

Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Beschäftigungsverbote nach dem Mutterschutzgesetz
3. Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit
 - 3.1 Allgemeines
 - 3.2 Abgrenzung
 - 3.3 Bedeutung der Zuordnung
4. Künstliche Befruchtung
 - 4.1 Anspruch auf Entgeltfortzahlung?
 - 4.2 Datenschutz

Information

1. Allgemeines

Werdende Mütter können oft auch außerhalb der generellen Schutzfristen nicht arbeiten. Dann stellt sich die Frage: Ist Entgeltfortzahlung oder Mutterschutzlohn zu zahlen? Diese Unterscheidung kann für den Betrieb erhebliche finanzielle Folgen haben. Auch für die werdende Mutter ist diese Abgrenzung von finanzieller Bedeutung. Der Beitrag gibt Ihnen alle nötigen Informationen.

2. Beschäftigungsverbote nach dem Mutterschutzgesetz

Neben den obligatorischen Schutzfristen vor und nach der Entbindung kennt das Mutterschutzgesetz Beschäftigungsverbote. Generell verboten sind Mehrarbeit, Nachtarbeit sowie Sonn- und Feiertagsarbeit (§§ 4 bis 6 MuSchG).

Außerdem sind Arbeiten oder Arbeitsbedingungen verboten, bei denen Schwangere oder stillende Frauen in einem Maß Gefahrstoffen oder bestimmten schädlichen Biostoffen ausgesetzt sind oder sein können, dass für sie oder ihr Kind eine unverantwortbare Gefährdung vorliegt (§§ 11 , 12 MuSchG). Außerdem muss der Arbeitgeber eine Gefährdungsbeurteilung für den Arbeitsplatz und die Arbeitsbedingungen der schwangeren oder stillenden Frau durchführen. Auf dieser Basis ist er verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen zum Schutz der Gesundheit von Mutter und Kind zu treffen und eine unverantwortbare Gefährdung auszuschließen (§§ 9 , 10 MuSchG).

Definition: "Eine Gefährdung ist unverantwortbar, wenn die Eintrittswahrscheinlichkeit einer Gesundheitsbeeinträchtigung angesichts der zu erwartenden Schwere des möglichen Gesundheitsschadens nicht hinnehmbar ist" (§ 9 Abs. 2 S. 2 MuSchG).

Werden unverantwortbare Gefährdungen festgestellt, ist der Arbeitgeber verpflichtet, Schutzmaßnahmen in folgender Reihenfolge zu treffen (§ 13 Abs. 1 MuSchG):

1. Die Arbeitsbedingungen sind (auf dem bisherigen Arbeitsplatz) so umzugestalten, dass Gefährdungen möglichst vermieden werden und eine unverantwortbare Gefährdung ausgeschlossen ist.
2. Ist dies nicht möglich oder wegen unverhältnismäßig hohem Aufwand nicht zumutbar, hat er die Frau auf einem anderen geeigneten und zumutbaren Arbeitsplatz einzusetzen. Weitere Voraussetzung ist, dass ein solcher Arbeitsplatz zur Verfügung gestellt werden kann.
3. Soweit beides nicht machbar ist, darf die schwangere oder stillende Frau nicht weiter beschäftigt werden (Beschäftigungsverbot). Dann besteht Anspruch auf Mutterschutzlohn, d.h. der Arbeitgeber muss die volle Vergütung ohne Arbeitsleistung zahlen.

