



Die
Bundesregierung

Orientierungspapier „Mutterschaftsleistungen bei Kurzarbeit“

Bewertung des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend
unter Beteiligung der Bundesministerien für Gesundheit und für Arbeit und Soziales

Stand: 03. Juni 2020

Orientierungspapier „Mutterschaftsleistungen bei Kurzarbeit“
 Bewertung des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend
 unter Beteiligung der Bundesministerien für Gesundheit und für Arbeit und Soziales

Inhaltsübersicht:

Vorwort	3
I. Problemstellung	3
II. Ergebnis-Zusammenfassung	4
1. Leistungen während eines Beschäftigungsverbots außerhalb der Schutzfristen (§ 18 MuSchG)	5
2. Leistungen während eines Beschäftigungsverbots während der Schutzfristen (§§ 19, 20 MuSchG).....	5
III. Begründung	6
1. Leistungen während eines Beschäftigungsverbots außerhalb des Zeitraums der Schutzfristen (§ 18 MuSchG)	6
1.1. Wortlaut.....	6
1.1.1. Grundsätzliches Angebot der Arbeitsleistung durch die Frau	6
1.1.2. Kausalität des mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbots	7
1.1.2.1. Ausschluss bei Ersatzursachen, die aus der Sphäre der Frau stammen	7
1.1.2.2. Bisherige Einordnung in der Kommentarliteratur	9
1.2. Gesetzgeberische Zielsetzung	10
1.2.1. Praktische Wirksamkeit des mutterschutzrechtlichen Gesundheitsschutzes.....	10
1.2.2. Praktikabilitätsabwägungen	10
1.3. Systematik.....	11
1.3.1. Unionsrechtliche Vorgaben	11
1.3.1.1. EU-Mutterschutz-Richtlinie.....	11
1.3.1.2. Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union	11
1.3.2. Zusammenwirken der mutterschutzrechtlichen Regelungen.....	11
1.3.2.1. § 21 Abs. 4 MuSchG – Mutterschutzrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz	11
1.3.2.2. § 21 Abs. 1 und 2 MuSchG – Grundsätzlich keine Entgeltverringerung aufgrund unverschuldeter Fehlzeiten	12
1.3.3. Systemgerechte Trennung der Leistungssysteme; systemgerechte Folgewirkungen der Auslegung ..	12
1.3.3.1. Unvereinbarkeit mit der Systematik des SGB III	13
1.3.3.2. Vereinbarkeit mit der mutterschutzrechtlichen Leistungssystematik	14
1.4. Gesamtbetrachtung	14
2. Leistungen während der Schutzfristen gemäß § 3 Abs. 1 oder 2 MuSchG (§§ 19, 20 MuSchG)	15
2.1. Wortlaut der §§ 19, 20 MuSchG i. V. m. § 24i SGB V	15
2.1.1. Mutterschaftsgeld für Mitglieder in einer gesetzlichen Krankenversicherung.....	15
2.1.2. Mutterschaftsgeld für Frauen, die keine Mitglieder einer gesetzlichen Krankenversicherung sind ...	15
2.1.3. Arbeitgeberzuschuss	16
2.2. Gesetzgeberische Zielsetzung	16
2.3. Systematik.....	16
2.4. Gesamtbetrachtung	16
IV. Folgenbetrachtung	17
V. Anhang – Fallkonstellationen für die Zahlung von Mutterschaftsleistungen während Kurzarbeit	18
1. Leistungen außerhalb der gesetzlichen Schutzfristen des § 3 MuSchG:	18
2. Leistungen innerhalb der gesetzlichen Schutzfristen des § 3 MuSchG:	18

Orientierungspapier „Mutterschaftsleistungen bei Kurzarbeit“
Bewertung des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend
unter Beteiligung der Bundesministerien für Gesundheit und für Arbeit und Soziales

Vorwort

Die COVID-19-Pandemie hat zur Verhängung von Maßnahmen zur Beschränkung des gesellschaftlichen Lebens geführt, um die Verbreitung des Virus SARS-CoV2 zu verhindern oder jedenfalls zu verlangsamen. In vielen Unternehmen haben sich infolgedessen sowohl der Arbeitsanfall als auch der Umsatz deutlich verringert. Dies führt in vielen Fällen zur Vereinbarung von Kurzarbeit. Für schwangere Frauen stellt sich daher die Frage, welche Auswirkungen die Einführung von Kurzarbeit auf die mutterschutzrechtlichen Leistungen der §§ 18 ff. MuSchG hat.

In der juristischen Literatur und der öffentlichen Diskussion zeigt sich ein uneinheitliches Bild im Hinblick auf die Frage, welche Leistungsansprüche schwangere Frauen haben. Die mangelnde Rechtsklarheit kann bei den betroffenen schwangeren Frauen und den zuständigen Stellen zu einer erheblichen Verunsicherung führen. Gerade in dem wichtigen Bereich der finanziellen Absicherung der schwangeren Frauen sollte daher versucht werden, auf eine einheitliche Rechtspraxis hinzuwirken.

Das Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ) hat dazu unter Beteiligung der Bundesministerien für Gesundheit (BMG) und für Arbeit und Soziales (BMAS) ein Orientierungspapier im Hinblick auf eine möglichst bundeseinheitliche Auslegung und Anwendung der leistungsrechtlichen Regelungen des Mutterschutzgesetzes erarbeitet.

Diese Informationen sollen vor allem Arbeitgebern eine Orientierung geben, wie das Verhältnis von Mutterschaftsleistungen und Kurzarbeit von den drei genannten Bundesressorts eingeordnet wird. Für die rechtsverbindliche Entscheidung über die Gewährung von Kurzarbeitergeld ist die Bundesagentur für Arbeit zuständig. Die Erstattungsstellen für die Mutterschaftsleistungen sind die gesetzlichen Krankenkassen und das Bundesamt für Soziale Sicherung.

