

Arbeitsrechtliches Praxisseminar, JLU Gießen

***Neues zum MuSchG***

Prof. Dr. Katharina Dahm

1. Februar 2024

Hochschule Mainz

Lucy -Hillebrand-Straße 2 | 55128 Mainz

[katharina.dahm@hs-mainz.de](mailto:katharina.dahm@hs-mainz.de)

## Inhaltsverzeichnis

I. Anwendungsbereich .....	3
II. Arbeitszeitrechtlicher Gesundheitsschutz.....	5
1. Mehrarbeit, § 4 MuSchG .....	5
2. Nacharbeit, § 5 MuSchG .....	5
3. Sonn- und Feiertagsarbeit, § 6 MuSchG .....	5
4. Aufsichtsbehörde nach § 29 Abs. 1 MuSchG.....	5
5. Freistellung zum Stillen und für Untersuchungen, § 7 MuSchG und § 23 MuSchG .....	6
6. Schutzfrist, § 3 MuSchG .....	7
III. <b>Ärztliches Beschäftigungsverbot, § 16 MuSchG</b> .....	7
1. Online-Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, Online-Beschäftigungsverbot?.....	8
2. Erkennbarkeit einer Online-Bescheinigung (mit geringerem Beweiswert).....	9
IV. <b>§§ 9 ff. MuSchG: Betrieblicher Gesundheitsschutz/Arbeitsplatzsicherheit</b> .....	9
V. <b>Mitteilung nach § 15 MuSchG</b> .....	10
VI. <b>Entgelt bei mutterschutzrechtl. Beschäftigungsverboten</b> .....	10
VII. <b>Kündigungsschutz, § 17 MuSchG</b> .....	11
1. Verbot von Vorbereitungshandlungen .....	11
2. Fehlende KSchG-Klage nach §§ 4, 7 KSchG heilt § 17 MuSchG?.....	13

## I. Anwendungsbereich

Erhebliche Änderung durch die Reform zum 1.1.2018:

MuSchG in der Fassung bis zum 31.12.2017	MuSchG in der Fassung ab dem 1.1.2018
§ 1 Geltungsbereich	§ 1 Anwendungsbereich, Ziel des Mutterschutzes
	<p>(1) <sup>1</sup>Dieses Gesetz schützt die Gesundheit der Frau und ihres Kindes am Arbeits-, Ausbildungs- und Studienplatzes während der Schwangerschaft, nach der Entbindung und der Stillzeit. <sup>2</sup>Das Gesetz ermöglicht es der Frau, ihre Beschäftigung oder sonstige Tätigkeit in dieser Zeit ohne Gefährdung ihrer Gesundheit oder der ihres Kindes fortzusetzen und wirkt Benachteiligungen während der Schwangerschaft, nach der Entbindung und in der Stillzeit entgegen. <sup>3</sup>Regelungen in anderen Arbeitsschutzgesetzen bleiben unberührt.</p>
<p>Dieses Gesetz gilt</p> <p>1. für Frauen, die in einem <b>Arbeitsverhältnis</b> stehen,</p> <p>2. für weibliche in <b>Heimarbeit</b> Beschäftigte und ihnen Gleichgestellte (§ 1 Abs. 1 und 2 des Heimarbeitsgesetzes vom 14. März 1951, BGBl. I S. 191), soweit sie am Stück mitarbeiten.</p>	<p>(2) <sup>1</sup>Dieses Gesetz gilt für Frauen in einer <b>Beschäftigung</b> im Sinne von § 7 Absatz 1 des Vierten Buches Sozialgesetzbuch.</p> <p><sup>2</sup>Unabhängig davon, ob ein solches Beschäftigungsverhältnis vorliegt, gilt dieses Gesetz auch für</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Frauen in betrieblicher Berufsbildung und Praktikantinnen im Sinne von § 26 des Berufsbildungsgesetzes,</li> <li>2. Frauen mit Behinderung, die in einer Werkstatt für behinderte Menschen beschäftigt sind,</li> <li>3. Frauen, die als Entwicklungshelferinnen im Sinne des Entwicklungshelfer-Gesetzes tätig sind, jedoch mit der Maßgabe, dass die §§ 18 bis 22 auf sie nicht anzuwenden sind,</li> <li>4. Frauen, die als Freiwillige im Sinne des Jugendfreiwilligendienstgesetzes oder des Bundesfreiwilligendienstgesetzes tätig sind,</li> <li>5. Frauen, die als Mitglieder einer geistlichen Genossenschaft, Diakonissen oder Angehörige einer ähnlichen Gemeinschaft auf einer Planstelle oder aufgrund eines Gestellungsvertrages für diese tätig werden, auch während der Zeit ihrer dortigen außerschulischen Ausbildung,</li> <li>6. Frauen, die in <b>Heimarbeit</b> beschäftigt sind, und ihnen Gleichgestellte im Sinne von § 1 Absatz 1 und 2 des Heimarbeitsgesetzes, soweit sie am Stück mitarbeiten, jedoch mit der Maßgabe, dass die §§ 10 und 14 auf sie nicht anzuwenden sind und § 9 Absatz 1 bis 5 auf sie entsprechend anzuwenden ist,</li> <li>7. Frauen, die wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbstständigkeit als arbeitnehmerähnliche Person anzusehen sind, jedoch mit der Maßgabe, dass die §§ 18, 19 Absatz 2 und § 20 auf sie nicht anzuwenden sind, und</li> <li>8. Schülerinnen und Studentinnen, soweit die Ausbil-</li> </ol>

	dungsstelle Ort, Zeit und Ablauf der Ausbildungsveranstaltung verpflichtend vorgibt oder die ein im Rahmen der schulischen oder hochschulischen Ausbildung verpflichtend vorgegebenes Praktikum ableisten, jedoch mit der Maßgabe, dass die §§ 17 bis 24 auf sie nicht anzuwenden sind.
	(3) <sup>1</sup> Das Gesetz gilt nicht für Beamtinnen und Richterinnen. <sup>2</sup> Das Gesetz gilt ebenso nicht für Soldatinnen, auch soweit die Voraussetzungen des Absatzes 2 erfüllt sind, es sei denn, sie werden aufgrund dienstlicher Anordnung oder Gestattung außerhalb des Geschäftsbereiches des Bundesministeriums der Verteidigung tätig.
	(4) <sup>1</sup> Dieses Gesetz gilt für jede Person, die schwanger ist, ein Kind geboren hat oder stillt. <sup>2</sup> Die Absätze 2 und 3 gelten entsprechend.

