

---

# I. Schwangerschaft

## 1. Geschützte Arbeitnehmerinnen

### Echter Dienstvertrag

Um zur Gänze in den Anwendungs- und Schutzbereich des MSchG zu fallen, muss ein echtes Arbeitsverhältnis vorliegen. Auf das Beschäftigungsausmaß (Voll- oder Teilzeit) und das Verdienstaummaß (zB geringfügiges Beschäftigungsverhältnis) kommt es nicht an.

Im MSchG wird grundsätzlich vom Arbeitnehmerbegriff des Arbeitsvertragsrechts ausgegangen. Wesentlichstes Kriterium ist die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers. Der Arbeitgeber ist berechtigt, Arbeitszeit, Arbeitsort und den konkreten Tätigkeitsinhalt der Arbeit zu bestimmen, der Arbeitnehmer ist in die Betriebsorganisation des Arbeitgebers eingebunden und untersteht seiner Disziplinalgewalt.

► Das MSchG gilt auch für Lehrlinge.

### Freier Dienstvertrag

Im Gegensatz zu echten Arbeitnehmern iSd Arbeitsvertragsrechts verpflichten sich freie Dienstnehmer zu gattungsmäßig umschriebenen Tätigkeiten (Diensten), ohne in persönlicher Abhängigkeit tätig zu sein. Zumindest manche Bestimmungen des MSchG gelangen auch für freie Dienstnehmerinnen zur Anwendung. Diese dürfen sowohl während des **generellen** und allenfalls **individuellen Beschäftigungsverbots** vor der Geburt als auch während des generellen Beschäftigungsverbots nach der Geburt **nicht beschäftigt** werden (vgl dazu Kap. III.2., S 26). Auch gilt für freie Dienstnehmerinnen ein **Motivkündigungsschutz** (§ 10 Abs 8 MSchG). Wird eine freie Dienstnehmerin wegen ihrer Schwangerschaft oder eines Beschäftigungsverbots bis 4 Monate nach der Geburt gekündigt, so kann die Kündigung binnen 2 Wochen nach Ausspruch der Kündigung bei Gericht angefochten werden, wobei die freie Dienstnehmerin den Anfechtungsgrund glaubhaft zu machen hat (vgl dazu Kap. I.4., S 16).

► Freie Dienstnehmerinnen haben nach wie vor keinen Anspruch auf Karenz und Elternteilzeit!

### Werkvertrag

Wurde kein Arbeitsvertrag, sondern ein Werkvertrag mit einer selbstständig Tätigen begründet, ist das MSchG nicht anwendbar. Damit fallen Selbstständige auch nicht unter die Regelungen der Schutzfrist und unterliegen daher keinem Beschäftigungsverbot vor der Geburt. Sie haben allerdings Anspruch auf eine Versicherungsleistung als GSVG- bzw BSVG-Versicherung („Betriebshilfe“ und Wochengeld); vgl dazu Kap. IX.2., S 104.

### Ausländerinnen

Das MSchG gilt grds auch für Ausländerinnen. Eine Sonderregelung für Ausländerinnen sieht vor, dass der Ablauf von (befristeten) **Beschäftigungsgenehmigungen** (Beschäftigungsbewilligung, Arbeitserlaubnis bzw Befreiungsschein) so lange **gehemmt** wird (dh vereinfacht gesagt: das Dienstverhältnis verlängert wird), bis das Dienstverhältnis rechtsgültig beendet werden kann (§ 11 MSchG; vgl OGH 15. 3. 2000, 9 ObA 274/99f, ARD 5132/3/2000).

### Praktikantinnen, Volontäre

Das MSchG gilt grds **nicht** für Volontäre und echte Ferialpraktikantinnen, bei denen der Ausbildungszweck im Vordergrund steht. Die analoge Anwendung der §§ 3 bis 9 MSchG auf werdende Mütter, die in einem Ausbildungsverhältnis stehen, wird von der überwiegenden Lehre ausgeschlossen, einzelne Gesetze wie zB das Rechtspraktikantengesetz sehen jedoch die sinngemäße Anwendung der §§ 3 bis 9 MSchG ausdrücklich vor (siehe zB *Burger-Ehrnhofer* in *Burger-Ehrnhofer/Schrittwieser/Bauer*, Mutterschutzgesetz und Väter-Karenzgesetz<sup>3</sup>, §§ 1, 2 Rz 82 ff). Das MSchG gilt jedenfalls für sog **Ferialarbeitnehmerinnen**, die in den Betrieb organisatorisch eingegliedert und an fixe Arbeitszeiten gebunden sind, bei denen also nicht der Ausbildungszweck im Vordergrund steht, sondern das Geldverdienen.

