

Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Grundsatz: Ausfall ersetzen!
 - 2.1 Allgemeines
 - 2.2 Berechnungszeitraum
 - 2.3 Ausfallzeiten
 - 2.4 Änderung der Vergütung
 - 2.5 Kurzarbeit
3. Vergütung nach Zeiteinheiten
 - 3.1 Festes Monatsgehalt
 - 3.2 Stundenvergütung
4. Schwankende Vergütung

Information

1. Allgemeines

Setzt eine werdende oder stillende Mutter wegen eines Beschäftigungsverbot (Mutterschutz - Schutzvorschriften) nach dem Mutterschutzgesetz (MuSchG) ganz oder teilweise mit der Arbeit aus, ist der Arbeitgeber grundsätzlich verpflichtet, ihr die Vergütung weiter zu zahlen. Keinen Anspruch hat die Frau

- während der Schutzfristen vor und nach der Entbindung (§ 3 MuSchG oder
- wenn ihr der Betrieb eine zumutbare Ersatztätigkeit zuweist (Mutterschutz - Schutzvorschriften, Abschn. 1.2.) und daher ein Verdienstaussfall nicht entsteht.

Entfällt wegen der Coronakrise die Beschäftigung im ganzen Betrieb, endet für die Schwangere das Beschäftigungsverbot. Es gelten die allgemeinen Regeln zur Kurzarbeit (LAG Köln, 29.03.2021 - 2 Sa 1230/20 - siehe 2.5). Denn die Gefährdung für die Gesundheit der Mutter oder ihres Kindes bei Fortdauer der Beschäftigung darf der einzige Grund sein, weshalb mit der Arbeit ausgesetzt werden muss. Zu beachten ist aber, dass bei Beschäftigten, die keinen Anspruch auf Kurzarbeitergeld haben (insbesondere geringfügig Beschäftigte) der Arbeitgeber nicht in Annahmeverzug kommt. Er ist daher nach § 615 S. 1 und 3 BGB nicht zur Fortzahlung der Vergütung verpflichtet. Denn der Arbeitgeber trägt das allgemeine Betriebsrisiko nur insoweit, als es sich für einen bestimmten Betrieb verwirklicht. Das ist aber nicht der Fall, wenn zum Schutz der Bevölkerung durch behördliche Anordnung die sozialen Kontakte auf ein Minimum reduziert werden und daher nahezu flächendeckend alle nicht für die Versorgung der Bevölkerung notwendigen Einrichtungen geschlossen werden. Soweit dies infolge der SARS-CoV-2-Pandemie der Fall war, haben die betroffenen Arbeitnehmer wegen der Arbeitsausfälle keine Ansprüche gegen den Arbeitgeber (BAG, 13.10.2021 – 5 AZR 211/21).

2. Grundsatz: Ausfall ersetzen!

2.1 Allgemeines

Grundsätzlich gilt: Die Frau ist während des Beschäftigungsverbotes vom Arbeitsentgelt her so zu stellen, als wenn sie arbeiten würde. Hat sie also eine Vergütung, die gleichbleibend ist oder die sich Zeiteinheiten zuordnen lässt, ist diese so fortzuzahlen, als wenn die Mitarbeiterin im Rahmen des arbeitsvertraglichen Umfangs voll arbeiten würde. Allerdings ist im Hinblick auf den für alle Betriebe bestehenden Erstattungsanspruch (§ 1 Abs. 2 AAG ; Mutterschutz – Erstattung der Arbeitgeber-Aufwendungen) der auf das Beschäftigungsverbot entfallende Teil der Vergütung zu ermitteln, damit dieser mit der zuständigen

Krankenkasse abgerechnet werden kann. Für die Ermittlung des Teilentgelts sind die maßgebenden tarifvertraglichen Regelungen heranzuziehen.

Welche Entgeltteile weiter zu zahlen sind, können Sie dem Stichwort Mutterschutz - Mutterschutzlohn: Entgeltbestandteile entnehmen

2.2 Berechnungszeitraum

Grundsätzlich ist der Durchschnittsverdienst aus den letzten drei abgerechneten Kalendermonaten vor Beginn der Schwangerschaft zu ermitteln (§ 18 S. 2 MuSchG). Sonderregelungen gelten, wenn das Arbeitsverhältnis kürzer gedauert (§ 21 Abs. 1 S. 2 MuSchG) oder erst nach Eintritt der Schwangerschaft begonnen hat (§ 18 S. 4 MuSchG). Im Einzelfall kann darüber hinaus aber auch von dem Drei-Monats-Zeitraum abgewichen werden, wenn sich aus besonderen Umständen heraus daraus kein repräsentativer Durchschnitt ergibt (LAG Köln, 21.12.2011 – 8 Sa 1328/10) . Nach den gesetzlichen Vorgaben ist dann auf das durchschnittliche kalendertägliche Arbeitsentgelt einer vergleichbar beschäftigten Person zurückzugreifen (§ 21 Abs. 3 MuSchG). Daran wird deutlich, dass bei der Anwendung des § 18 MuSchG vorrangig darauf abzustellen ist, dass der errechnete Durchschnittsverdienst das ausgefallene Arbeitsentgelt vollständig ersetzt. Die Anwendung des gesetzlich vorgegebenen Berechnungszeitraums muss ggf. dahinter zurücktreten.