- Nach Abs. 2 S. 1 setzt die Anwendbarkeit des MuSchG eine Beschäftigung iSd § 7 Abs. 1 SGB IV voraus und damit eine nicht selbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis (§ 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV). Ein Arbeitsverhältnis ist nur ein Beispiel für eine Beschäftigung iSd § 7 Abs. 1 SGB IV. Die **Voraussetzungen für eine Beschäftigung sind geringere als solche für ein Arbeitsverhältnis**. Mit dem Verweis auf § 7 Abs. 1 SGB IV übernimmt das MuSchG den weiteren unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff und erweitert den persönlichen Anwendungsbereich des Gesetzes um Formen der Beschäftigung außerhalb eines Arbeitsverhältnisses iSd § 611a BGB (BAG 27.2.2020, NJW 2020, 1986 Rn. 20; BGH 30.9. 2021, 5 StR 161/21, NJW 2022, 1111, 1112 Rn. 27). Der EuGH sieht in stRspr eine Arbeitnehmereigenschaft als gegeben an, wenn eine Person während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisungen Leistungen erbringt, für welche sie als Gegenleistung eine Vergütung erhält (vgl. EuGH 3.7.1986, Slg 1985, 2121 = NVwZ 1987, 41 – Lawrie-Blum; 20.9.2007, NZA 2007, 1274 – Kiiski; 11.11.2010, NJW 2011, 2343 – Danosa; 9.7.2015, NZA 2015, 861 – Balkaya); keine Eingliederung in den Betrieb.
- Gesetzlicher Mutterschutz seit 1.1.2018 auch für **Studierende und Schüler\*innen**, soweit die jeweilige Ausbildungsstelle Ort, Zeit und Ablauf von Ausbildungsveranstaltungen verpflichtend vorgibt. Praktika, deren Durchführung Voraussetzung für die Zulassung zum Studiengang ist, fallen nicht unter Nr. 8 (und sind auch keine Berufsausbildungsvorbereitung iSv Nr. 1; BT-Drs. 18/8963, 52). **Besonderheiten:**
  - Können auf Schutzfrist nach Entbindung verzichten (§ 3 Abs. 3 MuSchG): Ausbildungsabschluss geht vor.
  - Konsequenz: Weder Kündigungsschutz noch finanzielle Leistungen nach §§ 18 ff. MuSchG (§ 1 Abs. 2 Nr. 8 MuSchG)
  - Empfehlung des Ausschusses für Mutterschutz beim BMFSFJ vom 15.9.2022, Nummer 01.2022, für die Teilnahme von schwangeren oder stillenden Schülerinnen und Studentinnen an Schulfahrten und Exkursionen ([https://www.ausschuss-fuer-mutterschutz.de/fileadmin/content/Dokumente/MuSchE\\_01-2022\\_-\\_Teilnahme\\_von\\_schwangeren\\_oder\\_stillenden\\_Schuelerinnen\\_und\\_Studentinnen\\_an\\_Schulfahrten\\_und\\_Exkurionen.pdf](https://www.ausschuss-fuer-mutterschutz.de/fileadmin/content/Dokumente/MuSchE_01-2022_-_Teilnahme_von_schwangeren_oder_stillenden_Schuelerinnen_und_Studentinnen_an_Schulfahrten_und_Exkurionen.pdf)). Für den Mutterschutz ist zwischen pädagogischen Bildungsabschnitten und sozialen Freizeitaktivitäten zu differenzieren. Letztere unterfallen nicht dem MuSchG (überwiegendes Ziel ist ausschlaggebend, etwa bei Theater- oder Kinobesuch. Reisezeiten sollen nicht dem MuSchG unterfallen).
- Immer noch **kein Mutterschutz für Selbstständige**. Entgegen Art. 8 RL 2010/41/EU vom 7. Juli 2010 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, die eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausüben. Selbstständige Handwerksmeisterinnen brachten das Thema wieder in die Öffentlichkeit; [Petition 133680 „Gleiche Rechte im Mutterschutz für selbstständige Schwangere“](https://www.tagesschau.de/inland/mutterschutz-selbststaendige-101.html). BM Lisa Paus stellte im Dez. 2022 eine Lösung in Aussicht (<https://www.tagesschau.de/inland/mutterschutz-selbststaendige-101.html>). Ausführliche Argumentation für einen Mutterschutz auch für Selbstständige: <https://www.djb.de/presse/stellungnahmen/detail/st23-01>.

## II. Arbeitszeitrechtlicher Gesundheitsschutz

### 1. Mehrarbeit, § 4 MuSchG

- Tägliche Grenze und Grenze der Doppelwoche
- Arbeitgeber hat eine Ausgleichspflicht für geleistete Überstunden, die nunmehr innerhalb eines Monats zu erfolgen hat: Nach § 4 Abs. 1 S. 4 MuSchG darf die schwangere oder stillende Person im Durchschnitt des Monats die vertraglich vereinbarte wöchentliche Arbeitszeit nicht übersteigen.
  - Hat eine Frau in einer Doppelwoche nach einer Vereinbarung mit ihrem Arbeitgeber 90 Stunden gearbeitet, um etwa ein anstehendes Projekt zum Abschluss zu bringen, und sind vertraglich nur 35,5 Stunden wöchentliche Arbeitszeit vereinbart, darf die Frau in den restlichen beiden Wochen des Monats nicht jeweils wie vertraglich vereinbart 35,5 Stunden arbeiten. Sie darf nach § 4 Abs. 1 S. 4 MuSchG im Monat insgesamt nicht mehr als  $4 \times 35,5 \text{ Stunden} = 142 \text{ Stunden}$  beschäftigt werden. Die letzten beiden Wochen des Monats dürfen also insgesamt nur noch 52 Stunden ( $142 \text{ Stunden} - 90 \text{ Stunden}$ ) gearbeitet werden; ansonsten ist Freizeit zu gewähren (Schiefer/Baumann DB 2017, 2929, 2931).
  - Arbeitet eine Frau Teilzeit 20 Stunden die Woche, darf sie insgesamt nicht mehr als 80 Stunden im Monat arbeiten. Leistet sie in zwei Wochen 80 Stunden Arbeit, ist sie die beiden anderen Wochen des Monats freizustellen.
- Aufsichtsbehörde kann bei ausdrücklicher Einwilligung der Frau auf Antrag des Arbeitgebers Ausnahmen zulassen (§ 29 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 MuSchG). Ärztliches Zeugnis erforderlich.

### 2. Nachtarbeit, § 5 MuSchG

- **Arbeit zur späten Abendstunde** (§ 5 Abs. 1 S. 2 MuSchG): Schwangere oder stillende Person kann ausnahmsweise zwischen 20:00 Uhr und 22:00 Uhr beschäftigt werden, wenn die Voraussetzungen des § 28 Abs. 1 MuSchG erfüllt sind (Genehmigungsverfahren). Insoweit ist zwischen Nachtarbeit (zwischen 22:00 Uhr und 06:00 Uhr) und der Arbeit zur späten Abendstunde (zwischen 20:00 Uhr und 22:00 Uhr) zu unterscheiden.
- **Ausbildungsveranstaltungen** bis 22 Uhr ohne behördliche Genehmigung zulässig, § 5 Abs. 2 MuSchG
- branchenunabhängige Regelung des Verbots der Nachtarbeit

### 3. Sonn- und Feiertagsarbeit, § 6 MuSchG

- Auch feiertags darf gearbeitet werden: Bereitschaftserklärung der Frau, kann jederzeit widerrufen werden (§ 6 MuSchG)
- branchenunabhängige Regelung

### 4. Aufsichtsbehörde nach § 29 Abs. 1 MuSchG

- **Baden-Württemberg:** Regierungspräsidien (Stuttgart, Karlsruhe, Freiburg, Tübingen)
- **Bayern:** Gewerbeaufsichtsämter (Oberfranken in Coburg, Schwaben in Augsburg, Niederbayern in Landshut, Oberbayern in München, Mittelfranken in Nürnberg, Oberpfalz in Regensburg, Unterfranken in Würzburg)
- **Berlin:** Landesamt für Arbeitsschutz, Gesundheitsschutz und technische Sicherheit Berlin (LAGeSi)
- **Brandenburg:** Landesämter für Arbeitsschutz, Verbraucherschutz und Gesundheit (Regionalbereich Süd in Cottbus, Ost in Eberswalde und Frankfurt/Oder, West in Potsdam und Neuruppin)
- **Bremen:** Gewerbeaufsicht (Bremen und Bremerhaven)
- **Hamburg:** Behörde für Gesundheit und Verbraucherschutz (Amt für Arbeitsschutz)
- **Hessen:** Regierungspräsidien (Darmstadt, Gießen, Kassel)
- **Mecklenburg-Vorpommern:** Landesämter für Gesundheit und Soziales – LAGuS (Rostock, Schwerin, Stralsund, Neubrandenburg)
- **Niedersachsen:** Staatliche Gewerbeaufsichten (Braunschweig, Celle, Cuxhaven, Emden, Göttingen, Hannover, Hildesheim, Lüneburg, Oldenburg, Osnabrück)

