

die Hälfte nur zwei Monate nimmt. Die Inanspruchnahme einer längeren Elternzeit erfolgt nach wie vor ganz überwiegend durch die Mutter. Bei einer längeren Abwesenheitszeit wird ihr freigewordener Arbeitsplatz wieder mit einem\* einer Kolleg\*in besetzt. Die Zuweisung erfolgt nicht nur befristet für die Zeit der Elternzeit, sondern auf Dauer. Demgegenüber wird bei einer kürzeren Elternzeit von zwei oder drei Monaten zumeist eine Urlaubsvertretung gefunden, die die Arbeitsaufgabe vorübergehend miterledigt. Die Beibehaltung des alten Arbeitsplatzes wird den Vätern so fast immer ermöglicht.

Erst durch die Begründung der Zuweisung des neuen Arbeitsplatzes kann festgestellt werden, ob eine Diskriminierung vorliegt. Wird der Rückkehrerin allein aufgrund ihrer Abwesenheit während der Elternzeit ein neuer unattraktiverer Arbeitsplatz zugewiesen, spricht vieles für eine Benachteiligung. Hierfür ist eine Benachteiligungsabsicht der Arbeitgeberin jedoch nicht erforderlich. Hingegen liegt keine Diskriminierung vor, wenn der Mutter aufgrund einer zwischenzeitlich erfolgten betrieblichen Umstrukturierung eine neue Arbeitsaufgabe übertragen wird. Denn hiervon wäre sie gleichermaßen betroffen gewesen, wenn sie statt der Inanspruchnahme der Elternzeit weitergearbeitet hätte.

Das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg (Urt. v. 16.06.2017, Az. 3 Sa 123/17) hat einer Mutter eine Entschädigungszahlung in Höhe von 9.000 Euro zugesprochen, die nach einem schwangerschaftsbedingten Beschäftigungsverbot mit anschließender einjähriger Elternzeit von Potsdam nach Frankfurt am Main versetzt wurde. Auf ihrem alten Arbeitsplatz in Potsdam sollte ein zwischenzeitlich eingestellter Kollege weiterbeschäftigt werden, da die Mutter bedingt durch ihre Schwangerschaft bisher nur für einen kürzeren Zeitraum in Potsdam gearbeitet hatte.

Die meisten Gerichtsverfahren mit einem Diskriminierungsvorwurf enden mit einem Vergleich, indem ein Teil der geforderten Entschädigungssumme gezahlt wird. Ein Entschädigungsanspruch wegen Diskriminierung besteht neben einem Schadensersatzanspruch, der beispielsweise für erhöhte Fahrtkosten aufgrund des Arbeitsortswechsels geltend gemacht werden kann. Kein Arbeitgeber will durch ein Urteil festgestellt wissen, dass er seine Mitarbeiterinnen diskriminiert. Auch die Arbeitsvermittlerin durfte im Wege eines gerichtlichen Vergleichsabschlusses nach einem grundsätzlichen Umdenken ihres Arbeitgebers wieder an ihrem früheren Arbeitsort in Brandenburg a.d.H. zurückkehren. So beginnt hoffentlich die Änderung einer landläufigen Meinung.

DOI: 10.5771/1866-377X-2020-1-29

## Seit wann ist eine Zustimmung des Ehemannes zur Erwerbstätigkeit der Ehefrau nicht mehr erforderlich?

Prof. Dr. Konstanze Plett, LL.M. (UW-Madison)

Professorin (i.R.) der Universität Bremen, FB Rechtswissenschaft

Die Frage in der Überschrift ist eigentlich falsch gestellt, obgleich häufig zu lesen und zu hören ist, dass die ehemännliche Hoheit über die außerhäusliche Erwerbstätigkeit der Ehefrau erst 1977 geendet habe.

Nach der Dogmatik des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB)<sup>1</sup> brauchten volljährige Ehefrauen schon seit Inkrafttreten des BGB am 1. Januar 1900 keine Zustimmung (weder in Form der Einwilligung noch in Form der Genehmigung) zur Eingehung von Beschäftigungsverhältnissen. Allerdings war offenbar in der Lebensrealität die Anschauung weit verbreitet, das Modell der Hausfrauenehe, das in der Tat dem BGB bis zum 1. Juli 1977 zugrunde lag, impliziere ein solches Erfordernis.

