

## Leitsätze

zum Beschluss des Ersten Senats vom 18. November 2003

- 1 BvR 302/96 -

- 1. Die gesetzliche Verpflichtung des Arbeitgebers zur Zahlung eines Zuschusses zum Mutterschaftsgeld ist an der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG zu messen (Abweichung von BVerfGE 37, 121 <131>).**
- 2. Art. 6 Abs. 4 GG begründet keine verfassungsrechtliche Pflicht des Staates, die Kosten des Mutterschutzes allein zu tragen.**
- 3. Der Gesetzgeber kann im Rahmen seines Gestaltungsermessens entscheiden, wie er dem Gebot des Art. 3 Abs. 2 GG nachkommt. Legt der Gesetzgeber in Erfüllung seines Schutzauftrags zugunsten der Mutter dem Arbeitgeber Lasten auf, ist durch geeignete Regelungen im Rahmen des Möglichen der Gefahr zu begegnen, dass sich Schutzvorschriften auf Arbeitnehmerinnen faktisch diskriminierend auswirken.**



**Im Namen des Volkes**

**In dem Verfahren  
über  
die Verfassungsbeschwerde**

der T... GmbH

- Bevollmächtigter: Professor Dr. Walter Leisner,  
Pienzenauerstraße 99, 81925 München -

1. unmittelbar gegen

a) das Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 1. November 1995 - 5 AZR 273/94 -,

b) das Urteil des Landesarbeitsgerichts München vom 16. Dezember 1993 - 4 Sa  
943/92 -,

c) das Urteil des Arbeitsgerichts München vom 22. Oktober 1992 - 7 Ca 4112/92 -,

2. mittelbar gegen § 14 Abs. 1 Satz 1 Mutterschutzgesetz (MuSchG) in der Fassung  
des Gesetzes zur Ergänzung und Verbesserung der Wirksamkeit kostendämpfen-  
der Maßnahmen in der Krankenversicherung (Kostendämpfungs-Ergänzungsgesetz  
- KVEG) vom 22. Dezember 1981 (BGBl I S. 1578)

hat das Bundesverfassungsgericht - Erster Senat - unter Mitwirkung

des Präsidenten Papier,  
der Richterinnen Jaeger,  
Haas,  
der Richter Hömig,  
Steiner,  
der Richterin Hohmann-Dennhardt  
und der Richter Hoffmann-Riem,  
Bryde

am 18. November 2003 beschlossen:

1. § 14 Absatz 1 Satz 1 des Mutterschutzgesetzes in der Fassung der Bekannt-  
machung vom 18. April 1968 (Bundesgesetzblatt I Seite 315) und in der Fas-  
sung späterer Bekanntmachungen ist nach Maßgabe der Gründe mit Artikel  
12 Absatz 1 des Grundgesetzes nicht vereinbar.

2. Dem Gesetzgeber wird aufgegeben, bis zum 31. Dezember 2005 eine verfassungsmäßige Regelung zu treffen.
3. Im Übrigen wird die Verfassungsbeschwerde zurückgewiesen.
4. Die Bundesrepublik Deutschland hat der Beschwerdeführerin die notwendigen Auslagen zu erstatten.

### **Gründe:**

#### **A.**

Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Verfassungsmäßigkeit des vom Arbeitgeber zu zahlenden Zuschusses zum Mutterschaftsgeld. 1

#### **I.**

1. Der Mutterschutz nach dem Mutterschutzgesetz (MuSchG) soll die im Arbeitsverhältnis stehende Mutter und das Kind vor arbeitsplatzbedingten Gefahren, Überforderungen und Gesundheitsschädigungen schützen. Frauen dürfen sechs Wochen vor und acht Wochen nach der Entbindung nicht beschäftigt werden (§ 3 Abs. 2, § 6 Abs. 1 MuSchG). Sie sollen aber in dieser Zeit nicht auf ihr Arbeitseinkommen verzichten müssen. Die Kosten für den Lohnersatz werden zwischen Arbeitgebern, gesetzlichen Krankenkassen und Staat geteilt, wobei die Verteilung auf diese drei Kostenträger seit In-Kraft-Treten des Mutterschutzgesetzes mehrfach verändert worden ist. 2

2. § 12 Abs. 1 MuSchG in der ursprünglichen Fassung vom 24. Januar 1952 (BGBl I S. 69) verpflichtete den Arbeitgeber, während der Dauer der Schutzpflichten den nicht pflichtversicherten Frauen das regelmäßige Arbeitsentgelt weiter zu gewähren. Versicherungspflichtige Schwangere erhielten nach § 13 MuSchG Wochengeld in Höhe des Nettodurchschnittsentgelts der letzten 13 Wochen vor der Geburt von der Krankenkasse. Diese Belastung der Arbeitgeber widersprach jedoch Art. 4 Nr. 8 des - von der Bundesrepublik Deutschland allerdings nicht ratifizierten - Übereinkommens Nr. 103 betreffend den Mutterschutz der Internationalen Arbeitsorganisation (BArbBI 1952, S. 391). Danach dürfen die während der Schutzfristen zu erbringenden finanziellen Leistungen nicht in voller Höhe dem einzelnen Arbeitgeber auferlegt werden. 3

Wegen dieser Bedenken sah § 13 MuSchG in der Fassung des Gesetzes zur Änderung des Mutterschutzgesetzes und der Reichsversicherungsordnung vom 24. August 1965 (BGBl I S. 912) vor, dass sowohl die pflichtversicherten als auch die nicht pflichtversicherten Schwangeren ein Mutterschaftsgeld zulasten des Bundes erhielten. Aus haushaltsrechtlichen Gründen wurde das In-Kraft-Treten dieser Regelung auf den 1. Januar 1967 verschoben (Art. 5 Nr. 3 des Haushaltssicherungsgesetzes vom 20. Dezember 1965, BGBl I S. 2065). Das Mutterschaftsgeld betrug 25 DM je Kalendertag, also etwa 750 DM monatlich. Die Leistung des Bundes wurde auf einen Pauschalbetrag von 400 DM je Leistungsfall festgesetzt (§§ 200, 200 d RVO i.d.F. 4

des Finanzänderungsgesetzes 1967 vom 21. Dezember 1967, BGBl I S. 1259). Die Arbeitgeber wurden verpflichtet, den Schwangeren einen Zuschuss in Höhe der Differenz zwischen dem Mutterschaftsgeld und dem durchschnittlichen Arbeitsentgelt zu zahlen (§ 13 a Abs. 1 Satz 1 MuSchG i.d.F. des Finanzänderungsgesetzes 1967; jetzt § 14 MuSchG i.d.F. der Bekanntmachung vom 18. April 1968, BGBl I S. 315).

3. Die zur Zeit geltende Regelung begründet Entgeltersatzansprüche in Höhe des vor Eintritt des Mutterschutzes erzielten Nettoentgelts. Frauen erhalten, soweit sie Mitglied einer Krankenkasse sind, ein Mutterschaftsgeld von 25 DM (seit 1. Januar 2002: 13 Euro) pro Kalendertag von der Krankenkasse sowie, wenn sie in einem Arbeitsverhältnis stehen, einen Zuschuss in Höhe der Differenz zu ihrem Nettoverdienst vom Arbeitgeber (also im Ergebnis ihr volles Nettoentgelt). Frauen, die nicht Mitglied einer Krankenkasse sind, erhalten ein Mutterschaftsgeld zulasten des Bundes in Höhe von insgesamt 400 DM (seit 1. Januar 2002: 210 Euro) vom Bundesversicherungsamt sowie den Arbeitgeberzuschuss zum Mutterschaftsgeld, wenn sie in einem Arbeitsverhältnis stehen (§ 200 RVO i.d.F. des Gesetzes vom 16. Juni 2002, BGBl I S. 1812; §§ 13, 14 MuSchG i.d.F. der Bekanntmachung vom 20. Juni 2002, BGBl I S. 2318).

Das Verhältnis von Arbeitgeberzuschuss zum Mutterschaftsgeld hat sich seit 1968 zulasten der Arbeitgeber verschlechtert, da die Einkommen gestiegen sind, das Mutterschaftsgeld in diesem Zeitraum aber nicht erhöht worden ist. Nach dem Sozialbudget 2001 (Teil B des Sozialberichts 2001, BTDrucks 14/8700, S. 261) wird von folgenden Arbeitgeberleistungen in der Bundesrepublik Deutschland hinsichtlich des Zuschusses zum Mutterschaftsgeld nach § 14 MuSchG ausgegangen:

1995	2,75 Milliarden DM
1999	2,76 Milliarden DM
2000	2,89 Milliarden DM
2001	2,89 Milliarden DM (geschätzt)
2001	1,48 Milliarden Euro (geschätzt)
2005	1,65 Milliarden Euro (geschätzt).

4. Zur finanziellen Entlastung von Arbeitgebern, die in der Regel (ausschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten) nicht mehr als 20 Arbeitnehmer beschäftigen, wurde in § 10 des Lohnfortzahlungsgesetzes (im Folgenden: LFZG) mit Wirkung zum 1. Januar 1986 durch Art. 6 des Beschäftigungsförderungsgesetzes 1985 vom 26. April 1985 (BGBl I S. 710) ein Ausgleichs- und Umlageverfahren eingeführt. Danach wurden dem Arbeitgeber zunächst 80 % des Zuschusses von der Krankenkasse erstattet. Art. 2 des Gesetzes zur Änderung des Mutterschutzrechts vom 20. Dezember 1996 (BGBl I S. 2110) ergänzte § 10 Abs. 1 LFZG dahin, dass insoweit die Aufwendungen nicht nur zu 80 %, sondern in voller Höhe erstattet werden.

In der Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zur Gesetzesänderung 1996 (BTDrucks 13/2763, S. 12) wurde darauf abgestellt, dass Kleinbetriebe, vor allem des Handwerks, mit mehreren jüngeren Arbeitnehmerinnen die Kostenbe-

lastung durch den Mutterschutz als nicht mehr hinnehmbar und die bis dahin geltende Kostenerstattung als unzulänglich beschrieben hätten. In der Begründung des Gesetzentwurfs heißt es weiter:

Es zeichnet sich die Gefahr von ernstzunehmenden Beschäftigungshindernissen für Arbeitnehmerinnen im gebärfähigen Alter ab, zumal über 90 % der Unternehmen der freien Wirtschaft in Deutschland Kleinbetriebe sind. Damit droht eine erhebliche Benachteiligung von Frauen in ihren beruflichen Chancen, die mit dem Wesensgehalt des Gleichberechtigungsgebotes des neuen Artikels 3 Abs. 2 GG und des staatlichen Auftrages zum Schutz der Mutter - nach dem Grundgesetz und der EG-Mutterschutz-Richtlinie 92/85 - nicht vereinbar ist. ... Die Kleinbetriebe müssen von ihren Mutterschutzkosten weiter entlastet werden. Dafür gibt es mehrere verschiedenartige Vorschläge. Durchsetzbar ist jedoch nur eine Änderung des Umlageverfahrens "U 2" in der Weise, daß der Erstattungsanspruch in seiner Höhe aufgestockt wird...