- **Nordrhein-Westfalen:** Bezirksregierungen (Arnsberg, Detmold, Düsseldorf, Köln, Münster)
- **Rheinland-Pfalz:** Struktur- und Genehmigungsdirektion (Nord in Koblenz, Süd in Neustadt a. d. Weinstraße)
- **Saarland:** Landesamt für Umwelt- und Arbeitsschutz (Saarbrücken)
- **Sachsen:** Landesdirektionen (Leipzig, Dresden, Bautzen, Chemnitz, Zwickau)
- **Sachsen-Anhalt:** Landesamt für Verbraucherschutz (Ost in Dessau-Roßlau, West in Halberstadt, Mitte in Magdeburg, Nord in Stendal, Süd in Halle/Saale)
- **Schleswig-Holstein:** Staatliche Arbeitsschutzbehörde bei der Unfallkasse Nord (St AUK (Kiel, Lübeck, Lzehoe))
- **Thüringen:** Landesamt für Verbraucherschutz (Mittelthüringen in Erfurt, Ostthüringen in Gera, Nordthüringen in Nordhausen, Südthüringen in Suhl)

## 5. Freistellung zum Stillen und für Untersuchungen, § 7 MuSchG und § 23 MuSchG

- Aufgrund der unbeeinflussbaren Milchproduktion ist die Frau auch freizustellen, um Muttermilch für das Kind abzupumpen, die später (außerhalb) der Arbeitszeit (vom Vater) an das Kind verfüttert wird. Allein für das Füttern des Kindes während der Arbeitszeit mit (außerhalb der Arbeitszeit) abgepumpter Milch, begründet keinen Freistellungsanspruch. Das bloße Füttern können Dritte übernehmen. Entsprechend ist auch der Vater nicht nach § 7 Abs. 2 freizustellen, wenn er das Kind mit abgepumpter Milch während seiner Arbeitszeit füttern soll (gegen eine Diskriminierung des Mannes durch § 7 Abs. 2 Dahm EuZA 2011, 396 (403 f.); EuGH 30.9.2010, NZA 2010, 1281 – Alvarez sieht den spanischen Stillurlaub zwar auch für Väter vor, der spanische Stillurlaub entspricht jedoch dem deutschen BEEG). Die Art und Weise, in welcher das Kind gestillt wird (etwa auch, ob mit oder ohne Beikost (BAG 3.7.1985, NZA 1986, 131 zum zusätzlichen Brei), ist irrelevant. Stillzeiten sind selbst dann noch zu gewähren, wenn die Ernährung des Kindes mit Muttermilch nur noch eine untergeordnete Rolle spielt.
- § 7 Abs. 2 MuSchG gewährt Freistellung für die „zum Stillen erforderliche Zeit“. Dabei hat die tägliche Stillzeit insgesamt mindestens eine Stunde zu betragen (einmal eine Stunde oder zweimal für eine halbe Stunde), nach oben ist sie nicht begrenzt. Lage, Anzahl und Dauer der Stillzeiten kann die Aufsichtsbehörde regeln (§ 29 Abs. 3 S. 2 Nr. 3). Es ist für die Zeit freizustellen, die nach objektiven Maßstäben und unabhängig von den subjektiven Vorstellungen des Arbeitgebers für das Stillen notwendig ist (HWK/Hergenröder Rn. 5). Dazu gehört nicht nur die eigentliche Stillzeit, sondern auch die Zeit für die Vor- und Nachbereitungen (inkl. Säubern und Umkleiden des Kindes), die Wegezeiten zu einem Stillraum oder zum Kind in der häuslichen Wohnung, in der Kinderbetreuung etc. sowie die Zeit, die die Mutter für das Stillen an sich in Ruhe benötigt (BAG 3.7.1985, NZA 1986, 131; so auch OVG Bln-Bbg 23.3.2016, BeckRS 2016, 44253). Dabei ist die Arbeitnehmerin jedoch gehalten, durch zumutbare organisatorische Maßnahmen die Stillzeiten in angemessenen Grenzen zu halten und damit auch den betrieblichen Belangen Rechnung zu tragen (BAG 3.7.1985, NZA 1986, 131). Dies kann zB erfordern, dass sich die Arbeitnehmerin bei einem weiten Weg zum Betrieb das Kind zu den Stillzeiten in den Betrieb bringen lassen muss. Anderenfalls ist der Arbeitgeber zur angemessenen Kürzung der Lohnausfallerstattung berechtigt.
- Die Anzahl der Kinder spielt nach dem Gesetzeswortlaut für die Dauer der Freistellung keine Rolle. Da etwa das Stillen von Zwillingen jedoch mehr Zeit in Anspruch nimmt, müsste sich die Stillzeit bei Mehrlingsgeburten erhöhen. Gleiches gilt, wenn die Mutter ein elf Monate altes Kind sowie ein Neugeborenes stillt.
- Die Lage der Stillzeiten bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalls und kann auch von der Aufsichtsbehörde geregelt werden (§ 29 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 MuSchG). Als Richtlinie mag die Empfehlung von Kinderärzten gelten, Säuglinge alle vier Stunden zu stillen. Hat sich ein anderer Rhythmus eingestellt, so ist dieser maßgeblich. Bei steigendem Arbeitszeitausfall ist jedoch umso mehr auf betriebliche Belange Rücksicht zu nehmen.
- Freistellung zum Stillen: nur noch die ersten zwölf Monate nach der Entbindung.

## 6. Schutzfrist, § 3 MuSchG

- Der Gesundheitsschutz der Frau setzt sich dahingehend fort, dass in den Schutzfristen des § 3 MuSchG für sie ein **Abschiebungsverbot** besteht – nicht während der vollständigen Schwangerschaft (vgl. nur VG München 31.7.2018, BeckRS 2018, 18923; VG Kassel 5.6.2018, BeckRS 2018, 14379). Für den Vater kann Abschiebungsschutz greifen, sofern er seine Unterstützung der (schwangeren) Frau glaubhaft macht (OVG LSA 17.1.2019, BeckRS 2019, 2350 mwN).
- Sinn und Zweck: Zum einen Gesundheitsschutz von Mutter und Kind. Zum anderen soll die Schutzfrist nach der Geburt der Mutter kumulativ die nötige Ruhe zum Aufbau des Mutter-Kind-Verhältnisses sichern (vgl. nur EuGH 12.7.1984, NJW 1984, 2754 Rn. 25 – Hofmann; 18.3.2004, NZA 2004, 535 Rn. 32 – Gómez; 18.11.2020, NZA 2021, 185 Rn. 52 mwN; BAG 16.6.2005, NZA 2006, 283 (286 unter Gründe 2. d) bb) mwN); HWK/Hergentröder Rn. 1); es soll der Mutter möglich sein, nach der Geburt den wichtigen Kontakt zum Kind herzustellen, zu vertiefen, das Kind zu pflegen und zu betreuen (BAG 16.6.2005, BAGE 115, 113).
- Dient die Schutzfrist nach der Geburt auch dem Aufbau des Mutter-Kind-Verhältnisses, steht diese grundsätzlich auch Frauen zu, die das Kind zwar nicht geboren haben, aber tatsächlich nach der Geburt pflegen und betreuen; etwa Pflege-, Bestell- und Adoptivmütter (vgl. ErfK/Schlachter Rn. 8) sowie die zweite Mutter bei lesbischen Paaren (sog. Co-Mutter/Mitmutter). Diese Frauen bedürfen mangels Austragens des Kindes sogar dringlicher Zeit, um eine Beziehung herzustellen. Der EuGH verneint den Anwendungsbereich des MuSchG für Pflege, Bestell- und Adoptivmütter, weil es mangels Geburt am zweiten, **kumulativen** Zweck des Gesundheitsschutzes fehle (EuGH 18.3.2014, BeckRS 2014, 80565 Rn. 34 ff. – zur Bestellmutter; BSG 3.6.1981, NJW 1981, 2719 zum Mutterschaftsgeld; Brose NZA 2016, 604 (606); HWK/Hergentröder Rn. 7; → § 1 Rn. 10).
- Die **neue RL 2019/1158/EU** fordert nun aber auch für Väter eine Freistellung anlässlich der Geburt des Kindes und auch Väter haben das Kind nicht zur Welt gebracht: Wie der Mutter durch den Mutterschutz nach der Geburt der Aufbau eines Mutter-Kind-Verhältnisses ermöglicht wird, ist dem Vater zu helfen, ein Vater-Kind-Verhältnis herzustellen, das Kind nach der Geburt pflegen und betreuen zu können und mittels Entlastung der Mutter deren Erholung und damit deren Gesundheit zu fördern. Für den Vater, der das Kind nicht bereits zehn Monate ausgetragen hat, ist der Aufbau einer Beziehung noch wichtiger und ggf. auch aufwendiger. Den Mutterschutz nach der Geburt auf einen Elternschutz auszuweiten, entspräche Art. 4 Abs. 1 RL 2019/1158/EU, der bis zum 2.8.2022 umzusetzen war und wonach Väter anlässlich der Geburt des Kindes Anspruch auf zehn Tage Vaterschaftsurlaub haben – neben einem Anspruch auf Elternurlaub (Dahm EuZA 2020, 19 ff.; Stiegler NZA 2021, 496 ff.).

