

Deutscher Bundestag
Ausschuss f. Familie,
Senioren, Frauen u. Jugend

Ausschussdrucksache
18(13)87f



Herrn
Paul Lehrieder MdB
Vorsitzender
Bundestagsausschuss für Familie,
Senioren, Frauen und Jugend
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Arbeits-und Tarifrecht

arbeitsrecht@arbeitgeber.de

T +49 30 2033-1200
F +49 30 2033-1205

12. September 2016

0217-1609-005/KP

Gesetzentwurf zur Neuregelung des Mutterschutzrechts BDA-Stellungnahme

Sehr geehrter Herr Lehrieder,

anliegend erhalten Sie zur Vorbereitung der Anhörung am 19. September unsere Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Mutterschutzrechts.

Mit freundlichen Grüßen


Roland Wolf
Anlage


Kerstin Plack

BDA | Bundesvereinigung der
Deutschen Arbeitgeberverbände
Mitglied von BUSINESSEUROPE

Hausadresse:
Breite Straße 29 | 10178 Berlin

Briefadresse:
11054 Berlin

www.arbeitgeber.de

Mutterschutz zeitgemäß regeln

Moderner Mutterschutz muss handhabbar sein

September 2016

Zusammenfassung

Ein wirksamer Mutterschutz ist ein wichtiges Anliegen. Er liegt nicht nur im Interesse der Frauen, sondern gleichermaßen im Interesse der Unternehmen. Diesen ist es wichtig, auf geänderte Bedürfnisse werdender Mütter einzugehen, um sie im Rahmen des Möglichen weiter zu beschäftigen. Unternehmen unterstützen dieses Ziel seit Jahren. Einzelne Branchen verfügen über ein umfassendes Gesundheitsmanagement, um eine gefahrlose Beschäftigung schwangerer Frauen sicherzustellen.

Die Zahl der Unternehmen wächst stetig, die sich seit Jahren dafür einsetzen, die Beschäftigungsmöglichkeiten von Frauen und Müttern zu verbessern, indem sie beispielsweise im Rahmen flexibler Arbeitszeitmodelle Arbeiten im Home-Office ermöglichen und so auf deren individuelle Bedürfnisse eingehen. Auch die Betreuung von Kindern in betriebseigenen Kitas unterstützt Mütter bei der Berufstätigkeit, denn die Unternehmen sind auf ihre Talente angewiesen.

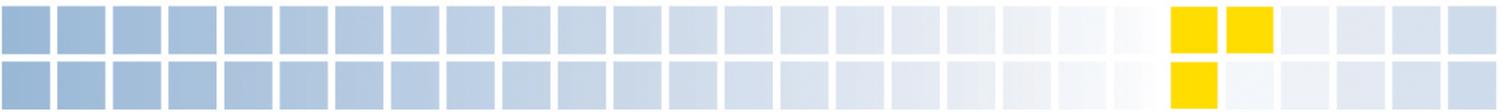
Vor diesem Hintergrund müssen die vorgesehenen Änderungen im Mutterschutzrecht auf ihre Wirksamkeit hin geprüft werden. Ein effektives Mutterschutzgesetz muss zeitgemäße, handhabbare und rechtssichere Regelungen vorsehen. Der vorliegende Kabinettsentwurf verspricht dagegen mehr als er tatsächlich an verbessertem Mutterschutz enthält. Entgegen den Ankündigungen im Koalitionsvertrag führt er zu weniger Transparenz und mehr Bürokratie, ohne aber den Schutz schwangerer Frauen im Gegenzug gleichermaßen zu stärken. Damit leistet er nicht den versprochenen Beitrag zu dem

wichtigen Anliegen, Frauen und damit Fachkräfte in Beschäftigung zu halten.

Der Kabinettsentwurf vom 4. Mai 2016 für ein Gesetz zur Neuregelung des Mutterschutzrechts führt zu einem nicht gerechtfertigten Zuwachs an Bürokratie für Betriebe und Beschäftigung. Er enthält unverhältnismäßige gesetzliche Änderungen, die Arbeitnehmer und Arbeitgeber mit erheblicher Rechtsunsicherheit belasten. Er geht weit über die europäische Mutterschutzrichtlinie hinaus und widerspricht sinnvollen Lösungen für den Arbeitsschutz und die Beschäftigungsfähigkeit werdender Mütter und stillender Frauen.

Ganz besonders betrifft das die Einführung einer zusätzlichen anlassunabhängigen Gefährdungsbeurteilung. Auch nach den im Vergleich zum Referentenentwurf vorgesehenen Änderungen soll der Arbeitgeber eine solche im Rahmen der Beurteilung der Arbeitsbedingungen für *jede Tätigkeit* durchführen, unabhängig davon, ob diese von einer Frau oder einem Mann ausgeübt wird. Eine Pflicht zur Durchführung einer zweistufigen bzw. weiteren anlassunabhängigen Gefährdungsbeurteilung lässt sich weder aus dem Unionsrecht noch aus den im Koalitionsvertrag getroffenen Vereinbarungen ableiten. Gleiches gilt für die Aufnahme eines Beschäftigungsverbots bei fehlender oder bei nicht abgeschlossener konkreter Gefährdungsbeurteilung.

Eine Gefahr für Rechtssystematik und Rechtssicherheit stellt der Wechsel vom Arbeitsverhältnis zum Beschäftigungsverhältnis dar, um den persönlichen Geltungsbereich zu bestimmen. In keinem Fall dürfen die Sozialgerichte parallel zu den Arbeitsgerichten



über die Frage der Anwendbarkeit eines rein arbeitsrechtlichen Schutzgesetzes entscheiden. Systemgefährdend ist die generelle Aufnahme arbeitnehmerähnlicher Personen in das Mutterschutzgesetz. Hierauf hat der Gesetzgeber bewusst über Jahrzehnte verzichtet. Eine solche Einbeziehung ist auch nicht aus unionsrechtlichen Gründen zwingend.

Im Einzelnen

Neue Bürokratie verhindern

Die vorgesehenen Regelungen verursachen neuen Erfüllungsaufwand. Insbesondere durch die Ausdehnung der Gefährdungsbeurteilungen und das Beschäftigungsverbot in § 9 MuSchG-E würden erhebliche neue bürokratische und finanzielle Belastungen für die Betriebe geschaffen. Unklar bleibt, ob ein sog. KMU-Test durchgeführt wurde, um kleine und mittlere Unternehmen vor übermäßigen Belastungen zu schützen. Solche Belastungen entstehen insbesondere durch die vorgesehene anlassunabhängige Gefährdungsbeurteilung.

