

Bundesarbeitsgericht  
Fünfter Senat

Urteil vom 31. Mai 2023  
- 5 AZR 305/22 -  
ECLI:DE:BAG:2023:310523.U.5AZR305.22.0

I. Arbeitsgericht Köln

Urteil vom 8. September 2021  
- 18 Ca 3348/20 -

II. Landesarbeitsgericht Köln

Urteil vom 8. April 2022  
- 10 Sa 670/21 -

---

Entscheidungsstichworte:

Mutterschutzlohn - Zuschuss zum Mutterschaftsgeld

Leitsätze:

1. § 18 Satz 2 MuSchG kann bei tariflichen Jahresarbeitszeitmodellen mit saisonal stark schwankender variabler Vergütung extensiv dahingehend auszulegen sein, dass zur Ermittlung des als Mutterschutzlohn zu zahlenden durchschnittlichen Arbeitsentgelts auf einen zwölfmonatigen Referenzzeitraum abzustellen ist.

2. Entsprechendes kann in derartigen Fällen für den Referenzzeitraum zur Berechnung des Zuschusses zum Mutterschaftsgeld nach § 20 Abs. 1 Satz 2 MuSchG gelten.

# BUNDESARBEITSGERICHT



5 AZR 305/22  
10 Sa 670/21  
Landesarbeitsgericht  
Köln

## Im Namen des Volkes!

Verkündet am  
31. Mai 2023

## URTEIL

Münchberg, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin, Anschlussberufungsbeklagte und  
Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Berufungsbeklagte, Anschlussberufungsklägerin und  
Revisionsbeklagte,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 31. Mai 2023 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Linck, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Biebl, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Bubach sowie die ehrenamtlichen Richter Bormann und Abel für Recht erkannt:

- A. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 8. April 2022 - 10 Sa 670/21 - teilweise aufgehoben und zur Klarstellung und Berichtigung hinsichtlich seiner Ziffer I. wie folgt neu gefasst:
- I.a. Die Berufung der Beklagten gegen Ziffer 1. des Urteils des Arbeitsgerichts Köln vom 8. September 2021 - 18 Ca 3348/20 - wird zurückgewiesen.
- I.b. Auf die Anschlussberufung der Klägerin wird das Urteil des Arbeitsgerichts Köln vom 8. September 2021 - 18 Ca 3348/20 - teilweise abgeändert und hinsichtlich seiner Ziffer 3. wie folgt neu gefasst:
- 3.a. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin weitere 2.593,20 Euro brutto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus  
427,20 Euro seit dem 1. Oktober 2021,  
457,20 Euro seit dem 1. November 2021,  
427,20 Euro seit dem 1. Dezember 2021,  
427,20 Euro seit dem 1. Januar 2022,  
427,20 Euro seit dem 1. Februar 2022 und  
427,20 Euro seit dem 1. März 2022  
zu zahlen.
- 3.b. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, an die Klägerin ab dem 1. März 2022 einen Betrag iHv. 457,20 Euro monatlich als MSG-Pauschale während des Beschäftigungsverbots in der Stillzeit zu zahlen.
- B. Soweit das Landesarbeitsgericht bezogen auf den Zuschuss zum Mutterschaftsgeld hinsichtlich Ziffer 2. des arbeitsgerichtlichen Urteils die Berufung der Beklagten zurückgewiesen hat, wird die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Verfahrens insgesamt - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.
- C. Im Übrigen wird die Revision der Beklagten zurückgewiesen.

**Von Rechts wegen!**

## **Tatbestand**

Die Parteien streiten über die Höhe des Mutterschutzlohns der Klägerin und über die Höhe des Zuschusses zu ihrem Mutterschaftsgeld. Der Streit betrifft im Wesentlichen die Höhe des auf die variablen Entgeltbestandteile entfallenden Teils des Mutterschutzlohns. 1

Die am 16. September 1988 geborene Klägerin ist seit Februar 2017 als Flugbegleiterin bei der Beklagten tätig. Sie wird gemäß dem „Tarifvertrag Saisonalitätsmodelle Kabine Nr. 2“ vom 2. Juni 2017 (im Folgenden: TV SMK) im Modell „KA“ mit einem Jahresarbeitszeitquotienten von 83 % im Verhältnis zur tarifvertraglich geregelten Vollzeit beschäftigt. Ihre Vergütung besteht aus festen Anteilen (Grundgehalt, Schichtzulage, Zuschuss Jobticket), Sonderzahlungen und variablen Entgeltbestandteilen (Mehrflugstundenvergütung und Bordverkaufsprovision). Nach § 2 Abs. 1 Ziff. 1 Buchst. a TV SMK wird die Grundvergütung des teilzeitbeschäftigten Mitarbeiters im Verhältnis zur jährlichen Arbeitszeit eines vollzeitbeschäftigten Mitarbeiters anteilig gekürzt und regelmäßig monatlich ausgezahlt, unabhängig von der zT geringeren oder höheren tatsächlichen Arbeitszeit. Mehrflugstundenvergütung erhält die Klägerin nach § 4 Abs. 1 Ziff. 3 TV SMK bei mehr als 70 Flugstunden im Monat. Sie hat diese Schwelle wegen ihrer unterschiedlichen saisonalen Berücksichtigung im Flugplan vor allem in den sog. Sommermonaten überschritten. Für die sog. Wintermonate November bis Februar sieht der „Tarifvertrag zur Überleitung der Saisonalitätsmodelle für die Mitarbeiter der Kabine der Deutschen Lufthansa AG“ vom 12. November 2019 (im Folgenden: TV Überleitung SMK) seit November 2019 für die im Modell „KA“ nach dem TV SMK teilzeitbeschäftigten Mitarbeiter eine monatliche Zahlung von jeweils 400,00 Euro brutto vor (sog. „Winterzulage SMK“). 2