Bei der Errechnung der Gesamtzahl der beschäftigten Arbeitnehmer bleiben gemäß § 10 Abs. 2 Satz 5 LFZG Arbeitnehmer in einem Arbeitsverhältnis, in dem die regelmäßige Arbeitszeit wöchentlich zehn Stunden oder monatlich 45 Stunden nicht übersteigt, sowie Schwerbehinderte außer Ansatz. Arbeitnehmer, die wöchentlich regelmäßig nicht mehr als 20 Stunden zu leisten haben, werden gemäß § 10 Abs. 2 Satz 6 LFZG mit 0,5 und diejenigen, die nicht mehr als 30 Stunden zu leisten haben, mit 0,75 angesetzt. Dadurch sind auch Arbeitgeber mit deutlich mehr als 20 Arbeitnehmern, und zwar gerade solche, die viele Frauen in Teilzeit beschäftigen, in das Ausgleichs- und Umlageverfahren einbezogen.

Die Mittel zur Durchführung des Ausgleichs der Arbeitgeberaufwendungen werden gemäß § 14 Abs. 1 LFZG durch eine Umlage von den am Ausgleich beteiligten Arbeitgebern aufgebracht. Die Umlagebeträge bemessen sich dabei nicht nach der Anzahl der beschäftigten Arbeitnehmerinnen, sondern nach der Gesamtzahl der Beschäftigten. In das Umlageverfahren sind auch solche Arbeitgeber mit einbezogen, die keine Frauen beschäftigen (vgl. BSGE 71, 24).

Durch Satzung der Krankenkasse kann die in § 10 Abs. 1 LFZG genannte Zahl von 20 Arbeitnehmern bis auf 30 heraufgesetzt werden (§ 16 Abs. 2 Nr. 4 LFZG). Von dieser Möglichkeit haben zahlreiche Krankenkassen Gebrauch gemacht.

Gemäß § 19 Abs. 1 Satz 1 LFZG können Arbeitgeber Einrichtungen zum Ausgleich der Arbeitgeberaufwendungen für Betriebe eines Wirtschaftszweigs errichten, an denen auch Arbeitgeber teilnehmen, die die Voraussetzungen des § 10 Abs. 1 und 2 LFZG nicht erfüllen. Damit besteht auf der Basis freiwilliger Regelungen der Arbeitgeber die Möglichkeit, auch für Arbeitgeber mit mehr als 20 oder 30 Arbeitnehmern ein Ausgleichsverfahren einzurichten. Eine solche freiwillige Ausgleichskasse besteht im Augenoptikerhandwerk.

5. Die einschlägigen Vorschriften in der zur Zeit geltenden Fassung haben den fol-

genden Wortlaut:

§ 13 MuSchG	16
Mutterschaftsgeld	17
(1) Frauen, die Mitglied einer gesetzlichen Krankenkasse sind, erhalten für die Zeit der Schutzfristen des § 3 Abs. 2 und des § 6 Abs. 1 sowie für den Entbindungstag Mutterschaftsgeld nach den Vorschriften der Reichsversicherungsordnung oder des Gesetzes über die Krankenversicherung der Landwirte über das Mutterschaftsgeld.	18
(2) Frauen, die nicht Mitglied einer gesetzlichen Krankenkasse sind, erhalten, wenn sie bei Beginn der Schutzfrist nach § 3 Abs. 2 in einem Arbeitsverhältnis stehen oder in Heimarbeit beschäftigt sind, für die Zeit der Schutzfristen des § 3 Abs. 2 und des § 6 Abs. 1 sowie für den Entbindungstag Mutterschaftsgeld zu Lasten des Bundes in entsprechender Anwendung der Vorschriften der Reichsversicherungsordnung über das Mutterschaftsgeld, höchstens jedoch insgesamt 210 Euro. Das Mutterschaftsgeld wird diesen Frauen auf Antrag vom Bundesversicherungsamt gezahlt. Die Sätze 1 und 2 gelten für Frauen entsprechend, deren Arbeitsverhältnis während ihrer Schwangerschaft oder der Schutzfrist des § 6 Abs. 1 nach Maßgabe von § 9 Abs. 3 aufgelöst worden ist.	19
(3) Frauen, die während der Schutzfristen des § 3 Abs. 2 oder des § 6 Abs. 1 von einem Beamten- in ein Arbeitsverhältnis wechseln, erhalten von diesem Zeitpunkt an Mutterschaftsgeld entsprechend den Absätzen 1 und 2.	20
§ 14 MuSchG	21
Zuschuss zum Mutterschaftsgeld	22
(1) Frauen, die Anspruch auf Mutterschaftsgeld nach § 200 Abs. 1, 2 Satz 1 bis 4 und Abs. 3 der Reichsversicherungsordnung, § 29 Abs. 1, 2 und 4 des Gesetzes über die Krankenversicherung der Landwirte oder § 13 Abs. 2, 3 haben, erhalten während ihres bestehenden Arbeitsverhältnisses für die Zeit der Schutzfristen des § 3 Abs. 2 und § 6 Abs. 1 sowie für den Entbindungstag von ihrem Arbeitgeber einen Zuschuss in Höhe des Unterschiedsbetrages zwischen 13 Euro und dem um die gesetzlichen Abzüge verminderten durchschnittlichen kalendertäglichen Arbeitsentgelt. Das durchschnittliche kalendertägliche Arbeitsentgelt ist aus den letzten drei abgerechneten Kalendermonaten, bei wöchentlicher Abrechnung aus den letzten 13 abgerechneten Wochen vor Beginn der Schutzfrist nach § 3 Abs. 2 zu berechnen. Nicht nur vorübergehende Erhöhungen des Arbeitsentgeltes, die während der Schutzfristen des § 3 Abs. 2 und § 6 Abs. 1 wirksam werden, sind ab diesem Zeitpunkt in die Berechnung einzubeziehen. Einmalig gezahltes Arbeitsentgelt (§ 23a des Vierten Buches Sozialgesetzbuch) sowie Tage, an denen infolge von Kurzarbeit, Arbeitsausfällen oder unverschuldeter Arbeitsversäumnis kein oder ein vermindertes Arbeitsentgelt erzielt wurde, bleiben außer Betracht. Zu berücksichtigen sind dauerhafte Verdienstkürzungen, die während oder nach Ablauf des Berechnungs-	23

zeitraums eintreten und nicht auf einem mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbot beruhen. Ist danach eine Berechnung nicht möglich, so ist das durchschnittliche kalendertägliche Arbeitsentgelt einer gleichartig Beschäftigten zugrunde zu legen.

(2) Frauen, deren Arbeitsverhältnis während ihrer Schwangerschaft oder während der Schutzfrist des § 6 Abs. 1 nach Maßgabe von § 9 Abs. 3 aufgelöst worden ist, erhalten bis zum Ende dieser Schutzfrist den Zuschuss nach Absatz 1 zu Lasten des Bundes von der für die Zahlung des Mutterschaftsgeldes zuständigen Stelle. 24

(3) Absatz 2 gilt für den Zuschuss des Bundes entsprechend, wenn der Arbeitgeber wegen eines Insolvenzereignisses im Sinne des § 183 Abs. 1 Satz 1 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch seinen Zuschuss nach Absatz 1 nicht zahlen kann. 25

(4) Der Zuschuss nach den Absätzen 1 bis 3 entfällt für die Zeit, in der Frauen die Elternzeit nach dem Bundeserziehungsgeldgesetz in Anspruch nehmen oder in Anspruch genommen hätten, wenn deren Arbeitsverhältnis nicht während ihrer Schwangerschaft oder während der Schutzfrist des § 6 Abs. 1 vom Arbeitgeber zulässig aufgelöst worden wäre. Dies gilt nicht, soweit sie eine zulässige Teilzeitarbeit leisten. 26

## § 10 LFZG 27

### Erstattungsanspruch 28

(1) Die Ortskrankenkassen, die Innungskrankenkassen, die Bundesknappschaft und die See-Krankenkasse erstatten den Arbeitgebern, die in der Regel ausschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten nicht mehr als zwanzig Arbeitnehmer beschäftigen, achtzig vom Hundert 29

1. ..., 30

2. des vom Arbeitgeber nach § 14 Abs. 1 des Mutterschutzgesetzes gezahlten Zuschusses zum Mutterschaftsgeld, 31

3. und 4. ...; 32

in den Fällen der Nummern 2 und 3 und der Nummer 4 in Verbindung mit Nummer 3 werden die Aufwendungen der Arbeitgeber abweichend vom ersten Halbsatz voll erstattet. Am Ausgleich der Arbeitgeberaufwendungen nehmen auch die Arbeitgeber teil, die nur Auszubildende beschäftigen. 33

(2) Die Krankenkasse hat jeweils zum Beginn eines Kalenderjahres festzustellen, welche Arbeitgeber für die Dauer dieses Kalenderjahres an dem Ausgleich der Arbeitgeberaufwendungen teilnehmen. Ein Arbeitgeber beschäftigt in der Regel nicht mehr als zwanzig Arbeitnehmer, wenn er in dem letzten Kalenderjahr, das demjenigen, für das die Feststellung nach Satz 1 zu treffen ist, vorausgegangen ist, für einen Zeitraum von mindestens acht Kalendermonaten nicht mehr als zwanzig Arbeitnehmer beschäftigt hat. Hat ein Betrieb nicht während des ganzen nach Satz 2 maßgebenden Kalenderjahres bestanden, so nimmt der Arbeitgeber am Ausgleich 34

der Arbeitgebераufwendungen teil, wenn er während des Zeitraumes des Bestehens des Betriebes in der überwiegenden Zahl der Kalendermonate nicht mehr als zwanzig Arbeitnehmer beschäftigt hat. Wird ein Betrieb im Laufe des Kalenderjahres errichtet, für das die Feststellung nach Satz 1 getroffen ist, so nimmt der Arbeitgeber am Ausgleich der Arbeitgebераufwendungen teil, wenn nach der Art des Betriebes anzunehmen ist, daß die Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer während der überwiegenden Kalendermonate dieses Kalenderjahres zwanzig nicht überschreiten wird. Bei der Errechnung der Gesamtzahl der beschäftigten Arbeitnehmer bleiben Arbeitnehmer in einem Arbeitsverhältnis, in dem die regelmäßige Arbeitszeit wöchentlich zehn Stunden oder monatlich fünfundvierzig Stunden nicht übersteigt, sowie Schwerbehinderte im Sinne des Neunten Buches Sozialgesetzbuch außer Ansatz. Arbeitnehmer, die wöchentlich regelmäßig nicht mehr als zwanzig Stunden zu leisten haben, werden mit 0,5 und diejenigen, die nicht mehr als dreißig Stunden zu leisten haben, mit 0,75 angesetzt.