Eine jährliche Entlastung in Höhe von 780.000 Euro ist nicht nachvollziehbar. Offen bleibt auch, wo die Steigerung der Entlastung von ursprünglich 488.000 € im Referentenentwurf herrührt. Entfällt eine Dokumentationspflicht für eine neue anlassunabhängige Gefährdungsbeurteilung, weil aufgrund der Art des Arbeitsplatzes keine Gefährdung für Schwangere oder Stillende zu erwarten ist (Ziffer 4.3.1 der Begründung), dann entstehen allenfalls keine *zusätzlichen* Kosten. Das bedeutet allerdings keine *Entlastung*, sondern nur *keine Mehrbelastung*. Zudem gilt: Auch wenn die gesonderte Dokumentation der Gefährdungsbeurteilung entfällt, ist die Gefährdungsbeurteilung in jedem Fall zunächst durchzuführen, so dass neuer Beurteilungsaufwand entsteht. Auch die Neuregelung zum Verbot der Nacht- und Sonntagsarbeit verursacht einen Mehraufwand durch Prüfung des Ausnahmetatbestandes und die neuen Meldepflichten gemäß § 25 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 MuSchG-E.

Laut dem "One in, one out"-Grundsatz müssen Entlastungsvorschläge unterbreitet werden, falls das Regelungsvorhaben neuen Erfüllungsaufwand verursacht. Umso wichtiger ist es, dass das Ministerium den Erfüllungsaufwand richtig einschätzt. Vorschläge für ausreichende Entlastungen an anderen Stellen bleibt es aber schuldig.

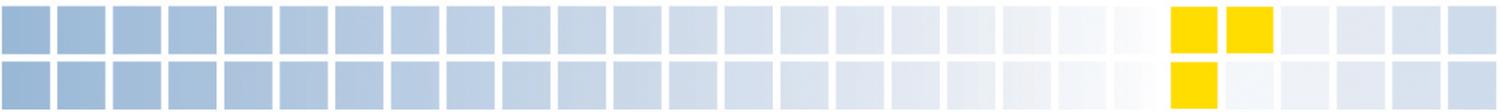
Abstellen auf Beschäftigungsverhältnis verfehlt

Für die Bestimmung des persönlichen Geltungsbereichs ist ein Abstellen auf das Beschäftigungsverhältnis verfehlt. Eine solche Anknüpfung würde zahlreiche neue Fragen aufwerfen. Insbesondere darf die Frage der Anwendbarkeit des Mutterschutzgesetzes künftig nicht von den Sozialgerichten geklärt werden. Richtig ist es vielmehr, am Arbeitsverhältnis festzuhalten, um Rechtssicherheit für Arbeitgeber und Arbeitnehmer in mutterschutzrechtlichen Fragen zu gewährleisten.

Darüber hinaus sollte das Mutterschutzgesetz aus Gründen der Rechtsklarheit erst ab dem Zeitpunkt Anwendung finden, ab dem die Frau dem Arbeitgeber ihre Schwangerschaft mitteilt.

Erstreckung auf arbeitnehmerähnliche Personen nicht geboten

Der EuGH hat in der Rechtssache Danosa (C-232/09 vom 11. November 2010) entschieden, dass die europäische Mutterschutzrichtlinie (Richtlinie 92/85 EWG) auf eine GmbH-Geschäftsführerin Anwendung findet und dies im konkreten Fall mit deren Weisungsgebundenheit begründet. Aus dem Urteil folgt dabei nicht die Notwendigkeit einer generellen Einbeziehung arbeitnehmerähnlicher Personen in das Mutterschutzgesetz. Diese zeichnen sich nach deutschem Recht dadurch aus, dass sie von ihrem Auftraggeber wirtschaftlich abhängig sind; bei ihnen fehlt es gerade an der für Arbeitnehmer typischen persönlichen Abhängigkeit. Das Anliegen, bestimmte Geschäftsführerinnen in den Mutterschutz einzubeziehen, ließe sich dadurch erreichen, dass Personen, die während einer bestimmten Zeit für eine andere natürliche oder juristische Person



nach deren Weisung oder unter Aufsicht Leistungen erbringen, für die sie als Gegenleistung eine Vergütung erhalten (so der EuGH), in den Katalog des § 1 Abs. 2 MuSchG-E für den erweiterten Anwendungsbereich aufgenommen werden. Damit wäre der EuGH-Rechtsprechung genüge getan, ohne das deutsche arbeitsrechtliche System in Frage zu stellen. Offen bleibt beispielsweise, ob der Arbeitgeber ein Kündungsverbot für arbeitnehmerähnliche Personen gemäß § 16 MuSchG-E einzuhalten hat, obwohl gar kein Arbeitsverhältnis besteht? Auch die Frage, wie er sich ausreichend absichern kann, wenn sich die Frau trotz eines „Beschäftigungsverbots“ bereit erklärt, die vertraglich vereinbarte Leistung zu erbringen, wird nicht beantwortet. Was bleibt, ist erhebliche Rechtsunsicherheit. Auf die Aufnahme dieser Personengruppe sollte daher verzichtet werden. Sollte der Entwurf beabsichtigen, den gesundheitlichen Schutz arbeitnehmerähnlicher Personen, die im Risikobereich des Auftraggebers tätig werden, zu gewährleisten, kann dies durch einen Hinweis des Auftraggebers über bei ihm bestehende Gefahren erfolgen, welche sich aus §§ 10 oder 11 MuSchG-E ergeben.

Der grundsätzliche Ausschluss finanzieller Leistungen für arbeitnehmerähnliche Personen ist richtig. Er sollte aber umfassend sein, auch die Anwendung von § 22 MuSchG-E muss ausgeschlossen werden. Die finanziellen Leistungen werden nach den Vorschriften des Aufwendungsausgleichsgesetzes derzeit allein von den Arbeitgebern getragen. Soweit sich an dieser Kostentragungspflicht nichts ändert, darf der Kreis leistungsberechtigter Personen nicht ausgeweitet werden.

Erstreckung auf Schülerinnen und Studentinnen systemfremd

Gleichermaßen systemfremd ist die Aufnahme von Schülerinnen und Studentinnen in den persönlichen Geltungsbereich dieses Arbeitsschutzgesetzes. Der Schutz des werdenden Lebens und der werdenden wie stillenden Mutter ist eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe. Das darf nicht vergessen machen, dass die bisherige Struktur des Mut-

terschutzes nicht jede Schwangere oder Stillende erfasst, sondern Arbeitnehmerinnen.

