

Dr. Elke Roos
Richterin am Bundessozialgericht
Bundessozialgericht
Graf-Bernadotte-Platz 5
34119 Kassel

Deutscher Bundestag
Ausschuss f. Familie,
Senioren, Frauen u. Jugend
Ausschussdrucksache
18(13)87g

12. September 2016

Gesetz zur Neuregelung des Mutterschutzrechts

Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 28. Juni 2016 – BT-Drucks
18/8963

I. Die Ausgangslage

1. Geschichte

Die Geschichte des Mutterschutzes ist die Geschichte von Frauen in Beschäftigung. Eckpfeiler des Mutterschutzes waren stets das Beschäftigungsverbot und die finanzielle Absicherung während eines Beschäftigungsverbots. Erste Beschäftigungsverbote nach der Entbindung waren bereits in der Gewerbeordnung von 1878 enthalten, die finanzielle Absicherung erfolgte im Krankenversicherungsgesetz von 1883 durch ein Wochengeld in Höhe des Krankengelds. Diese Säulen prägen seitdem trotz aller Detailänderungen und –verbesserungen den Mutterschutz. Als Konsequenz aus dem in Art 6 Abs 4 GG gewährleisteten Anspruch jeder (werdenden) Mutter auf Schutz und Fürsorge der Gemeinschaft wurden sie später ergänzt um den Kündigungsschutz im Mutterschutzgesetz von 1952 und den Mutterschaftsurlaub von 1979, der später im Erziehungsurlaub und nunmehr in der Elternzeit aufgegangen ist.

2. Grenzmaterie

Mutterschutz war und ist rechtlich gesprochen eine Grenzmaterie. Eine Grenzmaterie zwischen Arbeits- bzw öffentlichem Dienstrecht, Arbeitsschutz- bzw Unfallversicherungs-

und Krankenversicherungsrecht, zwischen Zivilrecht und öffentlichem Recht und zwischen Bundes- und Landesrecht mit unterschiedlichen Regelungszuständigkeiten und überlappenden Regelungsinhalten. Hieraus erklärt sich, warum der Mutterschutz für beschäftigte Frauen nicht in einem einheitlichen (Bundes)-Gesetz geregelt war und ist, sondern für Arbeitnehmerinnen grundsätzlich das MuSchG und SGB V (bzw KVLG) gelten, für Beamtinnen und Mütter in ähnlichen öffentlichen Dienstverhältnissen hingegen grundsätzlich das Beamtenrecht des Bundes und vergleichbare Regelungsmaterien des Bundes und der Länder (zB die auf der Ermächtigungsgrundlage des § 79 BBG bzw auf landesrechtlichen Ermächtigungen erlassenen Mutterschutzverordnungen). Hieraus erklärt sich weiter, warum neben dem speziell mütterbezogenen Gesundheitsschutz durch die ua aufgrund des § 2 Abs 4 Nr 2 MuSchG als Art 1 der Mutterschutzrichtlinienverordnung (MuSchRiV) ergangene Verordnung zum Schutz der Mütter am Arbeitsplatz (MuSchArbV) auch die allgemeinen Gesundheitsschutzregelungen ua des ArbSchG einschließlich der hierzu ergangenen Verordnungen Geltung beanspruchen, etwa die Arbeitsstätten-Verordnung, Gefahrstoffverordnung, die Biostoffverordnung, die Lärm- und Vibrations-Arbeitsschutzverordnung, aber auch das Arbeitssicherheitsgesetz (ASiG) sowie die Unfallverhütungsvorschriften der Unfallversicherungsträger (§ 15 SGB VII). Der nationale Arbeitsschutz ist wiederum wesentlich das Ergebnis (der verbindlichen Umsetzung) europäischen Arbeitsschutzrechts (vgl insbesondere die grundlegende Richtlinie 89/391/EWG über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit und als deren 10. Einzelrichtlinie die schwangere Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillende Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz betreffende Richtlinie 92/85/EWG). Und über allem schwebt der Grundsatz der Gleichberechtigung der Geschlechter, auf europäischer Ebene vorgegeben durch die Richtlinie 76/207/EWG (Gender-Richtlinie) und auf nationaler Ebene durch Art 3 Abs 2 GG, wie spätestens seit der Entscheidung des BVerfG vom 18.11.2003 – 1 BvR 302/96 - zum Arbeitgeberzuschuss (§ 14 MuSchG) hinlänglich bekannt.

