WENN DIE STILLENDE ARBEITNEHMERIN DIE KARTE DES STILLBESCHÄFTIGUNGSVERBOTES AUSSPIELT …

KLUGER SCHACHZUG ODER EIGENTOR?

Ein Beitrag von Dr. Sabine Hartmann, Rechtsanwältin für Arbeitsrecht.



© evso – stock.adobe.com

Im *BDK.info 01.20* wurde kurz das betriebliche Beschäftigungsverbot schwangerer Angestellter in der KFO-Praxis dargestellt. Das in der Schwangerschaft ausgesprochene betriebliche Beschäftigungsverbot hat aber eine unbekannte Schwester – das nachgeburtliche Stillbeschäftigungsverbot, das die Praxen und ihre Inhaber vor materielle wie organisatorische Herausforderungen stellt, sodass das Konfliktpotenzial hoch ist.

Immer mehr angestellte Kieferorthopädinnen, mitunter auch medizinische Fachangestellte, fordern ihre Arbeitgeber anstatt den Weg in die Elternzeit zu gehen dazu auf, aufgrund der mit der Tätigkeit in der KFO-Praxis einhergehenden Gefahren für stillende Mütter ein Stillbeschäftigungsverbot auszusprechen. Was es dafür zu beachten gibt, hat zum Beispiel der Verband der Zahnärztinnen Dentista e.V. in einer ausgegebenen Informationsbroschüre „Still-BV" zusammengefasst, mittels derer sich Interessierte – Arbeitnehmerinnen wie Arbeitgeber – hinreichend informieren können. Zunehmend berichteten Inhaber von KFO-Praxen aber auch, dass Arbeitnehmerinnen sich darüber hinaus in digitalen einschlägigen Netzwerken mit Kolleginnen darüber austauschten, wie sie den Ausspruch eines Stillbeschäftigungsverbotes „taktisch klug" durchsetzen und ausdehnen können. Sieht man sich dabei an, dass der Bezug von Elterngeld in den Verdienstsphären von hochqualifiziertem Fachpersonal nicht gerade attraktiv ist, ist diese Herangehensweise durchaus nachvollziehbar. Doch kann der Praxisinhaber eine andere Sichtweise hierauf haben, sodass Konflikte vorprogrammiert sein können.

Einen Anspruch darauf, dass die Arbeitnehmerin Elternzeit in Anspruch nimmt, hat der Arbeitgeber nicht.

Eine Frage des Geldes?

Doch was verbirgt sich hinter dem eher unbekannten bzw. populärer werdenden Stillbeschäftigungsverbot? Es ist geregelt in § 12 des Mutterschutzgesetzes (MuSchG).

Es kommt in Betracht, wenn die stillende Arbeitnehmerin bewusst darauf verzichtet, Elternzeit in Anspruch zu nehmen. Mit dem bisherigen Arbeitsort bzw. der ausgeübten Tätigkeit

müssen jedoch im Hinblick auf das Stillen des Kindes „unverantwortliche Gefährdungen" einhergehen.

In diesen Fällen tritt die Arbeitnehmerin dann an ihren Arbeitgeber heran, bietet ihre Arbeitskraft an und teilt unter Vorlage einer Stillbescheinigung mit, dass sie ihr Kind stillt. Sie fordert den Arbeitgeber in diesem Zusammenhang zur Prüfung auf, ob ihm überhaupt eine Weiterbeschäftigung der Arbeitnehmerin – wegen der in der KFO-Praxis bestehenden Gefahren – möglich sei. Von den bislang ausgeübten Tätigkeiten bzw. den gegebenen Arbeitsbedingungen darf keine von § 12 MuSchG näher konkretisierte „unverantwortbare Gefährdung" ausgehen.

