

*Urteil***BAG, § 3 II, MuSchG, § 50 II BAT  
Zuschuß zum Mutterschaftsgeld und  
unbezahlter Sonderurlaub**

*1. Für den Anspruch der Arbeitnehmerin gegen den Arbeitgeber auf Zuschuss zum Mutterschaftsgeld kommt es nicht auf die tatsächliche Zahlung von Mutterschaftsgeld durch die Krankenkasse, sondern das Bestehen des sozialrechtlichen Anspruchs auf Mutterschaftsgeld an.*

*2. Der Anspruch auf Mutterschaftsgeld entfällt nicht für den gesamten Zeitraum der Schutzfristen, wenn das Arbeitsverhältnis bei Beginn der Schutzfrist des § 3 Abs 2 MuSchG wegen eines vereinbarten Sonderurlaubs unter Wegfall der Hauptleistungspflichten geruht hat. Vielmehr ist der Anspruch auf Mutterschaftsgeld nur bis zur vereinbarten Beendigung des unbezahlten Sonderurlaubs ausgeschlossen.*

BAG, Urteil vom 25.2.2004, 5 AZR 160/03

Aus dem Sachverhalt:

Die Parteien streiten über einen Zuschuss zum Mutterschaftsgeld.

Die im Jahre 1974 geborene Klägerin ist seit dem 1. September 1994 als Erzieherin bei der Beklagten angestellt. Auf das Arbeitsverhältnis findet kraft einzelvertraglicher Vereinbarung der Bundes-Angestelltenarbeitsvertrag (BAT) vom 23. Februar 1961 in seiner jeweils geltenden Fassung Anwendung.

Auf Grund schriftlicher Abreden der Parteien erhielt die Klägerin auf eigenen Wunsch seit dem 26. September 1998 dreimal Sonderurlaub gemäß § 50 Abs. 2 BAT für jeweils ein Jahr. Währenddessen ruhten vereinbarungsgemäß die gegenseitigen Hauptrechte und -pflichten aus dem Arbeitsverhältnis. Insbesondere brauchte die Klägerin keine Arbeitslei-

stung zu erbringen und die Beklagte keine Bezüge zu zahlen. Die letzte Beurlaubung endete am 24. September 2001.

Im Laufe des Jahres 2001 teilte die Klägerin der Beklagten ihre Schwangerschaft und den voraussichtlichen Entbindungstermin 4. November 2001 mit. Am 17. Oktober 2001 wurde das Kind geboren. Die zuständige Krankenkasse zahlte ab dem 25. September 2001 Mutterschaftsgeld in Höhe von 25,00 DM täglich.

Mit ihrer Klage verlangt die Klägerin einen Zuschuss zum Mutterschaftsgeld für die Zeit vom 25. September bis zum 12. Dezember 2001 in unstreitiger Höhe. [...]

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und die Revision zugelassen. Mit dieser beantragt die Beklagte weiterhin, die Klage abzuweisen.

Aus den Gründen:

Die Revision ist nicht begründet. Die Vorinstanzen haben den Anspruch der Klägerin zu Recht und mit zutreffender Begründung bejaht.

I. Nach § 14 Abs. 1 Satz 1 MuSchG [...] erhalten Frauen, die Anspruch auf Mutterschaftsgeld nach § 200 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1-4 und Abs. 3 der Reichsversicherungsordnung (RVO) haben, für die Zeit der Schutzfristen des § 3 Abs. 2 und § 6 Abs. 1 MuSchG sowie für den Entbindungstag von ihrem Arbeitgeber einen Zuschuss in Höhe des Unterschiedsbetrags zwischen 25,00 DM und dem um die gesetzlichen Abzüge verminderten durchschnittlichen kalendertäglichen Arbeitsentgelt.