Im Folgenden sei zunächst die Rechtslage dargestellt (1.). Zur weiteren Beantwortung der Frage sind weitere Betrachtungen nötig (2.).

### 1. Rechtslage nach dem BGB

Schon in den Materialien zum BGB finden sich die folgenden Ausführungen:

„Das BGB. geht davon aus, daß die Ehefrau in Folge der Ehe einer Beschränkung der Geschäftsfähigkeit nicht unterliegt.“<sup>2</sup>

Und:

„Hinsichtlich des Geschlechtsunterschiedes bildet der im gemeinen und in anderen Rechten (...) anerkannte Grundsatz der Gleichstellung beider Geschlechter die Regel. Die Gleichstellung erfährt im Verhältnisse zum bisherigen Rechte eine erweiterte Durchführung, namentlich in Ansehung der Verbürgung weiblicher Personen, der Geschäftsfähigkeit der Ehefrau, ihres Erwerbes durch Arbeit oder durch den selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäftes, in Ansehung der elterlichen Gewalt der Mutter, der Fähigkeit, Testamentszeuge zu sein u.s.w.“<sup>3</sup>

Die Einschränkungen, denen Ehefrauen unterworfen waren, betrafen „nur“ „das gemeinschaftliche Leben betreffende Angelegenheiten“ wie Wohnort und Wohnung (§ 1354 BGB 1896)

1 Vom 18.8.1896 (RGBl. S. 195), neugefasst durch Bekanntmachung vom 2.1.2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003, 738). Paragraphen, die zwischen Inkrafttreten des BGB am 1.1.1900 und Inkrafttreten des Gesetzes über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts (Gleichberechtigungsgesetz – GleichberG) am 1.7.1958 gegolten haben, werden mit dem Zusatz „BGB 1896“ zitiert, Paragraphen des GleichberG mit dem Zusatz „BGB 1957“.

2 Mugdan, B. (Hrsg.), Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 1: Einführungsgesetz und Allgemeiner Theil, Berlin 1899, S. 247.

3 Mugdan (Fn. 2), S. 370, Hervorhebungen KP.

und die Verwaltung und Nutznießung ihres in die Ehe eingebrachten Vermögens (§ 1363 BGB 1896); insoweit hatte der Ehemann das Sagen.<sup>4</sup> Hinsichtlich des Vorbehaltsbegriffs – laut Legaldefinition in § 1366 BGB 1896 „die ausschließlich zum persönlichen Gebrauche der Frau bestimmten Sachen, insbesondere Kleider, Schmucksachen und Arbeitsgeräte“ – blieb auch die verheiratete Frau allein zuständig und verantwortlich (§ 1365 BGB 1896). Vorbehaltsbegriff wurde ferner, „was die Frau durch ihre Arbeit oder durch selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäftes erwirbt“ (§ 1367 BGB 1896).<sup>5</sup>

### § 1399 Abs. 1 BGB in der Fassung ab 1.1.1900: „Zu Rechtsgeschäften, durch die sich die Frau zu einer Leistung verpflichtet, ist die Zustimmung des Mannes nicht erforderlich.“

In ihren eigenen Angelegenheiten war die volljährige Ehefrau<sup>6</sup> also nicht schlechter gestellt als die volljährige unverheiratete Frau. Ihre volle Geschäftsfähigkeit wird sogar in § 1399 Abs. 1 BGB 1896 besonders betont:

*„Zu Rechtsgeschäften, durch die sich die Frau zu einer Leistung verpflichtet, ist die Zustimmung des Mannes nicht erforderlich.“<sup>7</sup>*

Für den selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäftes durch die Ehefrau gab es eine Sonderregelung in § 1405 BGB 1896. Danach war die Einwilligung des Ehemannes zum Betrieb als solchem erforderlich, eine Zustimmung zu laufenden Geschäften danach entbehrlich; wenn „die Frau mit Wissen und ohne Einspruch des Mannes das Erwerbsgeschäft betreibt“, galt das als Einwilligung.