2.3 Ausfallzeiten

Bei der Ermittlung des durchschnittlichen Arbeitsentgelts bleiben Zeiten unberücksichtigt, in denen die Frau infolge unverschuldeter Fehlzeiten kein Arbeitsentgelt erzielt hat (§ 21 Abs. 1 S. 1 MuSchG). Dazu zählen z.B. Zeiten des Krankengeldbezuges oder der Kurzarbeit. Darüber hinaus bestimmt § 21 Abs. 2 MuSchG , dass Kürzungen des Arbeitsentgelts, die im Berechnungszeitraum infolge von Kurzarbeit, Arbeitsausfällen oder unverschuldetem Arbeitsversäumnis eintreten, unberücksichtigt bleiben. Daraus ist abzuleiten, dass unverschuldete Fehlzeiten sich nicht mindernd auf dem Mutterschutzlohn auswirken dürfen.

Der Anspruch auf Mutterschutzlohn setzt voraus, dass die Frau grundsätzlich arbeitsbereit ist und der Arbeitgeber sie nur durch das Beschäftigungsverbot nicht beschäftigen darf. Anspruch auf Mutterschutzlohn besteht daher nicht bei Streik und Aussperrung, Elternzeit, Urlaub oder Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit. Bei Kurzarbeit ist die Nichtbeschäftigung dagegen der Sphäre des Arbeitgebers zuzuordnen. Daher bleibt der Anspruch auf Mutterschutzlohn bei Kurzarbeit ungeschmälert erhalten (siehe auch 3.6).

2.4 Änderung der Vergütung

Ändert sich die Vergütung während des Bezuges von Mutterschutzlohn, ist von diesem Zeitpunkt an die geänderte Vergütung der Berechnung zugrunde zu legen. Wird die Änderung bereits während des Berechnungszeitraums wirksam, ist von Anfang an die geänderte Vergütung zugrunde zu legen.

2.5 Kurzarbeit

Infolge der Corona-Pandemie hat die Kurzarbeit in vielen Branchen erheblich zugenommen. Es stellt sich dadurch die Frage, wie sie sich auf den Anspruch auf Mutterschutzlohn auswirkt. Durch die Kurzarbeit wird das Arbeitsverhältnis an sich nicht unterbrochen, die Arbeitspflicht wird lediglich eingeschränkt. Zuzurechnen ist dies der Sphäre des Arbeitgebers. Unverschuldete Fehlzeiten wirken sich nicht leistungsmindernd aus (§ 21 Abs. 1 MuSchG). Darüber hinaus ist gesetzlich geregelt, dass Kürzungen des Arbeitsentgelts, die im Berechnungszeitraum u.a. infolge von Kurzarbeit eintreten, bei der Ermittlung des kalendertäglichen Durchschnittsentgelts unberücksichtigt bleiben (§ 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 MuSchG – dies ist relevant, wenn die Kurzarbeit bereits während des Berechnungszeitraums eingetreten ist). Außerdem ist aus § 21 Abs. 4 MuSchG abzuleiten, dass vorübergehende Änderungen des Verdienstes unberücksichtigt bleiben. Da Kurzarbeit immer vorübergehend ist, wird also der Mutterschutzlohn aus dem vollen Arbeitsentgelt berechnet. Der Arbeitgeber kann seine Aufwendungen im Rahmen der U2-Ausgleichskasse mit der zuständigen Krankenkasse in vollem Umfang abrechnen. Weitere Einzelheiten siehe auch das Orientierungspapier des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend unter Beteiligung der Bundesministerien für Gesundheit und für Arbeit und Soziales vom 03.06.2020 - www.bmfsfj.de .

3. Vergütung nach Zeiteinheiten

3.1 Festes Monatsgehalt *Beispiel 1:*

Beschäftigungsverbot nach § 13 Abs. 1 Nr. 3 MuSchG : 13.09. -
07.11.2023
Festes Monatsgehalt brutto, Eintritt der Schwangerschaft am 01.05.2023, Abrechnung jeweils am 5. für den Vormonat. 1.500,00 EUR
Teilzeiträume werden lt. Tarifvertrag über Arbeitstage (Montag - Freitag) berechnet.

