

Schutz besonderer Personen im Unternehmen

Lerneinheit 5
Fernkurs Arbeitsrecht

Autor: Reinhard Engshuber

LESEPROBE

Haufe Akademie GmbH & Co. KG
Lörracher Str. 9
79115 Freiburg

Tel.: 0761 898-4422
Fax: 0761 898-4423
service@haufe-akademie.de
www.haufe-akademie.de

Diese Lerneinheit ist Teil
eines zertifizierten
Lehrganges



Autor



Reinhard Engshuber

Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht. Reinhard Engshuber wurde am 26.07.1961 in Landsberg/Lech geboren. Nach dem Studium der Rechtswissenschaften und dem Referendariat in München zog Herr Engshuber 1992 in die neuen Bundesländer nach Dessau. Im März 2009 ist Herr Engshuber zum stellvertretenden Direktor des Arbeitsgerichts Dessau ernannt worden. Im August 2015 ist Herr Engshuber zum Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht befördert worden. VRiLAG Engshuber ist langjährig tätig als Referent für die Fachanwaltsausbildung.

Inhaltsverzeichnis

1. Mutterschutz	6
1.1 Überblick	6
1.2 Fragerecht des Arbeitgebers bei Einstellung nach der Schwangerschaft?	8
1.3 Gefährdungsbeurteilung – Unverantwortliche Gefährdung	8
1.4 Schutzmaßnahmen für schwangere und stillende Frauen	9
1.5 Nachtarbeitsverbot, Mehrarbeit	9
1.6 Entgeltsschutz	10
1.7 Urlaubsanspruch und Mutterschutzfristen	12
1.8 Kündigungsverbot gemäß § 17 MuSchG	14
1.8.1 Überblick	14
1.8.2 Voraussetzungen des Kündigungsschutzes	14
1.8.3 Ausnahmegenehmigung, § 17 Abs. 2 MuSchG	17
1.8.4 Kündigung der Arbeitnehmerin	20
2. Elternzeit	21
2.1 Erlaubte Teilzeitarbeit nach § 15 Abs. 4 BEEG	21
2.1.1 Teilzeittätigkeit bei demselben Arbeitgeber	21
2.1.2 Teilzeittätigkeit bei einem Dritten	21
2.2 Kündigungsverbot während der Elternzeit, § 18 BEEG	22
2.2.1 Zulässigerklärung	23
2.2.2 Kündigungsschutz und Wechsel des Arbeitgebers	23
2.2.3 Kündigungsschutz von Teilzeitbeschäftigten während des Bezugs von Elterngeld, § 18 Abs. 2 BEEG	24
2.2.4 Kündigungsschutz auch bei dem „anderen“ Arbeitgeber?	25
2.3 Urlaubsabgeltung bei zweiter Elternzeit	26
2.4 Kürzung des Erholungsurlaubs wegen Elternzeit	27
3. Schwerbehindertenschutz	28
3.1 Überblick	28
3.2 Schwerbehinderte Menschen	28
3.3 Erweiterung der Mitbestimmung	28
3.4 Besondere Pflichten des Arbeitgebers bei der Besetzung freier Arbeitsplätze	29
3.5 Benachteiligungsverbot	30
3.6 Frage nach der Schwerbehinderung	31
3.7 Besondere Förderungspflicht	32
3.8 Betriebliches Eingliederungsmanagement	33
3.8.1 Anwendungsbereich	33
3.8.2 Beteiligte	33
3.8.3 Vereinbarungen zum betrieblichen Eingliederungsmanagement	34
3.8.4 Verfahrensschritte des betrieblichen Eingliederungsmanagements	35
3.8.5 Auswirkungen auf den Kündigungsschutz	36
3.9 Zusatzurlaub	38
3.10 Besonderer Kündigungsschutz	39
3.10.1 Überblick	39
3.10.2 Ausnahmen (§ 90 SGB IX)	40
3.10.3 Ordentliche Kündigung eines schwerbehinderten Menschen	42

3.10.4	Außerordentliche Kündigung eines schwerbehinderten Menschen	43
3.10.5	Zustimmung des Integrationsverfahrens – Rechtsweg	44
3.10.6	Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung	45
4.	Beschäftigte in Pflegezeit	46
4.1	Überblick	46
4.2	Berechtigter Personenkreis	46
4.3	Freistellung wegen kurzzeitiger Arbeitsverhinderung	47
4.4	Inanspruchnahme und Dauer der Freistellung	47
4.5	Entgeltfortzahlung	48
4.6	Anspruch auf Pflegezeit	49
4.6.1	Entgeltfortzahlung	50
4.6.2	Geltendmachung des Anspruchs	50
4.6.3	Nachweispflicht	51
4.6.4	Dauer der Freistellung	51
4.6.5	Keine Aufteilung der Pflegezeit in mehrere getrennte Zeitabschnitte	51
4.7	Beschäftigung einer Ersatzkraft	52
4.8	Auswirkungen auf den Erholungsurlaub	52
4.9	Kündigungsschutz	52
4.10	Keine Anrechnung auf Berufsbildungszeiten	53
4.11	Familienpflegezeit	54
4.11.1	Öffentliche Förderung der Familienpflegezeit.	54
4.11.2	Inanspruchnahme der Familienpflegezeit	54
4.11.3	Kündigungsschutz	55
4.11.4	Sachgrundbefristung	55
5.	Schutz der Wehrpflichtigen und Zivildienstleistenden	56
5.1	Freistellung für den Musterungstermin	56
5.2	Ruhen des Arbeitsverhältnisses	56
5.3	Weitere Schutzregelungen	57
5.4	Besonderer Kündigungsschutz	57
6.	Sonderschutz für Kinder und Jugendliche	59
6.1	Überblick	59
6.2	Verbot der Kinderarbeit	59
6.3	Beschäftigung Jugendlicher	59
7.	Schutz der Heimarbeiter	61
7.1	Überblick	61
7.2	Arbeitszeitschutz	62
7.3	Gefahrenschutz	62
7.4	Entgeltschutz	62
7.5	Kündigungsschutz	62
7.6	Weitere vertragliche Schutzbestimmungen	63
7.7	Heimarbeiter und Betriebsverfassungsgesetz	63
8.	Besonderheiten bei der Kündigung von Mitgliedern der Betriebsverfassungsorgane (§ 15 KSchG, § 103 BetrVG)	65
8.1	Überblick	65
8.2	Beginn und Ende des besonderen Kündigungsschutzes	66

