
Datum: 28.08.2024
Gericht: Landesarbeitsgericht Köln
Spruchkörper: 5. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 5 SLa 45/24
ECLI: ECLI:DE:LAGK:2024:0828.5SLA45.24.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Köln, 12 Ca 2990/23
Nachinstanz: Bundesarbeitsgericht, 5 AZR 286/24
Schlagworte: Mutterschutzlohn – Zuschuss zum Mutterschaftsgeld –
Bestimmung der Höhe des Anspruchs – Bestimmung des
Referenzzeitraumes
Normen: §§ 18, 20, 21 MuSchG
Sachgebiet: Arbeitsrecht
Leitsätze:

1. Für die Ermittlung des durchschnittlichen Arbeitsentgelts (§ 21 MuSchG) kommt es auf die letzten abgerechneten Monate unmittelbar vor dem Beginn der Schwangerschaft (Mutterschutzlohn) bzw. unmittelbar vor Beginn der Schutzfrist (Zuschuss zum Mutterschaftsgeld) an. Dies gilt unabhängig davon, ob der Referenzzeitraum drei oder 12 Monate beträgt.

2. Der Wortlaut der Vorschriften (§ 18 Satz 2 MuSchG, § 20 Abs. 1 Satz 2 MuSchG) sieht ausnahmslos einen dreimonatigen Referenzzeitraum vor. Dieser ist regelmäßig auch bei schwankender Vergütungshöhe maßgeblich (BAG 31.05.2023 – 5 AZR 305/22 – Rn. 28). Das Abstellen auf 12 Monate kann nur ausnahmsweise erfolgen. Voraussetzung ist eine „saisonal stark schwankende variable Vergütung“ (BAG 31.05.2023 – 5 AZR 305/22 – Rn. 26 und 32).

3. Für Flugbegleiterinnen, die in den Sommermonaten ein relativ hohes und in den Wintermonaten ein relativ geringes variables Einkommen (Mehrflugstundenvergütung und Bordverkaufsprovision) erzielen, ist unabhängig von tatsächlichen Schwankungen ein dreimonatiger Referenzzeitraum zugrunde zu

legen, wenn ein Tarifvertrag zur Anwendung kommt, der das Ziel verfolgt, durch Pauschalzahlungen in den Wintermonaten eine möglichst durchgehende gleichmäßige variable Vergütung sicherzustellen.

Tenor:

I. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Köln vom 24.01.2024 – 12 Ca 2990/23 – wird zurückgewiesen.

II. Auf die Anschlussberufung der Klägerin wird die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 2.800 EUR brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus jeweils 400 EUR seit dem 01.02.2024, 01.03.2024, 02.04.2024, 02.05.2024, 03.06.2024, 01.07.2024 und 01.08.2024, zu zahlen.

III. Ziffer 3 des Urteils des Arbeitsgerichts Köln vom 24.01.2024 – 12 Ca 2990/23 – wird wie folgt neu gefasst:

Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, an die Klägerin ab dem 01.08.2024 für die Dauer des Beschäftigungsverbots der Stillzeit einen Betrag in Höhe von 400 EUR brutto als „Tg Mehrarbeitspauschale“ zu zahlen.

IV. Im Übrigen werden die Berufung der Klägerin und ihre Anschlussberufung zurückgewiesen.

V. Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Beklagte.

VI. Die Revision wird für die Beklagte zugelassen. Für die Klägerin wird die Revision nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Höhe des Mutterschutzlohnes und des Zuschusses zum Mutterschutzlohn für die variable Vergütung der Klägerin. Darüber hinaus macht die Klägerin eine Entschädigung geltend. 1

Die am 1991 geborene Klägerin ist seit Januar 2017 als Flugbegleiterin bei der Beklagten tätig. Auf das Arbeitsverhältnis finden die für die Beklagte maßgeblichen Tarifverträge aufgrund einzelvertraglicher Bezugnahme Anwendung. 2

Die Klägerin 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. Sie wird in den Sommermonaten mit der vollen Arbeitszeit (100%) und in den Wintermonaten mit einem Jahresarbeitszeitquotienten von 66 % eingesetzt. 3

Die Vergütung der Klägerin besteht aus festen Anteilen (Grundgehalt, Schichtzulage, Zuschuss Jobticket), Sonderzahlungen und variablen Entgeltbestandteilen 4

5

(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. Für die Wintermonate November bis Februar sieht der „Tarifvertrag zur Überleitung der Saisonalitätsmodelle für die Mitarbeiter der Kabine der 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“).