### III. Ärztliches Beschäftigungsverbot, § 16 MuSchG

- § 16 setzt ein „ärztliches Zeugnis“ voraus. Aufgrund seiner konstitutiven Wirkung genügt im Unterschied zu § 15 kein Attest von Hebamme oder Entbindungshelfer (ErfK/Schlachter Rn. 8); Arzt in diesem Sinne sind aber nicht nur Gynäkologen, sondern beispielsweise auch Orthopäden oder Neurologen (Leitfaden des BMFSJ zum Mutterschutz, 17. Aufl. 2021, 41, abrufbar unter <https://www.bmfsfj.de/blob/94398/b235a06e6fa9ece3d1a6effbc5a510ee/mutterschutzgesetz-data.pdf>): Jeder approbierte Arzt kann ein Beschäftigungsverbot erteilen (LAG Düsseldorf 27.5.2020, BeckRS 2020, 15597 Rn. 53). Der Arbeitgeber darf kein amts- oder fachärztliches Attest verlangen (ErfK/Schlachter Rn. 8).
- Das ärztliche Attest soll möglichst präzise die tatsächlichen Umstände bezeichnen, von welchen der Arzt ausgegangen ist, also welche **Arbeitsplatzbegebenheiten** die Frau geschildert hat. Medizinische Daten dürfen nicht weitergeben werden; der Arbeitgeber muss die medizinischen Hintergründe des Verbots nicht kennen und es muss ihm nicht möglich sein, die Tatbestandsvoraussetzungen des § 16 MuSchG prüfen zu können (Aligbe ArbRAktuell 2021, 207).
- Ferner sollte das Verbot benennen, welche konkreten Tätigkeiten der Frau zu einer Gefährdung führen können, welche Tätigkeiten die Arbeitnehmerin nicht mehr ausführen darf, **ob ggf. leichtere Arbeiten oder verkürzte Arbeitszeiten zulässig sind**. Art und Weise und Umfang der Gefährdung für Mutter und Kind bei unveränderter Fortdauer der Beschäftigung sollten für den Arbeitgeber erkennbar sein, damit er mittels **Schutzmaßnahmen nach § 13 MuSchG** Abhilfe leisten kann. Wendet der Arbeitgeber die Gefährdung (durch Umgestaltung gem. § 13 Abs. 1 Nr. 1 oder Umsetzung nach



§ 13 Abs. 1 Nr. 2 MuSchG) ab und wird dies in einer neuen Gefährdungsbeurteilung nach §§ 9 ff. MuSchG schriftlich dokumentiert, verliert das ärztliche Zeugnis für die neue geeignete Tätigkeit seine Gültigkeit (BT-Drs. 18/8963, 87; ErfK/Schlachter Rn. 8; HWK/Hergenröder Rn. 7).

- Kann der Arbeitgeber Umstände darlegen und beweisen, die zu ernsthaften Zweifeln am Vorliegen der attestierten, ausschließlich schwangerschaftsbedingten Arbeitsunfähigkeit führen oder legt die Arbeitnehmerin auf das Verlangen des Arbeitgebers keine ärztliche Auskunft vor, aus der sich ergibt, von welchem tatsächlichen Arbeitsumfeld der Arzt ausgegangen ist und welche Einschränkungen konkret bestehen, ist der Beweiswert der ärztlichen Bescheinigung **erschüttert** und die Schwangere hat die Voraussetzungen des Beschäftigungsverbots zu beweisen, indem sie etwa von der ärztlichen **Schweigepflicht entbindet** (BAG 12.3.1997, AP MuSchG 1968 § 3 Nr. 10; 9.10.2002, NZA 2004, 257; 7.11.2007, NZA 2008, 551; LAG RhPf 17.6.2013, BeckRS 2013, 71277; ErfK/Schlachter Rn. 10). Aus einem „Xing“-Profil, über welches die Schwangere ihre Arbeitskraft anbietet, ist nicht zu schließen, dass das Beschäftigungsverbot auf unzutreffenden Tatsachen beruht (LAG Bln-Bbg 13.7.2017, BeckRS 2017, 132289).

## 1. Online-Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, Online-Beschäftigungsverbot?

Sind Beschäftigungsverbote in Zukunft genauso online möglich, wie Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung?