Der Vorzug für diese Vorgehensweise durch die Arbeitnehmerin liegt darin, dass ihr – ist sie eine angestellte Kieferorthopädin oder Zahnärztin – mehr vom Mutterschutzlohn verbleibt, als im Falle der Inanspruchnahme von Elterngeld während der Elternzeit. Das Basiselterngeld ist gesetzlich gedeckelt und beträgt höchstens 1.800,00 €/Monat; § 2 Abs. 1 S. 2 Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG). Mit dem vierten Bürokratieentlastungsgesetz werden beginnend ab April 2025 zwar Erleichterungen in Bezug auf das Elterngeld eintreten. So unter anderem sinkt die Einkommensgrenze und ein automatisierter Datenabruf wird eingeführt. Auch wird die Anmeldung der Elternzeit einfacher. Doch die Höhe des Basiselterngeldes bleibt unverändert.

Diese Deckelung erfährt der Mutterschutzlohn nicht; er ist für die Dauer der Geltung eines Beschäftigungsverbotes aufgrund von Schwangerschaft beziehungsweise aufgrund des Umstandes, dass ein Kind gestillt wird, in voller Höhe nach dem Durchschnitt der letzten drei abgerechneten Monate der bisherigen arbeitsvertraglich geschuldeten Vergütung an die Arbeitnehmerin zu leisten. In dieser Zeit werden dann auch weiterhin Steuern und Sozialversicherungsbeiträge entrichtet.

Die Arbeitgeberin beziehungsweise der Arbeitgeber selbst kann den Mutterschutzlohn nach den Regelungen des Aufwendungsausgleichsgesetzes (AAG) über die U2-Umlage von der Krankenkasse der Arbeitnehmerin erstattet erhalten, muss sich jedoch mit dieser – sollte die Stillzeit über zwölf Monate hinaus andauern – eventuell zu späterer Zeit auseinandersetzen, dazu sogleich.

Voraussetzungen

Das sogenannte Stillbeschäftigungsverbot ist in § 12 MuSchG geregelt; diese Norm bildet die unzulässigen Tätigkeiten und Arbeitsbedingungen für stillende Frauen ab.

Danach darf die Arbeitgeberin oder der Arbeitgeber eine stillende Frau keine Tätigkeiten ausüben lassen und sie keinen Arbeitsbedingungen aussetzen, bei denen sie in einem Maß Gefahrstoffen ausgesetzt ist oder sein kann, dass dies für sie oder für ihr Kind eine unverantwortbare Gefährdung darstellt. Die Norm trifft also eine parallele Regelung zu den für Schwangere unzulässigen Tätigkeiten und Arbeitsbedingungen, die sich in § 11 MuSchG findet, auch für stillende Mütter. Damit schützt das MuSchG nicht nur Schwangere, sondern auch stillende Mütter.

Dass die Arbeitnehmerin stillt, sollte der Arbeitgeberin bzw. dem Arbeitgeber – so sieht es § 15 Abs. 1 S. 2 des Mutterschutzgesetzes vor – so früh wie möglich mitgeteilt werden, um so die Beachtung der Schutzvorgaben des Arbeitsschutzgesetzes und des Mutterschutzgesetzes sicherzustellen. Diese Schutzpflicht der Arbeitgeberin bzw. des Arbeitgebers wird jedoch nicht erst durch einen ärztlichen Nachweis ausgelöst, sondern bereits zu dem Zeitpunkt, zu welchem Kenntnis von dem Umstand des Stillens erlangt wurde – sei es nun durch Mitteilung der stillenden Mutter selbst oder auf andere Weise.

Genau wie das vorgeburtliche betriebliche Beschäftigungsverbot nach § 11 MuSchG baut auch das Stillbeschäftigungsverbot nach § 12 MuSchG auf der Vermutung für das Vorliegen einer unverantwortbaren Gefährdung auf und erfordert ebenfalls eine Abwägung zwischen dem erforderlichen Gesundheitsschutz von Mutter und Kind auf der einen Seite und der Fortsetzung der Beschäftigung am gewohnten Arbeitsplatz im gewohnten Arbeitsumfeld auf der anderen Seite.