Die Klägerin war vom 28.05.2019 bis zum 30.07.2019 und an weiteren sechs Tagen im August 2019 arbeitsunfähig erkrankt. Von März 2020 bis zum März 2022 befand sie sich in Kurzarbeit. Im Februar 2022 wurde die Klägerin schwanger. Als Geburtstermin wurde der 26.11.2022 errechnet. Die Klägerin entband am 06.12.2022. Wegen der Schwangerschaft bestand ab dem 06.04.2022 ein Beschäftigungsverbot. Der Mutterschutz währte vom 15.10.2022 bis zum 31.01.2023. Seither gilt für die Klägerin ein Beschäftigungsverbot, weil sich die Klägerin in Stillzeit befindet.

Die Klägerin erhielt im Zeitraum von Februar 2021 bis Januar 2022 unter Einbeziehung der Winterzulage variable Vergütung in der folgenden Höhe:

| Monat | Provision /Verkauf OBD | MF Sth. | Winterzulage |
|--------|---------------------------|---------|--------------|
| Feb 21 | 0,00 € | 0,00 € | 153,31 € |
| Mrz 21 | 0,00 € | 0,00 € | 0,00 € |
| Apr 21 | 0,00 € | 0,00 € | 0,00 € |
| Mai 21 | 0,00 € | 0,00 € | 0,00 € |
| Jun 21 | 0,00 € | 0,00 € | 0,00 € |
| Jul 21 | 0,00 € | 0,00 € | 0,00 € |
| Aug 21 | 5,68 € | 0,00 € | 0,00 € |
| Sep 21 | 4,88 € | 0,00 € | 0,00 € |
| Okt 21 | 11,69 € | 0,00 € | 0,00 € |
| Nov 21 | 2,46 € | 0,00 € | 338,51 € |
| Dez 21 | 1,13 € | 0,00 € | 350,23 € |

| | | | |
|--------|--------|--------|----------|
| Jan 22 | 0,00 € | 0.00 € | 350,57 € |
|--------|--------|--------|----------|

Die Beklagte zahlte der Klägerin ab dem 06.04.2022 Mutterschutzlohn. Sie errechnete den ausgezahlten Betrag aus dem Grundgehalt und der steuerpflichtigen Schichtzulage und einer sog. „TG Mehrarb. Pauschale“. Im Hinblick auf die variable Vergütung ermittelte sie einen Anspruch der Klägerin i H v 0,04 EUR täglich bzw. 1,20 EUR monatlich. Die Klägerin errechnete einen täglichen Anspruch i H v 13,37 EUR. 9

Die Beklagte zahlte der Klägerin einen Zuschuss zum Mutterschaftsgeld i H v 36,45 EUR netto täglich für die Zeit vom 15. bis zum 31. Oktober 2022 und i H v 44,14 EUR täglich netto für die Zeit von November 2022 bis Januar 2023. Die Klägerin errechnete für den gesamten Zeitraum einen Anspruch i H v 46,23 EUR netto täglich. Wegen der Einzelheiten der Berechnung wird auf die Klageschrift Bezug genommen. 10

Die Beklagte hat im Berufungsverfahren darauf verwiesen, dass der zum damaligen Zeitpunkt bis Dezember 2023 geltend gemachte Anspruch der Klägerin auf Mutterschutzlohn zwar nicht in der geltend gemachten Höhe von 6.920 EUR, wohl aber in 11

i H v 5.039,49 EUR berechtigt sei. Sie hat diesen Betrag nicht in Erfüllungsabsicht an die Klägerin ausbezahlt. 12

Mit ihrer Klage macht die Klägerin neben einem Entschädigungsanspruch zusätzlichen Mutterschutzlohn für den Zeitraum April 2022 bis Juli 2024 und einen zusätzlichen Zuschuss zum Mutterschaftsgeld für den Zeitraum vom 15.10.2022 bis zum 31.01.2023 geltend. Wegen der Höhe der geltend gemachten Ansprüche wird auf den Akteninhalt Bezug genommen. 13

Mit Schriftsatz vom 21.08.2024 hat die Beklagte hilfsweise für den Fall, dass ihre Berufung zurückgewiesen und der Anschlussberufung (teilweise) stattgegeben wird, die Aufrechnung mit einem Anspruch i H v 400 EUR erklärt. Hierzu hat sie ausgeführt, der Betrag beruhe auf der im Februar 2023 während des Beschäftigungsverbots außerhalb der Schutzfristen gezahlten Winterzulage i H v 400 EUR. 14