3. Reformbedarf

Grob skizziert ist die gegenwärtige Situation gekennzeichnet durch ein verschachteltes Geflecht von Normen auf europäischer und nationaler, gesetzlicher und untergesetzlicher Ebene. Hier will der Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 28. Juni 2016 Abhilfe durch transparentere Regelungen (Integration der MuSchArbV) schaffen. Zugleich will er dabei die

für nötig befundene inhaltliche Modernisierung durch einen Leitbildwechsel in Angriff nehmen, nämlich die Erweiterung des persönlichen Geltungsbereichs auf arbeitnehmerähnliche Personen, Schülerinnen und Studentinnen, die Verstärkung des Präventivschutzes durch gestaffelte Gefährdungsbeurteilungen sowie die Begünstigung eines partizipativen Ansatzes durch Förderung der Kommunikation zwischen Arbeitgeber und (werdender) Mutter nebst Beratung der Aufsichtsbehörden. Abgerundet wird die angestrebte Reform des Mutterschutzes durch eine beabsichtigte Optimierung des Diskriminierungsschutzes (Sicherstellung mutterschutzrechtlicher Vorgaben unabhängig von der Beschäftigung von Frauen).

Soweit ersichtlich wird der grundlegende Reformbedarf im Ansatz nicht in Zweifel gezogen. Die Kritikpunkte entzündeten sich überwiegend an abweichenden sozial- oder rechtspolitischen Vorstellungen dahin, dass durch weitergehende Schutzmechanismen möglichst aussperrender Mutterschutz vermieden wird und Frauen in Beschäftigung verbleiben können oder aber mit Blick auf den damit verbundenen bürokratischen und finanziellen Aufwand im Gegenteil mehr Praxisbezug und Handhabbarkeit für unentbehrlich gehalten werden (s. u.a. Zusammenstellung der Stellungnahmen der Verbände auf der Homepage des Deutschen Frauenrats, abrufbar unter www.frauenrat.de; vgl. auch Nebe, Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Mutterschutzrechts, JurisPR-ArbR 28/2016 Anm. 1 mwN). Sozial- und rechtspolitische Erwägungen dieser Art betreffen zunächst einmal das Gestaltungsermessen des Gesetzgebers und sind deshalb nicht Gegenstand dieser Stellungnahme. Auch aus rechtlicher Sicht sind in den Stellungnahmen der Verbände aber bereits eine Anzahl von Aspekten hervorgehoben worden, die Überprüfungsbedarf erkennen lassen bzw. bereits ausgelöst haben. So wird die Bundesregierung den vom Bundesrat aufgegriffenen Vorschlag prüfen, den in § 27 MuSchG-E neu vorgesehenen Ausschuss für Mutterschutz fachlich an das BMAS und die dort ressortierende Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin und nicht an das Bundesamt für Familie und zivilgesellschaftliche Aufgaben (§ 27 Abs. 6 MuSchG-E) anzubinden (BR-Drucks. 230/16 S. 6). Insbesondere ließe sich darüber hinaus bei den nachfolgend skizzierten (Neu-)Regelungen nachjustieren, die der Gesetzentwurf anstrebt.