Beschäftigungsverbote können also frühestens von dem Zeitpunkt an wirksam werden, von dem an eine Schwangerschaft besteht und diese festgestellt wurde; bei einer In-vitro-Fertilisation kommen sie frühestens nach dem Embryonentransfer in Betracht (BAG, 26.10.2016 – 5 AZR 167/16 ; 26.03.2015 – 2 AZR 237/14). Der Arbeitgeber muss sofort tätig werden, sobald ihm der Zustand der Frau bekannt wird und prüfen, welche Konsequenzen sich durch die Schwangerschaft oder das Stillen des Kindes ergeben. Eines besonderen Antrages bedarf es nicht und die Missachtung der Vorschriften ist eine Ordnungswidrigkeit, die mit einem Bußgeld geahndet werden kann (§ 32 MuSchG). Bei Vorsatz kann sogar ein Straftatbestand vorliegen. Darüber hinaus sind Beschäftigungsverbote überwiegend nicht abdingbar, d.h. die Frau kann auf die Anwendung nicht verzichten (Teilweise Ausnahmen - siehe z.B. § 5 Abs. 2 MuSchG).

Daneben sieht das Mutterschutzgesetz ein ärztliches Beschäftigungsverbot vor, soweit nach ärztlichem Zeugnis Leben oder Gesundheit von Mutter oder Kind bei Fortdauer der Beschäftigung gefährdet ist (§ 16 Abs. 1 MuSchG). Im Gegensatz zu dem Beschäftigungsverbot bei unverantwortbarer Gefährdung ergibt sich das ärztliche Beschäftigungsverbot aus der gesundheitlichen Konstitution der Frau in Relation zu den konkreten Anforderungen des jeweiligen Arbeitsplatzes. Es liegt aber keine Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit vor, sondern lediglich eine abstrakte Gefahr für Leben oder Gesundheit von Mutter oder Kind. Um dieses Beschäftigungsverbot geltend zu machen, muss ein ärztliches Attest vorgelegt werden. Es muss bestätigen, dass die genannten Voraussetzungen vorliegen. Dafür muss sich der Arzt mit den Gegebenheiten der beruflichen Tätigkeit der Frau auseinandersetzen. Die Voraussetzungen können auch bereits ab dem ersten Tag eines Arbeitsverhältnisses vorliegen, mit der Folge, dass der Arbeitgeber Mutterschutzlohn zahlen muss (LAG Berlin-Brandenburg, 30.09.2016 – 9 Sa 917/16) . Ein ärztliches Beschäftigungsverbot kann auch in Betracht kommen, wenn die Frau in den ersten Monaten nach der Geburt noch nicht voll leistungsfähig ist (§ 16 Abs. 2 MuSchG).

Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 241 BGB) und der arbeitsvertraglichen Treuepflicht leitet sich ab, dass der Frau auch bei einem ärztlichen Beschäftigungsverbot eine andere Tätigkeit zugewiesen werden kann. Die Ersatztätigkeit muss jedoch zumutbar sein. Ob dies der Fall ist, ergibt sich nach den Gesamtumständen des Einzelfalles, außerdem muss die Umsetzung den Grundsätzen des billigen Ermessens (§ 315 Abs. 3 BGB) entsprechen. Insbesondere spielt dabei eine Rolle, welche Aufgaben die Frau bisher hatte, welche Ausbildung sie absolviert hat und wie ihre bisherige berufliche Entwicklung war.

Beispiel:

Frau A. ist in dem Bauunternehmen B. als Bauingenieurin für die Steuerung und Überwachung der Baustellen verantwortlich. Nun ist sie schwanger. Die Tätigkeit ist mit vielen Fahrten und Kletterei auf den Baustellen verbunden, es liegt aber keine unverantwortbare Gefährdung vor. Ihr Arzt spricht aufgrund drohender Komplikationen ein Beschäftigungsverbot aus.

Das Bauunternehmen will sie daraufhin im Konstruktionsbüro für die Erstellung von Bauplänen und Baustellenabrechnungen einsetzen. Diese Tätigkeit dürfte zumutbar sein, weil sie den Fähigkeiten und Kenntnissen einer Bauingenieurin entspricht und auch von der Wertigkeit vergleichbar sein dürfte. Nicht zulässig wäre es z.B. wenn Frau A. während dieser Zeit für Reinigungsaufgaben eingesetzt werden würde.

