

Urteil

LAG Berlin-Brandenburg, §§ 3 Abs. 1, 11 MuSchG

Entgelt bei Beschäftigungsverbot im Mutterschutz ab Beginn des Arbeitsverhältnisses

1. Der Entgeltanspruch gemäß § 11 MuSchG besteht in der Schwangerschaft bei einem Beschäftigungsverbot nach § 3 Abs. 1 MuSchG auch schon ab dem ersten Tag eines Arbeitsverhältnisses.

2. Die Höhe der Vergütung richtet sich nach dem regelmäßigen Entgelt für die vereinbarte Arbeitszeit. (Leitsätze der Redaktion)

Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 30.09.2016, 9 Sa 917/16

Zum Sachverhalt:

Die Parteien streiten über Entgeltansprüche während eines Beschäftigungsverbotes.

Die Parteien unterzeichneten am 13. November 2015 einen Arbeitsvertrag, gemäß dem ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit, beginnend ab 1. Januar 2016, eine Tätigkeit im Bereich Reinigung und ein Entgelt von 9,55 Euro brutto pro Stunde vereinbart wird. Ausweislich des ärztlichen Attestes vom 14. Dezember 2015 erteilte der Arzt für Frauenheilkunde und Geburtshilfe S. der Klägerin ein Beschäftigungsverbot gemäß § 3 Abs. 1 MuSchG aufgrund einer Gefährdung von Leben oder Gesundheit von Mutter oder Kind im Falle der Fortdauer der Beschäftigung für jede Tätigkeit. Die Klägerin teilte dies und die bestehende Schwangerschaft der Beklagten mit Schreiben vom 20. Dezember 2015 mit.

Mit ihrer der Beklagten am 9. Februar 2016 zugestellten Klage hat die Klägerin Entgelt für den Januar 2016 verlangt. Vereinbart sei die tarifliche wöchentliche Arbeitszeit von 39 Stunden entsprechend monatlich 169 Stunden. Ausgehend hiervon ergebe sich gem. § 11 MuSchG ein zu zahlender Bruttomonatslohn von 1.613,95 Euro. [...]

Das Arbeitsgericht Berlin hat die Klage durch Urteil vom 21. April 2016 abgewiesen [...].

Aus den Gründen:

B. Die Berufung ist begründet. Der Klägerin steht die mit der Berufung zuletzt noch verlangte Zahlung zu.

I. Gem. § 11 Abs. 1 MuSchG ist den unter den Geltungsbereich des § 1 fallenden Frauen, [...] vom Arbeitgeber mindestens der Durchschnittsverdienst der letzten 13 Wochen oder der letzten drei Monate vor Beginn des Monats, in dem die Schwangerschaft eingetreten ist, weiter zu gewähren, wenn sie wegen eines Beschäftigungsverbot nach § 3 Abs. 1 [...] teilweise oder völlig mit der Arbeit aussetzen. [...] Wird das Arbeitsverhältnis erst nach Eintritt der Schwan-

gerschaft begonnen, so ist der Durchschnittsverdienst aus dem Arbeitsentgelt der ersten 13 Wochen oder drei Monate der Beschäftigung zu berechnen. Hat das Arbeitsverhältnis nach Satz 1 oder 3 kürzer gedauert, so ist der kürzere Zeitraum der Berechnung zugrunde zu legen. Zeiten, in denen kein Arbeitsentgelt erzielt wurde, bleiben außer Betracht.

Hiernach steht der Klägerin das regelmäßige Entgelt zu, das sie für die vereinbarte Arbeitszeit erzielt hätte. Dass es aufgrund des zum Zeitpunkt des vereinbarten Beginns des Arbeitsverhältnisses bereits bestehenden Beschäftigungsverbot zu keiner vorherigen Arbeitsaufnahme gekommen ist, steht dem nicht entgegen (*s. für bestehende Ansprüche nach § 11 MuSchG auch ohne vorherige Arbeitsaufnahme auch Schmiegeler in Tillmans/Mutschler, MuSchG/BEEG, 1. Aufl. 2015, § 11 Rn. 35*).

1. Die Klägerin fällt unter den Geltungsbereich des § 1 MuSchG. Hiernach gilt dieses Gesetz für Frauen, die in einem Arbeitsverhältnis stehen. Dies ist vorliegend der Fall, die Parteien haben ein Arbeitsverhältnis beginnend ab 1. Januar 2016 vereinbart. Ein Arbeitsverhältnis wird durch Abschluss eines Arbeitsvertrages begründet und nicht erst dadurch, dass es durch eine tatsächliche Arbeitsaufnahme „in Vollzug“ gesetzt wird. [...]