II. Der Gesetzentwurf

1. Struktur und Terminologie

Der Gesetzentwurf vom 28. Juni 2016 orientiert sich formal am geltenden Mutterschutzrecht. Auch wenn wegen der beabsichtigten differenzierten Regelung zum Gesundheitsschutz (§§ 3 - 15 MuSchG-E) fortbestehende Regelungen unnummeriert werden (zB §§ 11 ff MuSchG werden §§ 17 ff MuSchG-E), bleibt doch hervorzuheben, dass der Entwurf sich um Anwenderfreundlichkeit dadurch bemüht, dass die bisherigen 7 Regelungsbereiche (7 Abschnitte: „Allgemeine Vorschriften, Beschäftigungsverbote, Kündigung, Leistungen, Durchführung von Gesetzen, Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, Schlussvorschriften“) als solche erhalten werden und sich abgesehen von redaktionellen Anpassungen auf die Umwidmung des 2. Abschnitts in „Gesundheitsschutz“ beschränken. Ebenfalls positiv anzumerken ist, dass der Gesetzgeber entsprechend dem Vorbild des ArbSchG durch „vor die Klammer gezogene“ Begriffsbestimmungen (§ 2 MuSchG-E) sprachliche Vereinfachung zu erlangen sucht. Vornehmlich vermeidet die alle natürlichen und juristischen Personen bzw rechtsfähigen Personengesellschaften umfassende Definition des „Arbeitgebers“ (§ 2 Abs 2 MuSchG-E) Unvollständigkeiten, die den Anschein von Nachlässigkeit im Umgang mit geschlechtergerechter Sprache oder gar dahinter stehenden Sachverhalten erwecken. Zugleich kann mit Hilfe dieser Technik der Wildwuchs des sprachlichen „Genderns“ in Grenzen gehalten werden (vgl anders zB Gesetz zur Verbesserung der Eingliederungschancen am Arbeitsmarkt vom 20. Dezember 2011, hierzu Roos NJW 2012, 652, 653). Anzumerken bleibt, dass im Interesse weiterer Vereinheitlichung an anderer Stelle (§ 20 MuSchG-E) die für die Berechnung von Lohnersatzleistungen übliche terminologische Orientierung an Bemessungs- und Bezugszeiten (vgl zB § 150 SGB III nF, aber auch § 2b und § 2d Abs 3 BEEG) in Erwägung gezogen werden könnte.

2. Persönlicher Geltungsbereich (§§ 1, 2 MuSchG-E)

a) Frau

Der Gesetzentwurf umschreibt als vom Schutzbereich erfasste Frau jede Person, die schwanger ist, ein Kind geboren hat oder stillt (§ 2 Abs 1 Halbs 1 MuSchG-E). Bereits damit sind selbstverständlich auch alle in Betracht kommenden Fälle von Intersexualität oder Transsexualität erfasst, denen der Gesetzentwurf besondere Aufmerksamkeit schenkt (Begründung S 52). Der zusätzlich mit Blick auf Problemstellungen des Deutschen Ethikrates zur Intersexualität und auf die zu § 8 TSG ergangene Rechtsprechung des BVerfG (BVerfGE 128, 109 ff) aufgenommene Hinweis auf die Unabhängigkeit von dem im Geburtseintrag