Die Ersatztätigkeit kommt nur so lange in Betracht, wie das Beschäftigungsverbot aufrechterhalten wird. Läuft es aus, hat die Frau einen Anspruch auf Rückkehr zu ihrer vorherigen Stelle.

Während der Beschäftigungsverbote hat die Frau gegen ihren Arbeitgeber Anspruch auf Mutterschutzlohn (§ 18 MuSchG). Damit wird ihr der Verdienstaufschlag vollständig ausgeglichen. Soweit ihr eine Ersatztätigkeit mit geringerem Verdienst zugewiesen wird, ist die Differenz bis zum vorherigen Arbeitsentgelt ebenfalls auszugleichen.

3. Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit

3.1 Allgemeines

Nicht selten attestiert der Arzt der Frau wegen einer mit der Schwangerschaft zusammenhängenden Krankheit Arbeitsunfähigkeit. Voraussetzung dafür ist, dass die Frau die bisherige Tätigkeit wegen der Krankheit nicht oder nur unter der Gefahr, ihren Zustand zu verschlimmern, ausüben kann. Ebenso liegt eine Arbeitsunfähigkeit i.S.d. vor, wenn eine zur Behandlung einer Krankheit erforderliche Heilbehandlung dazu führt, dass die Arbeitnehmerin nicht arbeiten kann.

3.2 Abgrenzung

Aus den Ausführungen lässt sich erkennen, dass die Abgrenzung zwischen ärztlichem Beschäftigungsverbot und Arbeitsunfähigkeit nicht immer einfach ist. Beim ärztlichen Beschäftigungsverbot besteht bei Fortsetzung der bisherigen Tätigkeit eine lediglich abstrakte Gesundheitsgefahr – die Frau ist also nicht krank. Bei einer Arbeitsunfähigkeit dagegen liegt immer eine Krankheit vor. Dabei ist die Schwangerschaft an sich ein biologisch normaler Vorgang, also keine Krankheit. Es können infolge der hormonellen Umstellung oder sonstiger Besonderheiten Beschwerden auftreten, die schwangerschaftstypisch sind und die daher ebenfalls nicht als Krankheit anzusehen sind. Dies ist erst der Fall, wenn die Beschwerden über das übliche Maß hinausgehen.

Die Entscheidung, ob ärztliches Beschäftigungsverbot oder Krankheit, trifft der behandelnde Arzt. Oft kommt es dabei in Unkenntnis der Abgrenzungskriterien und auch aufgrund widersprüchlicher Auffassungen zu Fehleinschätzungen, die für das Unternehmen und die Arbeitnehmerin von erheblicher Bedeutung sein können.

3.3 Bedeutung der Zuordnung

Bei einer Arbeitsunfähigkeit hat die werdende Mutter zunächst für sechs Wochen Anspruch auf Entgeltfortzahlung. Soweit es sich um einen Klein- oder Mittelbetrieb mit nicht mehr als 30 Arbeitnehmern handelt, werden die Aufwendungen dafür im Rahmen des Ausgleichsverfahrens von der zuständigen Krankenkasse teilweise erstattet (§ 1 Abs. 1 AAG). Nach Ablauf der Entgeltfortzahlung erhält die Mitarbeiterin Krankengeld, das höchstens 90 Prozent des letzten Nettoentgelts beträgt; davon gehen dann noch die Beitragsanteile zur Sozialversicherung ab.

Bei einem ärztlichen Beschäftigungsverbot erhält die Frau Mutterschutzlohn in Höhe der Vergütung, die sie normalerweise erarbeiten würde. Sie hat also keinerlei Einbußen. Der Betrieb hat – unabhängig von der Anzahl der Beschäftigten - Anspruch auf volle Erstattung seiner Aufwendungen einschließlich der Arbeitgeberanteile an den Beiträgen zur Sozialversicherung (§ 1 Abs. 2 AAG).

