

Das neue Mutterschutzgesetz

Seit 1952 gibt es in Deutschland ein Mutterschutzgesetz (MuSchG). Als letzter Akt der umfänglichen arbeitsrechtlichen Neuregelungen gemäß Koalitionsvertrag 2013/2017 ist dieses Gesetz nun geändert worden. Die Änderung zielt auf die Gewährleistung eines „zeitgemäßen und verantwortungsvollen“ Mutterschutzes und soll einer Diskriminierung von schwangeren und stillenden Frauen vorbeugen.

I. Einleitung (01.01.2018)

Die Große Koalition (2013 – 2017) hatte sich zum Ziel gesetzt, die Mutterschutzrichtlinie 92/85/EWG „eins zu eins“ umzusetzen und dazu die Verordnung zum Schutze von Müttern am Arbeitsplatz (MuSchArbV) in das MuSchG einzufügen. Über dieses Ziel ist der Gesetzgeber deutlich hinausgegangen. Die inkorporierte MuSchArbV wird mit Inkrafttreten des neuen Gesetzes ersatzlos wegfallen. Weiter wurde das Gesetz auch inhaltlich überarbeitet und neu strukturiert.¹

Zum 01.01.2018 wird das neue Mutterschutzrecht in Kraft treten. In dem bis zum 31.12.2017 weitergeltenden bisherigen MuSchG* werden allerdings bereits mit Wirkung zum 30.05.2017 die folgenden Änderungen wirksam:

- Mütter können eine verlängerte nachgeburtliche Schutzfrist von 12 statt sechs Wochen in Anspruch nehmen, wenn vor Ablauf von acht Wochen nach der Geburt eine Behinderung des Kindes i.S.v. § 2 Abs. 1 Satz 1 SGB IX ärztlich festgestellt wird und die Mutter eine Verlängerung der Schutzfrist beantragt.
- Eine entsprechende Änderung von § 24i Abs. 3 Satz 1 SGB V erweitert zu Gunsten der Mütter in diesem Fall den Anspruch auf Mutterschaftsgeld.
- Der besondere Kündigungsschutz nach § 9 Abs. 1 MuSchG a.F. (nunmehr § 17; s. unten II., 6.) wird bis zum Ablauf von vier Monaten nach einer Fehlgeburt, die nach der 12. Schwangerschaftswoche erfolgt, ausgedehnt.²

Die wichtigsten Änderungen des neuen Mutterschutzrechts werden im Folgenden kurz vorgestellt.

* Die folgende Darstellung bezieht sich auf die Bestimmungen des MuSchG in der neuen Fassung, soweit dies nicht ausdrücklich kenntlich gemacht ist.

¹ Zu den geplanten und umgesetzten Änderungen s. Blattner, DB 2016 S. 2120; diess., DB 2017 S. 1031; Oberthür, ArbRB 2017 S. 179; Schulke, PersF 2017 S. 72; Marburger, SuP 2017 S. 479; Bayreuther, NZA 2017 S. 145; Benkert, NJW-Spezial 2017 S. 562; Schiefer, PuR 2017 S. 182; Baumann, PuR 2016 S. 201; diess., PuR 2017 S. 123.

² Baumann, PuR 2017 S. 123, 125.

II. Die einzelnen Bestimmungen

1. Erweiterung des Anwendungsbereichs

Der persönliche Anwendungsbereich des MuSchG wird neu gefasst. Ausgangspunkt ist nunmehr das Vorliegen eines „Beschäftigungsverhältnisses“ i.S.d. § 7 Abs. 1 SGB IV (§ 1 Abs. 2 Satz 1 MuSchG). § 1 MuSchG a.F. hat auf den Begriff des „Arbeitsverhältnisses“ abgestellt. Damit fallen nunmehr neben Arbeitnehmerinnen z.B. auch Fremdgeschäftsführerinnen und Minderheiten-Gesellschaftergeschäftsführerinnen einer GmbH in den Anwendungsbereich des MuSchG, sofern sie aufgrund ihrer persönlichen Abhängigkeit Beschäftigte i.S.d. § 7 Abs. 1 SGB IV (wesentliches Merkmal: Weisungsgebundenheit) sind. Damit soll die Danosa-Entscheidung des EuGH vom 11.11.2010³ umgesetzt werden⁴. Nach dieser Entscheidung soll Frauen der notwendige Schutz während der Schwangerschaft zugesprochen werden, unabhängig davon, ob es sich um eine Arbeitnehmerin oder eine selbständig Erwerbstätige handelt. Wesentliches Merkmal ist die Weisungsgebundenheit.

Weiter erfolgt eine Ausweitung auf arbeitnehmerähnliche Personen, für die allerdings finanzielle Leistungen ausgeschlossen sind, da die leistungsrechtlichen Regelungen der §§ 18, 19 Abs. 2, 20 MuSchG auf sie nicht anzuwenden sind. Möglich ist aber, dass zugunsten der Frau ein Anspruch auf Mutterschaftsgeld gem. § 24i SGB V besteht, wenn sie im Falle der Arbeitsunfähigkeit Anspruch auf Krankengeld hat.

Die Ausweitung auf arbeitnehmerähnliche Personen ist an sich systemfremd. Arbeitsrechtliche Schutzvorschriften sind abgestellt auf ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis, denn nur in einem solchen kann der Arbeitgeber die Arbeitsbedingungen vorgeben und auch kontrollieren. Kennzeichnend für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis ist das Tätigwerden auf Weisung nach Maßgabe der arbeitsvertraglichen Regelungen und die Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. Dies fehlt aber gerade bei arbeitnehmerähnlichen Personen. Die Gesetzesbegründung⁵ zu § 2 Abs. 2 Nr. 7 MuSchG stellt nunmehr klar, dass die Vorschriften nur greifen, wenn die arbeitnehmerähnliche Person im Verantwortungsbereich des Auftraggebers tätig wird, also in seinen Einflussbereich fällt. Damit geht der Anwendungsbereich von § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 7 MuSchG i.V.m. § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 MuSchG nicht über § 2 Abs. 2 Nr. 3 ArbSchG i.V.m. § 2 Abs. 3 ArbSchG hinaus.

Zu beachten ist, dass die arbeitnehmerähnlichen Personen gem. § 1 Abs. 2 Nr. 7 MuSchG auch in den Sonderkündigungsschutz gem. § 17 KSchG (s. unten II., 6.) einbezogen sind. Des Weiteren finden die einschlägigen Beschäftigungsverbote

³ EuGH vom 11.11.2010 – C-232/09 –, NJW 2011 S. 2343.

⁴ BT-Drucksache 18/8963, S. 49.

⁵ BT Drucksache 18/11782, S. 31

auf diese Personengruppe Anwendung. Dies gilt allerdings nur, wenn die arbeitnehmerähnlichen Personen im Verantwortungsbereich des Auftraggebers tätig werden.⁶

In den persönlichen Anwendungsbereich fallen nunmehr auch die Praktikantinnen i.S.d. § 26 BBiG (§ 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 MuSchG). Das sind gemäß § 26 i.V.m. § 10 Abs. 2 BBiG Personen, die eingestellt sind, um berufliche Fertigkeiten, Kenntnisse und Erfahrungen zu erwerben, ohne dass ein Berufsausbildungsverhältnis i.S.d. BBiG vorliegt.

Nicht erfasst werden von Nr. 1 die Pflichtpraktikanten. Diese fallen unter § 1 Satz 2 Nr. 8 MuSchG, der nunmehr auch Schülerinnen und Studentinnen grundsätzlich in den Geltungsbereich des MuSchG einbezieht. Nach § 1 Abs. 2 Nr. 8 MuSchG sind die §§ 17 bis 24 MuSchG auf sie nicht anzuwenden, d.h., dass diese Personengruppe keinen Anspruch auf finanzielle Leistungen und keinen Sonderkündigungsschutz hat.

Die Einbeziehung der Schülerinnen und Studenten in den Geltungsbereich gilt allerdings nur,

- soweit die Ausbildungsstelle (Schule oder Hochschule) Ort, Zeit und Ablauf der Ausbildungsveranstaltung verpflichtend vorgibt. In diesen Fällen werden den Ausbildern die gleichen Verantwortlichkeiten zugewiesen, wie einem Arbeitgeber. Studentinnen und Schülerinnen, die frei entscheiden können, ob und in welcher Weise sie bestimmte Tätigkeiten im Rahmen der Ausbildung vornehmen, sind nicht verpflichtend in Arbeits- und Verfahrensabläufe eingebunden und fallen nicht in den Geltungsbereich des MuSchG.
- oder ein im Rahmen der schulischen oder hochschulischen Ausbildung verpflichtend vorgeschriebenes Praktikum abgeleistet wird. Nicht hierher gehören Praktika als Voraussetzung für die Aufnahme eines Studiums, da dieser Personenkreis nicht mehr Schüler, aber auch noch kein Student ist. Diese Personengruppe dürfte aber § 26 BBiG unterliegen und somit über § 1 Abs. 2 Nr. 1 MuSchG in den Anwendungsbereich des MuSchG fallen. Verpflichtete Ausbildungsstelle ist hier allerdings die Schule oder Hochschule, nicht dagegen der Betrieb.

