

# DAS BESCHÄFTIGUNGSVERBOT NACH DEM MUTTERSCHUTZGESETZ

## Was in der zahnärztlichen Praxis zu beachten ist

**D**as Beschäftigungsverbot nach dem Mutterschutzgesetz (MuSchG) für schwangere Mitarbeiterinnen oder Mitarbeiterinnen, die nach der Geburt ihr Kind stillen, beschäftigt regelmäßig viele Zahnarztpraxen, insbesondere bei der Beschäftigung angestellter Zahnärztinnen. Die beiden Rechtsanwälte Alexandra Novak-Meinschmidt und Dr. Thomas Rothhammer beleuchten nachfolgend die rechtlichen Hintergründe, Risiken sowie Vor- und Nachteile für Mitarbeiterinnen und Arbeitgeber.

### RECHTLICHE RAHMENBEDINGUNGEN DES BESCHÄFTIGUNGSVERBOTES

Mitarbeiterinnen, die schwanger sind oder ihr Kind nach der Geburt stillen, genießen einen besonderen (arbeitsrechtlichen) Schutz und sollen vor gesundheitsgefährdenden Bedingungen am Arbeitsplatz geschützt werden. Eine Beschäftigung muss untersagt werden, sofern ein hinreichender Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz nicht sichergestellt werden kann. Zudem muss der Arbeitgeber die dadurch entstehenden Nachteile ausgleichen, insbesondere den Lohn weiterbezahlen.

Neben dem individuellen Beschäftigungsverbot aus medizinischen Gründen, das durch den behandelnden Gynäkologen ausgesprochen wird, ist auch der Arbeitgeber bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen verpflichtet, ein teilweises oder sogar generelles Beschäftigungsverbot auszusprechen, das sogenannte betriebliche Beschäftigungsverbot.

Der Arbeitgeber muss die Mitarbeiterin über die Gefährdungsbeurteilung und die erforderlichen Schutzmaßnahmen informieren und ihr ein Gespräch über weitere Anpassungen ihrer Arbeitsbedingungen anbieten. Die Regelung des § 11 MuSchG ordnet an, unter welchen Voraussetzungen eine schwangere Mitarbeiterin nicht mehr beschäftigt werden kann, insbesondere wenn ein Infektionsrisiko wie beispielsweise mit infizierten stechenden, schneidenden



**Rechtsanwalt**  
**Dr. Thomas Rothhammer**  
*Regensburg*

oder bohrenden Gegenständen besteht. Auch das Arbeiten mit Amalgam fällt hierunter.

Nach einem Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes führt diese Gefährdungsbeurteilung bei angestellten Zahnärztinnen faktisch zu einem Beschäftigungsverbot, da nach Auffassung des Gerichtes immer eine Infektionsgefahr bei der Behandlung am Patienten bestehe, auch wenn dieses Risiko sehr gering sei (BVerwG, Urteil vom 27.05.1993; Az.: 5 C 42.89). Im Ergebnis muss der Arbeitgeber nach Bekanntgabe der Schwangerschaft gegenüber einer angestellten Zahnärztin ein betriebliches Beschäftigungsverbot für die gesamte Dauer der Schwangerschaft aussprechen und darf diese auch nicht mehr beschäftigen – auch

wenn die Mitarbeiterin auf das Beschäftigungsverbot ausdrücklich verzichtet und eigentlich arbeiten will. Gleiches gilt für Zahnmedizinische Fachangestellte, die Tätigkeiten am Patienten ausführen oder medizinische Instrumente aufbereiten. Allerdings können ZFA stattdessen auch vereinzelt verwaltende Tätigkeiten zugewiesen bekommen. Dies gilt es im konkreten Einzelfall zu prüfen. Bei angestellten Zahnärztinnen ist dies in der Regel nicht möglich.