8.2.1	Wahlvorstandsmitglied	66
8.2.2	Wahlbewerber	67
8.2.3	Betriebsratsmitglieder	68
8.2.4	Ersatzmitglieder	68
8.2.5	Initiatoren	69
8.2.6	Bewerber für den Wahlvorstand	69
8.3	Nachwirkender Kündigungsschutz	69
8.3.1	Betriebsratsmitglieder	70
8.3.2	Wahlvorstandsmitglieder, Wahlbewerber	70
8.3.3	Ersatzmitglieder	70
8.4	Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB	71
8.5	Die gerichtliche Ersetzung der verweigerten Zustimmung (§ 103 Abs. 2 BetrVG)	72
8.6	Versetzung in einen anderen Betrieb	73
8.7	Änderungskündigung	73
8.8	Betriebs- und Abteilungsstilllegung	73
8.8.1	Betriebsstilllegung	74
8.8.2	Stilllegung einer Betriebsabteilung	74
9.	Literaturverzeichnis	76

In dieser Lerneinheit wird bei der Bezeichnung von Personen die männliche Form verwendet, um die Lesbarkeit zu erleichtern. Selbstverständlich sind stets weibliche und männliche Personen gleichermaßen gemeint. Wir bitten dafür um Verständnis.

1. Mutterschutz

1.1 Überblick

Nach Art. 6 Abs. 4 Grundgesetz hat vor allem die werdende Mutter Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gesellschaft. Der Gesetzgeber hat mit dem Gesetz zum Schutze der erwerbstätigen Mutter (**Mutterschutzgesetz – MuSchG**) für die Arbeitswelt den Schutzauftrag des Grundgesetzes umgesetzt.

Gesetz zur Neuregelung des Mutterschutzrechts

Der Bundesrat hat dem Gesetz zur Neuregelung des Mutterschutzrechts am 12. Mai 2017 in zweiter Lesung zugestimmt. Das Gesetz wurde am 29. Mai 2017 im Bundesgesetzblatt verkündet. Als wesentliches Ziel der Reform soll ein verbesserter Gesundheitsschutz für schwangere oder stillende Frauen gewährleistet werden.

Die Neuregelungen gelten im Wesentlichen ab dem 1. Januar 2018. Bereits am Tag nach der Verkündung des Gesetzes, also am 30. Mai 2017, sind folgende Änderungen in Kraft getreten:

- **Verlängerung der Schutzfrist nach der Geburt eines Kindes mit Behinderung**
Die Schutzfrist nach der Geburt eines Kindes mit Behinderung wird bei entsprechendem Antrag von acht auf zwölf Wochen verlängert, weil die Geburt in vielen dieser Fälle für die Mutter mit besonderen körperlichen und psychischen Belastungen verbunden ist.
- **Kündigungsschutz nach einer Fehlgeburt**
Neu eingeführt wird ein Kündigungsschutz nach einer nach der zwölften Schwangerschaftswoche erlittenen Fehlgeburt. **Zudem wird der Kündigungsschutz auf Vorbereitungshandlungen ausgedehnt.**

Zum 1. Januar 2018 tritt das neugefasste Mutterschutzgesetz (MuSchG) mit umfassenden Änderungen in Kraft

- Ausgehend von dem Ziel des Gesetzgebers, berufsgruppenunabhängig ein für alle Frauen einheitliches Gesundheitsschutzniveau sicherzustellen, **wird der Personenkreis erheblich erweitert.** Nach dem bisherigen MuSchG galt der Schutz nur für Frauen, die in einem Arbeitsverhältnis stehen bzw. für Heimarbeiterinnen oder ihnen Gleichgestellte.

Nunmehr kommt eine erhebliche Ausweitung auf sonstige Vertragskonstellationen: **Schülerinnen und Studentinnen** werden vom Anwendungsbereich des MuSchG erfasst, soweit die jeweilige Ausbildungsstelle (z.B. Schule und Hochschule) Ort, Zeit und Ablauf von Ausbildungsveranstaltungen verpflichtend vorgibt oder die Schülerinnen und Studentinnen ein im Rahmen der schulischen oder hochschulischen Ausbildung verpflichtend vorgegebenes Praktikum ableisten. Klarstellend in den Anwendungsbereich miteinbezogen werden auch arbeitnehmerähnliche Personen und Frauen, die in

einer Werkstatt für Behinderte beschäftigt sind. Ebenfalls erfasst sind **Frauen in betrieblicher Ausbildung und Praktikantinnen** im Sinne von § 26 Berufsbildungsgesetz (BBiG) sowie Freiwillige nach dem Bundesfreiwilligengesetz.

- Die Regelungen zum **Verbot der Nacht- und Sonntagsarbeit** werden branchenunabhängig gefasst, die Regelungen zum Verbot der **Mehrarbeit** werden um eine besondere Regelung zur höchstens zulässigen Mehrarbeit in Teilzeitbeschäftigungsverhältnissen ergänzt.