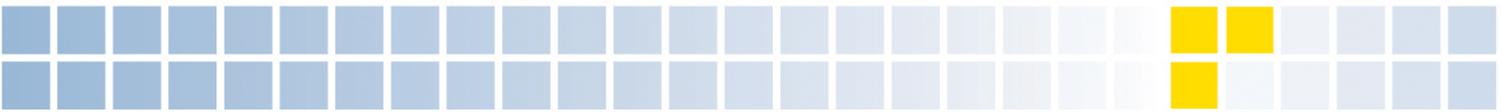
Arbeitgeberfinanzierung des Mutterschaftsgelds aufgeben

Bereits im Beschluss vom 18. November 2003 (1 BvR 302/96) hatte das Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass der Arbeitgeber keinen "Zuschuss" mehr leistet, sondern den wesentlichen Beitrag zur Entgeltfortzahlung während der Schutzfristen, der durch das Mutterschaftsgeld nur gemildert wird. Diese Situation hat sich bis heute noch verschärft. Statt einer in diesem System dringend notwendigen Anhebung des Mutterschaftsgeldes sollte aber vielmehr ein Systemwechsel hin zu einer steuerlichen Finanzierung des Mutterschutzes stattfinden. Ein solcher Systemwechsel würde auch die Ausdehnung des persönlichen Geltungsbereichs stützen, die widerspiegelt, dass es sich bei dem Thema Mutterschutz um eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe handelt. Es ist nicht nachvollziehbar, warum die Arbeitgeber nicht nur die organisatorischen, sondern auch die finanziellen Folgen von Arbeitsverhinderungen allein tragen, die auf einer Schwangerschaft oder dem Stillen beruhen.

Gefährdungsbeurteilungen nicht erweitern

Die Änderung der neuen anlassunabhängigen Gefährdungsbeurteilung im Vergleich zu der im Arbeitsentwurf vorgesehenen Regelung sollte auch in der Gesetzesbegründung deutlich zum Ausdruck kommen. Das ist bisher nicht der Fall. Beispielsweise ist gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 2b) MuSchG-E zunächst nur festzustellen, *ob* eine Umgestaltung der Arbeitsbedingungen erforderlich sein wird. In der Begründung zu § 9 Absatz 1 MuSchG-E heißt es allerdings zusammenfassend, zur Gefährdungsbeurteilung gehöre auch die Bestimmung der Schutzmaßnahmen, also das „Wie“.

Positiv ist die Klarstellung, dass bei gleichartigen Arbeitsbedingungen die Beurteilung eines Arbeitsplatzes oder einer Tätigkeit aus-



reichend ist (§ 9 Abs. 1 S. 2 MuSchG-E). Auch die Neufassung würde aber zu erheblichen und unnötigen Belastungen zahlreicher Betriebe führen, insbesondere, wenn sie regelmäßig keine Frauen beschäftigen. Es entspricht der aktuellen Rechtslage, dass die Beurteilung erforderlich - und damit rechtzeitig - ist, sobald dem Arbeitgeber bekannt gegeben wird, dass an dem Arbeitsplatz eine schwangere Frau tätig ist. Die vorgesehene Ausweitung übertrifft die europäischen Vorgaben in Art. 4 Abs. 1 MuSchRL. Weder in der Mutterschutz-Richtlinie noch in der Arbeitsschutzrahmen-Richtlinie findet sich eine gesetzliche Grundlage für eine derartige Ausweitung von Gefährdungsbeurteilungen.

Die Regelung stellt besonders für temporäre Arbeitsplätze eine nicht nachvollziehbare Belastung dar, wenn aufgrund der vorgesehenen Einsatzplanung von vornherein feststeht, dass der Arbeitsplatz nicht mit weiblichen Beschäftigten besetzt wird. Bei ständig wechselnden Baustellen werden Arbeitsplätze immer wieder neu eingerichtet, so dass die abstrakte Beurteilung ebenfalls erneut vorgenommen werden müsste. Trotz bürokratischer Mehrbelastung der Betriebe würde der Schutz für eine schwangere oder stillende Frau in keinem Fall verbessert.

Abzulehnen ist die in § 13 Abs. 2 MuSchG-E vorgesehene Ausweitung der Unterrichtungspflicht über das Ergebnis einer generellen Gefährdungsbeurteilung gegenüber der gesamten Belegschaft. Das kann in großen Unternehmen zu einer regelmäßigen Informationspflicht von mehreren 10.000 Beschäftigten führen – die in keiner Weise betroffen sind. Die Neuregelung ginge auch über die sich aus der Mutterschutzrichtlinie ergebende Informationspflicht des Art. 4 Abs. 2 hinaus. Allenfalls ist die Information der Frauen und weiterer mittelbar betroffener/zuständiger Mitarbeiter, wie Vorgesetzter, vertretbar.

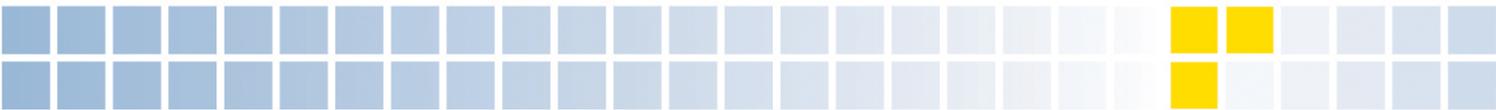
Sicherzustellen ist, dass nach altem Recht abgeschlossene Gefährdungsbeurteilungen nicht wiederholt werden müssen, um den Aspekt der mutterschutzspezifischen Beurteilung zu ergänzen. Das würde zu einem unüberschaubaren Aufwand führen. Jeden-

falls müsste den Betrieben nach Inkrafttreten des Gesetzes ein ausreichender Zeitraum von einem Jahr eingeräumt werden, um Gefährdungsbeurteilungen für bereits bestehende Tätigkeiten im Hinblick auf die Beschäftigung schwangerer oder stillender Frauen zu ergänzen.