Die Beklagte leistete in der Zeit von Mai 2018 bis April 2019 an die Klägerin folgende Bruttobeträge als Mehrflugstundenvergütung und Bordverkaufsprovision: 3

Monat	Mehrflugstundenvergütung und Bordverkaufsprovision
Mai 2018	893,39 Euro
Juni 2018	766,41 Euro
Juli 2018	413,30 Euro
August 2018	641,63 Euro
September 2018	857,45 Euro
Oktober 2018	873,70 Euro
November 2018	552,46 Euro
Dezember 2018	379,80 Euro
Januar 2019	0,00 Euro
Februar 2019	45,00 Euro (nur Bordverkaufsprovision)
März 2019	53,80 Euro (nur Bordverkaufsprovision)
April 2019	9,80 Euro (nur Bordverkaufsprovision)

Im Mai 2019 wurde die Klägerin schwanger. Der errechnete Beginn der Schwangerschaft war der 23. Mai 2019, der errechnete Geburtstermin der 27. Februar 2020. Die Klägerin entband am 19. Februar 2020. Wegen der Schwangerschaft bestand ab dem 10. Juli 2019 ein Beschäftigungsverbot. Die Schutzfristen nach § 3 Abs. 1 und Abs. 2 MuSchG liefen vom 16. Januar 2020 bis zum 23. April 2020. Seit dem Ende der Mutterschutzfrist nach der Entbindung besteht erneut ein Beschäftigungsverbot für die ihr Kind stillende Klägerin.

4

Die Beklagte zahlte an die Klägerin für den Zeitraum vom 10. bis zum 31. Juli 2019 als Mutterschutzlohn für 22 Tage die anteiligen fixen Entgeltbestandteile sowie eine anteilige Pauschale für die entfallenden variablen Entgeltbestandteile iHv. 22,00 Euro brutto. In den Monaten August bis Oktober 2019 leistete die Beklagte neben den festen Entgeltbestandteilen jeweils 30,00 Euro brutto als Pauschale für die entfallenden variablen Entgeltbestandteile. In den Monaten November und Dezember 2019 erhielt die Klägerin zusätzlich je 400,00 Euro brutto als Winterzulage SMK. Für den Zeitraum vom 1. bis zum 15. Januar 2020 leistete die Beklagte an die Klägerin 15,00 Euro brutto als Pauschale für die variablen Entgeltbestandteile und 200,00 Euro brutto Winterzulage

5

SMK. Im Zeitraum vom 16. Januar 2020 bis zum 28. Februar 2020 zahlte die Beklagte kalendertäglich 39,67 Euro als Zuschuss zum Mutterschaftsgeld, wobei sie die Winterzulage SMK in ihre Berechnung einbezog. Vom 1. März 2020 bis zum 23. April 2020 zahlte die Beklagte ohne Einbeziehung der Winterzulage SMK in die Berechnung kalendertäglich 32,43 Euro als Zuschuss zum Mutterschaftsgeld. Mit Beginn des Beschäftigungsverbots während der Stillzeit der Klägerin zahlte die Beklagte ab dem 24. April 2020 wieder eine monatliche Pauschale für die entfallenden variablen Entgeltbestandteile iHv. 30,00 Euro brutto. Nach dem nicht bestrittenen Vortrag der Klägerin unterblieb diese Zahlung für den Monat Oktober 2021 aus ungeklärten Gründen.

Mit ihrer Klage vom 25. Mai 2020 hat die Klägerin einen höheren Mutterschutzlohn und einen höheren Zuschuss zum Mutterschaftsgeld geltend gemacht. Sie hat gemeint, für die Berechnung ihres Mutterschutzlohns sei ein längerer als der gesetzlich vorgesehene dreimonatige Referenzzeitraum heranzuziehen. Dem Jahresarbeitszeitmodell angemessen sei ein Referenzzeitraum von zwölf Monaten. Ausgehend hiervon ergebe sich eine durchschnittliche variable Vergütung iHv. 457,20 Euro brutto monatlich (15,24 Euro brutto täglich). Diese sei auch für den Zuschuss zum Mutterschaftsgeld zu berücksichtigen, der auf Basis des gesetzlichen Referenzzeitraums nach § 20 Abs. 1 Satz 2 MuSchG zu berechnen sei. Eine Kürzung von Mutterschutzlohn und Zuschuss zum Mutterschaftsgeld um einen Teilzeitfaktor sei unzulässig.

