

**Durchführungshinweise der TdL vom 22. März 2023
zum Mutterschutzgesetz vom 23. Mai 2017
in der für Niedersachsen geltenden Fassung
Stand 23.08.2023**

Inhaltsübersicht:

Vorbemerkungen.....	2
1. Anwendungsbereich (§ 1).....	3
1.1 Frauen in einem Arbeitsverhältnis (§ 1 Abs. 2 Satz 1).....	3
1.2 Frauen ohne Arbeitsverhältnis (§ 1 Abs. 2 Satz 2 Nrn. 1-8).....	4
1.3 Ausnahmen vom Anwendungsbereich.....	6
1.4 Beschäftigung im Sinne des MuSchG (§ 2 Abs. 2 Satz 1).....	6
2. Schutzfristen und ärztliches Beschäftigungsverbot (§§ 3 und 16).....	6
2.1 Schutzfrist vor der Entbindung (§ 3 Abs. 1).....	6
2.2 Schutzfrist nach der Entbindung (§ 3 Abs. 2 bis 4).....	7
2.3 Ärztliches Beschäftigungsverbot (§ 16).....	9
3. Mitteilungs- und Nachweisobliegenheit der Frau (§ 15).....	11
4. Verbot der Mehr-, Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit (§§ 4 bis 6).....	12
4.1 Verbot der Mehrarbeit; Ruhezeit (§ 4).....	13
4.2 Verbot der Nachtarbeit (§ 5).....	14
4.3 Verbot der Sonn- und Feiertagsarbeit (§ 6).....	15
5. Freistellungen für Untersuchungen und zum Stillen (§§ 7 und 23).....	16
6. Betrieblicher Gesundheitsschutz (§§ 9 bis 15).....	17
6.1 Gestaltung der Arbeitsbedingungen; unverantwortbare Gefährdung (§§ 9, 11, 12).....	18
6.2 Beurteilung der Arbeitsbedingungen; Schutzmaßnahmen mit Dokumentations- und Informationspflichten (§§ 10 und 14).....	21
6.2.1 Generelle Gefährdungsbeurteilung (§ 10 Abs. 1).....	21
6.2.2 Konkretisierte Gefährdungsbeurteilung, Festlegung von Schutzmaßnahmen (§§ 10 Abs. 2, 13).....	21
6.2.3 Dokumentations- und Informationspflichten (§ 14).....	24
7. Kündigungsverbot (§ 17).....	25
8. Leistungen (§§ 18 bis 20), Ermittlung des Arbeitsentgelts (§ 21).....	28
8.1 Monokausalität.....	29

8.2	Mutterschutzlohn (§ 18)	30
8.3	Mutterschaftsgeld (§ 19)	31
8.3.1	Mitgliedschaft in einer gesetzlichen Krankenversicherung; Höchstbetrag für gesetzlich versicherte Frauen (§ 19 Abs. 1)	33
8.3.2	Höchstbetrag für nicht gesetzlich versicherte Frauen (§ 19 Abs. 2)	34
8.4	Zuschuss zum Mutterschaftsgeld (§ 20)	34
8.5	Ermittlung des durchschnittlichen Arbeitsentgelts (§ 21)	36
8.5.1	Arbeitsentgelt	37
8.5.2	Berechnungszeitraum (§ 21 Abs. 1)	38
8.5.3	Ermittlung des tatsächlichen Entgelts (§ 21 Abs. 2)	40
8.5.4	Fiktive Arbeitsentgeltermittlung (§ 21 Abs. 3)	41
8.5.5	Berücksichtigung von dauerhaften Änderungen der Arbeitsentgelthöhe (§ 21 Abs. 4)	42
8.5.6	Gesetzliche Abzüge (Ermittlung des Nettoarbeitsentgelts; §§ 19 und 20)	43
9.	Leistungen während der Elternzeit (§ 22)	45
10.	Fortbestehen des Erholungsurlaubs bei Beschäftigungsverboten (§ 24)	45
11.	Beschäftigung nach dem Ende des Beschäftigungsverbots (§ 25)	46
12.	Aushangpflicht (§ 26)	46
13.	Mitteilungs- und Aufbewahrungspflichten des Arbeitgebers, Offenbarungsverbot (§ 27)	46
14.	Zuständigkeit und Befugnisse der Aufsichtsbehörden, Jahresbericht (§ 29)	47
15.	Bußgeld- und Strafvorschriften (§§ 32 und 33)	47

Vorbemerkungen

Mit Wirkung vom 1. Januar 2018 wurde das Mutterschutzrecht grundlegend reformiert. Die Verordnung zum Schutze der Mütter am Arbeitsplatz (MuSchArbV) wurde inhaltlich in das neue MuSchG integriert und ist damit - wie das MuSchG a.F. - zum 1. Januar 2018 außer Kraft getreten.

Die Durchführungshinweise wurden in einer Kooperation zwischen der Tarifgemeinschaft deutscher Länder (TdL) und der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (VKA) in Beteiligung des Bundesinnenministeriums (BMI) gefasst; sie berücksichtigen insbesondere die Neuregelungen im Mutterschutzgesetz (MuSchG) sowie die aktuelle Rechtsprechung. Ergänzend wird auf die Broschüren „Leitfaden zum Mutterschutz“ und „Arbeitgeberleitfaden zum Mutterschutz“ des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend - BMFSFJ - (www.bmfsfj.de) sowie auf das Gemeinsame Rundschreiben des GKV-Spitzenverbandes und der Verbände der Krankenkassen auf Bundesebene vom 6./7. Dezember 2017 zu den Leistungen bei

Schwangerschaft und Mutterschaft in der aktuellen Fassung¹ verwiesen.

Die Aufsicht über die Ausführung des MuSchG obliegt den Bundesländern. Zuständig sind dort in der Regel die Gewerbeaufsichtsämter oder die staatlichen Arbeitsschutzämter der Länder. Die jeweils in den Ländern zuständigen Aufsichtsbehörden für Mutter- und Kündigungsschutz sind auf der Internetseite des BMFSFJ abrufbar². Zu Auskünften und Rat können sich die Beschäftigten auch an die Krankenkassen bzw. bei privat oder nicht versicherten Frauen an das Bundesamt für Soziale Sicherung wenden.

Paragrafen ohne Angabe eines Gesetzes beziehen sich im Folgenden auf das MuSchG vom 23. Mai 2017. Soweit in den nachfolgenden Ausführungen

- der Begriff Frau verwendet wird, sind hiervon auch Transmänner sowie nicht-binäre und intergeschlechtliche Menschen miteffasst,
- auf den Beruf der Hebamme Bezug genommen wird, ist auch die männliche Bezeichnung Entbindungspfleger gemeint,
- der Begriff Beschäftigungsverhältnis verwendet wird, ist ein solches nach § 2 Abs. 2 i. V. m. § 1 Abs. 2 gemeint.

1. Anwendungsbereich (§ 1)

Das MuSchG dient dem Schutz der Gesundheit von Frau und Kind am Arbeits-, Ausbildungs- und Studienplatz während der Schwangerschaft, nach der Entbindung und in der Stillzeit (§ 1 Abs. 1 Satz 1). Das MuSchG gilt für jede Person, die schwanger ist, ein Kind geboren hat oder stillt (§ 1 Abs. 4); damit unterliegen dem MuSchG auch Personen, die weder männlich noch weiblich im Geburtenregister angegeben haben oder mit „*divers*“ in das Geburtenregister eingetragen sind (§ 22 Abs. 3 Personenstandsgesetz - PStG) oder eine nach dem Transsexuellengesetz (TSG) als Mann eingetragene Person, wenn sie biologisch eine Frau ist und die Voraussetzungen nach § 1 Abs. 4 (Schwangerschaft, Gebären oder Stillen eines Kindes) erfüllt oder kurz nach der Geburt eine Geschlechtsumwandlung zu einem Mann erfolgte.

Die Regelungen in anderen Arbeitsschutzgesetzen sind ergänzend zu den Vorschriften des MuSchG anzuwenden (§ 1 Abs. 1 Satz 3). Im Verhältnis der Vorschriften untereinander gilt die jeweils strengere Regelung mit dem höheren Schutzniveau (BT-Drs. 18/8963, 49).

1.1 Frauen in einem Arbeitsverhältnis (§ 1 Abs. 2 Satz 1)

Das MuSchG gilt zunächst für Frauen, die in einem Arbeitsverhältnis stehen. Abgestellt wird auf ein Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 7 Abs. 1 Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV), siehe § 2 Abs. 2 i. V. m. § 1 Abs. 2 Satz 1. Danach ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. Ob jemand beschäftigt oder selbstständig tätig ist, richtet sich nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung. Entscheidend ist, welche Merkmale überwiegen. Daher ist eine Gesamtbetrachtung des Einzelfalls erforderlich. Der Verweis auf den sozialrechtlichen Begriff schafft nicht die Notwendig-

¹ aktuelle Fassung vom 23. März 2022; <https://www.vdek.com/vertragspartner/leistungen/schwangerschaft.html>

² <https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/themen/familie/familienleistungen/aufsichtsbehoerden-fuer-mutter-schutz-und-kuendigungsschutz-informationen-der-laender-73648>

keit einer sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung, sondern knüpft an die Rechtsprechung des EuGH zur Mutterschutz-Richtlinie an, deren erweiterter Arbeitnehmerbegriff über die Kriterien eines Arbeitsverhältnisses nach deutschem Recht (§ 611a BGB) teilweise hinaus geht.

Das MuSchG gilt grundsätzlich nicht für Organmitglieder und Geschäftsführerinnen juristischer Personen oder Gesellschaften, es sei denn, diese sind als Beschäftigte nach § 7 Abs. 1 SGB IV tätig.

Im Rahmen eines „Statusfeststellungsverfahrens“ nach § 7a SGB IV können die Beteiligten eines Auftragsverhältnisses in Zweifelsfällen feststellen lassen, ob eine Beschäftigung im Sinne von § 7 Abs. 1 SGB IV oder eine selbständige Tätigkeit vorliegt.

1.2 Frauen ohne Arbeitsverhältnis (§ 1 Abs. 2 Satz 2 Nrn. 1-8)

Das MuSchG gilt auch für Frauen, die nicht in einem Arbeitsverhältnis stehen. Dem mutterschutzrechtlichen Vollschutz unterliegen:

1. Frauen in betrieblicher Berufsbildung und Praktikantinnen im Sinne von § 26 des Berufsbildungsgesetzes - BBiG - (§ 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1),
2. Frauen mit Behinderung, die in einer Werkstatt für behinderte Menschen beschäftigt sind (§ 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2),
3. Frauen, die als Freiwillige im Sinne des Jugendfreiwilligendienstgesetzes oder des Bundesfreiwilligendienstgesetzes tätig sind (§ 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 4) und
4. Frauen, die als Mitglieder einer geistlichen Genossenschaft, Diakonissen oder Angehörige einer ähnlichen Gemeinschaft auf einer Planstelle oder aufgrund eines Gestellungsvertrages für diese tätig werden, auch während der Zeit ihrer dortigen außerschulischen Ausbildung (§ 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 5).

Zu den Frauen in betrieblicher Berufsbildung nach § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 gehören auch Schülerinnen und Studentinnen, die sozialversicherungsrechtlich den zur Berufsausbildung Beschäftigten gleichgestellt sind (u. a. gemäß § 5 Abs. 4a Satz 1 Nr. 2 und 3 Fünftes Buch Sozialgesetzbuch - SGB V und gemäß § 1 Satz 5 Nr. 2 und 3 Sechstes Buch Sozialgesetzbuch - SGB VI). Hierzu gehören:

- Schülerinnen in Pflege- und Gesundheitsberufen, die
 - dem Tarifvertrag für Auszubildende der Länder in Pflegeberufen (TVA-L Pflege) oder
 - dem Tarifvertrag für Auszubildende der Länder in Gesundheitsberufen (TVA-L Gesundheit)
 unterliegen bzw.
- Studentinnen in ausbildungsintegrierten dualen Studiengängen, die dem Tarifvertrag für dual Studierende der Länder in ausbildungsintegrierten dualen Studiengängen (TVdS-L) unterliegen bzw.
- Studentinnen in praxisintegrierten dualen Studiengängen, die der Richtlinie der TdL für duale Studiengänge und Masterstudiengänge vom 16. Mai 2019 unterliegen.

Die o. a. Schülerinnen und Studentinnen unterliegen allen Zweigen der Sozialversicherung und sind auch im mutterschutzrechtlichen Leistungsrecht wie Frauen in betrieblicher Berufsbildung zu behandeln (mutterschutzrechtlicher Vollschutz). Mangels

gesetzlicher Gleichstellung mit zur Berufsausbildung Beschäftigten fallen jedoch Studentinnen in Masterstudiengängen nach Abschnitt III der Richtlinie der TdL für duale Studiengänge und Masterstudiengänge vom 16. Mai 2019 nur dann unter den Anwendungsbereich des § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1, wenn eine Eingliederung in eine fremdbestimmte betriebliche Ordnung zu bejahen ist und ein Weisungsrecht des Arbeitgebers bzw. des Ausbildenden in Bezug auf Zeit, Ort und Art der Arbeitsausführung besteht. Anderenfalls unterliegen diese Studentinnen § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 8.

Vom vollen Schutz des MuSchG werden auch Frauen in einem öffentlich-rechtlichen Ausbildungsverhältnis als Frauen in betrieblicher Berufsbildung erfasst; hierzu gehören z. B. Rechtsreferendarinnen im juristischen Vorbereitungsdienst der zweiphasigen Ausbildung.

Nach § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 kommt der volle Schutz des MuSchG ausdrücklich nur Praktikantinnen im Sinne des § 26 BBiG zu Gute. Hierzu gehören beispielsweise freiwillige Praktika sowie verpflichtende Praktika, die nicht Bestandteil der Ausbildung sind (z. B. Vorpraktika oder sogenannte Berufspraktika im Anschluss an eine Ausbildung).

Eingeschränkt unterliegen folgende Frauen dem MuSchG:

- Frauen, die als Entwicklungshelferinnen im Sinne des Entwicklungshelfer-Gesetzes tätig sind, jedoch mit der Maßgabe, dass die §§ 18 bis 22 auf sie nicht anzuwenden sind (§ 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3),
- Frauen, die in Heimarbeit beschäftigt sind, und ihnen Gleichgestellte im Sinne von § 1 Abs. 1 und 2 des Heimarbeitsgesetzes, soweit sie am Stück mitarbeiten, jedoch mit der Maßgabe, dass die §§ 10 und 14 auf sie nicht anzuwenden sind und § 9 Abs. 1 bis 5 auf sie entsprechend anzuwenden ist (§ 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 6),
- Frauen, die wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbstständigkeit als arbeitnehmerähnliche Person anzusehen sind, jedoch mit der Maßgabe, dass die §§ 18, 19 Abs. 2 und § 20 auf sie nicht anzuwenden sind (§ 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 7) und
- Schülerinnen und Studentinnen, soweit die Ausbildungsstelle Ort, Zeit und Ablauf der Ausbildungsveranstaltung verpflichtend vorgibt oder die ein im Rahmen der schulischen oder hochschulischen Ausbildung verpflichtend vorgegebenes Praktikum ableisten, jedoch mit der Maßgabe, dass die §§ 17 bis 24 auf sie nicht anzuwenden sind (§ 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 8).

Wie aus der Gesetzesbegründung hervorgeht, werden unter Bezugnahme auf das Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG) auch arbeitnehmerähnliche Personen vom MuSchG umfasst (§ 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 7). Die Notwendigkeit der Einbeziehung von Frauen, die wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbstständigkeit als arbeitnehmerähnliche Personen anzusehen sind, ergibt sich im Hinblick auf den Gesundheitsschutz und besonderen Kündigungsschutz zudem aus der Rechtsprechung des EuGH (EuGH, Urteil vom 11. November 2010 - C-232/09 „Danosa“). Ein Anspruch auf finanzielle Leistungen nach dem MuSchG besteht hier grundsätzlich nicht.

Bei Praktika, die im Rahmen der schulischen oder hochschulischen Ausbildung verpflichtend vorgegeben und abgeleistet werden, gilt das MuSchG mit der Maßgabe, dass weder der Sonderkündigungsschutz noch ein Anspruch auf finanzielle Leistungen besteht (§ 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 8)³.

³ Siehe auch [Leitfaden für Hochschulen zum Mutterschutz im Studium](#)

1.3 Ausnahmen vom Anwendungsbereich

Das MuSchG gilt nicht für Beamtinnen und Richterinnen (§ 1 Abs. 3). Für sie gelten besondere Regelungen im Beamtenrecht. Für Landes- und Kommunalbeamtinnen sowie für Landesrichterinne(n) setzen die Länder die unionsrechtlichen Vorgaben in eigener Zuständigkeit um.

Adoptivmütter werden nicht vom MuSchG erfasst, da diese nicht in den mutterschutzrechtlichen Schutzbereich fallen, der im Zusammenhang mit dem Verlauf von Schwangerschaft, Entbindung und Stillzeit besteht (siehe Leitfaden des BMFSFJ zum Mutterschutz, 18. Auflage 2022, S. 16, Ziffer 1.2.4).

Das MuSchG gilt grundsätzlich nicht für Selbstständige (Ausnahme: Frauen, die wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbstständigkeit als arbeitnehmerähnliche Person anzusehen sind), Organmitglieder und Geschäftsführerinnen juristischer Personen oder Gesellschaften (soweit sie nicht überwiegend auch als Beschäftigte tätig sind) sowie für Hausfrauen (siehe Leitfaden des BMFSFJ zum Mutterschutz, 18. Auflage 2022, S. 16, Ziffer 1.2.4).

1.4 Beschäftigung im Sinne des MuSchG (§ 2 Abs. 2 Satz 1)

Nach § 2 Abs. 2 ist jede Form der Betätigung, die eine Frau im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses nach § 1 Abs. 2 Satz 1 oder die eine Frau im Sinne von § 1 Abs. 2 Satz 2 im Rahmen ihres Rechtsverhältnisses zu ihrem Arbeitgeber nach § 2 Abs. 1 Satz 2 ausübt, eine Beschäftigung im Sinne des MuSchG. Unerheblich für das Merkmal der Beschäftigung ist daher deren Umfang (z. B. Teilzeit oder geringfügige Beschäftigung), deren Art (auch als Aushilfe) und ob sie der Sozialversicherungspflicht unterliegt. Auch die Dauer der Tätigkeit ist nicht maßgebend.

2. Schutzfristen und ärztliches Beschäftigungsverbot (§§ 3 und 16)

§ 3 regelt die Schutzfristen vor und nach der Entbindung. Diese gelten unabhängig vom Gesundheitszustand der Frau. Daneben enthält § 16 ein (individuelles) ärztliches Beschäftigungsverbot.

2.1 Schutzfrist vor der Entbindung (§ 3 Abs. 1)

Das **generelle Beschäftigungsverbot** des § 3 Abs. 1 (**Schutzfrist vor der Entbindung**) besteht unabhängig vom Gesundheitszustand der schwangeren Frau und ist zeitlich auf die letzten **sechs Wochen** vor dem voraussichtlichen Tag der Entbindung begrenzt. Der Arbeitgeber hat das Verbot zu beachten, sofern ihm die Schwangerschaft bekannt ist. Für das Festlegen des Beginns der Schutzfrist ist vom voraussichtlichen Tag der Entbindung auszugehen, wie er sich aus dem durch die Frau vorgelegten Zeugnis ihres Arztes oder ihrer Hebamme ergibt. Ist die schwangere Frau nicht in der gesetzlichen Krankenversicherung versichert, kann der Arbeitgeber ebenfalls ein entsprechend zeitnahes Zeugnis verlangen (Näheres zu den Mitteilungs- und Nachweisobliegenheiten der schwangeren oder stillenden Frau siehe Abschnitt 3). Fällt die Entbindung auf einen anderen als den bescheinigten Tag, verkürzt oder verlängert sich die sechswöchige Schutzfrist entsprechend; eine Verkürzung dieser Schutzfrist führt jedoch zu einer entsprechenden Verlängerung der Schutzfrist nach der Entbindung (§ 3 Abs. 2 Satz 3).

Neben der an den Arbeitgeber gerichteten Bescheinigung kann auch ein an die Krankenkasse vorgelegtes Zeugnis nach § 24i Abs. 3 Satz 4 SGB V vorhanden sein, welches in der Regel dem Zeugnis des Arbeitgebers entspricht (vgl. §§ 3 Abs. 1 Satz 3, § 24i Abs. 3 Satz 4 SGB V). Sofern dennoch die Daten über den voraussichtlichen

Entbindungstag voneinander abweichen, ist für die Bestimmung des Beginns der Schutzfrist das Zeugnis maßgebend, das dem Arbeitgeber vorliegt. Liegen mehrere Zeugnisse - beispielsweise mit unterschiedlichen voraussichtlichen Entbindungstagen - vor, so ist das aktuellste Zeugnis zur Berechnung der Schutzfrist zu Grunde zu legen. Dies gilt auch für den Fall, dass der Entbindungstermin nachträglich korrigiert wird.

Während der Schutzfrist nach Absatz 1 hat die Frau Anspruch auf Mutterschaftsgeld gegen die Krankenkasse nach den Vorschriften des § 24i SGB V (§ 19 Abs. 1) bzw. gegen das Bundesamt für Soziale Sicherung (§ 19 Abs. 2) und regelmäßig Anspruch auf Zuschuss zum Mutterschaftsgeld gegen den Arbeitgeber nach § 20 (zu den mutterschutzrechtlichen Leistungen siehe Abschnitt 8).

Das generelle Beschäftigungsverbot des § 3 Abs. 1 ist **durch eine ausdrückliche Erklärung** der schwangeren Frau, weiterarbeiten zu wollen, **abdingbar**. Die Entscheidung darf nicht durch Anreiz oder Druckmittel, wie etwa den Verlust tariflicher Ansprüche bei Nichtarbeit, beeinflusst werden (BAG, Urteil vom 20. August 2002 - 9 AZR 353/01). Darüber hinaus darf der Weiterarbeit kein zwingendes Beschäftigungsverbot nach §§ 4, 5, 6, 10 Abs. 3, 13 Abs. 1 Nr. 3 entgegenstehen.

Durch die Formulierung „soweit“ wird klargestellt, dass sich die Frau während der Schutzfrist nach § 3 Abs. 1 auch zu einer Fortsetzung der Tätigkeit mit **reduzierter Arbeitszeit** bereit erklären kann. Da das Gesetz eine ausdrückliche Erklärung für eine Weiterbeschäftigung verlangt, reicht eine konkludente Erklärung nicht aus. Aus Nachweisgründen sollte der Arbeitgeber immer auf eine Erklärung in Schriftform bestehen. Bei einer minderjährigen Schwangeren bedarf die Erklärung zur Weiterarbeit während der Schutzfrist der Zustimmung der gesetzlichen Vertretung. Die Erklärung ist zu den Personalakten zu nehmen.

Erklärt die Frau ihre Bereitschaft, die Arbeit fortzuführen, kann der Arbeitgeber dies nach herrschender Meinung nicht - auch nicht im Rahmen seiner Fürsorgepflicht - ablehnen (vgl. dazu auch LAG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 15. Dezember 2005 - 2 Ta 210/05). Die Bereitschaft zur Weiterarbeit kann ohne Angabe von Gründen jederzeit von der schwangeren Frau mit Wirkung für die Zukunft widerrufen werden.

Wenn eine Frau von dem Recht auf freiwillige Weiterarbeit während der Schutzfrist nach § 3 Abs. 1 Gebrauch macht, gelten die Ruhensregelungen nach § 24i Abs. 4 Satz 1 SGB V (siehe Abschnitt 8.3 und 8.4). Die Frau ist in diesen Fällen durch den Arbeitgeber darauf hinzuweisen, dass ihr Anspruch auf Zahlung des Mutterschaftsgeldes gemäß § 24i Abs. 4 Satz 1 SGB V sowie des Zuschusses zum Mutterschaftsgeld gemäß § 20 ruht, soweit sie aufgrund ihrer freiwilligen Weiterarbeit Arbeitsentgelt erhält.