Verantwortungsbereiche bei der Gefährdungsbeurteilung wahren

Nach der Gesetzesbegründung müssen auch individuelle Eigenschaften und Bedürfnisse der schwangeren oder stillenden Frau in die konkretisierende Gefährdungsbeurteilung einfließen. Das ist systemfremd. § 9 Abs. 1 MuSchG-E nimmt auf die Gefährdungsbeurteilung nach § 5 ArbSchG Bezug. Aus gutem Grund bezieht sich der betriebliche Arbeitsschutz nur auf objektiv messbare Belastungen, nicht aber auf subjektiv empfundene Beanspruchungen (§ 5 ArbSchG betrifft die „Beurteilung der Arbeitsbedingungen“). Mit der Einführung einer konkretisierenden Gefährdungsbeurteilung würden die Verantwortungsbereiche zwischen medizinischer Verantwortung des behandelnden Arztes und der arbeitsschutzrechtlichen Verantwortung des Arbeitgebers verschwimmen. Der Arbeitgeber kann in Übernahme des Konzepts des Arbeitsschutzgesetzes nur dafür verantwortlich sein, dass von seinen Arbeitsplätzen, bzw. Tätigkeiten für eine „normale“ Schwangere/Stillende keine (nicht hinnehmbaren) Gefährdungen ausgehen. In den Verantwortungsbereich des Arbeitgebers können damit nur objektiv messbare mutterschutzspezifische Risiken eines Arbeitsplatzes fallen. Individuelle Eigenschaften oder Dispositionen der betroffenen Arbeitnehmerin bedürfen einer ärztlichen Begutachtung und fallen damit in den Verantwortungsbereich des Arztes der Schwangeren/Stillenden. Die Betriebsparteien hingegen können die individuellen Dispositionen der Arbeitnehmerin regelmäßig gar nicht fachgerecht beurteilen.

Es bedarf daher einer Synchronisation mit dem ArbSchG. Dazu gehört die Klarstellung, dass sich jede Gefährdungsbeurteilung iSd MuSchG ausschließlich auf objektive Belastungsfaktoren bezieht, nicht aber auf *subjek-*



tiv empfundene Beanspruchungen, wie individuelle Eigenschaften und Bedürfnisse der Frau. Dieser Satz ist aus der Gesetzesbegründung zu § 9 Absatz 2 zu streichen. Der Beschränkung auf objektive Belastungsfaktoren liegt das gängige und allgemein anerkannte sog. Belastungs-Beanspruchungs-Modell zugrunde. Eine Änderung wäre ein klarer Bruch mit der im Arbeitsschutz üblichen und bewährten Durchführung von Gefährdungsbeurteilungen.

Die konkretisierende Gefährdungsbeurteilung wirft darüber hinaus praktische Fragen auf: Unklar ist, wie sie konkret durchgeführt werden muss. Reicht ein gemeinsames „Durchgehen“ der Ergebnisse der generellen Gefährdungsbeurteilung aus? Soweit individuelle Eigenschaften berücksichtigt werden müssen, geht es um sensible Daten über die Gesundheit der Arbeitnehmerin. Wie gelangt der Arbeitgeber an Daten über den individuellen Gesundheitszustand der Schwangeren? Datenschutzrechtliche Erwägungen enthält der Gesetzesentwurf nicht. Wer hat die Kompetenz, diese zu beurteilen?

Für einen effektiven Schutz der Schwangeren/Stillenden bedarf es einer konkretisierenden Gefährdungsbeurteilung darüber hinaus nicht. Dass der Arbeitgeber alle erforderlichen Maßnahmen zum Schutz der physischen und psychischen Gesundheit der Schwangeren/Stillenden treffen muss, wenn im Rahmen des generellen Beurteilungsverfahrens (mutterschutzspezifische) Gefährdungen festgestellt worden sind, ergibt sich bereits aus § 8 MuSchG-E.

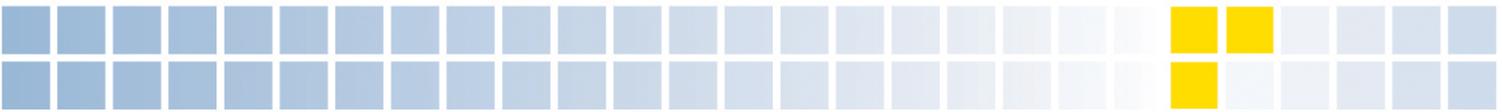
Beschäftigungsverbot im Rahmen der Gefährdungsbeurteilung praxisfremd

Das in § 9 Abs. 3 MuSchG-E vorgesehene Beschäftigungsverbot ist zu weitgehend und in dieser Form praxisfremd. Es wird, entgegen der Zielsetzung des Gesetzgebers, zu erheblichen Arbeitsausfällen im Falle einer Schwangerschaft, bzw. einer Stillzeit führen – selbst wenn keine unverantwortbare Gefährdung vorliegt. Die Regelung führt unnötigerweise zu einer erheblichen finanziellen Belastung der Arbeitgeber, die gerade diejenigen Unternehmen am härtesten treffen

wird, die über gut funktionierende und organisierte Strukturen im Arbeitsschutz verfügen.

Das System des betrieblichen Arbeitsschutzrechts kennt die Pflicht, Gefährdungsbeurteilungen durchzuführen und erforderliche Maßnahmen zu ergreifen (§§ 3, 5 ArbSchG). Ein Beschäftigungsverbot während der Dauer dieses Prozesses enthält das Arbeitsschutzgesetz indes nicht. An dieser Systematik muss sich der Gesetzgeber auch im Mutterschutzgesetz orientieren. Der arbeitsschutzrechtliche Prozess einer Gefährdungsbeurteilung umfasst eine Analyse möglicher Gefährdungen, eine Beurteilung der gewonnenen Ergebnisse, die Festlegung und Durchführung von Schutzmaßnahmen, eine Wirksamkeitskontrolle und ggfs. ein Nachjustieren der Maßnahmen mit erneuter Wirksamkeitskontrolle. Es ist unverhältnismäßig, wenn das Beschäftigungsverbot erst mit dem endgültigen Abschluss dieses zweistufigen Prozesses und damit erst mit dem Abschluss der konkretisierenden Gefährdungsbeurteilung endet. Das gilt jedenfalls, wenn es sich letztlich um hinnehmbare Gefährdungen handelt, erst recht aber, wenn Gefährdungen gar nicht vorliegen.

