

Arbeitskreis Frauengesundheit in Medizin, Psychotherapie und Gesellschaft e. V. (AKF) **Gesetz zur Neuregelung des Mutterschutzrechts**

Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (Stand 3.3.2016 – leicht gekürzt)

A. 1. EU-Recht und europäisch vorgegebenes Leitbild

Die Reform muss europäische Vorgaben berücksichtigen, d. h. in erster Linie die Richtlinie 92/85/EWG (Mutterschutzrichtlinie), die wiederum systematisch eng mit dem betrieblichen Arbeitsschutz verknüpft ist. Die MutterschutzRL ist als 10. Einzelrichtlinie zur RL 89/391/EWG (ArbeitsschutzrahmenRL) ergangen. Nach europäischem Verständnis ist Mutterschutz auch Teil des betrieblichen Arbeitsschutzes. Der betriebliche Mutterschutz wiederum basiert auf kommunikativ-partizipativen Instrumenten (Gefährdungsbeurteilung, Unterweisung, Information, Beteiligung).

Der Schutz vor Gefährdungen am Arbeitsplatz in der Schwangerschaft und frühen Mutterschaft steht zugleich in enger Wechselwirkung mit der RL 2006/54/EG (GeschlechtergleichbehandlungsRL). Art. 2 Abs. 2 lit. c) GeschlechtergleichbehandlungsRL verbietet ausdrücklich die Diskriminierung wegen Schwangerschaft oder Mutterschutz. Der EuGH stärkt dieses Verbot und tritt Benachteiligungen im Zusammenhang mit frauenspezifischen Schutzbestimmungen im Erwerbsleben immer wieder deutlich entgegen.

Aus der Ambivalenz von spezifischen Schutznormen darf keine Absenkung des Gefährdungsschutzes gefolgert werden. Vielmehr ist Mutterschutz Ausdruck materieller Gleichstellung (vgl. Erwägungsgrund Nr. 24 der RL 2006/54/EG) und durch materielle Rechtspositionen explizit abgesichert (z.B. arbeitsorganisatorische Anpassungspflichten, Kündigungsschutz usw. gem. RL 92/85/EWG und Rückkehrrecht gem. Art. 15 RL 2006/54/EG).

Unter dem Einfluss der Grundrechte, insbesondere Art. 21, 23, 33 EU-GRCh, aber auch schon Nr. 16 der Gemeinschaftscharta der Sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer von 1989, erfahren die Regelungen zur Verbesserung der work-life-Balance heute stärkere politische Aufmerksamkeit und so wird ein teilhabesichernder Mutterschutz im europäischen Rahmen heute auch als Teil einer geschlechtergerechten work-life-Balance verstanden (vgl. Begründung zur Überarbeitung der RL 92/85/EWG, KOM(2008) 637 endg).

Aus dieser im europäischen Recht angelegten dreifachen Schutzdimension lässt sich ein europäisches mutterschutzrechtliches *Leitbild* ableiten:

a) Mutterschutz folgt wie der allgemeine betriebliche Arbeitsschutz dem Grundsatz der Prävention und Kommunikation. Im Wege der vorbeugenden Gefährdungsbeurteilung, der Unterrichtung und Unterweisung über mögliche Gefährdungen und mögliche Schutzmaßnahmen sollen Risiken möglichst weit im Vorfeld (d. h. gerade auch für die sensible Phase der noch unbekannten Schwangerschaft) eruiert und minimiert werden. Die Initiativlast liegt hierfür wie im allgemeinen Arbeitsschutz beim Arbeitgeber.

b) Die Anpassung der Arbeitsbedingungen an den Menschen und nicht umgekehrt ist Ausdruck eines menschengerechten Arbeitsschutzes. Die Vielfalt menschlichen Lebens zeigt sich besonders in Phasen von Schwangerschaften/Stillzeiten und früher Mutterschaft. Gesicherte arbeitswissenschaftliche Erkenntnisse als Grundlagen des gestaltenden Arbeitsschutzes müssen die besonderen gynäkologischen Erkenntnisse einschließen. Die Gynäkologinnen sind in die Kommunikationsprozesse (dazu unten S. 12) einzubeziehen.

c) Bei den zu ergreifenden Schutzmaßnahmen hat der Arbeitgeber der Prämisse zu folgen, möglichst jegliche Schlechterbehandlung der Frau zu vermeiden. Um trotz Schwangerschaft eine weitest möglich berufliche Teilhabe zu gewähren, haben gestufte Anpassungsmaßnahmen Vorrang vor Freistellungen. Die gleichberechtigte Teilhabe auch und gerade in Verbindung mit Mutterschutz ist ein Recht und nicht Ausdruck eines Zeitgeistes (weder allein Ausdruck individueller oder ökonomischer Wunschvorstellungen, sondern Menschenrecht – Familienschutz, Frauenrechte, Kinderrechte).

d) Der mutterschutzbedingte Gefährdungsschutz wird durch flankierende Schutzmaßnahmen effektiviert. An erster Stelle steht insoweit das Kündigungsverbot während der besonderen Schutzbedürftigkeit. Aber auch der Erhalt der mit dem Arbeitsvertrag verbundenen Rechte und das gesicherte Rückkehrrecht nach einem Mutterschaftsurlaub sind Ausdruck materieller Gleichstellung in einer Phase, in der Frau und Kind des besonderen Schutzes bedürfen.

2. Verfassungsrecht im Spiegel der Rechtswirklichkeit

Das Bundesverfassungsgericht hat wiederholt, dass sich das Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG auf die gesellschaftliche Wirkung des Rechts erstreckt (BVerfG FamRZ 2011, 1645 ff.). Gleiche Erwerbschancen unabhängig vom Geschlecht müssen vom Gesetzgeber nicht nur formell, sondern auch tatsächlich durchgesetzt werden. In Deutschland bestehen bislang für Frauen keine gleichberechtigten Erwerbschancen. So beklagt der CEDAW-Sachverständigenausschuss gegenüber Deutschland die Besorgnis über das Fortbestehen durchgängiger Stereotypen und traditioneller Einstellungen gegenüber Frauen, die ihre Rechte zu untergraben drohen (Ziff. 27 der abschließenden Bemerkungen des Ausschusses bei der 43. Sitzung, 2009, CEDAW/C(DEU/CO 6)).

Der Erste Gleichstellungsbericht der Bundesregierung und die darin veröffentlichten Zahlen (BT-Drs. 17/6240, S. 110 ff.) belegen diese Kritik am tradierten Rollenbild. Während die Geburt eines Kindes auf das Arbeitszeitvolumen des Vaters gewöhnlich ohne Einfluss bleibt, eher dessen Arbeitszeitvolumen noch zunimmt, arbeiten Mütter deutlich häufiger in Teilzeit als alleinstehende oder kinderlose Frauen. Die Prekarisierung weiblicher Erwerbsverläufe hängt in Deutschland nach wie vor eng mit Schwangerschaft und beginnender Mutterschaft zusammen.