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, maßgeblich sei für beide Ansprüche ein Referenzzeitraum von drei Monaten. Die Entscheidung des BAG vom 31.05.2023 – 5 AZR 305/22 – sei zu einem nicht vergleichbaren Sachverhalt ergangen. Dies folge daraus, dass der Tarifvertrag in dem Fall, der der Entscheidung des BAG zugrunde liege, noch nicht abgeschlossen worden sei. 15

Die Klägerin hat beantragt, 16

1. die Beklagte zu verurteilen, an sie einen Betrag in Höhe von € 6.920,00 brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz auf einen Betrag i. H. v. € 333,33 seit dem 01.05.2022, auf einen Betrag i. H. v. € 400,00 seit dem 01.06.2022, auf einen Betrag i. H. v. € 400,00 seit dem 01.07.2022 auf einen Betrag i. H. v. € 400,00 seit dem 01.08.2022, auf einen Betrag i. H. v. € 400,00 seit dem 01.09.2022, auf einen Betrag i. H. v. € 400,00 seit dem 01.10.2022, auf einen Betrag i. H. v. € 186,67 seit dem 01.11.2022, auf einen Betrag i. H. v. € 400,00 seit dem 01.03.2023, auf einen Betrag i. H. v. € 400,00 seit dem 01.04.2023, auf einen Betrag i. H. v. € 400,00 seit dem 01.05.2023, auf einen Betrag i. H. v. € 400,00 seit dem 01.06.2023, auf einen Betrag i. H. v. € 400,00 seit dem 01.07.2023, auf einen Betrag i. H. v. € 400,00 seit dem 01.08.2023, auf einen Betrag i. H. v. € 400,00 seit dem 01.09.2023, auf einen Betrag i. H. v. € 400,00 seit dem 01.10.2023, 17

| | |
|---|----|
| auf einen Betrag i. H. v. € 400,00 seit dem 01.11.2023, auf einen Betrag i. H. v. € 400,00 seit dem 01.12.2023 und auf einen Betrag i. H. v. € 400,00 seit dem 01.01.2024, zu zahlen; | |
| 2. die Beklagte zu verurteilen, an sie fehlenden Zuschuss zum Mutterschaftsgeld in Höhe von € 358,54 netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz auf einen Betrag i. H. v. € 166,26 seit dem 01.11.2022, auf einen Betrag i. H. v. € 62,70 seit dem 01.12.2022, auf einen Betrag i. H. v. € 64,79 seit dem 01.01.2023 und auf einen Betrag i. H. v. € 64,79 seit dem 01.02.2023 zu zahlen; | 18 |
| 3. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, an sie ab dem 01.01.2024 für die Dauer des Beschäftigungsverbots der Stillzeit einen Betrag in Höhe von € 400,00 brutto monatlich als Tg Mehrarbeitspauschale zu zahlen; | 19 |
| 4. die Beklagte zu verurteilen, an sie eine Entschädigung, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, einen Betrag von € 500,00 aber nicht unterschreiten sollte, nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 01.06.2023 zu zahlen. | 20 |
| Die Beklagte hat beantragt, | 22 |
| die Klage abzuweisen. | 23 |
| Sie hat geltend gemacht, sowohl für den Mutterschutzlohn als auch den Zuschuss zum Mutterschaftsgeld sei auf die letzten 12 Monate vor Einführung der Kurzarbeit abzustellen. | 24 |
| Das Arbeitsgericht hat der Klage überwiegend stattgegeben. Abgewiesen hat es lediglich den auf Zahlung einer Entschädigung gerichteten Antrag zu 4. Gegen das Urteil haben beide Parteien Berufung eingelegt. Die Klägerin hat mit der Berufungserwiderung zudem ihre Klage in Bezug auf den Mutterschutzlohn bis Juli 2024 erweitert. | 25 |
| Die Beklagte ist weiterhin der Auffassung, dass sich aus der Entscheidung des BAG ein zwölfmonatiger Berechnungszeitraum ergebe. Als maßgebliches Kriterium für eine Verlängerung des Referenzzeitraums habe der 5. Senat die Beschäftigung in einem Jahresarbeitszeitmodell angesehen. Bei der Klägerin sei es vor der Schwangerschaft auch tatsächlich zu erheblichen Schwankungen der variablen Vergütung gekommen. Zu berücksichtigen sei, dass es unterschiedliche Arbeitszeitregelungen gäbe. Die Klägerin sei im Modell SMK KA tätig und erhalte 400 EUR als Winterzulage. Dagegen erhielten Mitarbeiter, die im Modell SMK B seien, lediglich 266,67 EUR monatlich. | 26 |
| Die Beklagte beantragt sinngemäß, | 27 |
| das Urteil des Arbeitsgerichts Köln vom 24.01.2024 – 12 Ca 2990/23 – teilweise abzuändern und die Klage insgesamt abzuweisen. | 28 |
| Die Klägerin beantragt sinngemäß, | 29 |
| 1. die Berufung der Beklagten zurückzuweisen; | 30 |
| 2. das Urteil des Arbeitsgerichts Köln vom 24.01.2024 – 12 Ca 2990/23 – teilweise abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, an sie eine Entschädigung, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, einen Betrag von € 500,00 aber nicht unterschreiten sollte, nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit | 31 |