In Unternehmen, die über einen zentral aufgestelltes und umfassendes Gesundheitsmanagement verfügen, würde nicht nur die generelle, sondern auch die konkretisierende Gefährdungsbeurteilung nach § 9 Abs. 2 MuSchG-E im Zweifel nicht durch den unmittelbaren Vorgesetzten, sondern durch mit dem betrieblichen Arbeitsschutz betrautes Personal durchgeführt werden. Daher kann der Vorgesetzte die konkretisierende Gefährdungsbeurteilung nicht im Rahmen eines Gesprächs vornehmen, dass sich der Mitteilung der Schwangerschaft unmittelbar anschließt. Vielmehr muss ein Termin mit der intern zuständigen Person vereinbart werden, was stets eine zeitliche Verzögerung verursacht. Die Frau dürfte aber trotz eines risikofreien Büroarbeitsplatzes nicht beschäftigt werden, obwohl es Ziel des Gesetzgebungsverfahrens ist, die Beschäftigungsmöglichkeiten schwangerer Frauen zu verbessern.



Der Gesetzgeber lässt zudem die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG unberücksichtigt und die teilweise langwierigen Prozesse der Regelungsfindung über die Einigungsstelle. Die Gefährdungsbeurteilungen nach dem Mutterschutzgesetz wird man ebenso wie die Gefährdungsbeurteilung nach § 5 ArbSchG jedenfalls als mitbestimmungspflichtig ansehen müssen, soweit es um die Aufstellung allgemeiner Beurteilungsgrundsätze geht. Können sich die Betriebsparteien nach Inkrafttreten des Gesetzes nicht auf Grundsätze einer mutterschutzspezifischen Gefährdungsbeurteilung einigen, oder kündigt der Betriebsrat später eine entsprechende Betriebsvereinbarung, ist eine konkretisierende Gefährdungsbeurteilung nach dem MuSchG-E bis zum Spruch der Einigungsstelle gar nicht rechtssicher durchführbar. In konsequenter Umsetzung des geplanten Beschäftigungsverbots nach § 9 Abs. 3 MuSchG-E müssten in diesem Fall sämtliche schwangere Frauen ab Mitteilung ihrer Schwangerschaft für unabsehbare Zeit bezahlt freigestellt werden, selbst wenn von den Arbeitsplätzen keine Gefährdung ausgeht.

Die Gesetzesbegründung vermag diese Folgen nicht abzuschwächen. Vielmehr bestehen auch hier Divergenzen zwischen Gesetzestext und Begründung: Die Zuweisung eines Ersatzarbeitsplatzes, wie die Gesetzesbegründung erwägt (zu § 9 Abs. 3 MuSchG-E), wäre gar nicht möglich, denn zunächst müsste die konkretisierende Gefährdungsbeurteilung nach § 9 Abs. 2 MuSchG-E – und zwar für diese Ersatztätigkeiten – durchgeführt werden.

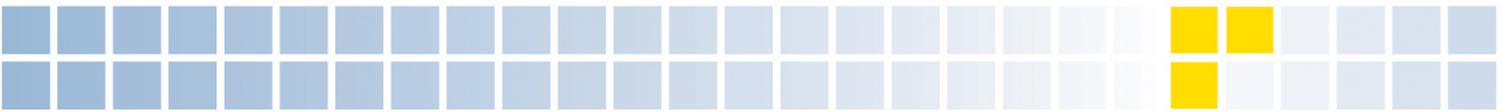
Ein Beschäftigungsverbot darf allenfalls greifen, wenn die *abstrakte* Beurteilung der Arbeitsbedingungen nach § 9 Abs. 1 MuSchG-E noch nicht durchgeführt oder erforderliche Schutzmaßnahmen, die sich daraus ergaben, noch nicht ergriffen worden sind. Dieser Wille ergibt sich jedenfalls aus der Gesetzesbegründung zu § 9 Abs. 3, spiegelt sich aber im Gesetzestext nicht wider, in dem verständlicherweise § 9 Abs. 2 in Bezug genommen wird.

Verbot der Sonn- und Feiertagsarbeit nicht verschärfen

Eine Modernisierung des Verbots der Sonn- und Feiertagsarbeit darf nicht durch die Hintertür zu einer verdeckten Verschärfung für eine nicht zu beziffernde Zahl an Unternehmen führen. Um das Ziel, die branchenspezifischen Beschränkungen von Sonn- und Feiertagsarbeit abzuschaffen, tatsächlich zu erreichen, müssen Ausnahmen von diesem Verbot im Mutterschutzgesetz in gleichem Maße zugelassen werden, wie es das Arbeitszeitgesetz vorsieht. Dazu ist der Verweis auf § 10 ArbZG allein nicht ausreichend. Es ist erforderlich, dass auch die Vorschriften der §§ 12 bis 14 ArbZG in Bezug genommen werden. Anderenfalls würde der generelle Wegfall der Möglichkeit, eine Ausnahmegenehmigung zu beantragen, zu einer Verschärfung der Rechtslage für die ausgeschlossenen Betriebe und eine Verschlechterung für die Beschäftigungsmöglichkeiten schwangerer und stillender Frauen in diesen Betrieben bedeuten.

Verbot der Nacht- und Sonntagsarbeit praxisgerecht modernisieren

Die Neuregelungen in §§ 4 und 5 MuSchG-E sollten nicht zur Anwendung kommen, wenn die Arbeitsleistung nicht aus einer Weisung des Arbeitgebers resultiert, sondern aus einer freien Entscheidung der Arbeitnehmerin im Rahmen eines flexiblen Arbeitszeitmodells. Dies entspricht jedenfalls während der vorgeburtlichen Schutzfrist dem in § 3 Abs. 2 MuSchG normierten Prinzip der Eigenverantwortlichkeit der Arbeitnehmerin. So hätte die Frau beispielsweise die Möglichkeit, noch im Home-Office tätig zu werden, und konnte sich vorher ggf. um andere Kinder kümmern. Die Möglichkeit, im Home-Office zu arbeiten, schließt aber auch das Alleinarbeitsverbot aus, obwohl diese Art der Tätigkeit für die Frau gerade weniger Aufwand und Belastung bedeutet. Das widerspricht auch dem allgemein anerkannten Ziel, die Vereinbarkeit von Familie und Beruf zu verbessern.



Wird die Arbeitszeitgestaltung vom Arbeitgeber vorgegeben, ist der Schutz der Frau sichergestellt durch ein entsprechendes ärztliches Zeugnis und die Anzeige gegenüber der Aufsichtsbehörde. Eine Einwilligung der Frau ist, anders als in der Gesetzesbegründung ausgeführt, auch nicht unionsrechtlich gefordert. Auch bei einem Einsatz an Sonn- und Feiertagen ist der Schutz der Frau durch die Mitteilung des Arbeitgebers gegenüber der Aufsichtsbehörde gewährleistet, dass es zu Einsätzen an Sonn- und Feiertagen kommen kann. Die Aufsichtsbehörde hat damit in den kommenden Monaten bis zur Geburt die Möglichkeit, die Einhaltung der weiteren Voraussetzungen der Schutzvorschrift zu überwachen.