- **Bislang persönliche ärztliche Untersuchung als Standard.** Daraus resultiert der hohe Beweiswert (Anscheinsbeweis) der AUB, der nur in Ausnahmefällen erschüttert werden kann. Nur AUB, die nach einer persönlichen Untersuchung ausgestellt wurden, kommt der hohe Beweiswert zugute. Findet keine direkte und persönliche Untersuchung durch den Arzt statt, hat eine AUB keinen oder nur einen sehr geringen Beweiswert. Dies war lange Zeit unstrittig (BAG 11.8.1976 - 5 AZR 422/75 - BeckRS 1976, 105761).
- **Änderung der Musterberufsordnung der Ärzte (2018):** § 7 IV: „Ärztinnen und Ärzte beraten und behandeln Patientinnen und Patienten im persönlichen Kontakt. Sie können dabei Kommunikationsmedien unterstützend einsetzen. Eine ausschließliche Beratung oder Behandlung über Kommunikationsmedien ist im Einzelfall erlaubt, wenn [...]“ Umsetzung der Vorgaben in den Berufsordnungen aller Bundesländern -> Hervorbringen von Anbietern, deren Geschäftsmodell die Ausstellung von Online-AUB ist.
- **Änderung der Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie (AU-RL) des Gemeinsamen Bundesausschusses (2020):** Gemäß § 4 Abs. 5 der Richtlinie kann eine Arbeitsunfähigkeit abweichend von dem Grundsatz der unmittelbar persönlichen Untersuchung auch mittelbar persönlich im Rahmen von Videosprechstunden festgestellt werden. Dies ist jedoch nur zulässig, wenn der Versicherte dem Vertragsarzt oder einem anderen Vertragsarzt derselben Berufsausübungsgemeinschaft aufgrund früherer Behandlung unmittelbar persönlich bekannt ist und die Erkrankung dies nicht ausschließt. Eine erstmalige Feststellung der Arbeitsunfähigkeit ist nur für einen Zeitraum von bis zu sieben Kalendertagen möglich und die Feststellung des Fortbestehens der Arbeitsunfähigkeit ist nur zulässig, wenn bei dem Versicherten bereits zuvor aufgrund unmittelbar persönlicher Untersuchung durch den Vertragsarzt Arbeitsunfähigkeit wegen derselben Krankheit festgestellt worden ist.
- Am **19. November 2021** hat der G-BA eine weitergehende Änderung der Arbeitsunfähigkeitsrichtlinie beschlossen. Durch eine Änderung in § 4 Abs. 5 wird das Erfordernis, dass der Patient in der Praxis bekannt sein muss, gestrichen. Eine Feststellung der Arbeitsunfähigkeit auf Grund einer mittelbar persönlichen Untersuchung im Rahmen einer **Videosprechstunde** kann in Zukunft erfolgen, wenn die Erkrankung dies nicht ausschließt. Im Fall einer Videosprechstunde soll die erstmalige Feststellung der Arbeitsunfähigkeit für Versicherte, die der Vertragsärztin oder dem Vertragsarzt oder einer anderen Vertragsärztin oder einem anderen Vertragsarzt derselben Berufsausübungsgemeinschaft aufgrund früherer Behandlung nicht unmittelbar persönlich bekannt sind, über einen Zeitraum von bis zu drei Kalendertagen nicht hinausgehen. Abweichend zu § 4 I kann die AU auch im Rahmen einer Videosprechstunde festgestellt werden, wenn der Patient diesem oder einem anderen Arzt derselben Berufsausübungsgemeinschaft unmittelbar persönlich aufgrund einer früheren Behandlung bekannt ist und die Erkrankung dies nicht ausschließt.
- Fragebogen mit Selbstdiagnose: Entspricht nicht den Vorgaben der (Muster)Berufsordnung. Es fehlt an einer Beratung oder Behandlung. Solchen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen kann wohl kein Beweiswert zukommen (LG Hamburg v. 03.09.2019 406 HKO 56/19, BeckRS 2019, 26642).



- Videosprechstunde: Das LG Hamburg (s. eben oben) hat auch der Verifizierung eines Fragebogens durch einen Video-Chat oder per Telefon als nicht ausreichend angesehen. Bei speziellen Anbietern fehlt es in der Regel an der persönlichen Bekanntheit zwischen Patienten und Arzt, § 4 V AU-RL (s. oben). AUBs, die an diesem oder anderen Mängeln leiden, haben daher wohl keinen Beweiswert. Bei einer nach § 4 V AU-RL ordnungsgemäß ausgestellten AUB ist aber vom vollen Beweiswert auszugehen.

## 2. Erkennbarkeit einer Online-Bescheinigung (mit geringerem Beweiswert)

- Entfernung des Arztes vom Wohnort des AN, keine Unterschrift, bestimmte bzw. immer wieder dieselben Ärzte → Aktuell aufgrund der physischen AUB (noch) gute Möglichkeiten die Online-Krankschreibung als solche zu identifizieren und den Beweiswert ggf. gerichtlich zu erschüttern.
- Problem bei elektronischer Übermittlung von AUB: Anonymisierung -> AG erfährt nicht mehr, welcher Arzt an welchem Ort die AUB ausgestellt hat. Ab dem 01.07.2022: Krankenkassen stellen die ihnen von den Vertragsärzten elektronisch übermittelten AU-Daten den AG digital zur Verfügung (§ 109 I 1 SGB IV; § 5 Abs. 1a EFZG n.F.). Abruf erfolgt seitens AG über Entgeltabrechnungsprogramm. AG erhalten so digital Information über Beginn und Dauer der AU und wann die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall ausläuft. Gilt nicht für geringfügig Beschäftigte und AN, die nicht in gesetzl. Krankversicherung sind (z.B. privatversicherte AN).
- Pauschale Unterstellung, dass eine Fernuntersuchung stets zu übereilten AUBs führt, ist nicht zielführend und missachtet die modernen technischen Möglichkeiten.
- Ärzte könnten verpflichtet werden bei der Übermittlung mitzuteilen, ob die AU auf Grundlage einer Fernuntersuchung ausgestellt wurde, und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen.
- In Betriebsvereinbarung regeln, dass online-AUB nicht anerkannt werden.

## IV. §§ 9 ff. MuSchG: Betrieblicher Gesundheitsschutz/Arbeitsplatzsicherheit

- **Gefährdungen:** Es soll nicht nur jede Gefahr, sondern bereits jegliche Möglichkeit eines Schadens/einer gesundheitlichen Beeinträchtigung vermieden werden – ohne bestimmte Anforderungen an Schadensausmaß und Eintrittswahrscheinlichkeit (BT-Drs. 18/8963, 64 mwN; vgl. § 4 Nr. 1 ArbSchG). Für die Möglichkeit eines Schadenseintritts reicht es, dass bestimmte Arbeitsbedingungen lediglich im Verdacht stehen, gesundheitliche Beeinträchtigungen hervorzurufen (BT-Drs. 18/8963, 65).
- Für eine Gefährdung durch die Tätigkeit bedarf es eines **Bezugs zu dieser:** keiner Kausalität, aber – im Vergleich zu Frauen, die den Arbeitsbedingungen nicht ausgesetzt sind, – einer **signifikant höheren Wahrscheinlichkeit**, dass eine gesundheitliche Beeinträchtigung durch die Tätigkeit eintritt (BT-Drs. 18/8963, 65). So ist die Wahrscheinlichkeit, im Rahmen einer Bürotätigkeit im Einzelbüro ohne Kundenkontakt im Arbeitsumfeld an Covid-19 zu erkranken, nicht höher, als sich im privaten Umfeld (etwa beim Einkaufen) anzustecken, sodass diese Gefährdung allgemeines Lebensrisiko ist, welches nicht im Verantwortungsbereich des Arbeitgebers liegt (ErfK/Schlachter Rn. 4; Leitfaden des BMFSJ zum Mutterschutz, 17. Aufl. 2021, 34 f., abrufbar unter <https://www.bmfsfj.de/blob/94398/b235a06e6fa9ece3d1a6effbc5a510ee/mutterschutzgesetz-data.pdf>). Atemprobleme, die mit einer mangelhaften Klimaanlage am Arbeitsplatz zusammenhängen, unterfallen § 9 MuSchG; nicht aber, wenn diese auf eine Pollenallergie zurückzuführen sind (Olbert AuA 2019, 504 (505)).
- Die Gefährdung bedarf eines **Zusammenhangs mit der Schwangerschaft oder dem Stillen**. Vor der Gefahr, umzuknicken und sich die Bänder anzureißen, wird die (werdende) Mutter wie alle Beschäftigten mittels des ArbSchG geschützt. Die Gesundheit der Frau muss mutterschutzspezifisch beeinträchtigt werden können, etwa durch die erhöhte Thrombosegefahr bei Schwangeren durch langes Stehen. Eine wissenschaftlich nachgewiesene Kausalität zwischen den Arbeitsbedingungen und der gesundheitlichen Beeinträchtigung ist nicht erforderlich (Leitfaden des BMFSJ zum Mutterschutz, 17. Aufl. 2021, 35, abrufbar unter <https://www.bmfsfj.de/blob/94398/b235a06e6fa9ece3d1a6effbc5a510ee/mutterschutzgesetz-data.pdf>). Es genügt, dass die Erkrankung während der Schwangerschaft/des Stillens besonders schwerwiegende Auswirkungen hat.
- **Dabei ist jedoch nicht jegliche Gefährdung auszuschließen.** Dies wäre unmöglich bzw. führte zu einem generellen Beschäftigungsverbot von schwangeren/stillenden Frauen (Korb öAT 2018, 8, 9;

Richter/Kirchbach ArbRAktuell 2017, 293, 294). Auf die Gefährdungsbeurteilung nach § 10 MuSchG hin, ist **zwischen hinnehmbaren und nicht hinnehmbaren Gefährdungen zu differenzieren**: Hinnehmbare Gefährdungen sind nach § 9 Abs. 2 S. 1 MuSchG durch eine Umgestaltung der Arbeitsbedingungen gem. § 9 Abs. 1 S. 1 MuSchG möglichst zu vermeiden. Nicht hinnehmbare, unverantwortbare Gefährdungen (§ 9 Abs. 2 S. 2 MuSchG) sind auszuschließen (§ 9 Abs. 2 S. 3 MuSchG); zu der Rangfolge der möglichen Maßnahmen zwecks Ausschlusses einer unverantwortbaren Gefährdung vgl. § 13 MuSchG.