dem 01.07.2024 zu zahlen;

3. die Beklagte zu verurteilen, an sie einen weiteren Betrag in Höhe von € 2.800,00 brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz auf einen Betrag in Höhe von € 400,00 seit dem 01.02.2024, auf einen Betrag in Höhe von € 400,00 seit dem 01.03.2024, auf einen Betrag in Höhe von € 400,00 seit dem 01.04.2024, auf einen Betrag in Höhe von € 400,00 seit dem 01.05.2024, auf einen Betrag in Höhe von € 400,00 seit dem 01.06.2024, auf einen Betrag in Höhe von € 400,00 seit dem 01.07.2024 und auf einen Betrag in Höhe von € 400,00 seit dem 01.08.2024,

zu zahlen; 33

4 festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, an sie ab dem 01.08.2024 für die Dauer des Beschäftigungsverbots der Stillzeit einen Betrag in Höhe von € 400,00 brutto monatlich als Tg Mehrarbeitspauschale zu zahlen. 34

Die Beklagte beantragt, 35

die Berufung und die Anschlussberufung der Klägerin zurückzuweisen. 36

Die Klägerin hält an ihrer Auffassung fest, dass der Referenzzeitraum drei Monate betrage. Sie habe eine weitere Diskriminierung wegen ihres Geschlechts erfahren. Diese ergebe sich daraus, dass die Beklagte noch nicht einmal den von ihr als zutreffend angesehen Betrag an sie ausbezahlt habe. 37

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streits Tatbestandes wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils, die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze, die eingereichten Unterlagen sowie die Sitzungsniederschriften Bezug genommen. 38

Entscheidungsgründe: 39

Die Berufung der Beklagten ist unbegründet. Die von der Klägerin gegen die Abweisung ihres Antrags auf Zahlung einer Entschädigung eingelegte Berufung ist unzulässig. Dagegen ist ihre Anschlussberufung begründet. Danach hat die Klage mit allen Anträgen außer dem Entschädigungsantrag Erfolg. 40

A. Die Berufung der Beklagten ist zulässig. 41

Sie ist gemäß § 64 Abs. 1 und Abs. 2 ArbGG statthaft und wurde gemäß §§ 66 Abs. 1 Satz 1, 64 Abs. 6 Satz 1 und 5 ArbGG, §§ 519 und 520 ZPO frist- und formgerecht eingelegt und begründet. 42

B. Die Berufung der Klägerin ist unzulässig. Zulässig ist dagegen ihre Anschlussberufung. 43

I. Die Berufung der Klägerin, mit der sie sich gegen die Abweisung ihres auf Zahlung einer Entschädigung gerichteten Antrags wendet, ist unzulässig, weil ihre Beschwerde nur 500 EUR und damit nicht mehr als 600 EUR beträgt (§ 64 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG). 44

II. Die Anschlussberufung der Klägerin ist zulässig. 45

Die Erweiterung der Klage in der Berufungsinstanz war für die Klägerin als Berufungsbeklagte wegen der Unzulässigkeit der eigenen Berufung nur im Wege der 46

Anschlussberufung möglich. Damit ist die Klageerweiterung als Anschlussberufung auszulegen, auch wenn sie nicht als solche bezeichnet ist (BAG 21.08.2019 – 7 AZR 563/17 – Rn. 66).