I. Problemstellung

Bei der Betrachtung des mutterschutzrechtlichen Leistungsrechts sind schwangere Frauen, die der Arbeitgeber von der Kurzarbeit ausnimmt – etwa aufgrund einer entsprechenden Regelung in einer Betriebsvereinbarung zur Kurzarbeit – oder die einer individuellen Kurzarbeitsvereinbarung nicht zugestimmt haben, nach dem Verständnis dieses Vermerks bereits nicht als von der Kurzarbeit betroffen anzusehen. Sie haben unzweifelhaft in vollem Umfang Anspruch auf Mutterschutzlohn bzw. Mutterschaftsgeld nebst Arbeitgeberzuschuss. Soweit auch für schwangere Frauen Kurzarbeit vereinbart wird, die sich im mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbot befinden, sind zwei Konstellationen zu unterscheiden:

Orientierungspapier „Mutterschaftsleistungen bei Kurzarbeit“

Bewertung des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend
unter Beteiligung der Bundesministerien für Gesundheit und für Arbeit und Soziales

1. Die erste Konstellation betrifft Frauen im **Beschäftigungsverbot außerhalb der Schutzfristen gemäß § 3 Abs. 1 oder 2 MuSchG**. Dies ist der Zeitraum für die Zahlung von Mutterschutzlohn gemäß § 18 MuSchG.
2. Die zweite Konstellation betrifft Frauen im **Beschäftigungsverbot während der Schutzfristen gemäß § 3 Abs. 1 oder 2 MuSchG**. Dies ist der Zeitraum für die Zahlung von Mutterschaftsgeld gemäß § 19 MuSchG und den Arbeitgeberzuschuss gemäß § 20 MuSchG.

Hinweis: Die Ausführungen zu den mutterschutzrechtlichen Leistungsansprüchen für schwangere Frauen, die sich bei Kurzarbeit im Beschäftigungsverbot befinden, gelten entsprechend für stillende Frauen.

II. Ergebnis-Zusammenfassung

Nach der Rechtsauffassung der drei genannten Bundesministerien sind beim zeitlichen Zusammenfallen von Beschäftigungsverboten und Kurzarbeit in allen Konstellationen Mutterschaftsleistungen zu erbringen. Insbesondere ist der Mutterschutzlohn (§ 18 MuSchG) – entgegen einer in der Rechtsliteratur vertretenen Meinung – auch bei Kurzarbeit zu gewähren. An Frauen, die sich in den Schutzfristen vor und nach der Entbindung gemäß § 3 MuSchG befinden, sind durch die Krankenkasse Mutterschaftsgeld (§ 19 MuSchG) und durch den Arbeitgeber der Arbeitgeberzuschuss (§ 20 MuSchG) zu zahlen. Eine genauere Darstellung der sich hieraus ergebenden Fallkonstellationen findet sich im **Anhang (unter V.)**.

Nach der gemeinsamen Bewertung des BMAS, des BMG und des BMFSFJ sprechen vor allem folgende gesetzessystematische Erwägungen dafür, dass für Frauen in Beschäftigungsverboten und während der Schutzfristen die Leistungen nach dem Mutterschutzgesetz Vorrang vor dem Kurzarbeitergeld haben:

- Nach § 21 Abs. 4 MuSchG werden bei der Berechnung des Bemessungsentgelts nur dauerhafte Änderungen des Entgelts berücksichtigt. Entgeltverminderungen aufgrund der Kurzarbeit zählen jedoch nicht dazu und werden nicht berücksichtigt. Dies spricht dafür, auch Frauen, für die während eines Beschäftigungsverbotes Kurzarbeit vereinbart wurde, Mutterschaftsleistungen zu gewähren.
- Umgekehrt wird das Kurzarbeitergeld als Leistung nach dem SGB III grundsätzlich nur Personen gewährt, die dem Arbeitsmarkt zur Verfügung stehen. Die Zahlungen aus dem SGB III werden aus den Beiträgen zur Arbeitslosenversicherung finanziert. Die Zahlung von Kurzarbeitergeld an

Orientierungspapier „Mutterschaftsleistungen bei Kurzarbeit“

Bewertung des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend
unter Beteiligung der Bundesministerien für Gesundheit und für Arbeit und Soziales

schwängere Frauen im Beschäftigungsverbot würde so gesehen eine versicherungsfremde Leistung darstellen. Denn während eines Beschäftigungsverbots stehen sie dem Arbeitsmarkt ja gerade nicht zur Verfügung.

Für die beiden oben genannten Konstellationen ergibt sich damit folgendes Ergebnis:

1. Leistungen während eines Beschäftigungsverbots außerhalb der Schutzfristen (§ 18 MuSchG)

- Mutterschutzlohn (§ 18 MuSchG) wird in vollem Umfang gezahlt. Die Auszahlung erfolgt durch den Arbeitgeber. Dieser kann über das U2-Verfahren gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 2 und 3 AAG die Erstattung des fortgezahlten Arbeitsentgelts und der darauf entfallenden Arbeitgeberanteile an den Sozialversicherungsbeiträgen durch die Krankenkasse erreichen.
- Die Höhe der Leistungen bemisst sich gemäß § 18 Satz 2 MuSchG nach dem kalendertäglichen Entgelt der letzten drei abgerechneten Kalendermonate vor Beginn der Schwangerschaft und den Vorgaben des § 21 MuSchG.

2. Leistungen während eines Beschäftigungsverbots in den Schutzfristen (§§ 19, 20 MuSchG)

- Mutterschaftsgeld (§ 19 MuSchG) und Arbeitgeberzuschuss (§ 20 MuSchG) werden in vollem Umfang gezahlt. Die Krankenkassen zahlen das Mutterschaftsgeld aus, der Arbeitgeber zahlt den Arbeitgeberzuschuss. Er kann über das U2-Verfahren gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 1 AAG die Erstattung des Zuschusses durch die Krankenkasse erreichen.
- Die Höhe der Leistungen bemisst sich gemäß §§ 19 Abs. 1, 20 Abs. 1 MuSchG, § 24i Abs. 2 SGB V nach dem kalendertäglichen Entgelt der letzten drei abgerechneten Kalendermonate vor Beginn der Schutzfrist und den Vorgaben des § 21 MuSchG.

Orientierungspapier „Mutterschaftsleistungen bei Kurzarbeit“

Bewertung des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend
unter Beteiligung der Bundesministerien für Gesundheit und für Arbeit und Soziales

III. Begründung

1 Leistungen während eines Beschäftigungsverbots außerhalb der Schutzfristen (§ 18 MuSchG)

Die Auslegung des § 18 MuSchG ergibt sich aus Wortlaut, gesetzgeberischer Zielsetzung und systematischer Einordnung. Im Einzelnen:

1.1. Wortlaut

§ 18 Abs. 1 Satz 1 MuSchG sieht Folgendes vor:

„Eine Frau, die **wegen eines Beschäftigungsverbots** außerhalb der Schutzfristen vor oder nach der Entbindung **teilweise oder gar nicht beschäftigt werden darf**, erhält von ihrem Arbeitgeber **Mutterschutzlohn**.“

1.1.1. Grundsätzliches Angebot der Arbeitsleistung durch die Frau

§ 18 Abs. 1 Satz 1 MuSchG regelt den Anspruch der Frau auf Mutterschutzlohn. Als Lohnanspruch setzt er zunächst einmal voraus, dass die Frau ihre Arbeitsleistung dem Arbeitgeber entsprechend der vertraglichen Bestimmungen grundsätzlich anbietet bzw. anbieten würde, wenn der Arbeitgeber wegen des mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbot es nicht daran gehindert wäre, sie zu beschäftigen.