Arbeits- und Dienstverträge sind Verpflichtungsgeschäfte im Sinne des § 1399 Abs. 1 BGB 1896. Von einer Ehefrau vertraglich eingegangene Dienst- oder Arbeitsverhältnisse waren also ohne Zustimmung des Mannes wirksam. Allerdings wollten die Väter des BGB sicherstellen, dass die Frau durch die Wahrnehmung ihrer Aufgaben ihres Dienst- oder Arbeitsverhältnisses nicht an der Erfüllung ihrer ehelichen Pflichten gehindert wird, und haben deshalb dem Ehemann ein Kündigungsrecht gemäß § 1358 BGB 1896 an die Hand gegeben. Dieses Kündigungsrecht war jedoch nicht ganz so voraussetzungslos auszuüben, wie es heute gelegentlich dargestellt wird; § 1358 Abs. 1 lautete bis zum 30. Juni 1958:

*„Hat sich die Frau einem Dritten gegenüber zu einer von ihr in Person zu bewirkenden Leistung verpflichtet, so kann der Mann das Rechtsver-*

*hältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen, wenn er auf seinen Antrag von dem Vormundschaftsgericht dazu ermächtigt worden ist. Das Vormundschaftsgericht hat die Ermächtigung zu erteilen, wenn sich ergibt, daß die Tätigkeit der Frau die ehelichen Interessen beeinträchtigt.“*

Der Ehemann konnte also nicht einfach dem Arbeitgeber oder Dienstherrn seiner Ehefrau ein Kündigungsschreiben schicken, sondern brauchte dazu einen ermächtigenden Beschluss des Vormundschaftsgerichts. Nur wenn das Vormundschaftsgericht zur Überzeugung gelangt war, dass aufgrund der Erwerbstätigkeit der Ehefrau die „ehelichen Interessen“ zu kurz kamen, musste es die Ermächtigung erteilen.

Dieser Paragraph wurde mit dem Gleichberechtigungsgesetz vom 18. Juni 1957<sup>8</sup>, das am 1. Juli 1958 in Kraft getreten ist, ersatzlos gestrichen. (Die „Hausnummer“ ist übrigens bis heute nicht wieder besetzt) Hildegard Krüger<sup>9</sup> hat dies in dem von ihr mitherausgegebenen Kommentar zum Gleichberechtigungsgesetz so kommentiert:

*„Das GleichberG hat diese Vorschrift gestrichen, die den Mann befugt hat, ein Arbeitsverhältnis der Frau zu kündigen, ohne sie zu fragen. Mit Recht hat man diese Bestimmung als eine Entwürdigung und Demütigung der Frau bezeichnet (Dölle MDR*

4 Entsprechend dem bis zum 31. März 1953 (vgl. Art. 117 Abs. 1 GG) gültigen gesetzlichen Ehegüterstand der sog. Verwaltung und Nutznießung, der durch Ehevertrag abbedungen werden konnte.

5 Weitere Bestimmungen zum Vorbehaltsbegriff in den §§ 1368-1371 BGB 1896.

6 Gemäß § 1303 waren Frauen ab 16 Jahren ehemündig, bedurften jedoch gemäß § 1304 zur Eingehung der Ehe der Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters. – Die §§ 1304 ff. sind geschlechtsneutral formuliert, obgleich sie nur Frauen betrafen, da gemäß § 1303 nur volljährige Männer ehemündig waren, also entweder gemäß § 2 mindestens 21 Jahre alt oder gemäß §§ 3-5 mindestens 18 Jahre alt und für volljährig erklärt. Alle Paragraphen dieser Fn. gemäß BGB 1896.

7 § 1399 Abs. 2 BGB 1896 betrifft auf das eingebrachte Gut bezogene Geschäfte, die beim gesetzlichen Güterstand der Verfügungsgewalt der Ehefrau grundsätzlich entzogen waren.