Für die weiblichen Auszubildenden galt das MuSchG schon immer über § 10 Abs. 2 BBiG.

Frauen in Heimarbeit und ihnen Gleichgestellte werden unverändert vom MuSchG erfasst. Allerdings gelten die Verpflichtungen zur Gestaltung der Arbeitsbedingungen gem. § 9 Abs. 1 bis 5 MuSchG für Auftraggeber und Zwischenmeister nur insoweit, als sie in deren Einflussbereich liegen. Der Begriff des Auftraggebers wird in Anlehnung an die arbeitsschutzrechtliche Regelung definiert. Keine Anwendung finden dagegen die Vorschriften zur Gefährdungsbeurteilung und deren Dokumentation nach §§ 10 und 14 MuSchG. Anstelle eines Beschäftigungsverbots gilt das Verbot der Ausgabe von Heimarbeit.

⁶ Siehe im Einzelnen Bayreuther, NZA 2017 S. 1145, 1149.

Hervorzuheben ist, dass es im Bereich des Fremdpersonaleinsatzes (Zeitarbeit, Werk- oder Dienstvertrag)⁷ keine Änderungen gibt. Die Verpflichtungen aus dem MuSchG wenden sich insoweit nach wie vor gegen den Arbeitgeber (Verleiher bzw. Auftragnehmer). Den Entleiher oder Auftraggeber treffen allein die mit der Arbeit verbundenen allgemeinen Schutzpflichten.

2. Frau i.S.d. MuSchG

Der Gesetzentwurf zu § 2 Abs. 1 MuSchG sah noch die Definition der „Frau“ i.S.d. MuSchG vor. Ein neuer Absatz 4 zu § 1 MuSchG („Anwendungsbereich“) regelt nunmehr, dass dieses Gesetz für jede Person gilt, die schwanger ist, ein Kind geboren hat oder stillt.

3. Beschäftigungsverbote

Neben der ohnehin nach § 9 MuSchG (Gestaltung der Arbeitsbedingungen, unverantwortbare Gefährdung) bestehenden Verpflichtung des Arbeitgebers, die Arbeitsbedingungen so zu gestalten, dass Gefährdungen für schwangere oder stillende Frauen oder ihre ungeborenen Kinder möglichst vermieden und eine unverantwortbare Gefährdungen ausgeschlossen wird, besteht für schwangere und stillende Frauen eine Reihe von Beschäftigungsverboten, die der Arbeitgeber zwingend zu beachten hat. Für die Beschäftigungsverbote i.S.d. MuSchG (s. hierzu § 2 Abs. 3 MuSchG) gilt eine neue – transparentere – Systematik. Dies sind:

- die Schutzfristen gemäß § 3 MuSchG (a.),
- das Verbot der Mehrarbeit, Ruhezeit in § 4 MuSchG (b.),
- das Verbot der Nachtarbeit in § 5 MuSchG (c.),
- das Verbot der Sonn- und Feiertagsarbeit in § 6 MuSchG (d.),
- das Beschäftigungsverbot entsprechend dem Ergebnis der Gefährdungsbeurteilung nach § 10 Abs. 3 MuSchG (e.),
- das betriebliches Beschäftigungsverbot nach § 13 Abs. 1 Nr. 3 MuSchG (f.),
- das ärztliche Beschäftigungsverbot nach § 16 MuSchG (g.).

a. Schutzfristen vor und nach der Entbindung (§ 3 MuSchG)

Die Schutzfristen, die bislang in § 3 Abs. 2 und § 6 MuSchG a.F. geregelt waren, finden sich jetzt in § 3 MuSchG.

Nicht verändert wurde die vorgeburtliche Schutzfrist. Schwangere Frauen dürfen weiterhin sechs Wochen vor der Entbindung nicht mehr beschäftigt werden (§ 3 Abs. 1 Satz 1 MuSchG). Maßgebend ist insoweit regelmäßig das Attest des Arztes oder der Hebamme. Entbindet die Frau vor oder nach dem mutmaßlichen Geburtstermin, verkürzt bzw. verlängert sich die Schutzfrist nach § 3 Abs. 1 Satz 4 MuSchG entsprechend. Verkürzt sich die vorgeburtliche Schutzfrist durch eine Entbindung vor dem errechneten Tag, verlängert sich die Schutzfrist nach der Entbindung um den entsprechenden Zeitraum gem. § 3 Abs. 2 Satz 3 MuSchG.

⁷ Zum Fremdpersonaleinsatz siehe im Einzelnen Nölke/Schiefer/Wolf, Die Neuregelungen zur Zeitarbeit, GDA/Düsseldorfer Schriftenreihe, S. 13 ff.

Mit ausdrücklicher Zustimmung der schwangeren Frau ist gem. § 3 Abs. 1 Satz 1, 2. HS MuSchG eine Weiterbeschäftigung während der Schutzfrist vor der Entbindung zulässig. Die Erklärung kann jederzeit – mit Wirkung für die Zukunft (§ 3 Abs. 1 Satz 2 MuSchG) – widerrufen werden.

Nach der Entbindung besteht – nach wie vor – ein achtwöchiges Beschäftigungsverbot.

Entbindung⁸ ist jede Lebendgeburt von der Trennung der Leibesfrucht vom Mutterleib an⁹. Die Lebendgeburt ist in § 31 Abs. 1 PStV definiert. Die Schutzfrist findet auch bei Totgeburten¹⁰ Anwendung, nicht jedoch bei Fehlgeburten¹¹, da diese keine Entbindung im Sinne des MuSchG darstellen.

Im Gegensatz zur vorgeburtlichen Schutzfrist darf die Frau während der Schutzfrist nach der Entbindung auch mit ihrer Einwilligung nicht beschäftigt werden¹². Eine Ausnahme gilt für den Fall des Todes des Kindes. Hier darf die Frau gem. § 3 Abs. 4 Satz 1 MuSchG bereits zwei Wochen nach der Entbindung wieder beschäftigt werden, wenn sie dies ausdrücklich verlangt und nach ärztlichem Attest keine Bedenken bestehen. Diese Erklärung kann die Frau jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerrufen (§ 3 Abs. 4 Satz 2 MuSchG).

Die Schutzfrist verlängert sich nach einer Früh- und Mehrlingsgeburt nach der Entbindung auf zwölf Wochen (§ 3 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 und Nr. 2 MuSchG).

Neu ist (§ 3 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 MuSchG) der Anspruch auf Verlängerung der Schutzfrist nach der Entbindung von acht auf zwölf Wochen, wenn bei dem Kind innerhalb der ersten acht Wochen nach der Entbindung eine Behinderung i.S.d. § 2 Abs. 1 SGB IX ärztlich festgestellt wird. Diese Änderung ist bereits mit Wirkung zum 30.5.2017 im bis zum 31.12.2017 weiter geltenden bisherigen Mutterschutzgesetz wirksam geworden. Der Anspruch auf Verlängerung der Schutzfristen besteht bereits dann, wenn eine Behinderung i.S.d. § 2 Abs. 1 Satz 2 SGB IX zu erwarten ist; auf einen tatsächlich erhöhten Pflegebedarf¹³ kommt es nicht an. Die Regelung soll den in diesen Fällen typischerweise mit der Geburt verbunden besonderen körperlichen und psychischen Belastungen der Mutter Rechnung tragen.

Anders als im Rahmen des SGB IX muss die Feststellung, ob eine Behinderung vorliegt, nicht durch das Versorgungsamt als zuständige Stelle i.S.d. § 69 SGB IX festgestellt werden. Sie erfolgt durch den behandelnden Arzt. Voraussetzung für eine Verlängerung der Schutzfrist ist gem. § 3 Abs. 2 Satz 4 MuSchG, dass die

⁸ Zum Begriff der Entbindung siehe auch § 29 der VO zur Ausführung des PStG.

⁹ BAG vom 16.02.1973 – 2 AZR 138/72, DB 1973 S. 879;

¹⁰ Siehe § 32 Abs. 2 PStV. Danach liegt eine Totgeburt vor, wenn das Kind nach der Trennung vom Mutterleib keine Lebenszeichen im Sinne des Abs. 1 gezeigt hat und mindestens 500 g gewogen hat.

¹¹ Siehe § 31 Abs. 3 PStV. Danach gilt eine tot geborene Leibesfrucht mit einem Gewicht unter 500 g als Fehlgeburt.

¹² BAG vom 14.10.1954 – 2 AZR 30/53, AP Nr. 1 zu § 13 MuSchG.

¹³ BT-Drucks. 18/8963 S. 56.

Arbeitnehmerin dies ausdrücklich beim Arbeitgeber beantragt. Es soll der Mutter freistehen, ob sie ihren Arbeitgeber über eine festgestellte Behinderung ihres Kindes in Kenntnis setzt. Eine entsprechende Änderung von § 24i Abs. 3 Satz 1 SBG V n.F. erweitert zugunsten der Mütter in diesem Fall den Anspruch auf Mutterschaftsgeld. Für die Antragstellung ist im Gesetz weder eine Frist noch eine bestimmte Form vorgesehen. Nicht geregelt wurde, gegenüber wem die Frau die Verlängerung der Schutzfrist zu beantragen hat.