Berechnung des Mutterschutzlohnes:

Berechnungszeitraum sind die Monate Januar, Februar, März 2023
= 65 Arbeitstage

1.500 X 3 = 4.500 EUR: 65 Arbeitstage = 69,23 EUR

durchschnittliches Bruttoentgelt pro Arbeitstag

September 2023: 69,23 EUR X 13 Arbeitstage = 899,99 EUR

Oktober 2023: 69,23 EUR X 22 Arbeitstage = 1.523,06 EUR

November 2023: 69,23 EUR X 5 Arbeitstage = 346,15 EUR

Gesamtbetrag: 2.769,20 EUR

Werden die Teilzeiträume aufgrund der arbeitsrechtlichen Festlegungen nach Kalendertagen berechnet, ergibt sich folgende Berechnung des Mutterschutzlohnes:

Berechnungszeitraum sind die Monate Januar, Februar, März = 90

Kalendertage (bei fester Monatsvergütung sind jeweils 30

Kalendertage pro Monat anzusetzen). 1500 X 3 = 4.500 EUR: 90

Kalendertage = 50,00 EUR durchschnittliches Bruttoentgelt pro

Kalendertag

September 2023: 50,00 EUR X 18 Kalendertage = 900,00 EUR

Oktober 2023: 50,00 EUR X 30 Kalendertage (Begrenzung wegen vollem Kalendermonat) = 1.500,00 EUR

November 2023: 50,00 EUR X 7 Kalendertage 350,00 EUR

Gesamtbetrag: 2.750,00 EUR

Wird die Vergütung während des Berechnungszeitraumes verändert, ist die erhöhte oder verminderte Vergütung für den gesamten Berechnungszeitraum anzusetzen. Sofern sich während des Bezugszeitraumes eine Erhöhung der Vergütung ergibt, ist von diesem Zeitpunkt an von der erhöhten Vergütung auszugehen (§ 21 Abs. 4 MuSchG).

Beispiel 2:

Wie Beispiel 1; durch Tarifvertrag vom 15.09. erhöht sich die Vergütung ab 01.10.2023 auf 1.560 EUR monatlich. Berechnung der Vergütung bei Teilzeiträumen auf der Basis von Kalendertagen.

Berechnung des Mutterschutzlohnes:

a) Für die Zeit vom 13.09. bis 30.09.2023: 1.500 X 3 = 4.500 EUR: 50 EUR

90 Kalendertage = durchschnittliches Bruttoentgelt pro Kalendertag:

b) Für die Zeit vom 01.10. bis 07.11.2023 1.560 X 3 = 4.680 EUR: 90 52 EUR

Kalendertage = durchschnittliches Bruttoentgelt pro Kalendertag:

September 2023: 50 EUR X 18 Kalendertage = 900,00 EUR

Oktober 2023: 52 EUR X 30 Kalendertage = 1.560,00 EUR

November 2023: 52 EUR X 7 Kalendertage = 364,00 EUR

Gesamtbetrag: 2.824,00 EUR

3.2 Stundenvergütung *Beispiel 3:*

Ärztliches Beschäftigungsverbot nach § 16 Abs. 1 MuSchG vom 13.09. bis 07.11.2023.

Die Arbeitnehmerin wird nach Stunden bezahlt. Die wöchentliche Arbeitszeit beträgt bei 5-Tage-Woche 37,5 Stunden. Die Stundenvergütung betrug in dem maßgebenden Berechnungszeitraum vor Beginn der Schwangerschaft (Dezember 2022 bis Februar 2023 - siehe 2.2) 17,38 EUR brutto. Durch eine tarifliche Vereinbarung erhöhte sich die Bruttovergütung ab 01.08.2023 auf 18,21 EUR.

Berechnung des Mutterschutzlohnes:

Der Einfachheit halber kann man auf Berechnungen zum Durchschnittsverdienst verzichten. Die ausgefallenen Stunden sind mit der ab 01.08.2023 maßgebenden Stundenvergütung zu multiplizieren. Die erhöhte Vergütung ist von ihrem Wirksamwerden an zu berücksichtigen – da dies bereits vor Beginn des Beschäftigungsverbotes der Fall ist, ist der Mutterschutzlohn für die gesamte Zeit danach zu berechnen (§ 21 Abs. 4 MuSchG).

September 2023: (13 x 7,5) =	97,5 Std. x 18,21 EUR=	1.775,48 EUR
Oktober 2023: (22 x 7,5) =	165,0 Std. x 18,21 EUR=	3.004,65 EUR
November 2023: (5 x 7,5) =	37,5 Std. x 18,21 EUR=	682,88 EUR
Gesamtwerte	300,0 Std. x 18,21 EUR=	5.463,01 EUR

4. Schwankende Vergütung

Schwankt das Arbeitsentgelt, ist ein Durchschnitt zu berechnen (siehe §§ 18 , 21 MuSchG). Zum maßgebenden Berechnungszeitraum vgl. oben, 2.2).