1. Das Bundesverfassungsgericht hat mit Beschluss vom 18. November 2003 (- 1 BvR 302/96 -

DB 2003, 2788) entschieden, § 14 Abs. 1 Satz 1 MuSchG sei mit Art. 12 Abs. 1 GG unvereinbar. Dies führe jedoch nicht gemäß § 95 Abs. 3 Satz 1 BVerfGG zur Nichtigkeit der Regelung. Vielmehr habe der Gesetzgeber bis zum 31. Dezember 2005 eine verfassungskonforme Regelung zu treffen. Bis zu einer Neuregelung bleibe es beim bisherigen Recht. Danach ist § 14 Abs. 1 Satz 1 MuSchG trotz der Unvereinbarkeit mit Art. 12 Abs. 1 GG weiter anzuwenden (BVerfG 18. November 2003 – 1 BvR 302/96 – a.a.O., zu D der Gründe).

2. Für den Anspruch gegen den Arbeitgeber auf Zuschuss zum Mutterschaftsgeld ist nicht die tatsächliche Zahlung des Mutterschaftsgeldes maßgebend. Nach dem Wortlaut des Gesetzes kommt es darauf an, ob ein Anspruch auf Mutterschaftsgeld besteht. Das entspricht auch dem Gesetzeszweck. Die Krankenkasse kann nicht durch Gewährung oder Nichtgewährung den arbeitsrechtlichen Anspruch beeinflussen (einhellige Auffassung im Schrifttum: Gröninger/Thomas MuSchG Stand: Juli 2003 § 14 Rn. 4; Meisel/Sowka Mutterschutz und Erziehungsurlaub § 14 MuSchG Rn. 5; Geyer/Knorr/Krasney „Entgeltfortzahlung - Krankengeld – Mutterschaftsgeld“ Stand: Juli 2003 T 309 Rn. 10, 11; Buchner/Becker Mutterschutzgesetz Bundeserziehungsgeldgesetz § 14 MuSchG Rn. 24, 25, alle mwN).

3. Der Anspruch auf Mutterschaftsgeld richtet sich, soweit für den Streitfall von Interesse, nach § 13 Abs. 1 MuSchG in der Fassung der Bekanntmachung vom 30. November 2000. Danach erhalten Frauen, die Mitglied einer Krankenkasse sind, für die Zeit der Schutzfristen des § 3 Abs. 2 und des § 6 Abs. 1 MuSchG sowie für den Entbindungstag Mutterschaftsgeld nach den Vorschriften der RVO über das Mutterschaftsgeld. Nach § 200 Abs. 1 RVO in der Fassung des Gesetzes vom 22. Dezember 1999 (BGBl. I S. 2626) erhalten Mutterschaftsgeld weibliche Mitglieder, die bei Arbeitsunfähigkeit Anspruch auf Krankengeld haben oder denen wegen der Schutzfristen nach § 3 Abs. 2 und § 6 Abs. 1 MuSchG kein Arbeitsentgelt gezahlt wird. Für Mitglieder, die bei Beginn der Schutzfrist nach § 3 Abs. 2 MuSchG in einem Arbeitsverhältnis stehen, wird als Mutterschaftsgeld das um die gesetzlichen Abzüge verminderte durchschnittliche kalendertägliche Arbeitsentgelt der letzten drei abgerechneten Kalendermonate vor Beginn der Schutzfrist, höchstens 25,00 DM für den Kalendertag, gezahlt [...]. Nach § 200 Abs. 3 Satz 1 RVO wird das Mutterschaftsgeld für die letzten sechs Wochen vor der Entbindung, den Entbindungstag und für die ersten acht Wochen nach der Entbindung gezahlt.

II. Die Klägerin erfüllt die Anspruchsvoraussetzungen des § 14 Abs. 1 Satz 1 MuSchG; denn sie hatte für

den gesamten Streitzeitraum Anspruch auf Mutterschaftsgeld. Der Anspruch auf Mutterschaftsgeld ergab sich aus § 200 Abs. 1 2. Alternative RVO. Der Klägerin wurde im Streitzeitraum allein wegen der Schutzfristen der § 3 Abs. 2, § 6 Abs. 1 MuSchG kein Arbeitsentgelt gezahlt.

