
Datum: 21.12.2011
Gericht: Landesarbeitsgericht Köln
Spruchkörper: 8.Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 8 Sa 1328/10
ECLI: ECLI:DE:LAGK:2011:1221.8SA1328.10.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Köln, 6 Ca 2914/09
Schlagworte: Mutterschutz, Beschäftigungsverbot, Durchschnittsverdienst
Normen: § 11 Abs.. 1 S. 1 i. V. m. § 11 Abs. 2 S. 1 MuSchG
Sachgebiet: Arbeitsrecht
Leitsätze:

1. Nach § 11 MuSchG ist einer schwangeren Arbeitnehmerin für die Dauer eines Beschäftigungsverbots grundsätzlich der Verdienst auf der Grundlage der letzten 13 Wochen vor Eintritt in das Beschäftigungsverbot zu gewähren.

2. Dem Zweck der Vorschrift des § 11 MuSchG (zum Zweck der Vorschrift siehe insbesondere BAG, Urteil vom 05.07.1995 – 5 AZR 134/94 – AP Nr. 7 zu § 3 MuSchG 1968), der darin liegt, die Aufrechterhaltung des Lebensstandards zu garantieren, ist nicht entsprochen, wenn sich aus dem zugrundezulegenden Dreimonatszeitraum der Durchschnittsverdienst deshalb nicht korrekt ableiten lässt, weil eine vertraglich vereinbarte Arbeitszeitreduzierung einer Arbeitnehmerin – wie im Streitfall – erst durch sogenannte Teilzeittage eines vollen Jahres ausgeglichen ist und sich daher bei Zugrundelegung des Referenzzeitraums nach § 11 Abs. 1 Satz 1 MuSchG ein vom Durchschnittsverdienst erkennbar abweichender Verdienst ergibt. In einem derartigen Fall ist für den Verdienst während des Beschäftigungsverbots der die gesamte Arbeitszeitreduzierung berücksichtigende Jahreszeitraum vor Beginn der Schwangerschaft zugrundzulegen.

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das Teilurteil des Arbeitsgerichts Köln vom 24.06.2010 – 6 Ca 2914/09 – abgeändert:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 4.560,50 € brutto abzüglich geleisteter 2.805,28 € brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der EZB aus 364,84 € brutto abzüglich geleisteter 283,68 € brutto seit dem 31.10.2008, aus 781,80 € brutto abzüglich geleisteter 472,80 € brutto seit dem 30.11.2008,

aus 807,86 € brutto abzüglich geleisteter 488,56 € brutto seit dem 31.12.2008, aus 807,86 € brutto abzüglich geleisteter 488,56 € brutto seit dem 31.01.2009,

aus 729,68 € brutto abzüglich geleisteter 441,28 € brutto seit dem 28.02.2009, aus 807,86 € brutto abzüglich geleisteter 488,56 € brutto seit dem 31.03.2009 sowie

aus 260,60 € brutto abzüglich geleisteter 141,84 € brutto seit dem 30.04.2009 zu zahlen.

2. Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.

3. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

Die Parteien streiten um die Höhe der geschuldeten Vergütung, die die Beklagte für Zeiten eines Beschäftigungsverbotes an die Klägerin zu zahlen hat.

Für die seinerzeit schwangere Klägerin galt ein Beschäftigungsverbot für die letzten 14 Kalendertage des Monats Oktober 2008, die Monate November und Dezember 2008 sowie Januar bis März 2009 und die ersten 10 Kalendertage des Monats April 2009.

Die Klägerin war für die Beklagte als Flugbegleiterin in Teilzeit zu einem Umfang von 90 % eines vergleichbaren Vollzeitbeschäftigten tätig.

Die Verteilung der Arbeitszeit erfolgt bei der Beklagten für diesen Fall in einem Teilzeitmodell, nach welchem eine Einteilung wie bei einem Vollzeitbeschäftigten erfolgt, und die Reduzierung auf 90 % der Jahresarbeitszeit durch 37 sogenannte Teilzeittage, an denen nicht gearbeitet werden muss, erreicht wird.

Für die Klägerin waren diese 37 Teilzeittage auf die Monate Februar, Juni und November 2008 verteilt.

1

2

3

4

5

6

7

Zur Vergütung der Klägerin gehörten neben der Grundvergütung u.a. Zuschläge für die Arbeit an Sonn- und Feiertagen sowie während der Nachtstunden (Flugzulage), eine sogenannte Flugdienststundenvergütung sowie Funktionszulagen.