Zur Verwirklichung des Gleichberechtigungsbotes schafft der Gesetzgeber Instrumente zur Vereinbarkeit von beruflichen und familialen Pflichten (Eltern(teil)zeit, Pflege(teil)zeit, Familienpflegezeit usw.). Für die Phase der Schwangerschaft fehlt es bisher an phantasievollen gesetzgeberischen Ideen. Die ersten Schutzvorkehrungen für schwangere Frauen waren *Beschäftigungsverbote*. Der damit vorrangig verbundene Ausschluss von Erwerbsarbeit verhinderte Chancengleichheit. Dieser diskriminierenden Signalwirkung muss schon in der frühesten Phase einer Familiengründung entgegengesteuert werden. Schwangerschaft ist eine erste Lebenssituation, in der Vereinbarkeitsmodelle erprobt und gewährleistet werden müssen. Praktizierter, teilhabesichernder Mutterschutz ist ein entscheidender, weil weichenstellender Beitrag zur besseren Vereinbarkeit von Familie und Beruf und damit insgesamt zur work-life-Balance.

Der AKF plädiert dafür, die Reform des Mutterschutzes in Deutschland zu nutzen, um schon in der frühesten Phase der Vereinbarkeit von Familie und Beruf, in der Schwangerschaft, Modelle zur gesundheitsgerechten und teilhabesichernden Beschäftigungsförderung zu praktizieren. Dabei sind die Bedürfnisse der Frauen in ihren berufsgrup-

penspezifischen Situationen zu berücksichtigen.¹ Schwangerschaft, Geburt und Stillzeiten müssen in der gesellschaftlichen Wirklichkeit den Stellenwert erfahren, den sie verdienen, und dürfen nicht zu Risikofaktoren stilisiert werden, denen Frauen, unterstützt durch medizinisch-technisch bedenkliche Entwicklungen (z. B. durch Einfrieren von Eizellen weit aufgeschobene Kinderwünsche), auszuweichen versuchen.

B. Stellungnahme im Einzelnen

I. Struktur/Aufbau

1. Ziel und Regelungszweck normativ verankern

Moderne Gesetzgebung verdeutlicht ihre Zielsetzung eingangs eines Gesetzes und sichert im Wege deutlich formulierter Leitlinien eine Gesetzesanwendung im Sinne des Gesetzgebers. Das MuSchG-neu benötigt dringend eine klare Zielformulierung, idealer Weise in § 1.

Die Reform ist seit langem überfällig. Jedoch mangelt es in der Praxis der Akteure in Betrieben, Aufsicht und bei Sozialpartnern an einem Grundverständnis zur Chancengleichheit von Frauen und Männern in Beruf und Familie, dessen es für den zu vollziehenden Leitbildwechsel bedarf. Umso wichtiger ist es, den mit der Reform angestrebten erheblichen Leitbildwechsel normativ transparent zu machen, um den Schutzzweck für Auslegungsfragen verbindlich vorzugeben.

Vorschlag: Vorangestellte Formulierung in § 1 zu Ziel und Leitprinzipien (s.o. unter A 1. Leitbild), wobei auch auf die Formulierungen in der Gesetzesbegründung zurückgegriffen werden kann (S. 30 des Entwurfes):

- Umfassende Prävention von Gesundheitsgefährdungen, auch bereits für das Stadium noch unerkannter Schwangerschaft,
- gleichzeitig hohes Maß an Diskriminierungsschutz und Verwirklichung gleichberechtigter Teilhabe,
- partizipativer Mutterschutz – informierte Beteiligung der jeweiligen Frau und ihrer betrieblichen Interessenvertretung bei der Anpassung der Arbeitsbedingungen,
- betriebliche Gestaltungspflichten zur gesundheitsgerechten Beschäftigung, auch unter Berücksichtigung der individuellen Konstitution,
- (teilweise) Freistellung als letztes Mittel zum Gefährdungsschutz,

¹ Vgl. die Forderungen der Chirurgeninnen zur zeitgemäßen Anwendung des MuSchG unter www.dgou.de/presse/pressemitteilungen/detailansicht-pressemitteilungen/artikel/operieren-wachrend-der-schwangerschaft-chirurginnen-gewinnen-preis.html.

- voller Entgeltschutz,
- Kompensationsregelungen zur Vermeidung mitteilbarer Diskriminierungen,
- Rückkehrrechte diskriminierungsfrei sichern.

2. Systematische Wechselwirkungen zum ArbSchG und dessen weiteren Verordnungen

Im MuSchG-neu muss unbedingt der enge Zusammenhang zum betrieblichen Arbeitsschutz transparent normiert werden. Schon heute ist der Mutterschutz Teil des betrieblichen Arbeitsschutzes (vgl. § 4 Nr. 6 ArbSchG, vgl. Art. 16 RL 89/391/EWG und Grundlage der RL 92/85/EWG), was allerdings nicht hinreichend abgebildet ist.

Vorschlag: § 1 wird ergänzt um folgenden Absatz: „Der mutterschutzspezifische Gesundheitsschutz ist Teil des betrieblichen Arbeitsschutzes. Soweit sich aus dem MuSchG nichts Abweichendes ergibt, gelten daher im Übrigen die Bestimmungen des Arbeitsschutzgesetzes und der dazu ergangenen Rechtsverordnungen.“

II. Einzelregelungen

1. Anwendungsbereich – § 1

(...)

a) Bezugnahme auf § 2 Abs. 2 ArbSchG statt auf § 7 SGB IV

(...) Es entspricht heute in der Diskussion zu § 2 Abs. 2 ArbSchG allgemeiner Meinung, den Beschäftigtenbegriff, insbesondere den Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person unionsrechts- und damit schutzzweckbezogen auszulegen und so auch Organpersonen (wie z.B. Geschäftsführerinnen) in den Geltungsbereich des ArbSchG einzubeziehen (vgl. HK-ArbSchR/Schulze-Doll, 1. A., § 2 ArbSchG Rn. 19 f. m.w.N.).

Wiederum kann der Gesundheitsschutz nicht von der „wirtschaftlichen Unselbständigkeit“ abhängen (so aber Abs. 2 Nr. 7 des Entwurfs), sondern muss schon bei einer „vergleichbaren sozialen Schutzbedürftigkeit“ eingreifen (vgl. HK-ArbSchR/Schulze-Doll, § 2 ArbSchG Rn. 19).

Durch die Bezugnahme auf § 2 Abs. 2 ArbSchG würde eine zusätzliche Aufzählung in den Nr. 1 und 2 entfallen, da diese Frauen bereits in § 2 Abs. 2 Nr. 2 und 7 ArbSchG benannt sind.

Vorschlag: § 2 Abs. 2 S. 1 MuSchG-neu durch Bezugnahme auf § 2 Abs. 2 ArbSchG umformulieren und in Abs. 2 Nr. 7 die „wirtschaftliche Unselbständigkeit“ durch eine „vergleichbare soziale Schutzbedürftigkeit“ ersetzen.

b) Einbeziehung der Beamtinnen, Richterinnen und Soldatinnen (...)

Vorschlag: § 1 Abs. 2 S. 3 MuSchG-neu wird gestrichen. Die Aufzählung in § 1 Abs. 2 S. 2 MuSchG-neu muss nicht um die Beamtinnen, Richterinnen und Soldatinnen ergänzt werden, da diese bereits über den oben vorgeschlagenen Verweis auf § 2 Abs. 2 ArbSchG erfasst sind.

c) Einbeziehung von Studentinnen, Schülerinnen und Praktikantinnen

(...) Aber auch ohne zwingende EU-Vorgabe ist es gerade für den sensiblen Bereich des Mutterschutzes sinnvoll, Schülerinnen und Studentinnen ebenfalls in das Gesetz einzubeziehen. In einzelnen Verordnungen wurde von der gem. 18 Abs. 1 S. 2 ArbSchG eröffneten Möglichkeit bereits Gebrauch gemacht (vgl. nur § 2 Abs. 8 LärmVibrationsArbSchV, § 2 Abs. 7 GefStoffV, § 2 Abs. 9 BioStoffV, § 2 Abs. 11 OStrV).