- **Wann ist eine Gefährdung unverantwortbar und wann ist sie hinnehmbar?** Was hinzunehmen ist und was nicht, **geben §§ 4, 5, 6 und §§ 11, 12 MuSchG** sowie der **Ausschuss für Mutterschutz** mit seinen veröffentlichten Regeln und Erkenntnissen nach § 30 Abs. 4 MuSchG vor und ergänzen insofern § 9 Abs. 2 MuSchG (BT-Drs. 18/8963, 66; HWK/Hergenröder § 9 Rn. 5). Der Arbeitgeber hat den unbestimmten Rechtsbegriff auszulegen und ist hierbei durch Bewertungshilfen zu unterstützen (Schiefer/Baumann DB 2027, 2929 (2934 f.); vgl. die Auflistung bei Olbert AuA 2019, 504 (505 f.)).
- **§ 9 Abs. 4 MuSchG**: Erstes Arbeitspapier des Ausschusses für Mutterschutz (§ 30 MuSchG). Betrifft die Gefährdungsbeurteilung (<https://www.ausschuss-fuer-mutterschutz.de/arbeitsergebnisse/regeln>). Abrufbar unter: <https://www.bmfsfj.de/resource/blob/229382/116d26853e27520a237f638af18cad42/afmu-regel-gefaehrdungsbeurteilung-data.pdf>.

## V. Mitteilung nach § 15 MuSchG

- Da die Entscheidung, ob und wann eine Schwangerschaft mitgeteilt wird, nach **Art. 2 Abs. 1 GG** dem Persönlichkeitsrecht der schwangeren Person unterfällt (vgl. BAG 18.1.2000, BAGE 93, 179 = NZA 2000, 1157,1158), ist § 15 MuSchG nur eine Sollvorschrift, beinhaltet aber eine dringende gesetzliche Empfehlung an die betroffene Person, Schwangerschaft und Stillen mitzuteilen und nachzuweisen (BAG 13.6.1996, BAGE 83, 195). Denn die Schutzpflichten des MuSchG kann der Arbeitgeber nur bei Kenntnis von Schwangerschaft oder Stillen erfüllen bzw. deren Nichterfüllung nur im Falle der Zuwiderhandlung trotz Kenntnis des Arbeitgebers sanktioniert werden (ErfK/Schlachter Rn. 1).
- Lediglich der Kündigungsschutz nach **§ 17 MuSchG greift auch rückwirkend** und setzt keine Kenntnis des Arbeitgebers von der Schwangerschaft bei Zugang der Kündigung voraus (§ 17 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 und S. 2 MuSchG).
- Nach der Mitteilung hat der Arbeitgeber alle Ge- und Verbote des MuSchG einzuhalten. Etwa sind Beschäftigungsverboten zu prüfen, die Arbeitsbedingungen ggf. nach §§ 9 ff. MuSchG anzupassen und der Arbeitnehmerin darf gem. § 17 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 MuSchG grundsätzlich nicht mehr gekündigt werden. Gleiches gilt, wenn der Arbeitgeber nicht von der Person selbst von der Schwangerschaft erfährt, sondern die Kenntnis anderweitig erlangt (ErfK/Schlachter Rn. 2). Der Arbeitgeber hat die Aufsichtsbehörde unverzüglich über die Schwangerschaft nach § 27 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 lit. a MuSchG zu benachrichtigen. Arbeitgeber, die ihre Mitteilungspflicht verletzen, können mit einem Bußgeld bis zu 5.000 EUR belegt werden (§ 32 Abs. 1 Nr. 11, Abs. 2 MuSchG).

## VI. Entgelt bei mutterschutzrechtl. Beschäftigungsverboten

- Während der allgemeinen Schutzfrist der § 3 MuSchG (sechs Wochen vor und acht Wochen nach Entbindung) entfällt der Entgeltanspruch aus § 611a Abs. 2 BGB: Ohne Arbeit keinen Lohn (§§ 275 Abs. 1 BGB, 326 Abs. 1 S. 1 BGB). Die Frauen bekommen aber:
  - **Mutterschaftsgeld**, § 19 MuSchG (iVm SGB V).
  - vom Arbeitgeber einen „**Zuschuss**“ in Höhe der Differenz zum Arbeitsentgelt (§ 20 MuSchG).
- Greift ein Beschäftigungsverbot nach §§ 4-6, 10 Abs. 3, 13 Abs. 1 Nr. 3 MuSchG, so ist der Arbeitgeber nach § 18 MuSchG zur Entgeltfortzahlung verpflichtet: **Mutterschutzlohn**.
  - **Berechnung des Mutterschutzlohns**: Das durchschnittliche Entgelt der letzten drei abgerechneten Monate ist zu zahlen; § 18 S. 3 MuSchG iVm § 21 MuSchG.

- Im Einzelfall kann der Referenzzeitraum abweichend vom Wortlaut extensiv auszulegen und **wesentlich länger sein**, etwa wenn die Frau in den drei Monaten vor der Schwangerschaft zum Ausgleich des Jahresarbeitszeitkontos Teilzeit statt Vollzeit arbeitete (LAG Köln 21.12.2011, BeckRS 2012, 65691 für eine Berücksichtigung des Jahreszeitraums) oder sie in den drei Monaten vor der Schwangerschaft saisonbedingt wesentlich weniger verdiente (BAG 31.5.2023, NZA 2023, 1324 LS 1 zum tariflichen Jahresarbeitszeitmodell einer Flugbegleiterin mit saisonal schwankender Arbeitszeit und stark variabler Vergütung). Nur so kann der Durchschnittsverdienst tatsächlich abgebildet und daher die künftige wirtschaftliche Absicherung der Frau wie in der Vergangenheit realistisch erreicht werden. Die Länge des Referenzzeitraums ist für den Einzelfall zu bestimmen: Etwa bei tariflichen Jahresarbeitszeitmodellen für 12 Monate (BAG 31.5.2023, NZA 2023, 1324 Rn. 32 f.). Konsequenterweise ist im umgekehrten Fall der Referenzzeitraum auch bei einem wesentlich höheren Einkommen in den drei Monaten vor der Schwangerschaft extensiv auszudehnen, etwa die geringere Vergütung der Flugbegleiterin im Winter auch bei einem Beginn der Schwangerschaft im Spätsommer mit einzuberechnen. Denn der Mutterschutzlohn darf die Schwangere auch nicht besserstellen als sie bei Weiterarbeit ohne Beschäftigungsverbot stünde.
- Für Untersuchungen und Stillzeit nach § 7 MuSchG (s. oben) ordnet § 23 Abs. 1 MuSchG den Erhalt des Anspruchs aus § 611a Abs. 2 BGB an.
- Nach der Rechtsprechung des EuGH sind auch alle leistungsbezogenen Entgeltbestandteile im Sinne des geschlechterbezogenen Diskriminierungsverbots des Art. 157 AEUV (dazu EuGH 13.2.1996, Slg. 1996, I-475 = BeckRS 2004, 76582 – Gillespie) weiterzugewähren, wozu auch zum Privatgebrauch überlassene Firmenfahrzeuge gehören (BAG 11.10.2000, AP BGB § 611 Sachbezüge Nr. 13 = NZA 2001, 445). Ebenso sind durch Beschäftigungsverbote entstehende Fehlzeiten für Sonderzahlungen aus kollektivrechtlichen Verträgen sowie aus dem Arbeitsvertrag, wie zB Gratifikationen, unbeachtlich (vgl. EuGH 21.10.2009, Slg. 1999, I-7243 = NZA 1999, 228 – Lewen; LAG Bln 27.10.1999, NZA-RR 2000, 124; LAG Saarl 22.4.2015 – 2 Sa 103/14). Auch kann ein Anspruch auf vermögenswirksame Leistungen und Sparzulagen fortbestehen (Leitfaden des BMFSJ zum Mutterschutz, 16. Aufl. 2020, 95 f., abrufbar unter <https://www.bmfsfj.de/blob/94398/b235a06e6fa9ece3d1a6effbc5a510ee/mutterschutzgesetz-data.pdf>).
- **Grundsatz der Monokausalität:** Umstritten, ob im Fall von Kurzarbeit **100 % Lohnersatz** oder nur das geringere Kurzarbeitergeld (60 % bzw. 67 % der Nettoentgeltdifferenz gem. § 105 SGB III).
  - Voller Lohnersatz: BMFSFJ/BMG/BMAS, Orientierungspapier „Mutterschaftsleistungen bei Kurzarbeit“ vom 3.6.2020, 4, abrufbar unter <https://www.bmfsfj.de/blob/156610/d4bc3e12ad12e611a76062b53b74bfc4/orientierungspapier-mutterschaftsleistungen-bei-kurzarbeit-data.pdf>;
  - **aA** aber LAG Köln 29.3.2021, BeckRS 2021, 15664 Rn. 16: „dann gilt, was für alle gilt“ und damit KUG.