Die Vermutung für das Vorliegen einer unverantwortbaren Gefährdung wird durch § 12 MuSchG durch konkrete Regelungsbeispiele erläutert – sie liegt etwa dann vor, wenn die stillende Mutter Tätigkeiten ausübt, bei denen sie Gefahrenstoffen ausgesetzt sein kann, bei denen sie in einem Maß mit Biostoffen nach der Biostoffverordnung in Kontakt kommen kann oder physikalischen Einwirkungen in einem Maße ausgesetzt sein kann, sodass dies für sie oder ihr Kind unverantwortbar wäre. Sie darf keiner belastenden Arbeitsumgebung ausgesetzt sein und keiner Akkord- und Fließarbeit oder getakteter Arbeit mit vorgegebenem Arbeitstempo nachgehen.

In der KFO-Praxis liegt der Ausspruch eines Stillbeschäftigungsverbotes oftmals auf der Hand und scheint – sichtet man hierzu die zahlreichen Onlinebeiträge – unabwendbar. Eine Freistellung zum Stillen nach Maßgabe von § 7 MuSchG wird mangels Zumutbarkeit der Tätigkeit nicht in Betracht kommen.

Ist der Arbeitnehmerin bereits aufgrund dessen, dass die Gefährdungsbeurteilung während der Schwangerschaft ein vollständiges Beschäftigungsverbot ergeben hatte, seinerzeit ein solches ausgesprochen worden, dürfte folglich auch ein vollständiges Stillbeschäftigungsverbot denklogische Folge sein.

Im Gleichlauf zum betrieblichen Beschäftigungsverbot während der Schwangerschaft gilt, dass die Arbeitgeberin bzw. der Arbeitgeber eine stillende Frau nach den Regelungen des Mutterschutzgesetzes nicht beschäftigen darf, soweit ein gesetzliches Beschäftigungsverbot besteht oder nach einem ärztlichen Zeugnis die Gesundheit der Schwangeren oder die ihres Kindes bei Fortdauer der Beschäftigung gefährdet ist. In der kieferorthopädischen Praxis kann das Mutterschutzgesetz zu einem Beschäftigungsverbot führen, da im Falle hier das Verbot der Beschäftigung mit giftigen, gesundheitsschädlichen oder in sonstiger Weise den Menschen chronisch schädigenden Gefahrenstoffen zum Tragen kommen könnte (Desinfektionsmittel, Reinigungs- und Lösemittel, Röntgenchemikalien). Gerade auch der regelmäßige Umgang

„Nicht nur, dass der Bezug des Mutterlohnes attraktiver ist als das Elterngeld. Das Mutterschutzgesetz trifft im Hinblick auf Erholungsurlaub bei Beschäftigungsverboten die Regelung, dass dieser fortbesteht.“

mit potenziell gesundheitsgefährdenden Stoffen, wie bei der Aufbereitung von Instrumenten oder Medizinprodukten, aber in der Regel auch das Vor- und Nachbereiten der Behandlungsräume, dürfte unzulässig sein.

Aber auch der bloße Patientenkontakt kann etwa eine Ansteckung mit Infektionskrankheiten und eine damit einhergehende Gefahr für das zu stillende Kind und seine Mutter nicht ausschließen.

Die Arbeitgeberin bzw. der Arbeitgeber muss für jede Tätigkeit, die die betroffene Arbeitnehmerin durchführte, nach Art, Ausmaß und Dauer der Gefährdung geprüft haben (durch eine Gefährdungsbeurteilung anhand § 5 ArbSchG), ob eine Weiterbeschäftigung der Arbeitnehmerin im kieferorthopädischen Praxisbereich bzw. Praxislabor gefahrlos möglich ist, und das Beschäftigungsverbot der zuständigen Aufsichtsbehörde angezeigt haben.