Mangels eines solchen grundsätzlichen Arbeitsangebots ist der Anspruch auf Mutterschutzlohn beispielsweise in folgenden Fällen nicht gegeben:

- bei Streik und Aussperrung – vgl. BAG, Beschl. v. 21.04.1971, GS 1/68; LAG Berlin, Urt. v. 28.07.1992, 11 Sa 114/90
- bei Elternzeit, § 22 MuSchG, (Ruhendstellen der Arbeitsverpflichtung nach dem BEEG) – vgl. BAG, Urt. v. 29.01.2003, 5 AZR 701/01
- bei Arbeitsunfähigkeit infolge einer Erkrankung – vgl. BAG, Urt. v. 17.10.2013, 8 AZR 742/12; LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 13.07.2017, 10 Sa 491/17
- bei Urlaub (Regeneration)

Dies ist im Fall der **Kurzarbeit** anders. Die Zahlung von Kurzarbeitergeld setzt gemäß § 96 Abs. 1 SGB III einen erheblichen Arbeitsausfall aus wirtschaftlichen Gründen oder wegen eines unabwendbaren Ereignisses voraus, der zum Entgeltausfall bei den Arbeitnehmer*innen führt. Kurzarbeit stammt also ihrem Wesen nach aus der Sphäre des Arbeitgebers, der das Betriebsrisiko trägt, nicht aus der Sphäre

Orientierungspapier „Mutterschaftsleistungen bei Kurzarbeit“
Bewertung des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend
unter Beteiligung der Bundesministerien für Gesundheit und für Arbeit und Soziales

der Arbeitnehmerin. Würde sie keinem mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbot unterliegen, würde sie ihre Arbeitsleistung anbieten.

1.1.2. Kausalität des mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbots

Eine „Frau, die **wegen eines Beschäftigungsverbots** außerhalb der Schutzfristen vor oder nach der Entbindung teilweise oder gar **nicht beschäftigt werden darf**,“ erhält nach dem Wortlaut des § 18 MuSchG von ihrem Arbeitgeber Mutterschutzlohn. Ein Anspruch auf den Mutterschutzlohn entsteht nach der Auslegung des BAG nur, „wenn der Arbeitsausfall ‚wegen‘ eines Beschäftigungsverbots, d. h. in Beachtung und Befolgung eines solchen Verbots, eingetreten ist“ (BAG, Urt. v. 22.4.1998 – 5 AZR 478/97). Das Verbot muss nach der Rechtsprechung des BAG selbst die Ursache für den Ausfall der Arbeit und des Arbeitsentgelts sein.

1.1.2.1. Ausschluss bei Ersatzursachen, die aus der Sphäre der Frau stammen

Soweit sich das BAG bislang zum beschriebenen Kausalitätserfordernis geäußert hat, waren Urteilsgegenstand jeweils Ersatzursachen aus der Sphäre der Frau. Entscheidungen sind etwa ergangen zu Streik und Aussperrung (vgl. BAG Beschl. v. 21.04.1971, GS 1/68; LAG Berlin, Urt. v. 28.07.1992, 11 Sa 114/90), Elternzeit (§ 22 MuSchG, vgl. Urt. v. 29.01.2003, 5 AZR 701/01) sowie Arbeitsunfähigkeit infolge einer Erkrankung (vgl. BAG Urt. v. 17.10.2013, 8 AZR 742/12, LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 13.07.2017, 10 Sa 491/17). Die Arbeitsunterbrechung beruht in den Fällen des Urlaubs oder der Elternzeit auf einem eigenen Entschluss der schwangeren Frau. In Fällen des Streiks oder einer Aussperrung beruht sie auf der Entscheidung der Arbeitnehmerseite, einen Arbeitskampf zu führen. In Krankheitsfällen beruht die Arbeitsunterbrechung auf der individuellen Arbeitsunfähigkeit der schwangeren Frau. Wenn sie die individuellen Zulässigkeitsvoraussetzungen für eine Beschäftigung nicht erfüllt und dann wegen des Fehlens einer öffentlich-rechtlichen Arbeitserlaubnis nicht beschäftigt werden darf, gilt das Gleiche. Diese Tatbestände stellen bereits für sich genommen jeweils eine Ursache für das Entfallen der Arbeitsleistung dar, die aus der Sphäre der Frau stammt. Denkt man also in diesen Konstellationen das Beschäftigungsverbot der Frau hinweg, verbleibt dennoch eine weitere Ursache aus ihrer Sphäre, die zum Wegfall der Beschäftigung führt.

Rechtsprechung zum Zusammentreffen von Beschäftigungsverbot und Kurzarbeit liegt bisher nicht vor (vgl. 1.1.2.2. zu einer offenbar anderen Rezeption in der Rechtsliteratur). Die Rechtsprechung, die bisher zum Ausschluss von Mutterschaftsleistungen ergangen ist, ist auf den Fall der Kurzarbeit zudem

Orientierungspapier „Mutterschaftsleistungen bei Kurzarbeit“
Bewertung des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend
unter Beteiligung der Bundesministerien für Gesundheit und für Arbeit und Soziales

nicht übertragbar. Dies ergibt sich aus der gesetzlichen Zielsetzung und aus gesetzessystematischen Erwägungen:

- Die bisherige Rechtsprechung trägt dem Umstand Rechnung, dass in (arbeits-)rechtlicher Betrachtung der Lohn- oder Lohnersatzanspruch grundsätzlich entfällt, wenn der Grund für den Arbeitsausfall aus der Sphäre der Frau stammt (so etwa im Fall ihrer Teilnahme an einem Streik). Denn sofern es bereits an einem Angebot der Arbeitsleistung fehlt, ist dies der Sphäre der Frau zuzuweisen. Dies ist bei der Kurzarbeit anders, denn hier hat sie die grundsätzliche Bereitschaft zur Arbeitsleistung, sofern sie sich nicht im mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbot befinden würde. Die Nichtbeschäftigung infolge von Kurzarbeit ist deswegen rechtlich nicht der Sphäre der Frau zuzuordnen.
- Zweck der Kurzarbeit ist es, den Arbeitgeber von den wirtschaftlichen Folgen zu entlasten, die sich daraus ergeben, dass sich sein Betriebsrisiko verwirklicht. Wenn er aus den in §§ 95 ff. SGB III genannten Gründen vorübergehend nicht in der Lage ist, seine Arbeitnehmer*innen zu beschäftigen, besteht – vorbehaltlich entsprechender Vereinbarungen mit den Arbeitnehmer*innen – die Möglichkeit der Inanspruchnahme von Leistungen der Arbeitslosenversicherung. Der Arbeitgeber muss, anders als in vergleichbaren Konstellationen ohne das Instrument der Kurzarbeit, keinen Annahmeverzugslohn zahlen. Die Arbeitnehmer*innen erhalten (wirtschaftlich) anstelle des üblichen Entgelts stattdessen Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung, soweit insbesondere die persönlichen Voraussetzungen des § 98 SGB III vorliegen.
- Unterstellt man, dass Frauen in mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverboten nach den Vorschriften des § 98 SGB III keinen Anspruch auf Zahlung von Kurzarbeitergeld hätten und dass die Kurzarbeit zudem noch eine Ersatzursache sei, die zum Wegfall des Anspruchs auf Mutterschutzlohn führe, wäre das Ergebnis, dass Frauen im Beschäftigungsverbot weniger – und im Fall von auf Null gesetzter Kurzarbeit – gar keinen Lohnausgleich bekämen. Das Instrument der Kurzarbeit, das den Zweck hat, den Arbeitgeber vor den wirtschaftlichen Folgen aus der Verwirklichung seines Betriebsrisikos zu schützen, würde dann zu Lasten schwangerer Frauen im Beschäftigungsverbot gehen.
- Die Auslegung, wonach grundsätzlich ein Anspruch auf Mutterschutzlohn besteht, entspricht im Hinblick auf den Anspruch dem Grunde nach in der gesetzessystematischen Betrachtung auch der Wertung, die sich aus der Regelung des § 21 MuSchG im Hinblick auf den Anspruch der Höhe nach

Orientierungspapier „Mutterschaftsleistungen bei Kurzarbeit“

Bewertung des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend
unter Beteiligung der Bundesministerien für Gesundheit und für Arbeit und Soziales

ergibt: Auch bei der Bestimmung der Höhe des Lohnanspruchs bleiben Umstände unberücksichtigt, die außerhalb der Sphäre der schwangeren Frau liegen. Umstände, die auch außerhalb der Sphäre der Frau liegen können, werden nach § 21 Abs. 4 MuSchG nur dann berücksichtigt, wenn sie dauerhaft sind (zu gesetzessystematischen Erwägungen eingehend unter 1.3.3.2).

Die Voraussetzungen des § 18 MuSchG liegen also nur dann nicht vor, wenn die Frau aufgrund von **Umständen, die ihrer Sphäre zuzuordnen sind**, nicht beschäftigt wird.

Die Beschäftigung der Frau entfällt beim Zusammenfallen von Kurzarbeit und Beschäftigungsverbot also gerade aufgrund des Beschäftigungsverbots, solange dieses besteht. (a.A. BeckOK/Dahm, 55. Aufl., 2020, § 18 MuSchG, ErfK/Schlachter, 20. Aufl., 2020, § 18 MuSchG, Rn. 5).

1.1.2.2. Bisherige Einordnung in der Kommentarliteratur

Einige juristische Kommentare verweisen auf ein Urteil des BAG aus dem Jahr 1970 (BAG, Urt. v. 07.04.1970, 2 AZR 201/69), um den Ausschluss eines Anspruchs auf Mutterschutzlohn in Anwendung des sog. Grundsatzes der Monokausalität bei Zusammentreffen von Kurzarbeit und mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverboten zu begründen. Dies ist nicht überzeugend. Denn dieser Grundsatz ist, unter Berücksichtigung der dargestellten gesetzessystematischen Erwägungen, auf Fälle zu beschränken, in denen die Ersatzursache der Sphäre der Frau zuzurechnen ist.

Das vielfach zitierte Urteil befasst sich überhaupt nicht mit einer Beschäftigten, die während der Phase von Kurzarbeit im Betrieb von einem mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbot betroffen ist, sondern betrifft (lediglich) eine von Kurzarbeit betroffene schwangere Beschäftigte. Die Urteilsbegründung geht kurz auch auf den Anspruch nach § 11 MuSchG a.F. (Mutterschutzlohn) ein und stellt fest, dass wegen des durch die Kurzarbeit bedingten Arbeitsausfalls auch kein Lohnersatz nach § 11 MuSchG a.F. verlangt werden kann (juris-Fassung zu Rn. 27). Zudem ergibt sich aus den Urteilsgründen, dass die Anordnung von Kurzarbeit auf Grundlage einer tarifvertraglichen Kurzarbeitsklausel in Verbindung mit einer Betriebsvereinbarung auch für schwangere Frauen möglich ist. Darin liegt laut BAG kein der Änderungskündigung vergleichbares Verhalten, welches aufgrund des gegenüber Schwangeren geltenden Kündigungsverbots (§ 17 Abs. 1 Nr. 1 MuSchG n. F., § 9 MuSchG a. F.) unzulässig wäre. Aus all diesem lässt sich jedoch nicht der Schluss ziehen, dass bei Kurzarbeit während eines Beschäftigungsverbots kein Mutterschutzlohnanspruch bestehen würde. Das Urteil kann dementsprechend nicht herangezogen werden, um das Nichtbestehen eines Mutterschutzlohnanspruchs während im Betrieb vereinbarter Kurzarbeit zu begründen.

Orientierungspapier „Mutterschaftsleistungen bei Kurzarbeit“
Bewertung des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend
unter Beteiligung der Bundesministerien für Gesundheit und für Arbeit und Soziales

1.2. Gesetzgeberische Zielsetzung

1.2.1. Praktische Wirksamkeit des mutterschutzrechtlichen Gesundheitsschutzes

Ziel der §§ 18 bis 21 MuSchG insgesamt ist es, der schwangeren Beschäftigten im Ergebnis durchgehend gleiche Leistungen in Höhe des früheren durchschnittlichen Arbeitsentgelts zu gewähren (BT-Drs. 18/8963, S. 40). Sie soll so, in Übereinstimmung mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG, vor einer diskriminierenden Behandlung aufgrund ihrer Schwangerschaft geschützt werden.

1.2.2. Praktikabilitätserwägungen

Folgender Gesichtspunkt ist, unter Berücksichtigung dieser übergeordneten Zielsetzung, ebenfalls nicht außer Acht zu lassen: Die Berechnung der mutterschutzrechtlichen Leistungen soll für den Arbeitgeber und die Schwangere praktikabel bleiben.