8 BGBl. 1957 I 609; genaue Bezeichnung oben Fn. 1.

9 Geboren 1909, gestorben 1994. Vgl. zu ihrer Person den Eintrag in den Frauenbiografien auf den Webseiten der Freien und Hansestadt Hamburg unter <https://www.hamburg.de/clp/frauenbiografien-namensregister/clp1/hamburgde/onepage.php?BIOID=4330&qR=K&PR=1> (17.2.2020). Seit 2018 gibt es auch einen Wikipedia-Eintrag: [https://de.wikipedia.org/wiki/Hildegard\\_Kr%C3%BCger](https://de.wikipedia.org/wiki/Hildegard_Kr%C3%BCger) (17.2.2020). In dem vom djb herausgegebenen und von Marion Röwekamp verfassten Juristinnen-Lexikon findet sich leider kein Eintrag. Sie findet jedoch Erwähnung in dem Vortrag von Gertrud Hofmann, 50 Jahre djb – Geschichte und Geschichten, djbZ 4/98, S. 16-19, darunter der Satz: „Frau Krüger ist wie manch andere Kollegin dem Juristinnenbund im Lauf der Jahre und Jahrzehnte abhanden gekommen.“

50, 391; SPD-Entwurf Begründung zu § 1358 S. 53). Sie macht sich überaus schlecht. In der Praxis hat die Bestimmung oft dem Zweck gedient, die Frau zu kränken ...“<sup>10</sup>

Festzuhalten bleibt an dieser Stelle:

1. Zu keiner Zeit seit Inkrafttreten des BGB bedurfte die Ehefrau, um einen rechtswirksamen Vertrag über eine außerhäusliche abhängige Beschäftigung zu schließen, der Zustimmung ihres Ehemannes.
2. Das Recht des Ehemannes, solche Beschäftigungsverhältnisse fristlos zu kündigen, war von einer Ermächtigung durch das Vormundschaftsgericht abhängig, die nur erteilt wurde, wenn die Tätigkeit der Frau die ehelichen Interessen beeinträchtigte. Diese Bestimmung entfiel mit Wirkung ab 1. Juli 1958 ersatzlos.

## 2. Weitere Betrachtungen

Wie kommt es dann, dass sich so hartnäckig das Gerücht hält, Ehefrauen seien bis 1977 von ihren jeweiligen Ehemännern hinsichtlich der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit abhängig gewesen?

Dass § 1358 BGB 1896 unter Geltung von Art. 3 Abs. 2 Grundgesetz (GG) wegfallen musste, war unstrittig. Schon im Regierungsentwurf aus der 1. Legislaturperiode hieß es hierzu: „Das Recht des Mannes, ein Arbeitsverhältnis der Frau zu kündigen, ist mit dem Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau nicht vereinbar; es widerspricht der Selbstverantwortlichkeit der Frau als gleichberechtigter Lebensgenossin des Mannes.“<sup>11</sup>

Bekanntermaßen wurde dieser Gesetzentwurf in der von Art. 117 Abs. 1 GG gesetzten Frist nicht mehr im Bundestag behandelt, sondern das GleichberG konnte erst am 18. Juni 1957 verkündet werden. Darin wurde die geschlechtsspezifische Arbeitsteilung nach dem „Prinzip: Mann Außenarbeit, Frau Innenarbeit“<sup>12</sup> neu formuliert. Gemäß dem ursprünglichen § 1356 Abs. 1 war die Ehefrau „berechtigt und verpflichtet, das gemeinschaftliche Hauswesen zu leiten“. Nach dem Regierungsentwurf von Ende 1952 sollte dieser Satz als entbehrlich entfallen.<sup>13</sup> Gut ein Jahr später, im Anfang 1954 eingebrachten Regierungsentwurf hieß es dann jedoch, es sei „zweckmäßig, dieses besonders wichtige Recht und diese wesentliche Aufgabe der Frau im Gesetz ausdrücklich festzulegen“<sup>14</sup>. Aus dem gemeinschaftlichen Hauswesen, dessen Leitung der Ehefrau oblag, wurde der Haushalt, den sie „in eigener Verantwortung führt“. § 1356 Abs. 1 erhielt aber auch einen „als gesetzliche Formulierung neuen“<sup>15</sup> Satz 2: „Sie [die Ehefrau] ist berechtigt, erwerbstätig zu sein, soweit dies mit ihren Pflichten in Ehe und Familie vereinbar ist.“ Im Regierungsentwurf 1952 ist hierzu im Anschluss an die bereits zitierte Stelle<sup>16</sup> zu lesen – und das Wort „grundsätzlich“ kündigt die Einschränkung bereits an: „Die Frau muß grundsätzlich das Recht haben, erwerbstätig zu sein. Allerdings folgt aus ihrer Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft (§ 1353 BGB), daß es ihre Hauptaufgabe ist, ihre Pflichten als Hausfrau und Mutter zu erfüllen. Sie muß den Haushalt leiten und sich der Erziehung der Kinder widmen. Die Erfüllung dieser Hauptaufgaben der Frau darf durch eine außerhäusliche Berufstätigkeit der Frau nicht gefährdet werden.“<sup>17</sup>