Für die Arbeit zwischen 20 Uhr und 22 Uhr wird ein **behördliches Genehmigungsverfahren** eingeführt. Unter anderem muss sich die Frau ausdrücklich bereit erklären, nach 20 Uhr zu arbeiten. Während die Behörde den vollständigen Antrag prüft, kann der Arbeitgeber die Frau grundsätzlich weiterbeschäftigen. Lehnt die Behörde den Antrag nicht innerhalb von sechs Wochen ab, gilt er als genehmigt.

- Durch die **Integration der Verordnung zum Schutze der Mütter am Arbeitsplatz (MuSchArbV) in das MuSchG** werden die Regelungen für Arbeitnehmerinnen und Arbeitgeber sowie für die Aufsichtsbehörden klarer und verständlicher.
- Durch das Ausschöpfen aller verfügbaren Präventionsmaßnahmen soll es der Frau grundsätzlich ermöglicht werden, ihre Beschäftigung oder sonstige Tätigkeit auch während der Schwangerschaft, nach der Entbindung und in der Stillzeit ohne Gefährdung ihrer Gesundheit oder der ihres Kindes fortzusetzen. Beschäftigungsverbote sind nach der Gesetzesbegründung nur noch dann vorgesehen, wenn auf anderem Wege eine "unverantwortbare Gefährdung" nicht auszuschließen ist. Auf der Grundlage dieser **Gefährdungsbeurteilung** sollen die für den Arbeitsplatz konkret vorzunehmenden Schutzmaßnahmen vom Arbeitgeber festgelegt werden.
- Aufgaben des neu einzurichtenden **Ausschusses für Mutterschutz** sind unter anderem, Art, Ausmaß und Dauer der möglichen "**unverantwortbaren Gefährdung**" einer schwangeren oder stillenden Frau zu ermitteln sowie sicherheitstechnische, arbeitsmedizinische und arbeitshygienische Regeln zum Schutz der schwangeren oder stillenden Frau und ihres Kindes aufzustellen. Die von ihm erarbeiteten Empfehlungen sollen Orientierung bei der praxisgerechten Umsetzung der mutterschutzrechtlichen Regelungen bieten.



Fazit

Das Mutterschutzgesetz hat mit den Neuregelungen zum 1. Januar 2018 umfassende strukturelle und inhaltliche Änderungen erfahren. Der Anwendungsbereich wird auf Schülerinnen, Studentinnen und Praktikanten ausgeweitet; auch GmbH-Geschäftsführerinnen profitieren nunmehr ausdrücklich von dem Mutterschutz. Die Arbeitsplätze sind einer mutterschutzbezogenen Gefährdungsbeurteilung zu unterziehen, die bei Eintritt einer Schwangerschaft gestufte Schutzmaßnahmen des Arbeitgebers nach sich zieht. Das Direktionsrecht des Arbeitgebers wird bei Beschäftigungsverboten erweitert. Zu Bedenken ist jedoch stets, dass die Ausübung des Direktionsrechts für die Arbeitnehmerin zumutbar sein muss.

1.2 Fragerecht des Arbeitgebers bei Einstellung nach der Schwangerschaft?

Wir wollen an dieser Stelle der Frage nachgehen, ob die schwangere Arbeitnehmerin bei ihrer Einstellung auf Befragen die Schwangerschaft leugnen darf.



Beispiel

Bei dem Einstellungsgespräch der Modellagentur „schlank und rank“ wird die Bewerberin A nach einer bestehenden Schwangerschaft gefragt. Natürlich – A möchte ja den Job bekommen – leugnet sie ihre Schwangerschaft. Nach Ihrer Anstellung einige Wochen später teilt A freudestrahlend ihrem Arbeitgeber B mit, alsbald werde ihr erster der geplanten drei Söhne geboren. B, der nunmehr erhebliche Zweifel an dem funktionsgerechten Einsatz seines neuen Modells hat, ficht den Arbeitsvertrag wegen arglistiger Täuschung an. Zu Recht?

Nein, der Arbeitgeber kann nicht mit Erfolg den Arbeitsvertrag anfechten. A durfte die Frage nach ihrer Schwangerschaft wahrheitswidrig verneinen. Die Frage nach der Schwangerschaft ist wegen einer möglichen Diskriminierung unzulässig. Die Schwangerschaft ist ein vorübergehender Umstand, die Arbeitnehmerin kann nach Ablauf der gesetzlichen Schutzfristen ihre Arbeit wieder aufnehmen. Dies gilt nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs¹ und des Bundesarbeitsgerichts² auch dann, wenn die Arbeitnehmerin zu Beginn des Arbeitsverhältnisses wegen eines gesetzlichen Beschäftigungsverbot nicht beschäftigt werden kann. Selbst bei einer lediglich für ein halbes Jahr geplanten befristeten Einstellung einer Bewerberin als Labormitarbeiterin in einer Chemiefabrik ist die Frage nach der Schwangerschaft nach Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs unzulässig.



Fazit

Es besteht kein Fragerecht des Arbeitgebers nach der Schwangerschaft einer Bewerberin.

1.3 Gefährdungsbeurteilung – Unverantwortliche Gefährdung

Zur Vermeidung von Gesundheitsgefährdungen hat der Arbeitgeber zu prüfen, ob bei der vorgesehenen Beschäftigung der werdenden Mutter Risiken für Sicherheit und Gesundheit bestehen. Gegebenenfalls ist der Arbeitsplatz umzugestalten oder zu wechseln.