Vorschlag: Studentinnen, Schülerinnen und Praktikantinnen sowie sonstige in Bildungseinrichtungen tätige Frauen, wie z. B. Doktorandinnen und Stipendiatinnen, werden den Beschäftigten gleichgestellt.

2. Begriffsbestimmungen – § 2

Der Arbeitgeberbegriff ist entsprechend der vorgeschlagenen Erweiterungen des Beschäftigtenbegriffs anzupassen.

Der gesonderten Definition der Beschäftigungsverbote in § 3 Abs. 2 MuSchG-neu bedarf es nicht. Vielmehr unterstreicht die Definition des Beschäftigungsverbotes eine mit diesen nach wie vor verbundene besondere Stellung im Mutterschutzrecht. Dies muss grundsätzlich überdacht werden. Weder das EU-Arbeitsschutz- bzw. Mutterschutzrecht noch das nationale Arbeitsschutzrecht kennen den Begriff des *Beschäftigungsverbotes*. Die Verbote, Beschäftigte bestimmten Gefährdungen auszusetzen, werden als *Expositionsverbote* bezeichnet. Die Zielrichtung wird damit deutlicher, nicht die Beschäftigung an sich, sondern bestimmte Einwirkungen/Expositionen während der Beschäftigung sind verboten. Lassen sich Expositionen nicht vermeiden, greift letztlich die automatische Arbeitsbefreiung bzw. die Freistellungspflicht.

Vorschlag: § 2 Abs. 1 MuSchG-neu ist entsprechend der Änderung von § 1 Abs. 2 MuSchG-neu zu erweitern. § 2 Abs. 2 MuSchG-neu kann ersatzlos gestrichen werden.

3. Abschnitt 2: Gesundheitsschutz

Der Abschnitt 2 sollte die Verantwortlichkeit des Arbeitgebers schon in der Überschrift und in den Zwischenüberschriften deutlich machen.

Vorschlag: Die Abschnittsüberschrift sollte lauten: Gesundheitsschutz und Gestaltungspflichten. Die drei Unterüberschriften sollten ebenfalls die Gestaltungspflicht im Wortlaut aufnehmen.

a) Schutzfristen

Die Weiterbeschäftigung bis zur Geburt ist unionsrechtlich zulässig. Die RL 92/85/EWG verlangt eine nicht disponible, absolute Freistellung (Mutterschaftsurlaub) lediglich für zwei Wochen. Um Missbrauch zu vermeiden, sollte allerdings die ausdrückliche Bereitschaftserklärung schriftlich verlangt werden. Für den jederzeitigen Widerruf hingegen sollte auch die konkludente oder wörtliche Erklärung reichen. Die Möglichkeit, auf die vorgeburtliche Mutterschutzfrist zu verzichten, sollte nur nach Information der Frau darüber, dass ihr ohne Weiterarbeit keine Nachteile entstehen, eröffnet werden. Die notwendige Information und Schriftform stellen keine besondere Hürde dar.

Vorschlag: § 3 Abs. 1 MuSchG-neu wird ergänzt: Die Weiterarbeit bis zur Geburt setzt eine vorherige schriftliche Information der Frau voraus, dass ihr bei Inanspruchnahme der Schutzfrist keine Nachteile drohen, sowie die Schriftform ihres Einverständnisses.

b) Verbot der Mehrarbeit

Die zugelassene Mehrarbeit von 80 bzw. 90 Stunden in der Doppelwoche geht deutlich zu weit. Danach wäre Mehrarbeit während der Schwangerschaft in einer der Woche der Doppelwoche bis zu den Grenzen des allgemeinen Arbeitszeitrechts zulässig, solange nur 90 Stunden in 14 Tagen nicht überschritten werden.

Wie in § 2 Abs. 1 S. 1 Halbsatz 2 ArbZG sind auch im MuSchG-neu Arbeitszeiten bei mehreren Arbeitgebern zusammenzurechnen.

Es muss grundsätzlich klargestellt werden, dass Mehrarbeit ohne besondere Gefährdungsbeurteilung auch innerhalb der erlaubten Grenzen und ohne Einverständnis der Frau nicht zulässig ist. Teilzeitbeschäftigten bleibt der notwendige Schutz durch das ausdrückliche Verbot allein orientiert an Vollzeitbeschäftigungsverhältnissen praktisch verwehrt, wenn nicht zugleich deutlich wird, dass Gefährdungen infolge von individueller Mehrarbeit in jedem Fall auch im Wege von §§ 7 ff. MuSchG-neu begegnet werden muss.

Vorschlag: Die Zusammenrechnung (vgl. § 2 Abs. 1 S. 1 Halbsatz 2 ArbZG) wird ausdrücklich normiert. Der Bezug auf die Doppelwoche in § 4 Abs. 4 MuSchG-neu wird gestrichen. In § 4 Mu-

SchG-neu wird für innerhalb der erlaubten Arbeitszeitvolumens auf die daneben unberührten Pflichten gem. §§ 7 ff. MuSchG-neu verwiesen. Mehrarbeit wird vom Einverständnis der Frau abhängig gemacht.

c) Verbot der Nachtarbeit (...)

Vorschlag: Die Begrenzungen der Nachtarbeit für schwangere und stillende Frauen müssen arbeitswissenschaftlich geprüft und entsprechend gestaltet werden.

d) Sonn- und Feiertagsverbot

Bestimmungen, die allein Frauen die Berufsausübung erschweren, ohne einem besonderen geschlechtsspezifischen Gesundheitsrisiko vorzubeugen, sind als diskriminierende Vorschriften zu streichen (vgl. Art. 23 lit. a) RL 2006/54/EG). (...) Werden die verpflichtenden Instrumente der §§ 7 ff. MuSchG-neu ernst genommen, dann können Arbeitsbedingungen auf die Bedürfnisse im Einzelfall gesundheitsschutzgerecht angepasst werden. Der besonders skurrilen Ausnahmen in § 4 Abs. 4 MuSchG-neu bedürfte es dann ebenfalls nicht mehr. Es wäre zudem inkonsistent, bspw. in Badeanstalten Ausnahmen zuzulassen, für Bibliotheksaufsichten in Universitäten hingegen nicht.