Einen Katalog über gefährdungsfreie, verantwortbare Tätigkeiten für schwangere Mitarbeiterinnen in der KFO-Praxis gibt es bislang nicht, da aufgrund der Vielschichtigkeit der einzelnen Tätigkeiten eine solche Aufstellung immer Gefahr liefe, unvollständig zu sein. Anhaltspunkte können jedoch auf der Homepage der Zahnärztekammer Berlin gefunden werden, die dort Beispielfälle für nach ihrer Ansicht verantwortbare und unverantwortbare Tätigkeiten zusammengestellt hat (https://www.zaek-berlin.de/presse/meldungen/aktuelles/aktuelles-detail/article/kein-pauschales-beschaeftigungsverbot.html).

Ergänzend dazu ist auf eine wegweisende Entscheidung des Arbeitsgerichtes Hagen aus September 2024 hinzuweisen. Danach besteht im Hinblick auf die arbeitgeberseitige Entscheidung zum Stillbeschäftigungsverbot nunmehr etwas mehr Klarheit darüber, dass gerade die Vorgaben der Bundeszahnärztekammer maßgebend sind. An diesen Vorgaben sollten sich Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber also vornehmlich orientieren.

Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber sollten zuvor aber auch prüfen und überlegen, ob die Arbeitnehmerin z. B. am Schreibtisch (Modellauswertung? Behandlungsplanung? o. Ä.) eingesetzt oder der vertragliche Arbeitsplatz durch geeignete Schutzmaßnahmen umgestaltet werden kann. Nur wenn dies nicht möglich ist, ist ein Beschäftigungsverbot auszusprechen. Sollte eine Umgestaltung des Arbeitsbereiches in Betracht kommen, muss im Besonderen darauf geachtet werden, dass die Arbeitnehmerin dort keine Tätigkeiten vornimmt und nicht mit Stoffen in Berührung kommt, die ihrer Art nach Krankheitserreger übertragen oder Schädigungen herbeiführen können.

Möglich wird die Umgestaltung und Umsetzung wohl nur in größeren Praxen sein, wobei der stillenden Mutter dann wieder Stillpausen zu gewähren sind. Dies ist darauf zurückzuführen, da in § 7 MuSchG geregelt ist, dass die Arbeitgeberin bzw. der Arbeitgeber eine stillende Frau auf ihr Verlangen während der ersten 12 Monate nach der Entbindung für die zum Stillen erforderliche Zeit freizustellen hat, mindestens aber zweimal täglich eine halbe Stunde oder einmal täglich für eine Stunde, bei einer zusammenhängenden Arbeitszeit von mehr als acht Stunden auf Verlangen zweimal täglich in Höhe von mindestens 45 Minuten bzw. wenn keine Stillgelegenheit vor Ort vorhanden ist, in Höhe von einmal mindestens 90 Minuten.

Freistellung zum Stillen nach Maßgabe von § 7 MuSchG

Anders als das Stillbeschäftigungsverbot nach § 12 MuSchG, das den Gesundheitsschutz zum Ziel hat, regelt § 7 MuSchG sowohl die Freistellung von der Arbeitszeit für die Zeit erforderlicher Untersuchungen während der Stillzeit als auch die Freistellung für Stillpausen.

Nach § 7 MuSchG werden etwaige Fehlzeiten für solche Untersuchungen oder die Zeit des Stillens während der Arbeitszeit zu gestatten sein, ohne dass sich dies nachteilig für die Arbeitnehmerin auswirkt.

§ 7 MuSchG beschränkt die Einräumung von Stillpausen während der Arbeitszeit auf die ersten zwölf Lebensmonate des gestillten Kindes. Der Gesetzgeber ging in diesem Fall nämlich davon aus, dass danach ein Bedürfnis des Stillens während der üblichen Arbeitszeiten naturgemäß nicht mehr bestehe, da das Kind nach Vollendung des ersten Lebensjahres lebensnah betrachtet wohl dann nur noch morgens und abends neben der Beikost gestillt werden wird.

Eine Pflicht der Arbeitgeberin bzw. des Arbeitgebers, der stillenden Arbeitnehmerin dann noch Stillpausen einzuräumen, besteht im Anwendungsbereich von § 7 MuSchG nach Ablauf von zwölf Monaten nicht mehr.