¹ EuGH 04.10.2001 – Rs. C-109/00

² BAG 06.02.2003 – 2 AZR 621/01

§ 11 MuSchG trägt nunmehr die Überschrift "Unzulässige Tätigkeiten und Arbeitsbedingungen für schwangere Frauen". § 11 MuSchG erfasst die Gefährdungsbeurteilung, die mit der arbeitsschutzrechtlichen Beurteilung der Arbeitsbedingungen nach § 5 Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG)) korrespondiert und dem früheren § 1 der nun einbezogenen MuSchArbV nachgebildet ist. Als zentraler Begriff ist die unverantwortbare Gefährdung als Maßstab für die Beurteilung aufgenommen worden.

Gemäß § 5 ArbSchG hat der Arbeitgeber eine Beurteilung der für die Beschäftigten mit ihrer Arbeit verbundenen Gefährdung vorzunehmen und hierdurch zu ermitteln, welche Maßnahmen des Arbeitsschutzes erforderlich sind. Diese allgemeine Gefährdungsbeurteilung, die der Arbeitgeber für jeden Arbeitsplatz vorzunehmen hat – ungeachtet der Frage, ob dort eine schwangere Frau beschäftigt ist oder nicht – hat der Arbeitgeber bei Kenntnis von der Schwangerschaft einer Mitarbeiterin heranzuziehen und die erforderlichen Schutzmaßnahmen festzulegen, so dass eine unverantwortbare Gefährdung der Frau ausgeschlossen werden kann. Zusätzlich hat der Arbeitgeber ein Gespräch über die weiteren Änderungen anzubieten.³

1.4 Schutzmaßnahmen für schwangere und stillende Frauen

Lesen sie bitte **§ 13 MuSchG**. Der Arbeitgeber hat den Schutz schwangerer und stillender Frauen nach folgender Rangfolge zu gewährleisten:

- Umgestaltung der Arbeitsbedingungen, um eine Gefährdung auszuschließen;
- Beschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz, wenn die Umgestaltung der Arbeitsbedingungen nicht möglich oder nicht zumutbar ist;
- Beschäftigungsverbot, wenn eine sichere Beschäftigung auch auf einem anderen Arbeitsplatz nicht möglich ist.

Durch diese Rangfolge sollen Beschäftigungsverbote gegen den Willen schwangerer oder stillender Frauen vermindert und deren Möglichkeiten zum Verbleib im Erwerbsleben verbessert werden!

Gesondert geregelt ist das **Ärztliche Beschäftigungsverbot** in § 16 MuSchG. Der Arbeitgeber darf eine schwangere Frau nicht beschäftigen, soweit nach einem ärztlichen Zeugnis ihre Gesundheit oder die ihres Kindes bei Fortdauer der Beschäftigung gefährdet ist.

1.5 Nachtarbeitsverbot, Mehrarbeit

In Anpassung an geänderte Arbeitsbedingungen sind die Verbotsregelungen zu Mehr- und Nachtarbeit gelockert worden. Zwar bleibt es bei dem absoluten Nachtarbeitsverbot für schwangere Frauen von 22 bis 6 Uhr, allerdings darf eine Schwangere mit ihrer Zustimmung und einer ärztlichen Unbedenklichkeitserklärung zwischen 20 und 22 Uhr beschäftigt werden, wenn die Aufsichtsbehörde dies genehmigt, § 5 MuSchG.

³ Oberthür/Stähler ArbRB 2017, 179 ff.



Praxistipp

In der Zeit zwischen Antragstellung und Entscheidung über den Antrag durch die Aufsichtsbehörde darf die Schwangere nach 20 Uhr beschäftigt werden, wenn die Aufsichtsbehörde dies nicht vorläufig untersagt hat. Wird über den Antrag nicht binnen sechs Wochen entschieden, gilt die Genehmigung als erteilt. Voraussetzung ist aber zwingend die Einwilligung der Schwangeren!

Mehrarbeit ist in Grenzen auch bei schwangeren Arbeitnehmerinnen erlaubt. Mehrarbeit ist nur dann unzulässig, wenn dadurch die vertraglich vereinbarte wöchentliche Arbeitszeit auch im Monatsdurchschnitt überschritten wird. Die Regelung gilt für voll- und teilzeitbeschäftigte Frauen gleichermaßen, § 4 Abs. 1 MuSchG.

Der Arbeitgeber muss der schwangeren oder stillenden Frau nach Beendigung der täglichen Arbeitszeit eine ununterbrochene Ruhezeit von mindestens elf Stunden gewähren.

1.6 Entgeltschutz

Den Entgeltschutz stellt das Mutterschaftsgesetz wie folgt sicher:

- Mutterschaftslohn gemäß § 18 MuSchG für Zeiten des Beschäftigungsverbotes.
- Mutterschaftsgeld gemäß § 19 MuSchG für die Zeit der Schutzfristen vor und nach der Entbindung, zahlbar in der Regel von der Krankenkasse.
- Zuschuss zum Mutterschaftsgeld gemäß § 20 MuSchG bis zur Höhe des Nettoeinkommens der Arbeitnehmerin, zahlbar durch den Arbeitgeber.

Der Mutterschutzlohn gemäß § 18 MuSchG sichert den Durchschnittsverdienst. Er ist zeitlich unbegrenzt für die Dauer des Beschäftigungsverbots vom Arbeitgeber zu zahlen. Der Durchschnittsverdienst errechnet sich aus den letzten drei abgerechneten Kalendermonaten vor dem Eintritt der Schwangerschaft.



Beispiel

In dem Arbeitsvertrag mit Ihrer im achten Monat schwangeren Außendienstmitarbeiterin A ist die Benutzung des Firmenfahrzeugs Smart auch zu privaten Zwecken ohne (wirksamen) Widerrufsvorbehalt vereinbart. Fürsorglich denken Sie an Ihre Arbeitnehmerin und wollen ihr absolute Ruhe gönnen. Sie fordern A auf, den Smart während des Beschäftigungsverbots in der Zentrale abzustellen. Zu Recht?