Die Beklagte hat die geschuldete Vergütung des Zeitraums des Beschäftigungsverbots nach der durchschnittlichen Vergütung der letzten 13 Wochen vor Beginn der Schwangerschaft der Klägerin ermittelt und hiernach zusätzlich zur geschuldeten Grundvergütung zum Ausgleich variabler Vergütungsbestandteile an die Klägerin nachfolgende Leistungen erbracht: 8

Oktober 2008 283,68 € 9

November 2008 472,80 € 10

Dezember 2008 488,56 € 11

Januar 2009 488,56 € 12

Februar 2009 441,28 € 13

März 2009 488,56 € 14

April 2009 141,84 € 15

Insgesamt 2.805,28 € 16

Die Klägerin macht demgegenüber geltend, dass bedingt durch die lediglich auf drei Monate des Kalenderjahres 2008 verteilten so genannten Teilzeittage sich beim Rückgriff auf den Durchschnittsverdienst der letzten 13 Wochen vor Beginn der Schwangerschaft, keine zutreffende durchschnittliche Vergütung ermitteln lasse. 17

Demzufolge sei auf den Ausgleichszeitraum eines vollen Jahres zurückzugreifen und hiernach ein höherer Ausgleich wie variable Vergütung monatlich geschuldet. 18

Das Arbeitsgericht ist in seinem Urteil vom 24.06.2010 dieser Argumentation der Klägerin nicht gefolgt und hat die Zahlungsansprüche der Klägerin durch Teilurteil vom 24.06.2010 abgewiesen. Es hat dies damit begründet, dass der Referenzzeitraum, aus dem die Durchschnittsvergütung zu ermitteln sei, in § 11 Abs. 1 Satz 1 MuSchG eindeutig festgelegt sei, sodass nur die von der Beklagten gewählte und vollzogene Ermittlung der durchschnittlichen Bezüge der Klägerin für die geltend gemachten Ausgleichszahlungen des Beschäftigungsverbots Berücksichtigung finden könne. 19

Ergänzend wird auf die Begründung des erstinstanzlichen Teilurteils (Bl. 93 bis 95 d. A.) Bezug genommen. 20

Gegen dieses der Klägerin am 05.10.2010 zugestellte Teilurteil erster Instanz wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung vom 02.11.2010, die sie nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 17.01.2010 am 17.01.2010 begründet hat. 21

Die Klägerin vertieft ihre Hinweise dazu, dass sich im Streitfall die geschuldete Vergütung zu den variablen Vergütungsbestandteilen in Bezug auf das für die Klägerin erfolgte Beschäftigungsverbot wegen der Verteilung der 37 Teilzeittage auf lediglich drei Monate eines Kalenderjahres nicht aus dem Referenzzeitraum des § 11 MuSchG zutreffend ermitteln lasse. 22

Die Parteien haben in der mündlichen Verhandlung vom 02.11.2011 unstreitig gestellt, dass dann, wenn für das Beschäftigungsverbot der Klägerin ein anderer Ausgleichszeitraum als der der letzten 13 Wochen vor Beginn der Schwangerschaft insbesondere ein solcher ohne den Anfall sogenannter Teilzeittage gegolten hätte, die Ausgleichszahlungen für die variablen Vergütungsbestandteile monatlich höher ausgefallen wären. 23

Die Parteien haben sodann unstreitig gestellt, dass die variablen Vergütungsanteile zu den Vergütungsteilen Fehlzeitenausgleich Bord, Flugstunden > 93 bzw. > 123 Stunden und individueller Stundensatz Abrechnung 3/2008 sich auf insgesamt 9.512,98 € beliefen, so dass sich unter Berücksichtigung eines von der Klägerin gewählten Ausgleichszeitraum eines Kalenderjahres ein Tagessatz zum Ausgleich variabler Vergütung in Höhe von 26,06 € rechnerisch ermittelt. 24

Diesen Ausgleichsbetrag hat die Klägerin nunmehr durch Erklärung zu Protokoll zum Gegenstand ihres Begehrens des Berufungsverfahrens gemacht. 25

Rechnerisch ergeben sich danach zum Ausgleich der variablen Vergütungsbestandteile nachfolgende Ansprüche, auf die die monatlich erbrachten Leistungen der Beklagten anzurechnen sind: 26

Oktober 2008 364,84 € 27

November 2008 781,80 € 28

Dezember 2008 807,86 € 29

Januar 2009 807,86 € 30

Februar 2009 729,68 € 31

März 2009 807,86 € 32

April 2009 260,60 € 33

zusammen 4.560,60 € 34

Der hierzu zu Protokoll der Sitzung vom 02.11.2011 genommene Betrag in Höhe von 4.495,90 € beruht auf einem Rechenfehler. 35