Auf die Frage der Kenntnis der Klägerin von der Schwangerschaft bei Abschluss des Arbeitsvertrages kommt es nicht an.

3. Allein dieses mutterschutzrechtliche Beschäftigungsverbot führte dazu, dass die schwangere Klägerin mit der Arbeit ausgesetzt hat, es lag keine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit vor (*vgl. hierzu BAG, Urteil vom 17. Oktober 2013 – 8 AZR 742/12 –, Rn. 35, juris*). Damit ist das Beschäftigungsverbot kausal für den Verdienstausschlag.

4. Der Anspruch nach § 11 MuSchG setzt keine vorherige tatsächliche Arbeitsleistung oder Entgeltansprüche für die Zeit vorhergehende Zeiten voraus.

§ 11 MuSchG begründet – als Ausnahme von der Arbeitsleistung als Voraussetzung für Entgeltansprüche – Zahlungsansprüche und sieht für die Berechnung des Anspruchs der Höhe nach ein modifiziertes Referenzprinzip vor. Der Wortlaut der Regelung sieht keine vorherige tatsächliche Arbeitsleistung als Anspruchsvoraussetzung vor. § 11 S. 1 MuSchG setzt nur voraus, dass die betroffene Frau „unter den Geltungsbereich des § 1 MuSchG fällt“. § 1 MuSchG stellt – s.o. – allein auf ein bestehendes Arbeitsverhältnis ab. Eine weitere Voraussetzung enthält die Regelung nicht.

a) Nichts anderes ergibt sich entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts aus dem vorgesehenen Referenzprinzip zur Berechnung der Ansprüche der Höhe nach.

Systematisch handelt es sich um eine Regelung, die auf § 611 BGB beruhende Ansprüche trotz fehlender Arbeitspflicht aufrechterhält. In diesen Fällen stellt sich die Frage, wie insbesondere im Falle ungleichmäßig hoher Bezüge und bei unregelmäßigen Arbeitszeiten Ansprüche berechnet werden sollen. Während das Lohnausfallprinzip auf das ansonsten im Zeitraum ohne Arbeitsleistung anfallende Entgelt abstellt (so z.B. § 4 EGFzG), wird beim Referenzprinzip auf eine vorhergehende Lohnperiode Bezug genommen (so z.B. auch § 11 BUrlG). Während es beim Lohnausfallprinzip von vornherein nicht auf eine vorherige Arbeitsleistung ankommt, fehlt beim Referenzprinzip die Berechnungsgrundlage, wenn es keine vorherige Arbeitsleistung oder keine Arbeitsleistung im Referenzzeitraum gab. Hieraus wird aber nicht die Schlussfolgerung gezogen, es gebe bereits aus diesem Grund keine Ansprüche (vgl. zum BUrlG BAG, Urteil vom 07. August 2012 – 9 AZR 353/10 – BAGE 142, 371-390, Rn. 8 m.w.N.; BAG, Urteil vom 06. Mai 2014 – 9 AZR 678/12 –, BAGE 148, 115-122, Rn. 11).

Nichts anderes gilt für die Ansprüche nach dem MuSchG, zumal das Referenzprinzip zur Berechnung von Ansprüchen nach den hier vorliegenden Regelungen erkennbar gewählt wurde, um im Vergleich zum Lohnausgleichprinzip Nachteile der Frauen bei der Berechnung zu vermeiden: Es wird nach Möglichkeit zunächst auf die Zeit vor Eintritt der Schwangerschaft abgestellt, um schwangerschaftsbedingte Einbußen möglichst auszuschließen (BAG, Urteil vom 20. September 2000 – 5 AZR 924/98 –, BAGE 95, 331-338, Rn. 19; Pepping in Rancke u.a. MuSchuG/BEEG § 11 MuSchuG Rn. 38, Rn. 44).