Erstattungsfähigkeit

Zurück zum Stillbeschäftigungsverbot und seinen Folgen: Einen Anspruch auf Erstattung des Mutterschutzlohnes über die U2-Umlage hat die Arbeitgeberin bzw. der Arbeitgeber gegenüber der Krankenkasse nur, wenn ihm die in § 13 MuSchG festgeschriebenen Alternativen zum Ausspruch eines Beschäftigungsverbotes tatsächlich nicht zumutbar sind und waren.

Zunächst hat die Arbeitgeberin bzw. der Arbeitgeber prüfen müssen, ob Schutzmaßnahmen am Arbeitsplatz zu ergreifen sind, um die stillende Arbeitnehmerin vor Gefahren zu schützen. Sollten diese Gefahren nur durch unverhältnismäßig hohen Aufwand beseitigt werden können oder deren Beseitigung überhaupt gar nicht möglich sein, so hat die Arbeitgeberin bzw. der Arbeitgeber eine Prüfung vornehmen müssen, ob er die stillende Arbeitnehmerin an einem anderen Arbeitsplatz innerhalb der Praxis gefahrlos hätte einsetzen können.

In kleineren Praxen ist dies so gut wie kaum umsetzbar; denn es darf der Arbeitnehmerin an einer vorhandenen Stelle auch nur eine zumutbare Tätigkeit zugewiesen werden, die den Qualifikationen der betroffenen Arbeitnehmerin entspricht. Kommen diese Schutzmaßnahmen im Ergebnis nicht in Betracht, ist das Beschäftigungsverbot auszusprechen.

Um hier auf der sicheren Seite zu sein, bietet es sich an, im Vorfeld eine Gefahrenanalyse der Arbeitsbedingungen in der Praxis vorzunehmen und zu dokumentieren und gegebenenfalls die im Zuge der Schwangerschaft der betroffenen Mitarbeiterin seinerzeit vorgenommene Gefährdungsbeurteilung zu wiederholen.

Die in § 7 MuSchG vorgesehene zeitliche Begrenzung haben Krankenkassen in ihrer Argumentation gern herangezogen, um nach Ablauf von zwölf Monaten den von der Arbeitgeberin bzw. vom Arbeitgeber geleisteten Mutterschutzlohn nicht mehr zu erstatten. In der Vergangenheit wurde dies mit entsprechenden Gerichtsentscheidungen begründet. Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber mussten aufpassen, dass sie nicht auf den Mutterschutzlohnkosten sitzen blieben. Denn solange die Arbeitnehmerin erkennbar noch stillte, galt das Beschäftigungsverbot in der Stillzeit fort und die Arbeitnehmerin hatte Anspruch auf Leistung des Mutterschutzlohnes durch die Arbeitgeberin bzw. den Arbeitgeber, denen dann oft nur die streitige Auseinandersetzung mit den Kassen um die Erstattung der Aufwendungen nach dem AAG blieb.

Doch verhält es sich so, dass § 7 MuSchG einen gänzlich anderen Schutzzweck verfolgt als § 13 MuSchG. Letztere Norm will mit dem berufsspezifischen Stillbeschäftigungsverbot dem Gesundheitsschutz von Mutter und Kind Rechnung tragen, § 7 MuSchG hingegen mit dem Anspruch auf Freistellung der Arbeitnehmerin während der Stillzeit dieser das Stillen ihres Kindes neben der Fortsetzung ihrer Arbeitstätigkeit in einem gefährdungsfreien Umfeld ermöglichen. Die zeitliche Regelung, der § 7 MuSchG unterliegt, kann daher auf § 13 MuSchG mit dem Ziel des Gesundheitsschutzes nicht übertragen werden.

Es ist also ein verbreitetes Missverständnis, dass das Stillbeschäftigungsverbot zeitlich begrenzt ist. Dies liegt an der fehlerhaften Interpretation von § 7 MuSchG.