(3) bis (5) ... 35

§ 14 LFZG 36

Aufbringung der Mittel 37

(1) Die Mittel zur Durchführung des Ausgleichs der Arbeitgebераufwendungen werden durch eine Umlage von den am Ausgleich beteiligten Arbeitgebern aufgebracht. 38

(2) ... 39

§ 16 LFZG 40

Satzung 41

(1) ... 42

(2) Die Satzung kann 43

1. bis 3. ..., 44

4. die in § 10 Abs. 1 genannte Zahl von zwanzig Arbeitnehmern bis auf dreißig heraufsetzen. 45

(3) ... 46

(4) In Angelegenheiten dieses Abschnitts wirken in den Organen der Selbstverwaltung nur die Vertreter der Arbeitgeber mit. 47

§ 19 LFZG 48

Freiwilliges Ausgleichsverfahren 49

(1) Für Betriebe eines Wirtschaftszweiges können Arbeitgeber Einrichtungen zum Ausgleich der Arbeitgebераufwendungen errichten, an denen auch Arbeitgeber teilnehmen, die die Voraussetzungen des § 10 Abs. 1 und 2 nicht erfüllen. Die Errichtung und die Regelung des Ausgleichsverfahrens bedürfen der Genehmigung des 50



Bundesministers für Gesundheit.

(2) und (3) ...

51

## II.

Die Beschwerdeführerin betreibt eine Bäckerei und Konditorei mit mehreren Filialen. Sie beschäftigt rund 100 Arbeitnehmer, davon zur Hälfte Frauen. Die bei ihr angestellte Klägerin des Ausgangsverfahrens verdiente rund 3.500 DM brutto monatlich.

52

Sie wurde vom 25. September 1991 bis zum 2. Januar 1992 aufgrund der Beschäftigungsverbote vor und nach der Entbindung nicht beschäftigt. Die gesetzliche Krankenkasse zahlte ihr insgesamt 2.500 DM Mutterschaftsgeld. Die Beschwerdeführerin weigerte sich unter Berufung auf die von ihr geltend gemachte Verfassungswidrigkeit der Regelung, der Klägerin den Zuschuss zum Mutterschaftsgeld in rechnerisch unstrittiger Höhe von insgesamt 3.335,72 DM zu zahlen.

53

Die auf Zahlung des Zuschusses zum Mutterschaftsgeld gerichtete Klage hatte in allen Instanzen Erfolg. Die Gerichte hielten die Verpflichtung der Beschwerdeführerin zur Zahlung des Zuschusses zum Mutterschaftsgeld für verfassungsgemäß.

54

Das Bundesarbeitsgericht (vgl. BAGE 81, 222) sah Art. 12 Abs. 1 GG nicht als verletzt an. Das Mutterschutzgesetz trage dazu bei, das Verfassungsgebot des Art. 6 Abs. 4 GG zu verwirklichen. Es sei auch zur Erreichung des verfolgten Zwecks geeignet und erforderlich. Bei der gebotenen Gesamtabwägung werde auch die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt. Es seien nicht nur die Gesamtbelastung der Arbeitgeber durch ihre Pflichten nach dem Mutterschutzgesetz, sondern auch die Aufwendungen des Bundes und der Krankenkassen für Ehe und Familie gestiegen. Es bestehe eine Verantwortungsbeziehung des Arbeitgebers zum Zweck der Regelung. Der Arbeitgeber bedürfe zur Erreichung des Unternehmenszwecks der Mitwirkung seiner Arbeitnehmerinnen, während diese zur Existenzsicherung ihre Arbeitskraft einsetzen müssten. Ohne Entgeltfortzahlung könne die Gesundheit von Mutter und Kind gefährdet sein.

55

Die Verfassungswidrigkeit der Zuschusspflicht folge auch nicht daraus, dass mittlere und größere Arbeitgeber nicht in das Umlageverfahren nach den §§ 10 ff. LFZG einbezogen seien. Ein Umlageverfahren sei nur sinnvoll, wenn die Arbeitgeber in unterschiedlichem Maß in Anspruch genommen würden. Bei den Leistungen nach dem Mutterschutzgesetz gelte das aber nur für kleinere Arbeitgeber. Größeren und mittleren Arbeitgebern wie der Beschwerdeführerin bringe ein Umlageverfahren auf mittlere Sicht keine Vorteile, da sich dadurch an der finanziellen Gesamtbelastung des einzelnen Arbeitgebers nichts ändere.

56

Auch Art. 3 Abs. 1 GG sei nicht verletzt. Insoweit verweist das Bundesarbeitsgericht auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 23. April 1974 (BVerfGE 37, 121). Dadurch, dass sich die Gesamtbelastung der Arbeitgeber erhöht habe, ha-

57

be sich das Verhältnis der konkurrierenden Unternehmen zueinander nicht verändert. Die Belastungen der Arbeitgeber durch das Mutterschutzgesetz und andere Arbeitnehmerschutzgesetze seien zwar gestiegen. Es sei auch bedenklich, dass sich das Verhältnis zwischen Mutterschaftsgeld und Zuschuss zum Mutterschaftsgeld immer mehr zulasten der Arbeitgeber verschiebe. Schließlich sei auch nicht zu übersehen, dass sich die Chancen jüngerer Frauen auf dem Arbeitsmarkt infolge wachsender finanzieller Belastung der Arbeitgeber bei Schwanger- und Mutterschaft tendenziell verschlechterten. Es sei aber nicht Sache des Gerichts, die gesetzliche Regelung daraufhin zu überprüfen, ob sie die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste Lösung sei. Der Gesetzgeber habe die äußersten Grenzen seines Ermessens nicht überschritten.

### III.

Mit der Verfassungsbeschwerde wendet sich die Beschwerdeführerin unmittelbar gegen die Urteile des Arbeitsgerichts, des Landesarbeitsgerichts und des Bundesarbeitsgerichts sowie mittelbar gegen § 14 Abs. 1 Satz 1 MuSchG. 58

Durch die Auferlegung der Pflicht zur Zahlung des Zuschusses zum Mutterschaftsgeld werde ihre Berufsausübungsfreiheit unverhältnismäßig beschränkt. Es fehle an der erforderlichen Verantwortungsbeziehung zwischen Arbeitgeber und dem Belang des Mutterschutzes, dem Kindersegen. Allenfalls aus dem Fürsorgeprinzip des Arbeitsrechts lasse sich eine Verantwortungsbeziehung ableiten. Diese Pflicht könne jedoch nicht zum Anknüpfungspunkt der Sozialversicherungsbelastung der Arbeitgeber genommen werden. Selbst wenn sie eine Sozialleistungsverpflichtung wie die vorliegende legitimieren sollte, sei Zurückhaltung angebracht. Sie wirke jedenfalls nur in Anbindung an das Vertragsverhältnis. Daraus könne kein Anspruch auf eine vertragsunabhängige Globalsicherung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber abgeleitet werden. 59

Die von den Arbeitgebern zu leistenden Zuschüsse zum Mutterschaftsgeld seien seit 1974 ständig gestiegen. Die Leistungen des Bundes für das Erziehungsgeld seien nicht in die Abwägung einzubeziehen. Die Verhältnismäßigkeitsbetrachtung müsse auf Leistungen beschränkt werden, die dem Schutz der Mutter und der Fürsorge für sie dienen. 60

Die von Art. 3 Abs. 1 GG geforderte Abgabengleichheit als wichtigste Ausprägung des Gleichheitssatzes sei verletzt, wenn - wie hier - eine Gruppe von Bürgern zur Finanzierung von Gemeinlasten herangezogen werde, die dem Sozialbereich zuzuordnen seien. Es sei die durch die Verantwortungsbeziehung Arbeitgeber-Arbeitnehmerin gezogene Grenze überschritten. Das Interesse an zahlreichem und gesundem Nachwuchs sei kein ausschließliches oder weit überwiegendes Interesse der Solidargemeinschaft der Versicherten oder der Arbeitgeber. Der Mutterschutz liege vielmehr im vorrangigen Interesse der Gemeinschaft aller Bürger, er sei deshalb im Wesentlichen aus Steuermitteln zu finanzieren. 61

Art. 3 Abs. 1 GG sei auch insofern verletzt, als Arbeitgeber, die nur Frauen oder vorwiegend höherverdienende Frauen beschäftigten, gegenüber anderen Arbeitgebern, die überwiegend Männer beschäftigten, benachteiligt würden. Es sei der Beschwerdeführerin, die wegen des Betriebszwecks mehr Frauen als andere Arbeitgeber beschäftige, nicht zuzumuten, diesen Zweck zu ändern, um zu vermeiden, dass sie für Frauen mehr zahlen müsse.

62

#### IV.

Zu der Verfassungsbeschwerde haben sich unter anderem die Bundesregierung, die Bayerische Staatsregierung, die Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände und der Deutsche Gewerkschaftsbund geäußert.