2.2 Schutzfrist nach der Entbindung (§ 3 Abs. 2 bis 4)

Auch das **generelle Beschäftigungsverbot** des § 3 Abs. 2 (**Schutzfrist nach der Entbindung**) besteht unabhängig vom Gesundheitszustand der Frau. Die Schutzfrist beträgt grundsätzlich **acht Wochen** nach der Entbindung. Bei **Früh- und Mehrlingsgeburten** im medizinischen Sinne (§ 3 Abs. 2 Satz 2 Nrn. 1 und 2) und bei Kindern, bei denen vor Ablauf von acht Wochen nach der Entbindung eine **Behinderung im Sinne von § 2 Abs. 1 Satz 1 Neuntes Buch Sozialgesetzbuch** (SGB IX) festgestellt wird (§ 3 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3) verlängert sich diese Schutzfrist auf **zwölf Wochen**. Die Entbindung ist z. B. durch eine standesamtliche Geburtsurkunde oder Geburtsbescheinigung (auch als Kopie) nachzuweisen. Zur Ausstellung eines Nachweises der Geburt ist auch ein approbierter Arzt und eine staatlich zugelassene Hebamme befugt.

Während dieser Schutzfrist darf die Frau nicht - auch nicht mit ihrem Einverständnis - beschäftigt werden; das gilt auch für Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft.

Es gibt zwei Ausnahmen von diesem generellen Beschäftigungsverbot

1. Nach § 3 Abs. 3 darf die Ausbildungsstelle eine Frau im Sinne von § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 8 (**Schülerinnen und Studentinnen**) bereits in der Schutzfrist nach der Entbindung im Rahmen der schulischen oder hochschulischen Ausbildung tätig werden lassen. Die Frau muss die vorzeitige Beschäftigung jedoch ausdrücklich gegenüber ihrer Ausbildungsstelle verlangen und kann diese Erklärung jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerrufen. Insbesondere auch in Prüfungssituationen hat der Widerruf keine rückwirkende Wirkung. Diese Ausnahme gilt nicht für Schülerinnen und Studentinnen, die den Frauen in betrieblicher Berufsbildung gemäß § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 gleichgestellt sind (siehe Abschnitt 1.2).
2. Eine weitere Ausnahme vom generellen Beschäftigungsverbot gilt für den Fall des Todes des Kindes. Nach § 3 Abs. 4 kann die Frau nach dem **Tod ihres Kindes** auf ihr ausdrückliches Verlangen schon vor Ablauf der Schutzfrist, keinesfalls aber in den ersten zwei Wochen (nicht Kalenderwochen) nach der Entbindung, wieder beschäftigt werden, wenn nach ärztlichem Zeugnis nichts dagegenspricht. Sie kann ihre Erklärung jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerrufen.

Wenn eine Frau von dem Recht auf vorzeitige Beschäftigung Gebrauch macht, gelten die Ruhensregelungen nach § 24i Abs. 4 Satz 1 SGB V (siehe Abschnitt 8.3 und 8.4).

Der Begriff **Frühgeburt** ist gesetzlich nicht definiert. Nach dem Leitfaden des BMFSFJ zum Mutterschutz (siehe 18. Auflage 2022, S. 46, Ziffer 2.3.2) ist für die Feststellung, dass eine Frühgeburt im medizinischen Sinne vorliegt, ein ärztliches Zeugnis maßgebend: „Um eine Frühgeburt handelt es sich, wenn das Kind bei der Geburt weniger als 2500 Gramm wiegt oder wenn das Kind trotz höheren Geburtsgewichts wegen noch nicht voll ausgebildeter Reifezeichen einer wesentlich erweiterten Pflege bedarf“, so auch das Urteil des BAG vom 12. März 1997 - 5 AZR 329/96. Entscheidend ist somit das Gewicht des Kindes oder die Notwendigkeit der wesentlich erweiterten Pflege. Von einer Frühgeburt ist auch auszugehen, wenn das Kind bis zur vollendeten 37. Schwangerschaftswoche geboren wurde (siehe Familienportal des BMFSFJ⁴).

Im rechtlichen Sinne ist eine **Fehlgeburt** keine Entbindung. Eine Fehlgeburt liegt vor, wenn sich außerhalb des Mutterleibs keine Lebensmerkmale gezeigt haben und das Gewicht weniger als 500 g beträgt und die Geburt vor der 24. Schwangerschaftswoche erfolgt ist (§ 31 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und 2 Personenstandsverordnung - PStV). Sie löst keine mutterschutzrechtlichen Folgen aus. Insbesondere gelten die Schutzfristen nach der Entbindung nicht. Etwaige mit der Fehlgeburt verbundene Beschwerden können zu einer Erkrankung führen, die wiederum - sofern Arbeitsunfähigkeit besteht - zur Freistellung von der Arbeit und Entgeltfortzahlung nach den für den Krankheitsfall geltenden gesetzlichen und tariflichen Bestimmungen führt.

Nach einer **Totgeburt** (Geburtsgewicht ab 500 Gramm oder Geburt ab der 24. Schwangerschaftswoche [§ 31 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und 2 PStV]) kommt die Schutzfrist zur Anwendung, die das Gesetz auch für Lebendgeburten vorsieht. Bei Totgeburten, die gleichzeitig auch Mehrlings- oder Frühgeburten im medizinischen Sinne sind, hat die Frau nach dem Leitfaden des BMFSFJ zum Mutterschutz (siehe 18. Auflage 2022, S. 47, Ziffer 2.3.3) Anspruch auf eine zwölfwöchige Schutzfrist, ansonsten gilt

⁴ <https://familienportal.de/familienportal/lebenslagen/schwangerschaft-geburt/fruehgeborene> und https://register.awmf.org/assets/guidelines/015-025p_S2k_Praevention-Therapie_Fruehgeburt_2022-08.pdf

die achtwöchige Schutzfrist. Maßgebend ist das ärztliche Zeugnis.

Für die verlängerte zwölfwöchige nachgeburtliche Schutzfrist nach § 3 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 (vor Ablauf von acht Wochen nach der Entbindung **festgestellte Behinderung** des Kindes im Sinne von § 2 Abs. 1 SGB IX) ist zu berücksichtigen, dass die Verlängerung der Schutzfrist nur **auf Antrag** der betroffenen Frau erfolgt (§ 3 Abs. 2 Satz 4). Für die Antragstellung gilt keine Frist; ausreichend ist die Vorlage der rechtzeitig vor Ablauf der achtwöchigen Schutzfrist nach der Geburt des Kindes erstellten ärztlichen Feststellung. Eine Behinderung, die erst nach Ablauf von acht Wochen nach der Entbindung festgestellt wird, kann keine nachträgliche, verlängerte Schutzfrist auslösen. Wird ein Antrag auf Verlängerung der nachgeburtlichen Schutzfrist gestellt, kann der Arbeitgeber einen ärztlichen Nachweis über die Behinderung des Kindes im Sinne von § 2 SGB IX verlangen.

Bei **Entbindungen vor dem errechneten Entbindungstermin** verlängert sich die Schutzfrist nach der Entbindung um die Zahl der Tage, um die die Entbindung vor dem errechneten Geburtstermin erfolgt ist, also um den Zeitraum der Verkürzung der Schutzfrist vor der Entbindung (§ 3 Abs. 2 Satz 3), sodass die Gesamtschutzfrist im Ergebnis 14 bzw. 18 Wochen beträgt. **Maßgebend** für den **Beginn der Schutzfrist** nach § 3 Abs. 2 ist die Entbindung, deren Zeitpunkt durch eine geeignete Bescheinigung (siehe hierzu erster Absatz in diesem Abschnitt) nachzuweisen ist. Für die Berechnung der Frist gelten § 187 Abs. 1 und § 188 Abs. 2 BGB.

Beispiel 1:

Ermittelter Tag der Entbindung	8.9.
Schutzfrist vor der Entbindung (§ 3 Abs. 1)	28.7. bis 7.9. (= 42 Tage).
Letzter Arbeitstag	27.7.
Tatsächlicher Entbindungstag	1.9.
in Anspruch genommene Schutzfrist	28.7. bis 31.8. (= 35 Tage)
nicht in Anspruch genommen	42 Tage - 35 Tage = 7 Tage
Schutzfrist nach der Geburt (§ 3 Abs. 2)	8 Wochen zzgl. 7 Tage
Ende der Schutzfrist	3.11.

Beispiel 2:

wie Beispiel 1, jedoch handelt es sich bei der Entbindung am 1.8. um eine Frühgeburt im medizinischen Sinne.	
Schutzfrist nach der Geburt (§ 3 Abs. 2)	12 Wochen zzgl. 38 Tage
Ende der Schutzfrist	1.12.

Auf den sogenannten **Mutterschutzrechner** zur individuellen Berechnung der Fristen wird hingewiesen.

Bei einer **Entbindung nach dem errechneten Entbindungstermin** (siehe auch 2.3) verkürzt sich die Schutzfrist nach der Entbindung nicht um die Anzahl der Tage, um die die Schutzfrist vor der Entbindung verlängert wurde.

2.3 Ärztliches Beschäftigungsverbot (§ 16)

§ 16 regelt individuelle Beschäftigungsverbote während der Schwangerschaft (Abs. 1) und in den ersten Monaten nach der Entbindung (Abs. 2), wenn die unveränderte Fortführung der Tätigkeit gesundheitliche Gefährdungen birgt. Absatz 1 dient dem Gesundheitsschutz von Frau und Kind; Absatz 2 allein dem Gesundheitsschutz der Frau.

Das ärztliche (individuelle) Beschäftigungsverbot wird erst von dem Zeitpunkt an wirk-

sam, in dem die Frau das entsprechende **ärztliche Zeugnis** vorgelegt hat. Das Zeugnis einer Hebamme reicht - anders als beim Nachweis der Schwangerschaft (§ 15 Abs. 2) - nicht aus. Aufgrund ihrer arbeitsvertraglichen Nebenpflichten (§§ 241 Abs. 2, 242 BGB) ist die Frau zur Vorlage eines Zeugnisses in Schrift- oder Textform verpflichtet. Gleichwohl muss der Arbeitgeber sich an das ärztliche Beschäftigungsverbot halten, sobald es ihm in mündlicher Form vorliegt. Bis zur endgültigen Aufklärung des Sachverhalts ist der Arbeitgeber auch an ein vorläufiges ärztliches Beschäftigungsverbot gebunden (BAG, Urteil vom 11. November 1998 - 5 AZR 49/98).

Das Beschäftigungsverbot muss sich nicht zwingend auf sämtliche Tätigkeiten erstrecken; maßgebend sind die im ärztlichen Zeugnis benannten Tätigkeiten. Ob ein vollständiges oder teilweises Beschäftigungsverbot besteht, ist dem Inhalt des ärztlichen Zeugnisses zu entnehmen.

Das Beschäftigungsverbot kann auch stundenweise ausgesprochen werden („Vollzeit“-Beschäftigungsverbot). Z. B. würde sich ein Beschäftigungsverbot von vier Stunden pro Tag bei einer Vollzeitbeschäftigung von acht Stunden pro Tag entsprechend auswirken.

Das ärztliche Beschäftigungsverbot kann sich auch auf das Verbot von konkreten gefährdenden Tätigkeiten oder Arbeitsbedingungen beziehen; kann der Arbeitgeber die benannten Gefährdungen durch Zuweisung geeigneter und zumutbarer Tätigkeiten abwenden, läuft das Beschäftigungsverbot ins Leere. Es empfiehlt sich, dies in einer neuen konkretisierten Gefährdungsbeurteilung schriftlich zu dokumentieren.

Das Beschäftigungsverbot greift nur, wenn und soweit ein Einsatz mit einer anderen zumutbaren Beschäftigung unter der Maßgabe von § 106 Gewerbeordnung (GewO) nicht möglich ist (zur Frage nach einem erweiterten Weisungsrecht siehe Abschnitt 6.2.2). Verweigert die Frau die Ausübung der zumutbaren Ersatztätigkeit, entfällt ihr Entgeltanspruch bzw. Anspruch auf Mutterschutzlohn (§ 18). Die Zuweisung ist in einer neuen konkretisierten Gefährdungsbeurteilung schriftlich zu dokumentieren (siehe Abschnitt 6.2). Durch diese Maßnahme verliert das ärztliche Zeugnis in Bezug auf die neue, geeignete Tätigkeit seine Gültigkeit (BT-Drs. 18/8963, S. 87).

Die das Beschäftigungsverbot nach § 16 Abs. 1 auslösende Gesundheitsgefährdung muss **ursächlich mit der Schwangerschaft und deren Auswirkungen** zusammenhängen. Ist die schwangere Frau arbeitsunfähig krank, greift das ärztliche Beschäftigungsverbot nicht (BAG, Urteil vom 5. Juli 1995 - 5 AZR 135/94). Führen die (auch schwangerschaftsbedingten) Beschwerden zur Arbeitsunfähigkeit, gilt die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung dem Beschäftigungsverbot gegenüber als vorrangig (BAG, Urteil vom 13. Februar 2002 - 5 AZR 588/00). Angesichts der unterschiedlichen Rechtsfolgen von krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit und einem mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbot ist die Unterscheidung von Relevanz.

Das Beschäftigungsverbot nach Absatz 2 ist nur „in den **ersten Monaten nach der Entbindung**“ gegeben. Das ärztliche Beschäftigungsverbot kommt erst nach Ablauf der nachgeburtlichen Schutzfristen (§ 3 Abs. 2) zum Tragen. Die Dauer wird nicht näher bestimmt. Im Allgemeinen wird - in Anlehnung an das Kündigungsverbot in § 17 Abs. 1 - von einem Zeitraum von bis zu vier Monaten nach der Entbindung ausgegangen werden können. Ausschlaggebend ist im Einzelfall die ärztliche Einschätzung. Absatz 2 umfasst auch Frauen, die nach der Entbindung nicht stillen und somit nicht unter § 12 fallen. Die Mutterschaft muss kausal für die Leistungsminderung sein, anderenfalls gelten die Regelungen zur Arbeitsunfähigkeit.

Der Arbeitgeber hat die ärztlichen Beschäftigungsverbote (§ 16 Abs. 1 und 2) zwingend zu beachten. Er darf die Frau nicht verbotswidrig einsetzen, auch dann nicht, wenn sie sich zu den Tätigkeiten bereit erklärt. Sollte er sie zu entsprechenden Tätigkeiten auffordern, steht ihr ein Leistungsverweigerungsrecht zu.

Bestehen **berechtigte Zweifel, ob das Beschäftigungsverbot tatsächlich auf die Schwangerschaft zurückzuführen ist**, kann der Arbeitgeber ärztliche Auskunft über die Gründe für das Verbot verlangen und darüber, welche Arbeitsumstände zugrunde gelegt worden sind. Bezüglich nichtmedizinischer Informationen besteht keine Schweigepflicht (BAG, Urteil vom 17. Oktober 2013 - 8 AZR 742/12).

Während der ärztlichen Beschäftigungsverbote nach § 16 Abs. 1 bzw. Abs. 2 hat die Frau unter den Voraussetzungen des § 18 Anspruch auf Fortzahlung des durchschnittlichen Arbeitsentgelts (Mutterschutzlohn) gegen den Arbeitgeber (siehe Abschnitt 8.2).

3. Mitteilungs- und Nachweisobliegenheit der Frau (§ 15)

Gemäß § 15 Abs. 1 soll eine schwangere Frau den Arbeitgeber über ihre Schwangerschaft und den voraussichtlichen Entbindungstermin informieren, sobald sie davon weiß. Eine stillende Frau soll ihren Arbeitgeber so früh wie möglich über den Umstand des Stillens informieren. Darüber hinaus soll alles mitgeteilt werden, was für die Belange des Mutterschutzes relevant ist (BT-Drs. 18/8963, S. 86), somit auch voraussichtliche Mehrlingsgeburten oder die Geburt eines voraussichtlich behinderten Kindes. Die Kenntnis des Arbeitgebers ist Voraussetzung dafür, dass er die ihm auferlegten Pflichten erfüllen kann. Die Mitteilung kann formlos erfolgen. Die Schwangerschaft oder der Umstand des Stillens ist nur dann dem Arbeitgeber mitgeteilt, wenn eine zur Entgegennahme dieser Mitteilung befugte Person Kenntnis davon erlangt hat (z. B. Vorgesetzte mit Personalverantwortung, Personalabteilung oder eine zur Vertretung des Arbeitgebers berechnigte Person).

Nach der Sollvorschrift des § 15 Abs. 1 ist eine schwangere oder stillende Frau nicht verpflichtet, den Arbeitgeber über ihre Schwangerschaft oder das Stillen in Kenntnis zu setzen. Teilt die Frau dem Arbeitgeber ihre Schwangerschaft nicht frühzeitig mit, kann sie sich nur in besonders gelagerten Einzelfällen nach § 280 BGB schadenersatzpflichtig machen, wenn eine vertragliche Nebenpflicht zur frühzeitigen Mitteilung besteht. Dies kommt ggf. bei einem gesteigerten Interesse des Arbeitgebers bei besonders exponierten Positionen in Betracht.

Der Arbeitgeber kann jederzeit die **Vorlage eines ärztlichen Zeugnisses** oder des **Zeugnisses einer Hebamme** über eine mitgeteilte Schwangerschaft verlangen (§ 15 Abs. 2 Satz 1). Dies gilt nach herrschender Meinung auch für andere Mutterschutz begründende Umstände, die die Frau dem Arbeitgeber mitgeteilt hat, somit auch den Umstand des Stillens, die voraussichtliche Geburt von Mehrlingen oder eines behinderten Kindes. Das Zeugnis soll nach § 15 Abs. 2 Satz 2 den Entbindungstermin angeben, da dieser relevant für den Beginn der sechswöchigen Schutzfrist vor der Entbindung ist. Die Angaben in dem Zeugnis sind für den Arbeitgeber verbindlich, ohne Rücksicht darauf, ob sich die ausstellende Person geirrt hat.

Das Verlangen des Arbeitgebers erzeugt keine erzwingbare Pflicht zur Vorlage eines Zeugnisses (BAG, Urteil vom 6. Juni 1974 - 2 AZR 278/73). Der Arbeitgeber kann und muss die ihm nach dem MuSchG obliegenden Pflichten jedoch nur erfüllen, wenn er Kenntnis von sämtlichen den Mutterschutz begründenden Umständen hat. Er ist somit grundsätzlich berechnigt, der Frau Mutterschutzrechte zu verwehren, wenn sie auf sein Verlangen hin keinen entsprechenden Nachweis vorlegt. Teilt sie nicht mit, dass sie schwanger ist oder stillt, oder erbringt sie nicht den geforderten Nachweis, greifen die

in §§ 32, 33 geregelten Sanktionen gegen den Arbeitgeber nicht.

Die **Kosten des Zeugnisses** hat der Arbeitgeber zu ersetzen, wenn es auf sein Verlangen ausgestellt worden ist (§ 9 Abs. 6 Satz 2). Umgekehrt hat er nicht für die Kosten aufzukommen, wenn die Frau unaufgefordert ein Zeugnis vorlegt.

Eine Frau, die dem Arbeitgeber das Bestehen einer Schwangerschaft mitgeteilt hat, ist verpflichtet, den Arbeitgeber unverzüglich zu unterrichten, wenn die Schwangerschaft vorzeitig endet (BAG, Urteil vom 13. November 2001 - 9 AZR 590/99). Diese Rechtsprechung dürfte auch auf den Fall übertragbar sein, dass die Frau das Stillen vor Ablauf von zwölf Monaten abbricht und entsprechende Schutzmaßnahmen oder die von ihr verlangte Freistellung zum Stillen (vgl. § 7 Abs. 2) damit hinfällig werden. Die Frau ist auch zur Mitteilung verpflichtet, wenn sich die dem Arbeitgeber mitgeteilte bloße Vermutung einer Schwangerschaft als unzutreffend herausgestellt hat. Ändert sich der ursprünglich mitgeteilte voraussichtliche Entbindungstermin, hat sie den neuen Termin aufgrund der sich dadurch ändernden Lage der Schutzfristen mitzuteilen (BAG, Urteil vom 12. Dezember 1985 - 2 AZR 82/85).

Zum **Fragerecht nach dem Bestehen einer Schwangerschaft** im Rahmen des Bewerbungsprozesses ist auf Folgendes hinzuweisen:

Bereits nach dem Urteil des BAG vom 15. Oktober 1992 - 2 AZR 227/92 - durfte der Arbeitgeber anlässlich der Einstellung grundsätzlich nicht mehr nach dem Bestehen einer Schwangerschaft fragen. Danach verstößt die Frage nach einer Schwangerschaft bei (geplanten) unbefristeten Arbeitsverhältnissen regelmäßig gegen die Richtlinie 76/207/EWG. Das vorübergehende Beschäftigungsverbot trete bei wertender Einbeziehung des Schutzzwecks der Richtlinie zurück, denn nach Ablauf der Schutzfristen könne die Frau die vereinbarte Arbeit leisten.

Auch nach einer entsprechenden Positionierung des EuGH (z. B. EuGH Urteil vom 3. Februar 2000 - C-207/98) bleibt in der Rechtsprechung anerkannt, dass die Frage nach einer bestehenden Schwangerschaft wegen ihrer diskriminierenden Wirkung grundsätzlich unzulässig ist (BAG, Urteil vom 6. Februar 2003 - 2 AZR 621/01).

Das am 18. August 2006 in Kraft getretene **Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG)** vom 14. August 2006 (BGBl. I S. 1897) ordnet in § 3 Abs. 1 Satz 2 AGG ausdrücklich an, dass eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts auch im Falle einer ungünstigen Behandlung einer Frau wegen Schwangerschaft oder Mutterschaft vorliegt. Dies gilt insbesondere für die Frage nach einer Schwangerschaft und kann auch Fragen nach der Familienplanung einschließen (siehe z. B. Wisskirchen/Bissels in NZA 2007 S. 169, 173). Nach der amtlichen Begründung zum Gesetzentwurf (BT-Drs. 16/1780) wird durch § 3 Abs. 1 Satz 2 AGG der Rechtsprechung des EuGH Rechnung getragen und zugleich Artikel 2 der Richtlinie 76/207/EWG umgesetzt.

Es dürfte deshalb von den Umständen im Einzelfall abhängig sein, ob die Frage nach dem Bestehen einer Schwangerschaft ausnahmsweise als zulässig angesehen werden kann und welche Folgen sich dann aus einer Falsch- oder Nichtbeantwortung dieser Frage ergeben.

Die obigen Ausführungen gelten sinngemäß für die Frage in Einstellungsverhandlungen, ob die Frau stillt.

4. Verbot der Mehr-, Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit (§§ 4 bis 6)

Das grundsätzliche Verbot der Beschäftigung in Form von Mehr-, Nacht-, Sonntags-

und Feiertagsarbeit in §§ 4 bis 6 gilt für schwangere Frauen vom Beginn der Schwangerschaft an und für stillende Frauen.

Die Vorschriften sind zwingend. Von ihnen kann nicht durch Arbeitsvertrag, Tarifvertrag, Dienst- oder Betriebsvereinbarung zum Nachteil der Frau abgewichen werden. Mit Zustimmung der Frau kann diese nur im Rahmen der gesetzlich definierten Ausnahmen beschäftigt werden. Verstöße des Arbeitgebers gegen die §§ 4 bis 6 sind bußgeldbewehrt und können bei Gefährdung der Gesundheit von Frau oder Kind eine Straftat darstellen (§§ 32, 33).

Die Beschäftigungsverbote der §§ 4 bis 6 können dazu führen, dass eine Frau dauerhaft oder zeitweise nicht oder nur teilweise mit Tätigkeiten auf ihrem Arbeitsplatz beschäftigt werden kann. Sofern eine Beschäftigung unter geänderten Bedingungen (§ 106 GewO) nicht möglich ist, steht der Frau in diesem Umfang unter den Voraussetzungen des § 18 Mutterschutzlohn zu. Zur Frage nach einem erweiterten Weisungsrecht siehe Abschnitt 6.2.2.

