

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.“²¹

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.¹ 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.² 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.³ § 17 MuSchG enthält in Abs. 1 ein absolutes Kündigungsverbot,⁴ das sowohl für eine ordentliche als auch für eine außerordentliche Kündigung gilt. Auf das zwingende Verbot kann die Arbeitnehmerin nicht im Voraus verzichten.⁵

§ 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.⁶ 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 Verbotsgesetz 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 Wochen⁷ 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).

Kündigungsschutzklage gegen die zu Unrecht ausgesprochene Kündigung aktiv vorgehen. Der Arbeitnehmerin obliegt mithin die prozessuale Initiativlast. Lässt die schwangere Arbeitnehmerin die Frist verstreichen, gilt die Kündigung aufgrund der Fiktion des § 7 Abs. 1 KSchG als vom Zeitpunkt des Zugangs an wirksam.

Die Praxis zeigt, dass es durchaus renitente Arbeitgeber gibt, die eine Kündigung selbst bei Kenntnis der Schwangerschaft nicht zurücknehmen⁸, sondern es geradezu darauf anlegen, die Arbeitnehmerin zu einer gerichtlichen Auseinandersetzung zu zwingen. Insbesondere rechtsunkundige Arbeitnehmerinnen sind hier schnell im Nachteil, zumal Arbeitgeber nicht verpflichtet sind, bei Ausspruch der Kündigung auf die Drei-Wochen-Frist hinzuweisen⁹. Selbst unter Rechtskundigen trifft man gelegentlich auf die Fehlvorstellung, die Kündigung sei nach § 17 Abs. 1 MuSchG verboten und damit ohnehin unwirksam. Auch die Tatsache, dass viele Arbeitgeber eine größere Prozessroutine haben als die einzelne Arbeitnehmerin, kann sich zu Lasten der Schwangeren auswirken. Die schwangere Arbeitnehmerin – ob rechtskundig oder nicht – ist daher in jedem Fall gut beraten, sich umgehend nach Erhalt der Kündigung sachgerecht beraten zu lassen, nicht zuletzt wegen der unterschiedlich kurzen Fristen nach § 17 Abs. 1 S. 2 MuSchG zur Mitteilung der Schwangerschaft (zwei Wochen) und § 4 Abs. 1 S. 1 KSchG zur Erhebung der Kündigungsschutzklage (drei Wochen).

Hierbei ist jedoch zu bedenken, dass nach der prozessualen Sonderregelung des § 12a Abs. 1 S. 1 ArbGG die Arbeitnehmerin selbst im Falle des Obsiegens (was in einem Kündigungsschutzprozess gegen eine unzulässige Kündigung bei Schwangerschaft naheliegt) ihre Anwaltskosten in 1. Instanz selbst tragen muss. Die in unzulässiger Weise gekündigte schwangere Arbeitnehmerin wird mithin nicht nur in die Klägerrolle gedrängt, sie wird, wenn sie sich anwaltlichen Beistand sucht, zudem mit der Kostenfolge belastet, obwohl sie im Recht ist. Dies widerspricht aus Sicht der Verfasserin dem Schutzzweck des § 17 Abs. 1 MuSchG.

Die Erfahrungen aus der Praxis zeigen darüber hinaus, dass die Norm auch nicht geeignet ist, eine „wirklich abschreckende Wirkung gegenüber dem Arbeitgeber“¹⁰ zu erzeugen, die der EuGH für nationale Maßnahmen zur Umsetzung des Gesundheitsschutzes und der Verbesserung der Sicherheit von schwangeren Arbeitnehmerinnen (Richtlinie 92/85/EWG) aber verlangt. Tatsächlich kann der besondere Kündigungsschutz nach § 17 Abs. 1 MuSchG nämlich dazu führen, dass ein feindseliger Arbeitgeber, der weiß, dass er eine schwangere Arbeitnehmerin *de iure* nicht kündigen kann (besonders schwere Fälle oder Ausnahmefälle einer behördlichen Genehmigung ausgenommen), den Druck auf die Arbeitnehmerin einseitig erhöht, hoffend, dass die Frau am Ende entnervt selbst kündigt oder einen Aufhebungsvertrag unterschreibt. In einem derart schwerwiegenden Fall hat das LAG Schleswig-Holstein zwar schon 1999 (Urt. v. 7.12.1999 – Az.: 1 Sa 464/99) entschieden, dass ein solch feindseliges Verhalten des Arbeitgebers ein Beschäftigungsverbot zugunsten der schwangeren Arbeitnehmerin rechtfertigen kann. Ein ärztliches Beschäftigungsverbot etwa aufgrund psychischer Belastungen schützt die Arbeitnehmerin zwar vor einer Rückkehr

an den Arbeitsplatz, vermag die Schwangere jedoch nicht vor dem ebenso belastenden Rechtsstreit gegen den Arbeitgeber zu schützen.

Zudem weiß die Verfasserin auf Grund eigener prozessualer Erfahrungen, dass Arbeitsrichter*innen auch bei Kündigungsschutzklagen von schwangeren Arbeitnehmerinnen teilweise die Auffassung vertreten, es sei ganz „normal“, dass sich die Parteien im Rahmen eines Arbeitsgerichtsverfahrens gegenseitig „ärgern“. Dies widerspricht, wie bereits aufgezeigt, eindeutig dem Schutzzgedanken des MuSchG. Folgt man der Auffassung, dass eine (eigentlich unzulässig) gekündigte schwangere Arbeitnehmerin im Rahmen eines – von Rechts wegen unumgänglichen – Kündigungsschutzprozesses „normale“ Anfeindungen über sich ergehen lassen muss, führt man den Schutz des § 17 Abs. 1 MuSchG geradezu *ad absurdum*. Denn wie bereits erwähnt, ist es erklärtes Ziel des MuSchG, die Gesundheit von erwerbstätigen (werdenden) Müttern vor seelischen Zusatzbelastungen durch einen Kündigungsprozess zu schützen. Insofern hilft es den betroffenen Frauen auch nicht, dass das Kündigungsverbot als Schutzgesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB aufgefasst wird und schuldhaft Verletzungen seitens des Arbeitgebers zum Ersatz kündigungsbedingter Vermögensbeeinträchtigungen beim Opfer führen können.

Die Verfasserin ist daher der Auffassung, dass es einer dringenden Revision der Verfahrensmodalitäten des KSchG für den Fall einer nach dem MuSchG unzulässigen Kündigung bedarf, um den von der Richtlinie 92/85 aufgestellten Vorgaben zur Gewährleistung eines effektiven und effizienten Schutzes der Rechte der schwangeren Arbeitnehmerinnen gerecht zu werden.

8 Die dogmatische Frage, ob die einseitige Rücknahme einer Kündigung durch den Arbeitgeber nach Zugang derselben überhaupt noch möglich ist, kann in den vorgestellten Fällen dahinstehen, zumal jedenfalls von einer Zustimmung der Arbeitnehmerin auszugehen ist.

9 Siehe Linck in Linck/Krause/Bayreuther, Kündigungsschutzgesetz, 16. Aufl. § 4, Rn. 3.

10 Siehe EuGH, Urt. v. 29.10.2009 – Rechtssache C-63/08 (Virginie Pontin ./ T-Comalux SA), Rn. 42.