Unabhängig vom individuellen beziehungsweise betrieblichen Beschäftigungsverbot gibt es für alle schwangeren Mitarbeiterinnen im zeitlichen Zusammenhang der Geburt das sogenannte gesetzliche Beschäftigungsverbot. Nach § 3 MuSchG darf der Arbeitgeber eine Mitarbeiterin sechs Wochen vor und acht Wochen nach der Entbindung des Kindes nicht beschäftigen. In bestimmten Fällen verlängert sich der Mutterschutz nach der Geburt auf zwölf Wochen, insbesondere bei Frühgeburten, Mehrlingsgeburten oder bei einer Behinderung des Kindes. In dieser Zeit befindet sich die Mitarbeiterin im sogenannten Mutterschutz, auf den sie nur für die Zeit vor der Geburt auf ausdrückliches Verlangen verzichten kann, sofern nicht ohnehin ein betriebliches Beschäftigungsverbot besteht. Nach der Geburt des Kindes bis zum

Ende des Mutterschutzes ist die Beschäftigung der Mutter unter keinen Umständen erlaubt, auch wenn die Mitarbeiterin das ausdrücklich verlangt.

Für die Zeit nach dem Mutterschutz hat die Mitarbeiterin verschiedene Möglichkeiten, unter anderem:

- Inanspruchnahme von Elternzeit (gegebenenfalls mit Teilzeittätigkeit während der Elternzeit)
- Beendigung des Anstellungsverhältnisses durch Kündigung oder Aufhebungsvertrag
- Wiederaufnahme der bisherigen Tätigkeit

### **VORAUSSETZUNGEN FÜR EIN STILL-BESCHÄFTIGUNGSVERBOT**

Bei Mitarbeiterinnen, die ihr Kind nach der Geburt stillen und im Anschluss an die gesetzliche Mutterschutzfrist nicht in Elternzeit gehen, muss der Arbeitgeber erneut prüfen, ob eine Beschäftigung möglich ist.

Eine Beschäftigung am bisherigen Arbeitsplatz ist dann nicht möglich, wenn hierdurch eine Gefahr für die Gesundheit oder das Leben von Mutter beziehungsweise dem zu stillenden Kind besteht und eine zumutbare Umgestaltung des Arbeitsplatzes oder ein Tätigkeitswechsel arbeitsrechtlich oder tatsächlich nicht möglich ist. Auch in diesen

Fällen muss der Arbeitgeber zwingend ein betriebliches Beschäftigungsverbot aussprechen, das sogenannte Still-Beschäftigungsverbot.

Auch in diesem Stadium ist eine detaillierte und genaue Gefährdungsbeurteilung im Einzelfall vor Wiederaufnahme der Beschäftigung durch den Arbeitgeber vorzunehmen. Die Beurteilung ist weitgehend identisch mit der Gefährdungsbeurteilung bei Mitteilung der Schwangerschaft, wobei der Katalog der unzulässigen Tätigkeiten in § 12 MuSchG nicht so umfangreich ist wie bei schwangeren Mitarbeiterinnen in § 11 MuSchG. Aus medizinischer Sicht sind die Gefährdungsmöglichkeiten für ein zu stillendes Kind weniger vielfältig als bei einem Fötus.

Die Gefährdungsbeurteilung des Arbeitsplatzes muss dokumentiert werden und der Arbeitgeber muss die stillende Mitarbeiterin über das Ergebnis unterrichten – auch die Unterrichtung sollte mit Blick auf spätere mögliche Regressfälle unbedingt dokumentiert werden.

Derzeit finden sich bei den zuständigen Landesbehörden beziehungsweise in der Rechtsprechung unterschiedliche Auffassungen dazu, wann ein Arbeitsplatz – insbesondere für stillende Zahnärztinnen – beziehungsweise die damit verbundenen Tätigkeiten zu einer unverantwortbaren Gefährdung der stillenden Mutter oder des Kindes führt. Einigkeit besteht in jedem Fall dahingehend, dass der Arbeitge-



*Nachwuchs: Ob angestellte Zahnärztinnen oder Mitarbeiterinnen mit Baby überhaupt arbeiten dürfen, hängt von verschiedenen Faktoren ab.*

ber die Gefährdungsbeurteilung mit äußerster Sorgfalt und bezogen auf den jeweiligen Einzelfall durchführen muss.