63

1. Nach Ansicht der Bundesregierung bestehen bei einer Gesamtbetrachtung der Lasten keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen § 14 Abs. 1 Satz 1 MuSchG. Sie geht dabei von folgendem Leistungsbild aus (Angaben in Milliarden DM):

64

	1991	1993	1995
<b>Bund</b>			
a) Mutterschutzgesetz	0,198	0,199	0,006
b) Stiftung Mutter und Kind	0,180	0,180	0,200
c) Erziehungsgeld	5,906	6,823	7,200
d) Kindergeld	0,465	0,474	
Aufwendungen Familienlastenausgleich für die ersten 6 Lebensmonate von Kindern			1996: 1,100
<b>Gesetzliche Krankenversicherung</b>			
Mutterschaftsgeld	1,213	1,248	1,205
<b>Arbeitgeber</b>			
Zuschuss zum Mutterschaftsgeld	1,800	2,200	2,400

65

Zudem sei zu berücksichtigen, dass die Arbeitgeber während der Mutterschutzfristen von der Beitragszahlung an die Krankenkassen freigestellt seien. Schließlich würden Kleinunternehmen durch das Umlageverfahren des § 10 LFZG entlastet. Eine Ausdehnung des Umlageverfahrens auf größere Unternehmen sei von der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände mehrfach ausdrücklich abgelehnt worden, da dies zu erhöhtem Verwaltungsaufwand führe, während die tatsächliche Kostenbelastung durch den einzelnen Mutterschaftsfall für mittelständische und größere Unternehmen regelmäßig kein größeres Problem darstelle.

66

Art. 6 Abs. 4 GG sei nicht verletzt, da der größere Teil der für den Mutterschutz zu erbringenden Leistungen nach wie vor vom Bund und von den gesetzlichen Krankenkassen aufgebracht werde. Auch die Leistungen des Bundes aufgrund des Bundeserziehungsgeldgesetzes seien in die Betrachtung mit einzubeziehen.

67

Art. 12 Abs. 1 GG sei ebenfalls nicht verletzt. § 14 Abs. 1 Satz 1 MuSchG habe keinen unmittelbar berufsregelnden Charakter, so dass die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers groß sei. Jedenfalls sei die Regelung nicht unverhältnismäßig. Die Zuschusspflicht sei durch Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt, denn Mutter und Kind müssten besonders während der Schwangerschaft vor Gefahren geschützt werden. Hinsichtlich der Zumutbarkeit der Kostenbelastung sei eine Gesamtbetrachtung anzustellen. § 14 Abs. 1 MuSchG überschreite daher nicht den zumutbaren Rahmen. Es bestehe auch eine besondere Verantwortungsbeziehung des Arbeitgebers zum Zweck der Regelung, denn die Gesundheit der Arbeitnehmerin komme dem Unternehmen zugute. 68

§ 14 Abs. 1 Satz 1 MuSchG verstoße auch nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Die Vorschrift gelte für alle Arbeitgeber. Unterschiedliche tatsächliche Auswirkungen bei Arbeitgebern mit vielen jüngeren Arbeitnehmerinnen hielten sich im Rahmen zulässiger Typisierungen. Großbetriebe seien kaum merklich belastet und Kleinbetriebe durch das Umlageverfahren entlastet. 69

2. Die Bayerische Staatsregierung ist der Auffassung, § 14 Abs. 1 Satz 1 MuSchG verstoße nicht gegen das Grundgesetz. Der Absicherung berufstätiger Frauen in der Schwangerschaft und nach der Geburt komme besondere Bedeutung zu. Die Regelung sei zumutbar, es handele sich um ein wesentliches Element des notwendigen Mutterschutzes. Die Sozialpflichtigkeit der Unternehmen legitimiere seit jeher Leistungen gerade auch im Bereich des Arbeitsschutzes und der Lohnfortzahlung, ohne dass diese ausschließlich oder überwiegend durch den Arbeitgeber verursacht sein müssten. Der Anspruch auf Zuschuss zum Mutterschaftsgeld sei Ausdruck der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers. Übermäßigen Belastungen von Kleinunternehmen werde durch das Umlageverfahren nach den §§ 10 ff. LFZG vorgebeugt. 70

3. Nach Ansicht der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände ist § 14 Abs. 1 MuSchG verfassungswidrig. Das Bundesverfassungsgericht habe in seiner Entscheidung aus dem Jahre 1985 selbst betont, dass § 14 Abs. 1 MuSchG Verfassungsrecht nicht verletze, solange der größte Teil der von der Gemeinschaft zu erbringenden Leistungen für den Mutterschutz vom Bund und von den Trägern der gesetzlichen Krankenkassen aufgebracht werde. Nach diesem Maßstab sei nunmehr ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 4 GG zu bejahen. Die Aufwendungen der Arbeitgeber für Mutterschaftsfälle seien in den vergangenen Jahren stark angestiegen. Während ursprünglich die Arbeitgeber nur ausnahmsweise einen geringen Zuschuss zum Mutterschaftsgeld geleistet hätten, betrage der Zuschuss heute rund 70 %. 71

Die angemessene Versorgung von Schwangeren sei eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe und daher aus Steuermitteln zu finanzieren. Sei dies nicht durchsetzbar, so sei zumindest die ursprüngliche Relation zwischen Mutterschaftsgeld und Arbeitgeberzuschuss wiederherzustellen, was durch eine Anhebung und Dynamisierung des Mutterschaftsgeldes erfolgen könne. Art. 3 Abs. 2 GG verlange eine aktive Förderung der Gleichberechtigung durch den Staat. Dem widerspreche die erhöhte Belas- 72

tung der Arbeitgeber mit Zusatzkosten bei der Beschäftigung von Frauen. Die steigende Kostenbelastung bewirke, dass Arbeitgeber bei der Einstellung junger Frauen Zurückhaltung üben.

4. Der Deutsche Gewerkschaftsbund hält § 14 Abs. 1 Satz 1 MuSchG für verfassungsgemäß. Die Regelung stelle eine Konkretisierung des Art. 6 Abs. 4 GG dar. Ein Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG liege nicht vor. Die den Arbeitgebern auferlegte Pflicht, einen Zuschuss zum Mutterschaftsgeld zu zahlen, sei durch Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt. Der Schutzauftrag des Art. 6 Abs. 4 GG richte sich schon seinem Wortlaut nach nicht nur an den Staat, sondern an jeden Einzelnen.

73

§ 14 Abs. 1 Satz 1 MuSchG sei erforderlich und geeignet, eine materielle Absicherung der Frau während der Beschäftigungsverbote zu gewährleisten. Der Zuschuss stelle eine zumutbare Belastung dar. Die relative Höhe des Arbeitgeberzuschusses im Verhältnis zur Produktivität und zu dem Anteil der Lohnkosten am Umsatz habe sich seit 1993 verringert. Der allgemeine Geburtenrückgang sei anhaltend. Frauen seien stärker als Männer in Teilzeit oder als geringfügig Beschäftigte tätig, was die Zuschusspflicht der Arbeitgeber begrenze. Beschäftigung von Frauen erfolge immer noch in niedrigeren Einkommensgruppen als bei Männern. Frauen verdienten selbst in vergleichbaren Positionen wie Männer weniger. Daher sei es für Arbeitgeber günstiger, mehr Frauen als Männer zu beschäftigen. Zudem seien Frauen bezogen auf eine 40jährige Beschäftigungsdauer für Arbeitgeber wegen insgesamt geringerer krankheitsbedingter Ausfallzeiten länger verfügbar als Männer. Auch die absolute Belastung der Arbeitgeber durch den Zuschuss sei nicht unzumutbar hoch, sondern liege im Zehntel-Prozent-Bereich der Gesamtbruttolohnsumme.

74

Die Kosten für Mutterschaft und Erziehung trage der Staat in weit größerem materiellen Umfang als die Arbeitgeber, denn Erziehungsgeld und andere Leistungen des Staates, wie das Kindergeld, seien zu berücksichtigen. Die Kleinunternehmen seien durch das Umlageverfahren entlastet. Eine Ausdehnung des Umlageverfahrens sei von den Arbeitgeberverbänden stets abgelehnt worden.

75

Auch ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG liege nicht vor, da die soziale Schutzbedürftigkeit der Mutter im Vordergrund stehe und etwaige Ungleichbehandlungen rechtfertige. Ebenso wenig sei Art. 3 Abs. 2 GG verletzt. § 14 MuSchG regle den Schutz der Frauen in einem bestehenden Arbeitsverhältnis und sei keine Einstellungsregelung. Die Überlegung, dass bei Frauen eine Mutterschaft eintreten könnte, beeinflusse die Einstellung und die Personalpolitik im Hinblick auf das Geschlecht wegen zu erwartender Zusatzkosten nicht entscheidend.

76

## V.

Der Beschwerdeführerin und den Anhörungsberechtigten ist Gelegenheit gegeben worden, ergänzend zu der Frage einer möglichen Wechselwirkung zwischen der Zuschusspflicht des Arbeitgebers zum Mutterschaftsgeld und der Diskriminierung von Frauen im Arbeitsleben (Art. 3 Abs. 2 GG) sowie zu einem Fragenkatalog zur Praxis

77

des Ausgleichs- und Umlageverfahrens Stellung zu nehmen.

Stellung genommen haben die Bundesregierung, die Länder Berlin, Brandenburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Saarland, Sachsen-Anhalt und Thüringen, der Bundesverband der Allgemeinen Ortskrankenkassen, der Bundesverband der Betriebskrankenkassen, der Bundesverband der Innungskrankenkassen, die Bundesknappschaft, die See-Krankenkasse sowie die Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, der Deutsche Gewerkschaftsbund und die Beschwerdeführerin. 78

Zusammengefasst ergeben sich aus den Stellungnahmen folgende Erkenntnisse: 79

1. Nach Angaben der Bundesregierung hat sich das durchschnittliche kalendertägliche Nettoarbeitsentgelt von rund 25 DM im Jahr 1968 auf rund 88,60 DM im Jahr 2000 erhöht. Nach Abzug der nicht zu berücksichtigenden Einmalzahlungen (§ 14 Abs. 1 Satz 4 MuSchG) ergebe sich ein "bereinigter" durchschnittlicher täglicher Nettoverdienst im Jahr 2000 von rund 81 DM. Der durchschnittliche tägliche Arbeitgeberzuschuss zum Mutterschaftsgeld in Höhe von 25 DM betrug demnach im Jahr 2000 rund 56 DM. 80

Das entspricht den Angaben der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, nach denen der Arbeitgeberzuschuss rund 69 % und das Mutterschaftsgeld 31 % der Gesamtaufwendungen für die Arbeitnehmerinnen in den Mutterschutzfristen vor und nach der Entbindung betragen. 81

