen Schwankungen unterliegen. Dies sind z. B. Erhöhungen des Tabellenentgelts (z. B. durch allgemeine Entgeltanpassungen, durch Höhergruppierungen, Stufensteigerungen, durch Beendigung einer Teilzeit- und Rückkehr in eine Vollzeitbeschäftigung) und Erhöhungen von in Monatsbeträgen festgelegten Zulagen. Demgegenüber fallen Veränderungen in der Höhe von variablen Zulagen und Zuschlägen (z. B. Zeitzuschläge, Erschwerniszuschläge, Gefahrenzuschläge) sowie Vergütungen für Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft nicht unter die Ausnahmeregelung des Satzes 3 des § 14 Absatz 1, da diese regelmäßig nicht auf Dauer in unveränderter Höhe bezogen werden. Diese (unständigen) Entgeltbestandteile sind weiterhin mit den Beträgen zu berücksichtigen, die im Berechnungszeitraum zugestanden haben; das Gleiche gilt für Wechselschicht- und Schichtzulagen.

14.12.4

Zu berücksichtigen sind auch **"dauerhafte Verdienstkürzungen"**. Diese Verdienstkürzungen dürfen ihre Ursache aber nicht in einem mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbot (z. B. nach § 3 Absatz 1, § 4 oder § 8) haben. Als dauerhafte Verdienstkürzungen kommen z. B. in Betracht: Wegfall von Besitzstandszulagen z. B. nach § 11 TVÜ-Länder, Wegfall bestimmter Zulagen oder Zuschläge aufgrund von organisatorischen Änderungen für alle Beschäftigten in einer Organisationseinheit, Wirksamwerden einer arbeitsvertraglichen Verringerung der individuellen wöchentlichen Arbeitszeit, z. B. wegen eines Wechsels von Vollzeit in Teilzeit (siehe insoweit auch das Urteil des BAG vom 11. Juni 1986 - 5 AZR 365/85 - AP Nr. 3 zu § 14 MuSchG 1968).

14.12.5

Während der durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Mutterschutzrechts vom 16. Juni 2002 (BGBl. I S. 1812) in § 14 Absatz 1 eingefügte Satz 5 auf Verdienstkürzungen abstellt, die "während oder nach Ablauf des Berechnungszeitraums" eintreten, erfasst der bereits seit dem 1. Januar 1997 geltende Satz 3 dieser Vorschrift nur Verdiensterhöhungen, die "während der Schutzfristen" wirksam werden. Es sind jedoch auch Fälle denkbar, in denen die Erhöhung des Arbeitsentgelts zwar **nach Ablauf des Berechnungszeitraums, aber noch vor Beginn der Schutzfristen** wirksam geworden ist; in Einzelfällen kann der Berechnungszeitraum sogar mehrere Jahre zurückliegen (z. B. bei Geburt eines weiteren Kindes während einer noch bestehenden Elternzeit für ein bereits geborenes Kind). Darüber hinaus sind Fälle denkbar, in denen die Erhöhung des Arbeitsentgelts selbst noch für einen Teil des Berechnungszeitraums gilt. Wegen der Berechnung des sozialrechtlichen Mutterschaftsgeldes in diesen Fällen vgl. Nr. 13.7.6; die dort getroffene Regelung ist jedoch auf die Berechnung des Zuschusses zum Mutterschaftsgeld nicht übertragbar, da andernfalls Arbeitnehmerinnen, bei denen die Erhöhung des Arbeitsentgelts während der Schutzfristen eintritt, besser behandelt würden als solche Arbeitnehmerinnen, bei denen der Erhöhungszeitpunkt zwar vor Beginn der Schutzfristen liegt, die Erhöhung sich aber im durchschnittlichen kalendertäglichen Arbeitsentgelt des Berechnungszeitraums noch nicht voll ausgewirkt hat. Es wird deshalb empfohlen, auch in diesen Fällen die neuen Gehaltsbestandteile zu berücksichtigen.

14.12.6

Die Berücksichtigung der "nicht nur vorübergehenden Erhöhungen des Arbeitsentgelts" bzw. der "dauerhaften Verdienstkürzungen" erfolgt durch **Austausch der neuen Gehaltsbestandteile gegen die bisherigen**, in die Berechnung des durchschnittlichen kalendertäglichen Arbeitsentgelts eingeflossenen Gehaltsbestandteile. Ändert sich das Arbeitsentgelt während der Schutzfristen mehrmals (z. B. Schutzfrist nach

§ 3 Absatz 2 ab 20. März, Höhergruppierung am 1. April, Wegfall einer Besitzstandszulage am 1. Mai, allgemeine Vergütungserhöhung zum 1. Juni), ist der Austausch mit jeder Änderung des Arbeitsentgelts zu wiederholen. Der neu zu errechnende Zuschuss wird jeweils von dem Zeitpunkt an gezahlt, von dem an die Erhöhung des Arbeitsentgelts wirksam geworden wäre (in dem vorstehenden Beispiel ändert sich der ab 20. März zu zahlende Zuschuss mithin jeweils ab 1. April, 1. Mai und 1. Juni).

14.13

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

15

Nicht besetzt.

16

Zu § 16 (Freistellung für Untersuchungen)

16.1

Auf die Verpflichtung des Arbeitgebers, der Arbeitnehmerin die Freistellung 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.

16.2

Für die infolge der Freistellung versäumten Arbeitsstunden ist das Arbeitsentgelt nach dem Lohnausfallprinzip so fortzuzahlen, als ob die Arbeitnehmerin während dieser Zeit tatsächlich gearbeitet hätte (Satz 3).

17

Zu § 17 (Erholungsurlaub)

17.1

In Satz 1 wird klarstellend geregelt, dass die Ausfallzeiten wegen mutterschutzrechtlicher Beschäftigungsverbote - hierzu gehören nicht nur die Schutzfristen sondern auch die Zeiten sonstiger Beschäftigungsverbote - als Beschäftigungszeiten gelten und somit keine Minderung des Erholungsurlaubs rechtfertigen.

17.2

Satz 2 bestimmt, dass - entsprechend der Vorschrift des § 17 Absatz 2 BEEG - eine Arbeitnehmerin, die ihren Urlaub vor Beginn der Beschäftigungsverbote nicht oder nicht vollständig erhalten hat, diesen noch nach Ablauf der Schutzfristen im laufenden oder im nächsten Urlaubsjahr beanspruchen kann. Diese gesetzliche Regelung geht der tariflichen Regelung in § 26 Absatz 2 Buchstabe a TV-L vor.

Schließt sich an die Mutterschutzfristen eine Elternzeit nach dem Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz an, kann der Resturlaub u. U. noch nach der Beendigung der Elternzeit zu gewähren sein (vgl. § 17 Absatz 2 BEEG).

17.3

Endet das Arbeitsverhältnis während oder nach Ablauf der Beschäftigungsverbote bzw. der Elternzeit, ist ein noch nicht gewährter Erholungsurlaub abzugelten. Die Abgeltung richtet sich nach den gesetzlichen Regelungen (§ 26 Absatz 2 TV-L in Verbindung mit § 7 Absatz 4 des Bundesurlaubsgesetzes).

18

Nicht besetzt.

19

Zu § 19 (Auskunft)

Aufbewahrungsfristen aufgrund anderer Bestimmungen bleiben unberührt.

20

Zu § 20 (Aufsichtsbehörden)

Aufsichtsbehörden im Sinne des Gesetzes sind in NRW die Bezirksregierungen.

-MBI. NRW. 2007 S. 782