Daher wird für die Berechnung des Mutterschutzlohns gemäß § 18 Satz 2 MuSchG immer der gleiche Zeitraum zugrunde gelegt. Maßgeblicher Zeitraum sind die letzten drei abgerechneten Kalendermonate vor Eintritt der Schwangerschaft. Der Arbeitgeber, der die Höhe des Mutterschutzlohns ermittelt, muss daher nur einmal pro Schwangerschaft der betreffenden Arbeitnehmerin eine Berechnung vornehmen. Dies gilt auch dann, wenn die gleiche Arbeitnehmerin in einer Schwangerschaft von mehreren mit Unterbrechung aufeinanderfolgenden Beschäftigungsverboten außerhalb der Schutzfrist betroffen ist. Für die Schwangere hat diese Berechnungsmethode den Vorteil, dass für sie auch im Vorfeld die Höhe ihres Mutterschutzlohns gut ermittelbar ist.

Das gesetzgeberische Ziel, eine praktikable Ermittlungsmethode für mutterschutzrechtliche Leistungen zu schaffen, erfordert auch eine einheitliche Vorgehensweise bei der Entscheidung, welche Sachverhalte für die Ermittlung der Leistungshöhe berücksichtigt werden sollen. § 21 Abs. 2 Nr. 2 MuSchG sieht vor, dass Kürzungen des Arbeitsentgelts infolge von Kurzarbeit für die Leistungen der §§ 18 bis 20 MuSchG unberücksichtigt bleiben. Diese treffen unmittelbar zunächst eine Regelung für Bemessungszeiträume, in denen die Kurzarbeit im Betrieb besteht. Für die Frage, ob während Zeiten der Kurzarbeit im Betrieb überhaupt ein Anspruch auf Mutterschutzlohn dem Grunde nach besteht, sollte der gleiche Maßstab angelegt werden. So kann eine möglichst konsistente Gesetzesauslegung erreicht werden.

Orientierungspapier „Mutterschaftsleistungen bei Kurzarbeit“
Bewertung des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend
unter Beteiligung der Bundesministerien für Gesundheit und für Arbeit und Soziales

1.3. Systematik

1.3.1. Unionsrechtliche Vorgaben

1.3.1.1. EU-Mutterschutz-Richtlinie

Aus der Präambel der EU-Mutterschutz-Richtlinie (Richtlinie 92/85/EWG des Rates vom 19. Oktober 1992) ergibt sich Folgendes: „Der Schutz der Sicherheit und der Gesundheit von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen darf Frauen auf dem Arbeitsmarkt nicht benachteiligen; er darf ferner nicht die Richtlinien zur Gleichbehandlung von Männern und Frauen beeinträchtigen.“ Dieser unionsrechtlichen Zielsetzung entspricht die Fortzahlung des Arbeitsentgelts als Mutterschutzlohn.

1.3.1.2. Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union

Die Mitgliedsstaaten sind nach Art. 157 Abs. 1 AEUV verpflichtet, die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Frauen und Männer bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit sicherzustellen. Dazu gehört es auch, sicherzustellen, dass Frauen nicht aufgrund von Schwangerschaft eine Entgeltverringerung erfahren.

1.3.2. Zusammenwirken der mutterschutzrechtlichen Regelungen

Würde man die Regelung des § 18 MuSchG in der Weise auslegen, dass auch die Kurzarbeit zu einem Ausschluss des Anspruchs auf Mutterschutzlohn führen würde, hätte dies Wertungswidersprüche im Hinblick auf die gesetzgeberische Wertung des § 21 MuSchG und die gesetzgeberischen Vereinfachungsbemühungen zur Folge:

1.3.2.1. § 21 Abs. 4 MuSchG – Mutterschutzrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz

Nach § 21 Abs. 4 MuSchG ist bei einer **dauerhaften Änderung** der Arbeitsentgelthöhe die geänderte Arbeitsentgelthöhe bei der Ermittlung des durchschnittlichen Arbeitsentgelts für die Leistungen nach den §§ 18 bis 20 MuSchG zugrunde zu legen. Dies gilt für den gesamten Berechnungszeitraum, wenn die Änderung während des Berechnungszeitraums wirksam wird. Wenn die Änderung der Arbeitsentgelthöhe nach dem Berechnungszeitraum wirksam wird, gilt es ab Wirksamkeit der Änderung der Arbeitsentgelthöhe.

Orientierungspapier „Mutterschaftsleistungen bei Kurzarbeit“
Bewertung des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend
unter Beteiligung der Bundesministerien für Gesundheit und für Arbeit und Soziales

Es soll sichergestellt werden, dass schwangere Frauen nicht schlechter, aber auch nicht besser behandelt werden als nichtschwangere Frauen (BT-Drs. 18/8963, S. 93). Dies gilt allerdings nur im Rahmen des § 21 Abs. 4 MuSchG. Kurzfristige oder vorübergehende Veränderungen des Einkommens infolge von Kurzarbeit oder Einmalzahlungen werden aus Gründen der Praktikabilität (zur Vermeidung kleinteiliger Berechnungen) nicht berücksichtigt.

1.3.2.2. § 21 Abs. 1 und 2 MuSchG – Grundsätzlich keine Entgeltverringerung aufgrund unverschuldeter Fehlzeiten

In § 21 Abs. 1 MuSchG findet sich eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass als Berechnungszeiträume für die Mutterschutzleistungen jeweils die letzten drei abgerechneten Kalendermonate vor dem maßgeblichen Ereignis (für den Mutterschutzlohn: Eintritt der Schwangerschaft, § 18 Satz 2 MuSchG; für das Mutterschaftsgeld: Beginn der Schutzfrist, § 24 i Abs. 2 Satz SGB V) zugrunde gelegt werden. Nach § 21 Abs. 1 MuSchG bleiben für den Berechnungszeitraum Zeiten unberücksichtigt, in denen die Frau infolge unverschuldeter Fehlzeiten kein Arbeitsentgelt erzielt hat. Die Frau soll also nicht von Leistungskürzungen betroffen sein, deren Ursache nicht in ihrer Sphäre liegt. § 21 Abs. 2 MuSchG normiert ergänzend die Ermittlung des durchschnittlichen Arbeitsentgelts für die mutterschutzrechtlichen Leistungen. Nach Nr. 2 bleiben bei der Ermittlung des durchschnittlichen Arbeitsentgelts Kürzungen unberücksichtigt, die infolge von Kurzarbeit, Arbeitsausfällen oder unverschuldetem Arbeitsversäumnis eintreten.