Vorschlag: Das Sonn- und Feiertagsverbot in § 4 Abs. 1 MuSchG-neu ist zu streichen. Andernfalls sind unbedingt die Ausnahmen in Abs. 4 sprachlich und inhaltlich zu modernisieren.

e) Gestaltung der Arbeitsbedingungen – § 7

Der AKF begrüßt die klar formulierte Gestaltungspflicht des Arbeitgebers zum Schutz der physischen und psychischen Gesundheit der Frau in § 7 MuSchG-neu. Da das Gesetz auch auf den nachgeburtlichen Gesundheitsschutz unabhängig davon zielt, ob die Frau stillt oder nicht, darf in der Aufzählung des § 7 MuSchG-neu auch die gerade gewordene Mutter nicht fehlen. Damit sind nicht nur die Frauen nach Ablauf der nachgeburtlichen Mutterschutzfrist (vgl. § 3 Abs. 2 MuSchG-neu) einbezogen, sondern wären auch die Frauen in den Fällen zulässiger Verkürzung der nachgeburtlichen Schutzfrist (vgl. § 3 Abs. 3 MuSchG-neu) erfasst. Trotz der in der Begründung angenommenen Seltenheit der Fälle denkbarer mutterschutzspezifischer Risiken ist die Erweiterung auch für seltene Fälle sinnvoll und geboten.

Vorschlag: In § 7 Abs. 1 MuSchG-neu wird der Schutz auch auf die gerade gewordene Mutter erstreckt. Die Folgeeregungen werden angepasst.

Die klare Regelung des Vermeidungsgebotes hinsichtlich sämtlicher Gefährdungen und des Ausschlusses bei unverantwortbaren Gefährdungen (§ 7

MuSchG-neu) ist zu begrüßen. In der Gesetzesbegründung wird zutreffend hervorgehoben, dass die Unterscheidung zwischen hinnehmbaren und nicht hinnehmbaren Gefährdungen vom Arbeitgeber im Rahmen der Beurteilung der Arbeitsbedingungen nach § 8 vorgenommen werden muss (vgl. S. 52). Dies sollte in § 7 Abs. 1 klargestellt werden.

Die MutterschutzRL verweist in Art. 3 auf sogenannte Leitlinien der Kommission über die Feststellung mutterschutzspezifischer Gefährdungen (KOM (2000) 466 endg), wobei die Mitgliedstaaten diese Leitlinien den Arbeitgebern sowie den Arbeitnehmerinnen und ihren Interessenvertretungen zur Kenntnis geben sollen. In § 7 MuSchG-neu sollte auf die Berücksichtigung dieser Leitlinien verwiesen werden.

Vorschlag: § 7 MuSchG-neu nimmt die Verpflichtung auf, im Rahmen der Gestaltungspflicht die Leitlinien der Kommission (KOM (2000) 466 endg) zu berücksichtigen, und verweist auf die zentrale Rolle der Gefährdungsbeurteilung gem. § 8.

Unbedingt zu betonen ist die Verpflichtung zum mutterschutzgerechten Gefährdungsschutz unabhängig von einer konkret bekannten Schwangerschaft. Ein präventiver Mutterschutz kann nicht erst bei Bekanntwerden einer Schwangerschaft ansetzen. Darüber besteht ausweislich der Gesetzesbegründung Einigkeit (vgl. S. 55, wo zutreffend von einem bei Bekanntwerden der konkreten Schwangerschaft *bereits vorliegenden Mutterschutz-Konzept* zur Anpassung der Arbeitsbedingungen die Rede ist). Auch die bisherige Rechtslage verlangte Schutzmaßnahmen, soweit werdende oder stillende Mütter gefährdet werden *können* (vgl. § 1 MuSchArbV). Die neue Systematik der §§ 7, 8, 11 und 12 MuSchG-neu kann hier zu Schutzlücken in der Rechtsanwendung führen, wenn nicht hinreichend deutlich wird, dass die Pflicht zur mutterschutzgerechten Gestaltung der Arbeitsbedingungen schon greift, wenn schwangere Frauen gefährdet werden *können*. Deutlich in diese Richtung geht allein § 8 Abs. 1 MuSchG-neu, der aber wiederum die Gestaltungspflicht nicht normiert (dazu sogleich).

Vorschlag: Entweder wird das auf der Gefährdungsbeurteilung fußende Präventionskonzept dadurch deutlicher, dass die Normenreihenfolge geändert und wie in §§ 1-3 MuSchArbV in das MuSchG-neu eingefügt wird, oder es muss schon in § 7 MuSchG-neu auf die unabhängig von einer konkreten Schwangerschaft oder Stillzeit zu treffenden Vermeidungs- und Minimierungspflichten ausdrücklich hingewiesen werden.

f) Gefährdungsbeurteilung – § 8

Die Differenzierung im Gesetz zwischen einer frühzeitigen generellen und anlassunabhängigen Gefährdungsbeurteilung und einer individuellen anlassbe-

zogenen Gefährdungsbeurteilung in den Abs. 1 und 2 des § 8 MuSchG-neu ist zu begrüßen.

Die Gefährdungsbeurteilung ist noch mehr als im allgemeinen Arbeitsschutz gerade hinsichtlich der besonderen mutterschutzspezifischen Gefährdungen und des besonderen Präventionsgedankens zentrales Gestaltungsinstrument. (...)

Die Pflicht zur anlassbezogenen Gefährdungsbeurteilung muss auch bei anderweitiger Kenntniserlangung von einer Schwangerschaft als durch Mitteilung seitens der Frau eingreifen.

Kaum eine Lebensphase ist so individuell wie eine Schwangerschaft. Dies muss sich in der Methode der Gefährdungsbeurteilung niederschlagen. Eine anlassbezogene Gefährdungsbeurteilung kann nicht ohne Kommunikation mit der Frau erfolgen. Die anlassbezogene Gefährdungsbeurteilung muss um die Kommunikationspflicht erweitert werden.

Vorschlag: § 8 Abs. 1 MuSchG-neu wird wie folgt erweitert: „Bei der Einrichtung *und bei der Unterhaltung* eines Arbeitsplatzes (*anlassunabhängige Beurteilung*) hat der Arbeitgeber ..., denen eine schwangere, *jüngst Mutter gewordene* und stillende Frau ... Nach der Gefährdungsbeurteilung hat der Arbeitgeber die erforderlichen Schutzmaßnahmen festzulegen *und rechtzeitig zu treffen*.“

§ 8 Abs. 2 MuSchG-neu wird wie folgt erweitert: „Sobald eine Frau dem Arbeitgeber mitgeteilt hat *oder er anderweitig erfährt*, dass sie schwanger ist, *jüngst Mutter geworden ist* oder stillt, hat er die Gefährdungsbeurteilung (*anlassbezogene Beurteilung*) und die *festgelegten und getroffenen* Schutzmaßnahmen nach Absatz 1 für die betreffende Frau zu konkretisieren. *Die anlassbezogene Beurteilung und die Schutzmaßnahmen sind je nach Einzelfall und Schwangerschaftsverlauf zu wiederholen und anzupassen. Der Arbeitgeber hat die Frau und, mit deren Einverständnis, ggf. die Gynäkologin in die anlassbezogene Beurteilung und die Festlegung der Schutzmaßnahmen einzubeziehen.*“

g) Unzulässige Tätigkeiten und Arbeitsbedingungen – §§ 9, 10

Die inhaltliche und begriffliche Modernisierung der aufgelisteten unzulässigen Tätigkeiten bzw. Beschäftigungsbedingungen ist zu begrüßen. Die Auflistung von konkreten Gefährdungslagen führt in der Praxis bekanntermaßen zu einer Vernachlässigung jener Risiken, die nur im Wege von Generalklauseln und ohne beispielhafte Veranschaulichung erfasst sind. (...)