Die Klägerin hat zuletzt sinngemäß beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, an sie einen Betrag iHv. 9.582,52 Euro brutto nebst zeitlich und betragsmäßig aufgeschlüsselten Zinsen zu zahlen;
2. die Beklagte zu verurteilen, an sie einen Betrag iHv. 968,94 Euro nebst zeitlich und betragsmäßig aufgeschlüsselten Zinsen zu zahlen;
3. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, an sie ab dem 1. März 2022 einen Betrag iHv. 457,20 Euro monatlich als MSG-Pauschale während des Beschäftigungsverbots in der Stillzeit zu zahlen;

4. die Beklagte zu verurteilen, an sie einen Betrag iHv. 2.593,20 Euro brutto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz auf einen Betrag iHv. 427,20 Euro seit 1. Oktober 2021, auf einen Betrag iHv. 457,20 Euro seit 1. November 2021, auf einen Betrag iHv. 427,20 Euro seit 1. Dezember 2021, auf einen Betrag iHv. 427,20 Euro seit 1. Januar 2022, auf einen Betrag iHv. 427,20 Euro seit 1. Februar 2022, auf einen Betrag iHv. 427,20 Euro seit 1. März 2022 zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und gemeint, für die Berechnung des Mutterschutzlohns sei gemäß § 18 Satz 2 MuSchG auf den Referenzzeitraum Februar bis April 2019 abzustellen. Aus den in diesen drei Monaten insgesamt iHv. 108,60 Euro brutto gezahlten variablen Entgeltbestandteilen errechne sich ein Monatsdurchschnitt von 36,20 Euro brutto. Unter Berücksichtigung des Beschäftigungsquotienten der Klägerin von 83 % ergebe sich bezüglich der variablen Entgeltbestandteile ein täglicher Mutterschutzlohn iHv. 30,00 Euro brutto monatlich (1,00 Euro brutto täglich). Ausgehend hiervon habe sie auch den Zuschuss zum Mutterschaftsgeld unter teilweiser Berücksichtigung der Winterzulage SMK richtig berechnet.

8

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Mit ihrer vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter. Die Klägerin beantragt die Zurückweisung der Revision.

9

## **Entscheidungsgründe**

Die zulässige Revision ist zu einem geringen Teil im Sinne der Zurückverweisung begründet, im Übrigen ist sie unbegründet. Die zulässige Klage ist überwiegend begründet. Für die Berechnung des Mutterschutzlohns der Klägerin ist mit Blick auf das tarifliche Jahresarbeitszeitmodell mit saisonal ungewöhnlich stark schwankender variabler Vergütung auf einen Referenzzeitraum von zwölf

10

Monaten abzustellen. Entsprechendes gilt auch für den Zuschuss zum Mutterschaftsgeld. Da hinsichtlich der Berechnung des Zuschusses nach § 20 Abs. 1 MuSchG tatsächliche Feststellungen fehlen, kann der Senat über diesen Anspruch nicht abschließend entscheiden.

A. Das Landesarbeitsgericht ist zutreffend von der Zulässigkeit der Klage ausgegangen. 11

I. Hinsichtlich der Zulässigkeit der Leistungsanträge bestehen keine Bedenken. Auch der Antrag zu 2. (Zuschuss zum Mutterschaftsgeld) ist hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Es ist erkennbar, in welchem Umfang sich die Klagesumme dem Grunde und der Höhe nach auf die Einzelansprüche bezieht (vgl. zu dieser Anforderung *MüKoZPO/Becker-Eberhard 6. Aufl. § 253 Rn. 104; Stein/Jonas/Roth 23. Aufl. ZPO § 253 Rn. 28*). Zwar war im zunächst gestellten Antrag der eingeklagte Betrag von 968,94 Euro um 100,00 Euro höher als die darin enthaltenen vier Einzelforderungen für die vier Monate, in denen die Klägerin den Zuschuss zum Mutterschaftsgeld bezogen hat. Aus dem Rechenwerk der Klägerin ließ sich aber nachvollziehen, dass hinsichtlich des Betrags für Februar 2020 ein Rechen- und Übertragungsfehler vorlag. Für diesen Monat ergibt sich nach der Berechnungsweise der Klägerin ein Betrag von 277,82 Euro, den sie in die Gesamtsumme einbezogen hat, während im Antrag von 177,82 Euro die Rede war. Dies hat die Klägerin in der Revisionserwiderung berichtet und in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat bestätigt. 12

II. Auch der Feststellungsantrag ist hinreichend bestimmt iSd. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO und als Zwischenfeststellungsklage zulässig. 13