angegebenen Geschlecht (§ 2 Abs 1 Halbs 2 MuSchG-E) trägt deshalb zu weiterer Klarheit nicht bei und wirft im Gegenteil die Frage auf, aus welchen sonstigen Gründen er Eingang in den Entwurf gefunden haben könnte. Spekulationen dieser Art Vorschub zu leisten, scheint nicht zielführend. Umgekehrt findet sich im Gesetzentwurf kein expliziter Hinweis zur Reproduktionsmedizin, obwohl diese Gegenstand breiter Diskussionen ist, wie unlängst wieder auf dem Forum Abstammungsrecht des DAV im Juni 2016. Einige Varianten der Reproduktionsmedizin haben ihren Eingang in den Leistungskatalog der GKV gefunden (§ 27a SGB V nebst konkretisierenden Richtlinien des Bundesausschusses für Ärzte und Krankenkassen <heute GBA> über Maßnahmen zur künstlichen Befruchtung). Andere sind nicht erlaubt (vgl Embryonenschutzgesetz <ESchG>), werden aber offenbar – und sei es grenzüberschreitend – praktiziert. Der Gesetzentwurf äußert sich demgegenüber weder dezidiert zur In-Vitro-Fertilisation und zum relevanten Zeitpunkt einer dadurch hervorgerufenen Schwangerschaft (Befruchtung der Eizelle in vitro, Embryonentransfer – so BAG NZA 2015, 734 - oder Nidation) noch beschäftigt er sich mit dem nachgeburtlichen Mutterschutz von Bestellmüttern. Letzteres ist vergleichsweise nur unproblematisch, sofern der persönliche Anknüpfungspunkt einer Schutzvorschrift von Bestellmüttern erfüllt werden kann, etwa durch das Stillen. Eine weitere Regelung des nationalen Rechts mag nicht angezeigt sein, weil das ESchG ärztliche Leistungen zur Herbeiführung einer Leihmutterschaft in Deutschland nicht erlaubt. Nichtsdestotrotz ermöglicht der medizinische Fortschritt faktisch Leih- und Bestellmutterschaften, so dass die aufgeworfene Frage aus diesem Grund einer Klärung zugeführt werden sollte (vgl Brose NZA 2016, 604 ff mwN). Der EuGH hat hierzu festgestellt, dass die Richtlinie 92/85/EWG die Mitgliedstaaten zwar nicht verpflichtet, aber auch nicht hindert, Bestellmüttern Mutterschutz zu gewähren (EuGH Urteil vom 18.3.2014 – C – 167/12), also etwa durch eine Schutzfrist nach der „Geburt“ mit Anspruch auf Mutterschaftsgeld. Wenn eine so weitgehende Regelung nicht beabsichtigt ist, könnte gleichwohl eine entsprechende Klarstellung in § 2 Abs 1 MuSchG-E angezeigt sein, dass reproduktionsmedizinisch herbeigeführte Bestellmutterschaft keinen besonderen Mutterschutz genießen soll.

b) Beschäftigungsverhältnis

Der Gesetzentwurf knüpft zentral an das Beschäftigungsverhältnis iSd § 7 Abs 1 SGB IV an. Das geltende Recht eröffnet den Geltungsbereich des MuSchG dagegen in erster Linie für Frauen, die in einem Arbeitsverhältnis stehen (§ 1 Nr 1 MuSchG). Der Entwurf hebt sich

insoweit auch vom geschützten Personenkreis iSd § 2 Abs 2 ArbSchG ab. Diese Anknüpfung an § 7 Abs 1 SGB IV bietet Anlass zu Irritationen. Der sozialversicherungsrechtliche Begriff des Beschäftigungsverhältnisses deckt sich nicht mit dem Begriff des Arbeitsverhältnisses. Beschäftigung ist danach jede nichtselbständige Arbeit und nur „insbesondere“ die in einem Arbeitsverhältnis (§ 7 Abs 1 S 1 SGB IV). Entsprechend seiner sozialversicherungsrechtlichen Steuerungsfunktion erfasst das Beschäftigungsverhältnis ggf auch persönlich abhängige Organmitglieder von Gesellschaften und Vertretungsorgane sonstiger juristischer Personen, Arbeit im öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis, Ehrenbeamte oder Freiberufler oder wirtschaftlich abhängige arbeitnehmerähnliche Personen. Hieran knüpfen zB Vorschriften über die Versicherungspflicht (zB § 2 S 1 Nr 9 SGB VI) und Versicherungsfreiheit im Rentenrecht (zB § 5 SGB VI) an (vgl Knospe in: Hauck/Noftz, SGB IV, § 7 RdNr 35 ff). Dies ist im MuSchG konzeptionell bisher so nicht angelegt. Selbst wenn sich der Gesetzentwurf vom 28. Juni 2016 von der Fokussierung auf den Arbeitnehmerschutz des geltenden Rechts nunmehr verabschieden will, sollte der sozialversicherungsrechtliche Ansatz überdacht werden. Der Beschäftigtenbegriff des Sozialversicherungsrechts ist funktionsdifferent im Sinne einer den Aufgaben der Sozialversicherung förderlichen offenen Fortentwicklung ausgestaltet.