Erleidet eine Frau infolge eines Beschäftigungsverbots wegen der §§ 4 bis 6 einen Verdienstausfall, erhält sie das durchschnittliche Arbeitsentgelt nach § 18 i. V. m. § 21 als Mutterschutzlohn (siehe Abschnitt 8). Die Verpflichtung zur Zahlung des Mutterschutzlohns entfällt jedoch, wenn die Frau eine andere zumutbare Arbeit ohne Berechtigung ablehnt (siehe Abschnitt 8.1).

4.1 Verbot der Mehrarbeit; Ruhezeit (§ 4)

Bei dem Beschäftigungsverbot nach § 4 handelt es sich um ein generelles Beschäftigungsverbot, das unabhängig von der individuellen Situation für alle schwangeren und stillenden Frauen gilt. § 4 Abs. 1 verbietet es dem Arbeitgeber, eine schwangere oder stillende Frau, die 18 Jahre oder älter ist, mehr als achteinhalb Stunden täglich oder über 90 Stunden in der Doppelwoche zu beschäftigen. Eine schwangere oder stillende Frau, die jünger als 18 Jahre ist, darf der Arbeitgeber nicht länger als acht Stunden täglich oder 80 Stunden in der Doppelwoche beschäftigen. Die nach § 4 Abs. 1 Satz 1 bzw. Satz 2 zulässige **Höchstarbeitszeit** darf weder an einzelnen Tagen noch in der Doppelwoche überschritten werden. Eine Doppelwoche sind 14 aufeinanderfolgende Tage. Der Beginn der Doppelwoche ist unbeachtlich, sie muss nicht zwingend an einem Montag beginnen. In die Doppelwoche werden die Sonntage eingerechnet.

Unabhängig vom Alter der Frau bildet darüber hinaus die **vertraglich vereinbarte wöchentliche Arbeitszeit** im Durchschnitt des Monats die zulässige Höchstgrenze für Mehrarbeit (§ 4 Abs. 1 Satz 4). Nach Absatz 1 Satz 1 und 2 grundsätzlich zulässige Mehrarbeit kann damit nur insoweit angeordnet werden, als die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit im Durchschnitt jedes Monats nicht überschritten wird, sodass nach dem Ableisten von Mehrarbeitsstunden ein entsprechender Freizeitausgleich zeitnah zu gewähren ist. Dies gilt auch für Teilzeitkräfte. Auch im Rahmen von Gleitzeitmodellen dürfen schwangere und stillende Frauen grundsätzlich keine Minusstunden abbauen oder Überstunden über den Kalendermonat hinaus aufbauen, da auch bei Gleitzeitvereinbarungen aus Gründen des Gesundheitsschutzes keine Überschreitung der vertraglich vereinbarten wöchentlichen Arbeitszeit erlaubt ist. Gleiches gilt in der Ansparphase bei Langzeit oder Lebensarbeitszeitkonten, mit denen über einen begrenzten Zeitraum eine längere wöchentliche Arbeitszeit vertraglich vereinbart wird (siehe Leitfaden des BMFSFJ zum Mutterschutz, 18. Auflage 2022, S. 27/28, Ziffer 2.2.3).

Die Höchstgrenzen von 90 Stunden in der Doppelwoche / achteinhalb Stunden täglich bzw. von 80 Stunden in der Doppelwoche / acht Stunden täglich sind jeweils neben

dem Monatsdurchschnitt der vertraglich vereinbarten wöchentlichen Arbeitszeit zu beachten.

Beispiel:

Die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit der werdenden Mutter (über 18 Jahre) beträgt 36 Stunden in der Woche bei einer Fünf-Tage-Woche. Aufgrund einer beruflichen Veranstaltung beträgt die Arbeitszeit an diesem Tag acht Stunden. Soweit die Höchstarbeitszeit von 90 Stunden in der Doppelwoche und die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit im Monatsdurchschnitt nicht überschritten werden, ist die tatsächliche Arbeitszeit von acht Stunden an diesem Tag zulässig.

Bei mehreren Arbeitgebern sind die Arbeitszeiten zusammenzurechnen (§ 4 Abs. 1 Satz 5).

§ 4 definiert den **Begriff der Arbeitszeit** nicht näher, somit sind die Grundsätze des Arbeitszeitgesetzes (ArbZG) heranzuziehen. Arbeitszeit im Sinne des Gesetzes ist die Zeit, in der die Frau tatsächlich arbeitet oder dem Arbeitgeber auf dessen Weisung zur Arbeitsleistung zur Verfügung steht; dazu gehören Zeiten der Arbeitsbereitschaft und des Bereitschaftsdienstes. Krankheits- oder Urlaubstage werden auf die Arbeitszeit angerechnet. Die infolge eines Feiertags an einem Arbeitstag ausgefallene Arbeitszeit ist ebenfalls auf die Höchstarbeitszeit anzurechnen (siehe auch § 4 Abs. 4 Satz 2 Jugendarbeitsschutzgesetz - JArbSchG). Freistellungen für Untersuchungen und zum Stillen im Sinne von § 7 und kurze Arbeitsunterbrechungen im Sinne von § 9 Abs. 3 Satz 1 sind vollwertig auf die Arbeitszeit anzurechnen. Nicht zur Arbeitszeit gehören die gesetzlichen Ruhepausen (§ 2 Abs. 1 Satz 1 ArbZG, § 4 Abs. 1 JArbSchG).

Zur Vermeidung von Mehrarbeit im Sinne des Absatzes 1 kann die Arbeitszeit der Frau ggf. durch einen späteren Dienstbeginn, ein früheres Dienstenende oder die Verlängerung der Ruhepausen auf die hiernach zulässige Zeit verkürzt werden.

Die Aufsichtsbehörde kann in besonders begründeten Einzelfällen eine Ausnahme vom Verbot der Mehrarbeit bewilligen (§ 29 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1), wenn

- sich die Frau dazu ausdrücklich bereit erklärt (sie kann diese Erklärung jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerrufen) und
- nach ärztlichem Zeugnis nichts gegen die Beschäftigung spricht.

In Absatz 2 hat der Gesetzgeber die ausdrückliche Verpflichtung zur Gewährung einer ununterbrochenen **Ruhezeit von mindestens elf Stunden** nach Beendigung der täglichen Arbeitszeit aufgenommen. Diese ergibt sich bereits aus § 5 Abs. 1 ArbZG; die Ausnahmen nach § 5 Abs. 2 und 3 ArbZG gelten für schwangere und stillende Frauen jedoch nicht. Eine Abweichung von der vorgeschriebenen Ruhezeit mit Zustimmung der Behörde ist nicht vorgesehen.

4.2 Verbot der Nachtarbeit (§ 5)

Bei dem Beschäftigungsverbot des § 5 handelt es sich um ein generelles Beschäftigungsverbot, das unabhängig von der individuellen Situation für alle schwangeren und stillenden Frauen gilt. Der Arbeitgeber darf eine schwangere oder stillende Frau nach § 5 Abs. 1 grundsätzlich **nicht zwischen 20 Uhr und 6 Uhr** beschäftigen.

Ohne Auswirkung bleibt der Umstand, dass § 7 Abs. 5 TV-L in Bezug auf Nachtschläge die Nachtarbeitszeit als Arbeit in der Zeit zwischen 21 Uhr und 6 Uhr definiert.

Die Frau darf nach § 5 Abs. 1 Satz 2 unter den Voraussetzungen des § 28 (behördliches Genehmigungsverfahren) bis 22 Uhr beschäftigt werden. Dazu kann der Arbeitgeber bei der **Aufsichtsbehörde beantragen**, eine schwangere oder stillende Frau

zwischen 20 Uhr und 22 Uhr (Arbeit zur sogenannten späten Abendstunde) zu beschäftigen, wenn

- sich die Frau ausdrücklich bereit erklärt (sie kann diese Erklärung jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerrufen),
- nach ärztlichem Zeugnis nichts gegen die Beschäftigung der Frau spricht und
- eine unverantwortbare Gefährdung im Sinne von § 9 Abs. 2 Satz 2 für die schwangere Frau oder ihr Kind durch Alleinarbeit (siehe § 2 Abs. 4) ausgeschlossen ist.

Die o. a. Voraussetzungen gelten kumulativ.

Während des zuvor beschriebenen **Genehmigungsverfahrens** darf der Arbeitgeber die Frau unter Einhaltung der obigen Voraussetzungen zwischen 20 Uhr und 22 Uhr beschäftigen, es sei denn, die Aufsichtsbehörde untersagt diese vorläufige Beschäftigung (§ 28 Abs. 2 Satz 1 und 3). Reagiert die Aufsichtsbehörde nicht innerhalb von sechs Wochen nach Eingang des vollständigen arbeitgeberseitigen Antrags, gilt die Genehmigung als erteilt (§ 28 Abs. 3). Die Aufsichtsbehörde ist verpflichtet, den Arbeitgeber unverzüglich auf das Fehlen von erforderlichen Antragsunterlagen hinzuweisen (§ 28 Abs. 2 Satz 2).

Weiterhin kann die zuständige Aufsichtsbehörde in besonders begründeten Einzelfällen Ausnahmen vom Verbot der Nachtarbeit auch zwischen 22 Uhr und 6 Uhr unter den oben genannten Voraussetzungen zulassen (§ 29 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1). Eine vorläufige Beschäftigung ist in diesem Fall nicht zulässig. Die Beschäftigung nach 22 Uhr soll die absolute Ausnahme bleiben (BT-Drs. 18/8963, 59; BT-Drs. 18/11782, 37).

In § 5 Abs. 2 ist das Verbot der Nachtarbeit für **schwängere oder stillende Frauen** im Sinne des § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 8 geregelt. Danach darf eine Ausbildungsstelle eine schwangere oder stillende Frau grundsätzlich nicht zwischen 20 Uhr und 6 Uhr im Rahmen der **schulischen oder hochschulischen Ausbildung** tätig werden lassen. Die **Ausbildungsstelle** (das ist auch die Stelle, zu der das Praktikumsverhältnis besteht - § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8) darf eine Teilnahme an Ausbildungsveranstaltungen nach 20 Uhr bis 22 Uhr zulassen, wenn

- sich die Frau dazu ausdrücklich bereit erklärt (sie kann diese Erklärung jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerrufen),
- die Teilnahme zu Ausbildungszwecken zu dieser Zeit erforderlich ist und
- insbesondere eine unverantwortbare Gefährdung im Sinne von § 9 Abs. 2 Satz 2 einer schwangeren Schülerin oder Studentin durch Alleinarbeit ausgeschlossen ist.

Die o. a. Voraussetzungen gelten kumulativ.

Eine vorherige Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde ist nicht erforderlich. Die Aufsichtsbehörde ist hierüber allerdings unverzüglich durch die Ausbildungsstelle zu benachrichtigen (§ 27 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe a).

Die Aufsichtsbehörde kann darüber hinaus auch für Schülerinnen und Studentinnen unter Beachtung der obigen Voraussetzungen in besonders begründeten Einzelfällen eine Ausnahme vom Verbot der **Nachtarbeit zwischen 22 Uhr und 6 Uhr** bewilligen (§ 29 Abs. 3).

4.3 Verbot der Sonn- und Feiertagsarbeit (§ 6)

Das allgemeine Verbot der Sonn- und Feiertagsarbeit ergibt sich bereits aus

§ 9 ArbZG; Ausnahmen von diesem Grundsatz sind in §§ 10 ff. ArbZG geregelt.

§ 6 Abs. 1 Satz 1 bekräftigt das grundsätzliche Verbot der Sonn- und Feiertagsarbeit. Das MuSchG weicht jedoch von einzelnen Regelungen zugunsten schwangerer oder stillender Frauen ab: Während § 11 Abs. 3 ArbZG einen Ersatzruhetag vorsieht, der innerhalb von zwei Wochen zu gewähren ist, sieht § 6 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 einen Ersatzruhetag im Anschluss an eine ununterbrochene Nachtruhezeit von mindestens elf Stunden in der jeweiligen Woche vor. Nach § 12 ArbZG erlaubte abweichende Regelungen in Tarifverträgen oder Betriebs-/Dienstvereinbarungen sind auf schwangere und stillende Frauen nicht anwendbar. Das gilt auch für die Ausnahmeregelungen nach § 13 ArbZG (Maßnahmenkataloge der Bundes- und Landesregierungen, Ausnahmebewilligungen durch Aufsichtsbehörden).

Für Jugendliche muss der Arbeitgeber zusätzlich die §§ 17, 18 JArbSchG beachten.

Von dem grundsätzlichen Verbot der Sonn- und Feiertagsarbeit kann nur dann unter den Voraussetzungen des § 6 Abs. 1 Satz 2 abgewichen werden, wenn

- sich die Frau ausdrücklich dazu bereit erklärt (sie kann diese Erklärung jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerrufen),
- eine Ausnahme vom allgemeinen Verbot der Arbeit an Sonn- und Feiertagen nach § 10 ArbZG zugelassen ist,
- der Frau in jeder Woche im Anschluss an eine ununterbrochene Nachtruhezeit von mindestens elf Stunden ein Ersatzruhetag gewährt wird und
- insbesondere eine unverantwortbare Gefährdung für die schwangere Frau oder ihr Kind durch Alleinarbeit ausgeschlossen ist.

Die o. a. Voraussetzungen gelten kumulativ.

Den Zeitpunkt des Ersatzruhetags hat der Arbeitgeber bereits bei der Anordnung der Sonn- oder Feiertagsarbeit zu bestimmen (BAG, Urteil vom 12. Dezember 1990 - 5 AZR 16/90). Nach den Vorschriften des § 11 Abs. 1 ArbZG müssen mindestens 15 Sonntage im Jahr beschäftigungsfrei bleiben.

Für schwangere und stillende **Frauen in schulischer oder hochschulischer Ausbildung** im Sinne des § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 8 gelten nach § 6 Abs. 2 Satz 2 dieselben Voraussetzungen, wobei an die Stelle der Voraussetzung der Zulassung durch § 10 ArbZG das Erfordernis der Teilnahme zu Ausbildungszwecken zu dieser Zeit tritt.

Ein behördliches Genehmigungsverfahren wie für Nachtarbeit in § 28 ist nicht vorgesehen. Beabsichtigt ein Arbeitgeber eine entsprechende Beschäftigung, hat er die Aufsichtsbehörde unverzüglich zu benachrichtigen (§ 27 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe b).

5. Freistellungen für Untersuchungen und zum Stillen (§§ 7 und 23)

Auf die in § 7 Abs. 1 aufgenommene Verpflichtung des Arbeitgebers, der Frau die Freistellung zu gewähren, die zur Durchführung der **Untersuchungen, ärztlichen Betreuung und Hebammenhilfe** erforderlich ist und auf die sie nach § 24d SGB V **während der Schwangerschaft, bei und nach der Entbindung** Anspruch hat, wird besonders hingewiesen. Entsprechendes gilt für Frauen, die nicht in der gesetzlichen Krankenversicherung versichert sind. Kein Freistellungsanspruch gemäß § 7 Abs. 1 besteht hingegen bei Maßnahmen im Zusammenhang mit einer künstlichen Befruchtung oder einer Abtreibung; in diesen Fällen sind die Grundsätze des Entgeltfortzahlungsgesetzes heranzuziehen.

Eine Verpflichtung zur Freistellung besteht nicht, wenn die Untersuchungen außerhalb

der Arbeitszeit durchgeführt werden können. Die Frau trifft insoweit eine **Pflicht zur Rücksichtnahme** auf die Belange des Arbeitgebers.

Gemäß § 7 Abs. 2 kann eine stillende Frau während der ersten 12 Monate nach der Entbindung von ihrem Arbeitgeber eine **Freistellung für die zum Stillen erforderliche Zeit** verlangen. Die Vorschrift setzt voraus, dass die Frau stillt und die Stillzeiten mit der Arbeitszeit tatsächlich kollidieren. Das Abpumpen von Muttermilch steht dem Stillen gleich.

Die Dauer der Stillzeit orientiert sich an den tatsächlichen Bedürfnissen im konkreten Fall. Sie umfasst nicht nur die eigentliche Stillzeit, sondern grundsätzlich auch den Weg zwischen Wohnung und Betrieb, Säubern und Umkleiden des Kindes (vgl. BAG, Urteil vom 3. Juli 1985 - 5 AZR 79/84). Die Mindestdauer beträgt unabhängig von der vereinbarten Arbeitszeit mindestens zweimal täglich eine halbe oder einmal täglich eine Stunde (Abs. 2 Satz 1). Bei einer zusammenhängenden Arbeitszeit von mehr als acht Stunden soll auf Verlangen der Frau die Stillzeit zweimal täglich mindestens 45 Minuten oder, wenn in der Nähe der Arbeitsstätte keine Stillzeit vorhanden ist, einmal täglich mindestens 90 Minuten betragen (Abs. 2 Satz 2). Die Frau muss auf die Interessen des Arbeitgebers Rücksicht nehmen und zumutbare organisatorische Maßnahmen ergreifen.

Der Arbeitgeber kann auf seine Kosten die Vorlage eines Nachweises verlangen. Bei Streitigkeiten hat die Aufsichtsbehörde im Einzelfall Zahl, Lage oder Dauer der Stillzeiten näher zu bestimmen (§ 29 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3).

Für die infolge der Freistellung für Untersuchungen und zum Stillen versäumte Arbeitszeit ist jeweils das Arbeitsentgelt nach dem **Lohnausfallprinzip** so fortzuzahlen, als ob die Frau während dieser Zeit tatsächlich gearbeitet hätte (§ 23 Abs. 1 Satz 1). Freistellungszeiten sind weder vor- noch nachzuarbeiten, eine Verrechnung mit Freizeitguthaben oder Urlaubsansprüchen ist nicht zulässig. Sie dürfen nicht auf die nach § 5 ArbZG oder in anderen Vorschriften festgesetzten Ruhepausen angerechnet werden (§ 23 Abs. 1 Satz 2 und 3). Der Entgeltfortzahlungsanspruch ist unabdingbar.

Schülerinnen und Studentinnen im Sinne von § 1 Abs. 2 Nr. 8 sind vom Freistellungsanspruch ausgenommen. Auf die Ausführungen in Abschnitt 1 zur Zuordnung von Schülerinnen und Studentinnen zu § 1 Abs. 2 Nr. 1 bzw. Nr. 8 wird verwiesen.

6. Betrieblicher Gesundheitsschutz (§§ 9 bis 15)

Der betriebliche Gesundheitsschutz umfasst die Gestaltung der Arbeitsbedingungen für die schwangere oder stillende Frau sowie deren Kind/-er.

Der betriebliche Gesundheitsschutz gibt dem Arbeitgeber folgende Pflichten auf:

- die Beurteilung der Arbeitsbedingungen und Schutzmaßnahmen (§ 10 Abs. 1)
 - Gefährdungsbeurteilung (§ 5 ArbSchG i. V. m. § 10 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1),
 - abstrakt-generelle Ermittlung künftiger Schutzmaßnahmen (§ 10 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2),
- die konkrete Festlegung der Schutzmaßnahmen (§§ 10 Abs. 2 Satz 1)
 - Umgestaltung der Arbeitsbedingungen (§ 13 Abs. 1 Nr. 1),
 - (teilweiser) Arbeitsplatzwechsel (§ 13 Abs. 1 Nr. 2),
 - (teilweises) betriebliches Beschäftigungsverbot (§ 13 Abs. 1 Nr. 3),
- ein Gesprächsangebot (§ 10 Abs. 2 Satz 2),

- die Dokumentations- und Informationspflichten (§ 14).

Bei der Erfüllung dieser Pflichten sind die Regelungen des § 9 zu berücksichtigen. Für die Aufgabenwahrnehmung im Rahmen des betrieblichen Gesundheitsschutzes kann der Arbeitgeber zuverlässige und fachkundige Personen (z. B. Betriebsarzt, Fachkraft für Arbeitssicherheit) beauftragen, ihm obliegende Aufgaben nach den §§ 9 bis 15 in eigener Verantwortung wahrzunehmen (§ 9 Abs. 5). Die Beauftragung bedarf der Schriftform. Im Falle der Beauftragung einer fachkundigen Person bleibt der Arbeitgeber für die Aufsicht und Kontrolle verantwortlich und hat dafür zu sorgen, dass die übertragenen Pflichten auch tatsächlich umgesetzt werden (BT-Drs. 18/8963, S. 68).

6.1 Gestaltung der Arbeitsbedingungen; unverantwortbare Gefährdung (§§ 9, 11, 12)

Der Arbeitgeber ist verpflichtet, soweit es nach den Vorschriften des MuSchG verantwortbar ist, der Frau auch während der Schwangerschaft, nach der Entbindung und in der Stillzeit die Fortführung ihrer Tätigkeiten zu ermöglichen (§ 9 Abs. 1 Satz 3). Die Arbeitsbedingungen sind so zu gestalten, dass Gefährdungen einer schwangeren oder stillenden Frau oder ihres Kindes möglichst vermieden werden und unverantwortbare Gefährdungen ausgeschlossen werden (§ 9 Abs. 2 Satz 1). Hierzu hat der Arbeitgeber im Rahmen der Gefährdungsbeurteilung nach § 10 für den Schutz der physischen und psychischen Gesundheit der Frau und ihres Kindes erforderliche Maßnahmen festzulegen und diese Maßnahmen bei der Gestaltung der Arbeitsbedingungen einer schwangeren oder stillenden Frau durchzuführen (§ 9 Abs. 1 Satz 1). Arbeitsbedingungen sind insbesondere alle organisatorischen, technischen und witterungsbedingten Einflüsse, einschließlich ihrer physikalischen, chemischen und biologischen Faktoren (BT-Drs. 18/8963, 64). Nicht berührt ist der Weg von der Wohnung zur Arbeitsstätte und zurück. Er hat diese Maßnahmen auf ihre Wirksamkeit zu prüfen und sofern erforderlich den sich ändernden Gegebenheiten anzupassen (§ 9 Abs. 1 Satz 2).

Welche Maßnahmen der Arbeitgeber treffen muss, gibt § 9 nicht vor. Erforderliche Schutzmaßnahmen können organisatorischer (z. B. die Anpassung des Arbeitstempos oder der Arbeitszeiten an die Vorgaben der §§ 4 ff.), technischer (z. B. die Anpassung der Arbeitsräume etwa in Bezug auf die Ausstattung, Abmessungen oder die Arbeitsumgebung hinsichtlich Temperatur, Beleuchtung, Lärm, Belüftung etc.) oder persönlicher (insbesondere auch psychische Aspekte) Natur sein.

Zur Abgrenzung des **unbestimmten Rechtsbegriffs der unverantwortbaren Gefährdung** wird auf Folgendes hingewiesen:

Nach der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 18/8963, S. 64) bezeichnet der Begriff der „Gefährdung“ - im Unterschied zum Rechtsbegriff der „Gefahr“ - die Möglichkeit eines Schadens oder einer gesundheitlichen Beeinträchtigung ohne bestimmte Anforderungen an ihr Ausmaß oder ihre Eintrittswahrscheinlichkeit (BAG, Urteil vom 12. August 2008 - 9 AZR 1117/06; BT-Drs. 13/3540, S. 16 zu § 4 Nr. 1 ArbSchG).

Nach dem Leitfaden des BMFSFJ zum Mutterschutz (siehe 18. Auflage 2022, S. 34 bis 37, Ziffer 2.2.4) besteht eine unverantwortbare Gefährdung, wenn

1. eine Gefährdung im arbeitsschutzrechtlichen Sinne vorliegt,
2. diese einen hinreichenden Bezug zur Schwangerschaft aufweist und
3. unverantwortbar ist.

Diese Gefährdung muss **einen hinreichenden Bezug zur ausgeübten beruflichen Tätigkeit** aufweisen. Dies setzt voraus, dass bei Frauen, die unter bestimmten Arbeitsbedingungen arbeiten, im Vergleich zu Frauen, die den betreffenden Arbeitsbedingungen nicht ausgesetzt sind, eine signifikant erhöhte Wahrscheinlichkeit des Eintritts einer gesundheitlichen Beeinträchtigung besteht. Gefährdungen, die außerhalb des Arbeitsumfeldes und unabhängig von den beruflichen Tätigkeiten in gleicher Weise bestehen (allgegenwärtige Gefährdungen), werden nicht erfasst. Dementsprechend löst beispielsweise die Möglichkeit, dass die schwangere oder stillende Frau an einer Infektion erkrankt, keine mutterschutzrechtlichen Schutzmaßnahmen aus, soweit die Erkrankungswahrscheinlichkeit am Arbeitsplatz gegenüber der Erkrankungswahrscheinlichkeit außerhalb des Arbeitsumfeldes (z. B. beim Einkaufen) nicht erhöht ist. In diesen Fällen stellt sich die Gefährdung als **allgemeines Lebensrisiko** dar, deren Vermeidung grundsätzlich außerhalb der Verantwortlichkeit des Arbeitgebers liegt.