So findet sich die Voraussetzung, unter der von 1900 bis Mitte 1958 das Vormundschaftsgericht einen Ehemann zur Kündigung des Beschäftigungsverhältnisses seiner Frau ermächtigen musste, von Mitte 1958 bis Mitte 1977 als Einschränkung des Selbstbestimmungsrechts der Ehefrau über die Verwendung ihrer Arbeitskraft wieder. Zur Durchsetzung von § 1356 BGB 1957 kommentiert Krüger trocken:

„Rechtsbehelf für die Pflichten nach Abs. 1 und 2: Herstellungs-, allenfalls Scheidungsklage.“<sup>18</sup>

Damit sieht sie dies – was es *de lege lata* auch ist – als eine Angelegenheit allein zwischen den Eheleuten; die tatsächlichen oder präsumptiven Arbeit- oder Dienstgeber bleiben außen vor. Zur außerhäuslichen Beschäftigung einer Ehefrau ist bei Krüger deshalb zu lesen:

„Die Entscheidung trifft die Frau selbst (Maßfeller DNotZ 57, 346). Völlig abwegig Finke MDR 57, 451, der annimmt, es bedürfe der Zustimmung des Mannes zur Berufstätigkeit der Frau, und der den Mann auch für berechtigt hält, diese Zustimmung bei veränderten Verhältnissen zu widerrufen.“<sup>19</sup>

Nicht abwegig ist hingegen die Annahme, dass eine in einer namhaften juristischen Zeitschrift veröffentlichte Rechtsauffassung von anderen Juristen geteilt wird, selbst falls es sich um eine Mindermeinung handeln sollte.

Hinzu kommt, dass das Kündigungsrecht des Mannes gemäß § 1358 Abs. 2 BGB 1896 ausgeschlossen war, wenn der Mann der Arbeitsaufnahme seiner Frau zugestimmt hatte bzw. die Zustimmung durch das Vormundschaftsgericht ersetzt war.<sup>20</sup> Eine solche Regelung machte es für potentielle Arbeit- oder Dienstgeber sinnvoll, sich der Zustimmung des Ehemannes zu versichern, um vor einer überraschenden Kündigung geschützt

10 Krüger, Hildegard / Breetzke, Ernst / Nowack, Kuno, Gleichberechtigungsgesetz: Kommentar, München und Berlin: C.H.Beck, 1958, S. 273.

11 Bundestagsdrucksache 1/3802. S. 46.

12 Gustav Boehmer, Die Gleichberechtigung der Frau im Eherecht, in: Ders., Zur Entwicklung und Reform des deutschen Familien- und Erbrechts, Tübingen: Mohr, 1970, S. 183 (= MDR 1950, 386-393).

13 Bundestagsdrucksache 1/3802. S. 46.

14 Bundestagsdrucksache 2/224, S. 29.

15 Krüger (Fn. 10), S. 246.

16 Wie Fn. 11.

17 So in wörtlicher Übernahme Bundestagsdrucksache 2/224, S. 29. – Dass aus § 1353 auch die Pflicht des Ehemannes zur Mitarbeit im Haushalt folgt, wird oft übersehen; vgl. dazu Boehmer (Fn. 12), S. 185.