Ein Verzicht auf das Einverständnis der Frau ist insbesondere für Branchen wichtig, in denen Schwerpunkt und Wertschöpfung der Arbeit am Abend und an Sonn- und Feiertagen liegen. Hier muss Nacht-, vor allem aber Sonn- und Feiertagsarbeit nach wie vor unkompliziert möglich sein, auch ohne das kollegiale Miteinander zu belasten. Das war bisher immer Konsens – das zeigte sich nicht nur in den Regelungen des Mutterschutzrechts, sondern wird auch in zahlreichen gastgewerblichen Tarifverträgen gespiegelt. Selbst das Jugendarbeitsschutzgesetz definiert Nachtarbeit für das Gaststättengewerbe als die Zeit zwischen 22 und 6 Uhr. Nach unionsrechtlichen Vorgaben könnte sich das Mutterschutzgesetz auch auf die Definition der Nachtarbeit in § 2 Abs. 3 ArbZG beziehen, der die Zeit von 23 bis 6 Uhr bestimmt. Jedenfalls muss ergänzend eine Frist zur Ausübung des Widerrufs aufgenommen werden, die die üblichen Fristen für die Bekanntgabe von Dienstplänen berücksichtigt, das wären regelmäßig zwei Wochen. Der Arbeitgeber darf nicht mit den erheblichen Unsicherheiten eines kurzfristigen Widerrufs belastet werden.

Es sollte gesetzlich klargestellt werden, dass die Meldung über einen beabsichtigten Einsatz der Frau in Nacht- oder Sonn- und Feiertagsarbeit nach § 25 Abs. 1 Nr. 2 MuSchG-E mit der Anzeige der Schwangerschaft verbunden werden kann. Entsprechendes ergibt sich für die Nachtarbeit aus Absatz 3 der

Gesetzesbegründung zu § 4 MuSchG-E; zu § 5 fehlt der Hinweis auf eine entsprechende Erleichterung allerdings. Nicht nachvollziehbar und abzulehnen ist die Verschärfung in § 26 Abs. 3 Nr. 1 MuSchG-E, wonach die Aufsichtsbehörden Ausnahmen vom Verbot der Mehr- und Nachtarbeit nun nur noch in *besonders* begründeten Fällen bewilligen können.

Hat die schwangere oder stillende Frau mehrere Arbeitgeber, müssen die Arbeitszeiten für die Prüfung des Verbots der Mehrarbeit gemäß § 4 Abs. 1 S. 4 MuSchG-E zusammengerechnet werden. Parallel ist eine entsprechende Informationspflicht der Frau in § 14 MuSchG-E aufzunehmen. Jedenfalls darf ein Verstoß gegen das Mehrarbeitsverbot aufgrund fehlender Kenntnis über den Umfang der Arbeitsleistung bei anderen Arbeitgebern keinesfalls zu einer Ordnungswidrigkeit gemäß § 29 Abs. 1 Nr. 1 MuSchG-E führen.

Dokumentationspflicht begrenzen

Trotz der Änderungen zum Referententwurf bleibt eine generelle Gefährdungsbeurteilung besonders aufwendig, wenn eine Umgestaltung der Arbeitsbedingungen erforderlich wird. Denn dokumentiert werden müssen nach der Gesetzesbegründung zu § 13 in diesem Fall auch die Gefährdungen, die nach der Gefährdungsprüfung als hinnehmbar einzustufen sind. Das ist unverhältnismäßig. Die Gesetzesbegründung nimmt fälschlicherweise an, der Verwaltungsaufwand der Arbeitgeber erhöhe sich nicht, weil auch heute schon aus § 19 MuSchG (Auskunft gegenüber der Aufsichtsbehörde) eine Dokumentationspflicht des Arbeitgebers entstehe. Auskunft war aber nur über *die eine* Gefährdungsbeurteilung zu erteilen.

Aus den Unterlagen muss das Ergebnis der Gefährdungsbeurteilung und „der Bedarf an Schutzmaßnahmen“ ersichtlich sein (§ 13 Abs. 1 Nr. 1 Gesetzentwurf). Dies darf nicht dazu führen, dass schon *konkrete* Schutzmaßnahmen benannt werden müssen. Das stünde der in § 9 Abs. 1 MuSchG-E vorgesehenen vereinfachten Prüfpflicht entgegen.

Beurteilung von Tätigkeiten und Arbeitsbedingungen eindeutig regeln

Die Neuregelungen in den §§ 10 und 11 MuSchG-E verfehlen das Ziel klarer und verständlicher Regelungen. Die zahlreichen Verweisungen auf europäische Vorschriften erschweren dem Betrieb die Umsetzung des Mutterschutzes. Das gilt in besonderem Maße für den neu aufgenommenen Begriff der „unverantwortbaren Gefährdung“. Es handelt sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, mit dem erhebliche Rechtsunsicherheit für die Unternehmen erzeugt wird. Mit der gesetzlichen Definition in § 8 Abs. 2 S. 2 MuSchG-E – „Eine Gefährdung ist unverantwortbar, wenn die Eintrittswahrscheinlichkeit einer Gesundheitsbeeinträchtigung angesichts der zu erwartenden Schwere des möglichen Gesundheitsschadens nicht hinnehmbar ist.“ – wird keine Rechtssicherheit geschaffen. Das kann sich als Hindernis für die Beschäftigung schwangerer und stillender Frauen darstellen, weil § 29 Abs. 1 Nr. 6 MuSchG-E eine *nicht richtig beurteilte* Gefährdung auch noch zur Ordnungswidrigkeit erklärt.

Rechtsunsicherheit entsteht durch die Neufassung von § 10 Abs. 5 Nr. 6 MuSchG-E, wonach der Arbeitgeber schwangere Frauen keine Tätigkeiten ausüben lassen darf, bei denen Unfälle zu befürchten sind, wie durch Ausgleiten, Fallen oder Stürzen. Auch die bisherige Fassung von § 4 Abs. 2 Nr. 8 MuSchG betraf *jede Art* von Unfallgefahren.