Nach Beratung mit dem Spitzenverband der gesetzlichen Krankenversicherung soll die Frau, wenn sie verlängerte Schutzfristen in Anspruch nimmt, bei der Krankenkasse den Antrag auf entsprechend längere Auszahlung des Mutterschaftsgeldes stellen. Die Krankenkasse soll dann ihrerseits den Arbeitgeber über die verlängerte Dauer der Schutzfristen in Kenntnis setzen. Dafür wird derzeit der Vordruck „Ärztliche Bescheinigung für die Gewährung von Mutterschaftsgeld bei Frühgeburten“ entsprechend ergänzt. Damit wird der Arbeitgeber entlastet, der sich damit nicht die Behinderung nachweisen lassen und den ärztlichen Nachweis nicht selbst an die Krankenkasse weiterleiten muss.

Auf ausdrückliches Verlangen einer Schülerin oder Studentin i.S.d. § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 8 MuSchG darf die Ausbildungsstelle diese in der Schutzfrist nach der Entbindung im Rahmen der schulischen oder hochschulischen Ausbildung tätig werden lassen. Diese Einwilligung kann jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerrufen werden (§ 3 Abs. 3 MuSchG).

Arbeitnehmerähnliche Personen sind von ihrer vertraglich vereinbarten Leistungspflicht zu befreien, können aber selbst auf diese Befreiung verzichten.

Überblick	
Vorgeburtliche Schutzfrist	<ul style="list-style-type: none"> - Sechswöchiges Beschäftigungsverbot (vor Entbindung) - Weiterarbeit nach (widerruflicher) Zustimmung
Nachgeburtliche Schutzfrist	<ul style="list-style-type: none"> - Achtwöchiges Beschäftigungsverbot (nach Entbindung) - Keine Weiterarbeit – auch nicht mit Zustimmung (Ausnahme: 2 Wochen nach Tod des Kindes) - Verlängerung auf 12 Wochen bei Früh- und Mehrlingsgeburt - Verlängerung auf 8 bis 12 Wochen auf Antrag im Falle der festgestellten Behinderung des Kindes

b. Verbot der Mehrarbeit (§ 4 MuSchG)

Das Verbot der Mehrarbeit, das bislang zusammen mit dem Verbot der Nachtarbeit und Sonn- und Feiertagsarbeit in § 8 MuSchG geregelt war, wurde abgetrennt und findet sich jetzt in § 4 MuSchG.

Es verbleibt bei einem grundsätzlichen Verbot der Mehrarbeit. Schwangere und stillende Frauen, die 18 Jahre und älter sind, dürfen nicht mit Arbeiten beschäftigt werden, die über 8,5 Stunden täglich und über 90 Stunden in der Doppelwoche hinaus zu leisten sind. Für schwangere und stillende Frauen unter 18 Jahren liegt die Grenze bei acht Stunden täglich oder mehr als 80 Stunden in der Doppelwoche (§ 4 Abs. 1 Satz 2 MuSchG). Sonntage sind wie bisher in die Doppelwoche einzurechnen (§ 4 Abs. 1 Satz 3 MuSchG).

In begründeten Einzelfällen kann die Aufsichtsbehörde auf Antrag des Arbeitgebers Ausnahmen vom Verbot der Mehrarbeit zulassen (§ 29 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 MuSchG). Dies setzt voraus, dass sich die Frau ausdrücklich zu einer Mehrarbeit bereit erklärt und ein ärztliches Zeugnis deren Unbedenklichkeit bescheinigt.

Neu ist die Ausgleichspflicht des Arbeitgebers für geleistete Überstunden, die nunmehr innerhalb eines Monats zu erfolgen hat. Nach § 4 Abs. 1 Satz 4 MuSchG darf die vereinbarte wöchentliche Arbeitszeit im Monatsdurchschnitt nicht überschritten werden. Nach Ableistung von Mehrarbeitsstunden muss der Arbeitgeber also Freizeit in entsprechendem Umfang gewähren. Die Ausgleichspflicht gilt gleichermaßen für Voll- und Teilzeitkräfte. Damit soll verhindert werden, dass Teilzeitkräfte überproportional viel Mehrarbeit leisten. Auch von der Ausgleichspflicht kann die Aufsichtsbehörde in begründeten Einzelfällen auf Antrag des Arbeitgebers Ausnahmen zulassen (§ 29 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 MuSchG). Verstöße gegen das Verbot der Mehrarbeit werden als Ordnungswidrigkeit mit einem Bußgeld bis zu 30.000 Euro geahndet (§ 32 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 MuSchG).

In § 4 MuSchG ist ein neuer Abs. 2 eingefügt worden, der klarstellt, dass der Arbeitgeber schwangeren und stillenden Frauen nach Beendigung der täglichen Arbeitszeit eine ununterbrochene Ruhezeit von mindestens elf Stunden gewähren muss.

c. Nachtarbeit – Verbot und Ausnahmen (§ 5 MuSchG)

Für das Verbot der Nachtarbeit (§ 5 MuSchG) bleibt es unverändert beim grundsätzlichen Beschäftigungsverbot zwischen 20.00 Uhr und 06.00 Uhr. Hier ist der Gesetzgeber über die Vorgaben der europäischen Richtlinie hinausgegangen, die lediglich eine ununterbrochene Nachtruhe von acht Stunden vorsieht. Möglich bleibt die Beantragung einer Ausnahmegenehmigung bei der Aufsichtsbehörde nach § 29 Abs. 3 Nr. 1 MuSchG.

Neu geregelt wurde die Arbeit zur späten Abendstunde, § 5 Abs. 1 Satz 2 MuSchG. Danach kann eine schwangere oder stillende Frau ausnahmsweise zwischen 20.00 Uhr und 22.00 Uhr beschäftigt werden, wenn der Voraussetzungen

des § 28 Abs. 1 MuSchG erfüllt sind. Das Genehmigungsverfahren regelt hier § 28 MuSchG und nicht § 29 MuSchG.

Insoweit ist zwischen Nachtarbeit (zwischen 22.00 Uhr und 06.00 Uhr) und der Arbeit zur späten Abendstunde (zwischen 20.00 Uhr und 22.00 Uhr) zu unterscheiden:

Die Nachtarbeit bedarf der „konstitutiven“ Bewilligung der Aufsichtsbehörde, die diese gemäß § 29 Abs. 3 Nr. 1 MuSchG unter folgenden Voraussetzungen erteilen kann:

- Ausdrückliche – jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerrufliche – Bereitschaftserklärung der Frau,
- kein der Beschäftigung entgegenstehendes ärztliches Zeugnis und
- Ausschluss einer unverantwortbaren Gefährdung – insbesondere – durch Alleinarbeit.

Vor der Bewilligung ist ein „vorläufiger Einsatz“ in Nachtarbeit nicht möglich. Eine Genehmigungsfiktion (s. hierzu § 28 Abs. 3 MuSchG) enthält das Gesetz in Bezug auf die Nachtarbeit nicht.

Die Arbeit zur späten Nachtzeit (20.00 Uhr bis 22.00 Uhr) kann die Aufsichtsbehörde (Ermessensentscheidung) gem. § 28 Abs. 1 MuSchG unter folgenden Voraussetzungen genehmigen:

- Ausdrückliche – jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerrufliche – Bereitschaftserklärung der Frau,
- kein der Beschäftigung entgegenstehendes ärztliches Zeugnis und
- Ausschluss einer unverantwortbaren Gefährdung – insbesondere – durch Alleinarbeit.

Solange die Aufsichtsbehörde einen entsprechenden Antrag des Arbeitgebers nicht ablehnt oder die Beschäftigung nicht vorläufig untersagt (soweit dies zur Sicherstellung des Schutzes der Gesundheit der Mutter oder ihres Kindes erforderlich ist), darf der Arbeitgeber die Frau unter den vorgenannten Voraussetzungen (§ 28 Abs. 1 MuSchG) beschäftigen (§ 28 Abs. 2 Satz 1 MuSchG). Lehnt sie den Antrag nicht innerhalb von sechs Wochen nach Eingang des vollständigen Antrags ab, greift eine Genehmigungsfiktion (§ 28 Abs. 3 MuSchG), die dem Arbeitnehmer auf dessen Verlangen zu bescheinigen ist (§ 42a VwVfG).

Gemäß § 27 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2a MuSchG trifft den Arbeitgeber die Mitteilungspflicht gegenüber der Aufsichtsbehörde, wenn er beabsichtigt, eine schwangere oder stillende Frau bis 22.00 Uhr nach den Vorgaben des § 5 Abs. 1 Satz 2

MuSchG zu beschäftigen. Die Verletzung dieser Mitteilungspflicht stellt eine Ordnungswidrigkeit i.S. des § 32 Abs. 1 MuSchG dar, die mit einer Geldbuße von bis zu 5.000,00 Euro geahndet werden kann.