1. Zwischen den Parteien bestand ohne Unterbrechung ein Arbeitsverhältnis. Da die unbezahlte Beurlaubung der Klägerin mit dem 24. September 2001 endete, lebten ab dem 25. September 2001 die beiderseitigen Hauptpflichten wieder auf. Abgesehen von den § 3 Abs. 2, § 6 Abs. 1 MuSchG war die Klägerin zur vertraglichen Arbeitsleistung, die Beklagte zur entsprechenden Vergütungszahlung verpflichtet. Die Arbeitsleistung war nicht schon aus anderen Gründen unmöglich; die Klägerin hätte ohne die mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbote arbeiten können. Der Vergütungsanspruch der Klägerin entfiel auch nicht wegen eines fehlenden Arbeitswillens unabhängig von den gesetzlichen Schutzfristen [...]. Die Beklagte hat zwar die Arbeitswilligkeit der Klägerin bezweifelt. Sie hat aber keinen konkreten Vortrag hierzu geleistet. Ihr hätte ein substantiierter, einlassungsfähiger Vortrag für diese anspruchvernichtende Einwendung obliegen. Dementsprechend hat das Landesarbeitsgericht einen fehlenden Arbeitswillen der Klägerin nicht festgestellt (vgl. § 559 ZPO). Die Beklagte hat insoweit weder Tatbestandsberichtigung beantragt noch eine Verfahrensrüge erhoben. Vielmehr wiederholt die Revision lediglich die Zweifel der Beklagten daran, dass die Klägerin ihre Arbeit nach Ablauf des Sonderurlaubs wieder angetreten hätte. Auch hier handelt es sich um eine bloße Vermutung, nicht um substantiierten Vortrag.

2. Die Vorinstanzen haben zutreffend erkannt, dass weitere Voraussetzungen für den Anspruch auf Mutterschaftsgeld nicht bestehen. Der Anspruch entfällt nicht für den gesamten Zeitraum der Schutzfristen, weil das Arbeitsverhältnis bei Beginn der Schutzfrist des § 3 Abs. 2 MuSchG unter Wegfall der Hauptleistungspflichten geruht hat. Vielmehr ist der Anspruch auf Mutterschaftsgeld nur bis zur vereinbarten Beendigung des unbezahlten Sonderurlaubs ausgeschlossen.

a) Nach dem Wortlaut des § 200 Abs. 1 und 3 RVO setzt der Anspruch auf Mutterschaftsgeld während der Schutzfristen nicht voraus, dass gerade bei Eintritt der Schutzfrist des § 3 Abs. 2 MuSchG ein Vergütungsanspruch besteht, der wegen § 3 Abs. 2 MuSchG entfällt. Vielmehr verlangt das Gesetz nur, dass wegen der Schutzfristen kein Arbeitsentgelt gezahlt wird. Das ist der Fall, sobald die Hauptleistungspflichten von den Beschäftigungsverboten betroffen werden. Es besteht dann der geforderte ursächliche Zusammenhang zwischen den Schutzfristen und dem Wegfall der Vergütung [...].