Getaktete Arbeit unangetastet lassen

Eine Ausweitung der Beschäftigungsverbote auf getaktete Arbeit mit vorgeschriebenem Arbeitstempo gemäß § 10 Abs. 6 Nr. 2 und § 11 Abs. 5 Nr. 2 MuSchG-E ist abzulehnen. Insbesondere in Fertigungsbereichen sind nahezu alle Tätigkeiten zeitlich getaktet, so dass eine Versetzung und damit Weiterbeschäftigung schwangerer oder stillender Frauen quasi unmöglich wäre, obwohl das Gesetz das Gegenteil erreichen will. Für Akkord- bzw. Fließbandarbeit als Unterform der getakteten Arbeit besteht bereits heute ein Beschäftigungsverbot. Daher ist es in vielen betroffenen Unternehmen üblich, bei Kennt-

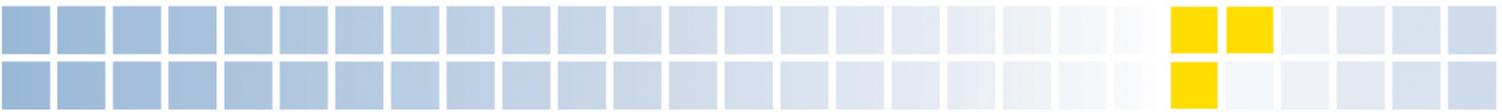
nis von einer Schwangerschaft die Schwangere von einer Fließbandtätigkeit zu einer anderen getakteten Tätigkeit zu versetzen, zum Beispiel vom Fließband in die Vormontage. Bei diesen Tätigkeiten ist im Gegensatz zur Fließbandtätigkeit gerade kein strenger Zeitzyklus für den Prozess vorgegeben, sondern lediglich ein zyklisches Zeitintervall, nach dem sich die Prozesse wiederholen. Daher kann hier entsprechend den individuellen Bedürfnissen der Frau genügend Zeit für kurze Pausen oder das Vorarbeiten für den nächsten Zyklus gegeben werden.

Sonderkündigungsschutz kalkulierbar lassen

Durch § 16 Abs. 1 S. 3 MuSchG-E soll ein EuGH-Urteil (Rechtssache Paquay C-460/06 vom 11. Oktober 2007) umgesetzt werden, wonach das Verbot der Kündigung von Schwangeren während der in Art. 10 Nr. 1 MuSchRL vorgesehenen Schutzfrist nicht auf die Mitteilung der Kündigungsentscheidung beschränkt ist, sondern auch Maßnahmen verbietet, die in Vorbereitung einer solchen Kündigungsentscheidung getroffen werden. Das EuGH-Urteil betraf belgisches Recht und einen Fall, in dem der Arbeitgeber die Kündigung *wegen* der Schwangerschaft ausgesprochen. Die bestehende deutsche Regelung entspricht bereits europäischen Vorgaben. Die vorgesehene Regelung geht weit über das hinaus, was der EuGH beschlossen hat. Sie behindert jegliche betriebsinterne Planungsprozesse und begründet einen völlig unkalkulierbaren und überzogenen Sonderkündigungsschutz.

Betriebsabläufe nicht beeinträchtigen

Es sollte für die Verlängerung einer nachgeburtlichen Schutzfrist bei Behinderung des Kindes (§ 3 Abs. 2 Nr. 3 MuSchG-E) eine Klarstellung in § 3 Abs. 2 S. 4 MuSchG-E aufgenommen werden, dass die Behinderung vor Ablauf von acht Wochen nach der Entbindung nicht nur festgestellt, sondern auch *innerhalb dieser Frist* beantragt werden muss. Sind die acht Wochen einmal abgelaufen kann es zu keiner „Verlängerung“ mehr kommen. Soll für die Feststellung der Behinderung der Arzt zuständig sein, muss



darüber hinaus sichergestellt sein, dass dieser regelmäßig dazu in der Lage ist, eine verlässliche Feststellung zu treffen. Bisher erfolgt die Feststellung einer Behinderung nach § 69 SGB IX allein durch die für die Durchführung des Bundesversorgungsgesetzes zuständigen Behörden, die darauf spezialisiert sind.

Gemäß § 8 Abs. 1 S. 3 MuSchG-E sind Nachteile aufgrund Schwangerschaft, Entbindung oder Stillzeit zu vermeiden. Die Gesetzesbegründung verweist auf die Anwendung der Abschnitte 3 und 4. Daneben sollte auf die zu vage formulierte Verpflichtung zum *Ausgleich von Nachteilen* verzichtet werden. Insbesondere darf im Zusammenspiel mit den Sätzen 1 und 2 kein allgemeiner Schadensersatzanspruch aus dieser Vorschrift abgeleitet werden. Verwirrend ist der Hinweis in der Gesetzesbegründung auf die *Vermeidung möglicher Diskriminierungen*, die inhaltlich nicht von der in § 8 geregelten „Gestaltung von Arbeitsbedingungen“ erfasst werden.

Bisher sollen schwangere Beschäftigte vor schädlichen Einwirkungen konkret benannter Stoffe geschützt werden (§ 4 Abs. 1 MuSchG). Der Begriff einer „belastenden Arbeitsumgebung“ in den §§ 10 Abs. 4 und 11 Abs. 4 MuSchG-E ist dagegen neu und unklar. Die jeweiligen Absätze 4 S. 2 enthalten zwar jeweils eine Konkretisierung in Form eines Beispielskatalogs. Darüber hinaus muss aber klargestellt werden, dass es sich ausschließlich um mit der konkreten Tätigkeit in Zusammenhang stehende Belastungen handelt, nicht beispielsweise um Belastungen infolge einer Missstimmung unter umgebenden Arbeitskollegen.

Laut Gesetzesbegründung sind die Mitteilungs- und Nachweisobliegenheiten in § 14 MuSchG-E nicht abschließend. Dies ergibt sich jedoch nicht aus der gesetzlichen Regelung und muss durch Ergänzung des Wortes „insbesondere“ klargestellt werden. Beispielsweise sollte die Beschäftigte nicht nur den Beginn, sondern auch das Ende der Stillzeit unverzüglich mitteilen. Denn der Arbeitgeber ist regelmäßig nicht in der Lage, das Ende der Stillzeit zu erkennen und weiß

daher nicht, welche Schutzvorschriften von ihm einzuhalten sind. Es ist ihm unzumutbar, den aktuellen Stand regelmäßig zu erfragen. Vielmehr handelt es sich hierbei um eine im Verantwortungsbereich der stillenden Mutter liegende Pflicht. Gleiches gilt für Arbeitszeiten, die die Frau bei anderen Arbeitgebern leistet, im Hinblick auf die Einhaltung des Verbots der Mehrarbeit. Abzulehnen ist eine neue Benachrichtigungspflicht des Arbeitgebers über stillende Mütter gegenüber der Aufsichtsbehörde (§ 25 Abs. 1 Nr. 1 MuSchG-E). Sie bedeutet weiteren Aufwand für den Arbeitgeber.