Die Ausbildungsstelle darf eine Schülerin oder Studentin i.S.d. § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 8 MuSchG nicht zwischen 20.00 Uhr und 06.00 Uhr im Rahmen der schulischen oder hochschulischen Ausbildung tätig werden lassen (§ 5 Abs. 2 Satz 1 MuSchG). Für Ausbildungsveranstaltungen bis 22.00 Uhr gilt eine Ausnahme unter folgenden Voraussetzungen:

- Ausdrückliche – jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerrufliche – Bereitschaftserklärung der Frau,
- Erforderlichkeit der Teilnahme zu Ausbildungszwecken zu dieser Zeit und
- Ausschluss einer unverantwortbaren Gefährdung für die schwangere Frau oder ihr Kind – insbesondere – durch Alleinarbeit.

Alleinarbeit i.S. des MuSchG (§ 2 Abs. 4 MuSchG) liegt vor, wenn der Arbeitgeber eine Frau an einem Arbeitsplatz in seinem räumlichen Verantwortungsbereich beschäftigt, ohne dass gewährleistet ist, dass sie jederzeit den Arbeitsplatz verlassen oder Hilfe erreichen kann. Arbeit im Home Office und Telearbeit bleiben nach der Gesetzesbegründung¹⁴ ausdrücklich möglich. Eine unverantwortbare Gefährdung ist somit ausgeschlossen, wenn die schwangere oder stillende Frau im räumlichen Verantwortungsbereich des Arbeitgebers ohne die Anwesenheit einer weiteren Person tätig ist, sie aber ihren Arbeitsplatz jederzeit verlassen kann. Weiter müssen Schutzmaßnahmen für schwangerschaftsbedingte Notsituationen oder aber die jederzeitige Erreichbarkeit der Hilfe Dritter gewährleistet sein.

d. Sonn- und Feiertagsarbeit – Verbot und Ausnahme (§ 6 MuSchG)

Das Verbot der Sonn- und Feiertagsarbeit, das bislang in § 8 MuSchG geregelt war, findet sich nunmehr in § 6 Abs. 1 Satz 1 MuSchG. Es bleibt dabei, dass werdende und stillende Mütter an Sonn- und Feiertagen grundsätzlich nicht beschäftigt werden dürfen (§ 6 Abs. 1 Satz 1 MuSchG). Die branchenbezogenen Ausnahmeregelungen gem. § 8 Abs. 4 MuSchG a.F. sind entfallen.

Gemäß § 6 Abs. 1 Satz 2 und 3 MuSchG kann eine schwangere oder stillende Frau ausnahmsweise bei Vorliegen der folgenden Voraussetzungen beschäftigt werden:

¹⁴ BT Drucks. 18/11782 S. 32

- Ausdrückliche Bereitschaftserklärung – jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerruflich – der Frau,
- zugelassene Ausnahme vom allgemeinen Verbot der Arbeit an Sonn- und Feiertagen nach § 10 des Arbeitszeitgesetzes¹⁵,
- Gewährung eines mindestens elfstündigen Ersatzruhetages in jeder Woche im Anschluss an eine ununterbrochene Nachtruhezeit,
- Ausschluss einer unverantwortbaren Gefährdung für die schwangere Frau oder ihr Kind – insbesondere – durch Alleinarbeit.¹⁶

Im Gegensatz zur Nachtarbeit bedarf es hier keiner behördlichen Genehmigung. Allerdings kommt ggf. eine Untersagungsverfügung in Betracht, soweit die gesetzlichen Voraussetzungen (s. oben) für die Erbringung der Arbeitsleistung nicht vorliegen (§ 29 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 Buchst. b MuSchG).¹⁷

Auch bezüglich der in Ausnahmefällen erfolgenden Beschäftigung an Sonn- und Feiertagen besteht eine Mitteilungspflicht gegenüber der Aufsichtsbehörde nach § 27 Abs. 1 Nr. 2b MuSchG. Ein Verstoß gegen diese Mitteilungspflicht stellt eine Ordnungswidrigkeit gemäß § 32 Abs. 1 Nr. 11 MuSchG dar, die mit einer Geldbuße von bis 5.000,00 Euro geahndet werden kann. Die Meldung kann zusammen mit der Meldung über die Schwangerschaft der Frau erfolgen und muss den konkreten Einsatz nicht benennen.

Die Ausbildungsstelle darf Schülerinnen und Studenten i.S.v. § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 8 MuSchG grundsätzlich nicht an Sonn- und Feiertagen im Rahmen der schulischen oder hochschulischen Ausbildung tätig werden lassen. Bei Vorliegen der in § 6 Abs. 2 MuSchG genannten Voraussetzungen – insbesondere jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerrufliche Bereitschaftserklärung der Frau – ist hiervon eine Ausnahme möglich.

Die Lockerung des Sonn- und Nachtarbeitsverbotes (widerrufliche Bereitschaftserklärung) ist mit Blick auf die Förderung der Beschäftigung von Frauen und die Verbesserung von Vereinbarkeit von Familie und Beruf zu begrüßen. Gerade in Bezug auf mobile Arbeitsplätze oder Home-Office-Arbeitsplätze wünschen Frauen Flexibilität. Sonntagsarbeit wird allerdings auch hier dadurch erschwert, dass das ArbZG modernen Arbeitsformen häufig „im Wege steht“. Dies gilt u.a. für die in § 10 ArbZG normierten Ausnahmetatbestände.¹⁸

¹⁵ Sieg, Arbeitsrecht – Leitfaden für alle Führungskräfte, Düsseldorf Schriftenreihe, dem. 12. Aufl., S. 80 ff.

¹⁶ Zur Definition der Alleinarbeit siehe oben c.

¹⁷ Bayreuther, NZA 2017 S. 1145, 1147.

¹⁸ Schiefer, Pur 2017 S. 221.

e. Allgemeine Gefährdungsbeurteilung (§ 10 MuSchG) /Beschäftigungsverbot

aa. Abstrakte Gefährdungsbeurteilung

Weggefallen ist im Gesetzentwurf zunächst vorgesehene verpflichtende, konkretisierende Gefährdungsbeurteilung im Zeitpunkt der Mitteilung der Schwangerschaft. Mit dem Wegfall der konkretisierenden Gefährdungsbeurteilung entfällt das vorläufige Beschäftigungsverbot in § 9 Abs. 3 MuSchG-E, das die konkrete Gefährdungsbeurteilung begleiten und absichern sollte.

Arbeitgeber müssen jetzt „nur“ eine Gefährdungsbeurteilung entsprechend den allgemeinen arbeitsschutzrechtlichen Vorgaben ergänzt um mutterschutzrechtliche Aspekte anlassunabhängig für jede Tätigkeit durchführen. Dabei können sie gleichartige Arbeitsplätze und Tätigkeiten festlegen, so dass die Beurteilung eines Arbeitsplatzes oder einer Tätigkeit ausreicht. Der Arbeitgeber muss bei der Beurteilung der Arbeitsbedingungen nach § 5 ArbSchG nunmehr jede Tätigkeit auch daraufhin überprüfen, ob und ggf. in welchem Ausmaß sich mit ihr Risiken für schwangere, stillende Arbeitnehmerinnen oder deren Kinder verbinden könnten, ob Schutzmaßnahmen ggf. erforderlich sein werden, ob eine Umgestaltung des Arbeitsplatzes erforderlich ist oder ggf. eine Fortbeschäftigung der Frau ausscheidet.

Im Gegensatz zu der nach § 1 MuSchArbV „anlassabhängigen“ Überprüfung ist diese nunmehr anlassunabhängig für jede Tätigkeit durchzuführen ungeachtet dessen, ob sie von einem Mann oder einer Frau ausgeübt wird.

Die Überprüfung hat also auch dann stattzufinden, wenn die jeweilige Stelle durch einen Mann oder eine nicht geschützte Frau ausgefüllt wird (bzw. werden soll) und auch in naher Zukunft nicht zu erwarten steht, dass eine Arbeitnehmerin i.S.d. § 1 Abs. 4 MuSchG den Arbeitsplatz einnehmen wird. Unerheblich ist zudem, ob es sich bei der jeweiligen Tätigkeit um eine gefahrenspezifische Beschäftigung handelt oder nicht.¹⁹

Damit verbleibt es bei der abstrakten Gefährdungsbeurteilung ergänzt um mutterschutzrechtliche Aspekte, die § 5 Abs. 1 Satz 1 ArbSchG entspricht.

Die Gefahrenanalyse hat abstrakt auch im Hinblick auf mögliche Gefährdungen für schwangere und stillende Frauen und ihre (ungeborenen) Kinder zu erfolgen. Nach Ermittlung der Gefährdung muss diese beurteilt und bewertet werden, um festzustellen, ob Handlungsbedarf besteht. Dabei hat der Arbeitgeber zu ermitteln, welche Tätigkeiten nach Art, Ausmaß und Dauer mutterschutzsensibel sind und deshalb besondere Maßnahmen zum Schutze der schwangeren und stillenden Frau und ihres (ungeborenen) Kindes nach § 10 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MuSchG erfordern.