1. Der Antrag bedarf der Auslegung. Er stellt nach der auf Hinweis des Senats erfolgten Klarstellung auf den von der Klägerin auch in den Zahlungsanträgen für die variablen Vergütungsbestandteile zugrunde gelegten Monatsbetrag von 457,20 Euro brutto ab. Dies entspricht der Berechnungsweise für den Mutterschutzlohn, von der beide Parteien im Verfahren ausgegangen sind. Hierbei wird ein Monatsbetrag als Pauschale für die variablen Vergütungsbestandteile 14



ermittelt, der in gleichmäßiger Höhe gezahlt wird. Streitig ist die Höhe dieser Pauschale. Kein Streit besteht über das Vorgehen, wenn für einen Monat Mutterschutzlohn nur anteilig geschuldet ist. In diesem Fall rechnen beide Parteien pro Tag mit einem Dreißigstel des von ihnen jeweils angenommenen Ausgangsbetrags. Da insoweit kein Streit herrscht, war der entsprechende Zusatz im neu formulierten Feststellungsantrag entbehrlich.

2. Der Antrag ist in Form der Zwischenfeststellungsklage gemäß § 256 Abs. 2 ZPO zulässig. 15

a) Eine Feststellungsklage kann sich auf einzelne Beziehungen oder Folgen aus einem Rechtsverhältnis, auf bestimmte Ansprüche oder Verpflichtungen oder auf den Umfang einer Leistungspflicht beschränken (sog. Elementenfeststellungsklage). Nach § 256 Abs. 2 ZPO kann die Klägerin zugleich mit der Hauptklage auf die Feststellung eines die Entscheidung bedingenden, dh. vorgeiflichen Rechtsverhältnisses klagen. Damit wird ein Element aus der Gesamtentscheidung verselbständigt und mit eigener Rechtskraft versehen, weil hierdurch Rechtssicherheit und Rechtsklarheit für mögliche Folgestreitigkeiten hergestellt werden. Eine Zwischenfeststellungsklage erfordert daher, dass die Frage nach dem Bestehen des Rechtsverhältnisses notwendig auch bei der Entscheidung über den Hauptantrag beantwortet werden muss, aber darüber hinaus auch für andere denkbare Folgestreitigkeiten Bedeutung haben kann (*BAG 6. Juli 2011 - 4 AZR 424/09 - Rn. 25, BAGE 138, 287*). 16

b) Diese Vorgeiflichkeit ist hier gegeben. Die Feststellung der Höhe des Mutterschutzlohns bzw. der Höhe des auf variable Bestandteile entfallenden Anteils daran betrifft den Umfang der Leistungspflicht. Es handelt sich um eine Vorfrage, die bei der Entscheidung über den Leistungsantrag zu 1. und den Zahlungsantrag aus der Anschlussberufung beantwortet werden muss. Zugleich reicht sie über das dortige Rechtsschutzziel der Klägerin hinaus. Die mit der Leistungsklage verfolgten Ansprüche sind auf die Zeit bis Februar 2022 begrenzt. Bei einer Zwischenfeststellungsklage ist das Feststellungsinteresse als besonderes Rechtsschutzbedürfnis grundsätzlich nicht erforderlich (*vgl. Anders/Gehle/Anders ZPO 81. Aufl. § 256 Rn. 70*). Vorliegend bestünde es im Übrigen, da das 17

Beschäftigungsverbot wegen der andauernden Stillzeit fortbesteht, wie die Parteien im Verfahren mitgeteilt haben.

- B. Die Klage ist überwiegend begründet. 18
- I. Der Klägerin stehen die mit dem Antrag zu 1. und dem Zahlungsantrag aus der Anschlussberufung geltend gemachten Differenzbeträge zum ausgezahlten Mutterschutzlohn zu. Hiervon sind die Vorinstanzen zutreffend ausgegangen. 19
1. Die Klägerin hat für die im Antrag zu 1. und im Zahlungsantrag aus der Anschlussberufung streitgegenständlichen Zeiträume dem Grunde nach einen Anspruch auf Mutterschutzlohn. 20
- a) Nach § 18 Satz 1 MuSchG erhält eine Frau, die wegen eines Beschäftigungsverbots außerhalb der Schutzfristen vor oder nach der Entbindung teilweise oder gar nicht beschäftigt werden darf, von ihrem Arbeitgeber Mutterschutzlohn. Die Pflicht der Arbeitnehmerin zur Arbeitsleistung wird durch das Beschäftigungsverbot suspendiert, das zugleich nach Maßgabe des § 18 Satz 1 MuSchG über die Vergütungspflicht des Arbeitgebers bestimmt. Ein Anspruch auf Mutterschutzlohn besteht allerdings nur, wenn allein das mutterschutzrechtliche Beschäftigungsverbot dazu führt, dass die Betroffene mit der Arbeit aussetzt (*vgl. zu § 11 MuSchG aF BAG 9. Oktober 2002 - 5 AZR 443/01 - zu I 1 und I 4 der Gründe*). 21
- b) Die Klägerin wurde vom 10. Juli 2019 bis zum 15. Januar 2020 aufgrund eines schwangerschaftsbedingten Beschäftigungsverbots und vom 24. April 2020 bis zum 28. Februar 2022 aufgrund eines betrieblichen Beschäftigungsverbots wegen der Stillzeit nicht beschäftigt. Anderweitige Umstände, die zu einem Entfallen ihrer Vergütungsansprüche in diesen Zeiträumen hätten führen können, sind nicht festgestellt. Sie sind auch nicht vorgetragen oder sonst ersichtlich. 22
2. Nach § 18 Satz 2 MuSchG wird als Mutterschutzlohn das durchschnittliche Arbeitsentgelt der letzten drei abgerechneten Kalendermonate vor dem Eintritt der Schwangerschaft gezahlt. 23