Der beabsichtigte Schutz von persönlich abhängigen Fremdgeschäftsführerinnen und Minderheiten-Gesellschafter-Geschäftsführerinnen (S 48 der Begründung) kann auch durch Aufnahme in den Katalog des § 1 Abs 2 MuSchG-E gelingen. Sozialversicherungsrechtliche Regelungsbereiche betreffen demgegenüber wesentlich nur das Mutterschaftsgeld (§ 18 MuSchG-E). Zumindest sollte deshalb eine Klärung herbeigeführt werden, ob und welche Konsequenzen sich aus dem abweichend gewählten Regelungsansatz ableiten, etwa auch für den (gerichtlichen) Rechtsschutz. Als Arbeitnehmerinnen gelten nach § 5 Abs 1 S 3 ArbGG nicht Personen in Betrieben einer juristischen Person oder einer Personengesamtheit, die kraft Gesetzes, Satzung oder Gesellschaftsvertrags allein oder als Mitglieder des Vertretungsorgans zur Vertretung der juristischen Person oder der Personengesamtheit berufen sind, also auch die jetzt über den Beschäftigtenbegriff des § 7 Abs 1 SGB IV neu einbezogenen und in persönlicher Abhängigkeit stehenden GmbH-Fremdgeschäftsführerinnen und GmbH-Minderheiten-Gesellschafter-Geschäftsführerinnen (Begründung S 48; vgl BAG NZA 2015, 60). Dies gilt in ähnlicher Weise für die neu einbezogenen Schülerinnen und Studentinnen (§ 1 Abs 2 Nr 8 MuSchG-E), die anders als die zudem in den Schutzbereich des § 1 MuSchG

neu einbezogenen arbeitnehmerähnlichen Personen ebenfalls nicht in den Geltungsbereich des § 5 ArbGG fallen.

3. Verlängerung der Schutzfristen bei Behinderung (§ 3 Abs 2 S 2 Nr 3, S 4 MuSchG-E)

Der Gesetzentwurf sieht eine Verlängerung der Schutzfrist nach der Entbindung auf 12 Wochen vor, wenn vor Ablauf von 8 Wochen nach der Entbindung bei dem Kind eine Behinderung ärztlich festgestellt wird (§ 3 Abs 2 S 2 Nr 3 MuSchG-E). Die Schutzfrist nach der Entbindung verlängert sich nur, wenn die Frau dies beantragt (§ 3 Abs 2 S 4 MuSchG-E). Der Gesetzentwurf verweist insoweit auf die ärztliche Feststellung einer Behinderung iSd § 2 Abs 1 S 1 SGB IX. Menschen sind behindert, wenn ihre körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweichen und daher ihre Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist. Behinderungen beschränken sich angesichts des Verweises auf das SGB IX nicht auf gesundheitliche Beeinträchtigungen, sondern sind Teilhabebeeinträchtigungen, für deren Feststellung die Versorgungsverwaltung zuständig ist, die diese Entscheidung mit Hilfe des sozialmedizinisch geschulten versorgungsmedizinischen Dienstes trifft und im Übrigen auch nur trifft, wenn die Auswirkungen auf die Teilhabe am Leben in der Gesellschaft einen Grad der Behinderung von wenigsten 20 rechtfertigen (§ 69 Abs 1 S 1, 4 und 5 SGB IX). Feststellungen nach § 69 SGB IX sind bei Kindern, zumal Kleinkindern oder gar wenige Wochen alten Säuglingen der Natur der Sache nur unter erschwerten Voraussetzungen möglich, Teilhabeauswirkungen treten häufig erst später ein (zB beim Kleinwuchs, vgl BSGE 50, 217). Der Gesetzentwurf (Begründung S 55) verweist zwar darauf, dass es für die Auslösung der Schutzfrist des § 3 MuSchG-E „keines Verfahrens zur Feststellung der Behinderung“ nach § 69 SGB IX bedarf und es im Übrigen nur darauf ankommen soll, ob eine Behinderung iSv § 2 SGB IX „zu erwarten“ ist. Damit wird deutlich, dass ein Antrag bei der Versorgungsverwaltung ebenso wenig das Anliegen des Gesetzgebers ist wie der für die Auslösung der Schutzfristen des § 3 MuSchG-E gänzlich ungeeignete Eintritt des nach § 2 SGB IX vorausgesetzten Dauerzustands. Unklar bleibt aber, ob die geforderten ärztlichen Feststellungen angesichts des Verweises auf § 2 Abs 1 SGB IX an einer zu erwartenden Teilhabebeeinträchtigung ausgerichtet werden müssen oder mit Blick auf die „besonderen körperlichen und psychischen Belastungen der Mutter“ gleichwertige Feststellungen gesundheitlicher Beeinträchtigungen des Kindes von erheblichem Ausmaß ausreichen, etwa schwerwiegende Infektionen. Hierfür spricht, dass an die ärztliche