Indem § 21 MuSchG ausdrücklich die Kurzarbeit und ihre Unbeachtlichkeit bei der Berechnung des Mutterschutzlohns der Höhe nach erwähnt, wird die Intention des Gesetzgebers deutlich, dass Zeiten der Kurzarbeit einer Frau im mutterschutzrechtlichen Leistungsrecht nicht zum Nachteil gereichen sollen. Es wäre widersprüchlich, die Kurzarbeit als Ausschlussstatbestand zu behandeln, wenn geprüft wird, ob überhaupt ein Anspruch auf Mutterschutzlohn (Anspruch dem Grunde nach) besteht und bei der Ermittlung der Anspruchshöhe die Kurzarbeit nicht als leistungsmindernd zu berücksichtigen, indem eingetretene Kürzungen des Arbeitsentgelts infolge von Kurzarbeit ausgeklammert werden.

1.3.3. Systemgerechte Trennung der Leistungssysteme; systemgerechte Folgewirkungen der Auslegung

Schließlich ermöglicht die Auslegung, wonach die schwangere Frau auch bei Kurzarbeit im Betrieb ihren mutterschutzrechtlichen Lohnanspruch behält, eine systemgerechte Trennung der Leistungssysteme des MuSchG und des SGB III.

Orientierungspapier „Mutterschaftsleistungen bei Kurzarbeit“
Bewertung des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend
unter Beteiligung der Bundesministerien für Gesundheit und für Arbeit und Soziales

1.3.3.1. Unvereinbarkeit mit der Systematik des SGB III

Die §§ 95 ff. SGB III treffen Regelungen über das Kurzarbeitergeld als Leistung der Arbeitslosenversicherung und dienen der Vermeidung von Arbeitslosigkeit. Das Kurzarbeitergeld soll dementsprechend nur denjenigen zugutekommen, die dem Arbeitgeber grundsätzlich zur Arbeit zur Verfügung stehen.

- Dies ist jedoch bei Schwangeren während eines mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbots gerade nicht der Fall. Es wäre deshalb systemwidrig, schwangeren Frauen im Beschäftigungsverbot Kurzarbeitergeld und damit eine Leistung nach dem SGB III zu gewähren.
- Die Zahlung von Kurzarbeitergeld während eines vollständigen Beschäftigungsverbots wäre insbesondere nicht mit der gesetzgeberischen Zielsetzung des § 98 SGB III vereinbar. Dieser gibt an, welches die persönlichen Voraussetzungen für den Bezug von Kurzarbeitergeld sind. Ein vorübergehender, nicht vermeidbarer und erheblicher Arbeitsausfall, der zum Bezug von Kurzarbeitergeld berechtigt, kann nur dort eintreten, wo ein*e Beschäftigte*r tatsächlich arbeitet und die Arbeit aufgrund von wirtschaftlichen Gründen oder wegen eines unabwendbaren Ereignisses ganz oder teilweise wegfällt. Soweit schwangere Beschäftigte einem mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbot unterliegen, stehen sie aus anderen Gründen, nämlich wegen des mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbots, nicht für die Arbeit zur Verfügung. Im Fall eines teilweisen Beschäftigungsverbots stehen Frauen im Hinblick auf den Teil der Beschäftigung, der nicht dem Beschäftigungsverbot unterliegt, dem Arbeitsmarkt weiterhin zur Verfügung. Im Fall eines teilweisen Beschäftigungsverbots wäre demnach für den nicht dem Beschäftigungsverbot unterfallenden Teil der Beschäftigung Entgelt zu zahlen, für den infolge des Beschäftigungsverbots entfallenden Anteil Mutterschutzlohn (vgl. auch Anhang, unter V.). Wäre der nicht durch das Beschäftigungsverbot betroffene Beschäftigungsanteil durch Kurzarbeit betroffen, stünde die gesetzliche Systematik dem Bezug von Kurzarbeitergeld für diesen Teil der Beschäftigung nicht entgegen.
- Die Zahlungen nach dem SGB III werden aus Beiträgen zur Arbeitslosenversicherung finanziert. Die Zahlung von Kurzarbeitergeld an schwangere Frauen in einem vollständigen Beschäftigungsverbot könnte daher als versicherungsfremde Leistung einzuordnen zu sein. Soweit schwangere Frauen wegen eines mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbots nicht beschäftigt werden dürfen, stehen sie dem Arbeitsmarkt gerade nicht zur Verfügung. Anderes gilt, wenn im Falle eines teilweisen Beschäftigungsverbots nur der Teil der Beschäftigung von Kurzarbeit betroffen ist, der dem Beschäftigungsverbot nicht unterliegt (vgl. auch Anhang, unter V.).

Orientierungspapier „Mutterschaftsleistungen bei Kurzarbeit“
Bewertung des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend
unter Beteiligung der Bundesministerien für Gesundheit und für Arbeit und Soziales

1.3.3.2. Vereinbarkeit mit der mutterschutzrechtlichen Leistungssystematik

Zur Vermeidung von Leistungslücken für schwangere Frauen in Beschäftigungsverboten ist eine Auslegung der §§ 18 ff. MuSchG interessengerecht, die der mutterschutzrechtlichen Leistungssystematik entspricht.

- Die Auslegung, wonach der Mutterschutzlohn auch in Zeiten der Kurzarbeit im Betrieb gewährt wird, entspricht dem Wortlaut des § 18 MuSchG. Sie ist systemgerecht und trägt der gesetzgeberischen Zielsetzung der Vermeidung von Schutzlücken für schwangere Frauen Rechnung.
- Legt man § 18 MuSchG so aus, dass nur Gründe, die in der Sphäre der Schwangeren liegen, zum Ausschluss des Anspruchs auf Mutterschutzlohn führen, ermöglicht dies ein Ineinandergreifen mit den sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften der §§ 95 ff. SGB III über das Kurzarbeitergeld.
- Die Arbeitgeberbeiträge zum U2-Umlageverfahren dienen gerade der Erstattung der Kosten für Mutterschutzlohn, die bei den Arbeitgebern der Frauen im Beschäftigungsverbot anfallen. Soweit auch bei Kurzarbeit ein Anspruch auf Mutterschutzlohn besteht, ist eine Erstattung der dadurch entstandenen Aufwendungen über das U2-Verfahren grundsätzlich begründet und systemkonform.

1.4. Gesamtbetrachtung

Damit ist § 18 MuSchG so auszulegen, dass nur Gründe, die in der Sphäre der Schwangeren liegen, zum Ausschluss des Anspruchs auf Mutterschutzlohn führen. Dies entspricht dem gesetzgeberischen Schutzgedanken und der gesetzlichen Systematik des mutterschutzrechtlichen Leistungsrechts nach § 18 ff. MuSchG.

Folge der Zahlung des Mutterschutzlohns ist, dass Frauen während der Schutzfrist höhere Leistungen erhalten als Frauen in Kurzarbeit. Dies entspricht dem Wortlaut und der Systematik des § 21 Abs. 1, 2 MuSchG.