Vorschlag: § 9 Abs. 4, 5 und 6 MuSchG-neu sollten zusammengefasst werden und zugleich um typische psychische Belastungsfaktoren, die inzwischen auch arbeitswissenschaftlich belegt sind, beispielhaft ergänzt werden (so z. B. um psychische Belastungen durch Alleinarbeit, Monotonie, fehlende eigene

Handlungsspielräume, Arbeitshetze, permanente Störungen und Arbeitsunterbrechungen, Mehrfachanforderungen – Multitasking –, überfordernde Emotionsarbeit, Gewaltbedrohungen durch Kunden/Klienten/Patienten usw.).

h) Rangfolge der Schutzmaßnahmen und „betriebliches Beschäftigungsverbot“ – § 11

Die deutliche Formulierung der gestuften Gestaltungspflichten muss ein zentrales Element im reformierten MuSchG sein, (...). Hier war die Regelung in § 3 MuSchArbV deutlicher. Dieses Niveau darf im Zuge der Reform nicht absinken. Die Neuregelung in § 11 MuSchG-neu ist entsprechend anzupassen. (...)

Die Schutzmaßnahmen sind um die Kommunikationspflicht zu erweitern. Die Klarstellung der Kommunikationspflicht ist gerade auch vor dem Hintergrund der Regelung in § 12 Abs. 3 MuSchG-neu unverzichtbar, wonach der Arbeitgeber die Frau „über die für sie getroffenen Schutzmaßnahmen nach § 8 Abs. 2 zu informieren“ hat. Das MuSchG-neu muss die aktive Kommunikation rechtlich verankern. Vergleichbare Kommunikationspflichten sind bspw. bekannt durch § 8 Abs. 3 TzBfG, § 5 Abs. 2 BEEG, § 84 Abs. 2 SGB IX.

Vorschlag: § 11 MuSchG-neu muss um die Gestaltungsmöglichkeiten durch einstweilige organisatorische (z. B. Verlegung von Pausen, Änderung der Lage der Arbeitszeiten) oder vertragliche Anpassungsmaßnahmen (z. B. Verkürzung der Arbeitszeiten, Änderung der Arbeitsinhalte oder des Arbeitsortes) erweitert und damit an das schon heute geltende Niveau in § 3 MuSchArbV angepasst werden.

§ 11 MuSchG-neu muss deutlicher als bisher die aktive Einbeziehung der Frau in die konkret festzulegenden Schutzmaßnahmen regeln. Der Arbeitgeber muss ausdrücklich zur Kommunikation mit der Frau über die individuell erforderlichen Schutzmaßnahmen verpflichtet werden.

i) „Beschäftigungsverbote“

Sowohl MuSchG-neu (vgl. in den §§ 2 Abs. 2, 11, 14, 16, 21), mehr noch die Begründung verwenden den Terminus „Beschäftigungsverbot“. Weder das ArbSchG noch eine seiner Verordnungen nutzen die Bezeichnung. Die Begrifflichkeiten sollten auch im Mutterschutzrecht modernisiert und konsequent durch das „Expositionsverbot“ oder die „Freistellung“ oder „Arbeitsbefreiung“ oder „Beurlaubung“ ersetzt werden, um den Leitbildwechsel zu verdeutlichen. Zur Verhinderung unverantwortbarer Gefährdungen – u. U. auch strikt verbotener (z. B. Blei- und Quecksilber-) Expositionen – muss der Arbeitgeber aktiv werden und Schutzmaßnahmen treffen. Das letzte Mittel in der Schutzpflichtenkette ist die *Arbeitsbefreiung* von dieser Tätigkeit. Die jahrzehntelan-

ge Verwendung des Begriffs Beschäftigungsverbot im MuSchG-alt und in der Praxis betont sprachlich das Beschäftigungshindernis und verstellt den Blick auf die Anpassungspflicht. Das MuSchG-neu sollte den Anschluss zu den sonstigen Gesetzen/Verordnungen suchen. Auch das europäische Recht kennt kein „Beschäftigungsverbot“.

Die inkonsequente Zurückdrängung angeblich unmöglicher Beschäftigung zeigt sich noch deutlicher an § 16 MuSchG-neu und § 1 Abs. 2 Nr. 2 AAG, die den Entgeltausfall bzw. die Erstattung auf den ersten Blick nur bei „Beschäftigungsverboten“ regeln, was fatal wäre (dazu unten: Entgeltkompensation, S. 15 f.).

Vorschlag: An sämtlichen Stellen im Gesetz wird die Verwendung des Begriffes „Beschäftigungsverbot“ konsequent geprüft und weitest möglich durch zeitgemäße Termini, wie Expositionsverbot, Schutzmaßnahme, Beurlaubung, Arbeitsbefreiung, Freistellung, Attest, ersetzt.

j) Dokumentation und Information – § 12

(...) Diese beurteilungsbasierten Schutzmaßnahmen machen Kommunikation unverzichtbar. Die sorgfältigste Dokumentation kann Lücken in der Unterrichtung der Frauen nicht ersetzen.

Die Regelung in § 12 MuSchG-neu wird dem Kommunikationsbedarf nicht gerecht (deutlicher insoweit die Entwurfs-Begründung, vgl. S. 32). Die Neuregelung fällt zudem hinter das Niveau des § 2 MuSchArbV zurück, der ausdrücklich Personal- und Betriebsrat als Adressaten der Unterrichtungspflicht benennt.

Kommunikation kann keine Einbahnstraße sein, sondern verlangt, gerade auch mit Blick auf die mutterschutzspezifische Regelungsmaterie, Dialog. Die Regelung in Abs. 2 und 3 versetzt die Frauen in eine rein passive Rolle als Informationsempfängerin. Das widerspricht den notwendigen Kommunikationspflichten.

Es muss jeder Eindruck im Gesetzeswortlaut vermieden werden, dass es bei noch nicht bestehenden Schwangerschaften keiner Unterrichtung bedarf. Der derzeitige Wortlaut in § 12 Abs. 1 S. 2 MuSchG-neu „... dass die schwangere oder stillende Frau oder ihr Kind keiner Gefährdung ausgesetzt ist oder sein kann ...“ kann auch dahin ausgelegt werden, dass die Dokumentationspflicht erst bei konkreten Schwangerschaften besteht.

Anleihen für eine frühzeitige und anlassunabhängige direkte Unterrichtung der Frauen über besondere Risiken im Falle einer Schwangerschaft finden sich in spezialgesetzlichen Regelungen, wie bspw. in § 38 Abs. 3 Strahlenschutzverordnung. Dort ist geregelt, Frauen im Rahmen der Unterweisungen nach § 38 StrlSchV auch darauf hinzuweisen, dass eine

Schwangerschaft im Hinblick auf die Risiken einer Strahlenexposition für das ungeborene Kind so früh wie möglich mitzuteilen ist.