Praxistipp:

Wird ein ärztliches Beschäftigungsverbot ausgesprochen, ist dies also sowohl für den Betrieb wie auch für die Mitarbeiterin günstiger. Daher kann es, wenn eine schwangerschaftsbedingte Arbeitsunfähigkeit bescheinigt wird, sinnvoll sein, die Hintergründe mit der Arbeitnehmerin – natürlich unter Wahrung des Datenschutzes – zu erörtern. Ggf. kann auch ein Gespräch mit dem behandelnden Arzt sinnvoll sein. Allerdings: Die Mittel für die Umlage bei den Mutterschaftsaufwendungen werden durch die Arbeitgeber aufgebracht – wird die Inanspruchnahme höher, steigt der Umlagesatz.

4. Künstliche Befruchtung

4.1 Anspruch auf Entgeltfortzahlung?

Immer häufiger kommt es auch zur Arbeitsunfähigkeit im Zusammenhang mit künstlicher Befruchtung. Dann stellt sich die Frage, ob überhaupt ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung gegeben ist. Dabei ist zu bedenken, dass die Erfüllung eines Kinderwunsches primär die individuelle Lebensgestaltung der Arbeitnehmerin betrifft und daher nicht zu dem vom Arbeitgeber nach dem Entgeltfortzahlungsgesetz zu tragenden allgemeinen Krankheitsrisiko gehört. Auch fehlt es an einer speziellen Vorschrift (wie z.B. bei einer Schwangerschaftsunterbrechung - § 3 Abs. 2 EFZG), die für diesen Fall den Anspruch auf Entgeltfortzahlung regelt.

Eine weitere Frage ist, ob ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung bestehen kann, wenn die künstliche Befruchtung als Folge einer Unfruchtbarkeit des Partners durchgeführt wird. Voraussetzung für den Anspruch

auf Fortzahlung der Vergütung durch den Betrieb ist die Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit. Zeugungs- oder Empfängnisunfähigkeit wird zwar als Krankheit angesehen – diese betrifft in diesem Fall aber den Partner und nicht die Arbeitnehmerin. Bei der Arbeitnehmerin liegt jedoch keine Krankheit vor. Daraus folgt auch, dass sich die Arbeitsunfähigkeit nicht aus einer notwendigen Heilbehandlung ergeben kann. Eine Behandlungsmaßnahme kann nicht an die Erkrankung eines Dritten anknüpfen. Aus diesen Gründen besteht in solchen Fällen kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung (BAG, 26.10.2016 – 5 AZR 167/16 m.w.N.).

Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob eine Krankheit, die im Zusammenhang oder als Folge einer künstlichen Befruchtung eintritt, als "unverschuldet" i.S.d. § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG anzusehen ist. Dies ist Voraussetzung für den Anspruch auf Entgeltfortzahlung. Schuldhaft i.S.d. handelt ein Arbeitnehmer, der in erheblichem Maße gegen die von einem verständigen Menschen im eigenen Interesse zu erwartende Verhaltensweise verstößt (siehe auch Entgeltfortzahlung - Verweigerungsgründe). In der Literatur wurde die Frage des Verschuldens im Zusammenhang mit einer künstlichen Befruchtung bisher kontrovers diskutiert. Ein Verschulden ist jedenfalls auch dann nicht von vornherein ausgeschlossen, wenn die für die anteilige Kostentragung durch die Krankenkassen maßgeblichen Voraussetzungen des § 27a SGB V erfüllt sind (so aber LAG Düsseldorf, 13.06.2008 – 10 Sa 449/08 – siehe jetzt BAG, 26.10.2016 – 5 AZR 167/16).