¹⁹ Bayreuther, NZA 2017 S. 1145, 1148.

bb. Rangfolge der Schutzmaßnahmen

Nach der gesetzlichen Konzeption (§ 10 MuSchG, § 13 Abs. 1 Nr. 3 MuSchG) ist folgende Rangfolge vorgesehen:

- Keine Schutzmaßnahme erforderlich,
- Schutzmaßnahmen erforderlich, Umgestaltung der Arbeitsbedingungen, Beschäftigungsverbot § 10 Abs. 3 MuSchG,
- Arbeitsplatzwechsel
- Fortführung der Tätigkeit nicht möglich, Beschäftigungsverbot, § 13 Abs. 1 Nr. 3 MuSchG.

Im Einzelnen:

- Ist nicht mit mutterschutzbezogenen Gefährdungen zu rechnen, sind voraussichtlich keine Schutzmaßnahmen erforderlich (§ 10 Abs. 1 Nr. 2a MuSchG). Es reicht in diesem Falle aus, diese Feststellung in einer für den Arbeitsplatz der Frau oder für die Tätigkeit der Frau bereits erstellten Dokumentation der Beurteilung der Arbeitsbedingungen nach § 5 ArbSchG zu vermerken (§ 14 Abs. 1 Satz 2 MuSchG).
- Wird das Vorliegen einer Gefährdung einer schwangeren oder stillenden Frau oder des Kindes durch Fortführung der Tätigkeit bejaht (§ 10 Abs. 1 Nr. 2b MuSchG), ist der grundsätzliche Bedarf an Schutzmaßnahmen zu dokumentieren (§ 14 Abs. 1 Nr. 1 MuSchG). Festzuhalten ist hier zunächst das „Ob“ einer Umgestaltung der Arbeitsbedingungen und noch nicht das „Wie“.
- Ergibt die Gefährdungsbeurteilung, dass eine Fortführung der Tätigkeit (§ 10 Abs. 1 Nr. 2 MuSchG) für die Frau nicht möglich sein wird, ist auch dies gem. § 14 Abs. 1 Nr. 1 MuSchG zu dokumentieren.

Der Arbeitgeber hat alle Personen, die bei ihm beschäftigt sind, über das Ergebnis der vorgenannten Gefährdungsbeurteilung nach § 10 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 MuSchG und über den Bedarf an etwaigen Schutzmaßnahmen nach § 10 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MuSchG zu informieren (§ 14 Abs. 2 MuSchG).

Sobald eine Frau dem Arbeitgeber mitteilt, dass sie schwanger ist oder stillt, hat der Arbeitgeber unverzüglich die nach Maßgabe der Gefährdungsbeurteilung erforderlichen Schutzmaßnahmen festzulegen und umzusetzen (§ 10 Abs. 2 Satz 1 MuSchG). Dies kann eine Umgestaltung der Arbeitsbedingungen sein. Die Maßnahmen sind, wie im Rahmen der Gefährdungsbeurteilung im Arbeitsschutzrecht immer erforderlich, auf ihre Wirksamkeit zu überprüfen und geänderten Gegebenheiten anzupassen, wenn dies erforderlich ist. Nicht fehlen dürfen die Unterweisung und die entsprechende Dokumentation.

Zusätzlich hat der Arbeitgeber der Schwangeren oder Stillenden bei Anzeige der Schwangerschaft oder des Stillens verpflichtend nach § 10 Abs. 2 Satz 2 MuSchG

ein Gespräch über weitere Möglichkeiten der Verbesserung der Arbeitsbedingungen am Arbeitsplatz anzubieten, aus dem jedoch keine weiteren Verpflichtungen folgen. Auch dies ist zu dokumentieren (§ 14 Abs. 1 Nr. 3 MuSchG).

Bis erforderliche Schutzmaßnahmen festgelegt und ergriffen wurden, falls solche im Rahmen der abstrakten Gefährdungsbeurteilung als erforderlich erkannt wurden, besteht ein Beschäftigungsverbot nach § 10 Abs. 3 MuSchG.

Hat die abstrakte Gefährdungsbeurteilung ergeben, dass keine Schutzmaßnahmen festzulegen sind, kann die Schwangere auf dem Arbeitsplatz weiter beschäftigt werden.

Damit besteht ein Beschäftigungsverbot für schwangere und stillende Frauen nach § 10 Abs. 3 MuSchG immer dann, wenn die abstrakte Gefährdungsbeurteilung eine Gefahr für eine schwangere oder stillende Frau ergeben hat und, die aufgrund der Gefährdungsbeurteilung als erforderlich zu treffenden Schutzmaßnahmen nicht umgesetzt sind.

Hat die Gefährdungsbeurteilung ergeben, dass eine Weiterbeschäftigung der schwangeren oder stillenden Frau auch unter Berücksichtigung von Schutzmaßnahmen i.S.d. § 13 MuSchG, zu denen auch eine Weiterbeschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz gehört, auf ihrem bisherigen Arbeitsplatz nicht möglich ist, hat der Arbeitgeber ein betriebliches Beschäftigungsverbot gem. § 13 Abs. 1 Nr. 3 MuSchG auszusprechen.

Nach Anzeige der Schwangerschaft richtet sich die weitere Vorgehensweise des Arbeitgebers nach dem Ausgang der Gefährdungsbeurteilung:

Gefährdungsbeurteilung		
Keine unverantwortbare Gefährdung/keine Schutzmaßnahmen geboten	→	Weiterbeschäftigung ohne Unterbrechung
Unverantwortbare Gefährdung/ Schutzmaßnahmen geboten	→	Treffen der Schutzmaßnahmen/Umgestaltung der Arbeitsbedingungen nach §§ 13 Abs. 1 Nr.1, 9 Abs. 2 MuSchG,
	→	bis dahin Beschäftigungsverbot nach § 10 Abs. 3 MuSchG
	→	Einsatz auf einem anderen geeigneten Arbeitsplatz, wenn <ul style="list-style-type: none"> • Gefährdungsausschluss durch Umgestaltung ausgeschlossen • Umgestaltung wegen nachweislich unverhältnismäßigen Aufwands nicht zumutbar und • Arbeitgeber Arbeitsplatz zur Verfügung stellen kann und • Arbeitsplatz für die Frau zumutbar
Unverantwortbare Gefährdung/Fortführung der Tätigkeit an diesem Arbeitsplatz nicht möglich	→	Betriebliches Beschäftigungsverbot (§ 13 Abs. 1 Nr. 3 MuSchG), wenn Arbeitgeber Gefährdung durch Schutzmaßnahmen oder Arbeitsplatzwechsel nicht ausschließen kann

Beurteilt der Arbeitgeber entgegen § 10 Abs. 1 Satz 1 MuSchG eine Gefährdung nicht, nicht richtig oder nicht rechtzeitig oder führt er eine Ermittlung nicht, nicht richtig oder nicht rechtzeitig durch – diese Bußgeldvorschrift gilt erst ab dem 01.01.2019 –, so ist dies im Falle des Vorsatzes oder der Fahrlässigkeit eine Ordnungswidrigkeit, die mit einer Geldbuße von bis zu 5.000,00 Euro geahndet werden kann (§ 32 Abs. 1 Nr. 6 i.V.m. Abs. 2 MuSchG). Gleiches gilt, wenn er entgegen § 10 Abs. 2 Satz 1 MuSchG eine Schutzmaßnahme nicht, nicht richtig oder nicht rechtzeitig festlegt (§ 32 Abs. 1 Nr. 7 MuSchG). Lässt er entgegen § 10 Abs. 3 MuSchG eine Frau eine andere als die dort bezeichnete Tätigkeit ausüben, so kann diese Ordnungswidrigkeit bei Vorsatz oder Fahrlässigkeit mit einer Geldbuße von bis zu 30.000,00 Euro geahndet werden. Bei Vorsatz liegt eine Straftat vor (§ 33 MuSchG).

f. Betrieblicher Gesundheitsschutz/Betriebliches Beschäftigungsverbot

§ 13 MuSchG regelt die Rangfolge und den Zeitpunkt der zu ergreifenden Schutzmaßnahmen. Nach § 13 Abs. 1 Nr. 3 MuSchG besteht ein betriebliches Beschäftigungsverbot, das vom Arbeitgeber immer dann auszusprechen ist, wenn eine unverantwortbare Gefährdung i.S.v. §§ 9, 11 oder 12 MuSchG durch ihn festgestellt worden ist, die weder durch Schutzmaßnahmen nach § 13 Abs. 1 Nr. 1

MuSchG noch durch einen Arbeitsplatzwechsel nach § 13 Abs. 1 Nr. 2 MuSchG ausgeschlossen werden kann.

Das oben genannte Stufenverhältnis des § 13 MuSchG nimmt im Wesentlichen den Inhalt des bisherigen § 3 MuSchArbV auf und legt die vom Arbeitgeber zu ergreifenden Schutzmaßnahmen fest, insbesondere deren Reihenfolge und den Zeitpunkt, zu dem sie vorzusehen und umzusetzen sind. Grundsätzlich sollen Schwangere und stillende Frauen auf ihrem Arbeitsplatz weiter beschäftigt werden, solange dies durch Umgestaltung der Arbeitsbedingungen (§ 13 Abs. 1 Nr. 1 MuSchG) oder ggf. Umsetzung auf einen anderen Arbeitsplatz (§ 13 Abs. 1 Nr. 2 MuSchG) möglich ist und eine unverantwortbare Gefährdung für die Frau oder ihr ungeborenes Kind ausgeschlossen werden kann. Danach ist das Beschäftigungsverbot in § 13 Abs. 1 Nr. 3 MuSchG die ultima ratio.

Die MuSchArbV behandelte allerdings nur die Gefährdung werdender und stillender Mütter durch chemische Gefahrstoffe, biologische Arbeitsstoffe und physikalische Einwirkungen, die sich nunmehr in § 11 MuSchG für die schwangeren Frauen und in § 12 MuSchG für die stillenden Frauen findet. Zudem regeln die Vorschriften weitere belastenden Arbeitsbedingungen wie z.B. körperliche Belastungen, Akkord- und Fließbandarbeit.

Mit dem Begriff der „unverantwortbaren Gefährdung“ (unbestimmter Rechtsbegriff) wird die Gefährdung als zentraler Begriff in den betrieblichen Gesundheitsschutz des Mutterschutzrechts eingeführt.

„Eine Gefährdung“ liegt vor²⁰, wenn die Möglichkeit besteht, dass die schwangere oder stillende Frau und/oder das ungeborene oder gestillte Kind durch eine bestimmte Tätigkeit oder Arbeitsbedingung gesundheitlich beeinträchtigt werden, also i.S.d. MuSchG gefährdet werden. „Unverantwortbar“ ist eine solche Gefährdung, wenn die Eintrittswahrscheinlichkeit einer Gesundheitsbeeinträchtigung angesichts der zu erwartenden Schwere des möglichen Gesundheitsschadens nicht hinnehmbar ist.

Bei der gebotenen Bewertung ist wie folgt zu differenzieren: „Die Wahrscheinlichkeit, dass ein Schaden eintritt, muss umso höher sein, je geringer der möglicherweise eintretende Schaden ist, und sie ist umso kleiner, je schwerer der etwaige Schaden wiegt. Wegen des hohen Ranges des vom Mutterschutz verfolgten Schutzziels der gesundheitlichen Unversehrtheit der Frau und ihres (ungeborenen) Kindes sind die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit grundsätzlich gering.“

Die Auslegung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs, und damit die Bewertung der Eintrittswahrscheinlichkeit eines Schadens wird zunächst auf den Arbeitgeber verlagert, der sich im Zweifel auch in diesem Falle fachkundiger Hilfe bedienen muss. Die Bundesregierung ist gem. einer EntschlieÙung des Bundestages aufgefordert worden, im Einvernehmen mit den Bundesländern, den Vollzugsbehörden und Ar-

²⁰ Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Gesetz zur Neuregelung des Mutterschutzrechts, Bearbeitungsstand 04.05.2016, Begründung A III 2.

beitgebern Hinweise zum Vollzug des Gesetzes zur Verfügung zu stellen. Die Arbeitgeber sollen Informationen zu dem bislang nicht bekannten Gefährdungsbegriff („unverantwortbare Gefährdung“) erhalten. Eine Bewertungshilfe geben zunächst die §§ 11 und 12 MuSchG, die zumindest Beispiele benennen.

Nur dann, wenn eine unverantwortbare Gefährdung für die schwangere oder stillende Frau oder ihr ungeborenes Kind durch Umgestaltung der Arbeitsbedingungen nicht ausgeschlossen werden kann oder wenn die Umgestaltung der Arbeitsbedingungen wegen eines nachweislich unverhältnismäßigen Aufwandes nicht zumutbar ist, ist ein Arbeitsplatzwechsel vorzunehmen. Voraussetzung ist jedoch, dass der Arbeitgeber der Frau einen geeigneten Arbeitsplatz zur Verfügung stellen kann und dieser Arbeitsplatz der Frau zumutbar ist.

In der Gesetzesbegründung ist – recht unklar – davon die Rede, dass auch ein „Tausch mit einem anderen Beschäftigten“ in Betracht zu ziehen sei. Hierbei ist richtigerweise auf freie und auch besetzte Arbeitsplätze im Betrieb – nicht unternehmensweit²¹ – abzustellen. Voraussetzung ist aber, dass der Arbeitgeber dem gegenwärtigen Stelleninhaber den Arbeitsplatz der Arbeitnehmerin kraft Direktionsrecht i.S.d. § 106 GewO zuweisen kann.²² Er muss keinen Alternativarbeitsplatz schaffen oder aber freikündigen oder aber einem Arbeitnehmer, der einen Arbeitsplatz innehat, auf dem die Frau beschäftigt werden könnte, eine Vertragsänderung anbieten oder aber ihm gegenüber eine Änderungskündigung aussprechen.²³ Die Frau selbst muss auch Tätigkeiten übernehmen, die dem Inhalt ihres Arbeitsvertrages nicht entsprechen.²⁴

Erst dann, wenn die unverantwortbare Gefährdung weder durch eine Umgestaltung der Arbeitsbedingungen noch durch einen Arbeitsplatzwechsel ausgeschlossen werden kann, darf der Arbeitgeber die schwangere oder stillende Frau nicht weiter beschäftigen. Es greift dann das betriebliche Beschäftigungsverbot nach § 13 Abs. 1 Nr. 3 MuSchG. Verantwortlich und gleichzeitig zuständig für die Erteilung des Beschäftigungsverbotes ist der Arbeitgeber. Während des Beschäftigungsverbotes besteht für die Frau Anspruch auf Mutterschutzlohn nach § 18 MuSchG.

Die Beschäftigung entgegen § 13 Abs. 1 Nr. 3 MuSchG stellt eine Ordnungswidrigkeit i.S.d. § 32 Abs. 1 Nr. 1 MuSchG dar, die mit einer Geldbuße von bis zu 30.000,00 Euro geahndet werden kann. Bei Vorsatz liegt gem. § 33 MuSchG eine Straftat vor.

g. Ärztliches Beschäftigungsverbot (§ 16 MuSchG)

Geblichen ist das früher in § 3 Abs. 1 MuSchG a.F. geregelte ärztliche Beschäftigungsverbot, das sich nunmehr in § 16 MuSchG findet.

²¹ BT-Drucks. 230/16 S. 94

²² Bayreuther, NZA 2017 S. 1145, 1148.

²³ Bayreuther, NZA 2017 S. 1145, 1148.

²⁴ BAG vom 22.04.1998 – 5 AZR 478/97, NZA 1998 S. 936

h. Getaktete Arbeit (§ 11 Abs. 7 und § 12 Abs. 5 MuSchG)

An dem generellen Verbot getakteter Arbeit wird nicht festgehalten. Gemäß § 11 Abs. 6 Nr. 3 MuSchG und § 12 Abs. 5 Nr. 3 MuSchG ist getaktete Arbeit für stillende Mütter weiterhin möglich, wenn die Art der Arbeit und das Arbeitstempo keine unverantwortbare Gefährdung der Schwangeren darstellen. Damit ist eine Anpassung der Anforderungen an die Möglichkeiten der Frau, also durch Verlangsamung der Arbeitsintervalle oder Gewährung von Pausen denkbar, womit betrieblichen Möglichkeiten Rechnung getragen wurde. Für den Arbeitgeber besteht auch hier gem. § 27 Abs. 1 Nr. 2c MuSchG eine Benachrichtigungspflicht gegenüber der Aufsichtsbehörde.

4. Freistellung zum Stillen (§ 7 Abs. 2 MuSchG)

Die bisherigen Regelungen zum zeitlichen Umfang der Stillzeiten werden in § 7 Abs. 2 MuSchG übernommen.

Neu ist die Festlegung einer zeitlichen Obergrenze. Der Anspruch ist nunmehr auf die ersten zwölf Monate nach der Entbindung beschränkt. Gemäß § 15 Abs. 1 Satz 2 MuSchG soll die Arbeitnehmerin ihrem Arbeitgeber so früh wie möglich mitteilen, dass sie stillt, wobei die Verpflichtung schon während der Schutzfristen oder Elternzeit besteht, damit der Arbeitgeber entsprechende Vorkehrungen treffen kann. Bedauerlicherweise fehlt eine Mitteilungspflicht der stillenden Mutter, dass sie nicht mehr stillt. Erhält der Arbeitgeber diese Information nicht, hat er seine Schutzvorkehrungen zumindest bis zum Ablauf von zwölf Monaten nach der Entbindung aufrecht zu erhalten.

5. Leistungen für Schwangere (§§ 18 ff MuSchG)

Die Leistungen für Schwangere, zuvor in §§ 11ff. MuSchG a.F. geregelt, insbesondere zum Mutterschutzlohn und zum Zuschuss zum Mutterschaftsgeld finden sich nunmehr in den §§ 18ff. MuSchG. Die Regelung des Zuschusses zum Mutterschaftsgeld wird lediglich neu strukturiert. § 20 Abs. 1 MuSchG regelt dabei den Anspruch auf den Arbeitgeberzuschuss, § 20 Abs. 2 MuSchG behandelt die Berechnung, wenn die Frau für mehrere Arbeitgeber tätig ist, und § 20 Abs. 3 MuSchG bestimmt, wer das Mutterschaftsgeld zu zahlen hat, wenn das Arbeitsverhältnis aufgrund einer Kündigung nach § 17 Abs. 2 MuSchG endet oder der Arbeitgeber infolge einer Insolvenz zahlungsunfähig ist. § 21 MuSchG definiert die Vorgaben zur Ermittlung des durchschnittlichen Arbeitsentgeltes.

Der Modus für die Berechnung des Mutterschutzlohns wird vereinfacht. Als Mutterschutzlohn ist nunmehr das durchschnittliche Arbeitsentgelt der letzten drei abgerechneten Kalendermonate vor dem Eintritt der Schwangerschaft zu zahlen.²⁵

Durch § 21 MuSchG wird die Berechnung von Mutterschutzlohn und des Zuschusses zum Mutterschaftsgeld bei Eintritt einer erneuten Schwangerschaft während

²⁵ Bayreuther, NZA 2017 S. 1145, 1147.

der Elternzeit klargestellt. Während der Elternzeit ruht das Arbeitsverhältnis, so dass infolge dessen kein Anspruch auf Leistungen nach §§ 18 und 20 MuSchG gegenüber dem Arbeitgeber besteht.

Um in den Genuss dieser Leistungen zu kommen, muss die Frau die Elternzeit vorzeitig beenden. Beendet sie gem. § 16 Abs. 3 S. 3 BEEG die Elternzeit wegen der Geburt eines weiteren Kindes vorzeitig²⁶, bleibt das Elternteilzeitentgelt unberücksichtigt, soweit das durchschnittliche Arbeitsentgelt ohne Elternteilzeit höher ist. Arbeitet die Frau während der Elternzeit in Teilzeit²⁷ und beendet sie die Elternzeit und die Elternteilzeit nicht, werden Mutterschutzlohn und Zuschuss zum Mutterschaftslohn auf der Basis des Teilzeitentgeltes berechnet (§ 22 Satz 2 MuSchG).

6. Kündigungsverbot (§ 17 Abs. 1 Satz 1 MuSchG)

Die Kündigung gegenüber einer Frau ist unzulässig

- während ihrer Schwangerschaft,
- bis zum Ablauf von vier Monaten nach einer Fehlgeburt nach der zwölften Schwangerschaftswoche und
- bis zum Ende ihrer Schutzfrist nach der Entbindung, mindestens jedoch bis zum Ablauf von vier Monaten nach der Entbindung,
- wenn dem Arbeitgeber zum Zeitpunkt der Kündigung die Schwangerschaft, die Fehlgeburt nach der zwölften Schwangerschaftswoche oder die Entbindung bekannt ist oder wenn sie ihm innerhalb von zwei Wochen nach Zugang der Kündigung mitgeteilt wird (§ 17 Abs. 1 Satz 1 KSchG).

Die für den Arbeitsschutz zuständige oberste Landesbehörde oder die von ihr bestimmte Stelle kann in besonderen Fällen, die nicht mit dem Zustand der Frau in der Schwangerschaft, nach einer Fehlgeburt nach der zwölften Schwangerschaftswoche oder nach der Entbindung in Zusammenhang stehen, ausnahmsweise die Kündigung für zulässig erklären. Die Kündigung bedarf der Schriftform und muss den Kündigungsgrund angeben (§ 17 Abs. 2 KSchG).²⁸

Das Kündigungsverbot ist in zweifacher Hinsicht erweitert worden:

- Ausweitung auf Fehlgeburten
- Ausweitung auf Vorbereitungsmaßnahmen.

²⁶ Sowka, Elternzeit, Düsseldorf Schriftenreihe, 7. Aufl., S. 17 ff.

²⁷ Sowka, a.a.O. (Fn. 26), S. 38 ff.

²⁸ Schiefer, Beendigung des Arbeitsverhältnisses und Umstrukturierung, Düsseldorf Schriftenreihe, Checkliste 7, Rn. 51.

Der Kündigungsschutz galt bisher nur bei Totgeburten²⁹, nicht aber bei Fehlgeburten³⁰, da diese keine Entbindung im Sinne des PStV und damit im Sinne des MuSchG waren. Mit der Ausweitung des Sonderkündigungsschutzes auf Fehlgeburten geht einher, dass gem. § 17 Abs. 2 Abs. 1 MuSchG die Zulässigkeitsklärung der obersten Landesbehörde zur Kündigung auch für den Fall einer Kündigung eingeholt werden kann, die den Zeitraum von bis zu vier Monaten nach einer Fehlgeburt, die nach der zwölften Schwangerschaftswoche erfolgt, betrifft.

Ob eine Entbindung vorliegt, die den nachgeburtlichen Kündigungsschutz auslöst, hing bislang von dem Gewicht des Kindes ab (mehr oder weniger als 500 g). Entbindung ist grundsätzlich jede Lebendgeburt von der Trennung der Leibesfrucht vom Mutterleib an.³¹ Auch jede anderweitige Beendigung der Schwangerschaft gilt als Entbindung gem. § 29 Abs. 2 der VO zur Ausführung des PStG unabhängig davon, ob das Kind tot geboren wurde oder in der Geburt verstorben ist, wenn die Leibesfrucht mindestens 500 g wiegt. Hingegen gilt eine tot geborene Leibesfrucht von geringerem Körpergewicht als Fehlgeburt und nicht als Entbindung im Sinne des MuSchG.³² Damit verloren diese Frauen mit der Fehlgeburt den Sonderkündigungsschutz des MuSchG. Dem trägt die Ausweitung des Sonderkündigungsschutzes auf die Fälle einer **Fehlgeburt** nach der zwölften Woche, bei der die tot geborene Leibesfrucht weniger als 500 g wiegt, Rechnung. Auch in diesen Fällen ist nunmehr die Kündigung in den ersten vier Monaten nach der Fehlgeburt unzulässig (§ 17 Abs. 1 Nr. 2 MuSchG).

Besonderen „Sprengstoff“ dürfte die Erweiterung des Kündigungsverbots auf entsprechende Vorbereitungsmaßnahmen im Hinblick auf eine Kündigung der Frau haben. Ergreift der Arbeitgeber derartige Vorbereitungsmaßnahmen während des Sonderkündigungsschutzes, ist die Kündigung nach § 134 BGB nichtig.³³ Dies führt zu einer Verlängerung des mutterschutzrechtlichen Sonderkündigungsschutzes, da es dem Arbeitgeber vielfach nicht möglich sein wird, eine Kündigung im Anschluss an das Auslaufen der Schutzfrist gem. § 17 MuSchG auszusprechen. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn eine Betriebsratsanhörung erst nach Auslaufen des Sonderkündigungsschutzes eingeleitet werden kann.

Nicht definiert hat der Gesetzgeber, was unter Vorbereitungsmaßnahmen im Einzelnen zu verstehen ist. Im Rückgriff auf die Paquay-Entscheidung des EuGH³⁴ wäre bereits die Suche und Planung eines endgültigen Ersatzes für die schwangere oder stillende Frau während des Sonderkündigungsschutzes unzulässig. Im Fall Paquay hatte der Arbeitgeber gekündigt, nachdem er die Stelle ausgeschrieben hatte. Der EuGH hat den Schutz der Mutterschutz-Richtlinie ausdrücklich nicht allein auf Vorbereitungshandlungen beschränkt. Nach Ansicht der Luxemburger

²⁹ Siehe § 32 Abs. 2 PStV. Danach liegt eine Totgeburt vor, wenn das Kind nach der Trennung vom Mutterleib keine Lebenszeichen im Sinne des Abs. 1 gezeigt hat und mindestens 500 g gewogen hat

³⁰ Siehe § 31 Abs. 3 PStV. Danach gilt eine tot geborene Leibesfrucht mit einem Gewicht unter 500 g als Fehlgeburt.

³¹ BAG vom 16.02.1973 – 2 AZR 138/72, DB 1973 S. 879, siehe bereits oben II., 3. a.

³² Siehe § 29 Abs. 3 der VO zur Ausführung des PStG.

³³ Bayreuther, NZA 2017 S. 1145.

³⁴ EuGH vom 11.10.2007 – C-460/06, NZA 2007 S. 1271.

Richter betreffe der Schutz der Mutterschutz-Richtlinie auch das Fällen einer Kündigungentscheidung während der Schwangerschaft und der nachgeburtlichen Schutzfrist³⁵. Richtigerweise ist der Anwendungsbereich des § 17 Abs. 1 Satz 3 MuSchG auf solche Vorbereitungshandlungen zu beschränken, die zielgerichtet auf das Arbeitsverhältnis der Arbeitnehmerin bezogen sind. Dies bedeutet beispielsweise³⁶: Der Arbeitgeber darf auch dann, wenn sich die Arbeitnehmerinnen im Sonderkündigungsschutz befinden, noch eine Umstrukturierung des Unternehmens beschließen und zwar ungeachtet des Umstands, dass am Ende auch deren Arbeitsplatz davon betroffen sein wird. Des Weiteren bleibt der Abschluss eines Interessenausgleichs oder Sozialplans unproblematisch, in den auch die geschützten Arbeitnehmerinnen einbezogen werden dürfen³⁷. In einer Massenentlassungsanzeige dürfen die geschützten Arbeitnehmerinnen indes nicht aufgenommen werden.³⁸

Fragen können sich auch im Hinblick auf die Vorbereitung einer Verdachtskündigung ergeben:³⁹

- Nachforschungen im Hinblick auf den Verdacht eines kündigungsrechtlich relevanten Fehlverhaltens darf der Arbeitgeber vornehmen.
- Die im Vorfeld einer Verdachtskündigung erforderliche Anhörung des Arbeitnehmers wird der Arbeitgeber zur Vorbereitung eines Antrages nach § 17 Abs. 2 MuSchG (Zulässigkeitserklärung der obersten Landesbehörde) auch während der Schutzfrist vornehmen dürfen. Ansonsten muss er den Auslauf des Sonderkündigungsschutzes abwarten.⁴⁰

Bedeutung kann das Verbot von Vorbereitungshandlungen auch mit Blick auf die bei der außerordentlichen Kündigung einzuhaltende zweiwöchige Ausschlussfrist gem. § 626 Abs. 2 BGB erlangen. Richtigerweise sollte diese Frist im Gegenzug erst dann zu laufen beginnen, wenn der Sonderkündigungsschutz des § 17 MuSchG endet.⁴¹

Bayreuther ist der Auffassung, dass viel dafür spricht, dass der Arbeitgeber bereits in besonders gravierenden Fällen versuchen muss, eine Kündigungserlaubnis gem. § 17 Abs. 2 Satz 1 MuSchG zu erlangen und ihm daher gestattet ist, die für eine Antragstellung erforderlichen Vorbereitungsmaßnahmen noch während des Laufs des Sonderkündigungsschutzes vorzunehmen. Die Frist des § 622 Abs. 2 BGB

³⁵ EuGH vom 11.10.2007 – C-460/06, NZA 2007 S. 1271.

³⁶ Bayreuther, NZA 2017 S. 1145, 1146.

³⁷ Bayreuther, NZA 2017 S. 1145, 1146

³⁸ Siehe hierzu Bayreuther, NZA 2017 S. 1145, 1146, der (Fn. 4) auf das komplexe Zusammenspiel des Sonderkündigungsschutzes nach dem MuSchG (BEEG) und § 17 KSchG für den Fall hinweist, dass die Agentur eine Kündigung nach § 17 Abs. 2 MuSchG zugelassen hat.

³⁹ Schiefer, Beendigung des Arbeitsverhältnisses und Umstrukturierung (Fn. 28), Checkliste 15, Rn. 119 ff.

⁴⁰ Bayreuther, NZA 2017 S. 1145, 1146.

⁴¹ Bayreuther, NZA 2017 S. 1145, 1146.

bezieht sich dann auf die Antragstellung bei der obersten Landesbehörde.⁴² Leider hat der Gesetzgeber auch hier wieder⁴³ vermeidbare Unsicherheiten geschaffen.

Bedeutung erlangen dürfte die Ausdehnung des Kündigungsschutzgesetzes auf „Vorbereitungshandlungen“ vor allem in Bezug auf die Beteiligung des Betriebsrats gem. §§ 102 und 103 BetrVG, die Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung (§ 95 Abs. 2 Satz 1 und 3 SGB IX) sowie die erforderliche Zustimmung des Integrationsamts gem. §§ 85 ff. SGB IX.

Wie es sich mit weiteren Maßnahmen des Arbeitgebers, wie einem kündigungs-vorbereitenden Personalgespräch oder dem Ausspruch einer Abmahnung verhält, ist derzeit ungeklärt und wird durch die Rechtsprechung klargestellt werden müssen. Erhebliche Rechtsunsicherheiten sind vorprogrammiert.

Eine Abmahnung – als Vorstufe einer verhaltensbedingten Kündigung⁴⁴ – dürfte auch während der Schutzfrist zulässig sein. Sie zielt i.S.d. ultima-ratio-Prinzips auf eine Verhaltenskorrektur und kann daher nicht als Vorbereitungshandlung für eine bereits konkret ins Auge gefasste Kündigung erachtet werden.

Der Sonderkündigungsschutz des § 17 MuSchG greift nicht für (pflicht-)praktizierende Schülerinnen bzw. Studenten (§ 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 8 MuSchG), wohl aber für „echte“ Praktikantinnen, wobei dies allerdings mangels eines unbestimmten bzw. länger andauernden Vertragsverhältnisses kaum relevant werden dürfte.⁴⁵ Darüber hinaus greift der Sonderkündigungsschutz – wie auch nach anderen aktuellen Bestimmungen (§§ 5 Abs. 1, 7 Abs. 1 Nr. 3 PflegeZG, § 2 Abs. 3 FPfZG) – auch für arbeitnehmerähnliche Personen (§ 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 7 MuSchG) mit der Folge, dass deren Arbeitsvertragsverhältnisse während der Schutzfrist nicht mehr einfach nach den allgemeinen Regeln (insbesondere: §§ 621 oder 649 BGB) beendet werden können.⁴⁶

7. Beschäftigung nach dem Ende des Beschäftigungsverbots

Neu eingefügt wurde § 25 MuSchG „Beschäftigung nach dem Ende des Beschäftigungsverbots“. Dieser Paragraph regelt nunmehr ausdrücklich, dass die Frau nach Ende eines Beschäftigungsverbots das Recht hat, entsprechend den vertraglich vereinbarten Bedingungen beschäftigt zu werden. Auch dies geschieht in Umsetzung des Europäischen Rechts. Damit dürfte klargestellt sein, dass ein Anspruch auf den vorherigen Arbeitsplatz nicht besteht. Die Frau kann nicht zwingend die Rückkehr auf ihren bisher inne gehaltenen Arbeitsplatz beanspruchen, sie hat lediglich Anspruch auf eine Beschäftigung „entsprechend den vertraglich vereinbarten Bedingungen“. Im Rahmen des Direktionsrechtes kann die Frau daher auch auf einem anderen Arbeitsplatz eingesetzt werden.

⁴² Bayreuther, NZA 2017 S. 1145, 1146.

⁴³ Schiefer/Heitmann, PuR 2017 S. 179 zur Neuregelung des § 95 Abs. 2 SGB IX.

⁴⁴ Schiefer, Die Abmahnung, Düsseldorf Schriftenreihe, 3. Aufl., S. 58.

⁴⁵ Bayreuther, NZA 2017 S. 1145, 1149.

⁴⁶ Bayreuther, NZA 2017 S. 1145, 1149.

8. Mitteilungs- und Aufbewahrungspflichten des Arbeitgebers (§ 27 MuSchG)

Nach § 27 Abs. 1 Nr. 1 MuSchG hat der Arbeitgeber die zuständige Aufsichtsbehörde unverzüglich zu unterrichten, wenn eine Frau ihm mitgeteilt hat, dass sie schwanger ist oder stillt. Die Mitteilung über das Stillen hat aber nur zu erfolgen hat, wenn der Arbeitgeber die Aufsichtsbehörde nicht schon über die Schwangerschaft der stillenden Frau informiert hat (§ 27 Abs. 1 Nr. 1b MuSchG). Die Mitteilung hat unverzüglich zu erfolgen. Das Unterlassen der Meldepflicht ist bußgeldbewehrt (§ 32 Abs. 1 Nr. 11 MuSchG).

Entfallen ist die bisherige Meldepflicht nach § 9 Abs. 2 MuSchG a.F. bei Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch die Arbeitnehmerin.

Zudem nennt die Vorschrift Unterlagen, die der Arbeitgeber aufzubewahren und bei Aufforderung der Aufsichtsbehörde vorzulegen hat

9. Besonderes Kündigungsrecht der Frau

Ersatzlos entfallen wird zum 01.01.2018 das bisher in § 10 Abs. 1 MuSchG a.F. geregelte Recht der Frau, das Arbeitsverhältnis während der Schwangerschaft und der nachgeburtlichen Schutzfrist ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zum Ende der Schutzfrist nach der Entbindung zu kündigen.

III. Fazit:

Die Vereinbarkeit von Familie und Beruf ist von hoher Bedeutung.⁴⁷ In diesem Sinne kommt auch dem MuSchG eine wichtige Bedeutung zu. Ob die Novellierung hierzu allerdings beitragen kann, ist fraglich. Die Bewertung der Novellierung fällt zwiespältig aus. Der Anwendungsbereich ist – z.T. systemwidrig – erweitert worden. Das Gesetz ist im Verhältnis zu der bisherigen Regelung besser strukturiert. Die Beschäftigungsverbote sind z.T. ausgeweitet worden. Zum Teil findet sich aber auch eine Flexibilisierung. Überzogen und mit erheblichen neuen Verpflichtungen für den Arbeitgeber einhergehend ist die vorzunehmende abstrakte Gefährdungsbeurteilung. Die Ausweitung des Kündigungsschutzes auf Vorbereitungs-handlungen dürfte die Praxis vor erhebliche Probleme stellen. Wieder einmal wird die Rechtsprechung es richten müssen. Insgesamt verschärft die Novellierung die Anforderungen an die Arbeitgeber und führt zu einem ganz erheblichen „Mehr“ an Bürokratie und Kosten.

⁴⁷ Schiefer, PuR 2014 S. 116.