Dazu haben die Gerichte inzwischen aber – so das Sozialgericht Nürnberg – klargestellt, dass der Anspruch auf Mutterschutzlohn und in der Folge auch der Erstattungsanspruch der Arbeitgeberin bzw. des Arbeitgebers nach dem AAG in dem Fall des gefährdungsbedingten Stillbeschäftigungsverbotes über zwölf Monate hinaus fortbesteht. Damit dürften die Verunsicherungen des 2018 vom Gesetzgeber umgestalteten MuSchG zumindest in dieser Fragestellung nahezu ausgeräumt sein. Der für die Praxisinhaberin bzw. den Praxisinhaber mit dem Erstattungsverfahren aber gegebene Verwaltungsaufwand bleibt.

Urlaub und Kündigung

Für Arbeitnehmerinnen, die stillen, stellt sich die Vorgehensweise, die Arbeitgeberin bzw. den Arbeitgeber in der KFO-Praxis zum Ausspruch eines Stillbeschäftigungsverbotes zu veranlassen, also durchaus als vorzugswürdig dar. Im Vergleich zu dem zeitlich begrenzten Basiselterngeld kann so ein erheblicher Beitrag zur Unterstützung und Versorgung der Familie geleistet werden.

Nicht nur, dass der Bezug des Mutterlohnes attraktiver ist als das Elterngeld. Das Mutterschutzgesetz trifft im Hinblick auf Erholungsurlaub bei Beschäftigungsverboten die Regelung, dass dieser fortbesteht. Es kann während der aus Beschäftigungsverboten resultierenden Ausfallzeiten seitens der Arbeitnehmerin nicht wirksam Urlaub genommen oder gar seitens des Arbeitgebers einseitig erteilt werden. Auch sonstige Freistellungen während des Beschäftigungsverbotes können nicht auf den Urlaub angerechnet werden, auch nicht, wenn in dieser Zeit Betriebsferien sind.

Langfristig könnte das beharrliche Bestehen auf „sein Recht“ jedoch auch zum „Eigentor“ werden, da gerade kleine Praxen unter den wirtschaftlichen Folgen, das Stillbeschäftigungsverbot finanziell sowie personell auffangen zu müssen, leiden. Die fehlende Fachkraft ist durch eine meist befristet einzustellende Vertretungskraft zu ersetzen. In Zeiten des großen Fachkräftemangels oder auch für kleinere Praxen in ländlich geprägten Regionen keine einfache Aufgabe: Die Vertretungskraft ist oftmals nicht bereit, sich auf ein befristetes Arbeitsverhältnis einzulassen, sofern sich überhaupt eine solche Vertretungskraft findet. Die Praxisinhaberin bzw. der Praxisinhaber muss dann häufig zur Versorgung der Patienten die Tätigkeiten selbst auffangen, meist über die eigene Belastungsgrenze hinaus. Treten dann noch Auseinandersetzungen mit der Krankenkasse der Arbeitnehmerin hinzu, sorgt dies für erheblichen Frust und fehlendes Verständnis, was dann auch anhalten kann, wenn die Arbeitnehmerin nach dem Abstillen des Kindes ihre Arbeit in der Praxis wiederaufnimmt.

Ein „Eigentor“ kann aber auch dadurch drohen, dass während des Beschäftigungsverbotes in der Stillzeit kein besonderer Kündigungsschutz nach dem Mutterschutzgesetz besteht. § 17 des Mutterschutzgesetzes sieht lediglich vor, dass diese bis vier Monate nach der Geburt nicht gekündigt werden können, was bedeutet, dass die Arbeitnehmerin bzw. der Arbeitgeber dann grundsätzlich die Möglichkeit hätte, das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfristen zu beenden.

Dies sollte bedacht werden, sollte der Wunsch bestehen, zu späterer Zeit ggf. die Praxis selbst einmal zu übernehmen. Hilfreich wird immer ein offener Dialog der Parteien über die jeweiligen Vorstellungen und Erwartungen sein, um auf zwischenmenschlicher Ebene – Rechtslage hin oder her – ein gutes Verhältnis zueinander zu bewahren und einander zu verstehen.