Die Lösung wäre einfach, wenn sich Ihre Arbeitnehmerin in einem Beschäftigungsverbot außerhalb der Schutzfristen vor oder nach der Entbindung befände. Der Anspruch der A ergibt sich dann unmittelbar aus § 18 MuSchG in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag. Der Sachbezug – Überlassung des Smart auch zu privaten Zwecken – gehört zum Arbeitsentgelt und ist wegen des Entgeltschutzes des § 18 MuSchG vom Arbeitgeber auch während des Beschäftigungsverbots zu gewähren.

Bei dem Entgeltschutz nach § 20 MuSchG ist dies keinesfalls so eindeutig, der Arbeitgeber muss ja einen Zuschuss zum Mutterschaftsgeld zahlen und kein Arbeitsentgelt. Dennoch hat das Bundesarbeitsgericht⁴ zu Gunsten der Arbeitnehmerin entschieden.



Fazit

Gehören Sachbezüge zum Arbeitsentgelt und sind sie nicht frei widerruflich – Überlassung eines Firmenfahrzeugs zum unbeschränkten privaten Gebrauch –, so sind sie der Arbeitnehmerin nicht nur während eines Beschäftigungsverbots außerhalb der Schutzfristen, sondern regelmäßig auch während der Schutzfristen des § 3 MuSchG weiter zu gewähren.

Auch bei einem ergebnisbezogenen Entgelt müssen Mutterschutzfristen in die Bemessungsgrundlage einbezogen werden.



Beispiel

Bei der Berechnung eines ergebnisbezogenen Entgelts (Zielvereinbarungsperiode) hat der Arbeitgeber die Zeiten der Beschäftigungsverbote seiner Mitarbeiterin A außer Acht gelassen. A ist der Auffassung, bei der Berechnung des ergebnisbezogenen Entgelts sei für die Mutterschutzfristen das hypothetisch regelmäßige Monatsentgelt zugrunde zu legen, das der Arbeitgeber gezahlt hätte, wenn die A tatsächlich gearbeitet hätte. Wer hat Recht?

Die Mitarbeiterin A.

Das Bundesarbeitsgericht⁵ sprach der A einen Anspruch auf das ergebnisbezogene Entgelt zu, das sie erzielt hätte, wenn ihr während der Mutterschutzfristen ihr regelmäßiges Monatsentgelt weitergezahlt worden wäre. Die zu Gunsten der Frauen geltenden Schutzvorschriften wie die Mutterschutzfristen berechtigen nicht zu einer Vereinbarung einer geringeren Vergütung, da der Lohn nur nach der zu leistenden Arbeit ohne Rücksicht darauf zu bestimmen ist, ob sie von einem Mann oder einer Frau geleistet wird. Dies ergibt sich aus § 8 Abs. 2 AGG.



Fazit

Mutterschutzzeiten dürfen nicht anspruchsmindernd bei der Berechnung von Entgeltleistungen berücksichtigt werden. Dieser Grundsatz gilt für das regelmäßig gezahlte Arbeitsentgelt und auch für eine Jahressonderzahlung. Diese Leistungen dürfen einer Arbeitnehmerin nicht aufgrund von Beschäftigungsverboten nach dem Mutterschutzgesetz gekürzt werden.

⁴ BAG 11.10.2000 – 5 AZR 240/99

⁵ BAG 02.08.2006 – 10 AZR 425/05

1.7 Urlaubsanspruch und Mutterschutzfristen

Die Pflichten des Arbeitgebers beim Urlaubsanspruch der Arbeitnehmer sind im Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) geregelt. Zum Schutz der Mütter müssen die Regelungen im Bundesurlaubsgesetz zur Übertragbarkeit des Urlaubs auf das nächste Urlaubsjahr ergänzt werden. Dem ist der Gesetzgeber durch die Regelung des § 24 Satz 2 MuSchG nachgekommen.

§ 24 Satz 2 MuSchG lautet: „Hat die Frau ihren Urlaub vor Beginn der Beschäftigungsverbote nicht oder nicht vollständig erhalten, so kann sie nach dem Ende des Beschäftigungsverbots den Resturlaub im laufenden oder im nächsten Urlaubsjahr beanspruchen.“



Beispiel

Die Arbeitnehmerin A hat nach ihrem Arbeitsvertrag Anspruch auf 30 Arbeitstage Urlaub. Im Januar 2016 nimmt sie 20 Tage Urlaub. Im Februar 2016 beginnen die Mutterschutzfristen, die Mitte Mai 2016 enden. Anschließend erscheint die A wieder zur Arbeit. Weiteren Urlaub nimmt sie im Jahr 2016 nicht. Was wird aus den 10 Tagen Resturlaub für 2016?

Die 10 Tage werden gemäß § 17 Satz 2 MuSchG übertragen bis zum 31.12.2017. Dass A die 10 Tage nach Ablauf der Mutterschutzfristen im Jahr 2016 noch hätte nehmen können, ist unbeachtlich.



Beispiel

Die Arbeitnehmerin A hat für 2016 einen Urlaubsanspruch für 30 Arbeitstage. Der Urlaubsanspruch setzt sich zusammen aus 24 Tagen gesetzlichem Urlaub und 6 Tagen vertraglichem Urlaub, der im Arbeitsvertrag gesondert ausgewiesen ist. Sie ist das ganze Jahr arbeitsunfähig krank. Auch für die Zeit bis zum 31.03.2017 ist sie weiterhin krankgeschrieben. Am 02.05.2017 beginnen ihre Mutterschutzfristen.