b) Nach § 200 Abs. 2 RVO kommt es auf den Bestand eines Arbeitsverhältnisses, nicht auf einen Vergütungsanspruch bei Beginn der Schutzfrist an. Die letzten drei abgerechneten Kalendermonate müssen der Schutzfrist nicht unmittelbar vorangegangen sein. Bestand etwa wegen des Ablaufs des sechswöchigen Entgeltfortzahlungszeitraums nach § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG kein Vergütungsanspruch mehr, hindert das den Anspruch auf Mutterschaftsgeld nicht. Nach § 200 Abs. 2 Satz 4 RVO ist das durchschnittliche Arbeitsentgelt einer gleichartig Beschäftigten zugrunde zu legen, wenn eine Berechnung nicht möglich ist. Vor allem sieht § 200 Abs. 2 Satz 5 RVO auch dann einen Anspruch auf Mutterschaftsgeld vor, wenn das Arbeitsverhältnis erst während der Schutzfristen beginnt; der Anspruch besteht dann ab dem Beginn des Arbeitsverhältnisses. Dementsprechend erhalten Frauen, die während der Schutzfristen von einem Beamten- in ein Arbeitsverhältnis wechseln, von diesem Zeitpunkt an Mutterschaftsgeld (§ 13 Abs. 3 MuSchG). Nach § 13 Abs. 2 Satz 3 MuSchG wird ebenfalls kein Arbeitsverhältnis bei Beginn der Schutzfrist vorausgesetzt. Der Anspruch auf Mutterschaftsgeld besteht selbst dann, wenn das Arbeitsverhältnis bereits zuvor während der Schwangerschaft nach Maßgabe von § 9 Abs. 3 MuSchG aufgelöst worden ist. Damit zeigt der Zusammenhang der gesetzlichen Vorschriften, dass ein Vergütungsanspruch bei Beginn der Schutzfrist nicht maßgebend ist. Insbesondere kommt ein Anspruch auf Mutterschaftsgeld für einen späteren Zeitraum der Schutzfristen in Frage, wenn zunächst ein Vergütungsanspruch aus anderen Gründen als den Schutzfristen nicht bestand.

c) Nach dem Zweck des § 200 Abs. 1 2. Alternative RVO ist Mutterschaftsgeld zu leisten, soweit die Nichtzahlung von Arbeitsvergütung allein auf den Schutzfristen der § 3 Abs. 2, § 6 Abs. 1 MuSchG beruht; denn das Mutterschaftsgeld ersetzt zusammen mit dem Zuschuss gemäß § 14 MuSchG die Arbeitsvergütung, die während der Schutzfristen ausfällt. Es soll den Unterhalt der (werdenden) Mutter für diesen Zeitraum sichern [...]. Dementsprechend hat der Senat entschieden, der Anspruch auf Zuschuss zum Mutterschaftsgeld sei ein gesetzlich begründeter Anspruch auf teilweise Fortzahlung des Arbeitsentgelts. Die Vergütungspflicht des Arbeitgebers werde während der Zeiten der Beschäftigungsverbote nach § 3 Abs. 2, § 6 Abs. 1 MuSchG trotz fehlender Arbeitsleistung nicht in vollem Umfang aufgehoben, sondern bestehe nach Maßgabe des § 14 Abs. 1 MuSchG fort. Der Zuschuss des Arbeitgebers diene dazu, den Verdienstaufschlag auszugleichen, soweit er den Betrag von 25,00 DM täglich übersteige, weil sich die Zeit der Mutterschutzfristen nicht lohnmindernd auswirken solle. Der Anspruch auf den Zuschuss entfalle unab-

hängig von § 14 Abs. 4 MuSchG für die Zeit des Erziehungsurlaubs, soweit die Frau nicht eine zulässige Teilzeitarbeit leiste; denn der Arbeitgeber sei hier nicht zur Zahlung von Arbeitsentgelt verpflichtet [...].

Auch in einem Arbeitsverhältnis, dessen Hauptpflichten wegen eines unbezahlten Sonderurlaubs ruhen, greift der Ausgleichszweck ein, sobald die Hauptpflichten vertragsgemäß wieder aufleben und nur noch durch § 3 Abs. 2 und § 6 Abs. 1 MuSchG suspendiert sind. Es besteht kein vernünftiger Grund, den Anspruch deshalb vollständig zu versagen, weil der Ausgleichsbedarf in den Schutzfristen nicht von Anfang an bestand. Das Arbeitsverhältnis ist nunmehr von dem Beschäftigungsverbot unmittelbar betroffen. Das gesetzliche Verbot entfaltet seine Wirkung und verhindert entsprechend seiner eindeutigen Zielrichtung, dass die Arbeitnehmerin die Arbeitstätigkeit wieder aufnimmt [...]; hierdurch entgeht der Arbeitnehmerin ihr vertraglicher Vergütungsanspruch.