## VII. Kündigungsschutz, § 17 MuSchG

- Auch bei Fehlgeburten nach der zwölften Woche.
- Voraussetzung der Schwangerschaft: Rückrechnung um 280 oder 266 Tage vom berechneten Geburtstermin aus? BAG: 280 Tage (24.11.2022 – 2 AZR 11/22).
- Arbeitgeber muss von Schwangerschaft wissen oder ihm dies innerhalb von zwei Wochen nach Zugang der Kündigung mitgeteilt werden. Ausnahme hiervon wiederum nach § 17 Abs. 1 S. 2 MuSchG. Zur Frage, was unverschuldet und unverzüglich ist vgl. BAG 24.11.2022 – 2 AZR 11/22.
- Siehe hierzu ausführlich Dahm, Naturwissenschaftliches Arbeitsrecht oder: Wie lange dauert eine Schwangerschaft iSd Mutterschutzgesetzes?, RdA 2023, 311 ff.

### 1. Verbot von Vorbereitungshandlungen

- Eine wesentliche Neuerung des MuSchG zum 1.1.2018 – ist in Umsetzung der Rechtsprechung des EuGH (EuGH 11.10.2007, NZA 2007, 1271 – Paquay; 22.2.2018, NZA 2018, 432 Rn. 63 – Porras Gui-

sado) – die inhaltliche Ausdehnung des Kündigungsverbots auf die Vorbereitung einer späteren Kündigung. Bereitet der Arbeitgeber die Kündigung der Frau während der Schutzfrist nach § 17 Abs. 1 S. 1 Nr. 1–3 MuSchG vor, ist auch die erst nach Ablauf der Schutzfrist zugegangene Kündigung unwirksam. Ist die Kündigung der Arbeitnehmerin während der Schutzfrist zugegangen, ist sie bereits nach § 17 Abs. 1 S. 1 und S. 2 MuSchG unzulässig bzw. ausnahmsweise nach § 17 Abs. 2 MuSchG zulässig.

- Der Kündigungsschutz des § 17 MuSchG wird faktisch erheblich verlängert: Dem Arbeitgeber ist es nach dem neuen § 17 Abs. 1 S. 3 MuSchG nicht mehr möglich, die Frau unmittelbar im Anschluss an den beendeten Mutterschutz zu kündigen.
- § 17 MuSchG definiert „Vorbereitungsmaßnahmen“ nicht. Die Gesetzesbegründung greift die Rechtsprechung des EuGH auf: Eine Vorbereitungsmaßnahme sei etwa die unzulässige **Suche und Planung eines endgültigen Ersatzes** für die betroffene Arbeitnehmerin (EuGH 11.10.2007, NZA 2007, 1271 Rn. 33 – Paquay; 22.2.2018, NZA 2018, 432 Rn. 63 – Porras Guisado; ausdrücklich in der Gesetzesbegründung BR-Drs. 230/16, 99); unzulässig ist daher etwa die **Ausschreibung** einer Stelle in der Schutzfrist – die Kündigung der Frau, die bislang die ausgeschriebene Stelle besetzte, ist unwirksam (ErfK/Schlachter § 17 MuSchG Rn. 10). Abstrakt dient eine Maßnahme zur Vorbereitung einer Kündigung, **wenn der Arbeitgeber bei Vornahme der Maßnahme bereits zur Kündigung entschlossen ist** und die konkrete Kündigung der schutzbedürftigen Frau insoweit unmittelbar bevorsteht.
- Unzulässig ist etwa die **Anhörung des Betriebsrates** nach §§ 102, 103 BetrVG, die **Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung** (§ 176 Abs. 2 S. 1 und S. 3 SGB IX) oder der **Gleichstellungsbeauftragten** (§ 27 Abs. 1 Nr. 1 lit. e BGleG bzw. LGleG); die *Beantragung der Zustimmung des Integrationsamtes* (§§ 168 ff. SGB IX) oder einer anderen Behörde (Bayreuther NZA 2017, 1145 f.; Baeck/Winzer/Abend NZG 2018, 23; Oberthür/Stähler ArbR 2017, 179, 181; Evermann NZA 2018, 550, 552 f.). Stets müssen die Kündigungsgründe hier vom Arbeitgeber bereits erläutert werden; der Kündigungsentschluss steht fest und die Kündigung unmittelbar bevor.
- Weiterhin zulässig sind der Beschluss von **Umstrukturierungsmaßnahmen**, die zum Wegfall des Arbeitsplatzes der Frau führen sowie der Abschluss eines **Interessenausgleichs oder Sozialplans**, der die Frau betrifft (HWK/Hergenröder Rn. 4; Benkert NJW-Spezial 2017, 562; Schiefer/Baumann DB 2017, 2929, 2936). Es fehlt (noch) an einer konkreten, auf die betroffene Frau bezogenen Kündigungsentscheidung; bislang ist **nur ein Kündigungsgrund** entstanden. Führt solche Unternehmerentscheidungen in der Schutzfrist nach Abs. § 17 Abs. 1 S. 3 MuSchG zur Unwirksamkeit einer späteren Kündigung, wären betriebsbedingte Kündigungen praktisch unmöglich: In größeren Betrieben ist meist eine der betroffenen Frauen schwanger. Etwas Anderes gilt nur bei einem Interessenausgleich mit einer sog. „**Todesliste**“ (Evermann NZA 2018, 550, 554): Ist die Frau auf der *Namensliste* der zu kündigenden Arbeitnehmer vorgesehen, ist ihre Kündigung beschlossen und zudem ihre Kündigung nach § 1 Abs. 5 KSchG erleichtert. Der Antrag auf **Zustimmung der Behörde nach § 17 Abs. 2 MuSchG** ist aber stets zulässig. Dürfte im Zeitraum des § 17 Abs. 1 S. 1 Nr. 1–3 MuSchG keine behördliche Zustimmung nach § 17 II MuSchG beantragt werden, käme § 17 Abs. 2 MuSchG keine Bedeutung zu.
- Auch die **Massenentlassungsanzeige** ist eine unzulässige Vorbereitungsmaßnahme (Schiefer/Baumann DB 2017, 2929, 2936; Bayreuther NZA 2017, 1145, 1146; ErfK/Schlachter § 17 Rn. 10). Eine Kündigung im Rahmen einer Massenentlassung steht jedoch (meist) nicht mit dem Zustand der Frau in der Schwangerschaft, nach einer Fehlgeburt nach der zwölften Woche oder nach der Entbindung in Zusammenhang und kann nach **§ 17 Abs. 2 MuSchG** zulässig sein. Die Massenentlassungsanzeige ist in diesem Zusammenhang als Vorbereitung einer Kündigung nach § 17 Abs. 2 MuSchG zulässig: die geschützten Arbeitnehmerinnen dürfen in diese aufgenommen werden. Die Möglichkeit des § 17 Abs. 2 MuSchG würde sonst konterkariert.
- Während der Schutzfrist ist auch eine (letzte) **Abmahnung** zulässig: Da es für eine Kündigung eines erneuten Fehlverhaltens nach der Abmahnung bedarf, steht eine Kündigung nicht unmittelbar bevor; vielmehr bezweckt die Abmahnung eine Korrektur des Arbeitnehmerverhaltens.
- Ebenfalls zulässig sind **Nachforschungen des Arbeitgebers**, die später zu einer Kündigung führen (etwa bezüglich des Verdachts eines Fehlverhaltens des Arbeitnehmers durch den Einsatz eines *Detectives* oder durch *Mitarbeitergespräche*). Diese dienen der **Sachverhaltsaufklärung**, sind teils nicht personenbezogen, sondern ermitteln erst den Täter, sodass eine Kündigung noch nicht unmittelbar bevorsteht (aA zu Personalgesprächen ErfK/Schlachter § 17 Rn. 10). Auch die Anhörung der Arbeitnehmerin vor einer Verdachtskündigung darf daher während der Schutzfrist erfolgen. Erst