Feststellung keine besonderen sozialmedizinischen Kenntnisse gestellt werden. Wenn sich die ärztlichen Feststellungen dagegen ausschließlich an einer zu erwartenden Teilhabebeeinträchtigung iSd § 2 SGB IX orientieren sollen, bleibt die Frage offen, warum für diesen sozialmedizinischen Sachverhalt keine besonderen sozialmedizinischen Kenntnisse gefordert werden. Der Gesetzentwurf sollte hier eine Klarstellung vorsehen und dabei insbesondere auch noch einmal Gleichstellungssachverhalte prüfen.

4. Gefährdungsbeurteilung

Der Gesetzentwurf regelt eine mehrstufig ausgestaltete Gefährdungsbeurteilung durch den Arbeitgeber (§§ 8, 9 MuSchG-E). Der neue Mutterschutz sieht vor, dass für jede Tätigkeit im Rahmen des allgemeinen Arbeitsschutzes bei der Beurteilung der Arbeitsbedingungen (§ 5 ArbSchG) Gefährdungen zunächst abstrakt zu beurteilen sind, denen werdende und stillende Mütter ausgesetzt sind oder sein können. Nur bei Gleichartigkeit eines Arbeitsplatzes oder einer Tätigkeit reicht eine Gefährdungsbeurteilung (§ 9 Abs 1 S 1 Nr 1, S 2 MuSchG-E). Das geht tendenziell über § 1 Abs 1 S 1 MuSchArbV hinaus, der bisher eine Gefährdungsbeurteilung nur für Tätigkeiten verlangt, bei denen werdende oder stillende Mütter durch bestimmte Stoffe, Faktoren oder Bedingungen gefährdet werden können. Auch Arbeitsplätze, bei denen von vornherein feststeht, dass sie für die Dauer ihrer Existenz nicht mit Frauen im gebärfähigen Alter besetzt werden, unterliegen demgegenüber nunmehr der abstrakten Gefährdungsbeurteilung (Begründung S 68). Im Falle einer abstrakten Gefährdungsbeurteilung ist zu ermitteln, ob und welche Schutzmaßnahmen erforderlich sind, um eine unverantwortbare Gefährdung auszuschließen (§ 9 Abs 1 S 1 Nr 2 MuSchG-E iVm § 8 Abs 2 iVm § 12 Abs 1 Nr 1 MuSchG-E). Bei Eintritt einer Schwangerschaft oder bei Stillen sind die Schutzmaßnahmen vom Arbeitgeber fallbezogen zu konkretisieren und festzulegen (§ 9 Abs 2 MuSchG-E), anderenfalls ein Beschäftigungsverbot eintritt (§ 9 Abs 3 MuSchG-E). Der Gesetzentwurf geht mit dieser deutlich gestuften Gefährdungsbeurteilung für ausnahmslos jede Tätigkeit über das Konzept des ArbSchG und die MuSchArbV hinaus. Ob gerade der angeführte Diskriminierungsschutz (Begründung S 68) den abverlangten Prüfaufwand für ausnahmslos jede Tätigkeit zu rechtfertigen vermag, dürfte rechtliche Zweifel an der Verhältnismäßigkeit begünstigen. Die fehlenden Vorgaben zur Durchführung der abstrakten und konkreten Gefährdungsbeurteilungen erzeugen darüber hinaus Rechtsunsicherheit und eröffnen uU ungewollte Interpretationsmöglichkeiten des Rechtsanwenders. Die Regelung sollte durch klare Vorgaben ergänzt werden, wer was genau