Des Weiteren muss die Gefährdung einen hinreichenden **Bezug zur Schwangerschaft** bzw. zum **Stillen** aufweisen. Dieser Bezug ist dann gegeben, wenn die Gesundheit der Frau **mutterschutzspezifisch** oder die Gesundheit des Kindes beeinträchtigt werden könnte. Eine wissenschaftlich nachgewiesene Kausalität zwischen den Arbeitsbedingungen und der jeweiligen gesundheitlichen Beeinträchtigung ist dazu nicht erforderlich. Ausreichend ist eine signifikant erhöhte Wahrscheinlichkeit des Eintritts einer gesundheitlichen Beeinträchtigung bei schwangeren oder stillenden Frauen (z. B. erhöhte Thrombosewahrscheinlichkeit bei langem Stehen infolge der schwangerschaftsbedingt veränderten Blutgerinnung) oder dass die etwaige Erkrankung nach Art, Ausmaß und Dauer während der Schwangerschaft bzw. Stillzeit besonders schwerwiegende Auswirkungen hätte (z. B. besonders schwerer Verlauf einer Leberentzündung vom Typ Hepatitis E infolge des veränderten Immunstatus in der Schwangerschaft).

Die Gefährdung muss schließlich unverantwortbar sein. Der Begriff der **Unverantwortbarkeit** umschreibt die Gefährdungsschwelle, ab deren Überschreitung die Tätigkeit nicht mehr mutterschutzgerecht ist. Eine Gefährdung ist unverantwortbar, wenn die Eintrittswahrscheinlichkeit einer Gesundheitsbeeinträchtigung angesichts der zu erwartenden Schwere der möglichen Gesundheitsbeeinträchtigung nicht hinnehmbar ist (§ 9 Abs. 2 Satz 2). Bei der Bewertung der Unverantwortbarkeit gilt: Je schwerwiegender die möglicherweise eintretende Gesundheitsbeeinträchtigung ist, desto geringer darf deren Eintrittswahrscheinlichkeit sein. Das heißt, dass je schwerwiegender eine möglicherweise eintretende Gesundheitsbeeinträchtigung für die schwangere Frau ist, desto gewissenhafter muss der Arbeitgeber Schutzmaßnahmen prüfen und durchsetzen und ggf. sogar ein Beschäftigungsverbot aussprechen. Wegen des hohen Ranges des vom Mutterschutz verfolgten Schutzziels der gesundheitlichen Unversehrtheit der Frau und ihres Kindes sind die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit grundsätzlich gering. Demgegenüber müssen einfache Gefährdungen nicht ausgeschlossen werden, da sie nicht mit einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit eintreten oder selbst bei ihrem Eintritt weder für die Frau noch für ihr Kind eine nennenswerte gesundheitliche Beeinträchtigung darstellen. Für sie gilt aber das Gebot der Risikominimierung nach § 9 Abs. 2 Satz 1.

Die §§ 11 und 12 beinhalten nicht abschließende **Kataloge unzulässiger Tätigkeiten und Arbeitsbedingungen**, insbesondere im Hinblick auf Gefahrstoffe, Biostoffe, physikalische und chemische Einwirkungen, eine belastende Arbeitsumgebung, körperliche Belastungen sowie Akkord- und Fließarbeit. Für diese wird gesetzlich eine **unverantwortbare Gefährdung** vermutet. Die Vermutung einer unverantwortbaren Gefährdung kann ggf. widerlegt werden (z. B. § 11 Abs. 1 Satz 3).

Die MuSchArbV, die in der Anlage 1 eine Liste von Gefahrenstoffen enthielt, geht insofern in den §§ 11 und 12 auf. Andere arbeitsschutzrechtliche Regelwerke (z. B. Strahlenschutzverordnung, Röntgenverordnung, JArbSchG) bleiben unberührt und sind nach wie vor - auch im Hinblick auf mutterschutzrechtliche Aspekte - zu beachten.

Die unzulässigen Tätigkeiten und Arbeitsbedingungen nach den §§ 11 und 12 stellen im Gegensatz zu dem ärztlichen Beschäftigungsverbot nach § 16 nicht auf den Gesundheitszustand der Frau ab. Der Arbeitgeber hat daher **von sich aus zu prüfen**, ob eine schwangere oder stillende Frau Arbeiten der in den §§ 11 und 12 genannten Art ausübt, ohne dass ein ärztliches Zeugnis vorliegt oder die schwangere oder stillende Frau sich darauf beruft. Voraussetzung hierfür ist, dass dem Arbeitgeber die Schwangerschaft oder das Stillen bekannt ist.

Die Regelungen der §§ 11 und 12 sind bei der Gefährdungsbeurteilung und den zu treffenden Schutzmaßnahmen nach § 10 zu berücksichtigen.

Besonderheiten sind bei der getakteten Arbeit zu beachten (Arbeit mit vorgeschriebenem Arbeitstempo). Anders als bei Akkord- und Fließarbeit enthalten die §§ 11 und 12 kein generelles Verbot getakteter Arbeit; sie muss allerdings unterbleiben, wenn die Art der Arbeit oder das Arbeitstempo für die Frau oder für ihr Kind eine unverantwortbare Gefährdung darstellt (§ 11 Abs. 6 Nr. 3, § 12 Abs. 5 Nr. 3). Zu beachten ist, dass der Arbeitgeber die Absicht, eine schwangere oder stillende Frau mit getakteter Arbeit zu beschäftigen, nach § 27 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe c unverzüglich bei der Aufsichtsbehörde anzuzeigen hat.

§ 9 Abs. 2 Satz 3 regelt, unter welchen Voraussetzungen eine unverantwortbare Gefährdung als ausgeschlossen gilt. Demnach gilt eine unverantwortbare Gefährdung als ausgeschlossen, wenn alle Vorgaben eingehalten werden, die aller Wahrscheinlichkeit nach dazu führen, dass die Gesundheit einer schwangeren oder stillenden Frau oder ihres Kindes nicht beeinträchtigt wird.

Nach § 9 Abs. 3 hat der Arbeitgeber sicherzustellen, dass eine schwangere oder stillende Frau ihre Tätigkeit am Arbeitsplatz, soweit es für sie erforderlich ist, kurz unterbrechen kann und sich während der Pausen und Arbeitsunterbrechungen unter geeigneten Bedingungen hinlegen, hinsetzen und ausruhen kann. Diese Arbeitsunterbrechungen sind als Arbeitszeit zu bewerten, unterliegen keiner Verdienstkürzung und müssen weder vor- noch nachgearbeitet werden. Eine Anrechnung der Arbeitsunterbrechungen auf die gesetzlichen Ruhepausen nach dem ArbSchG oder anderen Vorschriften ist gleichfalls unzulässig (siehe Leitfaden des BMFSFJ zum Mutterschutz, 18. Auflage 2022, S. 33, Ziffer 2.2.4).

Nach § 9 Abs. 4 Satz 1 müssen die Maßnahmen des Arbeitgebers zur Gestaltung der Arbeitsbedingungen und der Beurteilung der Arbeitsbedingungen (§ 10) dem Stand der Technik, der Arbeitsmedizin und der Hygiene sowie den sonstigen gesicherten wissenschaftlichen Erkenntnissen entsprechen. Der Arbeitgeber hat bei seinen Maßnahmen vom Ausschuss für Mutterschutz ermittelte Regeln und Erkenntnisse zu berücksichtigen; bei Einhaltung dieser Regeln und bei Beachtung dieser Erkenntnisse ist davon auszugehen, dass die mutterschutzrechtlichen Anforderungen erfüllt sind (§ 9 Abs. 4 Satz 2)⁵.

⁵ Zum Zeitpunkt der Bekanntgabe der Durchführungshinweise sind noch keine Empfehlungen des Ausschusses für Mutterschutz herausgegeben worden; <https://www.ausschuss-fuer-mutterschutz.de/arbeitsergebnisse/empfehlungen>

6.2 Beurteilung der Arbeitsbedingungen; Schutzmaßnahmen mit Dokumentations- und Informationspflichten (§§ 10 und 14)

Bei der Beurteilung der Arbeitsbedingungen wird in § 10 zwischen der generellen Gefährdungsbeurteilung nebst Ermittlung des (grundsätzlichen) Bedarfs an Schutzmaßnahmen nach Absatz 1 und der konkretisierten Gefährdungsbeurteilung nebst Festlegung der Schutzmaßnahmen nach Absatz 2 unterschieden.

6.2.1 Generelle Gefährdungsbeurteilung (§ 10 Abs. 1)

Gemäß § 10 Abs. 1 hat der Arbeitgeber für jede Tätigkeit eine **generelle Gefährdungsbeurteilung** durchzuführen. Sie hat unabhängig davon, ob ein Arbeitsplatz mit einer schwangeren oder stillenden Frau besetzt ist oder nicht, also **anlasslos**, auch mutterschutzbezogene Gefahren zu umfassen. Dementsprechend sind die bereits nach dem ArbSchG durchzuführenden Gefährdungsbeurteilungen um mutterschutzbezogene Aspekte zu ergänzen. Die Gefährdungsbeurteilung ist insoweit allerdings nicht für jeden einzelnen Arbeitsplatz, sondern nur **für jede Tätigkeit** durchzuführen. Bei gleichartigen Arbeitsbedingungen ist also die Beurteilung eines Arbeitsplatzes bzw. einer Tätigkeit ausreichend (§ 10 Abs. 1 Satz 2).

Die Gefährdungen, denen eine schwangere oder stillende Frau oder ihr Kind ausgesetzt ist oder sein kann, sind gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 zunächst nach Art, Ausmaß und Dauer vom Arbeitgeber zu beurteilen. Zu beurteilen sind alle Gefährdungen des konkreten Arbeitsplatzes und nicht nur die unverantwortbaren Gefährdungen i. S. v. § 9 Abs. 2. Unter Berücksichtigung des Ergebnisses dieser Gefährdungsbeurteilung hat der Arbeitgeber gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 sodann - im Wege einer vielfach als „Ampellösung“ bezeichneten Beurteilung - zu ermitteln, ob für eine schwangere oder stillende Frau oder ihr Kind voraussichtlich

[grün] keine Schutzmaßnahmen erforderlich sein werden oder

[gelb] eine Umgestaltung der Arbeitsbedingungen nach § 13 Abs. 1 Nr. 1 erforderlich sein wird oder

[rot] eine Fortführung der Tätigkeit an diesem Arbeitsplatz nicht möglich sein wird.

Die Ergebnisse der Gefährdungsbeurteilung sind gemäß § 14 Abs. 1 Nr. 1 zu dokumentieren (siehe Abschnitt 6.2.3).

Die Mitbestimmungsrechte bei der Gefährdungsbeurteilung nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) sowie nach den entsprechenden Regelungen in den Personalvertretungsgesetzen auf Landesebene sind zu beachten.

6.2.2 Konkretisierte Gefährdungsbeurteilung, Festlegung von Schutzmaßnahmen (§§ 10 Abs. 2, 13)

Nach Mitteilung einer Schwangerschaft / des Stillens ist das Vorgehen des Arbeitgebers im Rahmen der **konkretisierten Gefährdungsbeurteilung nebst Festlegung der Schutzmaßnahmen** in § 10 Abs. 2 festgelegt. Danach hat der Arbeitgeber unverzüglich, also ohne schuldhaftes Zögern, die generell erforderlichen **Schutzmaßnahmen** nach Maßgabe der Gefährdungsbeurteilung nach Absatz 1 - im Rahmen einer Einzelfallprüfung unter Berücksichtigung individueller Eigenschaften und Bedürfnisse der schwangeren oder stillenden Frau - **festzulegen** (EuGH, Urteil vom 19. Oktober 2017 - C-531/15; EuGH, Urteil vom 19. September 2018 - C-41/17). „Festlegen“ im Sinne der Vorschrift bedeutet, dass der Arbeitgeber die konkreten erforderlichen Schutzmaßnahmen (welche bereits im Rahmen der generellen Gefährdungsbeurteilung ermittelt wurden) konkret benennt und umsetzt.

Festlegung der Schutzmaßnahmen:

- [grün] Hat die Gefährdungsbeurteilung ergeben, dass keine unverantwortbaren mutterschutzbezogenen Gefährdungen vorliegen, kann die Frau ohne Weiteres weiterbeschäftigt werden.
- [gelb] Sind nach der Gefährdungsbeurteilung Schutzmaßnahmen wegen **möglicher unverantwortbarer Gefährdungen** im Sinne von §§ 9 Abs. 2 Satz 2, 11, 12 erforderlich, darf die Frau mit den vertraglichen Tätigkeiten nicht beschäftigt werden. § 13 Abs. 1 legt in diesen Fällen die **Rangfolge vorzunehmender Schutzmaßnahmen** verbindlich fest. Hierdurch soll vermieden werden, dass ein Beschäftigungsverbot ausgesprochen wird, ohne im Vorfeld andere Maßnahmen zu prüfen. Schwangere und stillende Frauen sind weiter zu beschäftigen, solange dies durch Umgestaltung der Arbeitsbedingungen oder ggf. durch einen Arbeitsplatzwechsel ohne eine unverantwortbare Gefährdung der Frau oder ihres Kindes möglich ist. Bei Gefährdungen unterhalb der Schwelle der Unverantwortbarkeit gilt das Gebot der Gefährdungsvermeidung nach § 9 Abs. 2 S. 1; § 13 ist dann nicht anzuwenden. Die Abgrenzung zwischen einer einfachen und einer unverantwortbaren Gefährdung wird bereits im Rahmen der generellen Gefährdungsbeurteilung nach § 5 ArbSchG, § 10 Abs. 1 getroffen. Sofern eine unverantwortbare Gefährdung festgestellt worden ist, hat der Arbeitgeber vorrangig die Arbeitsbedingungen durch Schutzmaßnahmen im Sinne von § 9 Abs. 2 Satz 3 so umzugestalten, dass unverantwortbare Gefährdungen ausgeschlossen und ggf. verbleibende einfache Gefährdungen möglichst vermieden werden (§ 13 Abs. 1 Nr. 1).

Können unverantwortbare Gefährdungen durch Umgestaltung nicht ausgeschlossen werden, etwa, weil der Tätigkeitsbereich so grundlegend umgestaltet werden müsste, dass die originär durchzuführenden Tätigkeiten nicht mehr durchführbar sind, oder ist die Umgestaltung wegen nachweislich unverhältnismäßigen Aufwands unzumutbar, ist die Frau auf einem anderen geeigneten Arbeitsplatz einzusetzen (§ 13 Abs. 1 Nr. 2). Für die Prüfung, ob Gefährdungen durch einen Arbeitsplatzwechsel vermieden werden können, ist sowohl der Wechsel auf einen freien Arbeitsplatz als auch ein (vorübergehender) Tausch mit einer oder einem anderen Beschäftigten in Betracht zu ziehen (BT-Drs. 18/8963, S. 83). Die Freikündigung eines geeigneten Arbeitsplatzes wird indessen nicht verlangt.

Für die Übertragung einer anderen Tätigkeit hat der Arbeitgeber die Grundsätze des § 106 GewO zu berücksichtigen. Es gelten die allgemeinen Grundsätze und die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte zur Versetzung. Der Arbeitgeber kann sein Weisungsrecht innerhalb der Bestimmungen des Arbeitsvertrages (und ggf. bestehender tariflicher und betrieblicher Regelungen) und den Grenzen des billigen Ermessens ausüben und hat eine umfassende Interessenabwägung durchzuführen, bei der die betrieblichen Belange einerseits und die persönlichen Belange der Frau andererseits in jedem Einzelfall gegeneinander abgewogen werden. Die zugewiesene Tätigkeit muss in ihrer sozialen Wertigkeit mit der vertraglich vereinbarten Tätigkeit vergleichbar sein (BAG, Urteil vom 21. April 1999 - 5 AZR 174/98). Ein Wechsel kommt dabei grundsätzlich - unter Berücksichtigung der arbeitsvertraglichen Vereinbarungen - auf alle Arbeitsplätze des betreffenden Arbeitgebers in Betracht, auch auf solche in anderen Betriebsteilen oder Arbeitsstätten (BT-Drs. 18/8963, S. 83). Ein Arbeitsplatzwechsel ist bei Unzumutbarkeit für die schwangere oder stillende Frau ausgeschlossen. Dabei sind die Verhältnisse des Einzelfalls umfassend

zu prüfen (BAG, Urteil vom 22. April 1998 - 5 AZR 478/97). Ein Arbeitsplatzwechsel kann deshalb - wie in der Vergangenheit in der Rechtsprechung entschieden (BAG, Urteil vom 14. April 1972 - 3 AZR 395/71) - auch unzumutbar sein, wenn damit z. B. eine Änderung der Arbeitszeit verbunden ist, die mit den privaten Verpflichtungen der schwangeren oder stillenden Frau, wie etwa der Betreuung weiterer Kinder oder anderer Angehöriger, nicht in Einklang zu bringen ist (BT-Drs. 18/8963, S. 83). Die Zuweisung der Ersatztätigkeit hat so konkret zu erfolgen, dass ihre Zumutbarkeit beurteilt werden kann, anderenfalls gilt sie als nicht zugewiesen (BAG, Urteil vom 15. November 2000 - 5 AZR 365/99).

Ein **erweitertes Weisungsrecht**, wonach der Arbeitgeber aus Gründen des Mutterschutzes ohne die Zustimmung der Frau ausnahmsweise auch Tätigkeiten außerhalb der arbeitsvertraglich geschuldeten Tätigkeit zuweisen kann, lässt sich dem Wortlaut jedenfalls nicht entnehmen. Die Gesetzesbegründung sieht eine Beschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz nur „unter Berücksichtigung der arbeitsvertraglichen Vereinbarungen“ vor (BT-Drucks. 18/8963, S. 83). In diesem Zusammenhang früher ergangene Rechtsprechung (insbesondere BAG, Urteil vom 31. März 1969 - 3 AZR 300/68; BAG, Urteil vom 22. April 1998 - 5 AZR 478/97) beruht auf einem Rechtsverständnis von vor dem Leitbildwechsel des MuSchG. Dieses verfolgt nunmehr unter anderem das Ziel berufliche Nachteile während Schwangerschaft und Stillzeit zu verhindern und das berufliche Fortkommen der Frau zu fördern. Ob die Zuweisung einer völlig anders gearteten Tätigkeit diesem Ziel zuträglich ist, erscheint zumindest fraglich. Ob die Rechtsprechung an ihren Grundsätzen festhält, bleibt abzuwarten.

Bei Auszubildenden ist § 14 Abs. 3 BBiG bzw. bei Praktikantinnen § 26 BBiG i. V. m. § 14 Abs. 3 zu beachten, der die Übertragung ausbildungsfremder Aufgaben untersagt. Dies gilt auch für Schülerinnen, die nach dem Gesetz über die Pflegeberufe (Pflegeberufegesetz - PflBG), nach dem Gesetz über den Beruf der Notfallsanitäterin und des Notfallsanitäters (Notfallsanitätergesetz - NotSanG), nach dem Gesetz über den Beruf der Anästhesietechnischen Assistentin und des Anästhesietechnischen Assistenten und über den Beruf der Operationstechnischen Assistentin und des Operationstechnischen Assistenten (Anästhesietechnische- und Operationstechnische-Assistenten-Gesetz - ATA-OTA-G) oder nach dem Gesetz über die Berufe in der medizinischen Technologie (MT-Berufe-Gesetz - MTBG) ausgebildet werden (siehe §18 Abs. 2 PflBG, § 13 Abs. 2 NotSanG, § 20 Abs. 4 ATA-OTA-G bzw. § 31 Abs. 2 MTBG) sowie für Studentinnen, die ein Studium nach dem Gesetz über das Studium und den Beruf von Hebammen (Hebammengesetz - HebG) ableisten (siehe § 32 Abs. 2 HebG).

Bestehende Mitbestimmungsrechte des Betriebs- oder Personalrats sind zu beachten.

[rot] Ist die Fortführung der Tätigkeit wegen **unverantwortbarer Gefährdungen** auch unter Berücksichtigung der Schutzmaßnahmen nach § 13 Abs. 1 Nr. 1 bzw. Nr. 2 nicht möglich, hat der Arbeitgeber ein betriebliches Beschäftigungsverbot auszusprechen (§ 13 Abs. 1 Nr. 3). Das **betriebliche Beschäftigungsverbot** ist als letztes Mittel der Schutzmaßnahmen und nachrangig gegenüber den Schutzmaßnahmen nach Nrn. 1 und 2 anzuwenden. Ein Beschäftigungsverbot darf als ultima ratio nur in dem Umfang erfolgen, in dem es zum Aus-

schluss der unverantwortbaren Gefährdung der Frau oder ihres Kindes erforderlich ist. Für den übrigen Teil der Arbeit sind die Schutzmaßnahmen nach der Maßgabe der Nrn. 1 und 2 zu ergreifen. Anteile der Arbeit, die wegen mangelnder Gefährdung keiner Schutzmaßnahmen bedürfen, können weiterhin von der Frau ausgeführt werden.

Zuständig und verantwortlich für die Erteilung des betrieblichen Beschäftigungsverbots und dessen unmittelbare Durchsetzung ist der Arbeitgeber. Im Unterschied zur Freistellung ist die Frau nicht nur von der Verpflichtung zur vertraglichen Arbeitsleistung zu befreien. Vielmehr hat der Arbeitgeber sicherzustellen, dass die Frau ihre Arbeit auch entsprechend des Beschäftigungsverbots nicht weiter ausübt. Tritt während des betrieblichen Beschäftigungsverbots eine Verdienstminderung ein, hat sie einen Anspruch auf Zahlung von Mutterschutzlohn nach § 18 (siehe Abschnitt 8.2). Ein Verstoß gegen dieses Beschäftigungsverbot begründet eine Ordnungswidrigkeit, bei Vorsatz sogar eine Straftat (§§ 32, 33).

Die Festlegungen der konkreten Schutzmaßnahmen sind gemäß § 14 Abs. 1 Nr. 2 zu dokumentieren (siehe Abschnitt 6.2.3).

Unabhängig davon, ob Schutzmaßnahmen erforderlich sind, hat der Arbeitgeber parallel und zusätzlich zur Festlegung der Schutzmaßnahmen gemäß § 10 Abs. 2 Satz 2 der Frau ein **Gespräch über weitere Anpassungen** ihrer Arbeitsbedingungen anzubieten (Informations- und Planungsgespräch). Das Gesprächsangebot hat unverzüglich nach Bekanntgabe der Schwangerschaft oder des Stillens zu erfolgen. Das Gespräch soll der Frau ermöglichen, den Arbeitgeber über individuelle gesundheitliche Umstände zu informieren, die dieser im Rahmen der Gefährdungsbeurteilung naturgemäß nicht berücksichtigen konnte und dient dem Austausch über weitere Möglichkeiten der Verbesserung der Arbeitsbedingungen, die über die Schutzmaßnahmen nach Satz 1 hinausgehen (BT-Drs. 18/11782, 34). Die Frau kann das Gesprächsangebot des Arbeitgebers ohne Begründung ablehnen.

6.2.3 Dokumentations- und Informationspflichten (§ 14)

Der Arbeitgeber ist gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 verpflichtet, die Ergebnisse der Gefährdungsbeurteilung nach § 10 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 sowie den daraus abgeleiteten generellen Bedarf an Schutzmaßnahmen nach § 10 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 durch Unterlagen wie folgt zu dokumentieren.