Damit macht die Klägerin, die das Berufungsverfahren durch Erklärung zu Protokoll der Sitzung zu einem geschuldeten Tagessatz von 26,06 € weiterverfolgt, nunmehr folgenden Antrag geltend: 36

Auf die Berufung der Klägerin, das Teilurteil des Arbeitsgerichts Köln vom 24.06.2010 – 6 Ca 27 2914/09 – dahingehend abzuändern,

dass die Beklagte verurteilt wird, an die Klägerin 4.560,05 € brutto abzüglich geleisteter 38
2.805,28 € brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der EZB, aus 364,84 € brutto abzüglich gezahlter 283,68 € brutto seit dem 31.10.2008, aus 781,80 € brutto abzüglich geleisteter 472,80 € brutto seit dem 30.11.2008, aus 807,86 € brutto abzüglich geleisteter 488,56 € brutto seit dem 31.12.2008, aus 807,86 € brutto abzüglich geleisteter 488,56 € brutto seit dem 31.01.2009, aus 729,68 € brutto abzüglich geleisteter 141,28 € brutto seit dem 28.02.2009, aus 807,86 € brutto abzüglich geleisteter

488,56 € brutto seit dem 31.03.2009 sowie aus 260,60 € brutto abzüglich geleisteter 141,84 € brutto seit dem 30.04.2009 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt, 39

die Berufung zurückzuweisen. 40

Die Beklagte verteidigt unter Vertiefung ihres Sachvortrags das Urteil erster Instanz und vertritt den Standpunkt, dass unter Zugrundelegung des korrekten Ausgleichszeitraums von 13 Wochen vor Beginn der Schwangerschaft die von der Beklagten ermittelten Ausgleichszahlungen korrekt errechnet und zur Auszahlung gelangt seien, sodass der Klägerin weitergehende Ansprüche gegenüber der Beklagten nicht zustünden. 41
42

Die Parteien haben ihre weitergehenden Streitfragen zu den erstinstanzlich noch anhängigen Ansprüchen betreffend den Antrag zu 4) aus dem Urteil erster Instanz durch Teilvergleich beigelegt. Hierzu wird auf die Sitzungsniederschrift vom 02.11.2011 Bl. 375 d.A. verwiesen. 43

Wegen des sonstigen Sach- und Streitstandes wird auf den vorgetragenen Inhalt der Akten sowie die gewechselten Schriftsätze beider Instanzen, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind, Bezug genommen. 44

Entscheidungsgründe 45

I. Die Berufung ist zulässig. 46

Die Klägerin hat gegen das ihr am 05.10.2010 zugestellte Urteil erster Instanz fristwährend am 02.11.2010 Berufung eingelegt und die Berufung sodann nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 17.01.2011 fristwährend am 17.01.2011 begründet. Die Berufung der Klägerin erfüllt damit die Voraussetzungen an ordnungsgemäß eingelegtes und begründetes Rechtsmittel. 47

II. Die Berufung ist mit dem zu Protokoll der Kammersitzung vom 02.11.2011 klargestellten Berufungsbegehren begründet. 48

1. Die Klägerin hat unter Berücksichtigung der insoweit unstreitig gestellten Berechnung eines Durchschnittsverdienstes für das letzte Kalenderjahr vor Beginn der Schwangerschaft durch die Klarstellung zu Protokoll vom 02.11.2011 geltend gemacht, dass sie einen kalendertäglichen Ausgleich für variable Vergütungsbestandteile des Gesamtzeitraums des Beschäftigungsverbots von 26,06 € kalendertäglich begehrt. 49

Damit ist die zu Protokoll genommene Bezifferung der Reduzierung ihres Begehrens auf 4.495,90 € für die zu treffende Entscheidung nicht verbindlich, weil sich rechnerisch unter korrekter Berechnung des geltend gemachten weiterverfolgten Anspruchs eines Ausgleichs von 26,06 € kalendertäglich ein Gesamtbetrag in Höhe von 4.560,50 € ergibt. 50

2. Diesem weiterverfolgten Anspruch des Berufungsverfahrens war zu entsprechen. 51

a) Dieser Anspruch ergibt sich für die Klägerin unter zutreffender Anwendung der einschlägigen Vorschriften, die für einen Vergütungsausgleich eines Beschäftigungsverbots in § 11 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 11 Abs. 2 Satz 1 MuSchG geregelt sind. 52

53

Danach ist einer schwangeren Arbeitnehmerin für die Dauer eines Beschäftigungsverbots zwar grundsätzlich der Verdienst auf der Grundlage der letzten 13 Wochen vor Eintritt in das Beschäftigungsverbot zu gewähren. Allerdings beschreibt § 11 Abs. 1 S. 2 MuSchG, dass Verdienstkürzungen, die im Berechnungszeitraum u. a. infolge unverschuldeter Arbeitsversäumnis eintreten, für die Berechnung des Durchschnittsverdienstes außer Betracht zu bleiben haben.