Vorschlag: In § 12 MuSchG-neu werden die Unterrichtungspflichten in der Reihenfolge vor den Dokumentationspflichten normiert. Betriebs- und Personalräte werden entsprechend der bisherigen Rechtslage als Adressaten der Unterrichtungspflicht benannt. Die Kommunikationspflicht muss um ein dialogisches Element erweitert werden. Es muss deutlich werden, dass die Unterrichts- und die Dokumentationspflicht tatsächlich auch anlassunabhängig besteht.

k) Mitteilung und Nachweis der Schwangerschaft – § 13

Es wird begrüßt, dass die – obwohl unverbindlich, weil nicht zum Normwortlaut zählende – Überschrift des neuen § 13 zur Mitteilungspflicht nicht mehr die unzutreffende „Mitteilungspflicht“ verwendet. § 13 MuSchG-neu ist bloße Sollvorschrift. Die Mitteilung durch die Frauen ist wichtig für einen frühzeitigen Gefährdungsschutz. Wiederum muss im reformierten MuSchG deutlich werden, dass die Kommunikation über die Schutzmaßnahmen vom Arbeitgeber auszugehen hat und zwar völlig unabhängig von einer konkreten Schwangerschaft. § 13 MuSchG-neu steht daher in einem direkten Zusammenhang mit den Unterrichtungspflichten in § 12 MuSchG-neu.

Vorschlag: Zur Klarstellung sollte in § 13 MuSchG-neu ergänzt werden, dass die Verantwortung des Arbeitgebers für die präventiven Gestaltungspflichten (§§ 7 ff.) unabhängig von der konkreten Mitteilung gem. § 13 MuSchG-neu sind.

l) Ärztliches Beschäftigungsverbot – § 14

Der Terminus „Beschäftigungsverbot“ ist zu ersetzen. (...) Hier ist es (...) Aufgabe des Gesetzgebers, die Rolle der Gynäkologinnen im Prozess um die Herstellung mutterschutzkonformer Arbeitsbedingungen zu stärken und zugleich deren fachlichen Rat in das gesetzlich vorgesehene Stufenmodell des § 11 MuSchG-neu einzubeziehen.

D. h. in der Praxis, das ärztliche Attest belegt die Gefährdungen, die zu vermeiden sind. Dies kann in Einzelfällen bis zur unbedingten und vollständigen Arbeitsfreistellung führen. Die ärztlich attestierte Gefährdung hat ansonsten aber wie jede andere durch Gefährdungsbeurteilung ermittelte Gefährdung zur Folge, dass der Arbeitgeber die Schutzmaßnahmen gern. §§ 7, 11 MuSchG-neu ergreifen muss.

Damit die Gynäkologin über die Gefährdungen am Arbeitsplatz gesichert informiert ist, hat der Arbeitgeber ihr bzw. der Frau die dokumentierten

Gefährdungsbeurteilungen (anlassunabhängige und anlassbezogene) zu überlassen.

Zugleich hat der Arbeitgeber ein ihm vorgelegtes ärztliches Attest in die anlassbezogene Gefährdungsbeurteilung einzubeziehen.

Derartige wechselseitige Kommunikation zwischen Betrieb und behandelnder Ärztin/entlassender (Reha-)Klinik zur Herstellung arbeitsschutzkonformer Bedingungen sind aus anderen Bereichen der Gesundheitsversorgung bekannt und können als Orientierung dienen. So ist der ärztliche Stufenplan das Instrument, an dem sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer bei der Wiedereingliederung des noch nicht arbeitsfähigen Arbeitnehmers orientieren müssen. Der Arzt steuert auf diesem Weg den Wiedereingliederungsprozess (vgl. § 28 SGB IX, § 74 SGB V).

Vorschlag: § 14 MuSchG-neu erhält eine neue Überschrift: Ärztlich attestierte Gefährdungen. Auch der Inhalt wird neu gefasst: Bescheinigt ein ärztliches Attest Gefährdungen infolge der Beschäftigung der schwangeren, stillenden oder jüngst Mutter gewordenen Frau, treffen den Arbeitgeber die Schutzpflichten gem. §§ 7, 11 MuSchG-neu. Verlangt das ärztliche Attest die unbedingte und vollständige Arbeitsfreistellung, um die bei fortdauernder Beschäftigung bestehende Gefährdung für die Frau und/oder das Kind zu vermeiden, dann führt dies zur vollständigen Arbeitsbefreiung. Der Arbeitgeber muss der Frau die dokumentierten Gefährdungsbeurteilungen (anlassunabhängige und anlassbezogene) zur ärztlichen Konsultation überlassen. Zugleich hat der Arbeitgeber ein ihm vorgelegtes ärztliches Attest in die anlassbezogene Gefährdungsbeurteilung einzubeziehen.

Die notwendige arbeitsmedizinische Fortbildung der Gynäkologinnen ist in den Facharztausbildungen verpflichtend zu regeln.

m) Kündigungsschutz – § 15

Der AKF begrüßt die Klarstellung im Gesetz über den Kündigungsschutz nach einer Fehlgeburt nach der 12. Schwangerschaftswoche und die Schließung der Lücke im Kündigungsschutz bei frühzeitigen Geburten ausdrücklich.

aa) Nachträgliche Anzeige der Schwangerschaft, § 15 Abs. 1 S. 2 Halbsatz 2 MuSchG-neu

Wie schon bislang in § 9 MuSchG geregelt kann die Frau den Sonderkündigungsschutz auch dadurch auslösen, dass sie dem kündigenden Arbeitgeber ihre Schwangerschaft auch noch nach Zugang der Kündigung anzeigt. Wie schon bisher wird hierzu eine Frist von zwei Wochen gesetzt. Auch wenn das Gesetz selbst von dieser Frist Ausnahmen zulässt, muss dennoch schon die Regelfrist von zwei Wochen von vornherein auf drei Wochen angehoben werden. Ansonsten entstünden Widersprüche im Vergleich

mit anderen Regelungsbereichen. So hat die Rechtsprechung noch bis 2010 anerkannt, dass schwerbehinderte Arbeitnehmer bis zur vier Wochen nach Kündigungszugang dem Arbeitgeber nachträglich ihre Schwerbehinderung mitteilen können; seit 2010 wurde die Mitteilungsfrist auf drei Wochen herabgesetzt (vgl. BAG NZA 2011, 411) und hierzu auf die Regelfrist für eine Kündigungsschutzklage von drei Wochen verwiesen.

Es ist wertungswidersprüchlich, in der besonderen Situation einer Schwangerschaft eine kürzere Frist anzusetzen. Auch der EuGH verlangt Gleichwertigkeit für die Durchsetzung unionsrechtlich geschützter Rechtspositionen im Vergleich zu sonstigen Rechten, wie hier also der unionsrechtliche mutterschutzspezifische Kündigungsschutz mit dem allgemeinen Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz. Die Mitteilungspflicht muss daher auf drei Wochen angehoben werden.

Vorschlag: In § 15 Abs. 1 S. 2 Halbsatz 2 ist die Frist auf drei Wochen zu erhöhen.

bb) Ausnahmsweise behördliche Gestattung

Die Regelung in Abs. 2 über die Erlaubnis der Kündigung durch die Behörde bleibt hinter der geltenden Rechtslage zurück. § 9 Abs. 3 MuSchG erlaubt die behördliche Zulässigkeitserklärung „ausnahmsweise“ und nur „in besonderen Fällen“. Beide Beschränkungen sind im neuen Wortlaut nicht mehr enthalten. Dies kann den behördlichen Ermessensspielraum erweitern und in größerer Zahl als bisher zu behördlichen Zustimmungen führen. Das ist unbedingt zu verhindern.