Zum derzeitigen Zeitpunkt wird die Beschäftigung von angestellten Zahnärztinnen mit typischen Tätigkeiten am Behandlungsstuhl sehr kritisch gesehen und überwiegend eine unverantwortbare Gefährdung angenommen, sodass der Arbeitgeber ein betriebliches Beschäftigungsverbot aussprechen muss. Für Zahnmedizinische Fachangestellte, die entsprechende Tätigkeiten am Stuhl durchführen, dürfte die Gefährdungsbeurteilung wohl zum gleichen Ergebnis kommen – obwohl hierzu noch keine aktuellen Stellungnahmen der berufsständischen Kammern vorliegen.

Sowohl die Bundeszahnärztekammer als auch die Bayerische Landes Zahnärztekammer gehen aktuell davon aus, dass das „[...] arbeitsplatz- bzw. tätigkeitsbedingte Infektionsrisiko einer stillenden Zahnärztin und ihres zu stillenden Kindes [...] in der Zahnarztpraxis üblicherweise über demjenigen der Allgemeinbevölkerung [liegt].“ Das Zitat stammt aus einer Stellungnahme der Bundeszahnärztekammer vom März 2022: [www.bzaek.de/fileadmin/PDFs/b/stillzeit\\_angestellte\\_zahnaerztinnen.pdf](http://www.bzaek.de/fileadmin/PDFs/b/stillzeit_angestellte_zahnaerztinnen.pdf)

Zu einem etwas anderen Ergebnis kommt das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg (Urteil vom 10.08.2021, Az.: 11 SaGa 1/21). So sind nach Ansicht des LAG Baden-Württemberg nur Tätigkeiten zu untersagen, bei denen die stillende Mitarbeiterin mit Amalgam beziehungsweise Quecksilber in Berührung kommen könnte. Darüber hinaus geht das LAG Baden-Württemberg in seiner Entscheidung davon aus, dass die übrigen „gängigen Tätigkeiten einer Zahnärztin“, die ihr Kind stillt, keine unverantwortbare Gefährdung für die Gesundheit der Mutter oder des Kindes begründen, sofern der Arbeitgeber entsprechende Schutzmaßnahmen einhält.

### **FOLGEN EINES STILL-BESCHÄFTIGUNGSVERBOTES**

Für die Dauer eines jeden betrieblichen Beschäftigungsverbotes muss beziehungsweise darf die Mitarbeiterin ihre Arbeitsleistung nicht erbringen und hat zugleich für diesen Zeitraum gegenüber ihrem Arbeitgeber einen Anspruch auf Lohnfortzahlung in Form von Mutterschutzlohn in Höhe des Durchschnittsgehaltes der letzten drei abgerechneten Kalendermonate vor Eintritt der Schwangerschaft.

Bei angestellten Zahnärztinnen mit einer Umsatzbeteiligung als Lohnbestandteil müssen auch die variablen Zahlungen bei der Berechnung berücksichtigt werden. Die entstehenden Mutterschutzlohnkosten (inklusive Arbeitgeberbeiträgen) werden dem Arbeitgeber von der gesetzlichen Krankenkasse der Mitarbeiterin vollumfänglich erstattet (sogenannte U2-Umlage), auch eine weiterzuzahlende variable Vergütung.



**Rechtsanwältin**  
**Alexandra Novak-Meinschmidt**  
Regensburg

### **WELCHE RISIKEN UND NACHTEILE BESTEHEN FÜR ARBEITGEBER?**

Das größte Risiko auf Arbeitgeberseite besteht in einer fehlerhaft durchgeführten Gefährdungsbeurteilung und einem zu Unrecht ausgesprochenen Beschäftigungsverbot, insbesondere während der Stillzeit. Wurde das Beschäftigungsverbot zu Unrecht ausgesprochen, drohen dem Arbeitgeber einerseits Regressforderungen der Krankenkasse in Höhe des vollen monatlichen Bruttogehaltes nebst Arbeitgeberkosten (Sozialversicherungsbeiträge etc.). Andererseits besteht auch die Gefahr, dass die stillende Mitarbeiterin den Arbeitgeber aufgrund einer fehlerhaft durchgeführten Gefährdungsbeurteilung in Anspruch

nimmt, um ein betriebliches Tätigkeitsverbot zu erwirken.