Eine derartige Fallkonstellation liegt im Ergebnis dadurch vor, dass die Klägerin in den Zeiträumen ihres für das Beschäftigungsverbot einschlägigen 13-Wochen-Zeitraums durch die Verteilung der so genannten Teilzeittage auf nur drei Kalendermonate des Kalenderjahres 2008 einen unterdurchschnittlichen Durchschnittsverdienst erzielt hat. Berücksichtigt man daher - wie von der Beklagten erfolgt - diesen Zeitraum, so wird dem Zweck der Vorschrift des § 11 MuSchG nicht entsprochen, der darin liegt, zur Sicherung des Arbeitseinkommens die Aufrechterhaltung des Lebensstandards, für die Frau zu garantieren, die einem Beschäftigungsverbot unterliegt (zum Zweck der Vorschrift siehe insbesondere BAG, Urteil vom 05.07.1995 – 5 AZR 135/94 -, AP Nr. 7 zu § 3 MuSchG 1968).

Zur Ermittlung des Verdienstes des Beschäftigungsverbotes muss daher auf einen Zeitraum abgestellt werden, der unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles geeignet ist, einen tatsächlichen Durchschnittsverdienst zu ermitteln.

Dies aber lässt sich aus einem Dreimonatszeitraum nicht ableiten, wenn die Arbeitszeitreduzierung eines Arbeitnehmers wie des Arbeitsvertrages der Klägerin erst durch sogenannte Teilzeittage in einem vollen Kalenderjahr ausgeglichen ist.

Damit macht die Klägerin zutreffend geltend, dass für ihr Beschäftigungsverbot in Bezug auf die geschuldeten Anteile variabler Vergütung der Jahreszeitraum vor Beginn der Schwangerschaft zugrunde zu legen ist.

b) Die Parteien haben unstreitig gestellt, dass bei Zugrundelegung dieses Jahreszeitraums sich kalendertäglich für die variable Vergütung ein geschuldeter Betrag in Höhe von 26,06 € täglich ergibt.

Dies ist der Teil der variablen Vergütung, welcher der Klägerin kalendertäglich während des Beschäftigungsverbots geschuldet war.

Hiernach ergeben sich die geltend gemachten Nachzahlungsansprüche an die Klägerin wie geltend gemacht für den Monat Oktober 2008 mit 364,84 €, für November 2008 mit 781,80 €, für Dezember 2008 mit 807,86 €, für Januar 2009 mit 807,86 €, für Februar 2009 mit 729,68 €, für März 2009 mit 807,26 € und für April 2009 mit 260,60 €, jeweils brutto. Anzurechnen sind hierauf die Zahlungen der Beklagten für Oktober 2008 mit 283,68 € brutto, für November 2008 mit 472,80 € brutto, für Dezember 2008 mit 488,56 € brutto, für Januar 2009 mit 488, 56 € brutto, für Februar 2009 mit 441,28 € brutto, für März 2009 mit 488,56 € brutto und für April 2009 mit 141,00 € brutto.

Damit war auf den zuletzt gestellten Antrag der Klägerin zu Protokoll der Sitzung vom 02.11.2011 unter Abänderung des Teilurteils erster Instanz die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 4.560,50 € brutto abzüglich geleisteter 3.805,28 € brutto zu zahlen.

3. Die monatlich geschuldeten Nachzahlungsbeträge waren für die jeweilige monatliche Differenz zwischen gezahlter und geschuldeter Vergütung zu verzinsen. Der geltend gemachte Zinsanspruch ergibt sich der Höhe nach aus §§ 291, 288 BGB.

III. Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte, § 91 ZPO.	63
IV. Die Entscheidung des Rechtsstreits beruht auf den Umständen des Einzelfalles. Der Rechtsstreit hat keine grundsätzliche Bedeutung. Die Kammer hat aus diesen Gründen die Revision nicht zugelassen.	64
<u>Rechtsmittelbelehrung</u>	65
Gegen dieses Urteil ist für die Beklagte ein Rechtsmittel nicht zugelassen.	66
Wegen der Möglichkeit der Nichtzulassungsbeschwerde wird auf § 72a ArbGG verwiesen.	67
Jüngst Piechowski Spielberg	68