Zur Höhe des kalendertäglichen Nettoentgelts von Frauen bis 40 Jahren hat eine Umfrage der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände ergeben, dass dieses im Jahre 2001 bei 52,76 Euro gelegen hat. Ziehe man vom kalendertäglichen Nettoentgelt den auf die Krankenkassen entfallenden Anteil ab, so verbleibe ein durchschnittlicher Zuschussbetrag auf Arbeitgeberseite in Höhe von 39,76 Euro pro Kalendertag und Arbeitnehmerin. Dieses wiederum ergebe unter Zugrundelegung der Mutterschutzfristen von 14 Wochen eine durchschnittliche Gesamtbelastung für den Arbeitgeber von 3.896,48 Euro pro Mutterschaftsfall. Die Umfrage hat weiterhin ergeben, dass im Jahre 2001 nur 3,33 % der befragten Unternehmen einen durchschnittlichen Zuschuss von unter 13 Euro gezahlt hätten. 96,67 % aller Unternehmen zahlten mehr als 13 Euro. Rund ein Viertel der Unternehmen müssten mehr als 39 Euro zahlen. 10 % zahlten über 52 Euro. 82

2. Das Umlageverfahren erfasste nach einer vom Bundesministerium für Jugend, Familie, Frauen und Gesundheit in Auftrag gegebenen Studie im Jahr 1989 93 % der Betriebe in den alten Bundesländern mit rund 35 % aller Beschäftigten (vgl. Speil/Baldauf, Mutterschutz und Arbeitslohn - Versicherungsrechtliche Ausgleichsverfahren als Beitrag zur Kostenentlastung der Betriebe und Beschäftigungsförderung von Frauen, Schriftenreihe des Bundesministers für Jugend, Familie, Frauen und Gesundheit, Band 261, 1990). Diese Angaben sind auch heute noch im Wesentlichen aktuell, wie sich auch aus den Erhebungen des Instituts für Arbeitsmarkt- und Berufs- 83

forschung (IAB) zur Verteilung der Betriebe nach Betriebsgrößenklassen ergibt (vgl. Beschäftigungsentwicklung und -strukturen in den alten und neuen Bundesländern - Ergebnisse aus dem IAB-Betriebspanel 1996, in: Mitteilungen aus der Arbeitsmarkt- und Berufsforschung <MittAB> 1997, S. 47, 51):

<b>Sozialversicherungspflichtig Beschäftigte nach Betriebsgrößenklassen am 30. Juni 1996</b>				
<b>Betriebsgrößenklassen (Beschäftigte)</b>	<b>Beschäftigtenzahl</b>		<b>Betriebe</b>	
	in %	in 1.000	in %	in 1.000
<b>Westdeutschland</b>				
1-19	28,6	8.349,0	86,5	1.413,1
20-199	34,2	9.984,3	12,4	202,8
200-499	12,7	3.691,4	0,7	12,1
500-1999	15,2	4.429,0	0,3	5,1
2000 und mehr	9,3	2.708,4	0,0	0,6
<b>Insgesamt</b>	<b>100,0</b>	<b>29.162,1</b>	<b>100,0</b>	<b>1.633,7</b>
<b>Ostdeutschland</b>				
1-19	29,6	1.776,6	84,6	338,0
20-199	39,7	2.381,2	12,3	49,2
200-499	11,6	694,0	2,7	10,8
500-1999	13,6	814,3	0,2	0,9
2000 und mehr	5,5	330,6	0,2	0,7
<b>Insgesamt</b>	<b>100,0</b>	<b>5.996,7</b>	<b>100,0</b>	<b>399,6</b>

84

Hinsichtlich des Anteils von Frauen und Männern je nach Unternehmensgröße liegen Daten für das Jahr 1998 (vgl. WSI-FrauenDatenReport, 2000, S. 91 f.) und das Jahr 2000 (vgl. Bericht der Bundesregierung zur Berufs- und Einkommenssituation von Frauen und Männern, BTDrucks 14/8952, S. 75) vor. Danach ergibt sich für das Jahr 2000 folgendes Bild:

85

<b>Sozialversicherungspflichtig Beschäftigte nach Betriebsgrößenklassen am 30. Juni 2000</b>				
<b>Betriebsgrößenklassen (Beschäftigte)</b>	<b>Frauen</b>		<b>Männer</b>	
	in %	Absolut	in %	Absolut
<b>Westdeutschland</b>				

86

1-9	22,3	2.201.168	14,3	1.855.583
10-19	9,8	972.601	9,4	1.219.424
20-49	12,7	1.254.277	14,0	1.811.736
50-99	11,1	1.094.375	11,3	1.468.246
100-246	14,2	1.403.309	14,8	1.917.244
250-499	10,2	1.005.250	10,7	1.390.700
500-900	8,0	795.112	8,6	1.117.100
1000 und mehr	11,7	1.157.558	16,8	2.183.729
<b>Insgesamt</b>	<b>100,0</b>	<b>9.883.650</b>	<b>100,0</b>	<b>12.963.762</b>
<b>Ostdeutschland</b>				
1-9	21,9	525.438	18,7	481.912
10-19	9,6	231.166	12,9	332.851
20-49	14,3	343.933	19,3	498.571
50-99	11,9	285.761	13,8	356.492
100-246	14,7	353.647	14,9	383.296
250-499	9,6	231.180	8,0	205.932
500-900	7,7	184.405	5,8	150.689
1000 und mehr	10,1	242.533	6,6	170.406
<b>Insgesamt</b>	<b>100,0</b>	<b>2.398.063</b>	<b>100,0</b>	<b>2.580.149</b>

Nach diesen Statistiken waren 1998 in Deutschland 15,4 Mio. Frauen und 20,5 Mio. Männer (2000: 15,9 Mio. Frauen und 20,7 Mio. Männer) beschäftigt. Im Westen waren prozentual mehr Frauen als Männer in Kleinbetrieben beschäftigt. In absoluten Zahlen hielten sich die Gruppen mit 4,34 Mio. Frauen und 4,4 Mio. Männern (1998) in den Kleinbetrieben allerdings die Waage. Im Osten waren die Anteile prozentual etwa gleich; die Zahl der in Kleinbetrieben beschäftigten Männer überwog mit etwa 1,8 Mio. jedoch die Zahl der Frauen mit 0,9 Mio. Nicht vom Ausgleichs- und Umlageverfahren erfasst sind danach in Deutschland ungefähr 10 Mio. Frauen und fast 15 Mio. Männer. Deren Arbeitgeber werden je nach individuellem Frauenanteil und der Häufigkeit von Mutterschaft unterschiedlich durch die gesetzliche Regelung betroffen. Am Ausgleichs- und Umlageverfahren beteiligt sind die Arbeitgeber von ungefähr 5 Mio. Männern und 5 Mio. Frauen, also von insgesamt 10 Mio. Beschäftigten.

87

3. Nach der Studie "Mutterschutz und Arbeitslohn" hatten 1989 22 % der Ortskrankenkassen und 43 % der Innungskrankenkassen die Umlage für den Zuschuss zum Mutterschaftsgeld (sogenannte U 2 in Abgrenzung zur Umlage U 1, die die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall betrifft) gemäß § 16 Abs. 2 Nr. 4 LFZG auf Kleinunternehmen mit bis zu 30 Beschäftigten erweitert.

88

Aktuell haben die Bundesknappschaft, die See-Krankenkasse sowie die meisten Allgemeinen Ortskrankenkassen und Innungskrankenkassen und ein Teil der Be-

89



etriebskrankenkassen das Umlageverfahren auf Kleinbetriebe mit bis zu 30 Beschäftigten erweitert. Neben einer obligatorischen Ausweitung auf die Betriebe mit bis zu 30 Beschäftigten gibt es auch die Variante, diesen Betrieben ein Wahlrecht einzuräumen, ob sie sich am Umlageverfahren beteiligen möchten.

4. Die Umlage U 2 ist - im Gegensatz zur Umlage U 1 - recht gering. Der Beitragsatz bewegt sich zwischen 0,05 % (Innungskrankenkassen, Bundesknappschaft: 0,1 %) und maximal 0,35 % (bei einzelnen Allgemeinen Ortskrankenkassen). Bei den meisten Ortskrankenkassen und den Betriebskrankenkassen beträgt der Umlagesatz 0,2 %.

Der Nutzen einer Ausweitung des Umlageverfahrens wird skeptisch gesehen. Stellungnahmen, die eine solche Ausweitung ausdrücklich befürworten, sind nicht abgegeben worden. Vor allem die Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände spricht sich dagegen aus. Nach ihren Angaben lehnten nahezu alle Unternehmen eine Ausweitung ab. Dies deckt sich mit den Angaben und Einschätzungen der Krankenkassen.

## B.

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig. Insbesondere war die Beschwerdeführerin nicht gehindert, das Bundesverfassungsgericht erneut anzurufen.

Zwar hat das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsmäßigkeit des Arbeitgeberzuschusses zum Mutterschaftsgeld schon zweimal bestätigt (BVerfGE 37, 121; 70, 242). Das schließt eine erneute Verfassungsbeschwerde jedoch nicht aus, wenn später rechtserhebliche Änderungen der Sach- und Rechtslage eintreten (vgl. BVerfGE 33, 199 <203 f.>). Das Bundesverfassungsgericht hat hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit von § 14 Abs. 1 Satz 1 MuSchG ausgeführt, dass solche veränderten Verhältnisse vorliegen, wenn die Belastung der Arbeitgeber mit den Leistungen des Mutterschutzes 50 % übersteigt (vgl. BVerfGE 70, 242 <251>). Darüber hinaus hat sich die Rechtslage, soweit sie den Grundsatz der Gleichberechtigung der Geschlechter betrifft, durch die Fortentwicklung des europäischen Gemeinschaftsrechts und des deutschen Rechts zur Durchsetzung des Grundsatzes der Gleichberechtigung der Geschlechter, insbesondere auch durch die Neufassung des Art. 3 Abs. 2 GG, geändert. Verfassungsrechtlich darf nicht mehr darauf abgestellt werden, dass der Arbeitgeber aufgrund freien Entschlusses und im eigenen Erwerbsinteresse mit Frauen Arbeitsverhältnisse begründe, es ihm also frei stehe, etwaige Mehrbelastungen dadurch zu vermeiden, dass er die Beschäftigung von Frauen unterlässt (so noch BVerfGE 37, 121 <130>).