## 2. Pflichten der Arbeitnehmerin

### Checkliste für die Arbeitnehmerin

► Welche Meldepflichten müssen von Schwangeren beachtet werden? (§ 3 Abs 4 MSchG)

Werdende Mütter (sowohl echte Arbeitnehmerinnen als auch freie Dienstnehmerinnen) müssen,

1. sobald ihnen ihre Schwangerschaft bekannt ist, dem Arbeitgeber hievon unter Bekanntgabe des voraussichtlichen Geburtstermins Mitteilung (► siehe Muster Nr 1, S 137) machen;
2. innerhalb der 4. Woche vor dem Beginn der 8-Wochen-Frist den Arbeitgeber auf deren Beginn aufmerksam machen (► siehe Muster Nr 2, S 137);
3. auf Verlangen des Arbeitgebers eine ärztliche Bescheinigung über die Schwangerschaft und den voraussichtlichen Zeitpunkt der Entbindung vorlegen;
4. bei einem vorzeitigen Ende der Schwangerschaft den Arbeitgeber verständigen (► siehe Muster Nr 3, S 137);
5. schließlich den Arbeitgeber vom Geburtstermin und der Art der Geburt verständigen (► siehe Muster Nr 4, S 138).

### Form der Schwangerschafts- und sonstigen Meldungen

Schriftlichkeit ist nicht verlangt, ist aber zu empfehlen.

Als Mitteilung von der Schwangerschaft und Auslösung des Kündigungsschutzes genügt bereits die gelegentliche gesprächsweise Erwähnung. Die Unterlassung der Mitteilung bildet auch keinen Grund für eine Kündigung oder Entlassung.

### Nichtmeldung

An die Nichteinhaltung der Meldepflicht sind zwar keine Straffolgen geknüpft, bei Unterlassung der Meldung ist jedoch der Arbeitgeber für körperliche Schäden, die die werdende Mutter dadurch erleidet, dass sie zu Arbeiten herangezogen wird, die ansonsten für sie verboten wären, nicht haftbar.

Unterlässt es die Arbeitnehmerin, den Arbeitgeber 4 Wochen vor Beginn der Schutzfrist über deren Beginn zu informieren, bewirkt dies keinen Verlust des Freistellungsanspruches der Arbeitnehmerin während der Schutzfrist. Hierdurch soll der Arbeitgeber rechtzeitig die für den Ausfall der Arbeitskraft erforderlichen Vorkehrungen im Betrieb treffen können.

### Ärztliche Bescheinigung

Auf Verlangen des Arbeitgebers ist eine ärztliche Bescheinigung über Schwangerschaft und voraussichtlichen Geburtstermin vorzulegen.

Nähere Bestimmungen über Form und Inhalt der ärztlichen Bestätigung gibt es nicht. Zur Vorlage an den Arbeitgeber ist **jedes ärztliche Zeugnis geeignet**, etwa auch ein spitalsärztlicher Befundbericht. Erscheint dem Arbeitgeber die Mitteilung nicht ausreichend oder sonst zweifelhaft, so hat er selbst Schritte zur Klarstellung zu unternehmen (vgl OLG Wien 19. 12. 2019, 10 Ra 79/19i, ARD 6684/7/2020).

Bei Nichtvorlage eines ärztlichen Zeugnisses verliert die schwangere Arbeitnehmerin ihren Kündigungsschutz nach dem MSchG nicht.

### Kosten

Verlangt der Arbeitgeber neben der ärztlichen Bescheinigung über Schwangerschaft und voraussichtlichen Geburtstermin noch einen **weiteren Nachweis**, so hat er allfällige Kosten hierfür zu tragen (§ 3 Abs 5 MSchG).

### Mitteilung bei Abschluss des Arbeitsverhältnisses

Aus den Vorschriften über die Meldepflicht ergibt sich, dass beim Abschluss eines Arbeitsvertrages **keine Verpflichtung** von Schwangeren zur Bekanntgabe der Schwangerschaft besteht. Fragen nach dem Vorliegen einer Schwangerschaft sind unzulässig und brauchen von der (künftigen) Arbeitnehmerin während des Bewerbungsprozesses nicht wahrheitsgemäß beantwortet zu werden.

### Vorzeitiges Ende der Schwangerschaft

Die Arbeitnehmerin muss bei Fehlgeburt bzw Schwangerschaftsabbruch den Arbeitgeber verständigen. Auf Verlangen des Arbeitgebers hat die Arbeitnehmerin eine ärztliche Bescheinigung über die Fehlgeburt vorzulegen.

Eine **Fehlgeburt** liegt vor, wenn beim Embryo keines der Zeichen einer Lebendgeburt (dh Einsetzen der Atmung oder erkennbares anderes Lebenszeichen) vorhanden ist und der Embryo ein Geburtsgewicht von weniger als 500 Gramm hat. Nach Eintritt einer Fehlgeburt besteht ein **Kündigungs- und Entlassungsschutz**. Eine Kündigung ist bis zum Ablauf von **vier Wochen** nach einer erfolgten Fehlgeburt rechtsunwirksam. Ebenso darf eine Entlassung bis zum Ablauf von vier Wochen nach einer erfolgten Fehlgeburt nur nach vorheriger Zustimmung des Gerichts ausgesprochen werden. Der Kündigungs- und Entlassungsschutz endet vier Wochen nach einer Fehlgeburt, unabhängig davon, ob und wann die Meldung erfolgt.

Von **Totgeburt** spricht man, wenn das Geburtsgewicht mindestens 500 Gramm aufweist und keines der Zeichen einer Lebendgeburt erkennbar ist. Zur Totgeburt vgl. Kap. III.1., S 25.

(► siehe dazu auch Muster Nr 3, S 137).

### 3. Pflichten des Arbeitgebers

#### a) Meldungen

Zwei Formulare

1. Der Arbeitgeber ist verpflichtet, unverzüglich nach Kenntnis von der Schwangerschaft nach Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung dem zuständigen **Arbeitsinspektorat schriftlich Mitteilung** zu machen (§ 3 Abs 6 MSchG). Hierbei sind Name, Alter, Tätigkeit und der Arbeitsplatz der werdenden Mutter sowie der voraussichtliche Geburtstermin anzugeben. Eine Kopie der Meldung an die Arbeitsinspektion oder die sonst zuständige Behörde ist der Arbeitnehmerin vom Arbeitgeber zu übergeben. Ist in einem Betrieb eine eigene arbeitsmedizinische Betreuung eingerichtet, so hat der Arbeitgeber auch den Leiter der arbeitsmedizinischen Betreuung über die Schwangerschaft einer Arbeitnehmerin zu informieren.

Das **Formular** für die sogenannte **Mutterschutzmeldung** gemäß § 3 Abs 6 MSchG kann ua unter [www.arbeitsinspektion.gv.at](http://www.arbeitsinspektion.gv.at) (Personengruppen → Werdende und stillende Mütter → Meldepflicht) direkt ausgefüllt und elektronisch oder postalisch übermittelt werden. Örtlich zuständig ist jenes Arbeitsinspektorat, in dessen Aufsichtsbezirk sich die Arbeitsstätte, Baustelle oder auswärtige Arbeitsstelle befindet. Eine Auflistung aller Arbeitsinspektorate findet man auf der Homepage der Arbeitsinspektion (Arbeitsinspektion → Kontakt → Standorte, Zuständigkeit).

2. Weiters ist der Arbeitgeber bei fortgeschrittener Schwangerschaft verpflichtet, für den Antrag auf Wochengeld eine „Arbeits- und Entgeltbestätigung für Wochengeld“ auszufüllen. (siehe **Muster Nr 32, Formular Arbeits- und Entgeltbestätigung für Wochengeld, S 156**).

Das Formular für die Arbeits- und Entgeltbestätigung für das Wochengeld ist in ELDA bzw der Lohnverrechnungssoftware integriert. Zum Wochengeld siehe außerdem Kap. IX.2., S 101 ff.

#### b) Evaluierung der Gefahren

Der Arbeitgeber hat bei der Beschäftigung von Arbeitnehmerinnen die Gefahren für die Sicherheit und Gesundheit von werdenden und stillenden Müttern zu ermitteln und zu beurteilen (Evaluierung, § 2a MSchG).

Bei dieser Ermittlung und Beurteilung sind insbesondere Art, Ausmaß und Dauer der Einwirkung auf und Belastung für werdende bzw stillende Mütter durch

- Stöße, Erschütterungen oder Bewegungen;
- Bewegen schwerer Lasten;
- Lärm;
- Strahlungen;
- extreme Kälte und Hitze;

- geistige und körperliche Ermüdung;
- gesundheitsgefährdende Arbeitsstoffe;
- bestimmte biologische Arbeitsstoffe unter gewissen Voraussetzungen;
- Arbeiten in Druckluft

zu berücksichtigen.

Bei der Evaluierung und Festlegung der Maßnahmen sind erforderlichenfalls Sicherheitsfachkräfte und Arbeitsmediziner heranzuziehen.

Der Arbeitgeber muss die Ergebnisse der Evaluierung sowie allenfalls zu ergreifende Maßnahmen schriftlich in den **Sicherheits- und Gesundheitsschutzdokumenten** festhalten. Auch allfällige Beschäftigungsverbote gemäß §§ 4 und 4a MSchG samt zu ergreifende Maßnahmen sind mit zu erfassen.

Die Pflicht zur Gefahrenprüfung besteht **unabhängig** davon, ob eine bestimmte **Arbeitnehmerin schwanger** oder stillend ist. Sie besteht bereits ab dem Zeitpunkt, ab dem ein bestimmter Arbeitsplatz von einer Frau besetzt wird. Der Arbeitgeber soll in die Lage versetzt werden, unmittelbar nach Meldung einer Schwangerschaft die notwendigen Maßnahmen zur Gefahrenverhütung zu setzen (vgl auch LVwG Niederösterreich 19. 10. 2015, LVwG-S-2367/001-2015, ARD 6488/13/2016). Die Gefahrenevaluierung nach dem MSchG muss aber nicht separat erfasst werden, sondern kann mit der Dokumentation der allgemeinen Arbeitsplatzevaluierung nach § 5 ASchG in einem Dokument verbunden werden.

Den Arbeitgeber trifft weiters eine **Informationspflicht**: Er muss alle Arbeitnehmer oder den Betriebsrat und die Sicherheitsvertrauenspersonen über die Ergebnisse und Maßnahmen unterrichten.

Die Kontrolle, ob Maßnahmen zur Evaluierung gesetzt wurden, obliegt der Arbeitsinspektion.

#### **Maßnahmen bei Gefährdung**

Ergibt die Beurteilung Gefahren für die Gesundheit, so hat der Arbeitgeber diese Gefahren durch **Änderung der Beschäftigung** auszuschließen (§ 2b MSchG).

Bei Vorhandensein einer Gefährdung sind die erforderlichen Maßnahmen durch eine einstweilige **Umgestaltung der Arbeitsbedingungen** zu treffen. Eine Umgestaltung kann zB die Unterbrechung der Arbeit durch zusätzliche **Pausen** sein. Wenn die Umgestaltung nicht möglich ist, hat der Arbeitgeber die erforderlichen Maßnahmen für einen **Arbeitsplatzwechsel** der betreffenden Arbeitnehmerin zu treffen.

Diese Änderungen haben sich **im Rahmen des Dienstvertrages** zu bewegen. Die Arbeitnehmerin muss daher Änderungen der Arbeitsbedingungen oder einen Arbeitsplatzwechsel nicht akzeptieren, wenn diese den im Dienstzettel/Dienstvertrag enthaltenen Arbeitsbedingungen (zB hinsichtlich Arbeitsort, Verwendung und Arbeitszeit) nicht entsprechen.

Kommt es zu einer Änderung der Beschäftigung, muss der Arbeitgeber das **volle Entgelt** auf Basis eines **13-Wochen-Schnittes** fortzahlen (§ 14 Abs 1 MSchG). Nicht umfasst von der Weiterzahlungspflicht des Dienstgebers ist aber das Entgelt für die Leistung von Überstunden, selbst wenn zulässigerweise ein Überstundenpauschale vereinbart war (siehe dazu auch unter Punkt d) Finanzielles, S 9).

### Freistellung

Ist eine Änderung aus objektiven Gründen nicht möglich, so ist die Arbeitnehmerin auf einem anderen Arbeitsplatz zu beschäftigen. Besteht **kein geeigneter Arbeitsplatz**, so ist die Arbeitnehmerin von der Arbeit freizustellen.

Im Falle einer solchen Freistellung muss der Arbeitgeber das **volle Entgelt** auf Basis eines 13-Wochen-Schnittes bis zum Beginn der Schutzfrist fortzahlen (§ 14 Abs 2 MSchG). Nicht umfasst von der Weiterzahlungspflicht des Dienstgebers ist aber das Entgelt für die Leistung von Überstunden, selbst wenn zulässigerweise ein Überstundenpauschale vereinbart war (siehe dazu auch unter Punkt d) Finanzielles, S 9).

Es besteht kein Anspruch auf Wochengeld!

### Ruhemöglichkeit im Liegen

Werdenden Müttern, die in Arbeitsstätten sowie auf Baustellen beschäftigt sind, ist es zu ermöglichen, sich unter geeigneten Bedingungen hinzulegen und auszuruhen (§ 8a MSchG). Soweit dadurch die Ruhemöglichkeiten nicht beeinträchtigt werden, genügt bei entsprechender Separierung eine Liegemöglichkeit in Pausen-, Sozial-, Aufenthalts- und Bereitschaftsräumen und anderen geeigneten Räumen. Die Zeit, während der die Arbeitnehmerin sich hinlegt, gilt als **Arbeitszeit** und ist daher zu bezahlen, es sei denn, diese Zeit fällt in eine unbezahlte Pause.

## c) Gesetzliche Arbeitsverbote für Schwangere

**Werdende Mütter** dürfen keinesfalls mit schweren körperlichen Arbeiten oder mit Arbeiten oder in Arbeitsverfahren beschäftigt werden, die nach der Art des Arbeitsvorganges oder der verwendeten Arbeitsstoffe oder -geräte für ihren **Organismus oder für das werdende Kind schädlich** sind (genaue Auflistung in § 4 MSchG).

§ 4 Abs 2 MSchG zählt **beispielhaft** ua folgende Arbeiten auf:

- **Heben schwerer Lasten** (regelmäßig mehr als 5 kg oder gelegentlich mehr als 10 kg);
- Arbeiten, die **überwiegend im Stehen** zu verrichten sind, außer bei Sitzgelegenheiten zum kurzen Ausruhen; nach der 20. SSW sind Arbeiten im Stehen ausnahmslos dann verboten (also auch bei zwischendurch vorhandenen Sitzgelegenheiten), wenn sie länger als 4 Stunden verrichtet werden;
- Tätigkeiten im **ständigen Sitzen**;
- Arbeiten, bei denen die werdende Mutter Einwirkungen von **gesundheitsgefährdenden Stoffen** (egal ob fest, flüssig, staub-, gas- oder dampfförmig), gesundheitsgefährdenden **Strahlen**, gesundheitsgefährdenden elektromagnetischen Feldern oder schädlichen Einwirkungen von **Hitze, Kälte** oder **Nässe** ausgesetzt ist und deshalb eine Schädigung nicht ausgeschlossen werden kann;
- **Akkordarbeiten** jedenfalls nach Ablauf der 20. SSW;
- Arbeiten mit **besonderer Unfallgefahr**;
- **Beschäftigung auf Beförderungsmitteln**: Darunter sind Tätigkeiten in Beförderungsmitteln, wie zB die Beschäftigung als Schaffnerin, Serviererin in einem Speisewagen, Flugbegleiterin udgl, zu verstehen. Das Benützen von Beförderungsmitteln zum Erreichen des

Arbeitsplatzes und die Tätigkeit als Außendienstmitarbeiterin fallen jedoch nicht darunter (vgl. VwGH 5. 6. 1985, 84/11/0113, ARD 3734/19/85). **Achtung:** Ein Beschäftigungsverbot bezüglich Beförderungsmittel kann sich in diesen Fällen wohl aber unter Umständen aus anderen Verbotsbestimmungen ergeben (zB bei besonderer Unfallgefahr).

Die Entscheidung, ob eine Arbeit unter ein Verbot fällt, obliegt im Zweifelsfall der Arbeitsinspektion.

Wenn nun ein Beschäftigungsverbot im oben dargestellten Sinn vorliegt, muss der Arbeitgeber die Arbeitnehmerin innerhalb der durch den Dienstvertrag gedeckten Möglichkeiten anderweitig einsetzen oder, wenn gar keine passende Arbeit verfügbar ist, gänzlich unter Weiterzahlung des Entgelts dienstfrei stellen. Die Arbeitnehmerin behält den **vollen Entgeltanspruch** auf Basis eines 13-Wochen-Schnittes gegenüber dem Arbeitgeber (zB Flugbegleiterin darf auf Beförderungsmittel nicht mehr beschäftigt werden).

► Auch für **stillende Mütter** gibt es Beschäftigungsverbote (§ 4a MSchG).

#### Nachtarbeitsverbot

Grundsätzlich dürfen werdende Mütter von **20 bis 6 Uhr nicht beschäftigt** werden (§ 6 MSchG). Von dieser Grundregelung sieht das Gesetz selbst einerseits **generelle Ausnahmen** für bestimmte Berufsgruppen vor, andererseits kann das **Arbeitsinspektorat** auf Antrag des Arbeitgebers im Einzelfall eine Ausnahme erteilen (siehe Tabelle). Dabei wird geprüft, ob der Gesundheitszustand der Arbeitnehmerin eine Beschäftigung erlaubt und die Ausnahme aus betrieblichen Gründen notwendig ist, was dann zu verneinen wäre, wenn die von der Arbeitnehmerin zu leistende Arbeit auch von einem anderen Arbeitnehmer erbracht werden kann. Diese im MSchG geregelten Ausnahmen gelten nur insoweit, als Nachtarbeit nicht aufgrund anderer Vorschriften verboten ist.

In folgenden Fällen sind Ausnahmen vom generellen Nachtarbeitsverbot zulässig:

Berufsgruppe	unmittelbar per Gesetz (generelle Ausnahmen)	nur mit Genehmigung des Arbeitsinspektorates (individuelle Ausnahme)
Gastgewerbe	–	bis 22 Uhr
Verkehrswesen	bis 22 Uhr	–
Musikaufführungen, Theatervorstellungen, öffentliche Schaustellungen, Darbietungen, Lustbarkeiten, Filmaufnahmen, Lichtspieltheater	bis 22 Uhr	bis 23 Uhr*
Arbeitnehmerinnen iSd § 1 Abs 1 und 2 TAG, dh Arbeitnehmerinnen mit Bühnenarbeitsvertrag zu einem Theaterunternehmer	bis 24 Uhr	–

## I. Schwangerschaft

---

Berufsgruppe	unmittelbar per Gesetz (generelle Ausnahmen)	nur mit Genehmigung des Arbeitsinspektorates (individuelle Ausnahme)
Krankenpflege	bis 22 Uhr	–
Mehrschichtbetriebe	bis 22 Uhr	–

\* Soweit nicht eine längere Beschäftigung zulässig ist (Arbeitnehmerinnen iSd § 1 Abs 1 und 2 TAG).

Im Anschluss an die Nachtarbeit muss eine ununterbrochene **Ruhezeit** von mindestens **11 Stunden** eingehalten werden.

### Sonn- und Feiertagsarbeitsverbot

Werdende und stillende Mütter dürfen an Sonn- und gesetzlichen Feiertagen grundsätzlich nicht beschäftigt werden (§ 7 MSchG).

§ 7 Abs 2 MSchG sieht in den folgenden Fällen **Ausnahmen** vor:

- Musikaufführungen, Theatervorstellungen, öffentliche Schaustellungen, Darbietungen, Lustbarkeiten, Filmaufnahmen;
- Gastgewerbe;
- Betriebe mit ununterbrochener Schichtarbeit;
- Betriebe, in denen die wöchentliche Ruhezeit für die gesamte Belegschaft auf einen bestimmten Werktag fällt;
- Betriebe mit nicht mehr als 5 Arbeitnehmern, in denen nur ein Arbeitnehmer eine gleichartige Beschäftigung ausüben kann;
- Arbeitnehmerinnen, die vor der Meldung der Schwangerschaft ausschließlich an Samstagen, Sonntagen oder Feiertagen beschäftigt wurden.

Mit Genehmigung des **Arbeitsinspektorats** sind im **Einzelfall** aus betrieblichen Gründen weitere Ausnahmen möglich.

Kommt es zu einer zulässigen Beschäftigung der schwangeren Arbeitnehmerin am Wochenende oder an einem Feiertag, hat diese in der auf die Sonntagsarbeit folgenden Kalenderwoche Anspruch auf eine ununterbrochene Ruhezeit von mindestens 36 Stunden (Wochenruhe), bzw in der auf die Feiertagsarbeit folgenden Woche Anspruch auf eine ununterbrochene Ruhezeit von mindestens 24 Stunden im Anschluss an eine Nachtruhe. Die Ruhezeit hat einen ganzen Wochentag einzuschließen. Während dieser Ruhezeit darf die Arbeitnehmerin nicht beschäftigt werden.

### Verbot der Leistung von Überstunden

Werdende und stillende Mütter dürfen über die gesetzlich oder in einem Kollektivvertrag festgesetzte tägliche Normalarbeitszeit hinaus nicht beschäftigt werden (§ 8 MSchG).

**Keinesfalls** darf die tägliche **Arbeitszeit 9 Stunden**, die wöchentliche Arbeitszeit 40 Stunden übersteigen.

Somit sind laut AZG zulässige Arbeitszeitmodelle, die eine tägliche Arbeitszeit von mehr als 9 Stunden vorsehen (zB 4-Tage-Woche) nicht anwendbar. Auch kollektivvertragsrechtliche Durchrechnungs- oder Bandbreitenmodelle sind meist bei Schwangeren nicht anwendbar (siehe zB Durchrechnung im Handel bis 44 Stunden).



Zur Auswirkung des Verbots der Leistung von Überstunden auf eine Überstundenpauschale oder einen All-in-Bezug siehe unter Punkt d) Finanzielles, S 10.

#### Schutz vor Tabakrauch

Gemäß § 30 Abs 2 ASchG ist in **Arbeitsstätten in Gebäuden** das **Rauchen** für Arbeitgeber und Arbeitnehmer **verboten**, sofern Nichtraucher in der Arbeitsstätte beschäftigt werden. Demnach ist auch bei Zustimmung aller Beteiligten das Rauchen in der Arbeitsstätte absolut verboten, auch wenn ausschließlich Raucher in einem Büroraum arbeiten oder Raucher an Einzelarbeitsplätzen beschäftigt sind (vgl ARD 6596/4/2018).

Seit 1. 11. 2019 gilt auch in **Gastronomiebetrieben** (ausgenommen Freiflächen) ein **umfassender Nichtraucherschutz**. Damit **entfällt** ab diesem Zeitpunkt auch das **Beschäftigungsverbot** für schwangere Dienstnehmerinnen (zB Kellnerinnen) in Räumen, in denen sie der Einwirkung von Tabakrauch ausgesetzt sind (das war im mittlerweile aufgehobenen § 13a Abs 5 TNRSG geregelt).

§ 4 Abs 6 MSchG sieht ua vor, dass werdende Mütter, die selbst nicht rauchen, soweit es die Art des Betriebes gestattet, nicht an Arbeitsplätzen beschäftigt werden dürfen, bei denen sie der Einwirkung von Tabakrauch ausgesetzt werden. Aufgrund der Ausweitung des Rauchverbots in § 30 ASchG auf Arbeitsstätten in Gebäuden, ist der Anwendungsbereich des § 4 Abs 6 MSchG nunmehr wohl kaum vorhanden, da ja in Büros und auch Fabrikhallen usw generell nicht geraucht werden darf.

#### d) Finanzielles

Macht die Schwangerschaft eine **Änderung/Einstellung der Beschäftigung** im Betrieb erforderlich, so hat die Arbeitnehmerin Anspruch auf das Entgelt, das dem **Durchschnittsverdienst** gleichkommt, den sie während der letzten **13 Wochen** des Dienstverhältnisses vor dieser Änderung bezogen hat. Fallen in diesen Zeitraum Zeiten, während derer die Arbeitnehmerin infolge **Erkrankung** oder **Kurzarbeit** nicht das volle Entgelt bezogen hat, so verlängert sich der Zeitraum von 13 Wochen um diese Zeiten; diese Zeiten bleiben bei der Berechnung des Durchschnittsverdienstes außer Betracht. Kommt es durch eine Änderung der Beschäftigung zu einer Verkürzung der Arbeitszeit, so ist der Berechnung des Entgelts jene Arbeitszeit zugrunde zu legen, die ohne Änderung der Beschäftigung gelten würde (§ 14 MSchG).

Als **Referenzzeitraum** für den 13-Wochen-Schnitt kommt nur ein solcher in Betracht, in dem die Arbeitnehmerin von ihrem Arbeitgeber überhaupt ein **Entgelt bezogen** hat. Das ist etwa dann nicht der Fall, wenn sich die Arbeitnehmerin in diesem Referenzzeitraum durchgehend in Bildungskarenz befand und in dieser Zeit kein Entgelt vom Arbeitgeber bezog. Dann bemisst sich der Durchschnittsverdienst nach dem Arbeitsentgelt, das sie in den letzten 13 Wochen vor Antritt der Bildungskarenz erzielt hat (vgl OGH 18. 12. 2020, 8 ObA 66/20v, ARD 6745/9/2021).

Die „Ausgleichspflicht“ des Arbeitgebers nach § 14 MSchG für allfällige Entgelteinbußen besteht insbesondere bei folgenden Beschäftigungsbeschränkungen iZm der Schwangerschaft: Gefahren laut Arbeitsplatzevaluierung (§ 2b MSchG), Verbot schwerer körperlicher Arbeiten sowie bestimmter gefährdender Arbeiten für werdende Mütter (§ 4 MSchG), Nachtarbeitsverbot (§ 6 MSchG).

### Ausnahme Überstunden und Sonn- und Feiertagsarbeit

Nicht umfasst von der Weiterzahlungspflicht des Arbeitgebers ist das Entgelt für die Leistung von Überstunden und das Entgelt für Sonn- und Feiertagsarbeit.

Der Wegfall von Überstunden aufgrund des gesetzlichen Verbotes führt für die Zeit des Verbotes zum **Wegfall des Überstundenentgelts** bzw **Ruhen der Überstundenpauschale**, denn die Grundlage für die Vereinbarung eines Pauschalbetrages für Überstunden liegt in der beiderseitigen Annahme, dass solche Überstunden auch tatsächlich geleistet werden dürfen. Dies gilt auch für Sonn- und Feiertagsarbeit (vgl zB OGH 29. 4. 1975, 4 Ob 81/74, ARD 2757/8/75 und OGH 26. 2. 2004, 8 ObA 124/03y, ARD 5501/5/2004). Der Arbeitgeber muss auch ein Überstunden- oder Mehrdienstpauschale, mit dem geleistete **Nachtdienststunden** abgegolten werden, während der Schwangerschaft nicht weiterzahlen (vgl OGH 25. 1. 2022, 8 ObA 35/21m, ARD 6797/7/2022).

Anders ist die Rechtslage bei einem Inklusivgehalt. Ein echtes **All-in-Gehalt** darf wohl trotz des Wegfalls der Überstunden **nicht reduziert** werden, wenn das **Grundentgelt** für die Normalarbeitszeit **nicht eindeutig erkennbar** ist bzw der All-in-Bezug auch **andere Entgeltarten abdeckt**, wie zB die Zuschläge für Mehrarbeits- und Überstunden, die Zuschläge für Arbeiten an Feiertagen und am Wochenende sowie Zuschläge für Nachtarbeiten, Entgelt für Reisezeiten usw, und nicht eindeutig feststellbar ist, welcher Teil des All-in-Gehalts aufgrund des Wegfalls der Überstunden zu reduzieren ist.

Im Fall von nach dem 28. 12. 2015 **neu abgeschlossenen Pauschalentgeltvereinbarungen** ist allerdings § 2g AVRAG zu beachten, wonach bei pauschalen Entgeltvereinbarungen der dem Arbeitnehmer zustehende **Grundlohn** jedenfalls im Arbeitsvertrag oder Dienstzettel **ausgewiesen werden muss**. In diesem Fall kommt eine Reduzierung auch des All-in-Gehalts in Betracht. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn in einer sogenannten unechten All-in-Vereinbarung ein konkretes Ausmaß an mit dem All-in-Bezug abgegoltenen Überstunden angeführt wird.

### Vorsorgeuntersuchungen

Ist die werdende Mutter durch notwendige schwangerschaftsbedingte Vorsorgeuntersuchungen, insbesondere solche nach der Mutter-Kind-Pass-Verordnung bzw Eltern-Kind-Pass-Verordnung, die außerhalb der Arbeitszeit nicht möglich oder nicht zumutbar sind, an der Dienstleistung verhindert, hat sie Anspruch auf Fortzahlung des Entgelts (§ 3 Abs 8 MSchG).

### Strafen bei Missachtung

Arbeitgeber, die gegen die sich im Zuge der Gefahrenevaluierung ergebenden Verbote bzw die gesetzlichen Arbeitsverbote für Schwangere verstoßen, sind mit einer Geldstrafe von € 70,- bis € 1.820,-, im Wiederholungsfalle von € 220,- bis € 3.630,- zu bestrafen.

Zur Strafbarkeit genügt bereits **fahrlässiges Verhalten** des Arbeitgebers. Schon die Nichtbefolgung eines Gebots zieht eine Strafe nach sich, der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr ist nicht Voraussetzung für die Verhängung einer Strafe.

Der Arbeitgeber ist auch dann zu bestrafen, wenn die schwangere Arbeitnehmerin an der Nichteinhaltung der jeweiligen Vorschrift ein **(Mit-)Verschulden** trifft. Das wäre zB dann der Fall, wenn der Arbeitgeber erst am Ende eines Durchrechnungszeitraumes oder einer Gleitzeitperiode sieht, dass bspw das eine oder andere Mal die tägliche Höchstarbeitszeit von 9 Stunden oder die wöchentliche Höchstarbeitszeit von 40 Stunden überschritten wurde.

#### Drängen der geschützten Person

Wird eine Arbeitnehmerschutzbestimmung „nur über Drängen der geschützten Person“ übertreten, sind die von der **Strafdrohung** geschützten Interessen dennoch erheblich gefährdet worden, weil das von der Strafdrohung geschützte Interesse die Vermeidung einer Gesundheitsgefährdung (der werdenden Mutter) ist und diese **Gefährdung unabhängig** davon eintritt, **auf wessen Wunsch** die verbotene Beschäftigung erfolgt. Der Gesetzgeber wollte vermeiden, dass – regelmäßig wirtschaftlich abhängige – Arbeitnehmerinnen ihre gesundheitlichen Interessen aus wirtschaftlichen Gründen außer Acht lassen (VwGH 25. 4. 1990, 88/08/0154, ARD 4207/1/90).

#### ► Tipp für den Arbeitgeber

Will eine Schwangere auf eigenen Wunsch hin trotz eines Beschäftigungsverbot es unbedingt arbeiten, muss sie der Arbeitgeber daran **hindern**. Zwecks Absicherung sollte eine schriftliche **Weisung** erteilt werden, keine verbotene Beschäftigung auszuüben. Die Einhaltung der Weisung ist vom Arbeitgeber zu **kontrollieren**.

#### e) Checkliste für den Arbeitgeber

##### ► Was ist während der Schwangerschaft vom Arbeitgeber zu beachten?

- Gefahrenevaluierung (sofern nicht korrekterweise ohnehin schon erfolgt): Art, Dauer und Ausmaß gewisser Einwirkungen erheben und Ergebnisse in den Sicherheits- und Gesundheitsschutzdokumenten festhalten
- Meldung der Schwangerschaft an das Arbeitsinspektorat und an den Arbeitsmediziner, Kopie an Arbeitnehmerin
- Ausstellung der Arbeits- und Entgeltbestätigung für das Wochengeld
- allenfalls Maßnahmen nach Gefahrenevaluierung umsetzen: Umgestaltung der Arbeitsbedingungen, Arbeitsplatzwechsel (im Rahmen des Dienstvertrages), letzte Konsequenz: Freistellung
- Strengste Beachtung der Arbeitsverbote: Verbot schwerer oder gefährlicher Arbeiten, Nacharbeitsverbot, Verbot der Sonn- und Feiertagsarbeit, Verbot der Leistung von Überstunden, Beschäftigungsverbot während der generellen bzw individuellen Schutzfrist
- Korrekte Berechnung des Entgelts nach § 14 MSchG im Fall einer Änderung/Einstellung der Beschäftigung aufgrund der genannten Arbeitsverbote (13-Wochen-Schnitt)
- Gewährung einer Ruhemöglichkeit (Liegemöglichkeit)
- Freistellung und Entgeltfortzahlung für während der Arbeitszeit stattfindende Vorsorgeuntersuchungen