nach Abschluss der Nachforschungen steht der Kündigungsentschluss des Arbeitgebers fest, vorher greift die Unschuldsvermutung (aA Benkert NJW-Spezial 2017, 562).

## 2. Fehlende KSchG-Klage nach §§ 4, 7 KSchG heilt § 17 MuSchG?

- Um eine Heilung der wegen Verstoßes gegen § 17 MuSchG unwirksamen Kündigung nach § 7 KSchG zu vermeiden, ist innerhalb der dreiwöchigen Klagefrist des § 4 S. 1 KSchG Kündigungsschutzklage zu erheben (vgl. BAG 17.10.2013, AP AGG § 15 Nr. 15; 19.2.2009, AP MuSchG 1968 § 9 Nr. 38; ErfK/Schlachter Rn. 19); die Klage ist **nicht ipso iure unwirksam**. Dies gilt unabhängig von der Kenntnis des Arbeitgebers von der Schwangerschaft (BAG 19.2.2009, AP MuSchG 1968 § 9 Nr. 38).
- § 5 Abs. 1 S. 2 KSchG lässt eine verspätete Klage nur für den Fall zu, dass die Frau von ihrer Schwangerschaft erst nach Ablauf der 3-Wochen-Klagefrist aus einem von ihr nicht zu vertretenden Grund erfahren hat und deshalb an einer rechtzeitigen Klageerhebung verhindert war. Erfährt die Frau noch in der 3-Wochen-Frist von ihrer Schwangerschaft, wird der Ablauf der Frist nicht gehemmt und der Frau keine weitere Bedenkzeit eingeräumt (krit. hierzu ErfK/Schlachter Rn. 19 mwN).
- Die eingeräumte rechtsschutzerweiternde Zulassung der verspäteten Klage nach § 5 Abs. 1 S. 2 KSchG wird aber dadurch konterkariert, dass diese Zulassung nach § 5 Abs. 1 S. 1 KSchG zu beantragen ist und dieser Antrag zwar nicht ausdrücklich gestellt werden muss, eine Nachholung der Kündigungsschutzklage an sich jedoch nicht genügt (BAG 2.3.1989, AP BGB § 130 Nr. AP BGB § 17; 19.2.2009, NZA 2009, 980, 982). Hinzukommt, dass die verspätete Zulassung nach § 5 Abs. 3 S. 1 KSchG innerhalb von zwei Wochen nach Behebung des Hindernisses, welches der rechtzeitigen Klageerhebung entgegenstand, beantragt worden sein muss – also innerhalb von zwei Wochen nach Kenntniserlangung von der Schwangerschaft. Der Sonderkündigungsschutz der Schwangeren wird durch diese kleinteiligen, formalen Vorgaben, deren Erfüllung juristisches Sonderwissen voraussetzt und durch die nur zweiwöchige Überlegungsfrist gem. § 5 Abs. 3 S. 1 KSchG, entgegen Art. 10 und Art. 12 der RL 92/85/EWG und Art. 6 Abs. 4 GG erheblich eingeschränkt und ein effektiver Rechtsschutz ist der Schwangeren nicht mehr möglich. Das Erfordernis eines Antrags nach § 5 Abs. 1 S. 1 KSchG ist für die Fälle des § 5 Abs. 1 S. 2 KSchG europarechtswidrig (vgl. EuGH 29.10.2009, C-63/08 [Virginie Pontin/T-Comalux SA], EuZW 2010, 190, wonach eine Ausschlussfrist von 15 Tagen zur Geltendmachung der Unwirksamkeit der Kündigung einer Schwangeren europarechtswidrig ist; einen Verstoß von §§ 4, 5, 7 KSchG sowohl gegen das Gleichwertigkeits- als auch gegen das Effektivitätsprinzip bejahend Nebe EuZA 2010, 383, 390 ff.).
- Das ArbG Mainz hat richtigerweise den EuGH um Vorabentscheidung über die Frage ersucht, ob die nationalen deutschen Regelungen der §§ 4, 5 KSchG mit der RL 92/85/EWG vereinbar sind (ArbG Mainz 24.4.2023, 4 Ca 1424/22, n.v.): Vor allem, wenn eine Frau nach Ablauf der Kündigungsfrist ihren ehemaligen Arbeitgeber noch mitteile, schwanger zu sein, könne dies vom Arbeitgeber nicht anders verstanden werden, als dass sie die Unwirksamkeit der Kündigung ihres Arbeitsverhältnisses geltend machen wolle (konkret in ArbG Mainz 24.4.2023, 4 Ca 1424/22, n.v.: Zugang der Kündigung am 7.10., Ende des Arbeitsverhältnisses am 21.10., Kenntnis der Frau von der Schwangerschaft am 9.11., Mitteilung an den Arbeitgeber am 10.11.).
- Auf andere Fälle des Sonderkündigungsschutzes sind diese Überlegungen zur Europarechtswidrigkeit des § 5 Abs. 1 S. 1 KSchG nicht zu übertragen: Denn die Erhebung der Kündigungsschutzklage kann nach § 5 Abs. 1 S. 2 KSchG nur nachgeholt werden, weil die Frau ihren Sonderkündigungsschutz unverschuldet nicht kannte – so wie die Schwangerschaftsmitteilung nach § 17 Abs. 1 S. 2 MuSchG bei fehlendem Verschulden nachgeholt werden kann. Eine unverschuldete Unkenntnis des Grundes für den Sonderkündigungsschutz ist allein im Fall der Schwangerschaft tatsächlich vorstellbar – etwa nicht im Fall der Elternzeit oder der Schwerbehinderung.