Vorschlag: § 15 Abs. 3 MuSchG-neu muss im Wortlaut die für die Ermessensausübung beschränkenden Vorgaben aus der bisherigen Regelung „ausnahmsweise“ und nur „in besonderen Fällen“ übernehmen.

cc) Völlig intransparenter Kündigungsschutz durch Rechtsprechung entgegen § 4 S. 4 KSchG

Der mutterschutzbedingte Kündigungsschutz wird nicht allein durch § 9 MuSchG bestimmt. Infolge 2003 in Kraft getretener Änderungen im Kündigungsschutzgesetz (Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt vom 24.12.2003, BGBl. 13002) haben sich die Bedingungen zur Inanspruchnahme des Sonderkündigungsschutzes verschärft. Die dreiwöchige Frist zur Kündigungsschutzklage ist auf alle Unwirksamkeitsgründe erstreckt und die Wirksamkeitsfiktion für alle Beschäftigten unabhängig von der Geltung des Kündigungsschutzgesetzes angeordnet worden. Für schwangere Frauen, die ihre Schwangerschaft bei Zugang der Kündigung dem Arbeitgeber noch nicht mitgeteilt hatten, heißt dies, dass sie zusätzlich zur nachzuholenden Mitteilung gem. § 9 Abs. 1 S. 1

MuSchG darüber hinaus fristgemäß Kündigungsschutzklage einreichen müssen. Die Gerichte wenden § 4 S. 4 KSchG für diese Fälle entgegen dem klaren Wortlaut nicht an (vgl. BAG NZA 2014, 303; BAG NZA 2009, 980; LAG Nürnberg NZA-RR 2007, 194; LAG Schleswig-Holstein, NZA-RR 2009, 132). Soweit sie selbst von ihrer Schwangerschaft erst nach Ablauf der dreiwöchigen Klagfrist wussten, wird es noch komplizierter, denn nun müssen sie zusätzlich Antrag auf nachträgliche Klagezulassung stellen, § 5 KSchG.

Zwar hatte der EuGH bislang keine Gelegenheit, über diese Doppelung und die sehr intransparent gestalteten Verfahrensobligationen zu entscheiden. Allerdings hat der EuGH in einem Luxemburgischen Verfahren (EuGH, Rs. C-63/08 (Pontin), Sig. 2009, S. 1-10467) eine 15-tägige Ausschlussfrist gegen eine verbotswidrige Kündigung für unangemessen erachtet; zudem wurden in der Vorabentscheidung die luxemburgischen Verfahrensregelungen als schwer verständlich und intransparent kritisiert.

Vorschlag: Im Lichte der vom EuGH für wesentlich erachteten Grundsätze der Äquivalenz, Effektivität und Transparenz muss durch den Gesetzgeber sichergestellt werden, dass § 4 S. 4 KSchG auch dann gilt, wenn der Arbeitgeber bei Zugang der Kündigung über die bestehende Schwangerschaft noch nicht informiert war. Dies kann durch Klarstellung in § 15 MuSchG-neu erfolgen.

dd) Fehlender Bestandsschutz für befristet Beschäftigte

Gänzlich ungelöst bleibt im vorliegenden Entwurf der völlig unzureichende Bestandsschutz für befristet beschäftigte schwangere bzw. jüngst Mutter gewordene Frauen. Die Mehrheit der jungen Frauen wird befristet eingestellt und zum Teil langjährig befristet beschäftigt. Der völlige Leerlauf eines jeglichen Kündigungsschutzes ist mit Blick auf verfassungsrechtliche Mindestgarantien (Art. 12, 6 GG und Art. 33 Abs. 2 EU-GRC) völlig indiskutabel.

Das Mindeste, was als Schutz geboten werden kann, ist eine im Einverständnis mit der Frau vorzuziehende Verlängerungsoption bis zum Ende der nachgeburlichen Schutzfrist. Anleihen für Verlängerungen befristeter Beschäftigungen aus Anlass von Mutterschutz oder Elternschaft finden sich bspw. im Wissenschaftszeitvertragsgesetz (§ 2 Abs. 5 S. 1 Nr. 3 WissZeitVG) oder im Ärztearbeitsverträgebefristungsgesetz (§ 1 Abs. 4 Nr. 3 ÄArbVtrG). Im Wege einer solchen Verlängerung bliebe der Frau auch der Entgeltsschutz im Wege des Mutterschaftsgeldes und des Zuschusses zu selbigem erhalten.

Vorschlag: § 15 wird um einen Absatz 4 ergänzt: Endet das befristete Arbeitsverhältnis einer schwangeren oder Mutter gewordenen Frau durch Fristab-

lauf vor oder während der Schutzfristen gem. § 3 MuSchG-neu, verlängert sich das Arbeitsverhältnis auf Antrag der Frau automatisch bis zum Ende der nachgeburlichen Schutzfrist gem. § 3 Abs. 2 MuSchG-neu.

n) Entgeltkompensation, Leistungen – §§ 16 ff. MuSchG-neu

aa) Funktionaler Zusammenhang von Schutzmaßnahme und Entgeltsicherung

Das Arbeitsentgelt bzw. die Entgeltersatzleistungen bei mutterschutzbedingten Änderungen der Arbeitsleistung haben einen zentralen Stellenwert und lassen sich von den Schutzmaßnahmen nicht trennen. Zutreffend verweist die MutterschutzRL schon in ihren Erwägungsgründen auf den engen funktionalen Zusammenhang von Schutzpflichten und Entgelt-schutz hin. So heißt es in den Erwägungsgründen 17 und 18:

„Die arbeitsorganisatorischen Maßnahmen zum Schutz der Gesundheit der schwangeren Arbeitnehmerinnen, der Wöchnerinnen oder der stillenden Arbeitnehmerinnen hätten keine praktische Wirksamkeit, wenn nicht gleichzeitig die mit dem Arbeitsvertrag verbundenen Rechte, einschließlich der Fortzahlung eines Arbeitsentgelts und/oder des Anspruchs auf eine angemessene Sozialleistung, gewährleistet wären.

Desgleichen hätten die Bestimmungen über den Mutterschaftsurlaub keine praktische Wirksamkeit, wenn nicht gleichzeitig die mit dem Arbeitsvertrag verbundenen Rechte und die Fortzahlung eines Arbeitsentgelts und/oder der Anspruch auf eine angemessene Sozialleistung gewährleistet wären.“

Anders als im sonstigen Unionsrecht ergibt sich als Annex zum Mutterschutz und wegen der engen Wechselwirkungen zwischen Mutterschutz und Gleichstellungsrecht auch eine unionsrechtliche Kompetenz hinsichtlich des Entgeltschutzes. Daher unterliegen auch die §§ 16 ff. MuSchG-neu den Anforderungen aus der RL 92/85/EWG (insbesondere Art. 11). Eine Anpassung der Arbeitsbedingungen mit entsprechenden negativen Folgen für die Vergütung, im schlimmsten Fall Freistellung ohne Entgelt, gäbe den Frauen „Steine statt Brot“.

bb) Entgeltschutz bei jeglichen Schutzmaßnahmen

Vor diesem Hintergrund sind die §§ 16 ff. MuSchG-neu am teilhabeorientierten Leitbild zu messen. Dabei fällt auf, dass die Regelung über den Mutterschutzlohn dem Wortlaut nach alten Traditionen verhaftet bleibt, denn vorrangig ist von Veränderungen infolge von „Beschäftigungsverboten“ die Rede. Das ist das falsche Signal. § 16 MuSchG-neu muss ausdrücklich jegliche Entgelteinbuße wegen jeglicher mutterschutzbedingter Schutzmaßnahmen erfassen.

Vorschlag: In § 16 S. 1 und S. 2 MuSchG-neu wird jeweils „Beschäftigungsverbot“ durch „Schutzmaßnahmen i.S.v. §§ 7, 8, 9, 10, 11, 14“ ersetzt.

cc) Mutterschaftsgeld und Zuschuss zum Mutterschaftsgeld auch für befristet Beschäftigte

Der gänzlich unzureichende Bestandsschutz von befristet beschäftigten Frauen wurde bereits kritisiert. Sollte es nicht zu einer Verlängerung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ende der Mutterschutzfristen kommen (vgl. dazu oben S. 14), dann muss zumindest bei der Leistung von Mutterschaftsgeld derselbe Schutz wie im Falle eines mit behördlicher Genehmigung beendeten Arbeitsverhältnisses hergestellt werden. Ansonsten läge eine unzulässige Benachteiligung der befristet beschäftigten Frauen vor (vgl. § 4 Abs. 2 TzBfG).

Vorschlag: In §§ 17 Abs. 2 S. 3 und 18 Abs. 2 S. 1 MuSchG-neu sind die Verweise auf Frauen, deren Arbeitsverhältnis wegen wirksamer Befristung geendet hat, zu erstrecken.

dd) Vermeidung von Fehlanreizen – dringende Nachbesserung im AAG (U2-Umlage)

Die Begründung des Gesetzesentwurfs hebt zutreffend hervor, dass sämtliche mutterschutzspezifischen Regelungen auf ihren möglichen Anreiz zur mittelbaren Benachteiligung geprüft und gegebenenfalls kompensierend bzw. flankierend weitere Vorkehrungen getroffen werden müssen. Als wichtiges Beispiel wird das Aufwendungsausgleichsgesetz (AAG) genannt (vgl. S. 32 der Entwurfsbegründung). Das AAG war ein wichtiger Fortschritt. Es bezieht alle Arbeitgeber, unabhängig vom Anteil beschäftigter Frauen oder der Betriebsgröße, in die Umlagepflicht ein und führt zu einer 100%igen Erstattung, so dass Mutterschutz nicht zur finanziellen Belastung des einzelnen Arbeitgebers wird. (...)

Die Unternehmen stehen im Wettbewerb. Erhalten Arbeitgeber ihre fortlaufenden Lohnkosten bei umgestalteten Arbeitsbedingungen nicht erstattet (z. B. wenn die schwangere Frau mit geringer zu vergütenden Arbeiten oder mit verkürzten Arbeitszeiten beschäftigt wird, muss der Arbeitgeber dennoch gem. § 16 MuSchG-neu richtigerweise volles Entgelt fortzahlen), dann setzt das ganz klar faktische Anreize, die Variante mit voller Entgelterstattung zu wählen, also die Frau zum Beschäftigungsverbot zu drängen.

Es ist daher unerklärlich, warum auf S. 32 der Entwurfsbegründung die solidarische Kostenerstattung weiterhin allein auf die als Regelbeispiel überkommenen Fallgestaltungen der Beschäftigungsverbote beschränkt bleibt.

Vorschlag: Das AAG muss dringend an das neue Leitbild angepasst werden und Entgeltausgleich für die Arbeitgeber gerade dann gewähren, wenn sie die

Frauen nicht automatisch freistellen, sondern wenn sie ihrer vorrangigen Gestaltungspflicht entsprechen. § 1 Abs. 2 Nr. 2 AAG muss nicht nur den Verweis auf § 16 MuSchG-neu übernehmen, sondern anstelle „Beschäftigungsverbot“ die „Schutzmaßnahmen i.S.v. §§ 7, 8, 9, 10, 11, 14“ anführen.

Außerdem sollte der organisatorische Aufwand der Arbeitgeber, die nicht freistellen, sondern gestaltend anpassen, durch einen Aufschlag belohnt werden.

o) Informationspflichten gegenüber Aufsichtsbehörde – § 23 (...)

Vorschlag: § 23 Abs. 1 MuSchG-neu wird um den Fall ergänzt, dass der Arbeitgeber anderweitig Kenntnis von der Schwangerschaft oder Stillzeit hat.

2. Verkürzter Schutz in Strahlenschutz- und Röntgenverordnung

Wichtige mutterschutzspezifische Regelungen finden sich in der Röntgen- und in der Strahlenschutzverordnung. (...)

Vorschlag: Die jeweiligen Schutzpflichten des Arbeitgebers in den §§ 41 Abs. 5 S. 2 StrlSchV, 43 Abs. 2 StrlSchV, 55 Abs. 4 S. 2 StrlSchV, 95 Abs. 8 StrlSchV, 95 Abs. 9 StrlSchV, 103 Abs. 5 StrlSchV und §§ 31a Abs. 4 RöV, 35 Abs. 6 S. 2 RöV müssen auch bei sonstiger Kenntnis des Arbeitgebers von einer bestehenden Schwangerschaft ausgelöst werden.

Berlin, 29.3.2016

Prof. Dr. Katja Nebe, Halle/Wittenberg

Dr. Dagmar Hertle, Düsseldorf

Karin Bergdoll, Berlin

III. Fehlende bzw. sonstige reformbedürftige Regelungen

1. Rückkehrrecht

Besonderes Augenmerk muss der Gesetzgeber auf diejenigen Rechte legen, die supranational klar normiert, im nationalen Recht jedoch bislang nicht einmal ansatzweise umgesetzt worden sind. Die Rede ist von den Rückkehrrechten. Außerhalb der RL 92/85/EWG, gleichwohl aber mit engem Bezug zum Mutterschutz gewährt Art. 15 RL 2006/54/EG nach Beendigung des Mutterschutzes einen Anspruch auf Rückkehr auf den vorherigen oder einen gleichwertigen Arbeitsplatz zu den Bedingungen aus der Zeit vor dem Mutterschaftsurlaub sowie auf alle Verbesserungen der Arbeitsbedingungen, die im Laufe der Schutzfristen entstanden sind. Dieses Rückkehrrecht wird in der betrieblichen Praxis, ebenso wie das bislang trotz abgelaufener Umsetzungsfrist noch nicht kodifizierte Rückkehrrecht nach Elternzeit, vgl. Art. 5 RL 2010/18/EU, und das Recht auf ein vorübergehendes Arbeitsplatzarrangement, vgl. Art. 6 RL 2010/18/EU, den Schutzgedanken noch wirksamer mit dem Aspekt der Beschäftigungsförderung verknüpfen. Hier bietet sich ganz erhebliches Gestaltungspotential, den Herausforderungen zur Vereinbarkeit von familiären und beruflichen Pflichten durch kommunikative Lösungen zu begegnen.

Vorschlag: Das unionsrechtlich normierte Rückkehrrecht auf den vorherigen oder einen gleichwertigen Arbeitsplatz zu den Bedingungen aus der Zeit vor den Mutterschutzfristen sowie auf alle Verbesserungen der Arbeitsbedingungen, die im Laufe der Schutzfristen entstanden, ist zwingend in MuSchG-neu zu regeln.