Orientierungspapier „Mutterschaftsleistungen bei Kurzarbeit“
Bewertung des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend
unter Beteiligung der Bundesministerien für Gesundheit und für Arbeit und Soziales

2. Leistungen während eines Beschäftigungsverbotes in den Schutzfristen (§§ 19, 20 MuSchG)

2.1. Wortlaut der §§ 19, 20 MuSchG i.V.m. § 24i SGB V

Die maßgeblichen Regelungen in §§ 19, 20 ff. MuSchG sowie in § 24i SGB V differenzieren zwischen Frauen, die Mitglieder in einer gesetzlichen Krankenversicherung sind, und Frauen, die keine Mitglieder sind.

2.1.1. Mutterschaftsgeld für Mitglieder in einer gesetzlichen Krankenversicherung

Die Vorschriften der §§ 19, 20 MuSchG, § 24i SGB V setzen voraus, dass sich die Frau in der Schutzfrist vor oder nach der Entbindung gemäß § 3 MuSchG befindet und eine Mitgliedschaft der Frau in einer gesetzlichen Krankenkasse besteht. Das Mutterschaftsgeld gemäß § 24i Abs. 2 Satz 1 SGB V hat die Höhe des um die gesetzlichen Abzüge verminderten durchschnittlichen kalendertäglichen Arbeitsentgelts der letzten drei abgerechneten Kalendermonate vor Beginn der Schutzfrist vor der Entbindung. Es beträgt jedoch höchstens 13 Euro pro Kalendertag. Im Übrigen wird die Einkommenssicherung durch den Arbeitgeberzuschuss gemäß § 20 MuSchG gewährleistet.

Die Frau muss im Fall der Arbeitsunfähigkeit Anspruch auf Krankengeld haben. Frauen, die bei Arbeitsunfähigkeit keinen Anspruch auf Krankengeld haben, haben nur dann Anspruch auf Zahlung von Mutterschaftsgeld, wenn die Schutzfrist Grund für den Ausfall des Arbeitsentgelts ist. Im Falle der Kurzarbeit während der Schutzfristen ist maßgeblicher Grund für den Ausfall des Entgelts die Schutzfrist. Hinzu kommt, dass mit dem unter 1.1.2.1 ausführlich dargestellten Sphärengedanken die Kurzarbeit aus dem Verantwortungsbereich des Arbeitgebers stammt und die Folgen somit nicht zu Lasten der schwangeren Frau in der Schutzfrist vor oder nach der Entbindung gehen können.

2.1.2. Mutterschaftsgeld für Frauen, die keine Mitglieder einer gesetzlichen Krankenversicherung sind

Frauen, die nicht Mitglied einer gesetzlichen Krankenkasse sind, haben keinen Anspruch auf Zahlung von Mutterschaftsgeld gegen die gesetzliche Krankenversicherung. Diese Frauen werden stattdessen für die Zeiten während der Schutzfristen durch Zahlung von Mutterschaftsgeld durch das Bundesamt für Soziale Sicherung (bis zum 31.12.2019 Bundesversicherungsamt) abgesichert. Der Anspruch der

Orientierungspapier „Mutterschaftsleistungen bei Kurzarbeit“
Bewertung des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend
unter Beteiligung der Bundesministerien für Gesundheit und für Arbeit und Soziales

betreffenden Frauen ist auf insgesamt 210 Euro begrenzt. Um die Leistung zu erhalten, muss die Frau einen Antrag beim Bundesamt für Soziale Sicherung stellen.

2.1.3. Arbeitgeberzuschuss

Während der Schutzfristen des § 3 MuSchG erhalten Frauen einen Arbeitgeberzuschuss zum Mutterschaftsgeld. Der Anspruch ist akzessorisch zum Anspruch auf Mutterschaftsgeld und dient zur Sicherung des üblichen Einkommens. Der Arbeitgeberzuschuss wird gemäß § 20 MuSchG in Höhe des Unterschiedsbetrags 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 bezahlt.

2.2. Gesetzgeberische Zielsetzung

Ziel der §§ 18 bis 21 MuSchG insgesamt ist es, der schwangeren Beschäftigten im Ergebnis durchgehend gleiche Leistungen in Höhe des früheren durchschnittlichen Arbeitsentgelts zu gewähren. Dies kann durch die Zahlung von Mutterschaftsgeld auch während des Zeitraums von Kurzarbeit im Betrieb sichergestellt werden. Im Übrigen wird auf die Ausführungen zu 1.2 verwiesen.

2.3. Systematik

Ziel der §§ 19, 20 MuSchG und des § 24i SGB V ist die Einkommenssicherung schwangerer Frauen während der Schutzfristen sowie der Diskriminierungsschutz. Insgesamt werden durch Mutterschaftsgeld und Arbeitgeberzuschuss die gleichen Ziele verfolgt wie durch den Mutterschutzlohn gemäß § 18 MuSchG. Insofern sind die dazu unter 1.3 ausgeführten Erwägungen übertragbar.

2.4. Gesamtbetrachtung

Das Entgelt der Frau während der Mutterschutzfristen i. S. d. § 3 Abs. 1, 2 MuSchG entfällt aufgrund des mutterschutzbedingten Arbeitsausfalls. Folge der Zahlung des Mutterschaftsgeldes ist, dass Frauen während der Schutzfrist höhere Leistungen erhalten als Frauen in Kurzarbeit. Dies entspricht dem Wortlaut und der Systematik des § 21 Abs. 1, 2 MuSchG. Es steht im Einklang mit der Zielsetzung, den mutterschutzrechtlichen Einkommensschutz zu gewährleisten. Der grundsätzliche mutterschutzrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz, der in § 21 Abs. 4 MuSchG normiert ist (dazu eingehend unter 1.3.2.1) wird gewahrt. Praktikabilitätsabwägungen und das Ziel einer einheitlichen Berechnung aller

Orientierungspapier „Mutterschaftsleistungen bei Kurzarbeit“

Bewertung des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend
unter Beteiligung der Bundesministerien für Gesundheit und für Arbeit und Soziales

mutterschutzrechtlichen Leistungen (dazu eingehend unter 1.2.2.) rechtfertigen die finanzielle Besserstellung gegenüber Frauen, die Kurzarbeitergeld beziehen.