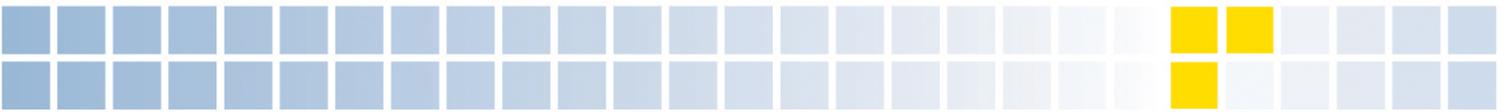
Der neue § 19 Abs. 2 MuSchG-E, wonach die Quotelung des Zuschusses zum Mutterschaftsgeld vorzunehmen ist, wenn die Arbeitnehmerin mehrere Arbeitgeber hat, entspricht der heutigen Rechtslage. Unklar bleibt nach wie vor, welcher Arbeitgeber für die anteilige Berechnung des Zuschusses zum Mutterschaftsgeld zuständig ist. Denn jeder Arbeitgeber kann pro Kalendertag nur seinen Anteil von 13 € in Abzug bringen. Mit entsprechender Ergänzung würde die Neuregelung auch rechtssicher und praxisgerecht.

Adressaten der Bußgeldvorschriften klar fassen

Durch die Begriffsbestimmung in § 2 Abs. 2 S. 2 MuSchG-E ist klargestellt, wer dem Arbeitgeber im Sinne des Gesetzes gleichgestellt ist. Insofern ist es folgerichtig im Übrigen im Gesetz von „Arbeitgeber“ zu sprechen. Nicht ersichtlich ist, wieso allein im Rahmen von § 29 Abs. 1 MuSchG-E hiervon nachträglich abgewichen wurde und jetzt von „wer“ die Rede ist. Das darf nicht zu einer Ausweitung der Verpflichteten führen.

Ausschuss für Mutterschutz paritätisch besetzen

Ähnlich wie in § 14 Abs. 4 FPfZG sollte § 27 MuSchG-E eine paritätische Besetzung des geplanten Ausschusses für Mutterschutz festschreiben. Das ist durch die bisherige Regelung, die nur die maximale Mitgliederzahl und die Bereiche nennt, aus denen Mit-



glieder benannt werden sollen, nicht gewährleistet.

Fehlerhafte Verweise beheben

Fehlerhaft ist der Verweis in § 13 Abs. 1 Satz Nr. 1 MuSchG-E auf einen Bedarf an Schutzmaßnahmen in § 9 Abs. 1 Nr. 2 a) MuSch-G. Nach dieser Vorschrift sind gerade keine Schutzmaßnahmen erforderlich. Die Dokumentationspflicht muss vielmehr § 9 Abs. 1 Nr. 2 b) MuSchG in Bezug nehmen.

In Art. 6 Abs. 11 Nr. 1a MuSchG-E muss es heißen, dass die Angabe „§ 14 Abs. 1“ in § 1 Abs. 2 Nr. 1 AAG durch die Angabe „§ 19 Abs. 1“ ersetzt wird (nicht § 18 Abs. 1).

In Art. 6 Abs. 11 Nr. 1b MuSchG-E muss es heißen, dass die Angabe „§ 11“ in § 1 Abs. 2 Nr. 2 AAG ersetzt wird durch die Angabe „§ 17“ (nicht § 16).

Mit dem Vorhaben verbundene Kosten und Bürokratie für die Betriebe

- § 9 Abs. 1 MuSchG-E: Die Einführung einer zusätzlichen anlassunabhängigen Gefährdungsbeurteilung verursacht erhebliche Bürokratie und Personalkosten.
- § 13 Abs. 1 MuSchG-E: Die Dokumentation aller Gefährdungsbeurteilungen verursacht Bürokratie und Personalkosten.

- § 13 Abs. 2 MuSchG-E: Eine Unterrichtspflicht über das Ergebnis der Gefährdungsbeurteilungen gegenüber der gesamten Belegschaft verursacht Bürokratie und Personalkosten.
- § 9 Abs. 3 MuSchG-E: Die Einführung eines Beschäftigungsverbots für den gesamten Zeitraum der Durchführung der Gefährdungsbeurteilungen verursacht erhebliche Kosten.
- §§ 4 und 5 MuSchG-E: Die Neuregelung zum Verbot der Nacht- und Sonntagsarbeit verursacht einen Mehraufwand durch Prüfung der neuen Ausnahmetatbestände.
- § 25 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 MuSchG-E: Neue Meldepflichten verursachen Bürokratie.
- § 1 Abs. 2 MuSchG-E: Die Anwendung mutterschutzrechtlicher Vorschriften auf arbeitnehmerähnliche Personen, Schülerinnen und Studentinnen verursacht Bürokratie und Kosten.
- § 8 Abs. 2 MuSchG-E: Die Aufnahme eines neuen unbestimmten Rechtsbegriffs verursacht Bürokratie und Rechtsunsicherheit.
- § 20 Abs. 2 Nr. 3 MuSchG-E: Die Durchführung eines Günstigkeitsvergleichs verursacht Bürokratie und Personalkosten.

Ansprechpartner:

BDA | DIE ARBEITGEBER

Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände

Arbeits- und Tarifrecht

T +49 30 2033-1200

arbeitsrecht@arbeitgeber.de

Die BDA ist die sozialpolitische Spitzenorganisation der gesamten deutschen gewerblichen Wirtschaft. Sie vertritt die Interessen kleiner, mittelständischer und großer Unternehmen aus allen Branchen in allen Fragen der Sozial- und Tarifpolitik, des Arbeitsrechts, der Arbeitsmarktpolitik sowie der Bildung. Die BDA setzt sich auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene für die Interessen von einer Mio. Betrieben mit ca. 20 Mio. Beschäftigten ein, die der BDA durch freiwillige Mitgliedschaft in Arbeitgeberverbänden verbunden sind. Die Arbeitgeberverbände sind in den der BDA unmittelbar angeschlossenen 51 bundesweiten Branchenorganisationen und 14 Landesvereinigungen organisiert.