18 Krüger (Fn. 10), S. 256.

19 Krüger (Fn. 10), S. 252.

20 § 1358 Abs. 2 und 3 BGB 1896 hatten folgenden Wortlaut: „Das Kündigungsrecht ist ausgeschlossen, wenn der Mann der Verpflichtung zugestimmt hat oder seine Zustimmung auf Antrag der Frau durch das Vormundschaftsgericht ersetzt worden ist. Das Vormundschaftsgericht kann die Zustimmung ersetzen, wenn der Mann durch Krankheit oder durch Abwesenheit an der Abgabe einer Erklärung verhindert und mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist oder wenn sich die Verweigerung der Zustimmung als Mißbrauch seines Rechtes darstellt. Solange die häusliche Gemeinschaft aufgehoben ist, steht das Kündigungsrecht dem Mann nicht zu.“ „Die Zustimmung sowie die Kündigung kann nicht durch einen Vertreter des Mannes erfolgen; ist der Mann in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so bedarf er nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters.“



zu sein. Und wenn sich eine solche Praxis erst einmal herausgebildet hat, dauert es lange, bis sie sich wieder ändert.

Vielleicht war diese Praxis auch eine Folge des durch juristische Veröffentlichungen bekannt gewordenen Falles der Schauspielerin *Hermine Körner*, die sich unter Zuhilfenahme des § 1358 BGB 1896 aus einem nicht mehr gewollten Engagements gelöst hat, an das sie persönlich aber gebunden war, von *Krüger* so kommentiert:

„In vielen Fällen wird der Mann diese Vorschrift im Einverständnis mit der Frau benutzt haben, weil beide Eheleute die Frau von einem ihr unbequem gewordenen Arbeitsverhältnis haben befreien wollen. Der Fall der Schauspielerin *Hermine Körner* ist von Opet in DJZ 15, 1215 und vom KG in OLG 33, 338 behandelt worden.“<sup>21</sup>

Ob es wirklich viele Fälle dieser Art gab, bezweifle ich eher, aber über die Praxis, dass Arbeitgeber sich auch nach 1957 noch dadurch abgesichert haben, dass sie eine Zustimmung des Ehemannes verlangten, die *de lege lata* nie vorgesehen war und obgleich es das Kündigungsrecht nicht mehr gab, ist mir vielfach berichtet worden.

Insgesamt kann die Frage daher auch als Beispiel für das Auseinanderfallen von geschriebenem Recht (*law on the books*) und Rechtswirklichkeit (*law in action*) gelesen werden.

21 Krüger (Fn. 10), S. 27.

DOI: 10.5771/1866-377X-2020-1-32

## Zur Viktimisierung\* schwangerer Arbeitnehmerinnen

Prof. Dr. Julia Gokel, LL.M.

djb-Mitglied, Professorin an der SRH Hochschule Heidelberg

Der Fall *Hakelbracht*, der im Sommer 2019 in einem Vorabentscheidungsersuchen bis zum EuGH kam (siehe Urt. v. 20.6.2019 – Rs. C-404/18), zeigt einmal mehr, dass die Diskriminierung von Frauen auf Grund von Schwangerschaft in der Arbeitswelt Realität ist.<sup>1</sup> Dabei ist anzunehmen, dass die Fälle, die vor die Arbeitsgerichte oder gar bis zum EuGH gelangen, nur die Spitze des Eisbergs darstellen. Viele schwangere Arbeitnehmerinnen scheuen einen offensiven Rechtsstreit mit dem Arbeitgeber, zumal ein Prozess – etwa im Rahmen einer Kündigungsschutzklage – nicht nur Zeit und Geld kostet, sondern auch eine gewisse „Dickhäutigkeit“ verlangt – Ressourcen, die schwangeren Frauen meist abgehen. Nicht ohne Grund will das bereits 1952 in Kraft getretene Mutterschutzgesetz (MuSchG) die Gesundheit von erwerbstätigen (werdenden) Müttern vor seelischen Zusatzbelastungen durch einen Kündigungsprozess schützen.<sup>2</sup> Inwiefern die Verwirklichung dieses Ziels in der Praxis gefährdet ist, will der vorliegende Beitrag aufzeigen.