- [grün] Sind nach der Gefährdungsbeurteilung keine Schutzmaßnahmen erforderlich, genügt ein entsprechender Vermerk dieser Feststellung.
- [gelb] Wird eine Umgestaltung der Arbeitsbedingungen erforderlich sein, ist dieser grundsätzliche Bedarf an Schutzmaßnahmen zu dokumentieren.
- [rot] Kommt eine Fortführung der Tätigkeit aufgrund der Gefährdung nicht in Betracht, ist dieses Ergebnis zu dokumentieren.

Die im Rahmen der konkretisierten Gefährdungsbeurteilung festgelegten und durchgeführten Schutzmaßnahmen nach § 10 Abs. 2 Satz 1 muss der Arbeitgeber ebenfalls dokumentieren. Der Arbeitgeber muss die mutterschutzspezifischen Arbeitsschutzmaßnahmen gemäß § 9 Abs. 1 Satz 2 laufend auf ihre Wirksamkeit hin überprüfen und erforderlichenfalls sich ändernden Gegebenheiten anpassen. Das Ergebnis dieser Wirksamkeitskontrollen ist entsprechend zu dokumentieren (§ 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2).

Des Weiteren ist der Arbeitgeber verpflichtet, das Angebot und sofern das Gesprächsangebot angenommen wird auch den Zeitpunkt des Gesprächs über weitere

Anpassungen ihrer Arbeitsbedingungen nach § 10 Abs. 2 Satz 2 zu dokumentieren (§ 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3).

Über das Ergebnis der generellen Gefährdungsbeurteilung und den Bedarf an entsprechenden Schutzmaßnahmen muss der Arbeitgeber alle Beschäftigten, nicht nur die weiblichen Beschäftigten, informieren (§ 14 Abs. 2). Eine Form ist hierfür nicht vorgeschrieben. Die Information kann in Abhängigkeit vom Grad der Komplexität auch die Einsicht in Unterlagen umfassen.

Daneben hat der Arbeitgeber die schwangere oder stillende Frau über das Ergebnis der generellen Gefährdungsbeurteilung sowie über die individuell für sie erforderlichen Schutzmaßnahmen nach § 10 Abs. 2 Satz 1 zu informieren (§ 14 Abs. 3).

Eine Informationspflicht gegenüber dem Betriebs-/Personalrat ergibt sich aus § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG sowie ggf. aus den entsprechenden Regelungen in den Personalvertretungsgesetzen der Länder.

Zu den Aufbewahrungsfristen der Dokumentationsunterlagen zur Beurteilung der Arbeitsbedingungen nach § 10 wird auf Abschnitt 13 verwiesen.

7. Kündigungsverbot (§ 17)

Vom **Beginn der Schwangerschaft** an bis zum Ende der Schutzfrist nach der Entbindung (§ 3 Abs. 2), **mindestens** jedoch bis zum Ablauf von **vier Monaten nach der Entbindung** ist die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber unzulässig (§ 17 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1, 3). Vom Begriff der Entbindung, die den Beginn des nachgeburtlichen Kündigungsschutzes markiert, werden sowohl Lebend- als auch Totgeburten umfasst. Der besondere Kündigungsschutz bis zum Ablauf von vier Monaten gilt auch nach einer Fehlgeburt nach der zwölften Schwangerschaftswoche (§ 17 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2). Für die Berechnung der Frist ist § 188 Abs. 2 BGB maßgebend. Das Kündigungsverbot schließt auch Vorbereitungen für eine nach dieser Zeit liegende Kündigung ein.

Voraussetzung für das Wirksamwerden des Kündigungsverbotes ist, dass dem Arbeitgeber im Zeitpunkt der Kündigung die Schwangerschaft, die Fehlgeburt nach der zwölften Schwangerschaftswoche oder die Entbindung bekannt war oder ihm innerhalb von zwei Wochen nach Zugang der Kündigung mitgeteilt wird. Die Schwangerschaft muss zum Zeitpunkt der Kündigung schon bestanden haben. Die Frist von zwei Wochen ist eine Ausschlussfrist. Geht die Mitteilung dem Arbeitgeber nicht innerhalb dieser Frist zu oder unterlässt die Frau die Mitteilung, wird das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung aufgelöst. Das Überschreiten dieser Frist ist jedoch unschädlich, wenn es auf einem von der Frau nicht zu vertretenden Grund beruht und die Mitteilung unverzüglich nachgeholt wird. Die betroffene Frau ist darlegungs- und beweispflichtig dafür, dass sie die Frist ohne Verschulden versäumt hat (BAG, Urteil vom 13. Januar 1982 - 7 AZR 764/79).

Das Kündigungsverbot nach § 17 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 knüpft an das tatsächliche Bestehen einer Schwangerschaft an. Der Eintritt der Schwangerschaft bestimmt sich nach einer widerlegbaren Vermutung durch Rückrechnung von 280 Tagen von dem ärztlich bescheinigten voraussichtlichen Geburtstermin (BAG, Urteil vom 7. Mai 1998 - 2 AZR 417/97 und BAG, Urteil vom 24. November 2022 - 2 AZR 11/22). Bei einer Schwangerschaft aufgrund einer künstlichen Befruchtung (In-vitro-Fertilisation) beginnt der besondere Kündigungsschutz bereits mit der Einsetzung der befruchteten Eizelle in die Gebärmutter (vgl. BAG, Urteil vom 26. März 2015 - 2 AZR 237/14).

Absatz 1 enthält ein **absolutes Kündigungsverbot** für den Arbeitgeber. Verboten sind

nicht nur die ordentliche Kündigung, sondern auch die fristlose Kündigung und die Änderungskündigung. Auch eine Kündigung vor der vereinbarten Tätigkeitsaufnahme unterfällt dem Kündigungsverbot (BAG, Urteil vom 27. Februar 2020 - 2 AZR 498/19), ebenso wie eine Kündigung im Rahmen einer vereinbarten Probezeit nach § 622 Abs. 3 BGB. Nicht relevant ist, ob die Bestimmungen des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG) für den konkreten Fall anwendbar sind. Die Erfüllung der sechsmonatigen Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG ist nicht erforderlich. Maßgebend ist der Zeitpunkt, zu dem die Kündigungserklärung zugeht, nicht, wann die Kündigung wirksam werden soll. Das Kündigungsverbot ist zwingend. Die Frau kann auf den Kündigungsschutz nicht verzichten. Der Kündigungsschutz kann auch nicht vertraglich ausgeschlossen oder beschränkt werden. Eine verbotswidrig erklärte Kündigung ist nichtig (§ 134 BGB). Das Arbeitsverhältnis und damit der Entgeltanspruch der Frau bestehen fort.

Ausnahmen vom Kündigungsverbot sind nur in den Fällen des Absatzes 2 zulässig. Danach kann die für den Arbeitsschutz zuständige oberste Landesbehörde oder die von ihr bestimmte Stelle in besonderen Fällen, die zweifelsfrei nicht mit der Schwangerschaft, Fehlgeburt oder Entbindung in Verbindung stehen, ausnahmsweise die Kündigung für zulässig erklären. Ein besonderer Fall wird nur in solchen Fällen angenommen, in denen eine Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses für den Arbeitgeber unerträglich wäre (BVerwG, Urteil vom 30. September 2009 - 5 C 32/08).

Fallgestaltungen, bei denen eine Kündigung ausnahmsweise möglich ist, ergeben sich (nicht abschließend) aus der „Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Kündigungsschutz bei Elternzeit“ vom 3. Januar 2007⁶, die die Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates zur Durchführung des § 18 Abs. 1 Satz 2 BEEG erlassen hat (zur Übertragung auf das MuSchG vgl. VG Frankfurt a. M., Urteil vom 28. Januar 2015 - 7 K 4016/14.F; VG Mainz, Urteil vom 26. Oktober 2017 - 1 K 1061/16.MZ). Demnach können **betriebsbedingte Gründe** einen besonderen Fall begründen, wenn ein Betrieb oder Betriebsteil geschlossen oder verlagert wird und keinerlei Weiterbeschäftigungsmöglichkeit vorhanden ist oder die Frau eine solche ablehnt (siehe auch BAG, Urteil vom 20. Januar 2005 - 2 AZR 500/03). **Verhaltensbedingte Gründe** können dann zur Kündigung berechtigen, sofern sie besonders schwere Pflichtverletzungen oder strafbare Handlungen betreffen. **Personenbedingte Gründe** sind regelmäßig keine besonderen Fälle im Sinne der Vorschrift (EuGH, Urteil vom 30. Juni 1998 - C-394/96). Nicht ausschlaggebend für die ausnahmsweise Zulässigkeit der Kündigung nach Absatz 2 ist, ob ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB vorliegt.

Die Erklärung der Zulässigkeit ist vom Arbeitgeber formlos vor Ausspruch der Kündigung bei der zuständigen obersten Landesbehörde zu beantragen. Im Falle einer außerordentlichen Kündigung ist der Antrag innerhalb einer Frist von zwei Wochen (entsprechend § 626 Abs. 2 BGB) zu stellen. Die Behörde prüft nach pflichtgemäßem Ermessen, ob ein „besonderer Fall“ im Sinne von § 17 Abs. 2 vorliegt. Üblicherweise werden beide Parteien von der Behörde zwecks Sachverhaltsermittlung zu den Kündigungsgründen angehört. Die Kosten des Verfahrens trägt der Arbeitgeber. Gegen die Entscheidung der Behörde ist für beide Parteien der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

Die behördliche Zulässigkeitserklärung hebt das Kündigungsverbot nach § 17 Abs. 1 auf. Die Zulässigkeitserklärung sagt nichts über die arbeitsrechtliche Wirksamkeit der Kündigung aus und kann eine derartige Vermutung nicht begründen.

⁶ abrufbar unter http://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwvbund_03012007_204292603000.htm

Der Ausspruch einer Kündigung ist erst nach positiver Entscheidung der Behörde zulässig. Die Kündigungserklärung bedarf gemäß § 17 Abs. 2 Satz 2 der Schriftform und muss die Kündigungsgründe angeben, anderenfalls ist sie nichtig. Die Unwirksamkeit der Kündigung wegen Verstoßes gegen § 17 ist gerichtlich innerhalb der dreiwöchigen Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG geltend zu machen.

Ist ein **Arbeitsverhältnis rechtswirksam befristet**, verlängert es sich nicht durch eine während des Arbeitsverhältnisses eingetretene Schwangerschaft, Fehlgeburt nach der zwölften Schwangerschaftswoche oder Entbindung, da § 17 nur vor Kündigungen durch den Arbeitgeber und nicht auch vor Beendigungen des Arbeitsverhältnisses aus anderen Gründen schützt (BAG, Urteil vom 23. Oktober 1991 - 7 AZR 56/91 -). Jedoch sind ggf. § 2 Abs. 5 des Gesetzes über befristete Arbeitsverträge in der Wissenschaft (Wissenschaftszeitvertragsgesetz - WissZeitVG) vom 12. April 2007 (BGBl. I S. 506) und § 1 Abs. 4 des Gesetzes über befristete Arbeitsverträge mit Ärzten in der Weiterbildung vom 15. Mai 1986 (BGBl. I S. 742) zu beachten.

Die Nichterneuerung eines befristeten Arbeitsvertrages steht zwar nicht einer verbotenen Kündigung gleich; wenn aber die Nichterneuerung ihren Grund in der Schwangerschaft hat, kann die unterbleibende Anschlussbeschäftigung eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellen (vgl. EuGH, Urteil vom 4. Oktober 2001 - C 438/99).

Besonders zu beachten ist, dass bereits **Vorbereitungsmaßnahmen** des Arbeitgebers, die er im Hinblick auf eine Kündigung während des besonderen Kündigungsschutzzeitraums trifft, unzulässig sind (§ 17 Abs. 1 Satz 3). Eine auf diesen Vorbereitungsmaßnahmen basierende Kündigung wird damit unzulässig und unwirksam. Nach der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 18/8963, S. 88) dient diese Ergänzung im Hinblick auf das mutterschutzrechtliche Kündigungsverbot der Klarstellung im Sinne der Rechtsprechung des EuGH. Nach der Rechtsprechung des EuGH liegt bereits dann ein Verstoß gegen das Kündigungsverbot des Artikels 10 der Mutterschutzrichtlinie (92/85/EWG) vor, wenn „vor Ablauf dieser Zeit Maßnahmen in Vorbereitung einer solchen Entscheidung wie etwa die Suche und Planung eines endgültigen Ersatzes für die betroffene Angestellte getroffen werden“ (Fall „Paquay“ - EuGH, Urteil vom 11. Oktober 2007 - C-460/06).

Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EuGH ist davon auszugehen, dass auch die Anhörung des Betriebsrates nach §§ 102, 103 BetrVG bzw. die Mitwirkung oder die Anhörung des Personalrats nach den entsprechenden Regelungen in den Personalvertretungsgesetzen der Länder, die Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung nach § 178 Abs. 2 Satz 1 und Satz 3 SGB IX oder der Gleichstellungsbeauftragten nach den einschlägigen Regelungen in den Gleichstellungsgesetzen der Länder, die Beantragung der Zustimmung des Integrationsamtes nach §§ 168 ff. SGB IX oder einer anderen Behörde als unzulässige Vorbereitungsmaßnahmen gelten. Der Antrag auf Zustimmung der Aufsichtsbehörde nach § 17 Abs. 2 gilt hingegen nicht als unzulässige Vorbereitungsmaßnahme.

Verboten sind vorbereitende Maßnahmen nur, soweit sie gezielt das Arbeitsverhältnis der schwangeren Frau betreffen. Der Beschluss von Umstrukturierungsmaßnahmen wie auch der Abschluss eines Interessenausgleichs oder Sozialplans, die (auch) die schwangere Frau betreffen, sind zulässig. Ebenfalls zulässig sind Nachforschungen des Arbeitgebers zur Sachverhaltsaufklärung, die im Falle einer Konkretisierung zu einer Kündigung führen können. Zulässig ist auch eine (letzte) Abmahnung.

Schülerinnen und Studentinnen im Sinne von § 1 Abs. 2 Nr. 8 sind vom Kündigungsverbot ausgenommen; auf die Ausführungen in Abschnitt 1 hinsichtlich der Zuordnung

von Schülerinnen und Studentinnen zu § 1 Abs. 2 Nr. 1 bzw. Nr. 8 wird verwiesen.

8. Leistungen (§§ 18 bis 20), Ermittlung des Arbeitsentgelts (§ 21)

Sinn der Regelungen der §§ 18 bis 20 ist es, einer schwangeren oder stillenden Frau im Falle von Beschäftigungsverboten durchgehend Leistungen in Höhe ihres bisherigen durchschnittlichen Arbeitsentgelts zu gewähren und zwar:

- **Mutterschutzlohn** nach § 18 wegen eines Beschäftigungsverbots **außerhalb der Schutzfristen** vor oder nach der Entbindung (siehe Abschnitt 8.2) bzw.
- **Mutterschaftsgeld** nach § 19 während der Schutzfristen sowie für den Tag der Entbindung (siehe Abschnitt 8.3) verbunden mit
- einem **Zuschuss zum Mutterschaftsgeld** nach § 20 (siehe Abschnitt 8.4).

Anspruch auf die vorgenannten Leistungen nach dem MuSchG haben Frauen in einer Beschäftigung im Sinne von § 7 Abs. 1 SGB IV und

- Frauen in betrieblicher Berufsausbildung und Praktikantinnen im Sinne von § 26 BBiG,
- Schülerinnen, die dem TVA-L Pflege, dem TVA-L Gesundheit unterliegen sowie dual Studierende, die dem TVdS-L oder den Regelungen nach den Richtlinien der TdL für duale Studiengänge und Masterstudiengänge vom 1. September 2018 unterliegen (siehe Abschnitt 1),
- Frauen, die als Freiwillige im Sinne des Jugendfreiwilligendienstgesetzes oder des Bundesfreiwilligengesetzes tätig sind.

Frauen, die wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbständigkeit als arbeitnehmerähnliche Person anzusehen sind, haben lediglich Anspruch auf Leistungen nach § 19 Abs. 1.

Keinen Anspruch auf Leistungen nach dem MuSchG haben Entwicklungshelferinnen⁷ sowie Schülerinnen und Studentinnen im Sinne von § 1 Abs. 2 Satz 2 Nrn. 3 und 8; auf die Ausführungen in Abschnitt 1 hinsichtlich der Zuordnung von Schülerinnen und Studentinnen zu § 1 Abs. 2 Nr. 1 bzw. Nr. 8 wird verwiesen.

Das **Mutterschaftsgeld** und der **Zuschuss zum Mutterschaftsgeld** sind **weder steuer- noch beitragspflichtig** (§ 3 Nr. 1 Buchstabe d Einkommensteuergesetz - EStG - bzw. § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 Sozialversicherungsentgeltverordnung - SvEV), werden aber in den steuerlichen Progressionsvorbehalt einbezogen. Der **Mutterschutzlohn** unterliegt dagegen der **Lohnsteuer- und Sozialabgabepflicht** (§§ 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4; 19 EStG bzw. § 14 SGB IV). Steuerpflichtig sind dabei auch die im Mutterschutzlohn enthaltenen Zuschläge für Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeit, die bei tatsächlicher Arbeitsleistung gemäß § 3b EStG teilweise nicht der Steuerpflicht unterliegen (BFH, Urteil vom 26. Oktober 1984 - VI R 199/80, bestätigt durch BFH, Beschluss vom 27. Mai 2009 - VI B 69/08).

Der **Zuschuss zum Mutterschaftsgeld** ist **kein zusatzversorgungspflichtiges Entgelt**. Seit 2012 werden Zeiten der Schutzfrist nach § 3 Abs. 1 und 2, die während einer Pflichtversicherung zurückgelegt wurden, als Umlage-/Beitragsmonate mit zusatzversorgungspflichtigem Entgelt berücksichtigt (vgl. hierzu § 9 Abs. 1 Satz 4 und § 36a Abs. 2 i. V. m. § 37 Abs. 6 Tarifvertrag Altersversorgung [ATV]). Der **Mutterschutzlohn** ist **zusatzversorgungspflichtiges Entgelt**.

Gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 1 bzw. Nr. 2 Aufwendungsausgleichsgesetz (AAG) besteht auf

⁷ Bei Entwicklungshelferinnen findet das Entwicklungshelfer-Gesetz (EhfG) Anwendung.

Antrag hinsichtlich des **Zuschusses zum Mutterschaftsgeld** sowie des **Mutterschutzlohns** ein Erstattungsanspruch des Arbeitgebers gegenüber den Krankenkassen nach dem **U2-Verfahren**. Auf Antrag werden auch die Beiträge des Arbeitgebers zur gesetzlichen Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung sowie die Arbeitgeberzuschüsse nach § 172a SGB VI, die Beitragszuschüsse nach § 257 SGB V und nach § 61 Elftes Buch Sozialgesetzbuch - SGB XI, die auf den Mutterschutzlohn anfallen, erstattet (§ 1 Abs. 2 Nr. 3 AAG). Darüber hinaus zählen auch Zahlungen des Arbeitgebers an die Zusatzversorgungskasse zum Aufbau einer betrieblichen Altersversorgung zu den erstattungsfähigen Aufwendungen (z. B. VBL-Umlagen und Beiträge). Zum Antragsverfahren wird im Übrigen auf die grundsätzlichen Hinweise des GKV-Spitzenverbandes zum Ausgleichsverfahren der Arbeitgebераufwendungen bei Arbeitsunfähigkeit (U1-Verfahren) und für Mutterschaftsleistungen (U2-Verfahren) vom 19. November 2019 verwiesen.

Die dem Anspruch auf Mutterschutzlohn bzw. auf Zuschuss zum Mutterschutzgeld zugrundeliegenden Zeiten der Beschäftigungsverbote sind für die Beschäftigungszeit nach § 34 Abs. 3 Satz 1 TV-L unbeachtlich.

8.1 Monokausalität

Liegen die Voraussetzungen für die Zahlung von **Mutterschutzlohn** (siehe Abschnitt 8.2) bzw. für den **Zuschuss zum Mutterschaftsgeld** (siehe Abschnitt 8.4) vor, besteht aber aus anderen Gründen kein Entgeltanspruch, treten die Ansprüche auf Mutterschutzlohn bzw. auf Zuschuss zum Mutterschaftsgeld zurück (**Grundsatz der Monokausalität**). Das (teilweise) Beschäftigungsverbot muss demnach alleinige Ursache für die Nichtgewährung von Entgelt sein; anderenfalls ruhen die vertraglichen Hauptleistungspflichten.

Mutterschutzlohn und Zuschuss zum Mutterschaftsgeld sind daher insbesondere nicht zu zahlen, wenn die Frau:

- **ohne Entgelt beurlaubt** ist oder
- sich an einem **rechtmäßigen Streik beteiligt** bzw. gegen sie **Aussperrungen ausgesprochen** wurden oder
- sich **zu Unrecht weigert**, eine **andere und ihr zumutbare Tätigkeit** (vgl. § 13 Abs. 1 Nr. 2 und Abschnitt 6) **auszuüben** (BAG, Urteil vom 15. November 2000 - 5 AZR 365/99) oder
- **öffentlich-rechtliche Genehmigungen** (z. B. eine Arbeitserlaubnis nach § 284 SGB III) **fehlen** oder
- eine **betriebliche Störung vorliegt** oder
- das Arbeitsverhältnis **wegen einer bestehenden Elternzeit ruht** (§ 22 Satz 1; siehe Abschnitt 9).

Ist die Frau in Kurzarbeit, liegt zwar die erforderliche Monokausalität nicht vor, weil die Kürzung des Entgelts in der Kurzarbeit und nicht auf mutterschutzrechtlichen Gründen beruht. Nach Auffassung des BMFSFJ und des Bundesministeriums für Gesundheit (BMG) sind aber aus überwiegenden gesetzessystematischen Erwägungen die Mutterschaftsleistungen dennoch zu erbringen. Als Begründung wird ausgeführt, dass nach § 21 Abs. 4 bei der Ermittlung des durchschnittlichen Arbeitsentgelts nur dauerhafte Änderungen des Entgelts zu berücksichtigen seien. Entgeltkürzungen aufgrund der Kurzarbeit würden jedoch nicht dazu zählen und seien nicht zu berücksichtigen.

Dies spreche dafür, auch Frauen, für die während eines Beschäftigungsverbotes Kurzarbeit vereinbart wurde, Mutterschaftsleistungen zu gewähren. Es bestehen keine Bedenken dieser Rechtsauffassung zu folgen und Frauen, die **während eines Beschäftigungsverbotes** in Kurzarbeit sind, **Mutterschutzlohn bzw. den Zuschuss zum Mutterschaftsgeld** in voller Höhe zu gewähren (siehe Orientierungspapier des BMFSFJ „Mutterschaftsleistungen bei Kurzarbeit“ vom 3. Juni 2020⁸). Wird jedoch Kurzarbeit während einer Schwangerschaft angeordnet und beruht die Entgeltkürzung allein auf der Kurzarbeit und nicht auf einem Beschäftigungsverbot, entsteht kein Anspruch auf Mutterschutzlohn. Arbeitet die Frau während der Schutzfrist ausdrücklich freiwillig weiter (§ 3 Abs. 1 Satz 1), dann ist ebenso das Kurzarbeitergeld vorrangig, es sei denn, es liegt neben der Schutzfrist ein weiteres Beschäftigungsverbot vor. Allerdings kann die Frau im Falle der Anordnung von Kurzarbeit von ihrem Recht Gebrauch machen, jederzeit die Schutzfrist in Anspruch zu nehmen.

Bei **Arbeitsunfähigkeit** ist zwischen **Mutterschutzlohn und Zuschuss auf Mutterschaftsgeld** zu differenzieren: mangels Monokausalität besteht kein Anspruch auf Mutterschutzlohn, wenn die Frau arbeitsunfähig erkrankt ist (BAG, Urteil vom 17. Oktober 2013 - 8 AZR 742/12). Entscheidend ist in diesen Fällen, ob ein ärztliches Beschäftigungsverbot mit der Folge des Anspruchs auf Mutterschutzlohn erteilt wird oder eine Arbeitsunfähigkeit attestiert wird. Der Anspruch auf Zuschuss zum Mutterschaftsgeld bleibt bei Arbeitsunfähigkeit der Frau dagegen erhalten (BAG, Urteil vom 12. März 1997 - 5 AZR 226/96).