Das BAG (a.a.O.) hat nunmehr entschieden, dass ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung ausgeschlossen ist, wenn durch eine In-vitro-Fertilisation willentlich und vorhersehbar eine Arbeitsunfähigkeit bedingende Erkrankung herbeigeführt wird. Dies gilt auch, wenn mit Wissen der Arbeitnehmerin die Maßnahme nicht nach anerkannten Standards vorgenommen wird.

Ein Verschulden i.S.v. § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG liegt nach der Entscheidung jedoch nicht vor, wenn im Rahmen einer In-vitro-Fertilisation, die nach allgemein anerkannten medizinischen Standards vom Arzt oder auf ärztliche Anordnung vorgenommen wird, eine zur Arbeitsunfähigkeit führende Erkrankung auftritt, mit deren Eintritt nicht gerechnet werden musste.

Anspruch auf die Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung bei künstlicher Befruchtung besteht nicht, für Frauen, die das 40. Lebensjahr vollendet haben oder die jünger als 25 Jahre sind (§ 27a Abs. 3 SGB V - vgl. auch BSG, 27.08.2019 – B 1 KR 8/19 R). Da diese Altersgrenzen auch aus biologischen Aspekten heraus festgelegt wurden, kann dies auch den Anspruch auf Entgeltfortzahlung einschränken.

Wird eine Hormonbehandlung durchgeführt, um die Unfruchtbarkeit einer Arbeitnehmerin zu überwinden, liegt kein Verschulden vor (LAG Hessen, 26.11.2008 – 6/18 Sa 740/08) .

4.2 Datenschutz

Der behandelnde Arzt wird oft auch bei Maßnahmen der künstlichen Befruchtung eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ausstellen. Dies löst grundsätzlich einen Anspruch auf Entgeltfortzahlungsanspruch aus. Der Betrieb hat die Beweislast dafür, dass dieser Anspruch nicht besteht. Der Mitarbeiter ist aber zur Mitwirkung und daher zu entsprechenden Auskünften verpflichtet. Daraus ergibt sich die Frage, was hinsichtlich des Datenschutzes zu beachten ist.

Der Beschäftigten-Datenschutz ergibt sich aufgrund der Öffnungsklausel des Art. 88 DSGVO aus § 26 BDSG . Aber auch bei Anwendung dieser Vorschrift sind die generellen Vorgaben der DSGVO und des BDSG zu beachten.

Die Verarbeitung (dazu gehören z.B. das Erheben, Erfassen, Organisieren, Speichern, Löschen und Vernichten) der Daten von Beschäftigten ist u.a. zulässig, soweit die Informationen im Zusammenhang mit der Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses erforderlich sind. Der geforderte Zusammenhang besteht bei der Entgeltfortzahlung zweifellos, da sie mit der Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses im Zusammenhang steht. Weil es bei der künstlichen Befruchtung um sehr sensible, gesundheitliche Informationen geht, ist die Erhebung solcher Daten nur unter den Voraussetzungen des § 26 Abs. 3 BDSG i.V.m. Art. 9 Abs. 1 DSGVO zulässig. § 26 Abs. 3 BDSG lässt die Verarbeitung solcher Daten zur Erfüllung rechtlicher Pflichten aus dem Arbeitsrecht zu, wenn das schutzwürdige Interesse des Mitarbeiters an dem Ausschluss der Verarbeitung nicht überwiegt. Eine rechtliche Pflicht liegt vor, weil der Anspruch auf Freistellung geprüft werden muss. Da das schutzwürdige Interesse des Arbeitnehmers am Ausschluss der Verarbeitung abzuwägen ist und es daher im Streitfall zu einer anderen Würdigung der Umstände kommen

kann, ist zu empfehlen, eine ausdrückliche Einwilligung der Mitarbeiterin zur Verarbeitung dieser Daten einzuholen (§ 26 Abs. 2 BDSG , Art. 9 Abs. 2 Buchst. a DSGVO). Zu beachten ist dabei, dass die Einwilligung nur rechtswirksam ist, wenn sie auf freiwilliger Basis gegeben wird.