## C.

Die Verfassungsbeschwerde ist, soweit sie sich mittelbar gegen § 14 Abs. 1 Satz 1 MuSchG richtet, begründet. Die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Zahlung eines Zuschusses zum Mutterschaftsgeld ist zwar grundsätzlich mit der Berufsfreiheit vereinbar. In ihrer gegenwärtigen Ausgestaltung leistet sie jedoch im Widerspruch zu

Art. 3 Abs. 2 GG einer Diskriminierung von Frauen im Arbeitsleben Vorschub und stellt deshalb keine verfassungsmäßige Beschränkung der Berufsfreiheit dar.

1. Die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Zahlung eines Zuschusses zum Mutterschaftsgeld gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 MuSchG berührt die Freiheit der Berufsausübung der Beschwerdeführerin nach Art. 12 Abs. 1 GG, weil dieser zusätzliche Kostenlasten aufgebürdet werden, die aus ihrer Berufstätigkeit, nämlich der Beschäftigung der geschützten Arbeitnehmerinnen, folgen (vgl. BVerfGE 81, 156 <188>). Derartige das Arbeitsverhältnis inhaltlich ausgestaltende Geldleistungspflichten sind an der Berufsfreiheit zu messen (vgl. BVerfGE 77, 308 <332>; 81, 156 <188>; 85, 226 <233>). Der Nachweis einer besonderen berufsregelnden Tendenz ist nicht erforderlich (Abweichung von BVerfGE 37, 121 <131>). 95

2. a) Beschränkungen der Berufsausübung bleiben im Rahmen des dem Gesetzgeber durch Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG eingeräumten Regelungsspielraums, wenn sie durch hinreichende Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden können, die gewählten Mittel zur Erreichung des verfolgten Zweckes geeignet und erforderlich sind und bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit gewahrt wird (vgl. BVerfGE 68, 155 <171>; 71, 183 <196 f.>; 72, 26 <31>; stRspr). Das Grundgesetz lässt dem Gesetzgeber im Zusammenhang mit Berufsausübungsregelungen ein erhebliches Maß an Freiheit (grundlegend BVerfGE 7, 377 <405 f.>) und räumt ihm bei der Festlegung der zu verfolgenden berufs-, arbeits- oder sozialpolitischen Ziele einen ebenso weiten Gestaltungsspielraum wie bei der Bestimmung wirtschaftspolitischer Ziele ein (vgl. BVerfGE 37, 1 <20>; 39, 210 <225 f.>; 46, 246 <257>; 51, 193 <208>). Seine Gestaltungsfreiheit ist besonders groß, wenn - wie hier - die angegriffene Regelung keinen unmittelbar berufsregelnden Charakter hat (vgl. BVerfGE 46, 120 <145>; 77, 308 <332>), sondern lediglich an bestimmte Konstellationen im Arbeitsverhältnis eine berufsunspezifische Kostenlast knüpft. 96

b) Die Beeinträchtigung der Berufsfreiheit des Arbeitgebers durch die Zuschusspflicht gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 MuSchG ist durch hinreichende Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt und genügt - vorbehaltlich der aus Art. 3 Abs. 2 GG zu ziehenden Folgerungen (siehe unter 3) - auch den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. 97

aa) Das mit dem gesetzlichen Mutterschutz verfolgte Ziel, die im Arbeitsverhältnis stehende Mutter und das werdende Kind vor arbeitsplatzbedingten Gefahren, Überforderungen und Gesundheitsschädigungen zu schützen, hat einen hohen Rang. Der Gesetzgeber verwirklicht mit ihm auch seinen Schutzauftrag aus Art. 6 Abs. 4 GG (vgl. BVerfGE 37, 121 <126>; BAGE 14, 304 <309>). 98

bb) Die Verpflichtung der Arbeitgeber, einen Zuschuss zum Mutterschaftsgeld zu zahlen, ist zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziels auch geeignet und erforderlich. 99

Durch die Kombination von Mutterschaftsgeld und Zuschuss zum Mutterschaftsgeld wird die (werdende) Mutter während der generellen Beschäftigungsverbote kurz vor und nach der Entbindung finanziell so abgesichert, dass für sie kein Anreiz besteht, unter Inkaufnahme von gesundheitlichen Gefährdungen zum Zwecke der Existenzsicherung zu arbeiten. 100

Bei Beeinträchtigungen der Berufstätigkeit ohne spezifische berufsregelnde Tendenz durch die Auferlegung von Kostenlasten entfällt die Erforderlichkeit nicht schon deshalb, weil eine Finanzierung der Aufgabe aus Steuermitteln für die Betroffenen ein milderes Mittel wäre (vgl. BVerfGE 81, 156 <193 f.>). Mildere Mittel sind nicht solche, die eine Kostenlast lediglich verschieben (vgl. BVerfGE 103, 172 <183 f.>). Es liegt grundsätzlich im Ermessen des Gesetzgebers, die nach seiner Überzeugung gebotene und dem Gemeinwohl dienende Maßnahme zu bestimmen (vgl. BVerfGE 103, 293 <307>). Ob und in welchem Umfang die Kosten der erforderlichen finanziellen Absicherung der Arbeitnehmerin vom Arbeitgeber zu tragen sind, ist keine Frage der Erforderlichkeit, sondern der Zumutbarkeit der gesetzlichen Regelung (vgl. BVerfGE 77, 308 <334>). 101

cc) Die Regelung ist für die Beschwerdeführerin grundsätzlich zumutbar. 102

(1) Der Gesetzgeber durfte davon ausgehen, dass die den Arbeitgebern auferlegte Belastung wirtschaftlich für die Unternehmen tragbar ist. Aus dem Umlageverfahren für Kleinunternehmen lässt sich errechnen, dass die Aufwendungen für den Zuschuss im Durchschnitt weniger als 0,2 % der Lohnsumme der Kleinunternehmen ausmachen. Zwar sind die Arbeitsentgelte in den letzten Jahren gestiegen, die Zahl der Schwangerschaften ist jedoch zurückgegangen, so dass ein Arbeitgeber im Durchschnitt nur mit einer Schwangerschaft je Arbeitnehmerin belastet ist. Die Belastung wird dadurch gemildert, dass die Leistungen auf den Erhalt des Nettoeinkommens gerichtet und damit niedriger sind als die vergleichbare Belastung bei der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall erfordert für einen einzigen Monat eine höhere Summe als der Zuschuss während des dreimonatigen Beschäftigungsverbots vor und nach der Entbindung. 103

Die Belastung aus dem Mutterschutz trifft alle Unternehmen. Bei Kleinunternehmen erfolgt sie durch Beteiligung an der Umlage, bei anderen Unternehmen durch die Pflicht zur Zahlung des Zuschusses an die Arbeitnehmerin. Die Annahme des Gesetzgebers, dass diese finanzielle Belastung für die Unternehmen tragbar sei, ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. 104

Dem Risiko einer ungleichen Belastung durch einen hohen Frauenanteil an der Belegschaft und das Zusammentreffen mehrerer Schwangerschaften ist der Gesetzgeber dadurch begegnet, dass für Kleinunternehmen, die dies besonders treffen würde - und damit für über 90 % der Arbeitgeber - das Ausgleichs- und Umlageverfahren eingeführt worden ist. Bei mittleren und großen Unternehmen hat er die Belastung in Relation zur Lohnsumme als minimal eingeschätzt. 105

(2) Die Belastung ist nicht deshalb für die Arbeitgeber unzumutbar, weil ihnen Kosten auferlegt werden, die die Gemeinschaft zu tragen hätte. Der Mutterschutz ist eine sozialpolitische Aufgabe, bei deren Umsetzung der Gesetzgeber über einen weiten Gestaltungsspielraum verfügt. 106

Aus Art. 6 Abs. 4 GG ergibt sich nicht, dass die Kosten des Mutterschutzes ausschließlich vom Staat zu tragen sind, vielmehr wird die "Gemeinschaft" in die Pflicht genommen, zu der auch die Arbeitgeber gehören (vgl. BVerfGE 37, 121 <126 f.>). Der Gesetzgeber kann sich bei seiner Aufgabe, Mütter und Kinder zu schützen, auch Dritter bedienen (vgl. BVerfGE 88, 203 <259 f.>; vgl. auch schon für Familienleistungen BVerfGE 11, 105 <115 f.>). Eine Aufteilung der Kosten des Mutterschutzes zwischen Bund, Krankenkassen und Arbeitgeber ist daher im Hinblick auf Art. 6 Abs. 4 GG grundsätzlich nicht zu beanstanden (vgl. BVerfGE 37, 121 <127 f.>). 107

Art. 6 Abs. 4 GG regelt nicht, wer als Kostenträger in Betracht kommt und in welchem Umfang die einzelnen Kostenträger an den Kosten des Mutterschutzes zu beteiligen sind. Dementsprechend hat der Gesetzgeber in der Vergangenheit die Kostenverteilung unterschiedlich ausgestaltet. So lag die Kostentragung vor 1956 für einen Teil der Arbeitnehmerinnen sogar im vollen Umfang beim Arbeitgeber; diese Regelung wurde aus völkerrechtlichen, nicht aus verfassungsrechtlichen Gründen aufgegeben. Die Verpflichtung der Gemeinschaft, Mütter zu schützen, geht weit über den engeren Bereich des arbeitsrechtlichen Mutterschutzes hinaus. Trotz des prozentual gestiegenen Anteils der Arbeitgeberleistungen überwiegen bei der gebotenen Gesamtbetrachtung die öffentlichen Leistungen für den Schutz von Mutter und Kind bei weitem die Belastungen der Arbeitgeber. Auf der Seite des Staates sind die Gesamtleistungen für Kinder und Familien einzubeziehen. Die Schutzpflicht des Staates nach Art. 6 Abs. 1 GG und sein Schutzauftrag nach Art. 6 Abs. 4 GG berühren sich insoweit (vgl. BVerfGE 88, 203 <258>). 108

(3) Die Zuschusspflicht ist auch nicht deshalb unzumutbar, weil es an einer besonderen Verantwortungsbeziehung des Arbeitgebers zur Aufgabe Mutterschutz fehlt (vgl. BVerfGE 77, 308 <337>; 81, 156 <198>; 85, 226 <236>). Die Mutterschutzregelungen sind Teil des Arbeitnehmerschutzrechts. Es geht um den Schutz von Arbeitnehmern, hier Frauen, vor besonderen Gesundheitsgefahren, die im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehen. Das Arbeitnehmerschutzrecht ist die "Urzelle des modernen Arbeitsrechts" (vgl. Richardi, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1, 2. Aufl. 2000, § 7 Rn. 21), das von der Sozialpflichtigkeit der Unternehmen und einer Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gegenüber den bei ihm angestellten Arbeitnehmern ausgeht. Die Mutter soll vor und nach der Geburt wegen der damit verbundenen Gesundheitsgefahren für sich und das Kind nicht arbeiten müssen. Die Gefahren, vor denen Mutter und Kind geschützt werden sollen, resultieren unmittelbar aus dem Arbeitsverhältnis. Arbeitnehmer müssen in der Regel zur Existenzsicherung ihre volle Arbeitskraft einsetzen (vgl. BVerfGE 77, 308 <334 f.>). Der erforderliche Gesundheitsschutz kann nur wirksam werden, wenn ein Entgeltersatz geleistet wird. Die Kosten des Mutterschutzes werden bei der gegenwärtigen Regelung zum 109

Teil demjenigen auferlegt, der für die gesetzlich vermutete Gefährdung verantwortlich und damit besonders betroffen ist. Die vom jeweiligen Arbeitgeber zu tragenden Kosten lassen sich daher dem einzelnen Arbeitsverhältnis zuordnen (vgl. BVerfGE 77, 308 <337>).