Für den Anspruch auf **Mutterschaftsgeld** ist im Unterschied zu den Leistungen nach § 18 und § 20 eine **Monokausalität nicht erforderlich**.

8.2 Mutterschutzlohn (§ 18)

Nach § 18 hat eine Frau, die wegen eines Beschäftigungsverbotes **außerhalb der Schutzfristen** vor oder nach der Entbindung nur teilweise oder gar nicht beschäftigt werden darf, einen Anspruch auf Zahlung von Mutterschutzlohn gegen ihren Arbeitgeber.

Voraussetzung für die Zahlung des Mutterschutzlohnes ist, dass die Frau **ausschließlich auf Grund eines Beschäftigungsverbotes** nach dem MuSchG (siehe Abschnitt 8.1 zur Monokausalität) und zwar **außerhalb der Schutzfristen** nicht oder nur teilweise beschäftigt werden darf. Die Beschäftigungsverbote sind in § 2 Abs. 3 zusammenfassend definiert. Der Anspruch auf Mutterschutzlohn entsteht bei einem Wegfall des Entgeltanspruches oder bei gemindertem Entgelt durch folgende Beschäftigungsverbote:

- Verbot der Mehrarbeit nach § 4 Abs. 1,
- Ruhezeit nach § 4 Abs. 2,
- Verbot der Nacharbeit nach § 5,
- Verbot der Sonn- und Feiertagsarbeit nach § 6,
- Tätigkeitsverbot bei nicht getroffenen Schutzmaßnahmen nach § 10 Abs. 3,
- betriebliches Beschäftigungsverbot nach § 13 Abs. 1 Nr. 3 oder
- ärztliches Beschäftigungsverbot nach § 16.

⁸ <https://www.bmfsfj.de/resource/blob/156610/d4bc3e12ad12e611a76062b53b74bfc4/orientierungspapier-mutterschaftsleistungen-bei-kurzarbeit-data.pdf>

Von den vorgenannten Beschäftigungsverboten außerhalb der Schutzfristen abzugrenzen sind die Freistellung für Untersuchungen und zum Stillen im Sinne von § 7 sowie Arbeitsunterbrechungen im Sinne von § 9 Abs. 3 Satz 1. Bei diesen Freistellungen und Unterbrechungen wird das Entgelt fortgezahlt.

Als Mutterschutzlohn wird grundsätzlich das durchschnittliche Arbeitsentgelt der letzten drei abgerechneten Kalendermonate vor Beginn des Monats, in dem die Schwangerschaft eingetreten ist, gezahlt (§ 18 Satz 2). Unberücksichtigt bleibt, wenn sich wegen eines Beschäftigungsverbots die Beschäftigung selbst oder die Entlohnungsart (z. B. andere Entgeltgruppe) ändert (§ 18 Satz 3). Hinsichtlich des Berechnungszeitraums ist Folgendes zu beachten:

- Bestand bei Eintritt der Schwangerschaft das Beschäftigungsverhältnis erst kürzer als drei Monate, ist dieser kürzere Zeitraum - der tatsächliche Zeitraum des Beschäftigungsverhältnisses - zugrunde zu legen (§ 21 Abs. 1 Satz 2)
- Bestand die Schwangerschaft bereits bei Beginn des Beschäftigungsverhältnisses, ist das durchschnittliche Arbeitsentgelt der ersten drei Monate der Beschäftigung maßgebend (§ 18 Satz 4).
- Bestand die Schwangerschaft bereits bei Beginn des Beschäftigungsverhältnisses und bestand das Beschäftigungsverbot bereits ab dem ersten Tag des Beschäftigungsverhältnisses, ist kein Berechnungszeitraum verfügbar. Nach § 21 Abs. 3 ist das durchschnittliche kalendertägliche Arbeitsentgelt einer vergleichbar beschäftigten Person ausschlaggebend (siehe LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 30. September 2016 - 9 Sa 917/16); siehe Abschnitt 8.5.4.
- Schließt an eine bestehende Elternzeit (ohne Teilzeitbeschäftigung) ein Beschäftigungsverbot an, sind die letzten abgerechneten Monate vor Beginn der vorangegangenen Schutzfrist (also vor Geburt des vorherigen, älteren Kindes) für die Berechnung heranzuziehen (BAG, Urteil vom 19. Mai 2021 - 5 AZR 378/20).

Der Anspruch auf Mutterschutzlohn besteht ab dem ersten Tag des Beschäftigungsverhältnisses, sofern die Voraussetzungen nach § 18 erfüllt sind. Der Anspruch auf Mutterschutzlohn endet mit dem Tag, der dem Beginn der Schutzfrist nach § 3 Abs. 1 vorausgeht; unter den Voraussetzungen des § 16 Abs. 2 lebt der Anspruch auf Mutterschutzlohn wieder auf.

Die Ermittlung des durchschnittlichen Arbeitsentgelts bestimmt sich nach § 21 (siehe Abschnitt 8.5).

Zum Fälligkeitszeitpunkt des Mutterschutzlohns enthält das Gesetz keine Regelung. Deshalb sind die vertraglichen oder tariflichen Fälligkeitsregelungen (z. B. § 24 TV-L) entsprechend anzuwenden. Sofern Mutterschutzlohn als Ersatzleistung für sogenannte unständige Entgeltbestandteile zu zahlen ist, ist auch die Vorschrift über die zeitversetzte Zahlung (z. B. § 24 Abs. 1 Satz 4 TV-L) entsprechend anzuwenden. Das hat zur Folge, dass Teile des Mutterschutzlohns u. U. auch noch in Kalendermonaten zu zahlen sind, in denen die Frau bereits Mutterschaftsgeld bezieht (BAG, Urteil vom 28. November 1984 - 5 AZR 243/83 und BAG, Urteil vom 6. März 1985 - 5 AZR 523/83).

8.3 Mutterschaftsgeld (§ 19)

§ 19 regelt den Anspruch auf Mutterschaftsgeld für die Dauer der Schutzfristen und den Tag der Entbindung:

- in Absatz 1 für Frauen, die Mitglied einer gesetzlichen Krankenkasse sind (Anspruch auf Mutterschaftsgeld gegen die gesetzliche Krankenkasse) und
- in Absatz 2 für Frauen, die nicht Mitglied einer gesetzlichen Krankenkasse sind (Anspruch auf Mutterschaftsgeld gegen den Bund, Bundesamt für Soziale Sicherung).

Die **Anspruchsgrundlage** auf Mutterschaftsgeld ergibt sich für Frauen, die Mitglied einer gesetzlichen Krankenkasse sind, aus § 24i SGB V. Für Frauen, die nicht Mitglied einer gesetzlichen Krankenkasse sind, ergibt sich die Anspruchsgrundlage auf Mutterschaftsgeld aus § 19 Abs. 2, wobei § 24i SGB V entsprechend anzuwenden ist.

Maßgebender Zeitpunkt für die Beurteilung, ob Mutterschaftsgeld nach § 19 Abs. 1 i. V. m. § 24i SGB V oder nach § 19 Abs. 2 zu zahlen ist, richtet sich nach den Verhältnissen zum Beginn der Schutzfrist. Eine Änderung der Verhältnisse während der Schutzfrist führt grundsätzlich nicht zu einem Wechsel der Anspruchsgrundlage. Beginnt ein Beschäftigungsverhältnis während der Schutzfristen, besteht ebenfalls ein Anspruch auf Mutterschaftsgeld, **wenn** trotz der fehlenden Arbeitsleistung und mangelnden Entgeltzahlung durch den Arbeitgeber **eine Mitgliedschaft in der gesetzlichen Krankenkasse zustande kommt** (BSG, Urteil vom 28. Februar 2008 - B 1 KR 17/07 R). Das Mutterschaftsgeld ist dann vom Beginn des Beschäftigungsverhältnisses an zu zahlen (§ 24i Abs. 3 Satz 6 SGB V). Dies kann z. B. bei einer Lehrerin der Fall sein, die ihren Vorbereitungsdienst (Referendarzeit) im Beamtenverhältnis nach Beginn der Schutzfrist abgeschlossen hat und anschließend unmittelbar oder nach wenigen Wochen als Tarifbeschäftigte eingestellt wird und die Beschäftigung wegen der Schutzfrist nach § 3 nicht aufnimmt. Damit besteht der Anspruch auf Mutterschaftsgeld unabhängig davon, ob das Beschäftigungsverhältnis bei Beginn der Schutzfrist bereits bestand oder das Beschäftigungsverhältnis erst während der Schutzfrist beginnt oder das Beschäftigungsverhältnis während der Schutzfrist nach Maßgabe des § 17 Abs. 2 aufgelöst wurde.

Frauen, die sich während der Schutzfristen nach § 3 in einem unbezahlten Urlaub (Sonderurlaub) befinden, haben grundsätzlich keinen Anspruch auf Mutterschaftsgeld. Endet der Sonderurlaub jedoch während der Schutzfrist, besteht ab dem Folgetag ein Anspruch auf Mutterschaftsgeld (BAG, Urteil vom 25. Februar 2004 - 5 AZR 160/03).

Abweichend hiervon besteht ein Anspruch auf Mutterschaftsgeld ab Beginn der Schutzfrist, wenn die Schutzfrist nach § 3 Abs. 1 **während des ersten Monats eines Sonderurlaubs:**

- **im Anschluss an die Elternzeit** oder
- **direkt nach dem Ende einer versicherungspflichtigen Beschäftigung** oder
- **während des Erhalts der Mitgliedschaft** aufgrund der Schwangerschaft nach § 192 Abs. 2 SGB V

beginnt (siehe hierzu auch Gemeinsames Rundschreiben des GKV-Spitzenverbandes und der Verbände der Krankenkassen auf Bundesebene vom 6./7. Dezember 2017 in der Fassung vom 23. März 2022, Ziffer 9.2.2.3.1). Dabei kommt es nicht darauf an, ob das Ende der Schutzfrist nach § 3 Abs. 2 innerhalb des Sonderurlaubs liegt.

Ein Anspruch auf Mutterschaftsgeld besteht auch, wenn eine neue Schutzfrist **während einer Elternzeit** mit oder ohne Bezug von Elterngeld beginnt (erneute Schwangerschaft); der Ausschluss von Leistungen nach § 22 greift beim Anspruch auf Mutterschaftsgeld nicht (siehe Abschnitt 9), sondern das Mutterschaftsgeld ist bei Vorliegen der Voraussetzungen neben dem Elterngeld zu zahlen. Nach § 3 Abs. 1 Satz 1

Nr. 1 Buchstabe a BEEG ist das Mutterschaftsgeld jedoch auf das Elterngeld anzurechnen.

Eine Entgeltfortzahlung oder Krankengeldzahlung, die der Schutzfrist vorausgeht, endet mit Beginn dieser und die Frau hat ab dem Beginn der Schutzfrist Anspruch auf Mutterschaftsgeld. Dies gilt auch für einen zu Beginn der Schutzfrist bestehenden Anspruch auf Zahlung von Mutterschutzlohn nach § 18; der Anspruch auf Mutterschutzlohn endet mit dem Tag, der dem Tag des Beginns der Schutzfrist vorausgeht.

Die **Dauer des Anspruchs** auf Mutterschaftsgeld ergibt sich aus § 24i Abs. 3 SGB V bzw. § 19 Abs. 2 mit Bezugnahme auf § 24i Abs. 3 SGB V und umfasst die Zeiten des generellen Beschäftigungsverbots (Schutzfristen vor und nach der Entbindung nach § 3 Abs. 1 und 2) sowie den Entbindungstag selbst.

Der **Anspruch auf Mutterschaftsgeld ruht**, soweit und solange die Frau beitragspflichtiges Arbeitsentgelt oder Urlaubsabgeltung erhält (§ 24i Abs. 4 Satz 1 SGB V). Ein Ruhen des Mutterschaftsgeldes kommt auch in Betracht, wenn eine Frau von dem Recht auf freiwillige Weiterarbeit während der Schutzfrist nach § 3 Abs. 1 oder von dem Recht auf vorzeitige Beschäftigung nach § 3 Abs. 4 Gebrauch macht. Der Arbeitgeber hat die Frau über den Vorrang des Arbeitsentgelts bei freiwilliger Weiterarbeit aufzuklären (siehe Abschnitt 2.1).

Vor der Schutzfrist erworbene sogenannte unständige Entgeltbestandteile (Zuschläge für Nacht-, Wochenend- oder Feiertagsarbeit etc.), die erst in der Schutzfrist zur Auszahlung kommen, stellen kein beitragspflichtiges Arbeitsentgelt dar, welches den Anspruch auf Mutterschaftsgeld ganz oder teilweise zum Ruhen bringen würde. Das Ruhen des Anspruchs auf Mutterschaftsgeld bezieht sich nur auf beitragspflichtige Entgelte, die die Frau durch Arbeitsleistungen erwirbt, die sie während der Schutzfristen erbringt. Die unständigen Entgeltbestandteile beruhen dagegen auf Arbeitsleistungen, die vor Beginn der Schutzfristen erbracht wurden (vgl. BAG, Urteil vom 28. November 1984 - 5 AZR 243/83). Einmalig gezahltes Arbeitsentgelt führt gemäß § 24i Abs. 4 Satz 2 SGB V ebenfalls nicht zum Ruhen des Mutterschaftsgeldes.

Anspruch auf Mutterschaftsgeld wird somit in folgenden Fällen ausgelöst:

- Beginn der Schutzfrist nach § 3 Abs. 1,
- Beginn der sechsten Woche vor der tatsächlichen Entbindung (wenn kein voraussichtlicher Entbindungstag bekannt war),
- Geburt des Kindes vor Eintritt der voraussichtlichen Schutzfrist,
- Beginn des Beschäftigungsverhältnisses während der Schutzfristen nach § 3 oder
- Ende eines unbezahlten Urlaubs aus Anlass der geplanten Wiederaufnahme der Arbeit oder Ende einer Elternzeit nach § 16 Abs. 3 Satz 3 BEEG mit Beginn oder während der Schutzfristen nach § 3.

Das Mutterschaftsgeld wird durch den Zuschuss des Arbeitgebers zum Mutterschaftsgeld ergänzt (siehe Abschnitt 8.4). Damit erhalten in einem Beschäftigungsverhältnis stehende Frauen während des generellen Beschäftigungsverbots (Schutzfristen) durchgehend Leistungen in Höhe des bisherigen durchschnittlichen Arbeitsentgelts. Der Arbeitgeber ist verpflichtet, gegenüber der Krankenkasse bzw. dem Bundesamt für Soziale Sicherung Angaben zum Beschäftigungsverhältnis der Frau, insbesondere zum Arbeitsentgelt zu machen (§ 98 Zehntes Buch Sozialgesetzbuch - SGB X).

8.3.1 Mitgliedschaft in einer gesetzlichen Krankenversicherung; Höchstbetrag

für gesetzlich versicherte Frauen (§ 19 Abs. 1)

Die Anspruchsgrundlage auf Mutterschaftsgeld für gesetzlich Versicherte ergibt sich aus § 24i SGB V, d. h., die Frau muss Mitglied einer Krankenversicherung sein (siehe z. B. § 5 SGB V oder § 9 SGB V - freiwillig gesetzlich Krankenversicherte). Familienversicherte (ohne eigene Mitgliedschaft in einer gesetzlichen Krankenversicherung) haben keinen Anspruch auf Mutterschaftsgeld nach § 24i SGB; hier greift § 19 Abs. 2.

Der Höchstbetrag des Mutterschaftsgeldes beträgt **derzeit 13,00 Euro** pro Kalendertag (§ 24i Abs. 2 Satz 2 SGB V).

Endet das Beschäftigungsverhältnis unmittelbar vor Beginn der Schutzfrist und wird das Mutterschaftsgeld in Höhe des Krankengeldes gezahlt (§ 24i Abs. 2 Satz 5 SGB V), ist das Mutterschaftsgeld nicht auf 13,00 Euro kalendertäglich begrenzt.

8.3.2 Höchstbetrag für nicht gesetzlich versicherte Frauen (§ 19 Abs. 2)

Frauen sind dann nicht gesetzlich krankenversichert, wenn sie z. B.:

- versicherungsfrei sind (§§ 6 und 7 SGB V), z. B. bei einer geringfügigen Beschäftigung nach § 8 SGB IV oder
- von der Krankenversicherung befreit sind (§ 8 SGB V) oder
- familienversichert sind (§ 10 SGB V).

Für Frauen, die **nicht Mitglied einer gesetzlichen Krankenkasse** sind, gelten die Vorschriften des SGB V infolge der Verweisung in § 19 Abs. 2 entsprechend (siehe daher Ausführungen in Abschnitt 8.3).

Abweichend von den gesetzlich versicherten Frauen ist nur der Höchstbetrag für das Mutterschaftsgeld geregelt; dieser beträgt für die Zeit der Schutzfristen und für den Entbindungstag insgesamt **höchstens 210,00 Euro**.

Das Mutterschaftsgeld wird der Frau auf Antrag und zu Lasten des Bundes durch das Bundesamt für Soziale Sicherung gezahlt.

8.4 Zuschuss zum Mutterschaftsgeld (§ 20)

Besteht ein Anspruch auf Mutterschaftsgeld, erhält die Frau vom Arbeitgeber einen Zuschuss zum Mutterschaftsgeld. Für den Anspruch auf Zuschuss zum Mutterschaftsgeld kommt es nicht auf die tatsächliche Zahlung des Mutterschaftsgeldes an. Ein Bestehen des sozialrechtlichen Anspruches ist ausreichend (BAG, Urteil vom 25. Februar 2004 - 5 AZR 160/03); ein nach § 24i Abs. 4 Satz 1 SGB V ruhender Anspruch genügt. Ein Anspruch auf Zuschuss zum Mutterschaftsgeld besteht nur, sofern das Mutterschaftsgeld von kalendertäglich 13,00 Euro nicht ausreicht, das bisherige Nettoeinkommen weiter zu gewähren. Der Anspruch setzt demnach ein Beschäftigungsverhältnis voraus und ist akzessorisch zum Anspruch auf Mutterschaftsgeld.

Die **Dauer des Anspruchs** auf den Zuschuss ist von der Dauer des Anspruchs auf das Mutterschaftsgeld abhängig. Der Anspruch erlischt vorzeitig mit der wirksamen Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses; § 20 Abs. 3 ist zu beachten.

Als Zuschuss zum Mutterschaftsgeld wird nach § 20 Abs. 1 Satz 2 der **Unterschiedsbetrag zwischen 13,00 Euro** und dem **um die gesetzlichen Abzüge verminderten durchschnittlichen kalendertäglichen Arbeitsentgelt der letzten drei abgerechneten Kalendermonate vor Beginn der Schutzfrist** (siehe Abschnitt 8.5.2) vor der Entbindung gezahlt.

Die Ermittlung des durchschnittlichen Arbeitsentgelts bestimmt sich nach § 21; zum

Begriff des Arbeitsentgelts wird auf Abschnitt 8.5.1 verwiesen. Ist das Mutterschaftsgeld für die Zeit der Beschäftigungsverbote (§ 3 Abs. 1 und 2) auf insgesamt 210,00 Euro begrenzt (vgl. § 19 Abs. 2), wird auch für diese Frauen der kalendertägliche Zuschuss aus dem Unterschied zwischen 13,00 Euro und dem maßgebenden Arbeitsentgelt berechnet. Der Zuschuss zum Mutterschaftsgeld erhöht sich somit nicht.

Ein Anspruch auf Zuschuss zum Mutterschaftsgeld besteht daher nur, wenn:

- die Frau dem Grunde nach Anspruch auf Mutterschaftsgeld hat,
- ein Beschäftigungsverhältnis besteht,
- das durchschnittliche kalendertägliche Nettoentgelt 13,00 Euro übersteigt,
- das schutzfristenbedingte Beschäftigungsverbot kausal für die nicht erfolgte Arbeit ist (zur Monokausalität siehe Abschnitt 8.1) und
- soweit und solange Arbeitsentgelt nicht weitergewährt wird.

Diese Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen. Fehlt nur eine der Voraussetzungen, besteht kein Anspruch auf Zuschuss zum Mutterschaftsgeld.

§ 20 Abs. 1 Satz 3 stellt klar, dass der Frau der Zuschuss zum Mutterschaftsgeld von Beginn des Beschäftigungsverhältnisses an zu zahlen ist, auch wenn das Beschäftigungsverhältnis während der vor- oder nachgeburtlichen Schutzfrist beginnt.

Grundlage für die Bestimmung des Berechnungszeitraums ist das zuletzt vorgelegte Zeugnis eines Arztes oder einer Hebamme über den voraussichtlichen Entbindungstermin (§ 15 Abs. 2). Maßgebend für die Berechnung des Zuschusses zum Mutterschaftsgeld sind im Regelfall die letzten drei abgerechneten Kalendermonate vor Beginn der Schutzfrist (§ 20 Abs. 1 Satz 2). Wird für ganze Monate vor Beginn der Schutzfrist kein Arbeitsentgelt abgerechnet, muss soweit zurückgegangen werden, bis drei Monate mit Arbeitsentgeltzahlung als Berechnungszeitraum zu Grunde gelegt werden können. Schließt an eine bestehende Elternzeit (ohne Teilzeitbeschäftigung) eine Schutzfrist an, sind die letzten abgerechneten Monate vor Beginn der vorangegangenen Schutzfrist (also vor Geburt des vorherigen, älteren Kindes) für die Berechnung heranzuziehen (BAG, Urteil vom 19. Mai 2021 - 5 AZR 378/20). Unter den Voraussetzungen des § 21 Abs. 3 ist auch eine Berechnung nach dem durchschnittlichen Arbeitsentgelt einer vergleichbar beschäftigten Person denkbar (BAG, Urteil vom 22. August 2012 - 5 AZR 652/11); siehe Abschnitt 8.5.4.

Ist eine Frau für **mehrere Arbeitgeber** tätig, sind die jeweiligen durchschnittlichen kalendertäglichen Arbeitsentgelte vermindert um die gesetzlichen Abzüge für die Berechnung des Arbeitgeberzuschusses nach § 20 Abs. 2 zusammenzurechnen. Die Arbeitgeber zahlen den sich daraus ergebenden Betrag im Verhältnis der von ihnen gezahlten Arbeitsentgelte. Hierzu errechnet die zuständige Krankenkasse das anteilige Mutterschaftsgeld und meldet dieses dem jeweiligen Arbeitgeber⁹.

Beispiel:

	Arbeitgeber 1	Arbeitgeber 2
<i>kalendertägliches Nettoarbeitsentgelt</i>	18,00 Euro	15,00 Euro
<i>Gesamtnettoarbeitsentgelt</i>	33,00 Euro	
<i>Anspruch auf Mutterschaftsgeld</i>	13,00 Euro	

⁹ Die Arbeitgeber sollen im Rahmen des Verfahrens „Datenaustausch Entgeltersatzleistungen nach § 107 SGB IV“ vorab das erzielte Nettoarbeitsentgelt der letzten drei abgerechneten Kalendermonate vor Beginn der Schutzfrist übermitteln.

Zuschuss zum Mutterschaftsgeld (beide Arbeitgeber zusammen)	20,00 Euro	
anteiliges Mutterschaftsgeld	13,00 EUR x 18,00 EUR / 33,00 Euro = 7,09 EUR	13,00 EUR x 15,00 EUR / 33,00 Euro = 5,91 EUR

Die Berechnung des durchschnittlichen Arbeitsentgeltes erfolgt wie unter Abschnitt 8.5 beschrieben.