Dagegen geht es nicht darum, einen gewissen Zeitraum als Wartezeit vorauszusetzen. Vielmehr ist ausdrücklich vorgesehen, dass auch bei einem erst bei bestehender Schwangerschaft begründeten Arbeitsverhältnis und „kürzeren“ Referenzzeitraum Ansprüche bestehen. Eine Mindestfrist für den „kürzeren“ Zeitraum wird nicht genannt, womit bei einer gemeinten Wartezeit zu rechnen wäre.

b) Eine andere Auslegung wäre auch mit dem Zweck des § 11 MuSchG nicht vereinbar. Dieser besteht insbesondere darin, Anreize zu vermeiden, entgegen einer ärztlichen Anordnung aus wirtschaftlichen Gründen zu arbeiten und dadurch die schwangere Frau oder ihr ungeborenes Kind zu gefährden; abgesichert werden soll das Risiko des Verdienstauffalls wegen des mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbots (BAG, Urteil vom 05. Juli 1995 – 5 AZR 135/94 –, BAGE 80, 248-256, Rn. 20; ErfK/Schlachter MuSchG § 11 Rn. 1; Buchner/Becker, MuSchG, 8. Aufl. § 11 Rn. 1). Weiter wird auch auf eine Absicherung des Lebensstandards als Regelungszweck verwiesen (s.

BAG, Urteil vom 05. Juli 1995 – 5 AZR 135/94 –, BAGE 80, 248-256, Rn. 20). [...]

Auch das Risiko eines Verdienstauffalls für die Zeit eines Beschäftigungsverbots besteht unabhängig davon, ob vorher gearbeitet wurde oder das Arbeitsverhältnis erst zu einer Zeit aufgenommen werden sollte, für die ein Beschäftigungsverbot erteilt wurde. [...]

Nichts anderes gilt, soweit man dies als Zweck der Regelung annimmt, bezüglich einer Absicherung des Lebensstandards. Der Lebensstandard wird durch ein bestehendes Arbeitsverhältnis und den hierfür vorgesehenen Verdienst geprägt. Es kommt nicht darauf an, welcher Lebensstandard durch ein vorhergehendes Arbeitsverhältnis oder auch eine vorhergehende Arbeitslosigkeit vermittelt wurde.

5. Es kann dahingestellt bleiben, ob eine u.U. unverhältnismäßige Belastung der Beklagten aufgrund von geschuldeten Leistungen ohne jede vorherige Gegenleistung bei der Auslegung zu einem anderen Auslegungsergebnis führen könnte. Eine solche liegt bereits deshalb nicht vor, weil die Beklagte aufgrund des Umlageverfahrens den von ihr zu zahlenden Betrag gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 2 AAG in voller Höhe erstattet erhält. [...]

7. Für die Höhe der Ansprüche ist in diesem Fall mangels Grundlage für eine abweichende Berechnung auf die arbeitsvertraglich geschuldete regelmäßige Arbeitsleistung und das dafür geschuldete Entgelt abzustellen.

Auch in den Fällen, in denen aufgrund eines zu kurzen Bezugszeitraums ein repräsentativer Zeitraum nicht zur Verfügung steht, muss der Durchschnittsverdienst hypothetisch bestimmt werden (s. Buchner/Becker, MuSchG, § 11 Rn. 118, 119; Zimmermann in Roos/Bieresborn, MuSchG/BEEG, § 11 MuSchG Rn. 34). Es ist zumindest der Betrag zu zahlen, der der vereinbarten Vergütung entspricht, auch wenn sich Zuschläge nicht feststellen lassen (Schmiegel in Tillmans/Mutschler, MuSchG/BEEG, 1. Aufl. 2015, § 11 Rn. 35). Für ein gleichbleibendes Entgelt wird ohnehin darauf hingewiesen, dass dieses weiterzuzahlen ist und sich eine Berechnung im Einzelnen erübrigt (Schmiegel a.a.O. § 11 Rn. 41; Pepping in Rancke u.a. MuSchuG/BEEG § 11 Rn. 46; ErfK/Schlachter MuSchG § 11 Rn. 9).

Im vorliegenden Fall wurde nach den nicht angegriffenen tatbestandlichen Feststellungen des Arbeitsgerichts eine Arbeitszeit von 169 Stunden monatlich vereinbart. Ausgehend von dem arbeitsvertraglich vereinbarten Stundenlohn ergibt sich der jeweils für die Monate Januar, Februar und März geforderte Betrag. [...]

D. Die Zulassung der Revision beruht auf § 72 Abs. 2 Ziffer 1 ArbGG. Es liegt zur streitgegenständlichen Frage bisher keine höchstrichterliche Rechtsprechung vor.