- a) Die Beklagte hat im ersten Schritt der Ermittlung des Mutterschutzlohns auf diesen Referenzzeitraum abgestellt. Die Berechnungsgrundlagen und -ergebnisse sind zwischen den Parteien unstrittig. 24
- b) Die Voraussetzungen für eine Anpassung des Referenzzeitraums nach § 21 MuSchG liegen nicht vor. Das Arbeitsverhältnis bestand länger als drei Monate. Unverschuldete Fehlzeiten iSv. § 21 Abs. 1 MuSchG lagen ebenso wenig vor wie nach § 21 Abs. 2 MuSchG nicht berücksichtigungsfähige Zeiten. 25
3. § 18 Satz 2 MuSchG ist jedoch in einem Fall wie den vorliegenden extensiv dahingehend auszulegen, dass für die Berechnung des Mutterschutzlohns ein Referenzzeitraum von zwölf Monaten zugrunde zu legen ist. Dieser Zeitraum ist wegen des tariflichen Jahresarbeitszeitmodells mit saisonal ungewöhnlich stark schwankender variabler Vergütung erforderlich, um das „durchschnittliche Arbeitsentgelt“ iSv. § 18 Satz 2 MuSchG zu ermitteln. 26
- a) Für die Auslegung von Gesetzen ist der in der Norm zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers maßgebend, wie er sich aus dem Wortlaut der Vorschrift und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den sie hineingestellt ist (vgl. *BVerfG 19. März 2013 - 2 BvR 2628/10 ua. - Rn. 66, BVerfGE 133, 168*). Der Erfassung des objektiven Willens des Gesetzgebers dienen die anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung aus dem Wortlaut der Norm, der Systematik, ihrem Sinn und Zweck sowie aus den Gesetzesmaterialien und der Entstehungsgeschichte, die einander nicht ausschließen, sondern sich gegenseitig ergänzen. Der Wortlaut gibt nicht immer hinreichende Hinweise auf den Willen des Gesetzgebers. Unter Umständen wird erst im Zusammenhang mit Sinn und Zweck des Gesetzes oder anderen Auslegungsgesichtspunkten die im Wortlaut ausgedrückte, vom Gesetzgeber verfolgte Regelungskonzeption deutlich. Für die Beantwortung der Frage, welche Regelungskonzeption dem Gesetz zugrunde liegt, kommt daneben den Gesetzesmaterialien und der Systematik des Gesetzes eine Indizwirkung zu (vgl. *BVerfG 6. Juni 2018 - 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14 - Rn. 74, BVerfGE 149, 126; BAG 11. Dezember 2019 - 5 AZR 579/18 - Rn. 14, BAGE 169, 126; 21. Dezember 2016 - 5 AZR 374/16 - Rn. 20, BAGE 157, 356*). Dabei dürfen die Gerichte sich nicht dem vom Gesetzgeber festgelegten Sinn 27

und Zweck des Gesetzes entziehen, sondern müssen die gesetzgeberische Grundentscheidung respektieren. Eine Interpretation, die sich über den klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers hinwegsetzt, greift unzulässig in die Kompetenzen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers ein (*BVerfG 6. Juni 2018 - 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14 - Rn. 73 mwN, aaO*).

b) Nach seinem Wortlaut stellt § 18 Satz 2 MuSchG auf einen dreimonatigen Referenzzeitraum ab. Damit ist ein fester Zeitraum vorgesehen, der grundsätzlich auch bei schwankender Vergütungshöhe gelten soll. Allerdings soll nach der gesetzlichen Regelung zugleich ein „durchschnittliches Arbeitsentgelt“ ermittelt und als Mutterschutzlohn gezahlt werden. In besonders gelagerten Fällen und bei bestimmten Arbeitszeitmodellen kann dieses durch einen dreimonatigen Referenzzeitraum nicht zutreffend abgebildet werden. Unter Berücksichtigung des Sinns und Zwecks der Leistung sprechen die Gesetzeshistorie und -begründung dafür, dass dann ausnahmsweise eine Anpassung des Referenzzeitraums vorzunehmen ist. 28