3. Die angegriffene Regelung ist jedoch eine unangemessene Beschränkung der Berufsausübungsfreiheit, weil sie das im Zuge systematischer Verfassungsinterpretation zu berücksichtigende Gleichberechtigungsgebot aus Art. 3 Abs. 2 GG verletzt. 110

a) Art. 3 Abs. 2 GG stellt ein Gleichberechtigungsgebot auf und erstreckt dieses auch auf die gesellschaftliche Wirklichkeit (vgl. BVerfGE 85, 191 <207>; 92, 91 <109>). Das ist durch die Anfügung von Satz 2 in Art. 3 Abs. 2 GG ausdrücklich klar- gestellt worden (vgl. BVerfGE 92, 91 <109>). Es geht um die Durchsetzung der Gleichberechtigung der Geschlechter für die Zukunft. Art. 3 Abs. 2 GG zielt auf die Angleichung der Lebensverhältnisse (vgl. BVerfGE 85, 191 <207>; 89, 276 <285>). Frauen müssen die gleichen Erwerbschancen haben wie Männer (vgl. BVerfGE 85, 191 <207>). 111

Das entspricht auch den europarechtlichen und internationalen Verpflichtungen der Bundesrepublik. Sowohl das europäische Gleichstellungsrecht (Richtlinie 76/207/ EWG vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehand- lung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Be- rufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABIEG Nr. L 39 S. 40) wie die völkerrechtlichen Instrumente zum Abbau der Diskrimi- nierung der Frau (vgl. Art. 11 des UN-Übereinkommens vom 18. Dezember 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, BGBl 1985 II S. 648; vgl. auch das ILO-Übereinkommen Nr. 111 vom 25. Juni 1958, BGBl 1961 II S. 98) fordern die Beseitigung auch mittelbarer und faktischer Diskriminierungen. 112

b) Die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Zahlung eines Zuschusses zum Mutter- schaftsgeld widerspricht in ihrer gegenwärtigen Ausgestaltung dem Schutzauftrag aus Art. 3 Abs. 2 GG; das gesetzlich vorgeschriebene Ausgleichs- und Umlagever- fahren stellt wegen seiner Begrenzung auf Kleinunternehmen keinen hinreichenden Ausgleich dar. 113

aa) Bei der Frage, wie der Gesetzgeber dem Gebot des Art. 3 Abs. 2 GG nach- kommt, steht ihm ein Gestaltungsspielraum zu (vgl. zum Gestaltungsspielraum bei Schutzpflichten allgemein BVerfGE 88, 203 <254>). Die Art und Weise, wie der Staat seine Verpflichtung erfüllt, die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern zu fördern und auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin- zuwirken, obliegen seiner Ausgestaltungsbefugnis. Er muss jedoch faktische Diskri- minierungen, die sich als Folge seiner Regelungen ergeben, so weit wie möglich ver- meiden. 114

bb) Bei der Erfüllung des Schutzauftrages aus Art. 6 Abs. 4 GG, der dem Gesetzge- ber auferlegt, den Schutz der Mutter sicherzustellen, hat der Gesetzgeber auch mög- 115

liche faktische Diskriminierungen zu berücksichtigen, die von Schutzgesetzen zugunsten von Frauen ausgehen können (vgl. BVerfGE 85, 191 <209>). Der Gesetzgeber ist gehalten, der Gefahr, dass sich die von ihm erlassenen Schutzvorschriften in der Wirklichkeit des Arbeitslebens diskriminierend auswirken können, zu begegnen und sie so weit wie möglich durch geeignete Regelungsmechanismen auszugleichen.

cc) Dieser Verpflichtung ist der Gesetzgeber zum einen durch Vorschriften nachgekommen, die die Diskriminierung von Frauen bei der Einstellung verbieten (vgl. § 611 a Abs. 1 Satz 1 BGB; dazu BVerfGE 89, 276 <286 ff.>). 116

Solche Verbote sind grundsätzlich geeignet, möglichen faktischen Diskriminierungswirkungen von Schutzvorschriften entgegenzuwirken. Für den Mutterschutz sind sie schon deshalb besonders wichtig, weil selbst ein anderes Konzept der Kostentragung die aus dem erforderlichen Schutz von Mutter und Kind folgende unvermeidliche Belastung des Arbeitgebers nicht beseitigen würde. Der Arbeitgeber ist neben der Kostenbelastung insbesondere durch die Freistellung der Arbeitnehmerin betroffen. Hinzu tritt die durch andere gesetzliche Regelungen eintretende Ungewissheit darüber, in welchem Umfang die Frau von Freistellungsmöglichkeiten nach Ablauf der Schutzfristen Gebrauch machen wird; dies verhindert Planungssicherheit über die Mutterschutzfristen hinaus. 117

dd) Hinsichtlich der finanziellen Belastung hat der Gesetzgeber zum anderen der Möglichkeit einer faktischen Beeinträchtigung der Einstellungschancen von Frauen im "gebärfähigen Alter" vor allem dadurch entgegenzutreten wollen, dass er kompensatorisch das Ausgleichs- und Umlageverfahren für Kleinunternehmen geschaffen hat, das die Kostenlast nicht mehr an die Beschäftigung von Frauen bindet. 118

(1) Der Gesetzgeber hat zutreffend erkannt, dass mit einer steigenden Zahlungsverpflichtung zusätzliche Beschäftigungshemmnisse für Frauen entstehen können (vgl. BTDrucks 10/2102, S. 36 f.; BTDrucks 13/2763, S. 12). Auch das Verbot der individuellen Belastung des Arbeitgebers mit den Kosten der bei ihm beschäftigten Frauen in Art. 6 Nr. 8 des - von der Bundesrepublik Deutschland nicht ratifizierten - ILO-Übereinkommens Nr. 183 über die Neufassung des Übereinkommens über den Mutterschutz vom 15. Juni 2000, durch das das ILO-Übereinkommen Nr. 103 über den Mutterschutz neu gefasst worden ist, beruht auf der Überzeugung der Vertragsparteien, dass eine solche Kostentragungspflicht ein Einstellungshindernis sein kann. 119

Wie hoch die Wahrscheinlichkeit ist, dass Frauen allein wegen der Belastung der Arbeitgeber mit der Pflicht zur Zahlung eines Zuschusses zum Mutterschaftsgeld nicht eingestellt werden, lässt sich nicht sicher feststellen. Die Belastung ist aber verfassungsrechtlich erheblich, da sie jedenfalls im Zusammenwirken mit den anderen Belastungen des Arbeitgebers, die mit Schwangerschaft von Arbeitnehmerinnen verbunden sein können, einen Benachteiligungseffekt auszulösen vermag. 120

Eine negative Steuerungswirkung der Belastung mit den Kosten des Mutterschut- 121

zes ist umso mehr zu befürchten, als sich diese Kosten ständig erhöht haben. Ursprünglich war der Zuschuss zum Mutterschaftsgeld die Ausnahme. Bei seiner gesetzlichen Festlegung 1965 konnte er in der Regel nicht anfallen, weil das Durchschnittsentgelt aller Versicherten 25 DM täglich nicht überstieg (1965 betrug das durchschnittliche Bruttojahresentgelt aller Versicherten 9.229 DM - Anlage 1 zum SGB VI). Bis zum Jahr 2001 hat sich das Durchschnittsjahresentgelt aller Versicherten versechsfacht und ist auf 55.216 DM gestiegen (vgl. Sozialversicherungs-Rechengrößenverordnung 2003 vom 17. Dezember 2002, BGBl I S. 4561). Da das Mutterschaftsgeld in der Höhe unverändert beibehalten worden ist, hat sich nach den Angaben der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände die durchschnittliche Arbeitgeberbelastung auf 39,76 Euro täglich (kalendertägliches Nettoentgelt in Höhe von 52,76 Euro abzüglich 13 Euro Mutterschaftsgeld) erhöht. Der Arbeitgeber leistet damit keinen "Zuschuss" mehr, sondern den wesentlichen Beitrag zur Entgeltfortzahlung während der Schutzfristen, der durch das Mutterschaftsgeld nur gemildert wird.

Um dadurch drohende Beschäftigungshindernisse für Frauen im "gebärfähigen Alter" abzubauen, hat der Gesetzgeber das Ausgleichs- und Umlageverfahren nach den §§ 10 ff. LFZG eingeführt und ausgebaut (vgl. BTDrucks 10/2102, S. 36 f.; BTDrucks 13/2763, S. 12). Weder die Entgelthöhe der beschäftigten Frauen noch der Anteil der beschäftigten Frauen an der Gesamtbelegschaft spielen infolge dessen für die finanzielle Belastung von Kleinunternehmen eine Rolle. Alle am Ausgleichs- und Umlageverfahren beteiligten Arbeitgeber werden hinsichtlich der Finanzierung der im Einzelfall erforderlichen Entgeltfortzahlung in Gestalt des so genannten Zuschusses zum Mutterschaftsgeld gleich behandelt. Sie können durch ihr Einstellungsverhalten ihre eigene Belastung nicht beeinflussen. Der Zuschuss zum Mutterschaftsgeld kann daher die Arbeitsmarktchancen von Frauen nicht schmälern.