Nach § 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO iVm. § 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG ist eine Anschlussberufung bis zum Ablauf der dem Berufungsbeklagten gesetzten Frist zur Berufungserwiderung zulässig. Im arbeitsgerichtlichen Verfahren wird zwar - anders als nach § 521 Abs. 2 Satz 1 ZPO - dem Berufungsbeklagten vom Gericht keine Frist zur Berufungserwiderung „gesetzt“; vielmehr gilt für die Berufungsbeantwortung die durch § 66 Abs. 1 Satz 3 ArbGG bestimmte gesetzliche Frist. Gleichwohl ist § 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO gemäß § 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG entsprechend anwendbar. Eine Anschlussberufung, die nicht innerhalb eines Monats nach Zustellung der Berufungsbegründung - bei Verlängerung der Berufungsbeantwortungsfrist nach § 66 Abs. 1 Satz 5 ArbGG innerhalb der dann geltenden Frist eingeht, ist entsprechend § 522 Abs. 1 ZPO als unzulässig zu verwerfen, wenn das Berufungsgericht mit der Zustellung der Berufungsbegründung den nach § 66 Abs. 1 Satz 4 ArbGG gebotenen Hinweis auf die Berufungsbeantwortungsfrist erteilt hat. Nach § 524 Abs. 3 Satz 1 ZPO muss die Anschlussberufung in der Anschlussschrift begründet werden (BAG 21.08.2019 – 7 AZR 563/17 – Rn. 67). 47

Danach ist die Anschlussberufung zulässig. Die Klageerweiterung ist fristgerecht mit der Berufungserwiderung am 04.06.2023 beim Landesarbeitsgericht eingegangen und gleichzeitig begründet worden. 48

C. Die Berufung der Beklagten ist unbegründet. Die Anschlussberufung der Klägerin ist begründet. Das Arbeitsgericht hat zu Recht und mit zutreffender Begründung angenommen, dass es für die Höhe des Mutterschutzlohns auf das durchschnittliche Arbeitsentgelt in den Monaten November 2021 bis Januar 2022 und für den Zuschuss zum Mutterschutzlohn auf das durchschnittliche Arbeitsentgelt in den Monaten Juli 2022 bis September 2022 ankommt. In beiden Fällen beträgt der Referenzzeitraum drei und nicht 12 Monate. Eine zeitliche Verlagerung des Referenzzeitraums auf die Zeit vor Einführung der Kurzarbeit ist nicht angezeigt. 49

I. Die Klägerin hat einen Anspruch gegen die Beklagte auf Zahlung von Mutterschaftslohn für den Zeitraum April 2022 bis Juli 2024 (§ 18 Satz 1 MuSchG) und eines Zuschusses zum Mutterschutzlohn für den Zeitraum vom 15.10.2022 bis zum 31.01.2023 (§ 20 Abs. 1 Satz 1 MuSchG) in der eingeklagten Höhe. 50

1. Die Ansprüche bestehen – worüber zwischen den Parteien kein Streit besteht - dem Grunde nach. 51

a) Für den Mutterschaftslohn folgt dies aus § 18 Satz 1 MuSchG. Danach 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 (BAG 31.05.2023 – 5 AZR 305/22 – Rn. 21). 52

Diese Voraussetzungen liegen vor. Die Klägerin wurde vom 06. April 2022 bis zum 14. Oktober 2022 aufgrund eines schwangerschaftsbedingten Beschäftigungsverbots und seit dem 01. Februar 2023 aufgrund eines betrieblichen Beschäftigungsverbots wegen der 53

Stillzeit nicht beschäftigt. Anderweitige Umstände, die zu einem Entfallen ihrer Vergütungsansprüche in diesen Zeiträumen hätten führen können, sind nicht gegeben. Sie sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.

b) Die Klägerin hat dem Grunde nach einen Anspruch auf Zuschuss zum Mutterschaftsgeld aus § 20 Abs. 1 Satz 1 MuSchG. 54

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 ist für die Zeit vom 15. Oktober 2022 bis zum 31. Januar 2023 der Zuschuss zum Mutterschaftsgeld zu leisten. 55

2. Die Klägerin kann den Mutterschutzlohn und den Zuschuss zum Mutterschaftsgeld in der von ihr errechneten Höhe beanspruchen. 56

Die Höhe der Ansprüche ist zu ermitteln, in dem in einem ersten Schritt der Berechnungszeitraum (auch als Referenzzeitraum bezeichnet) gemäß § 21 Abs. 1 MuSchG festgelegt wird. Im zweiten Schritt ist zu ermitteln, welches Arbeitsentgelt die Arbeitnehmerin im Bemessungszeitraum erzielt hat. Dabei ist nicht nur auf das tatsächlich erhaltene Arbeitsentgelt abzustellen. 57

a) Im Streitfall kommt es für die Höhe des Mutterschutzlohns auf das durchschnittliche Arbeitsentgelt in den Monaten November 2021 bis Januar 2022 und für den Zuschuss zum Mutterschutzlohn auf das durchschnittliche Arbeitsentgelt in den Monaten Juli 2022 bis September 2022 an. 58

(aa) Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass es für die Ermittlung des durchschnittlichen Arbeitsentgelts (§ 21 MuSchG) auf die letzten abgerechneten Monate unmittelbar vor dem Beginn der Schwangerschaft (Mutterschutzlohn) bzw. unmittelbar vor Beginn der Schutzfrist (Zuschuss zum Mutterschaftsgeld) ankommt. Dies gilt unabhängig davon, ob der Referenzzeitraum drei oder 12 Monate beträgt. 59

Ausnahmen von dem Unmittelbarkeitsgrundsatz sieht das Gesetz nicht vor. Eine Veränderung der Dauer und/oder der Lage des Bemessungszeitraums findet nach der in § 21 MuSchG getroffenen Regelung nicht statt. Vielmehr werden gemäß § 21 Abs. 1 Satz 1 MuSchG innerhalb des Berechnungszeitraums Fehlzeiten, in denen unverschuldet gar kein Arbeitsentgelt erzielt worden ist, bei der Ermittlung des durchschnittlichen Arbeitsentgelts nicht berücksichtigt. Ist der Arbeitnehmerin im Bemessungszeitraum beispielsweise 10 Tage unbezahlter Sonderurlaub gewährt worden, ist der für die drei Monate ermittelte Gesamtverdienst nicht durch 90, sondern durch 80 zu teilen, um das tägliche Entgelt zu ermitteln (ErfK/Schlachter § 21 MuSchG Rn. 2; NK-GA/Boecken § 21 MuSchG Rn. 14). Hat die Frau infolge unverschuldeter Fehlzeiten ein verringertes Arbeitsentgelt erhalten, verringern sich die zu berücksichtigenden Tage nicht. Vielmehr bleibt die Kürzung bei der Ermittlung des durchschnittlichen Arbeitsentgelts unberücksichtigt, wenn einer der Tatbestände des § 21 Abs. 2 MuSchG gegeben ist. Ist zum Beispiel wegen Kurzarbeit eine Kürzung des Arbeitsentgelts erfolgt, ist die Vergütung zu ermitteln, die ohne die Kurzarbeit angefallen wäre (Rancke/Pepping/Pepping § 21 MuSchG Rn. 2, 9 ff.; ErfK/Schlachter § 21 MuSchG Rn. 2; NK-GA/Boecken § 21 MuSchG Rn. 14). 60

(bb) Der Referenzzeitraum beträgt drei Monate. Für die Höhe der Ansprüche der Klägerin kommt es auf den durchschnittlichen Verdienst in den letzten drei Monaten vor Eintritt der Schwangerschaft bzw. in den letzten drei Monaten vor Beginn der Schutzfrist an. 61

Eine Verlängerung des Berechnungszeitraums auf 12 Monate ist nicht angezeigt.

Zur Begründung ist zunächst darauf hinzuweisen, dass der Wortlaut der Vorschriften (§ 18 Satz 2 MuSchG, § 20 Abs. 1 Satz 2 MuSchG) ausnahmslos einen dreimonatigen Referenzzeitraum vorsieht. Dies gilt grundsätzlich auch bei schwankender Vergütungshöhe (BAG 31.05.2023 – 5 AZR 305/22 – Rn. 28). Das Abstellen auf 12 Monate kann nur ausnahmsweise erfolgen. Voraussetzung ist eine „saisonal stark schwankende variable Vergütung“ (BAG 31.05.2023 – 5 AZR 305/22 – Rn. 26 und 32). In einem solchen Fall kann sich ergeben, dass ein dreimonatiger Referenzzeitraum dem Sinn und Zweck der Regelungen nicht mehr gerecht wird. Dieser besteht darin, der Frau einen möglichst gleichbleibenden Verdienst sicherzustellen. Arbeitgeber sollen in die Lage versetzt werden, die Ansprüche ihrer Mitarbeiterinnen schnell und unkompliziert zu ermitteln (vgl. BAG 31.05.2023 – 5 AZR 305/22 – Rn. 29).

Im vorliegenden Fall ist eine „saisonal stark schwankende variable Vergütung“ nicht gegeben. Dem steht nicht entgegen, dass das BAG in einem die Beklagte betreffenden Verfahren einen Referenzzeitraum von 12 Monaten zugrunde gelegt hat (BAG 31.05.2023 – 5 AZR 305/22). Die Sachverhalte beider Verfahren unterscheiden sich erheblich. In dem vom BAG zu beurteilenden Sachverhalt lag noch kein Tarifvertrag, der die Zahlung einer Winterzulage vorsieht, vor. Hierauf hat das BAG in dem Tatbestand des Urteils ausdrücklich hingewiesen (BAG 31.05.2023 – 5 AZR 305/22 – Rn.

2).

Nach Auffassung der Kammer hat die Vereinbarung des Tarifvertrages zur Folge, dass nunmehr entsprechend der gesetzlichen Regelung auf einen dreimonatigen Referenzzeitraum abzustellen ist. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Klägerin im Jahr vor dem Eintritt der Schwangerschaft bzw. in dem Jahr vor dem Beginn der Schutzfrist tatsächlich eine saisonal stark schwankende variable Vergütung erzielt hat. Aufgrund der tariflichen Regelungen ist in einer Pauschalbetrachtung für alle Arbeitnehmerinnen anzunehmen, dass die variable Vergütung keinen erheblichen Schwankungen unterlegen ist.

Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, dass die Tarifvertragsparteien dasselbe Ziel wie der Gesetzgeber verfolgen. Sie haben in Ausübung ihrer Tarifautonomie eine Pauschalregelung für die Wintermonate getroffen. Dabei sind sie davon ausgegangen, dass die Arbeitnehmerinnen in den anderen Monaten durchschnittlich eine variable Vergütung in der Größenordnung, die der Tarifvertrag vorsieht, erarbeiten. Diese Einschätzung der Tarifvertragsparteien ist zu respektieren.

b) Für den Mutterschaftslohn ist für die Monate November 2021 bis Januar 2022 ein Betrag von insgesamt 1.203,59 EUR zugrunde zu legen.

Dabei sind zunächst die tatsächlich an die Klägerin geleisteten Zahlungen zu berücksichtigen. Als Winterzulage hat sie insgesamt 1.039,31 EUR erhalten (= 338,51 + 350,23 + 350,57).

Sie ist allerdings so zu stellen, als habe sie in jedem der drei Monate 400 EUR als Winterzulage bekommen. Dies folgt aus § 21 Abs. 2 Nr. 2 MuSchG. Danach sind Kürzungen des Arbeitsentgelts, die infolge von Kurzarbeit eintreten, nicht zu berücksichtigen. Ohne die Kurzarbeit (und ohne die Schwangerschaft) hätte die Klägerin in den drei relevanten Monaten jeweils 400 EUR als Winterzulage erhalten. Irrelevant ist in diesem Zusammenhang, dass sie bei einem anderen Arbeitszeitmodell, dass für sie nicht gilt, möglicherweise geringere

Zahlungen erhalten hätte.

Gegen dieses Ergebnis kann nicht mit Erfolg eingewandt werden, dass die Klägerin nunmehr im Sommer eine Winterzulage erhält. Dies ist nicht der Fall. Die Zahlung der 400 EUR beruht vielmehr auf der Annahme, dass die Klägerin in den Sommermonaten ohne die Schwangerschaft und ohne die Kurzarbeit (vgl. § 21 Abs. 2 Nr. 2 MuSchG) variable Vergütung i H v durchschnittlich 400 EUR monatlich verdient hätte. 70

Die Winterzulage bleibt schließlich nicht nach § 21 Abs. 2 Nr. 1 MuSchG unberücksichtigt. Es handelt sich nicht um einmalig gezahltes Arbeitsentgelt im Sinne von § 23a SGB IV. Aus der Vorschrift ergibt sich, dass Jahressonderzahlungen, die der Arbeitgeber für das gesamte Jahr zahlt und deren Auszahlung zufällig in den Berechnungszeitraum fällt, nicht zu berücksichtigen sind (vgl. Brose/Weth/Volk/Herrmann § 21 MuSchG Rn. 22). Wintergeld stellt kein einmalig gezahltes Entgelt dar. Die Zahlungen in den Wintermonaten sind nicht für das gesamte Jahr bestimmt. Sie sollen vielmehr einen typischen Verdienstaufschlag in den Wintermonaten ausgleichen. 71

Danach betrug der der Klägerin zustehende Gesamtbetrag ursprünglich 1.203,59 EUR. Die von der Beklagten ermittelten 3,59 EUR sind nicht mehr zu berücksichtigen, weil sie nicht Teil des Streitgegenstandes sind (§ 308 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). Die Klägerin hat für die einzelnen Monate 400 EUR geltend gemacht. Zudem ist der Betrag von 3,59 EUR an die Klägerin ausbezahlt worden. 72

c) Die Höhe des Zuschusses zum Mutterschaftsgeldes ergibt sich aus dem durchschnittlichen Nettoentgelt der Klägerin in den Monaten Juli bis September 2022. 73

d) Im Hinblick darauf, dass die Parteien ausschließlich über Rechtsfragen gestritten haben, wird von der Darstellung der konkreten Berechnung der Forderung abgesehen und auf die Berechnung in der Klageschrift und den Klageerweiterungen Bezug genommen. 74

II. Die Ansprüche der Klägerin sind nicht durch die von der Beklagten erklärte Aufrechnung teilweise erloschen (§ 389 BGB). Die Aufrechnung ist bereits unzulässig. Auf die Frage, ob der Beklagten der geltend gemachte Gegenanspruch zusteht, kommt es nicht an. 75

1. Wird eine Aufrechnung erklärt, ist zunächst die Zulässigkeit der Aufrechnung zu prüfen. Sie darf nicht offengelassen werden (BAG 20.11.2018 - 9 AZR 349/18). Dies gilt deswegen, weil die in § 322 Abs. 2 ZPO geregelte Rechtskraftwirkung nur bei einer zulässigen Aufrechnung eintritt. 76

§ 394 Satz 1 BGB schließt eine Aufrechnung gegen eine Forderung aus, soweit diese nicht der Pfändung unterworfen ist. Demnach kann stets nur gegen den pfändbaren Nettobetrag des Arbeitseinkommens, der sich gemäß § 850 Abs. 1 ZPO nach Maßgabe der §§ 850a bis 850i ZPO bestimmt, aufgerechnet werden. Eine Aufrechnung gegen einen Bruttoentgeltanspruch verstößt gegen § 394 BGB (BAG 13.07.2021 – 3 AZR 349/20; 23.02.2021 - 3 AZR 15/20; 12.12.2012 – 5 AZR 93/12; 16.03.1994 – 5 AZR 411/92; 13.11.1980 – 5 AZR 572/78). 77

Rechnet der Arbeitgeber gegen Arbeitseinkommen auf, obliegt es ihm vorzutragen, dass die Aufrechnung unter Beachtung der Pfändungsschutzvorschriften erfolgt. Denn die Befugnis des Arbeitgebers, gegen den Entgeltanspruch des Arbeitnehmers aufzurechnen, ist integraler Teil des Erfüllungseinwands, den der insoweit darlegungs- und beweisbelastete Arbeitgeber dem Zahlungsanspruch des Arbeitnehmers entgegenhalten kann (BAG 18.11.2020 – 5 AZR 78

57/20; 22.09.2015 – 9 AZR 143/14). Die pfändbaren Teile des Arbeitseinkommens sind nicht von Amts wegen zu ermitteln. Im Urteilsverfahren der Gerichte für Arbeitssachen gilt der Beibringungsgrundsatz (BAG 05.12.2002 – 6 AZR 569/01).

2. Danach ist die Aufrechnung unzulässig, weil die Beklagte zu den Pfändungsfreigrenzen keine Angaben gemacht hat. Auf weitere Bedenken gegen die Zulässigkeit der Aufrechnung kommt es nicht an. 79

III. Aus den Erwägungen zu den Zahlungsanträgen folgt, dass der Feststellungsantrag ebenfalls begründet ist. 80

E. Die Kostenentscheidung folgt aus § 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG i.V.m. §§ 97 Abs. 1, 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. 81

F. Die Kammer hat die Revision für die Beklagte gemäß § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG zugelassen, weil sie der Frage, nach welchen Kriterien zu ermitteln ist, ob auf einen Referenzzeitraum von drei oder 12 Monaten abzustellen ist, grundsätzliche Bedeutung beigemessen hat. Dagegen bestand kein Anlass, für die Klägerin die Revision zuzulassen. 82