aa) Das Mutterschutzgesetz wurde durch das Gesetz zur Neuregelung des Mutterschutzrechts vom 23. Mai 2017 vollständig neu gefasst und grundlegend reformiert. Hierbei hat der Gesetzgeber auch die 1968 in Kraft getretene Regelung zum Mutterschutzlohn (§ 11 MuSchG aF/§ 18 MuSchG nF) geändert. Nach § 11 MuSchG aF war 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. § 18 MuSchG nF sieht unter Vereinheitlichung des Berechnungszeitraums vor, dass als Mutterschutzlohn das durchschnittliche Arbeitsentgelt der letzten drei abgerechneten Kalendermonate vor dem Eintritt der Schwangerschaft zu zahlen ist. Weiter wurde die in § 11 MuSchG aF enthaltene Regelung zur Ermittlung des durchschnittlichen Arbeitsentgelts zur Vereinheitlichung der Berechnung der Mutterschutzleistungen in § 21 MuSchG nF in einen eigenen Paragraphen überführt. Zu dieser Überarbeitung der Bestimmungen zum Leistungsrecht (§ 18 ff. MuSchG nF - im Gesetzesentwurf der Bundesregierung noch §§ 17 ff.) heißt es 29

in der Gesetzesbegründung (*BT-Drs. 18/8963 S. 40*), Sinn der Regelung der bisherigen wie der neuen Vorschriften zum Mutterschutzlohn sei es, der schwangeren oder stillenden Beschäftigten bei Beschäftigungsverboten im Ergebnis durchgehend Leistungen in Höhe des früheren durchschnittlichen Arbeitsentgelts zu gewähren. Zugleich solle insbesondere die Zusammenfassung in einer Vorschrift unter Vereinheitlichung der Vorgaben zur Ermittlung des durchschnittlichen Arbeitsentgelts für den Arbeitgeber die Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben erleichtern (*vgl. BT-Drs. 18/8963 S. 92*). Nach der Gesetzesbegründung soll es also - unverändert - Sinn und Zweck des Mutterschutzlohns sein, trotz des Beschäftigungsverbots einen möglichst gleichbleibenden Verdienst der hiervon betroffenen Frau sicherzustellen.

bb) Damit nimmt die Gesetzesbegründung die - bereits vor der Reform des Mutterschutzgesetzes gefestigte - ständige Rechtsprechung auf, nach der es Sinn und Zweck des Mutterschutzlohns ist, die Frau wirtschaftlich abzusichern und ihr Anreize zu nehmen, in Gefährdung ihrer Gesundheit und der Gesundheit des ungeborenen Kindes weiterzuarbeiten, um einen höheren Verdienst zu erzielen. Schwangere und Mütter eines Neugeborenen sollen vor wirtschaftlichen Nachteilen bewahrt werden, die andernfalls mit den Beschäftigungsverboten verbunden wären. Die Beschäftigungsverbote sollen zu keiner Verdienstminderung führen, damit jeder finanzielle Anreiz für die Arbeitnehmerin entfällt, die Arbeit zu ihrem und des Kindes Nachteil fortzusetzen (*BAG 11. Oktober 2000 - 5 AZR 240/99 - zu A II 1 b cc (3) der Gründe, BAGE 96, 34; vgl. 25. Februar 2004 - 5 AZR 160/03 - zu II 2 c der Gründe mwN, BAGE 109, 362; ebenso BeckOK ArbR/Dahm Stand 1. März 2023 MuSchG § 18 Rn. 1; Volk in Brose/Weth/Volk 9. Aufl. MuSchG § 18 Rn. 2; ErfK/Schlachter 23. Aufl. MuSchG § 18 Rn. 1; HWK/C. W. Hergenröder 10. Aufl. § 18 MuSchG Rn. 1*). 30

cc) Grundsätzlich ist hiernach der gesetzlich festgelegte Referenzzeitraum maßgeblich, auch wenn die Frau vor oder nach dem Berechnungszeitraum mehr oder weniger verdient hat (*Volk in Brose/Weth/Volk 9. Aufl. MuSchG § 18 Rn. 75; zu § 11 MuSchG aF Zmarzlik/Zipperer/Viethen/Vieß 9. Aufl. § 11 MuSchG aF*) 31

Rn. 71). Eine gewisse Schwankungsbreite ist jedem Referenzzeitraum und generell der Bildung eines Durchschnitts immanent. Etwas anderes gilt jedoch ausnahmsweise dann, wenn der dreimonatige Bezugszeitraum nicht geeignet ist, den Durchschnittsverdienst abzubilden. Dies wird im Schrifttum ganz überwiegend für Fälle „außergewöhnlich schwankenden Arbeitsverdienstes“ angenommen (zB *BeckOK ArbR/Dahm Stand 1. März 2023 MuSchG § 18 Rn. 16 f.*; *Peppling in HK-MuSchG 6. Aufl. MuSchG § 18 Rn. 38*; *HWK/C. W. Hergenröder 10. Aufl. § 18 MuSchG Rn. 6*; *zu § 11 MuSchG aF Buchner/Becker 8. Aufl. § 11 MuSchG aF Rn. 100*; *Zmarzlik/Zipperer/Viethen/Vieß aaO - jeweils mwN*).