d) Hinter der Argumentation der Beklagten mag unausgesprochen die Befürchtung stehen, die Arbeitsvertragsparteien könnten rechtsmissbräuchlich Vereinbarungen zu Lasten der gesetzlichen Krankenkasse treffen. So könnte das Ruhen der Hauptleistungspflichten – auch nachträglich – bewusst so gestaltet werden, dass die sozialversicherungsrechtlichen Ansprüche voll ausgeschöpft werden, ohne dass

nennenswerte Arbeitsleistungen zu erbringen sind. Für eine derartige Manipulation besteht im Streitfall aber kein Anhaltspunkt. Die letzte Vereinbarung der Parteien zum Sonderurlaub datiert vom 8. Mai 2000. Wenn die Klägerin die Geburt ihres Kindes so geplant haben sollte, dass die Schutzfrist des § 3 Abs. 2 MuSchG möglichst an das Ende des unbezahlten Urlaubs anschließt, wäre das nicht rechtsmissbräuchlich. Im Übrigen wäre einem Rechtsmissbrauch im Einzelfall zu begegnen, etwa unter Anwendung von § 242 BGB. Dabei ist zu berücksichtigen, dass das Gesetz für die Versicherte günstige Gestaltungsmöglichkeiten ausdrücklich zulässt (vgl. § 200 Abs. 2 Satz 5 RVO, § 13 Abs. 3 MuSchG). Schließlich bestehen selbst gegen die Vereinbarung eines unbezahlten Urlaubs während der Schwangerschaft bis zum Beginn der Schutzfrist keine durchgreifenden Einwände.

e) Der hier vertretenen Auffassung steht die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts nicht entgegen, wonach der werdenden Mutter, die ohne Anspruch auf Krankengeld versichert ist, kein Anspruch auf Mutterschaftsgeld zusteht, wenn sie mit ihrem Arbeitgeber einen unbezahlten Sonderurlaub vereinbart hat, der auch die Zeit der Schutzfristen umfasst [...]. Damit ist nur der Fall entschieden, dass der unbezahlte Urlaub die gesamten Schutzfristen umfasst. Das Bundessozialgericht hat auch hier ausdrücklich darauf abgestellt, die Beschäftigungsverbote müssten dafür ursächlich sein, dass der Arbeitgeber kein Arbeitsentgelt zu zahlen habe. Erst im Rahmen der Subsumtion führt es aus, dass der Arbeitnehmerin bei Beginn der Schutzfristen kein Arbeitsentgelt mehr zustand und der unbezahlte Sonderurlaub über die Dauer der Schutzfristen hinausging. Der weitere Satz, es komme allein darauf an, ob die Beschäftigungsverbote die Erfüllung eines bei Beginn der Schutzfristen bestehenden Arbeitsentgeltanspruchs verhindert hätten, kann nur in diesem Zusammenhang verstanden werden. Das Bundessozialgericht erkennt zudem die Lohnersatzfunktion des Mutterschaftsgeldes an. Nicht geschützt werden solle die werdende Mutter, die sich „für längere Zeit und während der Schutzfristen in unbezahltem Sonderurlaub“ befinde; mit dem Zweck des Gesetzes wäre es unvereinbar, Mutterschaftsgeld auch dann zu gewähren, wenn der Arbeitgeber bei Eintritt der Schutzfristen Arbeitsentgelt deshalb nicht zahle, weil „auf Grund der rechtlichen Gestaltung des Arbeitsverhältnisses für die Zeit der Schutzfristen ein Entgeltanspruch nicht bestehe“. Damit stellt das Bundessozialgericht gerade nicht auf den Vergütungsanspruch bei Beginn der Schutzfrist ab. Ebenso wird die zitierte Entscheidung vom 8. März 1995 (– 1 RK 10/94 – a.a.O.) in der Rechtsprechung der Instanzgerichte verstanden [...].

[...]