zu tun hat (vgl auch den Vorschlag des Bundesrats zu einem § 9 Abs 1a MuSchG-E (BR-Drucks 230/16 S 4). Soweit Einzelheiten speziell zur Beurteilung der Arbeitsbedingungen doch wieder einer VO überlassen werden (§ 28 Nr 3 MuSchG-E), rückt der Gesetzentwurf im Übrigen von seiner eigenen Zielsetzung erhöhter Transparenz durch Integration von Verordnungstexten ab.

Dies gilt gleichermaßen für die Einführung des unbestimmten Rechtsbegriffs der „unverantwortbaren Gefährdung“ (§ 8 Abs 2 S 2 und 3 MuSchG-E), den der Gesetzentwurf neu einführt, um die Grenze zu markieren, ab der notfalls ein Beschäftigungsverbot eintritt (§ 12 Abs 1 Nr 3 MuSchG-E). Die "unverantwortbare Gefährdung" definiert der Gesetzentwurf nur vage als nicht hinnehmbare Eintrittswahrscheinlichkeit angesichts des zu erwartenden Schadensausmaßes (S 2). Weiteren Anhalt erhält der Rechtsanwender nur dadurch, dass der Ausschluss der „unverantwortbaren Gefährdung“ gesetzlich fingiert wird, wenn der Arbeitgeber alle Vorgaben einhält, die aller Wahrscheinlichkeit nach eine gesundheitliche Beeinträchtigung vermeiden (S 3). Die weitere Ausgestaltung überlässt der Gesetzentwurf entgegen der erklärten Selbstverpflichtung des Gesetzgebers zu mehr Transparenz wiederum einer VO (§ 28 Nr 1 MuSchG-E). Nach den im Gesetzentwurf vorgezeichneten Rahmenvorgaben wird lediglich deutlich, dass sich der Ausschluss der „unverantwortbaren Gefährdung“ anhand der Grenzwerte des allgemeinen Arbeitsschutzes bemisst (vgl §§ 10, 11 MuSchG-E; Begründung S 66). Die Grenzziehung läuft deshalb auf eine Differenzierung nach der Einhaltung bzw Nichteinhaltung von rechtlich als maßgeblich einzustufenden Grenzen und im Übrigen auf eine wertende Betrachtung von Näherungswerten hinaus. Das Unterfangen, einen solchen Gefährdungsausschluss im Gesetz zu installieren, wird so kaum sicher gelingen und praktisch auf ein Beschäftigungsverbot hinauszulaufen. Bei Einhaltung der Grenzwerte zB des Gefahrstoffrechts gilt eine unverantwortbare Gefährdung zugunsten des Arbeitgebers zwar als ausgeschlossen. Das hilft aber nur für diese Teilbereiche und gibt auch nur einen Anhalt für die Auslösung der gesetzlichen Fiktion, beseitigt also weder die Unsicherheiten entlang der Grenzwerte noch gibt dieser Hinweis eine Hilfestellung etwa in Bereichen, die nicht über gleichermaßen griffige Grenzwerte verfügen, etwa im Bereich der psychosozialen Gefährdung. Die psychosoziale Belastung listet der Gesetzentwurf in §§ 10, 11 MuSchG-E zwar nicht als selbstständigen Gefährdungstatbestand auf. Aber auch ohne gesonderte Regelung in einem eigenständigen Absatz (vgl zB Forderung nach einer gesonderten Regelung für psychische Belastungen in: Stellungnahme des djb vom 29.3.2016 S 9) ermöglicht der Gesetzentwurf bereits gegenwärtig Schutz vor Gefährdungen der