122

Das Ausgleichs- und Umlageverfahren ist mithin ein geeignetes Mittel, um ungleiche Belastungen von Unternehmen mit unterschiedlich hohem Frauenanteil zu vermeiden und damit der mittelbaren Diskriminierung von Frauen auf dem Arbeitsmarkt entgegenzuwirken. Soweit der Anwendungsbereich des Ausgleichs- und Umlageverfahrens reicht, sind die Anforderungen von Art. 3 Abs. 2 GG erfüllt.

123

(2) Das Ausgleichs- und Umlageverfahren ist jedoch auf Kleinunternehmen beschränkt. § 10 LFZG schreibt es nur für Arbeitgeber mit nicht mehr als 20 Arbeitnehmern vor. Auch wenn die Zahl der am Umlageverfahren beteiligten Arbeitgeber durch die Nichtanrechnung oder durch die Teilanrechnung von Auszubildenden, Teilzeitarbeitskräften und Schwerbehinderten ausgeweitet ist und viele Krankenkassen durch Satzungsrecht Unternehmen mit bis zu 30 Arbeitnehmern nach § 16 LFZG einbezogen haben, verbleibt ein erheblicher Teil der Unternehmen außerhalb des Ausgleichs- und Umlageverfahrens.

124

Das Ausgleichs- und Umlageverfahren erfasst zwar ungefähr 90 % der Unternehmen, in denen jedoch nur etwa ein Drittel der Arbeitnehmerinnen und ein Viertel der

125

Arbeitnehmer beschäftigt sind. Wie die eingeholten Auskünfte und die erreichbaren Statistiken ergeben, beschäftigen die Kleinunternehmen insgesamt etwa gleich viele Männer und Frauen, wenngleich der Anteil in einzelnen Branchen und Unternehmen vom Durchschnitt abweichen kann. In mittleren und großen Unternehmen übersteigt aber die Anzahl der beschäftigten Männer (etwa 15 Mio.) diejenige der Frauen (etwa 10 Mio.) um 50 %. Schon hierdurch ist die Streuung breiter und Durchschnittszahlen sind daher weniger aussagekräftig.

(3) Der Gesetzgeber hat von der Einbeziehung größerer Unternehmen in das Ausgleichs- und Umlageverfahren abgesehen, weil hierdurch ein unnötiger Verwaltungsaufwand entstünde; bei ihnen gleichen sich im Übrigen langfristig die Höhe der Mutterchaftsleistung und die Umlage aus. Diese Erwägungen rechtfertigen es nicht, das Risiko einer faktischen Diskriminierung von Frauen in Kauf zu nehmen. 126

Auch in mittleren und großen Unternehmen besteht nach wie vor eine geschlechtsspezifische Teilung des Arbeitsmarktes (vgl. Bericht der Bundesregierung zur Berufs- und Einkommenssituation von Frauen und Männern, BTDrucks 14/8952, S. 59 ff., 183 ff.) mit der Folge erheblicher Unterschiede hinsichtlich des Anteils der Frauen an den Beschäftigten. Bei mittleren und großen Unternehmen ist daher ebenso wie bei Kleinunternehmen eine Durchschnittsbetrachtung nicht angezeigt. Das Ausgleichs- und Umlageverfahren hat gerade den Zweck, die unterschiedliche Verteilung der Risiken auszugleichen und damit Beschäftigungshemmnisse abzubauen. Mit Praktikabilitätsabwägungen lässt sich daher der Verzicht auf die Einbeziehung der mittleren und großen Unternehmen in das Ausgleichs- und Umlageverfahren nicht rechtfertigen. Ein einheitliches Umlagesystem, das nicht mehr nach Unternehmensgrößen unterschiede, wäre sogar leichter zu handhaben, weil die Krankenkassen auf die zum Teil schwierigen Feststellungen zur Anzahl der Beschäftigten verzichten könnten. 127

Im Übrigen würde ein die mittleren und großen Unternehmen umfassendes Ausgleichs- und Umlageverfahren auch die Beitragsbasis verbreitern und damit Unternehmen mit hohem Frauenanteil entlasten. Bisher werden durch die Beschränkung des Ausgleichs- und Umlageverfahrens auf Kleinunternehmen nur etwa ein Viertel der männlichen Arbeitnehmer und auch nur etwa ein Viertel der auf Männer entfallenden Lohnkosten erfasst, wobei die Umlage in den betroffenen Unternehmen gleichermaßen auf Männer- und Frauenlöhne erhoben wird. Würden durch eine Ausweitung des Ausgleichs- und Umlageverfahrens auch die anderen Unternehmen, die den überwiegenden Teil der Arbeitnehmer beschäftigen, in das Umlageverfahren einbezogen, wären im Verhältnis zu den denkbaren Risikofällen innerhalb der Gruppe von weiteren etwa 10 Mio. Frauen auch die Einkommen von weiteren 15 Mio. männlichen Arbeitnehmern faktisch "umlagebelastet". 128

(4) Zur Rechtfertigung der bisherigen Regelung kann nicht auf die Parallele zu dem - ebenfalls auf Kleinunternehmen beschränkten - Ausgleichs- und Umlageverfahren für die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall verwiesen werden. Dieses Verfahren ist gerade nicht eingeführt worden, um im Hinblick auf berufliche Chancen einer erhebli- 129



chen Benachteiligung von Frauen oder von anderen Personengruppen entgegenzuwirken. Es dient allein dazu, die finanzielle Belastung des individuell betroffenen Arbeitgebers auszugleichen, der neben dem zeitweiligen Ausfall der Arbeitskraft auch noch die Entgeltfortzahlung leisten muss und daher häufig gehindert sein wird, eine Ersatzkraft einzustellen. Solche Schwierigkeiten nehmen mit hoher Beschäftigtenzahl und wachsender Lohnsumme in den Unternehmen ab.

Im Allgemeinen sind die krankheitsbedingten Kosten der Entgeltfortzahlung auch nicht an bestimmten Merkmalen der Arbeitnehmer festzumachen. Die Entgeltfortzahlung beeinflusst daher das Einstellungs- und Beschäftigungsverhalten der Arbeitgeber durchweg nicht, jedenfalls nicht geschlechtsspezifisch. Soweit Arbeitgeber - wie beispielsweise bei einer Beschäftigung von Behinderten - gehäuft mit Krankheitsausfällen rechnen und deshalb bei Einstellung oder Weiterbeschäftigung Zurückhaltung üben, versucht der Gesetzgeber, dem durch Diskriminierungsverbote und Kündigungsschutzregelungen gegenzusteuern (vgl. Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG). Auf eine solche Steuerungswirkung kommt es vorliegend an. Je gewichtiger gesetzlich auferlegte Lohnzusatzkosten sind und je deutlicher sie bestimmten in Art. 3 Abs. 2 und 3 GG aufgeführten Gruppen von Arbeitnehmern zugeordnet werden können, umso mehr ist der Gesetzgeber gehalten, durch das von ihm gewählte Modell der Lastenverteilung dem aus der Verfassung folgenden Diskriminierungsverbot Nachdruck zu verleihen. 130

#### D.

§ 14 Abs. 1 Satz 1 MuSchG ist danach in der Fassung der Bekanntmachung vom 18. April 1968 (BGBl I S. 315) wie in der Fassung späterer Bekanntmachungen unvereinbar mit Art. 12 Abs. 1 GG. Dies führt jedoch nicht gemäß § 95 Abs. 3 Satz 1 BVerfGG zur Nichtigkeit der Regelung. 131

Hat der Gesetzgeber mehrere Möglichkeiten, den Verstoß zu beseitigen, trägt das Bundesverfassungsgericht dem in der Weise Rechnung, dass es die verfassungswidrige Norm nur für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklärt (vgl. BVerfGE 104, 74 <91>). Gesichtspunkte, die im vorliegenden Fall eine andere Entscheidung gebieten könnten, sind nicht erkennbar. 132

Mit dem Umlageverfahren steht zwar ein einfaches System zur Verfügung, das es erlaubt, die ungleiche Belastung einzelner Arbeitgeber durch die monetäre Beteiligung an den Kosten des Mutterschutzes aufzufangen. Der Gesetzgeber ist aber von Verfassungs wegen nicht auf eine Ausweitung des Ausgleichs- und Umlageverfahrens festgelegt. Es bleibt ihm vielmehr überlassen, wie er die gegen Art. 3 Abs. 2 GG verstoßende Diskriminierungswirkung der geltenden Regelung der Verpflichtung des Arbeitgebers zur Zahlung eines Zuschusses zum Mutterschaftsgeld beseitigt. 133

Der Gesetzgeber hat bis zum 31. Dezember 2005 eine verfassungskonforme Regelung zu treffen. Bis zu einer Neuregelung bleibt es beim bisherigen Recht. 134

Der Umstand, dass die Regelung trotz der Unvereinbarkeit weiter anzuwenden ist, hat zugleich zur Folge, dass Entscheidungen, die - wie die angegriffenen Urteile - in 135

der zurückliegenden Zeit auf diese Regelung gestützt worden sind, verfassungsrechtlich nicht beanstandet werden können (vgl. BVerfGE 103, 1 <20>). Die Verfassungsbeschwerde ist deshalb, soweit sie sich gegen die angegriffenen Urteile richtet, zurückzuweisen.

**E.**

Da die Verfassungsbeschwerde im Hinblick auf die den angegriffenen Urteilen zugrunde liegende gesetzliche Regelung erfolgreich ist, erscheint es angemessen, der Beschwerdeführerin die notwendigen Auslagen in voller Höhe zu erstatten (§ 34 a Abs. 2 und 3 BVerfGG). 136

Die Entscheidung ist zu C 3 mit 5 : 3 Stimmen, im Übrigen einstimmig ergangen. 137

Papier	Jaeger	Haas
Hömig	Steiner	Hohmann-Dennhardt
Hoffmann-Riem	Bryde	

**Bundesverfassungsgericht, Beschluss des Ersten Senats vom 18. November 2003 -  
1 BvR 302/96**

**Zitiervorschlag** BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 18. November 2003 -  
1 BvR 302/96 - Rn. (1 - 137), [http://www.bverfg.de/e/  
rs20031118\\_1bvr030296.html](http://www.bverfg.de/e/rs20031118_1bvr030296.html)

**ECLI** ECLI:DE:BVerfG:2003:rs20031118.1bvr030296