IV. Folgenbetrachtung

Insgesamt ergibt sich, dass Beschäftigungsverbote in und außerhalb der Schutzfristen leistungsmindernd gleichbehandelt werden. Kurzarbeit wirkt sich für Frauen im Mutterschutz nicht leistungsmindernd aus. Sie wird sowohl beim Anspruch dem Grunde nach als auch beim Anspruch der Höhe nach nicht berücksichtigt. Schwangere Frauen erhalten in diesen Phasen jeweils volle mutterschutzrechtliche Leistungen, so dass ihr Einkommen auch während Zeiten der Kurzarbeit im Betrieb gesichert ist. Dem Grundsatz, dass schwangere Frauen nicht schlechter, aber auch nicht bessergestellt werden dürfen, wird im Rahmen des § 21 Abs. 4 MuSchG Rechnung getragen. Entsprechendes gilt für stillende Frauen.

Orientierungspapier „Mutterschaftsleistungen bei Kurzarbeit“
Bewertung des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend
unter Beteiligung der Bundesministerien für Gesundheit und für Arbeit und Soziales

V. Anhang – Fallkonstellationen für die Zahlung von Mutterschaftsleistungen während Kurzarbeit

Grundsätzlich gilt:

1. Leistungen außerhalb der Schutzfristen des § 3 MuSchG:

Der Arbeitgeber darf die Frau nicht beschäftigen, soweit sie ein ärztliches Beschäftigungsverbot erhalten hat oder die Arbeit unter ein betriebliches Beschäftigungsverbot fällt. Allerdings kann die Frau nach Maßgabe des § 13 MuSchG verpflichtet sein, eine andere, auch geringer bezahlte Arbeitsaufgabe zu übernehmen, die nicht von einem Beschäftigungsverbot erfasst ist (geringerer Stundenanteil, andere Tageszeit, andere Arbeit).

Bei der Berechnung der Höhe des Mutterschutzlohns sind die letzten drei abgerechneten Monate vor Beginn der Schwangerschaft zugrunde zu legen, wobei gem. § 21 Abs. 2 Nr. 2 MuSchG Kürzungen, z.B. durch Kurzarbeit, unberücksichtigt bleiben. Der Anspruch auf Mutterschutzlohn gemäß § 18 MuSchG bewirkt in allen Fällen einen Ausgleich bis zur Höhe des bisherigen Durchschnittsverdienstes, wenn und soweit die Frau infolge des Beschäftigungsverbot eine Verdienstminderung bzw. einen Verdienstaufschlag erleidet. Ereignisse, die ohne Zusammenhang mit einem mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbot lediglich zufällig in die Zeit der Schwangerschaft fallen und zu einer Verdiensteinbuße führen, bewirken keinen Anspruch auf Mutterschutzlohn (z.B. Kurzarbeit während der Schwangerschaft, ohne dass ein Beschäftigungsverbot besteht).

Soweit anstelle eines Teils oder des gesamten Lohns ein Anspruch auf Kurzarbeitergeld in Betracht kommt, weil ein Arbeitsausfall mit Entgeltausfall vorliegt, kann ein solcher Anspruch regelmäßig nur in dem Umfang gegeben sein, in dem die Frau nicht einem Beschäftigungsverbot unterliegt.

2. Leistungen in den Schutzfristen des § 3 MuSchG:

Während der Schutzfrist vor der Entbindung darf eine Frau nur mit ihrer ausdrücklichen Einwilligung (§ 3 Abs. 1 S.1 MuSchG) und nur innerhalb der während einer Schwangerschaft zulässigen Grenzen weiter beschäftigt werden; diese Einwilligung kann sie jederzeit zurückziehen. Während der Schutzfrist nach der Entbindung darf sie gar nicht beschäftigt werden.

Wenn und soweit sie – freiwillig – arbeitet und dafür Arbeitsentgelt, auch Entgeltfortzahlung nach § 11 BUrlG, bezieht, ruht der Anspruch auf Mutterschaftsgeld gemäß § 19 MuSchG und auf den Arbeitgeberzuschuss gemäß § 20 MuSchG.

Orientierungspapier „Mutterschaftsleistungen bei Kurzarbeit“

Bewertung des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend
unter Beteiligung der Bundesministerien für Gesundheit und für Arbeit und Soziales

Tritt im Betrieb ein Arbeitsausfall mit der Folge von Kurzarbeit ein, so kann sie ihre Einwilligung in die Beschäftigung während der Schutzfrist vor der Entbindung zurückziehen und in voller Höhe das Mutterschaftsgeld und den Zuschuss des Arbeitgebers (§§ 19, 20 MuSchG) beanspruchen.

Bei der Berechnung der Höhe des Mutterschaftsgelds und des Arbeitgeberzuschusses sind die letzten drei abgerechneten Monate vor Beginn der Schutzfrist zugrunde zu legen, wobei gem. § 21 Abs. 2 Nr. 2 MuSchG Kürzungen, z.B. durch Kurzarbeit, unberücksichtigt bleiben.

Orientierungspapier „Mutterschaftsleistungen bei Kurzarbeit“
 Bewertung des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend
 unter Beteiligung der Bundesministerien für Gesundheit und für Arbeit und Soziales

	Beschäftigungsverbot außerhalb der Schutzfristen gemäß § 3 MuSchG	Beschäftigungsverbot in den Schutzfristen gemäß § 3 MuSchG
vor Beginn von Kurzarbeit	Arbeitsentgelt, wenn und soweit die Frau (außerhalb von Beschäftigungsverboten) arbeitet, im Übrigen Mutterschutzlohn gemäß § 18 MuSchG.	Mutterschaftsgeld gemäß § 19 MuSchG, es sei denn, es wird ausdrücklich freiwillig gearbeitet. In diesem Fall geht der Anspruch auf Arbeitsentgelt vor.
während Kurzarbeit	Ab dem Monat mit vollständigem oder teilweisem Arbeits- und entsprechendem Entgeltausfall: Kurzarbeitergeld anstelle des Arbeitsentgelts für den Anteil der Beschäftigung, der nicht einem Beschäftigungsverbot unterliegt. Im Übrigen Anspruch auf Mutterschutzlohn, soweit ein Beschäftigungsverbot besteht.	Mutterschaftsgeld gemäß § 19 MuSchG, es sei denn, die Frau hätte ausdrücklich freiwillig gearbeitet. Dann ist das Kurzarbeitergeld vorrangig. Allerdings darf die Frau im Falle der Anordnung von Kurzarbeit von ihrem Recht Gebrauch machen, jederzeit die Schutzfrist in Anspruch zu nehmen.
Fortsetzung nach Beendigung von Kurzarbeit	Arbeitsentgelt, wenn und soweit die Frau arbeitet, im Übrigen Mutterschutzlohn.	Mutterschaftsgeld gemäß § 19 MuSchG, es sei denn, es wird ausdrücklich freiwillig gearbeitet. In diesem Fall geht der Anspruch auf Arbeitsentgelt vor.