Dass die arbeitgeberseitige Kündigung einer Arbeitnehmerin während der Schwangerschaft und bis zum Ende der Mutterschutzfrist nach der Entbindung „unzulässig“ ist, regelt § 17 Abs. 1 Nr. 1 MuSchG. Voraussetzung ist, dass der Arbeitgeber positive Kenntnis von der Schwangerschaft hat oder ihm diese innerhalb von zwei Wochen nach Zugang der Kündigung mitgeteilt wird. Hierfür hat die schwangere Arbeitnehmerin Sorge zu tragen.<sup>3</sup> § 17 MuSchG enthält in Abs. 1 ein absolutes Kündigungsverbot,<sup>4</sup> das sowohl für eine ordentliche als auch für eine außerordentliche Kündigung gilt. Auf das zwingende Verbot kann die Arbeitnehmerin nicht im Voraus verzichten.<sup>5</sup>

§ 17 MuSchG soll die schwangere Arbeitnehmerin nicht nur vor den seelischen Belastungen eines Arbeitsgerichtsprozesses schützen, sondern während der Dauer des Mutterschutzes auch ihren Arbeitsplatz und ihre wirtschaftliche Existenzgrundlage

sichern.<sup>6</sup> Der besondere Kündigungsschutz während der Mutterschutzzeiten wird als das Kernstück des MuSchG bezeichnet, denn mit ihm wird der verfassungsrechtliche Schutzauftrag des Staates aus Art. 6 Abs. 4 GG umgesetzt. Umso unbefriedigender ist mit Blick auf die Rechtsfolgen, dass es sich bei § 17 Abs. 1 MuSchG zwar um ein Verbotsgebot i. S. d. § 134 BGB handelt, dieses (was viele Frauen und einige Rechtsberater nicht wissen!) jedoch nicht *ipso iure* zur Unwirksamkeit der gegenüber einer Schwangeren ausgesprochenen Kündigung führt. Damit die Nichtigkeit der Kündigung festgestellt wird, muss die Arbeitnehmerin deren Rechtsunwirksamkeit vielmehr gerichtlich geltend machen, denn die eigentlich unzulässige Kündigung kann nach § 4 Abs. 1 Satz 1 KSchG gem. § 7 Abs. 1 KSchG *ex tunc* wirksam werden. Um das zu verhindern, muss die schwangere Arbeitnehmerin innerhalb der kurzen Frist von nur drei Wochen<sup>7</sup> mit einer

\* Der Begriff wird hier nicht i. S. von Art. 24 RL 2006/54/EG als Viktimisierungsschutz zugunsten Dritter (vgl. aus dem nationalen Recht § 16 AGG) verstanden, sondern bezieht sich allein auf die Schwangere als Opfer einer Diskriminierung durch den Arbeitgeber.

1 Siehe hierzu die Anmerkung von Porsche in ZESAR 11./12.19, S. 512 (514 f.).

2 Siehe bereits BAG, Urt. v. 26.4.1956 – GS 1/56.

3 Im Prozess muss die Arbeitnehmerin ggf. darlegen und beweisen, dass sie den Arbeitgeber nach Erhalt des Kündigungsschreibens rechtzeitig über ihre Schwangerschaft in Kenntnis gesetzt hat.

4 Dieses steht nach Abs. 2 für besondere Fälle ausnahmsweise unter Erlaubnisvorbehalt, wenn der Arbeitnehmer zuvor eine behördliche Zustimmung eingeholt hat.

5 Die Arbeitnehmerin kann jedoch jederzeit selbst kündigen.

6 Siehe Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages: Kündigungsschutz im Rahmen des Mutterschutzes in Deutschland, Sachstand 23.4.2015, WD 6 – 3000 – 065/15, S. 3.

7 Mit der Änderung des § 4 KSchG durch das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt vom 24.12.2003 wurde festgelegt, dass im Interesse einer raschen Klärung der Frage, ob eine Kündigung das Arbeitsverhältnis beendet hat oder nicht, für alle Fälle der Rechtsunwirksamkeit einer Arbeitgeberkündigung eine einheitliche Klagfrist gelten sollte. Zuvor war für die Geltendmachung der Unwirksamkeit einer Kündigung „aus anderen Gründen“ keine Frist normiert (siehe BT-Drs. 15/1204, S. 10).