Für die arbeitsvertraglichen 6 Tage besteht kein Urlaubsanspruch für 2016. Gemäß § 7 Abs. 3 BUrlG wurde dieser Urlaubsanspruch übertragen bis zum 31.03.2017. Mit Ablauf des 31.03.2017 ist der vertragliche Urlaubsanspruch für 2016 endgültig verfallen. Hieran ändert § 20 Satz 2 MuSchG nichts mehr; der verfallene Urlaubsanspruch kann nicht wieder aufleben!

Anders der gesetzliche Urlaubsanspruch. Der Verfall von gesetzlichen Urlaubsansprüchen wegen Krankheit am 31.03. des Folgejahres tritt nach der vom BAG⁶ nunmehr vorgenommenen europarechtskonformen Auslegung des BUrlG nicht mehr ein. A kann also nach § 20 Satz 2 MuSchG den Urlaubsanspruch von 24 Tagen für das Kalenderjahr 2016 bis 31.12.2017 beanspruchen.

⁶ BAG 24.03.2009 – 9 AZR 983/07

Nach § 20 Satz 2 MuSchG kann die Arbeitnehmerin den vor Beginn der Beschäftigungsverbote nicht oder nicht vollständig erhaltenen Erholungsurlaub auch noch nach Ablauf der Verbote im laufenden Jahr oder im Folgejahr in Anspruch nehmen. Unter dieser Regelung fallen Urlaubsansprüche, die in Folge Beschäftigungsverboten nicht erfüllt werden konnten.

Darüber hinaus gilt **§ 17 Abs. 2 BEEG**. Gemäß § 17 Abs. 2 BEEG hat der Arbeitgeber den dem Arbeitnehmer zustehenden Urlaub, den dieser vor dem Beginn der Elternzeit nicht oder nicht vollständig erhalten hat, nach der Elternzeit im laufenden oder im nächsten Urlaubsjahr zu gewähren. Von dieser Regelung wird auch der Urlaub erfasst, den die Arbeitnehmerin wegen der Beschäftigungsverbote nicht nehmen kann!



Beispiel

Ihre Mitarbeiterin war vom 21.02.2016 bis zum 07.04.2016 arbeitsunfähig krank. Ab 08.04.2016 unterlag sie einem Beschäftigungsverbot. An dieses schloss sich ab dem 28.10.2016 das Beschäftigungsverbot gemäß § 3 Abs. 1 MuSchG an und nach der Geburt ihres Kindes am 10.12.2016 folgte das Beschäftigungsverbot des § 3 Abs. 2 MuSchG. Im Jahr 2016 hatte die Mitarbeiterin keinen Erholungsurlaub genommen. Nahtlos an das Beschäftigungsverbot des § 3 Abs. 2 MuSchG anknüpfend beantragte sie bis zum 10.12.2017 Elternzeit. Nach dieser war sie bis zu ihrem Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis am 15.02.2019 arbeitsunfähig krank.

Müssen Sie Ihrer ehemaligen Arbeitnehmerin noch den Urlaub für 2016 abgelten?

Ja, der Urlaub aus dem Jahr 2016 war bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 15.02.2019 weder vollständig noch teilweise verfallen. Da sie nach der Elternzeit durchgehend arbeitsunfähig krank war, wurde der Urlaub nach § 7 Abs. 3 Satz 2 BUrlG zumindest bis zum 31.03.2019 übertragen, ist also bei Ausscheiden der Mitarbeiterin am 15.02.2019 nicht verfallen.⁷

⁷ BAG 15.12.2015 – 9 AZR 52/15

1.8 Kündigungsverbot gemäß § 17 MuSchG

1.8.1 Überblick

Die Kündigung – ordentliche, außerordentliche oder Änderungskündigung – gegenüber einer Frau während einer Schwangerschaft und bis zum Ende ihrer Schutzfrist nach der Entbindung, mindestens jedoch bis zum Ablauf von vier Monaten nach der Entbindung, ist unzulässig (§17 Abs. 1 MuSchG). Auch Frauen, die nach der zwölften Schwangerschaftswoche eine Fehlgeburt erleiden, haben bis zum Ablauf von vier Monaten nach einer Fehlgeburt den besonderen Kündigungsschutz.

Dies gilt, wenn dem Arbeitgeber zurzeit der Kündigung die Schwangerschaft oder Entbindung bekannt ist oder innerhalb einer Ausschlussfrist von zwei Wochen nach Zugang der Kündigung mitgeteilt wird; das Überschreiten dieser Frist ist unschädlich, wenn es auf einem von der Frau nicht zu vertretenden Grund beruht und die Mitteilung unverzüglich nachgeholt wird.

Der Kündigungsschutz des § 17 MuSchG gilt auch für Frauen, die im Familienhaushalt mit hauswirtschaftlichen, erzieherischen oder pflegerischen Arbeiten in einer ihrer Arbeitskraft voll in Anspruch nehmenden Weise beschäftigt sind. Ebenso steht teilzeitbeschäftigten Familienhaushaltskräften der mutterschutzrechtliche Kündigungsschutz uneingeschränkt zu.



Wichtig

Der Mutterschutz gilt auch für Organmitglieder. Das Kündigungs- und Abberufungsverbot gilt auch für eine schwangere Geschäftsführerin, soweit die schwangere Geschäftsführerin nicht zugleich als Gesellschafterin gesellschaftsrechtlich bestimmend beteiligt ist.⁸

Das Kündigungsverbot während der Schutzfristen umfasst auch **Vorbereitungshandlungen** des Arbeitgebers, § 17 Abs. 1 Satz 3 MuSchG! So darf zum Beispiel die Anhörung des Betriebsrates zu einer beabsichtigten Kündigung erst nach Ablauf der Schutzfrist eingeleitet werden.