Der im Berechnungszeitraum erzielte Bruttoverdienst wird durch die Zeiteinheiten geteilt, die für die Berechnung der Vergütung maßgebend sind. Einmalig gezahltes Arbeitsentgelt bleibt dabei außer Betracht (§ 21 Abs. 2 Nr. 1 MuSchG). Resultat ist der Mutterschutzlohn pro Zeiteinheit:

$$\frac{\text{Gesamtbruttoverdienst im Ausgangszeitraum}}{\text{Bezahlte Zeiteinheiten im Ausgangszeitraum}} = \text{Mutterschutzlohn pro Zeiteinheit}$$

Aus dieser Formel ergibt sich, dass unbezahlte, entschuldigte Fehlzeiten (z.B. durch unbezahlten Urlaub, Krankengeldbezug etc.) bei der Berechnung ausgeklammert werden, da als Divisor nur die bezahlten Zeiteinheiten angesetzt werden (siehe § 21 Abs. 2 Nr. 2 MuSchG).

Beispiel 4:

Wie Beispiel 3, jedoch leistete die Arbeitnehmerin im Ausgangszeitraum vor der Schwangerschaft Überstunden. Mehrarbeitsvergütungen fielen wie folgt an:

Monat	Arbeitstage	Normal stunden	Geleistete Überstunden	Vergütung für Überstunden brutto
Dezember 2022	22	165,0	12	250,27 EUR
Januar 2023	22	165,0	8	166,85 EUR
Februar 2023	20	150,0	10	208,56 EUR
Gesamt	64	480,0	30	625,68 EUR

Seit Feststellung der Schwangerschaft wird keine Mehrarbeit mehr geleistet. Da die Arbeitnehmerin nach Stunden bezahlt wird, ist entsprechend der oben dargestellten Formel der Zuschlag zum Mutterschutzlohn anteilig pro Stunde zu berechnen. Durch die zwischenzeitlich erfolgte Entgelterhöhung wäre eine Ermittlung des Durchschnittsverdienstes aus dem Berechnungszeitraum nicht mit den gesetzlichen Regelungen (Erhöhung des Mutterschutzlohnes bei dauerhafter Verdiensterhöhung § 21 Abs. 4 MuSchG) vereinbar.

Ermittlung des Zuschlages:

$\frac{625,68}{480} = 1,30$ EUR Überstundenzuschlag pro Ausfallstunde, für die Mutterschutzlohn zu zahlen ist

In dem Ausgangsbeispiel 3 ergeben sich folgende Zuschläge:

September 2023: (13 x 7,5)=	97,5 Std. x 1,30 EUR =	126,75 EUR
Oktober 2023: (22 x 7,5) =	165,0 Std. x 1,30 EUR =	214,50 EUR
November 2023: (5 x 7,5) =	37,5 Std. x 1,30 EUR =	48,75 EUR
Gesamtwerte	300,0 Std. X 1,30 EUR =	390,00 EUR

Folglich sind insgesamt 390,00 EUR zusätzlich zu zahlen.

Beispiel 5:

Beschäftigungsverbot nach § 11 Abs. 6 MuSchG (Verbot von Akkordarbeit) ab 03.05.2023. Die Frau wird auf einem anderen Arbeitsplatz mit Stundenvergütung eingesetzt.

Aufgrund des Beschäftigungsverbotes erhält die Arbeitnehmerin seit 03.05.2023 eine Vergütung von 12 EUR pro Arbeitsstunde. Die wöchentliche Arbeitszeit beträgt bei 5-Tage-Woche 37,5 Stunden. Sie erzielte im maßgebenden Ausgangszeitraum (siehe 2.2) folgende Verdienste:

Monat	Arbeitstage	Arbeitsstunden	Vergütung brutto
Dezember 2022	22	165,0	2.356,00 EUR
Januar 2023	22	165,0	2.416,50 EUR
Februar 2023	20	150,0	1.933,50 EUR
Gesamt	64	480,00	6.706,00 EUR

Feststellung des Durchschnittsverdienstes:

$$\frac{6.706}{480} = 13,97 \text{ EUR Durchschnittsverdienst pro Arbeitsstunde (brutto)}$$

Da die Arbeitnehmerin im Rahmen der Stundenvergütung nur 12 EUR pro Arbeitsstunde erhält, ist ihr die Differenz von 1,97 EUR pro Stunde zusätzlich als Mutterschutzlohn zu zahlen.

Praxistipp:

Auch in diesem Fall erstattet die zuständige Krankenkasse die Mehraufwendungen einschließlich der Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung!