

Anmerkung zu Urteil des BAG vom 25.5.1983 –5 AZR 226/81 - Mutterschutzlohn und Umsatzprovision [Urteilsanmerkung]

Herbert Buchner

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Buchner, Herbert. 1985. "Anmerkung zu Urteil des BAG vom 25.5.1983 –5 AZR 226/81 - Mutterschutzlohn und Umsatzprovision [Urteilsanmerkung]." *Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht (EzA)*, no. § 11 n.F. MuSchG Nr. 10 (130, 1984 bzw. 135, 1985): 55–60.

Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under these conditions:

Deutsches Urheberrecht

Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:

<https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publiz/>



Anmerkung

Der Entscheidung ist in ihren wesentlichen Grundlagen zuzustimmen.

1. Für den Lohnausfall kommen, da offensichtlich die Provision für die Monate Februar bis Juni 1980 nur nach den erzielten Verkaufsergebnissen gewährt worden ist, zwei Ursachen und damit auch zwei verschiedene Rechtsgrundlagen in Betracht.

a) Zum einen könnte — was vom Berufungsgericht angenommen worden war — die Leistungsfähigkeit der Klägerin durch die Schwangerschaft gemindert worden sein, so daß für die *Tage ihrer Arbeitstätigkeit* — im Vergleich zu der Zeit vor ihrer Schwangerschaft — nur verminderte Provisionseinnahmen erzielt wurden. Dieser Einnahmefall könnte, wenn überhaupt, nur auf der Grundlage des § 11 MuSchG ausgeglichen werden. Dies würde voraussetzen, daß das bestehende Entgeltsystem unter § 4 Abs. 3 Nr. 1 zweite Alternative MuSchG subsumiert werden kann, also durch gesteigertes Arbeitstempo sich ein höheres Entgelt erzielen läßt, was zur Folge haben würde, daß die Arbeitnehmerin aus diesem Entlohnungssystem herauszunehmen und dadurch bedingte Entgeltausfälle nach § 11 Abs. 1 MuSchG auszugleichen wären. Das BAG sieht die Voraussetzungen hierfür nicht als gegeben.

b) Zum anderen geht es um die Behandlung des Lohnausfalls für die *Krankheitstage*. Dafür verweist das BAG zutreffend auf § 63 HGB als maßgebliche Anspruchsgrundlage. Die bestehende Schwangerschaft ändert nichts daran, daß bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit ausschließlich die Vorschriften über die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall die Weitergewährung des Entgelts sichern. Die Lohnfortzahlungsvorschrift des § 11 MuSchG greift nur, wenn die schwangere Arbeitnehmerin wegen eines im MuSchG enthaltenen Beschäftigungsverbotes Lohnausfall erleidet, nicht wenn sonstige Umstände wie etwa Krankheit zur Arbeitsverhinderung führen (zum Kausalitätserfordernis des näheren Bulla/Buchner, MuSchG, 5. Aufl., § 11 Anm. 23 ff.). Allerdings würde im vorliegenden Fall die Entgeltvorschrift des § 11, wenn das gewählte Entlohnungssystem unter § 4 Abs. 3 Nr. 1 MuSchG fallen würde, *mittelbar* auch für die Krankheitstage relevant werden. Denn im Krankheitsfall ist fortzuzahlen, was die Arbeitnehmerin ohne krankheitsbedingte Verhinderung verdient hätte, in der Formulierung des § 2 Abs. 1 Satz 3 LFZG der von der Arbeitnehmerin in der für sie maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit „erzielbare Durchschnittsverdienst“. Hierbei muß selbstverständlich in Fällen, in denen wegen eines eingreifenden mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbotes eine

Arbeitnehmerin die Entlohnungsart wechseln muß und sie deshalb für die Zeit ihrer Tätigkeit nach § 11 MuSchG Lohnausgleich beanspruchen kann, bei der Bemessung des Lohnfortzahlungsanspruchs im Krankheitsfall von dieser Gesamtvergütung ausgegangen werden, die sie ohne krankheitsbedingte Verhinderung erzielt hätte. Für die Berechnung des Lohnfortzahlungsanspruchs im Krankheitsfall ist also zwar im Grundsatz von dem § 63 HGB zugrundeliegenden Lohnausfallprinzip auszugehen, also eine hypothetische Verdienstberechnung für den Krankheitszeitraum vorzunehmen. Soweit jedoch die Arbeitnehmerin ohne die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit Mutterschutzlohn nach § 11 MuSchG zu beanspruchen hätte, muß für den Lohnfortzahlungsanspruch für den Krankheitszeitraum doch insoweit auf § 11 MuSchG zurückgegriffen werden, als erst festgestellt werden muß, was die Arbeitnehmerin ohne die krankheitsbedingte Arbeitsverhinderung verdient hätte. Insoweit kommt dann auch die § 11 MuSchG zugrundeliegende Bezugs- (oder Referenz-)Methode zum Tragen — aber nicht als maßgebliches Berechnungsprinzip für die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, sondern nur mittelbar bei Berechnung des ohne Krankheit zustehenden Arbeitsentgelts. Dies wird in vorstehender BAG-Entscheidung bei aller Deutlichkeit der Differenzierung der Anspruchsgrundlagen nicht mehr ausgesprochen. Das BAG konnte zu dieser Klarstellung auch nicht kommen, weil es die Anwendbarkeit des § 4 MuSchG ablehnt. Die Ausführungen zur Berechnung des Lohnfortzahlungsanspruchs im Krankheitsfall (II. der Gründe) sind danach konsequent.

Allerdings stehen damit die Einleitungssätze der Entscheidungsgründe in gewissem Widerspruch, wenn das BAG dort äußert, daß die Differenz zwischen der in den Monaten März bis Juni 1980 erzielten Umsatzprovision zu der in den Monaten November 1979 bis Januar 1980 erzielten durchschnittlichen Umsatzprovision nicht als Mutterschutzlohn, jedoch als Lohnfortzahlung im Krankheitsfall begründet sein könne. Wenn die Anwendbarkeit der §§ 4, 11 MuSchG abzulehnen ist, muß der Lohnfortzahlungsanspruch nach dem Lohnausfallprinzip ermittelt werden. Es ist dann nicht auf die Differenz zwischen der in den Monaten März bis Juni 1980 erzielten Provision zu der von November 1979 bis Januar 1980 erzielten Provision abzustellen — das wäre nur bei Eingreifen des § 11 MuSchG geboten —, sondern auf die Differenz zu der von der Arbeitnehmerin ohne die Krankheit von März bis Juni 1980 erzielbaren Provisionen.

2. Nicht entscheidend für einen Lohnersatzanspruch aus § 11 MuSchG sollte für Fälle vorliegender Art sein, ob die schwangere Arbeitnehmerin das Beschäftigungsverbot des § 4 Abs. 3 Nr. 1

MuSchG — wie das BAG es erwartet, siehe I 3 a der Entscheidungsgründe — „in Anspruch nimmt“. Die für § 11 MuSchG erforderliche Ursächlichkeit des mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbotes für den Lohnausfall kann nicht davon abhängen, daß die Arbeitnehmerin Ansprüche hieraus *geltend macht*. Auch bei § 4 Abs. 3 MuSchG handelt es sich um ein generelles Beschäftigungsverbot, das eine eigenständige mutterschutzrechtliche Verpflichtung des Arbeitgebers begründet. Daß der Arbeitgeber nach wie vor nur Grundlohn und Provision für getätigte Umsätze auszahlt, kann nicht bedeuten, daß damit weitergehende mutterschutzrechtliche Ansprüche abgeschnitten sind, wenn solche vom Gesetz her gegeben wären.

Allerdings stellt sich bei einem Verstoß des Arbeitgebers gegen § 4 Abs. 3 Nr. 1 MuSchG die Frage, welche Konsequenzen sich daraus ergeben. Bei gesetzesgemäßem Vorgehen muß der Arbeitgeber die Arbeitnehmerin von der in § 4 Abs. 3 MuSchG erfaßten Leistungsentlohnung auf Zeitlohn umstellen und die dadurch bedingte eventuelle Lohneinbuße nach § 11 MuSchG ausgleichen. Es ist, anders als in den Beschäftigungsverboten des § 4 Abs. 1 und 2 MuSchG, nicht die Tätigkeit als solche mutterschutzrechtlich unzulässig, sondern allein das Entlohnungssystem, auf dessen Basis die Tätigkeit zu erbringen ist. Wenn der Arbeitgeber § 4 Abs. 3 MuSchG nicht beachtet und das Entlohnungssystem nicht umstellt, kann dies zur Folge haben, daß die Arbeitnehmerin entgegen der Intention des Gesetzgebers die bisherige Arbeitsgeschwindigkeit beibehält und sich bzw. das Kind dabei gesundheitlich gefährdet; eventuelle Gesundheitsschäden wären schadenersatzrechtlich (Schutzgesetzverletzung) auszugleichen. Es kann aber auch sein, daß die Arbeitnehmerin unter Berücksichtigung ihrer Gesundheitsinteressen zurückhaltend arbeitet und damit nur einen verminderten Leistungslohn erzielt; dann kann nichts entgegenstehen, nachträglich eine Korrektur der Entlohnung zu verlangen. Die Arbeitnehmerin hat die Arbeitsleistung, die als solche nicht unzulässig war, erbracht. § 4 Abs. 3 MuSchG verbietet die Vergütung nach Leistungsentlohnungssystemen. Sicher soll die Umstellung des Entlohnungssystems nach dem Gesetzeszweck bereits vor Erbringung der Arbeitsleistung erfolgen, um die Arbeitnehmerin nicht in den Zugzwang eines gesteigerten Arbeitstempos zu bringen. Wenn aber die Umstellung des Entlohnungssystems nicht rechtzeitig erfolgt und die Arbeitnehmerin schwangerschaftsbedingte Minderleistung erbringt, kann nach dem Sinn des Gesetzes nicht ausgeschlossen sein, die Umstellung der Entlohnung auf Zeitlohn noch nachträglich zu verlangen und sich die dadurch bedingte Lohn- einbuße nach § 11 MuSchG ausgleichen zu lassen. In dem vom

BAG zu entscheidenden Fall wird dies allerdings letztlich nicht relevant.

3. Das BAG nimmt zu Recht an, daß eine Vergütungsregelung der vorliegenden Art nicht von § 4 Abs. 3 MuSchG erfaßt wird. Entgegen der Auffassung des BAG ist dies in der Literatur nicht wirklich umstritten, allerdings zum Teil offengelassen bzw. nicht behandelt — dies gilt insbesondere von meiner eigenen Kommentierung (Bulla/Buchner, MuSchG, 5. Aufl., § 4 Anm. 61). Ich habe dort nur die Meinung vertreten, daß bei einer Kombination verschiedener Bezugsgrößen ein von § 4 Abs. 3 Satz 1 MuSchG erfaßtes und zu unterbindendes Leistungslohnsystem immer dann vorliegt, wenn bei der Bemessung eines Leistungslohnes die Quantität der Arbeit berücksichtigt wird; es sei nicht erforderlich, daß das Schwergewicht auf der Steigerung des Arbeitstempoes liegt. Die Belohnung des gesteigerten Arbeitstempoes könne nicht dadurch zulässig werden, daß daneben noch andere Bemessungsfaktoren berücksichtigt werden oder gar dominieren. Grundlage auch dieser Stellungnahme ist jedoch die allgemeine und einvernehmlich vertretene Auffassung, daß „sonstige Arbeiten, bei denen durch ein gesteigertes Arbeitstempo ein höheres Entgelt erzielt werden kann“ im Sinne § 4 Abs. 3 Satz 1 zweite Alternative MuSchG nur dort vorliegen, wo ein unmittelbarer und im voraus festgelegter Zusammenhang zwischen dem individuellen, von der Arbeitnehmerin durch Leistungssteigerung zu beeinflussendem Arbeitsergebnis und der Lohnhöhe besteht (Bulla/Buchner, 5. Aufl., MuSchG, § 4 Anm. 58). Bei Leistungslohn (-bestandteilen) muß eine Mengen- oder Schnelligkeitsprämie an die von der Arbeitnehmerin erbrachte Arbeitsmenge anknüpfen (Bulla/Buchner, 5. Aufl., MuSchG, § 4 Anm. 59). Wenn ein solcher unmittelbarer Zusammenhang zwischen gesteigertem Arbeitstempo und höherem Entgelt besteht, kann die Anwendung des § 4 Abs. 3 MuSchG nicht daran scheitern, daß die Lohnhöhe auch durch andere Bemessungsfaktoren mit bestimmt wird; der insoweit klare Wortlaut des § 4 Abs. 3 Nr. 1 MuSchG kann nicht außer Acht gelassen werden.

Bei der vorliegend zu beurteilenden Provisionsregelung besteht kein unmittelbarer Zusammenhang zwischen gesteigertem Arbeitstempo und Lohnhöhe. Das BAG hat dies in vorstehender Entscheidung dargelegt; dem ist kaum etwas hinzuzufügen. Es mag sein, daß vorübergehend in Stoßzeiten durch schnellere Bedienungswise der eine oder andere Verkaufsvorgang zusätzlich hereingeholt werden könnte; über weite Teile der Geschäftszeit wird sich das allerdings nicht so darstellen. Eine Anknüpfung des Lohnes an Arbeitstempo bzw. Arbeitsmenge ist im produzierenden Bereich angemessen, im Verkaufsbereich nicht

zu realisieren. Dem steht nicht entgegen, daß auch mit der Provision Leistungsanreize geschaffen werden sollen. Aber hierbei müssen schon zwei Anwendungsfälle differenziert werden. Das klassische Feld der Provision ist der Bereich der Handelsvertreter; bei ihnen geht Steigerung des Ergebnisses nicht unbedingt mit einer Steigerung des Arbeitstempos einher, sondern mit weiterem zeitlichen Engagement — für Handelsvertreter besteht auch keine festgelegte Arbeitszeit, so daß sie durch die Provisionsregelung insbesondere auch für erhöhten zeitlichen Einsatz belohnt werden. Bei kaufmännischen Angestellten in Verkaufsläden mit fester Arbeitszeit bildet die Provisionsentlohnung, soweit sie überhaupt — was selten ist — praktiziert wird, in der Regel nur einen untergeordneten Lohnbestandteil, weil durch Steigerung des Arbeitstempos die Provision nicht entsprechend gesteigert werden kann; unter Umständen ist dies je nach Kundenfrequenz überhaupt nicht möglich. Mehr als das Arbeitstempo sollen durch Provisionsbestandteile andere Qualitäten des Verkaufspersonals honoriert und gefördert werden, wie das BAG dies zutreffend herausgestellt hat.

Allerdings läßt sich nicht ausschließen, daß einer schwangeren Arbeitnehmerin auch bei Provisionslohnbestandteilen, bei denen ein unmittelbarer Bezug zwischen Arbeitstempo bzw. Arbeitsmenge und Lohn fehlt, in der Zeit ihrer Schwangerschaft vergütungsmäßig Nachteile erwachsen, weil sie auch in einzelnen sonstigen den Verkaufserfolg fördernden Eigenschaften (etwa die vom BAG angeführte Freundlichkeit der Bedienung) nachläßt. Das MuSchG sichert aber den bisherigen Lohnstandard nicht schlechthin für alle Leistungslohnsysteme und -bestandteile, sondern erfaßt mit § 4 Abs. 3 MuSchG nur die die Gesundheit von Mutter und Kind besonders gefährdenden Entlohnungsformen. Insoweit zeigt sich, daß der Lohnschutz des MuSchG nicht ganz perfekt ist. Die Lücken sind aber verhältnismäßig schmal und bislang noch nicht als rechtspolitisches Problem empfunden worden. Woraus im konkreten vom BAG zu entscheidenden Fall die verhältnismäßig große Differenz in den Provisionsbezügen resultiert, ist aus dem geschilderten Sachverhalt nicht zu ersehen; allein deshalb ist zu begrüßen, daß die Sache zur weiteren Aufklärung zurückverwiesen wurde. Sollte die Provisionsminderung — nach Bereinigung durch Berücksichtigung der Krankheitszeiten — in etwa der Umsatzentwicklung des Unternehmens entsprechen, wäre besonders auffällig demonstriert, daß die Unternehmensverhältnisse, nicht schwangerschaftsbedingte persönliche Umstände der Arbeitnehmerin maßgebend sind; die Anwendung der §§ 4, 11 MuSchG mit ihrer Referenzmethode wäre dann geradezu unangemessen. Sollte der Gesamtumsatz des

Geschäftes allerdings im wesentlichen über die Monate hinweg konstant geblieben sein, wäre den Ursachen der Provisionsminderung noch genauer nachzugehen und gegebenenfalls auch die mutterschutzrechtliche Zurückhaltung gegenüber Leistungslohnsystemen außerhalb des § 4 MuSchG zu überdenken.

Prof. Dr. Herbert Buchner, Augsburg