c) Ausgehend hiervon ist einem Fall wie dem vorliegenden auf einen zwölfmonatigen Referenzzeitraum abzustellen. Dies haben die Vorinstanzen zutreffend erkannt. 32

Die Verlängerung des Referenzzeitraums auf ein Jahr ist bereits in den Jahresarbeitszeitmodellen des TV SMK angelegt („saisonale Teilzeit“). Für das „Saisonalitätsmodell KA“, in dem die Klägerin beschäftigt wird, regelt § 4 Abs. 1 TV SMK einen „Jahresarbeitszeitquotienten“ von 83 % im Verhältnis zur tarifvertraglich geregelten Vollzeit. Die Grundvergütung wird in den saisonalen Teilzeitmodellen nach § 2 Abs. 1 Ziff. 1 Buchst. a TV SMK im Verhältnis zur jährlichen Arbeitszeit eines vollzeitbeschäftigten Mitarbeiters gekürzt. Das Arbeitszeitmodell der Klägerin ist also originär auf einen Zwölfmonatszeitraum ausgerichtet. Nach der Präambel des TV SMK wurden die saisonalen Teilzeitmodelle ua. mit Blick auf die starken saisonalen Schwankungen des Flugbetriebs entwickelt. Diese Schwankungen spiegeln sich in der sehr großen Spannbreite der von der Klägerin monatlich erzielten variablen Vergütungsbestandteile wider. Im Jahr vor dem Eintritt der Schwangerschaft differierten diese um fast 900 Euro: Während die Klägerin im Januar 2019 weder Bordverkaufsprovision noch Mehrflugstundenvergütung erhielt, beliefen sich die variablen Vergütungsbestandteile im Mai 2018 auf 893,39 Euro brutto. Die saisonalen Schwankungen zeigen sich zugleich in mehreren Monaten mit hoher und mehreren Monaten mit niedriger variabler Vergütung. Zugleich machen die variablen Bestandteile auf das Jahr betrachtet 33

einen nicht unerheblichen Teil der Gesamtvergütung aus. Im Ergebnis ist der gesetzliche Referenzzeitraum für das saisonale Jahresarbeitszeitmodell der Klägerin damit nicht geeignet, die „durchschnittliche“ Vergütung abzubilden, die zur wirtschaftlichen Absicherung als Mutterschutzlohn nach § 18 Satz 1 MuSchG gezahlt werden soll.

4. Die Beklagte ist darüber hinaus nicht zu einer Quotierung des errechneten Durchschnittsbetrags für die variablen Vergütungsbestandteile iHv. 83 % (entsprechend des Jahresarbeitszeitquotienten) berechtigt. Auch dies haben die Vorinstanzen zutreffend erkannt. Für eine entsprechende Kürzung gibt es keine Rechtsgrundlage. Sie lässt sich nicht aus § 2 Abs. 1 Ziff. 1 Buchst. c TV SMK ableiten, weil es sich beim Mutterschutzlohn - auch soweit ein Teil in den Abrechnungen gesondert als „Pauschale“ ausgewiesen wird - nicht um eine Zulage im tariflichen Sinn handelt. Bei der von der Beklagten selbst gewählten und auch von der Klägerin verwendeten monatsbezogenen Durchschnittsberechnung (Gesamtverdienst im Referenzzeitraum / Anzahl der Monate / (ggf.) 30 Tage) ist eine weitere „Quotierung“ nicht erforderlich. 34

5. Damit standen der Klägerin die mit dem Antrag zu 1. und dem Zahlungsantrag aus der Anschlussberufung geltend gemachten - rechnerisch unstreitigen - Differenzbeträge zu. Das Landesarbeitsgericht hat daher insoweit zu Recht die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und dem weiteren Zahlungsantrag entsprochen. Der offensichtliche Schreibfehler im Urteil des Landesarbeitsgerichts (427,30 Euro anstelle von 427,20 Euro) war von Amts wegen zu berichtigen (§ 319 Abs. 1 ZPO). Für den Monat Oktober 2021 hat das Landesarbeitsgericht zutreffend den geltend gemachten Betrag von 457,20 Euro brutto ausgeteilt. Die Beklagte hat die von ihr selbst ermittelte und im Übrigen geleistete Pauschale von 30,00 Euro nach dem nicht bestrittenen Vortrag der Klägerin in diesem Monat nicht gezahlt. Gründe hierfür sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. 35