Während der Dauer des Beschäftigungsverbotes erwirbt die Mitarbeiterin zudem weiter ihren Urlaubsanspruch. Eine zeitanteilige Kürzung des Urlaubs ist – anders als bei Elternzeit – nicht möglich. Gerade bei angestellten Zahnärztinnen können so nicht unbeachtliche „Mehrkosten“ auf den Arbeitgeber zukommen. Kommt die Mitarbeiterin nach Ende des Beschäftigungsverbotes wieder in die Praxis zurück, besteht der gesamte während des Beschäftigungsverbotes erworbene Urlaub weiter fort und muss grundsätzlich gewährt werden. Wird das Arbeitsverhältnis beendet, ist der Urlaub in Geld abzugelten, also auszubezahlen. Bei einem branchenüblichen Urlaub von fünf bis sechs Wochen im Kalenderjahr ergibt sich bei einem Still-Beschäftigungsverbot von einem Jahr eine Mehrbelastung in Höhe von bis zu 1,5 Bruttomonatsgehältern. Diese Mehrkosten werden nicht von den Krankenkassen erstattet.

### **WELCHE RISIKEN UND NACHTEILE BESTEHEN FÜR DIE STILLENDE MITARBEITERIN?**

Während der Schwangerschaft und bis zu vier Monate nach der Entbindung beziehungsweise nach einer Fehlgeburt bis zur zwölften Schwangerschaftswoche besteht ein gesetzlicher Kündigungsschutz. Dies hat zur Folge, dass der Mitarbeiterin nur mit Zustimmung des Gewerbeaufsichtsamtes gekündigt werden darf. Diese Zustimmung wird in der Praxis faktisch nur in extremen Ausnahmefällen erteilt. Nach Ablauf dieses Zeitraumes darf einer stillenden Mitarbeiterin, die sich im Still-Beschäftigungsverbot (und nicht in Elternzeit) befindet, jederzeit gekündigt werden. In Kleinbetrieben, also insbesondere in kleineren Praxen mit in der Regel nicht mehr als zehn Beschäftigten, gibt es keinen allgemeinen Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz und die Mitarbeiterin kann sogar ohne Vorliegen eines Grundes ordentlich gekündigt werden. Demgegenüber besteht während der gesamten Elternzeit nach § 18 Gesetz zum Elterngeld und zur Elternzeit (BEEG) ein

gesetzliches Kündigungsverbot für den Arbeitgeber.

Mit der Entscheidung für die Rückkehr in den Beruf in Verbindung mit einem Still-Beschäftigungsverbot verliert die Mitarbeiterin für die Dauer des Still-Beschäftigungsverbotes zudem den Anspruch auf Elterngeld. Basiselterngeld kann nämlich nur in den ersten 14 Lebensmonaten eines Kindes gewährt werden. Der gleichzeitige Bezug von Elterngeld und Mutterschutzlohn ist nicht möglich beziehungsweise der Mutterschutzlohn wird auf das Elterngeld angerechnet.

### GIBT ES ZEITLICHE GRENZEN?

Anders als eine Schwangerschaft ist die Stillzeit individuell und die Dauer schwer planbar. Grundsätzlich besteht das Still-Beschäftigungsverbot, solange die Mutter das eigene Kind tatsächlich mit Muttermilch ernährt. Eine gesetzliche Regelung für die Dauer des Still-Beschäftigungsverbotes gibt es nicht. Allerdings bestehen in der Praxis zeitliche „Probleme“: Die meisten (gesetzlichen) Krankenkassen erstatten die Lohnkosten des Arbeitgebers nur bis zur Dauer von zwölf Monaten nach Geburt des Kindes. Die Krankenkassen berufen sich dabei – unserer Ansicht nach zu Unrecht – auf § 7 Abs. 2 MuSchG, wonach eine stillende Mutter nur bis zu zwölf Monaten für das Stillen des Kindes freizustellen ist, auch wenn kein betriebliches Beschäftigungsverbot besteht. Für Arbeitgeber besteht das Risiko, dass die durch das Still-Beschäftigungsverbot entstehenden Kosten dem Arbeitgeber nach Ablauf von zwölf Monaten zunächst nicht mehr erstattet werden. Besteht das Beschäftigungsverbot über den Zeitraum von zwölf Monaten hinaus und verweigert die Krankenkasse die Erstattung, sollte sich der Arbeitgeber zur Wehr setzen. Nach einer Entscheidung des Sozialgerichtes Nürnberg aus dem Jahr 2020 (Urteil vom 4.8.2020, Az.: S 7 KR 303/20) besteht der Anspruch auf Mutterschutzlohn – und damit auch der Erstattungsanspruch des Arbeitgebers – in Fällen gefährdungsbedingter Beschäftigungsverbote auch für einen über die gesetzliche Zwölf-Monats-Frist hinausgehenden Zeitraum.

### FAZIT

Bei angestellten Zahnärztinnen besteht nach dem oben genannten Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes während der Schwangerschaft eine eindeutige Rechtslage, wonach der Arbeitgeber ein betriebliches Beschäftigungsverbot wegen des theoretisch denkbaren Infektionsrisikos aussprechen muss. Dagegen gibt es beim sogenannten Still-Beschäftigungsverbot aktuell eine erhebliche Rechtsunsicherheit – gerade bei zahnärztlichen Arbeitgebern. Nach Auffassung der Bundeszahnärztekammer ist es dringend erforderlich, dass der von der Bundesregierung gebildete Ausschuss für Mutterschutz zeitnah rechtsverbindliche und bundeseinheitliche Regelungen zum Schutz von stillenden Mitarbeiterinnen und deren Kindern aufstellt. Solange diese verbindlichen Regelungen fehlen, kann den zahnärztlichen Arbeitgebern nur empfohlen werden, bei der Gefährdungsbeurteilung äußerste Sorgfalt walten zu lassen, die stillende Mitarbeiterin entsprechend mit

einzubinden und Rücksprache mit der zuständigen Landes Zahnärztekammer beziehungsweise den zuständigen Behörden vor Ort zu halten. Diese Schritte und die Beurteilung selbst sollten entsprechend dokumentiert werden, denn letztlich kommt es immer auf die konkreten Praxisgegebenheiten und Umstände im Einzelfall an. Bei einer ordentlichen Dokumentation und einer objektiv sorgfältig durchgeführten Gefährdungsbeurteilung werden die Risiken für den Arbeitgeber erheblich minimiert, insbesondere in Bezug auf mögliche Regressforderungen der Krankenkassen.

Das Still-Beschäftigungsverbot und die damit verbundene Bezahlung des Mutterschutzlohnes in Höhe des üblichen Arbeitslohnes ist für stillende Mitarbeiterinnen durchaus eine lukrative Alternative im Vergleich zum begrenzten Elterngeld (maximal 1.800 Euro). Für den Arbeitgeber entsteht hingegen ein nicht unerheblicher formaler Aufwand, insbesondere was die Dokumentationspflichten anbelangt. Auch trifft den Arbeitgeber zunächst keine finanzielle Mehrbelastung, da der Mutterschutzlohn nebst Arbeitgeberkosten vollumfänglich von den Krankenkassen erstattet wird. Allerdings verbleibt eine – nicht erstattungsfähige – Mehrbelastung beim Arbeitgeber durch den während der Zeit des Still-Beschäftigungsverbotes angesammelten Urlaubsanspruch, der entweder nach Rückkehr in den Betrieb gewährt oder bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses abgegolten, also ausbezahlt werden muss.

*Rechtsanwältin Alexandra Novak-Meinschmidt, Regensburg*

*Rechtsanwalt Dr. Thomas Rothhammer, Regensburg*

*Quelle: Bayerisches Zahnärzteblatt 3/2023, Nachdruck mit freundlicher Genehmigung der Bayerischen Landes Zahnärztekammer*

*Sobald eine Mitarbeiterin dem Arbeitgeber die Schwangerschaft mitteilt, muss dieser nach § 10 Abs. 2 MuSchG eine Gefährdungsbeurteilung der Arbeitsbedingungen vornehmen und unverzüglich die erforderlichen Schutzmaßnahmen umsetzen. Zudem muss das zuständige Gewerbeaufsichtsamt informiert werden.*

**ZQMS-Mitglieder** finden im Service-Portal mehr Infos und Formulare zum Download unter *Personalmanagement > Schwangerschaft*. <https://t1p.de/1dzu7>

oder scannen Sie den QR-Code ein. Die ZQMS-Service-Hotline erreichen Sie montags 13–20 Uhr: (06131) 96136-76.