1.8.2 Voraussetzungen des Kündigungsschutzes

Voraussetzungen für den mutterschutzrechtlichen Kündigungsschutz sind nach § 17 Abs. 1 Satz 1 MuSchG das Vorliegen einer Schwangerschaft oder einer Entbindung sowie die Kenntnis des Arbeitgebers von der Schwangerschaft bzw. Entbindung.

⁸ EUGH 11.11.2010 – C-232/09 („Donosa“-Entscheidung)

Schwangerschaft

Die Bestimmung des Beginns der Schwangerschaft und damit des Kündigungsschutzes erfolgt in der Weise, dass vom ärztlich festgestellten voraussichtlichen Tag der Niederkunft um 280 Tage zurückzurechnen ist.⁹ Bei dieser Rückrechnung vom voraussichtlichen Tag der Niederkunft um 280 Tage zur Ermittlung des Beginns der Schwangerschaft ist der voraussichtliche Entbindungstag nicht mitzuzählen. Auf den Tag der tatsächlichen Niederkunft kommt es nicht an. Das zunächst vorgelegte ärztliche Zeugnis kann durch ein neues mit einem anderen voraussichtlichen Entbindungstermin ersetzt werden, wenn später eine exakte Bestimmung, etwa durch Ultraschall, möglich ist.¹⁰



Beispiel

Die Arbeitnehmerin A wurde am 09.03.2017 gekündigt. Sie erfuhr erstmals am 24.04.2017 von ihrer Schwangerschaft und teilte dies am 25.04.2017 dem Arbeitgeber mit. Voraussichtlicher Entbindungstermin nach dem ärztlichen Attest sollte der 16.11.2017 sein. Mit ärztlichem Attest vom 16.05.2017 und vom 01.08.2017 wurde bestätigt, dass der genaue voraussichtliche Entbindungstermin wegen Zyklusunregelmäßigkeiten am 24.04.2017 noch nicht präzise bestimmt werden, sondern erst nach einer Ultraschalluntersuchung (11.07.2017) festgelegt werden konnte. Danach (ärztliche Bescheinigung vom 01.08.2017) wurde der voraussichtliche Entbindungstermin auf den 14.12.2017 festgelegt. Die Entbindung erfolgte am 28.11.2017. Am 09.03.2017 geht der A die ordentliche Kündigung zu. Wann beginnt der Kündigungsschutz der A?

Für die Ermittlung des Zeitpunkts des Beginns des Kündigungsschutzes ist maßgeblich der 14.12.2017. Von diesem Tag ist um 280 Tage zurückzurechnen. Man käme auf den 10.03.2017 als Tag des Beginns der Schwangerschaft und des Kündigungsschutzes, wäre der 14.12.2017 bei der Berechnung mitzurechnen. Da jedoch nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts der mutmaßliche Entbindungstermin nicht mitzurechnen ist, war der 09.03.2017 noch von der 280-Tage-Frist erfasst mit der Folge, dass Kündigungsschutz bestand.

Kenntnis des Arbeitgebers

Weitere Voraussetzung für den Kündigungsschutz nach § 17 MuSchG ist die Kenntnis des Arbeitgebers von der Schwangerschaft bzw. der Entbindung.

Der Arbeitgeber muss sich die Kenntnis seines Vertreters oder sonstiger Vorgesetzter zurechnen lassen, die nicht nur weisungsbefugt sondern auch kündigungsberechtigt oder mit anderen personellen Vollmachten ausgestattet sind. Eine ganz ähnliche Zurechnung der Kenntnis kündigungsberechtigter Personen kennen Sie bereits im Rahmen der für den Ausspruch einer außerordentlichen Kündigungsfrist zu beachtenden Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB.

⁹ BAG 27.10.1983 – 2 AZR 566/82

¹⁰ BAG 12.12.1985 – 2 AZR 82/85

Nachträgliche Mitteilung der Schwangerschaft

Der mutterschutzrechtliche Kündigungsschutz geht der schwangeren Arbeitnehmerin auch dann nicht verloren, wenn sie im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung bzw. innerhalb zweier Wochen nach Zugang der Kündigung dem Arbeitgeber die Schwangerschaft nicht mitgeteilt hat, wenn das Überschreiten der Zwei-Wochen-Frist auf einem von der Frau nicht zu vertretenden Grund beruht und die Mitteilung nachgeholt wird (§ 17 Abs. 1 2. Halbsatz MuSchG).

Damit geht auch nach Ablauf der Zwei-Wochen-Frist nach Zugang der Kündigung der Kündigungsschutz nicht verloren, wenn das Überschreiten der Frist auf einem von der Frau nicht zu vertretenden Grund beruht und die Mitteilung an den Arbeitgeber unverzüglich, also nach § 121 BGB ohne schuldhaftes Zögern, nachgeholt wird. Dies sind vor allem Fälle, in denen die Arbeitnehmerin erst nach Ablauf der Zwei-Wochen-Frist nach Zugang der Kündigung Kenntnis von der Schwangerschaft erhält.

Überschreiten der Frist des § 17 Abs. 1 MuSchG

Das Überschreiten der Frist des § 17 Abs. 1 MuSchG ist von der Schwangeren zu vertreten, wenn sie auf einen groblichen Verstoß gegen das von einem verständigen Menschen im eigenen Interesse billigerweise zu erwartende Verhalten zurückzuführen ist (Verschulden gegen sich selbst).