II. Nach den vorstehenden Ausführungen (*Rn. 32 ff.*) ist auch der Zwischenfeststellungsantrag begründet. 36

1. Die Klägerin hat während des fortbestehenden Beschäftigungsverbots im Rahmen des zu zahlenden Mutterschutzlohns einen Anspruch auf monatlich 457,20 Euro brutto für die entfallenden variablen Vergütungsbestandteile. Der - rechnerisch unstreitige - Betrag ergibt sich unter Berücksichtigung des in einem Fall wie dem vorliegenden geltenden Referenzzeitraums von zwölf Monaten (*sh. Rn. 32 f.*). Daher ist die Revision der Beklagten auch insoweit unbegründet. 37
2. In diesem Zusammenhang war der Tenor der angefochtenen Entscheidung von Amts wegen zu berichtigen (§ 319 Abs. 1 ZPO). 38
- a) Das Arbeitsgericht hatte unter Ziffer 1. seines Tenors die eingeklagten Differenzbeträge zum Mutterschutzlohn für den Zeitraum Juli 2019 (anteilig) bis August 2021 zugesprochen und unter Ziffer 2. die eingeklagten Differenzbeträge zum Zuschuss zum Mutterschaftsgeld. Mit Ziffer 3. hatte es dem Feststellungsantrag zur Höhe des Mutterschutzlohns für die Zeit ab September 2021 entsprochen. Hiergegen richtete sich die Berufung der Beklagten. Mit ihrer Anschlussberufung hat die Klägerin im Wege der Leistungsklage weitere Differenzbeträge zum Mutterschutzlohn für den Zeitraum von September 2021 bis Februar 2022 geltend gemacht und den Feststellungsantrag zeitlich angepasst. Das Landesarbeitsgericht hat nach Ziffer I. seines Tenors die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und „auf die Anschlussberufung der Klägerin“ die Ziffern 2. und 3. des arbeitsgerichtlichen Urteils neu gefasst. Unter Ziffer 2. (neu) hat es die weiteren Differenzbeträge zum Mutterschutzlohn für September 2021 bis Februar 2022 zugesprochen, Ziffer 3. beinhaltet den zeitlich angepassten Feststellungsantrag. Ziffer 2. des arbeitsgerichtlichen Urteils (Zuschuss zum Mutterschaftsgeld) wäre somit weggefallen. 39
- b) Hierbei handelt es sich um eine offenbare Unrichtigkeit iSv. § 319 Abs. 1 ZPO. Denn nach Ziffer I. des Tenors wurde die Berufung der Beklagten vollständig zurückgewiesen und Ziffer 2. des arbeitsgerichtlichen Urteils auf die Anschlussberufung der Klägerin, also zu ihren Gunsten, abgeändert. Die Abänderungen durch das Landesarbeitsgericht sollten sich demnach nur auf Ziffer 3. des arbeitsgerichtlichen Urteils beziehen (*sh. auch S. 12 des Berufungsurteils unter 3.*). 40



- III. Hinsichtlich des von der Klägerin geltend gemachten höheren Zuschusses zum Mutterschaftsgeld ist die Revision im Sinne der Zurückverweisung begründet. Die bisherigen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts tragen die Höhe der zugesprochenen Forderung nicht. Der Senat kann nicht endentscheiden, da die Berechnungsgrundlagen nicht festgestellt sind (§ 559 Abs. 1 ZPO). Dies führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht, § 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO. 41
1. Nach § 20 Abs. 1 Satz 1 MuSchG hat die Klägerin einen Anspruch auf Zuschuss zum Mutterschaftsgeld. Hiernach erhält eine Frau während ihres bestehenden Beschäftigungsverhältnisses für die Zeit der Schutzfristen vor und nach der Entbindung sowie für den Entbindungstag von ihrem Arbeitgeber einen Zuschuss zum Mutterschaftsgeld. Im Fall der Klägerin war hiernach - dem Grunde nach unstreitig - für die Zeit vom 16. Januar 2020 bis zum 23. April 2020 der Zuschuss zum Mutterschaftsgeld zu leisten. 42
2. Nach § 20 Abs. 1 Satz 2 MuSchG wird als Zuschuss zum Mutterschaftsgeld der Unterschiedsbetrag zwischen 13 Euro und dem um die gesetzlichen Abzüge verminderten durchschnittlichen kalendertäglichen Arbeitsentgelt der letzten drei abgerechneten Kalendermonate vor Beginn der Schutzfrist vor der Entbindung gezahlt. Die Auslegung dieser Vorschrift ergibt, dass unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Jahresarbeitszeitmodells nach dem TV SMK der Referenzzeitraum auf zwölf Monate auszudehnen ist (*sh. Rn. 32 f.*). 43
3. Der Senat kann die Höhe des nach § 20 Abs. 1 MuSchG maßgeblichen Unterschiedsbetrags nicht bestimmen. Zu der im anzuwendenden Referenzzeitraum gezahlten variablen Vergütung sind keine vollständigen Feststellungen getroffen. Ebenso fehlt Vortag zu dem sich ergebenden Nettolohn, der für die Berechnung des Zuschusses maßgeblich ist. Darüber hinaus ist das Landesarbeitsgericht von einem unzutreffenden Referenzzeitraum (Mai 2018 bis April 2019) ausgegangen. Dies führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht, § 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO. 44

- C. Hinsichtlich der zugesprochenen Beträge stehen der Klägerin gesetzliche Zinsen jedenfalls ab den geltend gemachten Zeitpunkten zu. 45
- D. Im fortgesetzten Berufungsverfahren wird das Landesarbeitsgericht auch über die Kosten der Revision zu entscheiden haben. 46

Linck

Biebl

Bubach

Bormann

Abel