Bei freiwilliger Weiterarbeit der Frau nach § 3 Abs. 1 Satz 1 wird grundsätzlich Arbeitsentgelt weitergezahlt. Unter den Voraussetzungen des § 24i Abs. 4 Satz 1 SGB V ruht dann der Anspruch auf Mutterschaftsgeld (siehe erster Absatz in diesem Abschnitt). § 20 enthält keine eigene Regelung, wie sich die Weiterzahlung des Arbeitsentgeltes bei freiwilliger Weiterarbeit der Frau auf den Zuschuss zum Mutterschutzgeld auswirkt. Da der Anspruch auf Zuschuss zum Mutterschaftsgeld akzessorisch zum Anspruch auf Mutterschaftsgeld ist, „ruht“ bei freiwilliger Weiterarbeit grundsätzlich auch der Anspruch auf Zuschuss zum Mutterschaftsgeld. Arbeitet die Frau jedoch mit einem partiellen ärztlichen Beschäftigungsverbot, welches einen zur bisher vereinbarten Arbeitszeit verminderten Arbeitszeitumfang vorsieht (siehe Abschnitt 2.3 „Vollzeit-Beschäftigungsverbot“), während der Schutzfrist weiter, „lebt“ der Anspruch auf Zuschuss zum Mutterschaftsgeld durch seine Lohnersatzfunktion teilweise - und zwar entsprechend dem Umfang des erteilten ärztlichen Beschäftigungsverbot - wieder „auf“. Ein ruhender Anspruch auf Mutterschaftsgeld ist für den Anspruch auf Zuschuss zum Mutterschutzlohn ausreichend.

Beispiel:

Die Frau erklärt sich zur freiwilligen Weiterarbeit während der Schutzfrist bereit und legt gleichzeitig ein ärztliches Beschäftigungsverbot vor, wonach sie nicht mehr als vier Stunden täglich arbeiten darf. Das ärztliche Attest ist unbefristet. Die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit beträgt acht Stunden täglich. Das durchschnittliche kalendertägliche Nettoarbeitsentgelt beträgt 60,00 Euro. Die Frau erhält demnach Arbeitsentgelt in Höhe von 30,00 Euro. Das Arbeitsentgelt ist aufgrund der Ruhensregelung nach § 24i Abs. 4 Satz 1 SGB V auf das Mutterschaftsgeld anzurechnen: 13,00 Euro abzüglich 30,00 Euro; das Mutterschaftsgeld ruht somit in voller Höhe; in Höhe von 30,00 Euro steht der Frau ein Zuschuss zum Mutterschaftsgeld zu.

Abweichend von § 20 Absatz 1 regelt Absatz 3 einen öffentlich-rechtlichen Anspruch gegenüber den Krankenkassen bzw. dem Bundesamt für Soziale Sicherung nach der Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses. Mangelt es beispielsweise an einem Beschäftigungsverhältnis aufgrund einer Kündigung nach Maßgabe des § 17 Abs. 2, erhält die Frau den Zuschuss zum Mutterschaftsgeld (für die Zeit nach dem Ende des Beschäftigungsverhältnisses) von der für die Zahlung des Mutterschaftsgeldes zuständigen Stelle.

8.5 Ermittlung des durchschnittlichen Arbeitsentgeltes (§ 21)

Die Vorgaben zur Ermittlung des durchschnittlichen Arbeitsentgeltes für die finanziellen Leistungen nach den §§ 18 bis 20 (Mutterschutzlohn, Mutterschaftsgeld und Zuschuss zum Mutterschaftsgeld) sind in § 21 zusammengefasst.

Grundlage ist zunächst das (**Brutto-)** Arbeitsentgelt. Dabei ist auf das tatsächlich von der Frau erzielte Arbeitsentgelt abzustellen (§ 21 Abs. 1 Satz 1). Für Frauen, die nicht in einem Arbeitsverhältnis (§ 1 Abs. 2 Satz 2) stehen, z. B. Schülerinnen, gilt als Arbeitsentgelt ihre jeweilige Vergütung, z. B. das Ausbildungsentgelt (§ 2 Abs. 5 Satz 2).

Abweichend vom vorgenannten Entstehungsprinzip ist eine Änderung der Arbeitsbedingungen auf Grund eines Beschäftigungsverbot zuungunsten der Frau bei der Er-

mittlung des Arbeitsentgelts nicht zu berücksichtigen. Besteht zum maßgebenden Zeitpunkt ein (teilweises) Beschäftigungsverbot (z. B. Verbot der Nachtarbeit oder ärztliches Beschäftigungsverbot), dürfen hierdurch **keine finanziellen Nachteile** für die Frau entstehen. Unberücksichtigt bleibt z. B. auch, wenn sich wegen eines Beschäftigungsverbots die Beschäftigung selbst oder die Entlohnungsart (z. B. andere Entgeltgruppe) ändert (§ 18 Satz 3).

Dagegen sind **dauerhafte und nicht durch ein mutterschutzrechtliches Beschäftigungsverbot ausgelöste Änderungen** der Arbeitsentgelthöhe - sowohl **zugunsten** als auch **zuungunsten** der Frau - bei der Ermittlung des durchschnittlichen Arbeitsentgelts zu berücksichtigen (§ 21 Abs. 4); siehe Abschnitt 8.5.5.

Unter Berücksichtigung der Maßgaben nach § 21 Abs. 2 und 3 ist das **durchschnittliche kalendertägliche Arbeitsentgelt** der letzten drei abgerechneten Kalendermonate (vor Beginn der Schutzfrist bzw. vor Eintritt der Schwangerschaft) im Hinblick auf das Mutterschaftsgeld und den Zuschuss zum Mutterschaftsgeld **vermindert um die gesetzlichen Abzüge** zu ermitteln. War das Beschäftigungsverhältnis **kürzer als drei Monate**, ist der Berechnung der **tatsächliche Zeitraum** des Beschäftigungsverhältnisses zugrunde zu legen (§ 21 Abs. 1 Satz 2). Zu den Einzelheiten der Ermittlung des durchschnittlichen Arbeitsentgelts wird auf die nachfolgenden Abschnitte 8.5.1 bis 8.5.6 verwiesen.

8.5.1 Arbeitsentgelt

§ 21 beinhaltet einheitliche Vorgaben zur Ermittlung des **durchschnittlichen Arbeitsentgelts der letzten drei Kalendermonate** vor Beginn der Schwangerschaft (Mutterschutzlohn) bzw. vor Beginn der Schutzfrist nach § 3 Abs.1 (Mutterschaftsgeld / Zuschuss zum Mutterschaftsgeld).

§ 21 Abs. 2 regelt, welche Entgelte, Kürzungen bzw. Umstände bei der Ermittlung des Arbeitsentgelts außer Betracht bleiben. Hierzu zählt u. a. **einmalig gezahltes Arbeitsentgelt** nach § 23a SGB IV (Näheres hierzu in Abschnitt 8.5.3 zu § 21 Abs. 2).

Bei der Ermittlung des durchschnittlichen Arbeitsentgelts ist das Entgelt maßgebend, das die Frau in dem gesetzlich bestimmten Berechnungszeitraum durch ihre Arbeitsleistung tatsächlich erzielt hat, nicht das Entgelt, das ihr in diesem Zeitraum zugeflossen ist (BAG, Urteil vom 28. November 1984 - 5 AZR 243/83; BAG, Urteil vom 6. März 1985 - 5 AZR 523/83). Der maßgebende Berechnungszeitraum ist für Mutterschutzlohn (§ 18) auf die letzten drei abgerechneten Kalendermonate vor Eintritt der Schwangerschaft festgelegt. Für das Mutterschaftsgeld nach § 19 und den Zuschuss zum Mutterschaftsgeld nach § 20 sind die letzten drei abgerechneten Kalendermonate vor Beginn der Schutzfrist vor der Entbindung maßgebend.

Zum erzielten Arbeitsentgelt zählen insbesondere:

- das sogenannte Grundentgelt als laufendes Arbeitsentgelt; hierzu gehören beispielsweise das **Tabellentgelt**, unabhängig davon, ob es sich um Monats-, Stunden-, Akkord- oder Prämienentgelt handelt, sowie das **Ausbildungs- oder Studientgelt**,
- **Zulagen und Zuschläge**, soweit diese nicht einmalig gezahltes Arbeitsentgelt sind (§ 21 Abs. 2 Nr. 1 i. V. m. § 23a SGB IV),
- **unständige Entgeltbestandteile** im Sinne des § 24 Abs. 1 Satz 4 TV-L, die im Berechnungszeitraum aufgrund tatsächlich erbrachter Arbeitsleistungen - ohne Berücksichtigung des Zeitpunkts ihrer Fälligkeit - erzielt wurden (BAG, Urteil vom 28. November 1984 - 5 AZR 243/83) bzw. regelmäßig erzielt worden

wären (BAG, Urteil vom 6. März 1985 - 5 AZR 523/83); maßgeblich ist dabei die Verteilung der Arbeitszeit zu Beginn des Berechnungszeitraums,

- **Güter in Geldeswert**, die dem Arbeitnehmer im Zusammenhang mit seiner Beschäftigung zufließen, hierzu gehören u. a. Sachbezüge nach § 8 EStG, z. B. Zinersparnisse aus verbilligten Arbeitgeberdarlehen,
- **vermögenswirksame Leistungen** nach § 23 Abs. 1 TV-L sowie vermögenswirksam angelegte Teile des Entgelts der Frau nach den §§ 10 und 11 Fünftes Gesetz zur Förderung der Vermögensbildung (Fünftes Vermögensbildungsgesetz - 5. VermBG -),

Nicht zum Arbeitsentgelt gehören z. B.:

- **einmalig gezahltes Arbeitsentgelt** nach § 23a SGB IV (siehe Abschnitt 8.5.3 zu § 21 Abs. 2),
- die **Arbeitnehmersparzulage** nach § 13 Abs. 3 des 5. VermBG,
- das Kindergeld nach dem Bundeskindergeldgesetz (BKGG),
- der Zuschuss zum Mutterschaftsgeld nach § 20.

In der maßgebenden Zeit ohne Rechtsgrund geleistete Überzahlungen sind bei der Durchschnittsberechnung auszuklammern. Ist Arbeitsentgelt auf Grund einer vertraglich vereinbarten oder arbeitsrechtlichen **Rückzahlungsklausel** zu erstatten, so ist der entsprechende Betrag vom Arbeitsentgelt abzuziehen. Unterbliebene, aber schon geschuldete Leistungen sind mit zu berücksichtigen.

8.5.2 Berechnungszeitraum (§ 21 Abs. 1)

Der Berechnung zugrunde gelegt werden die **letzten drei „abgerechneten“ Kalendermonate**. Ein „abgerechneter“ Kalendermonat ist ein Zeitraum, für den die Entgeltberechnung abgeschlossen ist, d. h., das Arbeitsentgelt ist für diesen Monat vollständig berechnet und auszahlungsbereit. Auf den tariflich vereinbarten Zahltag kommt es nicht an. Fallen Abrechnung und Beginn der Schutzfrist auf denselben Tag, muss auf einen weiter zurückliegenden Kalendermonat zurückgegriffen werden.

Das durchschnittliche Arbeitsentgelt (Brutto) wird zur Ermittlung des kalendertäglichen (§§ 19, 20) oder des monatlichen Arbeitsentgelts (§ 18) durch 90 Kalendertage oder durch drei geteilt.

Beispiel:

1. bis 31. Mai	Netto-Arbeitsentgelt (Tabellenentgelt) im Abrechnungsmonat 1 vor Beginn der Schutzfrist vor der Entbindung	2.000,00 Euro	30 Tage
1. bis 30. Juni	Netto-Arbeitsentgelt (Tabellenentgelt zuzüglich Überstundenvergütung) im Abrechnungsmonat 2 vor Beginn der Schutzfrist vor der Entbindung	2.500,00 Euro	30 Tage
1. bis 31. Juli	Netto-Arbeitsentgelt (Tabellenentgelt zuzüglich Zulage Rufbereitschaft) im Abrechnungsmonat 3 vor Beginn der Schutzfrist vor der Entbindung	2.300,00 Euro	30 Tage
	Summe der Nettoarbeitsentgelte der letzten drei abgerechneten Kalendermonate	6.800,00 Euro	90 Tage

	durchschnittliches kalendertägliches Nettoarbeitsentgelt (: 90 Tage)	75,56 Euro	
--	---	-------------------	--

Erhalten Frauen ein schwankendes Arbeitsentgelt, sind die tatsächlichen Kalendertage des jeweiligen Berechnungszeitraums zu berücksichtigen. Ein schwankendes Arbeitsentgelt liegt vor, wenn die Höhe von den im Monat geleisteten Arbeitstagen oder dem Ergebnis der Arbeit abhängig ist. Von der Arbeitsleistung abhängig ist ein Arbeitsentgelt, wenn es nach Stücken, Fällen (z. B. bei Heimarbeit), sonstigen Einheiten oder nach dem Erfolg der Arbeit (z. B. Akkord, Provision) bemessen wird und es sich keiner Stundenzahl zuordnen lässt (siehe hierzu auch Gemeinsames Rundschreiben des GKV-Spitzenverbandes und der Verbände der Krankenkassen auf Bundesebene vom 6./7. Dezember 2017 in der Fassung vom 23. März 2022, Ziffer 9.2.4.7.1).

Zeiten, in denen die Frau infolge unverschuldeter Fehlzeiten kein Arbeitsentgelt erzielt hat (z. B. bei unbezahltm Sonderurlaub), bleiben für die Bestimmung des Berechnungszeitraums für die Ermittlung des durchschnittlichen Arbeitsentgelts für die Leistungen nach den §§ 18 bis 20 außer Betracht (§ 21 Abs. 1 Satz 1; siehe hierzu auch Gemeinsames Rundschreiben des GKV-Spitzenverbandes und der Verbände der Krankenkassen auf Bundesebene vom 6./7. Dezember 2017 in der Fassung vom 23. März 2022, Ziffer 9.2.4.7.4.1).

Beispiel:

<i>Mai</i>	<i>Netto-Arbeitsentgelt (Tabellenentgelt) im Abrechnungsmonat 1 vor Beginn der Schutzfrist vor der Entbindung</i>	<i>1.500,00 Euro</i>	<i>22 Tage</i>
<i>davon 19. bis 26.</i>	<i>Einstellung Entgeltfortzahlung zur Betreuung des Kindes</i>		
<i>Juni</i>	<i>Netto-Arbeitsentgelt (Tabellenentgelt) im Abrechnungsmonat 2 vor Beginn der Schutzfrist vor der Entbindung</i>	<i>2.000,00 Euro</i>	<i>30 Tage</i>
<i>Juli</i>	<i>Netto-Arbeitsentgelt (Tabellenentgelt) im Abrechnungsmonat 3 vor Beginn der Schutzfrist vor der Entbindung</i>	<i>1.600,00 Euro</i>	<i>25 Tage</i>
<i>davon 10. bis 14.</i>	<i>Einstellung Entgeltfortzahlung zur Betreuung des Kindes</i>		
	<i>Summe der Nettoarbeitsentgelte der letzten drei abgerechneten Kalendermonate</i>	<i>5.100,00 Euro</i>	<i>77 Tage</i>
	durchschnittliches kalendertägliches Nettoarbeitsentgelt (Divisor 77 Tage)	66,23 Euro	

Bei unständigen Entgeltbestandteilen hat das zur Folge, dass die Summe der im Regelberechnungszeitraum erzielten unständigen Entgeltbestandteile ebenfalls durch den Divisor zu teilen ist; für das vorgenannte Beispiel wäre die Summe der im Regelberechnungszeitraum erzielten unständigen Entgeltbestandteile durch 77 zu teilen.

Volle Monate, für die kein Arbeitsentgelt zu zahlen war, bleiben bei der Ermittlung des durchschnittlichen Arbeitsentgelts außer Betracht, vorausgesetzt, der Wegfall des Arbeitsentgelts ist nicht durch die Frau verschuldet. Die „letzten drei abgerechneten Kalendermonate“ müssen nicht zusammenhängend verlaufen.

Bei einem Beschäftigungsverhältnis, das **kürzer als drei Monate** war, ist der Berechnung des durchschnittlichen Arbeitsentgelts der tatsächliche Zeitraum des Beschäftigungsverhältnisses zugrunde zu legen (§ 21 Abs. 1 Satz 2).

Beginnt das Beschäftigungsverhältnis erst nach Eintritt der Schwangerschaft, ist das durchschnittliche Arbeitsentgelt aus dem Arbeitsentgelt der ersten drei Monate der Beschäftigung zu berechnen (§ 18 Satz 4); siehe Abschnitt 8.2.

Hat die Frau ihre Beschäftigung erst während der Schutzfrist begonnen, ist der Tag des Beginns des Beschäftigungsverhältnisses als Berechnungszeitraum zugrunde zu legen; siehe hierzu auch Gemeinsames Rundschreiben des GKV-Spitzenverbandes und der Verbände der Krankenkassen auf Bundesebene vom 6./7. Dezember 2017 in der Fassung vom 23. März 2022, Ziffer 9.2.3.2.

Wird die Elternzeit nach der Geburt eines früheren Kindes (vorzeitig) beendet, ist auf das durchschnittliche Entgelt vor der Geburt des vorherigen Kindes abzustellen; dies gilt auch bei längerem Ruhen des Beschäftigungsverhältnisses durch die Geburt von mehreren Kindern, sofern durchgängig Elternzeit und Mutterschutz bestand (BAG; Urteil vom 19. Mai 2021 - 5 AZR 378/20). Zum Sonderfall der Beendigung der Elternzeit siehe auch Abschnitt 8.5.3 zu Nr. 3 (§ 21 Abs. 2 Nr. 3).

8.5.3 Ermittlung des tatsächlichen Entgelts (§ 21 Abs. 2)

In § 21 Abs. 2 wird katalogisiert, welche Entgelte bzw. welche Umstände für die Ermittlung des durchschnittlichen Arbeitsentgelts für die Leistungen nach den §§ 18 bis 20 unberücksichtigt bleiben.

Dies sind:

1. **Einmalig gezahltes Arbeitsentgelt** im Sinne des § 23a SGB IV.

Einmalig gezahltes Arbeitsentgelt im Sinne des § 23a SGB IV sind grundsätzlich alle Leistungen, die in größeren Zeitabständen als monatlich gewährt werden und kein laufendes Arbeitsentgelt sind. Hierzu gehören **Sonderzahlungen** wie z. B. die **Jahressonderzahlung**, und die **Abschlussprämie für Auszubildende** sowie **Tantiemen, Gratifikationen** und ähnliche Leistungen. Als einmalig gezahltes Arbeitsentgelt sind auch solche Sonderzahlungen anzusehen, auf die beim Ausscheiden aus dem Beschäftigungsverhältnis im Laufe des Kalenderjahres ein anteiliger oder voller Anspruch besteht (z. B. **Urlaubsabgeltung**).

2. Kürzungen des Arbeitsentgelts, die im Berechnungszeitraum infolge von **Kurzarbeit** (ohne vollen Lohnausgleich), **Arbeitsausfällen** oder **unverschuldeter Arbeitsversäumnis** eintreten.

Kürzungen des Arbeitsentgelts aufgrund von Kurzarbeit i. S. v. §§ 95 ff. SGB III sind nicht zu berücksichtigen. Durch die Nichtberücksichtigung des Kurzarbeitergeldes wird ein höheres durchschnittliches Arbeitsentgelt zu Grunde gelegt, als es tatsächlich der Fall war. Kurzarbeit führt somit nicht zu Nachteilen bei der Bemessung von Leistungen nach dem MuSchG.

Arbeitsausfälle können bei Nichtannahme der seitens der Frau angebotenen Arbeitsleistung durch den Arbeitgeber entstehen und betreffen nicht nur eine einzelne Person, sondern in der Regel alle Beschäftigten des Arbeitgebers bzw. einer Dienststelle oder Betriebsstandortes (z. B. vorübergehenden Betriebsschließungen oder Schließung zu besonderen Anlässen wie etwa beim nicht gesetzlich als Feiertag geschützten Rosenmontag).

Hierzu zählen z. B. die vom Arbeitgeber ohne Lohnfortzahlung bewilligte Freistellung von der Arbeit, wie z. B. unbezahlte Freizeit aus persönlichen Gründen oder zur Erfüllung staatsbürgerlicher Pflichten (§ 29 TV-L).

3. **Während einer Elternzeit** gezahltes Arbeitsentgelt.

Beendet die Frau die **Elternzeit** gemäß § 16 Abs. 3 Satz 3 BEEG wegen der Geburt eines weiteren Kindes, bleibt das Elternzeitentgelt unberücksichtigt, wenn das durchschnittliche Arbeitsentgelt ohne Elternzeit höher ist. Denn eine Teilzeitbeschäftigung soll sich für die Frau nicht nachteilig auswirken (Urteil des EuGH vom 20. September 2007, C-116/06). In diesen Fällen ist daher eine Günstigerprüfung vorzunehmen, ob die Berücksichtigung des Teilzeitarbeitsentgelts zu einem höheren durchschnittlichen Arbeitsentgelt und damit zu höheren Leistungen nach dem MuSchG führt als der Rückgriff auf das vor der Elternzeit gezahlte Arbeitsentgelt. Ist das durchschnittliche Entgelt ohne die Berücksichtigung der Zeiten der Elternzeit höher, ist dieses vor der Elternzeit erzielte Entgelt maßgebend. Ausnahmsweise ist also ein anderer Zeitraum für die Berechnung des Mutterschutzlohns und des Zuschusses zum Mutterschaftsgeld zugrunde zu legen. Beendet die Frau die Elternzeit nicht, gilt § 22 Satz 2; siehe Abschnitt 9.

8.5.4 **Fiktive Arbeitsentgeltermittlung (§ 21 Abs. 3)**

Es muss sichergestellt werden, dass der Mutterschutzlohn und der Zuschuss zum Mutterschaftsgeld jeweils seine Entgeltersatzfunktion erfüllt. Deshalb schreibt § 21 Abs. 3 vor, dass immer dann, wenn eine Berechnung des durchschnittlichen Arbeitsentgelts nach den vom Gesetzgeber aufgestellten Grundsätzen nicht möglich ist, das durchschnittliche kalendertägliche Arbeitsentgelt einer vergleichbar beschäftigten Person zugrunde zu legen ist. Das kommt ggf. dann in Betracht, wenn:

- der Berechnungszeitraum länger zurückliegt; z. B.
 - schließt an eine bestehende Elternzeit eine neue Schutzfrist an, sind grundsätzlich die letzten abgerechneten Monate vor Beginn der vorangegangenen Schutzfrist für die Berechnung heranzuziehen. Ggf. ist auf die Berechnung nach § 21 Abs. 3 zurückzugreifen (vgl. Gemeinsames Rundschreiben des GKV-Spitzenverbandes und der Verbände der Krankenkassen auf Bundesebene vom 6./7. Dezember 2017 zu den Leistungen bei Schwangerschaft und Mutterschaft in der Fassung vom 23. März 2022, Ziffer 9.2.4.7.8; BAG, Urteil vom 22. August 2012 - 5 AZR 652/11) oder
- das Beschäftigungsverhältnis weniger als drei Monate bestand; z. B. wenn
 - das Arbeits- oder Ausbildungsverhältnis erst während der Schutzfristen beginnt oder
 - im an sich maßgebenden Berechnungszeitraum so große Fehlzeiten liegen, dass im Ergebnis nicht mehr von einem „durchschnittlichen Entgelt“ gesprochen werden kann - nur wenige zu berücksichtigende Tage;

grundsätzlich ist bei einem Beschäftigungsverhältnis von weniger als drei Monaten der kürzere, tatsächliche Zeitraum des Beschäftigungsverhältnisses nach § 21 Abs. 1 Satz 2 zugrunde zu legen (siehe Abschnitt 8.5.2) oder
- das Arbeitsentgelt nicht den aktuellen Gegebenheiten entspricht und zu einem offensichtlich unbilligen Ergebnis führt; z. B.
 - beim Wechsel aus einem Ausbildungs- oder Studienverhältnis in ein Ar-

beitsverhältnis; siehe Abschnitt 8.5.5 (dauerhafte Änderung der Arbeitsentgelthöhe nach § 21 Abs. 4).

Als vergleichbar beschäftigte Person ist anzusehen, wer unter den gleichen Bedingungen und mit dem gleichen Arbeitsentgelt eine Arbeit verrichtet, die die Frau unter normalen Umständen auch ausgeübt hätte.