psychischen Gesundheit und sucht diese gleichfalls zu minimieren bzw im Falle der Unverantwortbarkeit ebenfalls auszuschließen (§ 8 Abs 1 S 1 MuSchG-E). Die damit verbundenen Unwägbarkeiten lassen sich in Bezug auf die angestrebte Weiterbeschäftigung werdender und stillender Mütter nur unzureichend vermeiden, so dass ein Verzicht auf diese Neuregelung erwogen werden sollte.

5. Ärztliches Beschäftigungsverbot (§ 15 MuSchG-E)

Mit der Beibehaltung des ärztlichen Beschäftigungsverbots (§ 3 Abs 1 MuSchG) bleibt eine Regelung erhalten, die in der Rechtsanwendung schon immer zu erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten geführt hat. Gemeint ist die Abgrenzung des ärztlichen Beschäftigungsverbots zur Vermeidung einer Gesundheitsgefährdung von (werdender) Mutter und Kind bei fortdauernder Beschäftigung einerseits und krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit gesetzlich Krankenversicherter mit Anspruch auf Krankengeld (§ 44 SGB V) andererseits. Die Konsequenzen sind erheblich. Im Falle eines Beschäftigungsverbots erhält die Schwangere vollen Mutterschutzlohn vom Arbeitgeber (§ 11 MuSchG, § 17 MuSchG-E) und der Arbeitgeber eine 100%-Erstattung im U2-Verfahren (vgl § 1 Abs 2 AAG). Im Falle von Arbeitsunfähigkeit zahlt der Arbeitgeber zunächst den Lohn für die Dauer von 6 Wochen fort (§ 3 Abs 1 S 1 EFZG), anschließend wird Krankengeld iHv 70vH des Regelentgelts gezahlt (§ 47 Abs 1 S 1 SGB V). Der Arbeitgeber ist je nach Betriebsgröße auf eine 80%-Erstattung im U1-Verfahren verwiesen (vgl § 1 Abs 1 AAG). Die Frage, wann im Falle einer Schwangerschaft eine zur Arbeitsunfähigkeit führende Erkrankung is eines regelwidrigen Gesundheitszustands gegeben ist oder eben eine der Weiterbeschäftigung entgegenstehende Gefährdung der Schwangeren und ihres Kindes hängt von tatsächlichen Feststellungen ab (für den entsprechenden Fall der Arbeitslosigkeit vgl BSGE 109, 300 mwN), die sich im Einzelfall kaum befriedigend treffen und auch nicht überprüfen lassen. Im Interesse der Rechtsklarheit sollte überdacht werden, ob in allen Fällen, in denen zumindest auch (mitursächlich) schwangerschaftsspezifische Probleme einer Weiterbeschäftigung entgegenstehen, ein Beschäftigungsverbot gesetzlich vermutet werden sollte (vgl Zimmermann in Roos/Bieresborn, MuSchG, § 3 RdNr 80).

III. Fazit

Die mit dem Gesetzentwurf angestrebte Ausweitung und Verdichtung des Mutterschutzes führt in Teilbereichen zu Regelungen, die mit dem Risiko erheblicher Rechtsunsicherheit behaftet sind und die sich deshalb in der Praxis nur begrenzt umsetzen lassen werden. Damit wird der angesteuerte Schutzzweck selbst in Frage gestellt. Im weiteren Verfahren empfiehlt sich deshalb eine klarere Konturierung im Kernbereich des Gesetzes (insbes persönlicher Geltungsbereich, Gefährdungsbeurteilung), ggf ein Verzicht auf zu komplexe Regelungen.

(Dr. Roos)