

## S 7 KR 303/20

Land  
Freistaat Bayern  
Sozialgericht  
SG Nürnberg (FSB)  
Sachgebiet  
Krankenversicherung  
Abteilung  
7

1. Instanz  
SG Nürnberg (FSB)  
Aktenzeichen  
S 7 KR 303/20

Datum  
04.08.2020  
2. Instanz  
Bayerisches LSG  
Aktenzeichen  
-

Datum  
-

3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
-

Datum  
-

Kategorie  
Urteil

I. Die Beklagte wird unter Aufhebung des Bescheids der Beklagten vom 29.08.2019 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 10.03.2020 verurteilt, der Klägerin den für die Beschäftigte Dr. S.D. in der Zeit vom 01.07.2019 bis 31.08.2019 geleisteten Mutterschutzlohn in Höhe von 13.200 EUR zu erstatten.

II. Die Beklagte hat der Klägerin ihre notwendigen außergerichtlichen Kosten zu erstatten.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten um die Erstattung von Aufwendungen nach dem Aufwendungsausgleichgesetz (AAG).

Die Klägerin betreibt eine zahnärztliche Gemeinschaftspraxis. In dieser ist u.a. die bei der Beklagten gesetzlich gegen Krankheit versicherte Frau Dr. S.D. als angestellte Zahnärztin beschäftigt.

Frau Dr. D. entband am 2018 Zwillinge. Gemäß ärztlichem Attest der frauenärztlichen Gemeinschaftspraxis Dres. K. vom 23.04.2019 stillt sie die Kinder. Aufgrund des Stillens sprach die Klägerin gegenüber Frau Dr. D. ein Beschäftigungsverbot aus. Die Klägerin beantragte die Erstattung von Arbeitgeberaufwendungen bei der Beklagten.

Die Beklagte teilte der Klägerin mit Bescheid vom 01.08.2019 mit, dass eine Erstattung der Aufwendungen für die Zeit vom 01.07.2019-31.07.2019 nicht möglich sei, weil die Kinder das 1. Lebensjahr vollendet hätten. Seit dem 01.01.2018 sei im [§ 7 Abs. 2 MuSchG](#) geregelt, dass eine Verpflichtung des Arbeitgebers zur Freistellung der stillenden Mutter spätestens dann nicht mehr gegeben sei, wenn das Kind das 1. Lebensjahr vollendet habe.

Hiergegen wandte sich die Klägerin mit Email vom 16.08.2019. Der von der Beklagten zitierte [§ 7 MuSchG](#) regelt lediglich die Freistellung von der Arbeit bzw. die Einräumung von Stillpausen bei der arbeitenden Mutter. Dies treffe auf Fr. Dr. D. gerade nicht zu - die Stillzeit an sich sei laut diesem Paragraphen nicht begrenzt. Bei Frau Dr. D. bestehe ein Beschäftigungsverbot als stillende Mutter aufgrund ihres Berufes als Zahnärztin. Bei einem Beschäftigungsverbot lägen gerade gesundheitliche Risiken vor, die eine Beschäftigung der stillenden Mutter gesetzlich verbieten würden. Auch bei einer Stillzeit länger als ein Jahr ändere sich daran nichts. Im "Leitfaden zum Mutterschutz", am 12.01.2018 veröffentlicht durch das Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend heiße es ausdrücklich: "Der Anspruch ist Freistellung während der Stillzeit sei auf 12 Monate nach der Geburt des Kindes begrenzt. Diese zeitliche Regelung gilt nicht für den Gesundheitsschutz. Ihr Arbeitgeber muss über die gesamte Stillzeit sicherstellen, dass Gesundheitsgefahren für Sie und ihr Kind ausgeschlossen sind." Für Frau Dr. D. gebe es in der Zahnarztpraxis der Klägerin keinen anderen Arbeitsplatz, an dem das Kindeswohl nicht gefährdet wäre. Frau Dr. D. dürfe also nicht beschäftigt werden, die Klägerin sei zur Zahlung des Mutterschutzlohnes gesetzlich verpflichtet ([§ 18 MuSchG](#)), der Arbeitgeber habe wiederum einen 100%igen Erstattungsanspruch gegenüber der Krankenkasse ([§ 1 Abs. 2 Nr. 2 AAG](#), U2-Umlageverfahren).

Mit weiterem Bescheid vom 29.08.2019 lehnte die Beklagte die Erstattung von Aufwendungen für die Zeit Monate Juli und August 2019 unter Verweis auf [§ 7 Abs. 2](#) und [§ 12 MuSchG](#) ab.

Mit Schriftsatz ihrer Bevollmächtigten vom 25.09.2019 erhob die Klägerin hiergegen Widerspruch.

Als Arbeitgeber einer angestellten, stillenden Zahnärztin habe die Klägerin nach dem neuen Mutterschutzgesetz vom 01.01.2018 stets dafür zu sorgen, dass eine Gefährdung für die Gesundheit der Mutter und des gestillten Kindes ausgeschlossen sei. Dies sei ausdrücklich im [§ 12](#)

[MuSchG](#) (Unzulässige Tätigkeiten und Arbeitsbedingungen für stillende Frauen) geregelt. Bei der Ausübung des Zahnarztberufes könne der Kontakt mit Gefahrstoffen, Biostoffen (Viren, Bakterien, Pilze) und Strahlung nicht ausgeschlossen werden. Eine Umgestaltung des Arbeitsplatzes einer angestellten Zahnärztin im Sinne des Gesundheitsschutzes in der Praxis sei in zumutbarer Weise nicht möglich. Dies werde im [§ 13 Abs. 1 Nr. 3 MuSchG](#) (Rangfolge der Schutzmaßnahmen: Umgestaltung von Arbeitsbedingungen, Arbeitsplatzwechsel und betriebliches Beschäftigungsverbot) eindeutig geregelt. Laut Gesetzgeber gebe es keine festgelegte Stilldauer eines Kindes nach Entbindung und damit auch keine zeitliche Begrenzung für das Beschäftigungsverbot, um den betrieblichen Gesundheitsschutz zu gewährleisten. Die von der Beklagten angegebenen 12 Monate Stillzeit nach der Entbindung bezögen sich auf die Stillpausen während der Arbeitszeit tagsüber. [§ 7 MuSchG](#) sei für den Fall, bei dem es um die Gefährdung der stillenden Mutter bzw. des Kindes und nicht um Stillpausen während der Arbeitszeit gehe, nicht zutreffend. Ein Beschäftigungsverbot sei somit auch nach den ersten 12 Monaten nach Entbindung aussprechen, sonst würde die Klägerin sich strafbar machen.

Somit bekomme Frau Dr. D. von der Klägerin weiter nach [§ 18 MuSchG](#) Mutterschutzlohn, der wiederum dem Arbeitgeber nach dem AAG von der Krankenkasse in vollem Umfang zu erstatten sei.

In der Folgezeit wurde ein weiteres ärztliches Attest, datiert auf den 23.09.2019 übersandt, gemäß dem Frau Dr. D. ihre Kinder auch zu diesem Zeitpunkt noch stille.

Mit Bescheid vom 10.03.2020 wies die Beklagte den Widerspruch der Klägerin zurück.

Dem Vortrag der Klägerin könne nicht gefolgt werden. Das betriebliche Beschäftigungsverbot nach [§ 13 Abs. 1 Nr. 3 MuSchG](#) solle nach dem Willen des Gesetzgebers als letztes Mittel in Betracht kommen. Es sei vorliegend nicht ausgeschlossen, Frau D. vorübergehend, für die Dauer des Stillens, mit anderweitigen Tätigkeiten zu beschäftigen. In einer Zahnarztpraxis ergäben sich vielfältige Beschäftigungsalternativen, auch für ausgebildete Zahnärzte, die durch diese übernommen werden könnten. Sei es die Mitkoordinierung der Termine, das Abrechnungsmangement, die Aufklärung der Patienten vor verschiedenen medizinischen Eingriffen oder Ähnliches.

Selbst wenn sich jedoch keine anderen Einsatzmöglichkeiten ergeben würden und ein betriebliches Beschäftigungsverbot ausgesprochen werde respektive weiterhin Bestand habe und Frau D. weiterhin einen Anspruch auf Zahlung des Mutterschutzlohnes hätte, sei gleichwohl zu berücksichtigen, dass selbst eine stillende Frau gegenüber dem Arbeitgeber einen Anspruch auf Freistellung für die zum Stillen erforderliche Zeit nur während der ersten zwölf Monate nach der Entbindung, also bis zur Vollendung des ersten Lebensjahres des Kindes habe. Bereits das LAG Niedersachsen habe in seinem Beschluss vom 29.10.1987 ausgeführt, dass der Anspruch der stillenden Frauen auf Weitergewährung des Entgelts nach [§ 11 MuSchG](#) a.F. spätestens mit Vollendung des 1. Lebensjahres des Kindes ende. Wenn mithin selbst Frauen, die nach Ablauf der gesetzlich normierten Schutzfristen ihre Arbeit wieder aufnehmen würden, gegenüber ihrem Arbeitgeber nach [§ 7 Abs. 2 MuSchG](#) a.F. einen Anspruch auf Freistellung von der Arbeit für längstens 12 Monate nach der Entbindung für die zum Stillen erforderliche Zeit hätten, so seien diesseits keine Gründe dafür erkennbar, dass dieser Zeitrahmen keine Anwendung finden solle, für stillende Frauen, für die ein Beschäftigungsverbot bestehe.

Die Frage, für welchen Zeitraum die Arbeitnehmerin Stillzeit in Anspruch nehmen könne, sei bisher durch das MuSchG nicht beantwortet worden. Seit dem 01.01.2018 sei im [§ 7 Abs. 2 MuSchG](#) nunmehr geregelt, dass eine Verpflichtung des Arbeitgebers zur Freistellung der stillenden Mutter spätestens dann nicht mehr gegeben sei, wenn das Kind das erste Lebensjahr vollendet habe. Die durch den Gesetzgeber nunmehr in das MuSchG eingebrachte Festlegung einer zeitlichen Obergrenze für bezahlte Freistellung für Stillzeiten sei im Rahmen der Vorschrift erforderlich. Denn ausweislich der hierzu ergangenen Gesetzesbegründung solle damit ein Interessenausgleich zwischen der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers als Dienstherrn einerseits und dem Schutzanspruch jeder Mutter andererseits stattfinden und eine nach Ansicht des Gesetzgebers übermäßige Belastung des Arbeitgebers verhindert werden. Damit werde ein sinnvoller Ausgleich der Interessen von Mutter, Kind und Arbeitgeber gefunden. Die Vorteile des Stillens nähmen mit zunehmenden Lebensalter des Kindes ab. Spätestens wenn das Kind 12 Monate alt sei, sei das Stillen weder aus ernährungsphysiologischer Sicht noch aus immunologischer Sicht notwendig. Der zuvor erwähnte Interessenausgleich erfordere, den Arbeitgeber über das erste Lebensjahr des Kindes hinaus mit den Kosten und Schwierigkeiten betrieblicher und organisatorischer Art, die mit der Stillzeitgewährung verbunden sein könnten, nicht mehr zu belasten.

Mit Schriftsatz ihres Bevollmächtigten vom 09.04.2020 erhob die Klägerin Klage zum Sozialgericht Nürnberg.

Die Klägerin habe gegenüber der Arbeitnehmerin für den verfahrensgegenständlichen Zeitraum und darüber hinaus ein betriebliches Beschäftigungsverbot auf der Grundlage von [§ 13 Abs. 1 Nr. 3 MuSchG](#) 2018 angeordnet. Es lägen nicht ausschließbare unverantwortbare Gefährdungen im Rahmen der Ausübung der zahnärztlichen Tätigkeit der Beschäftigten bzw. der Erbringung ihrer Arbeitsleistung für die Arbeitnehmerin und deren beiden Kinder während der andauernden Stillzeit vor.

Die unverantwortlichen Gefährdungen für die stillende Arbeitnehmerin oder die beiden Kinder könne die Klägerin weder durch eine Umgestaltung der Arbeitsbedingungen noch durch einen Arbeitsplatzwechsel (kraft Direktionsrechts), der eine Beschäftigung ohne die entsprechende Gefährdung ermögliche, ausschließen. Die Arbeitsbedingungen oder der Arbeitsplatz als Zahnärztin könnten nicht umgestaltet werden. Gerade die Ausübung des arbeitsvertraglichen Weisungsrechts nach [§ 106 S. 1 GewO](#) (im Rahmen des "billigen Ermessens") gebe Grenzen vor, insbesondere und zunächst die vertragliche Einschränkung. Die Arbeitnehmerin sei als Zahnärztin angestellt. Die Zuweisung von Tätigkeiten einer Zahnarztassistentin oder an der Rezeption würden damit ausscheiden. Damit scheitere bereits die Zuweisung einer anderen, weniger hochwertigen Tätigkeit. Die Klägerin sei damit arbeitsvertraglich und gesetzlich gehalten gewesen, gegenüber ihrer Arbeitnehmerin ein betriebliches Beschäftigungsverbot anzuordnen und auszusprechen mit der arbeitsrechtlichen Konsequenz, Mutterschutzlohn leisten zu müssen.

Die Beklagte vertrete den Standpunkt, dass der zu leistende Aufwendungsersatz nach dem AAG auf 12 Monate zeitlich begrenzt sei. Diese Auffassung sei falsch. Die 12-Monatsfrist gelte im Falle eines betrieblichen Beschäftigungsverbots, das der Arbeitgeber in eigener Verantwortung selbst zu prüfen, sicherzustellen und anzuordnen habe, nicht. Die Regelung erfasse eine gänzlich andere Fallgestaltung. Die Fallgestaltungen seien nicht annähernd vergleichbar. Denn in [§ 7 Abs. 2 MuSchG](#) 2018 gehe es um das Einräumen von Stillzeiten in den ersten 12 Monaten nach der Entbindung auf reines Verlangen der stillenden Arbeitnehmerin, das auch nicht näher zu begründen sei. Die Vorschriften zum Gesundheitsschutz stillender Mütter und ihrer Kinder nach [§§ 12](#) und [13 MuSchG](#) 2018 unterlägen nicht der zeitlichen

Begrenzung von 12 Monaten. Sie unterlägen lediglich der allgemeinen Vertragspflicht zur Rücksichtnahme nach [§ 241 Abs. 1 BGB](#). Eine Verletzung des Rücksichtnahmegebots durch die Beschäftigte sei in Anbetracht der bestehenden Gefährdungslage bei der Ausübung der Tätigkeit als Zahnärztin nicht ersichtlich. Es komme noch hinzu, dass der Arbeitgeber die Voraussetzung eines betrieblichen Beschäftigungsverbots nach [§ 13 Abs. 1 Nr. 1 MuSchG](#) 2018 und damit die Gefährdungslage eigenverantwortlich zu prüfen und zu beurteilen habe. Könne der Arbeitgeber unverantwortbare Gefährdungen für die stillende Frau oder ihr Kind demnach nicht ausschließen, dürfe er die stillende Arbeitnehmerin nicht weiter beschäftigen. Das Gesetz verlange damit dem Arbeitgeber eine weitreichende Entscheidung verbunden mit erhöhter Sorgfaltspflicht über Wohl und Wehe der stillenden Frau und des Kindes ab. Es stehe damit dem Arbeitgeber ein Beurteilungsspielraum zu.

Die Klägerin beantragt

den Bescheid der Beklagten vom 29.08.2019 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 10.03.2020 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin den für die Beschäftigte Dr. S.D. in der Zeit vom 01.07.2019 bis 31.08.2019 geleisteten Mutterschutzlohn in Höhe von 13.200EUR zu erstatten.

Die Beklagte beantragt

die Klage abzuweisen.

Nach Auffassung der Beklagten dürfe nicht unbeachtet bleiben, dass es sich um eine persönliche Entscheidung der Mutter handle, ob sie ihr Kind über 12 Monate hinaus weiterhin stille, obwohl dies aus ernährungsphysiologischer und immunologischer Sicht nicht notwendig sei. Diese persönliche Entscheidung könne aber nicht zu Last der Solidargemeinschaft erfolgen. Folge man der Rechtsauffassung der Klägerin, gehe dies aber zu Lasten der Solidargemeinschaft, da dem Arbeitgeber die Fortzahlung des Gehaltes von den Krankenkassen erstattet werde. Der Arbeitgeber selbst sehe sich keinen laufenden Kosten ausgesetzt, ihn treffe lediglich ein Verwaltungsaufwand. Die Beschränkung auf 12 Monate sei nicht mit der Aufforderung an die Arbeitnehmerin verbunden, das Kind fortan nicht mehr zu stillen. Auch für die in [§ 12 MuSchG](#) benannten Berufsgruppen - und damit für alle Berufsgruppen einheitlich - sei die Fortsetzung der Stillzeit - z.B. im Rahmen der Elternzeit - jederzeit möglich. Der Beklagten sei bewusst, dass die Inanspruchnahme einer Elternzeit für stillende Arbeitnehmerinnen sicherlich finanziell weniger attraktiv sei, weil das Elterngeld höchstens 1.800EUR betrage. Dies rechtfertige aus den oben genannten Gründen nicht die Belastung der Solidargemeinschaft.

Auf Nachfrage der Vorsitzenden wurde in der mündlichen Verhandlung klägerseits mitgeteilt, dass sich der im streitigen Zeitraum insgesamt geleistete Mutterschutzlohn auf 13.200EUR belaufen würde.

Wegen der Einzelheiten wird auf die Gerichtsakte sowie die Verwaltungsakte der Beklagten verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Klage hat Erfolg.

Der Klägerin steht ein Anspruch auf Erstattung des an ihre Beschäftigte Dr. S.D. gezahlten Mutterschutzlohns gem. [§ 1 Abs. 2 Nr. 2 AAG](#) zu.

Diese durfte aufgrund der fortdauernden Stillzeit von der Klägerin nicht mit den Aufgaben einer Zahnärztin betraut werden. Die Klägerin hatte gegenüber Frau Dr. D. ein Beschäftigungsverbot auch über das 1. Lebensjahr von deren Kindern hinaus auszusprechen.

Frau Dr. D. hatte gegenüber der Klägerin einen Anspruch auf Zahlung von Mutterschutzlohn.

Eine Frau, die wegen eines Beschäftigungsverbots außerhalb der Schutzfristen vor oder nach der Entbindung teilweise oder gar nicht beschäftigt werden darf, erhält von ihrem Arbeitgeber Mutterschutzlohn. Als Mutterschutzlohn wird das durchschnittliche Arbeitsentgelt der letzten drei abgerechneten Kalendermonate vor dem Eintritt der Schwangerschaft gezahlt ([§ 18 S. 1 u. 2 MuSchG](#)).

Unter Berücksichtigung der in [§ 13 MuSchG](#) festgelegten Rangfolge der Schutzmaßnahmen, war eine Beschäftigung von Frau Dr. D. nicht möglich. [§ 13 Abs. 1 MuSchG](#) sieht folgende Vorgehensweise vor:

Werden unverantwortbare Gefährdungen im Sinne von [§ 8201;9](#), [§ 8201;11](#) oder [§ 8201;12](#) festgestellt, hat der Arbeitgeber für jede Tätigkeit einer schwangeren oder stillenden Frau Schutzmaßnahmen in folgender Rangfolge zu treffen:

1. Der Arbeitgeber hat die Arbeitsbedingungen für die schwangere oder stillende Frau durch Schutzmaßnahmen nach Maßgabe des [§ 8201;9](#) Absatz 2 umzugestalten.

2. Kann der Arbeitgeber unverantwortbare Gefährdungen für die schwangere oder stillende Frau nicht durch die Umgestaltung der Arbeitsbedingungen nach Nummer 1 ausschließen oder ist eine Umgestaltung wegen des nachweislich unverhältnismäßigen Aufwandes nicht zumutbar, hat der Arbeitgeber die Frau an einem anderen geeigneten Arbeitsplatz einzusetzen, wenn er einen solchen Arbeitsplatz zur Verfügung stellen kann und dieser Arbeitsplatz der schwangeren oder stillenden Frau zumutbar ist.

3. Kann der Arbeitgeber unverantwortbare Gefährdungen für die schwangere oder stillende Frau weder durch Schutzmaßnahmen nach Nummer 1 noch durch einen Arbeitsplatzwechsel nach Nummer 2 ausschließen, darf er die schwangere oder stillende Frau nicht weiter beschäftigen.

Unzweifelhaft bestanden am Arbeitsplatz der Angestellten unverantwortbare Gefährdungen für die Stillende bzw. die gestillten Kinder. Neben dem eigenen Vortrag der Klägerin ergibt sich dies auch aus der "Gefährdungsbeurteilung gemäß Mutterschutzgesetz und Beschäftigungsverbot für schwangere angestellte Frauen in der Zahnarztpraxis", herausgegeben durch die Bundeszahnärztekammer

(abrufbar unter [www.bzaek.de/PdFs/Praxis Schwangerschaft](http://www.bzaek.de/PdFs/Praxis_Schwangerschaft)). In dieser wird ausgeführt, dass nach dem Maßstab der praktischen Vernunft in der ZA-Praxis für bestimmte Tätigkeiten auch mit entsprechenden Schutzmaßnahmen nicht davon ausgegangen werden könne, dass eine unverantwortbare Gefährdung für Infektion mit schwerwiegenden Krankheiten ausgeschlossen werden könne. Es bleibe vielmehr bei einem nicht zu vernachlässigenden Restrisiko. Dies ist für die Kammer aufgrund des Umgangs mit Biostoffen (Mikroorganismen), Gefahrstoffen sowie ionisierender Strahlung plausibel.

Eine Umgestaltung des Arbeitsplatzes im Sinne von [§ 13 Abs. 1 Nr. 1 MuSchG](#) war der Klägerin nicht möglich, da letztlich der gesamte Tätigkeitsumfang der Angestellten betroffen ist. Auch durch Schutzvorkehrungen wie Handschuhe, Mundschutz und Brille bliebe die Gefährdung bestehen.

Weiterhin ist die Kammer auch zu der Überzeugung gelangt, dass für Frau Dr. D. kein geeigneter alternativer Arbeitsplatz zur Verfügung gestellt werden konnte. Seitens der Beklagten wurde hier vorgeschlagen, dass sich vielfältige Beschäftigungsalternativen ergäben, auch für ausgebildete Zahnärzte, die durch diese übernommen werden könnten. Sei es die Mitkoordination der Termine, das Abrechnungsmangement, die Aufklärung der Patienten vor verschiedenen medizinischen Eingriffen oder Ähnliches. Teilweise unterfallen diese Tätigkeiten bereits nicht dem arbeitsvertraglich vereinbarten Tätigkeitsprofil einer Zahnärztin, sondern dem einer zahnmedizinischen Fachangestellten. Das Weisungsrecht des Arbeitgebers wäre dann überschritten, wenn der Angestellten Tätigkeiten zugewiesen würden, für die sie erheblich überqualifiziert wäre. Eine solche Vorgehensweise würde Mobbing- bzw. Diskriminierungsvorwürfe praktisch provozieren. An dieser Stelle ist auf den Wortlaut des [§ 1 Abs. 1 S. 2 MuSchG](#) hinzuweisen. Hier wird ausdrücklich betont, dass das Gesetz Benachteiligung u.a. während der Stillzeit entgegenwirken solle. Die faktische Beschäftigung einer approbierten Ärztin als Zahnarzhelferin würde jedoch eine gravierende Benachteiligung darstellen.

Darüber hinaus sieht die Kammer hier, dass die Klägerin hier keine große Praxis oder gar Zahnklinik betreibt, in der die weiteren von der Beklagten genannten Tätigkeiten in umfangreicher Zahl anfallen würden. Neben den beiden Praxisinhabern ist in der Praxis tatsächlich nur noch ein weiterer angestellter Zahnarzt tätig, so dass es der Lebensrealität entspricht, dass der Großteil der Arbeit "am Stuhl" zu verrichten ist, reine Aufklärungsgespräche - wenn überhaupt - nur vereinzelt stattfinden und das Abrechnungsmanagement von den Praxisinhabern als nachgelagerte Tätigkeit miterledigt wird, ohne dass hier auch nur annähernd der Bedarf für die arbeitsvertraglich festgelegte Stundenzahl entsteht. Die Klägerin kann auch nicht dazu gezwungen werden, eine unwirtschaftliche Stelle für ihre Angestellte zu schaffen, ohne dass dieser ein entsprechender Arbeitsbedarf gegenübersteht.

Im Ergebnis führt dies dazu, dass die Klägerin nicht nur berechtigt, sondern auch dazu verpflichtet war, gegenüber Frau Dr. D. aufgrund der fortgesetzten Stillzeit ein Beschäftigungsverbot auszusprechen.

Aus dem Beschäftigungsverbot folgt - wie oben dargestellt - die Verpflichtung zur Zahlung von Mutterschutzlohn.

Dieser Anspruch ist auch nicht auf die ersten 12 Monate nach der Geburt der Kinder begrenzt.

In [§ 18 MuSchG](#) ist eine derartige Befristung nicht enthalten. Darüber hinaus scheidet eine analoge Anwendung von [§ 7 Abs. 2 MuSchG](#) aus. Die Kammer ist davon überzeugt, dass weder eine planwidrige Regelungslücke noch eine vergleichbare Interessenlage anzunehmen ist.

a) Eine Regelungslücke ist planwidrig, wenn anzunehmen ist, dass der Gesetzgeber bei der Regelung eines Komplexes schlicht übersehen hat, eine Regelung zu treffen. Dies ist vorliegend nicht anzunehmen. Vielmehr hat der Gesetzgeber zwar den einen Fall ([§ 7 Abs. 2 MuSchG](#)) geregelt, eine entsprechende Limitierung im anderen Fall ([§ 18 MuSchG](#)) nicht vorgenommen. Dass dies ein bewusster Akt war, zeigt beispielsweise der "Leitfaden zum Mutterschutz", am 12.01.2018 veröffentlicht durch das BMFSFJ selbst. Dort heißt es: "Wichtiger Hinweis Der Anspruch auf Freistellung während der Stillzeit ist auf 12 Monate nach der Geburt des Kindes begrenzt. Diese zeitliche Regelung gilt nicht für den Gesundheitsschutz. Ihr Arbeitgeber muss über die gesamte Stillzeit sicherstellen, dass Gesundheitsgefährdungen für Sie und Ihr Kind ausgeschlossen sind." Bereits an dieser Stelle wird zum Ausdruck gebracht, dass zwischen dem Anspruch auf Freistellung für Stillzeiten und dem Gesundheitsschutz zu differenzieren ist. Der Gesetzgeber hat zwar gesehen, dass eine zeitliche Limitierung von Stillzeiten in Betracht kommt, jedoch eine solche nur im Falle der Freistellung von der Arbeit vorgenommen. Dies lässt eher vermuten, dass die fehlende Regelung in [§ 18 MuSchG](#) nicht planwidrig vorgenommen wurde, sondern vielmehr gerade dem Willen des Gesetzgebers entspricht.

b) Dies ergibt sich eben gerade daraus, dass auch keine vergleichbare Interessenlage vorliegt. Es wird angenommen, dass die Interessenlage vergleichbar ist, wenn sich beide Sachverhalte in allen wesentlichen Merkmalen gleichen. Dies ist eine Wertentscheidung. In den Worten des Bundesgerichtshofs (BGH): "Darüber hinaus muss der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht soweit mit dem vom Gesetzgeber geregelten Tatbestand vergleichbar sein, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie beim Erlass der herangezogenen Norm, zum gleichen Abwägungsergebnis gekommen." (BGH, Urteil vom 04.12.2014 - [III ZR 61/14](#) - Rn. 9 = [NJW 2015, 1176](#))

Das eine solche Vergleichbarkeit nicht besteht, ergibt sich aus folgender Überlegung: Im Fall des [§ 7 Abs. 2 MuSchG](#) steht ein für die Arbeitnehmerin geeigneter Arbeitsplatz zur Verfügung. Sie selbst ist an der Erfüllung ihrer arbeitsvertraglichen Pflichten gehindert, weil sie während ihrer Arbeitszeit einer anderen Tätigkeit (nämlich dem Stillen ihres Kindes) nachgeht. Die Arbeitnehmerin könnte aber ihre Arbeit unproblematisch verrichten, sie kann jedoch von ihrem Arbeitgeber verlangen, dies im in [§ 7 Abs. 2](#) geregelten zeitlichen Umfang nicht tun zu müssen. [§ 13 MuSchG](#) betrifft einen völlig anderen Sachverhalt. Hier könnte die Arbeitnehmerin dem Arbeitgeber ihre volle Arbeitskraft zur Verfügung stellen, einen direkten Einfluss auf die Arbeit im Sinne einer Verhinderung hat das Stillen nicht. Aufgrund einer gesetzgeberischen Wertungsentscheidung, auf die weder die Arbeitnehmerin noch der Arbeitgeber Einfluss haben, darf sie die Tätigkeit jedoch nicht ausüben, sobald eine Gefährdungslage besteht.

Die Begrenzung der Stillzeit auf 12 Monate, wie in [§ 7 MuSchG](#) formuliert, geht eben von Freistellung von der Arbeit aus: Nach einem Jahr wird das Kind vielleicht nur noch morgens und abends gestillt. Das lässt sich dann mit einem normalen Arbeitsplatz gut vereinbaren, Stillpausen am Arbeitsplatz sind in der Regel nicht mehr notwendig. Es ist jedoch von der Natur aus nicht vorgesehen, dass mit Beginn des 13. Lebensmonats Kinder gar nicht mehr gestillt werden. Und das sieht auch der Gesetzgeber so: Er hat die höchste zulässige Stillzeit

keineswegs generell auf die ersten 12 Monate nach der Entbindung begrenzt. Bei einem Beschäftigungsverbot liegen aber am Arbeitsplatz Gefährdungsrisiken vor, die eine Beschäftigung der werdenden oder stillenden Mutter verbieten. Stillt sie länger als ein Jahr, und sei es nur morgens oder abends, ändert sich daran nichts.

Die Kammer sieht zwar eine theoretische Möglichkeit, dass durch die fehlende zeitliche Limitierung "Fehlansätze" geschaffen werden könnten ("Mutterschutzlohn statt Elternzeit"). Ob es sich hier um einen solchen Fall handelt, ist jedoch letztlich unerheblich, die Möglichkeit ist systemimmanent.

Es stellt nämlich keinen Rechtsmissbrauch der Angestellten dar, wenn sie ihre Recht auf Mutterschaftslohn aus [§18 MuSchG](#) in Anspruch nimmt. Beispielsweise entspricht es der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, zu Artikel 2 Abs. 1 der Richtlinie 76/207/EWG, dass ein Verhalten legitim ist, das ausschließlich darauf gerichtet ist, durch die vorzeitige Rückkehr an den Arbeitsplatz aus dem Erziehungsurlaub das wegen eines Beschäftigungsverbot zu zahlende Mutterschaftsgeld und den vom Arbeitgeber zu erhaltenden Zuschuss zu erhalten (EUGH 27. Februar 2003 - [C-320/01](#) - juris "Busch"). Nach der Entscheidung des EUGH vom 20. September 2007 (- [C-116/06](#) -, juris "Kiiski") stehen Artikel 2 Richtlinie 76/2007 und die Artikel 8 und 11 der Richtlinie 92/85 nationalen Vorschriften über den Erziehungsurlaub entgegen, die es der betreffenden Frau nicht gestatten, auf Antrag eine Änderung des Zeitraums ihres Erziehungsurlaubes in dem Moment zu erwirken, in dem sie ihre Ansprüche auf Mutterschutzurlaub geltend macht und ihr so mit dem Mutterschaftsurlaub verbundene Rechte nehmen. Das betraf [§ 16 Abs. 3 Satz 3 BEEG](#) in der bis zum 18. September 2012 geltenden Fassung. [§ 16 Abs. 3 Satz 3 BEEG](#) n.F. stellt nun klar, dass die schwangere Arbeitnehmerin die Elternzeit ohne Zustimmung des Arbeitgebers vorzeitig beenden kann, um die Mutterschutzfristen und damit u.a. den Arbeitgeberzuschuss nach dem MuSchG in Anspruch nehmen zu können.

In gleicher Weise ist es legitim, dass die Arbeitnehmerin ihr Kind stillt und ein Beschäftigungsverbot in vollem Umfang "in Anspruch nimmt".

Der dem Vortrag der Beklagten innewohnende Vorhalt, die Versicherte berufe sich rechtsmissbräuchlich auf ihre Rechte aus [§ 13 Abs. 1 Nr. 3](#), [§ 18 Abs. 1 MuSchG](#) statt einen Antrag auf Elternzeit zu stellen, ist deshalb unzutreffend.

Dies würde zu einer Pflicht (!) der stillenden Mutter führen, unabhängig von ihrer höchst privaten, intrafamiliären Planung, Elternzeit in Anspruch zu nehmen und sie würde aus Gründen des Gesundheitsschutzes aus dem Erwerbsleben gedrängt. An dieser Stelle ist auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hinzuweisen: "Sie (Anmerkung: im Falle der zitierten Entscheidung die Ungleichbehandlung von Alleinverdiener- und Doppelverdiener Ehe) ist im Gegenteil geeignet, in der gesellschaftlichen Wirklichkeit die Hausfrauenehe zu begünstigen. Dem steht [Art. 3 II GG](#) entgegen, der eine Festschreibung überkommener Rollenverteilungen zum Nachteil von Frauen verbietet (vgl. [BVerfGE 85, 191](#) (207) = [NJW 1992, 964](#); BVerfG, [NJW 1992, 2213](#) (2215) = EuGRZ 1992, 308 (319)). Außerdem muss der Gesetzgeber, wenn er dem Gebot des [Art. 6 I GG](#) gerecht werden will, Regelungen vermeiden, die geeignet sind, in die freie Entscheidung der Ehegatten über ihre Aufgabenverteilung in der Ehe einzugreifen (vgl. [BVerfGE 66, 84](#) (94) = [NJW 1984, 1523](#))." ([NJW 1993, 643](#), BAYERN.RECHT)

Mit der einem Abdrängen der Frau in die Elternzeit würde jedoch genau dieser Eingriff in die freie Entscheidung der Eltern erfolgen. Ob und in welcher Form Eltern die Elternzeit in Anspruch nehmen und wie die Sicherung des Haushaltseinkommens erfolgen soll, muss jedoch diesen selbst überlassen werden. Sofern also der Gesetzgeber es einer Arbeitnehmerin aus Gründen des Gesundheitsschutzes vorgibt, der Tätigkeit nicht nachzugehen, die diese eigentlich ausüben kann und möchte, so sieht die Kammer kein Problem darin, dass dann auch die Solidargemeinschaft für die dann entstehenden Gehaltsforderungen in Anspruch genommen werden darf. Davon abweichende Regelungen wären in einem - diskriminierungsfreien - Regelungsgefüge durch den Gesetzgeber festzulegen, was hier jedoch nicht erfolgt ist.

Für einen Extremfall, in dem ersichtlich die Stillzeit auf einen nicht mehr den gesellschaftlichen Gepflogenheiten entsprechenden Zeitrahmen ausgedehnt wird, sind hier keinerlei Anhaltspunkte ersichtlich.

Im Ergebnis wurde von der Klägerin daher zu Recht der Mutterschutzlohn an Frau Dr. D. geleistet.

Ersatz ist von der Beklagten in Höhe von 100% der Aufwendungen, im streitigen Zeitraum insgesamt 13.200 EUR, zu leisten.

Die Kostenentscheidung folgt aus [§ 193 SGG](#). [§ 197a SGG](#) kommt nicht zur Anwendung. Leistungsempfänger iSd [§ 183](#) ist unter Berücksichtigung der einschlägigen besonderen Vorschriften auch der Arbeitgeber, der von KK Erstattung von Aufwendungen für Entgeltfortzahlung nach dem AAG (BSG 13.12.2011 - [B 1 KR 3/11 R](#), SozR 4-7862 § 9 Nr. 2) verlangt (BSG 21.3.2007 - [B 11a AL 9/06 R](#)). (MKLS/B. Schmidt, 13. Aufl. 2020, [SGG § 183](#) Rn. 6).

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2020-09-04