8.5.5 Berücksichtigung von dauerhaften Änderungen der Arbeitsentgelthöhe (§ 21 Abs. 4)

§ 21 Abs. 4 bestimmt, dass bei einer **dauerhaften Änderung der Arbeitsentgelthöhe** die geänderte Arbeitsentgelthöhe bei der Ermittlung des durchschnittlichen Arbeitsentgelts für die Leistungen nach den §§ 18 bis 20 wie folgt maßgebend ist:

1. Die geänderte Arbeitsentgelthöhe ist maßgebend für den gesamten Berechnungszeitraum, wenn die Änderung während des Berechnungszeitraums wirksam wird (Nr. 1).
2. Die geänderte Arbeitsentgelthöhe ist ab Wirksamkeit der Änderung der Arbeitsentgelthöhe maßgebend, wenn die Änderung der Arbeitsentgelthöhe nach dem Berechnungszeitraum wirksam wird (Nr. 2).

Sinn und Zweck dieser Regelungen ist es, die Frau für die Dauer von mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverboten weder schlechter noch besser zu stellen, als wenn sie durchgängig gearbeitet hätte. Diesem Grundsatz folgend sind Frauen, die aufgrund von mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverboten kein Arbeitsentgelt erhalten (sondern Mutterschutzlohn oder Zuschuss zum Mutterschaftsgeld), so zu behandeln, als hätten sie durchgängig gearbeitet (BAG, Urteil vom 20. September 2000 - 5 AZR 924/98).

Dauerhafte Änderungen der Arbeitsentgelthöhe sind z. B. allgemeine Erhöhungen der Tabellenentgelte, die Eingruppierung in eine höhere Entgeltgruppe und die unbefristete Gewährung des Tabellenentgelts aus einer höheren Stufe und zwar unabhängig davon, ob sie aufgrund einer einzelvertraglichen Vereinbarung, einer Dienstvereinbarung oder kraft Tarifvertrages eingetreten sind. Von dauerhaften Änderungen der Arbeitsentgelthöhe ist auch dann auszugehen, wenn sich das Entgelt für den Bereitschaftsdienst während oder nach Ablauf des Berechnungszeitraums dadurch erhöht hat bzw. erhöhen würde, dass der Bereitschaftsdienst einer höheren Stufe zugewiesen worden ist. Ebenfalls um eine Verdiensterhöhung nicht nur vorübergehender Natur handelt es sich, wenn eine Frau innerhalb des Berechnungszeitraums erstmals zur Leistung von Bereitschaftsdienst herangezogen worden ist. Das gilt nach einer Entscheidung des BAG vom 25. Mai 1983 - 5 AZR 22/81, wenn die erbrachte Leistung auf einer allgemeinen Anordnung des Arbeitgebers und nicht auf einer auf die Frau beschränkten Vereinbarung beruht und die Leistung regelmäßig und über einen längeren Zeitraum hinweg gefordert wird. Entsprechendes gilt für unter den Voraussetzungen der §§ 4 ff. erlaubten Nacht-, Sonntags- und Feiertagsdienst, und zwar auch soweit dadurch Wechselschicht- oder Schichtarbeit eingeschränkt wird.

Hat der Arbeitgeber vor Eintritt der Schwangerschaft festgelegt, dass eine Frau von einem bestimmten Zeitpunkt an fortlaufend Nacht-, Sonntags-, Feiertags- oder Bereitschaftsdienst zu leisten hat und kann sie diese Dienste dann jedoch wegen der Beschäftigungsverbote nicht aufnehmen, ist das für diese Dienste zu zahlende Entgelt bei der Berechnung des Durchschnittsverdienstes als Verdiensterhöhung nicht nur vorübergehender Natur zu berücksichtigen (BAG, Urteil vom 8. August 1990 - 5 AZR 584/89). Dies gilt auch für Nachtdienst, Sonntagsdienst und Feiertagsdienst, soweit dadurch Wechselschicht- oder Schichtarbeit eingeschränkt wird.

Beispiel - Änderung Arbeitsentgelthöhe im Berechnungszeitraum

- *Beginn der Schutzfrist am 19.5.*
- *Entgeltabrechnung am 30. für den vorausgegangenen Kalendermonat*
- *Berechnungszeitraum Februar, März, April*
- *Nettoarbeitsentgelt bis 31.3.: 2.260,00 Euro*
- *Abschluss eines Tarifvertrages am 10.1. mit einer Arbeitsentgelterhöhung von 1,5 % zum 1.4.*
- *Nettoarbeitsentgelt ab 1.4.: 2.286,54 Euro*

Lösung:

Da der Tarifvertrag während des Berechnungszeitraums wirksam wird, ist für die Mutterschaftsgeldberechnung das Nettoarbeitsentgelt i. H. v. 2.286,54 Euro für den gesamten Berechnungszeitraum zugrunde zu legen.

Beispiel - Änderung Arbeitsentgelthöhe nach dem Berechnungszeitraum

- *Beginn der Schutzfrist am 19.5.*
- *Entgeltabrechnung am 30. für den vorausgegangenen Kalendermonat*
- *Berechnungszeitraum Februar, März, April*
- *Nettoarbeitsentgelt im Berechnungszeitraum: 2.260,00 Euro*
- *Abschluss eines Tarifvertrages am 15.7. mit einer Arbeitsentgelterhöhung von 1,5 % zum 1.6.*
- *Nettoarbeitsentgelt ab 1.6.: 2.286,54 Euro*

Lösung:

Da der Tarifvertrag nach dem Berechnungszeitraum wirksam wird, ist ab dem Tag der Wirksamkeit (1.6.) das geänderte Nettoarbeitsentgelt i. H. v. 2.286,54 Euro Grundlage für die Mutterschaftsleistungen.

Weitere Beispiele sind im Gemeinsamen Rundschreiben des GKV-Spitzenverbandes und der Verbände der Krankenkassen auf Bundesebene vom 6./7. Dezember 2017 in der Fassung vom 23. März 2022 zu den Leistungen bei Schwangerschaft und Mutterschaft, Ziffer 9.2.4.5 enthalten.

Erfolgt im Berechnungszeitraum ein Wechsel von einem Ausbildungs- in ein Arbeitsverhältnis, bleibt das Arbeitsentgelt aus dem Ausbildungsverhältnis unberücksichtigt. Der Berechnung der Leistungen nach den §§ 18 bis 20 ist das Arbeitsentgelt aus dem Arbeitsverhältnis zugrunde zu legen (§ 21 Abs. 4 Nr. 1). Erfolgt der Wechsel von einem Ausbildungs- oder Studienverhältnis in ein Arbeitsverhältnis erst nach dem Berechnungszeitraum, ist das Entgelt aus dem Arbeitsverhältnis erst ab dem Zeitpunkt des Wechsels zu berücksichtigen (§ 21 Abs. 4 Nr. 2).

Sonstige Konstellationen, etwa eine **Änderung erst nach Ende des Beschäftigungsverbots**, haben keine Konsequenzen für die Höhe der Leistung nach dem MuSchG.

Von dauerhaften Änderungen der Arbeitsentgelthöhe sind demnach auch **Verdienst Kürzungen** umfasst. Sie sind allerdings nur dann zu berücksichtigen, wenn sie nicht vorübergehender Natur sind und ihre Ursache nicht in Zusammenhang mit der Schwangerschaft steht. Demzufolge ist (zuungunsten der Frau) zu berücksichtigen, wenn die Frau vor der Schwangerschaft Teilzeit vereinbart hat (BAG, Urteil vom 20. September 2000 - 5 AZR 924/98); ArbG Hamburg, Urteil vom 13. Dezember 2016 - 9 Ca 333/16).

8.5.6 Gesetzliche Abzüge (Ermittlung des Nettoarbeitsentgelts; §§ 19 und 20)

Der Bruttobetrag des durchschnittlichen kalendertäglichen Arbeitsentgelts ist bei der Berechnung des Mutterschaftsgeldes bzw. des Zuschusses zum Mutterschaftsgeld um die **gesetzlichen Abzüge** zu vermindern (§ 24i Abs. 2 Satz 1 SGB V i. V. m. § 19 bzw. § 20 Abs. 1 Satz 1). Hierzu gehören insbesondere:

- die Lohnsteuer,

- die Kirchensteuer,
- der Solidaritätszuschlag sowie
- der aufgrund des jeweiligen sozialversicherungspflichtigen Entgelts sich ergebende Arbeitnehmeranteil am Gesamtsozialversicherungsbeitrag (§ 28d SGB IV) sowie der Zusatzbeitrag zur Pflegeversicherung für Kinderlose (§ 55 Abs. 3 SGB XI) und der krankenkassenindividuelle Zusatzbeitrag zur Krankenversicherung (§ 242 SGB V).

Die Lohnsteuer ist in der Höhe zu berücksichtigen, wie sie vom Arbeitgeber nach den gesetzlichen Bestimmungen aufgrund der Lohnsteuerabzugsmerkmale für das Arbeitsentgelt in dem maßgebenden Berechnungszeitraum zu berechnen und einzubehalten war. Das schließt auch einen Lohnsteuer-Jahresausgleich und gesetzliche Steuerfreibeträge ein, selbst dann, wenn diese im maßgebenden Berechnungszeitraum zu einem geringeren - oder beim Wegfall von Freibeträgen zu einem höheren - Steuerabzug geführt haben.

Änderungen der Lohnsteuermerkmale (hier: Steuerklasse und Freibeträge) bleiben unberücksichtigt, wenn die Änderungen der Steuermerkmale von der Arbeitnehmerin **ohne sachlichen Grund** nur deshalb veranlasst sind, um über einen höheren Nettoverdienst im Berechnungszeitraum einen höheren Zuschuss zum Mutterschaftsgeld zu erreichen. In diesem Falle handelt die Arbeitnehmerin rechtsmissbräuchlich und hat deshalb keinen Anspruch auf den höheren Zuschuss (BAG, Urteil vom 22. Oktober 1986 - 5 AZR 733/85). Eine **rechtsmissbräuchliche Änderung der Steuermerkmale** kann dann unterstellt werden (**d. h., ein sachlicher Grund besteht nicht**), wenn:

- die Änderung der Steuermerkmale während der Zeit der Schwangerschaft oder ggf. auch zum Jahresbeginn (BAG, Urteil vom 16. Dezember 1987 - 5 AZR 367/86) veranlasst wird;
- die nach der Eheschließung getroffene erstmalige Wahl einer den Verhältnissen der monatlichen Arbeitslöhne offensichtlich nicht entsprechenden Steuerklassenkombination entspricht (BAG, Urteil vom 18. September 1991 - 5 AZR 581/90).

Ein **Rechtsmissbrauch liegt** dagegen **nicht vor (d. h., ein sachlicher Grund besteht)**:

- bei Wahl der Steuerklassenkombination IV/IV (BAG, Urteil vom 13. Juni 2006 - 9 AZR 423/05, das zwar zum Recht der Altersteilzeit ergangen, gleichermaßen aber auch hier herangezogen werden kann).
- bei Erstwahl der Lohnsteuerklasse, wenn der verheiratete Arbeitnehmer die Steuerklasse III wählt. Sind beide Ehegatten berufstätig, liegt darin ein typisches Verhalten (BAG, Urteil vom 19. Mai 2021 - 5 AZR 378/20). Bei dem Fall, der dem Urteil zugrunde liegt, hatte die Klägerin vor dem Eintritt in den Mutterschutz die Steuerklasse III gewählt. Während der Elternzeit wechselte sie in die Steuerklasse V. Zwischen Elternzeit und erneutem Mutterschutz hatte sie die Arbeit nicht wieder aufgenommen. Nach Ansicht des Gerichts liegt sowohl in der Erstwahl der Steuerklasse III, aber auch in dem Wechsel zu Lohnsteuerklasse V nach der Geburt eines Kindes ein unschädliches typisches Verhalten vor, da in diesem Fall die Frau die Berechnung des Zuschusses ohne Berücksichtigung der Änderung der Steuerklasse begehrte.

Rechtsmissbräuchliches Verhalten kann nur vorliegen, wenn durch den Wechsel der Steuerklassen überhaupt eine Beeinflussung des Zuschusses zum Mutterschaftsgeld

erfolgen kann. Ein zeitlicher Zusammenhang zwischen Steuerklassenwechsel und dem für die Leistung nach § 20 zugrunde zu legenden Berechnungszeitraum ist für die Annahme eines Rechtsmissbrauches daher notwendig, da ansonsten keine Beeinflussung der Leistung nach dem MuSchG möglich ist. Eine Änderung der Steuermerkmale nach Ablauf des Berechnungszeitraumes hat daher auf die Berechnung des Zuschusses grundsätzlich keinen Einfluss (vgl. ArbG Aachen, Urteil vom 12. Juli 1984 - 5 Ca 853/84). Die Voraussetzungen der Einwendung des Rechtsmissbrauches sind vom Arbeitgeber darzulegen und zu beweisen (BAG, Urteil vom 13. Juni 2006 - 9 AZR 423/05).

Bei sozialversicherungspflichtig beschäftigten Frauen mit einem Arbeitsentgelt **im sogenannten Übergangsbereich** nach § 20 Abs. 2 SGB IV (derzeit von monatlich 520,01 bis 2.000,00 Euro) ist vom tatsächlichen Arbeitnehmeranteil zur Sozialversicherung auszugehen.

9. Leistungen während der Elternzeit (§ 22)

Ist die Frau in **Elternzeit**, (sogenannte Voll-Elternzeit), sind Ansprüche auf Leistungen nach § 18 (Mutterschutzlohn) und § 20 (Zuschuss zum Mutterschaftsgeld) ausgeschlossen (§ 22 Satz 1). Der Anspruch auf Mutterschaftsgeld (§ 19) bleibt jedoch neben dem Anspruch auf Elterngeld bestehen. Die Elternzeit kann zur Inanspruchnahme der Schutzfristen des § 3 aber ohne Zustimmung des Arbeitgebers vorzeitig beendet werden; in diesen Fällen soll die Frau dem Arbeitgeber die Beendigung der Elternzeit rechtzeitig mitteilen (§ 16 Abs. 3 Satz 3 BEEG; siehe auch Durchführungshinweise der TdL zur Elternzeit bei Geburten ab dem 1. Juli 2015, Ziffer 4.8.3).

Ist die Frau in **Elternteilzeit** - also arbeitet sie während der Elternzeit bis zu 32 Stunden wöchentlich in Teilzeit (§ 15 Abs. 4 BEEG) - und beendet sie die Elternteilzeit nach § 16 Abs. 3 Satz 3 BEEG nicht vorzeitig, bleibt der Anspruch gegenüber dem Arbeitgeber auf Mutterschutzlohn und auch der Zuschuss zum Mutterschaftsgeld bestehen. Für die Ermittlung des durchschnittlichen Arbeitsentgelts ist dann das Arbeitsentgelt aus der Elternteilzeitarbeit zugrunde zu legen (§ 22 Satz 2); § 21 Abs. 2 Nr. 3 findet keine Anwendung. Wird die Teilzeittätigkeit weniger als drei Monate ausgeübt, so ist der tatsächliche kürzere Zeitraum als Berechnungszeitraum heranzuziehen (§ 21 Abs. 1 Satz 2).

10. Fortbestehen des Erholungsurlaubs bei Beschäftigungsverboten (§ 24)

In § 24 Satz 1 wird klarstellend geregelt, dass die Ausfallzeiten wegen mutterschutzrechtlicher Beschäftigungsverbote als Beschäftigungszeiten gelten und somit keine Minderung des gesetzlichen Mindesturlaubs sowie des tarifvertraglichen Urlaubsanspruches rechtfertigen. Beschäftigungsverbote im Sinne dieser Vorschrift sind sämtliche mutterschutzrechtliche Beschäftigungsverbote nach § 2 Abs. 3; hierzu gehören neben den Schutzfristen vor und nach der Entbindung (§ 3) u. a. auch die Zeiten des betrieblichen (§ 13 Abs. 1 Nr. 3) und des ärztlichen Beschäftigungsverbots (§ 16 Abs. 1); siehe Abschnitt 8.2.

§ 24 Satz 2 bestimmt, dass - entsprechend der Vorschrift des § 17 Abs. 2 BEEG - eine Frau, die ihren Urlaub vor Beginn eines Beschäftigungsverbots nicht oder nicht vollständig erhalten hat, diesen noch nach dem Ende des Beschäftigungsverbots im laufenden oder im nächsten Urlaubsjahr beanspruchen kann. Diese gesetzliche Regelung geht der tariflichen Regelung in § 26 Abs. 2 Buchstabe a TV-L vor.

Endet das Beschäftigungsverhältnis während oder nach Ablauf der Beschäftigungs-

verbote, ist ein noch nicht gewährter Erholungsurlaub abzugelten. Die Abgeltung richtet sich nach den gesetzlichen Regelungen (§ 26 Abs. 2 TV-L i. V. m. § 7 Abs. 4 des Bundesurlaubsgesetzes).

11. Beschäftigung nach dem Ende des Beschäftigungsverbots (§ 25)

§ 25 räumt einer Frau das Recht ein, nach dem Ende eines Beschäftigungsverbots entsprechend den vertraglich vereinbarten Bedingungen beschäftigt zu werden. Maßgebend ist hier nicht der frühere Arbeitsplatz, sondern die im Arbeitsvertrag beschriebene Tätigkeit. Der Einsatz auf einem anderen Arbeitsplatz bleibt dementsprechend grundsätzlich möglich.

12. Aushangpflicht (§ 26)

Arbeitgeber, die regelmäßig mehr als drei Frauen beschäftigen, haben eine Kopie des MuSchG an geeigneter Stelle zur Einsicht auszulegen oder auszuhängen oder in einem elektronischen Verzeichnis jederzeit zugänglich zu machen.

13. Mitteilungs- und Aufbewahrungspflichten des Arbeitgebers, Offenbarungsverbot (§ 27)

Der Arbeitgeber hat die **zuständige Aufsichtsbehörde** unverzüglich von der Mitteilung einer Frau, dass sie schwanger ist oder stillt, zu benachrichtigen (§ 27 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1). Es ist zweckmäßig, in der Mitteilung auch Angaben über die Art der Beschäftigung der betroffenen Frau zu machen, damit die zuständige Aufsichtsbehörde ihrerseits - unabhängig von den sich aus dem MuSchG für den Arbeitgeber ergebenden Verpflichtungen - das Vorliegen von Beschäftigungsverboten prüfen kann. Darüber hinaus hat er gegenüber der Aufsichtsbehörde weitergehende Angaben zu machen und ihr Akteneinsicht zu gewähren, wenn dies zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich ist (§ 27 Abs. 2 und 3).

Der Arbeitgeber darf die ihm zugegangene Mitteilung über die Schwangerschaft oder das Stillen Dritten nicht unbefugt bekannt geben (§ 27 Abs. 1 Satz 2). Eine **befugte Unterrichtung** liegt jedoch vor, wenn der Arbeitgeber die Vorschriften des MuSchG ohne Bekanntgabe der Mitteilung nicht erfüllen könnte (z. B. Unterrichtung der unmittelbaren Vorgesetzten zwecks Einhaltung von Beschäftigungsverboten, der zuständigen Personen in der Personalstelle und der Bezügezahlungsstelle, des Personalarztes). Erforderlich ist auch die rechtmäßige Datenübermittlung an die zuständige Aufsichtsbehörde. Eine befugte Unterrichtung bedarf nicht der Zustimmung der Frau.

Der **Betriebs- bzw. Personalrat** hat im Rahmen seiner Überwachungsfunktion gemäß § 80 Abs. 2 BetrVG sowie den entsprechenden Regelungen in den Personalvertretungsgesetzen auf Landesebene grundsätzlich einen Anspruch auf personenbezogene Auskunft über die dem Arbeitgeber bekannten schwangeren und stillenden Frauen. Anspruchsvoraussetzung ist, dass eine Aufgabe des Vertretungsorgans gegeben ist, und dass die begehrte Information zur Wahrnehmung der Aufgabe erforderlich ist.

Der Auskunftsanspruch besteht entgegen der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG, Beschluss vom 29. August 1990 - 6 P 30/87) unabhängig davon, ob die Frau der Information des Betriebs- bzw. Personalrats über die Schwangerschaft widersprochen hat - die Aufgabenerledigung des Vertretungsorgans steht nicht zur Disposition der betroffenen Frau (grundlegend BAG, Beschluss vom 9. April 2019 - 1 ABR 51/17). Zur Wahrung der datenschutzrechtlichen Interessen der Betroffenen, muss das Vertretungsorgan angemessene und spezifische Schutzmaßnahmen treffen (§ 26 Abs. 3 Bundesdatenschutzgesetz - BDSG, einschlägige datenschutzrechtliche

Bestimmungen der Länder) und diese auch dem Arbeitgeber darlegen. Hierzu können Maßnahmen zur Datensicherheit wie das zuverlässige Sicherstellen des Verschlusses der Daten, die Gewähr begrenzter Zugriffsmöglichkeiten oder deren Beschränkung auf einzelne Betriebsratsmitglieder sowie die Datenlöschung nach Beendigung der Überwachungsaufgabe gehören. Fehlen sie oder sind sie unzulänglich, steht das dem Auskunftsbegehren entgegen.

Nach § 27 Abs. 3 Nr. 1 bis 3 besteht die Pflicht, der Aufsichtsbehörde auf Verlangen Unterlagen zur Verfügung zu stellen, aus denen der Name der schwangeren oder stillenden Frau, Art und zeitlicher Umfang ihrer Beschäftigung sowie das an sie gezahlte Entgelt ersichtlich ist. Auf Verlangen sind auch die Ergebnisse der Beurteilung der Arbeitsbedingungen nach § 10 sowie alle sonstigen, zur Erfüllung der Aufgaben der Aufsichtsbehörde erforderlichen Unterlagen vorzulegen (§ 27 Abs. 3 Nr. 4 und 5). Auf die Pflicht des Arbeitgebers zur Aufbewahrung der Unterlagen mindestens bis zum Ablauf von zwei Jahren nach der letzten Eintragung (§ 27 Abs. 5) wird hingewiesen. Aufbewahrungsfristen aufgrund anderer Bestimmungen bleiben unberührt.

Auf das Auskunfts- und Vorlageverweigerungsrecht (§ 27 Abs. 4) wird hingewiesen.

§ 27 Abs. 6 enthält die Normierung eines **Offenbarungsverbots** der mit der Überwachung beauftragten Bediensteten und Beauftragten der Aufsichtsbehörde im Hinblick auf die ihnen bei ihrer Überwachungstätigkeit zur Kenntnis gelangenden Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse.

14. Zuständigkeit und Befugnisse der Aufsichtsbehörden, Jahresbericht (§ 29)

Die Einhaltung der Bestimmungen des MuSchG wird in Niedersachsen von den Staatlichen Gewerbeaufsichtsämtern bzw. dem LBEG überwacht (§ 29).

Die Befugnisse der Aufsichtsbehörden umfassen:

- Kündigungsgenehmigung (§ 17 Abs. 2 Satz 1),
- behördliches Genehmigungsverfahren für Ausnahmen vom Nachtarbeitsverbot zwischen 20 Uhr und 22 Uhr (§ 28),
- Ausnahmegenehmigung vom Verbot
 - der Mehr- oder Nachtarbeit (§ 29 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1),
 - der Nachtarbeit zwischen 20 Uhr und 22 Uhr für Schülerinnen/Studentinnen (§ 29 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 Buchstabe a),
 - der Sonn- und Feiertagsarbeit (§ 29 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 Buchstabe b) und
- Betretungs-, Besichtigungs- und Prüfungsrecht sowie Akteneinsichtsrecht zur Aufgabenerfüllung (§ 29 Abs. 2 i. V. m. § 22 Abs. 2 und 3 ArbSchG).

15. Bußgeld- und Strafvorschriften (§§ 32 und 33)

§ 32 und § 33 beinhalten umfangreiche Bußgeldvorschriften (je nach Ordnungswidrigkeit Geldbußen bis zu 30.000 Euro bzw. bis zu 5.000 Euro) und Strafvorschriften. In diesem Zusammenhang wird insbesondere auf den bußgeldbewehrten Verstoß gegen die Verpflichtung zur Erstellung einer allgemeinen Gefährdungsbeurteilung unter Einbeziehung mutterschutzrechtlicher Aspekte hingewiesen (§ 32 Abs. 1 Nr. 6, Geldbuße bis zu 5.000 Euro).