Übung 1

Mit Schreiben vom 21.07.2017 kündigte die Firma B GmbH das Arbeitsverhältnis mit A fristgerecht zum 17.08.2017. Die Kündigung ging der A am 30.07.2017 zu. A war ab dem 17.08.2017 nicht mehr im Betrieb der B GmbH tätig. Am 17.08.2017 wurde bei der A eine Schwangerschaft in der siebten Schwangerschaftswoche festgestellt. Am 22.09.2017 rief der Sozialberater der A den Geschäftsführer der B GmbH an und wies darauf hin, dass die A Kündigungsschutz nach dem Mutterschutzgesetz habe. A hat, nachdem sie am 17.08.2017 bei einem Arztbesuch von der Schwangerschaft erfuhr, die Bescheinigung des Arztes am 18.07.2017 mit normaler Post an die B GmbH geschickt. Die Bescheinigung ist der B GmbH aber nicht zugegangen.

Beruft sich A zu Recht auf den Kündigungsschutz des § 17 Abs. 1 MuSchG?

Prüfen Sie anhand folgenden **Prüfungsschemas** den besonderen Kündigungsschutz nach § 17 Abs. 1 MuSchG:

1. Schwangerschaft bzw. bis zum Ablauf von vier Monaten nach der Entbindung
2. Kenntnis des Arbeitgebers – **oder** –
3. nachträgliche Mitteilung innerhalb zwei Wochen nach Zugang der Kündigung – **wenn Frist verstrichen** –
4. ohne Verschulden der Arbeitnehmerin verstrichen? – **wenn unverschuldet** –
5. unverzüglich nachgeholt?



Übung 2

A ist seit dem 25.10.2017 als Zahnarzhelferin bei B beschäftigt. Mit Schreiben vom 19.11.2017, der A am Montag, den 20.11.2009 zugegangen war, kündigte B das Arbeitsverhältnis während der vereinbarten Probezeit zum 04.12.2017. Anlässlich einer Vorsorgeuntersuchung wurde am Donnerstag, den 03.12.2017 bei A eine Schwangerschaft in der achten Schwangerschaftswoche festgestellt. Am 08.12.2017 rief die A in der Praxis der B an und teilte ihre Schwangerschaft mit. B persönlich erlangte erstmals am 09.12.2017 Kenntnis von der Schwangerschaft.

Kann sich A auf den Kündigungsschutz nach § 17 Abs. 1 MuSchG berufen?

1.8.3 Ausnahmegenehmigung, § 17 Abs. 2 MuSchG

§ 17 Abs. 2 MuSchG durchbricht das Kündigungsverbot ausnahmsweise, wenn die zuständige Behörde die Kündigung vorher für zulässig erklärt hat. Für die Zulässigkeitserklärung einer Kündigung ist die für den Arbeitsschutz zuständige oberste Landesbehörde oder die von ihr bestimmte Stelle zuständig.

Zuständige Behörde

Die Zuständigkeit ist danach in den einzelnen Bundesländern unterschiedlich geregelt. So ist das Gewerbeaufsichtsamt zuständig in Baden-Württemberg, Bremen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein, Thüringen; in Nürnberg das Gewerbeaufsichtsamt für die nordbayerischen, das Gewerbeaufsichtsamt München-Land für die südbayerischen Gewerbeaufsichtsamtsbezirke. Das Landesamt für Arbeitsschutz und technische Sicherheit ist in Brandenburg und Berlin zuständig, das Amt für Arbeitsschutz in Hamburg. In Hessen und Nordrhein-Westfalen ist der örtlich zuständige Regierungspräsident/Bezirksregierung zuständig. In Rheinland-Pfalz das Landesgewerbeamt, im Saarland der Minister für Umwelt.

Zulässigkeitserklärung und Ausspruch der Kündigung

Die Zulässigkeitserklärung ist zwingende Voraussetzung für die Kündigung, sowohl für die ordentliche als auch für die außerordentliche Kündigung. Eine nachträgliche Zustimmung zur Kündigung kann die Kündigung nicht mehr heilen. Allerdings ist die Bestandskraft des Verwaltungsaktes (Zustimmung zur Kündigung) nicht erforderlich. Der Arbeitgeber kann also bei Widerspruch oder Anfechtungsklage der Arbeitnehmerin gegen den Zulassungsbescheid kündigen. Die Kündigung ist dann „schwebend wirksam“.¹¹

¹¹ BAG 17.06.2003 – 2 AZR 245/02



Fazit

Die behördliche Zulässigkeitserklärung muss vor Ausspruch der Kündigung vorliegen; eine nachträgliche Ausnahmegenehmigung zu einer bereits ausgesprochenen Kündigung kann die Nichtigkeit nicht heilen. Auf der anderen Seite darf der Arbeitgeber der Arbeitnehmerin schon dann kündigen, wenn die für die Kündigung zuständige Behörde ihre Zustimmung erteilt hat, ohne dass die Bestandskraft des Verwaltungsaktes (Zustimmung zur Kündigung) abgewartet werden muss.

Form und Frist des Antrags

Der Antrag kann jederzeit und ohne bestimmte Formvorschriften, also auch mündlich, gestellt werden. Schriftliche Antragstellung empfiehlt sich jedoch aus Gründen der Beweissicherung.

Bei einer außerordentlichen Kündigung ist die Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB zu beachten. Das bedeutet, dass der Arbeitgeber innerhalb von zwei Wochen nach Kenntnis des Kündigungsgrundes in der Person des Kündigungsberechtigten den Antrag bei der zuständigen Behörde gestellt haben muss. Entsprechend muss der Arbeitgeber nach Zustellung der Zulässigkeitserklärung seitens der Behörde die außerordentliche Kündigung unverzüglich aussprechen. § 91 Abs. 5 SGB IX gilt entsprechend.

Bei einer ordentlichen Kündigung gilt § 88 SGB IX entsprechend, die ordentliche Kündigung muss innerhalb eines Monats nach Zustellung des Bescheids der Behörde ausgesprochen werden, der Arbeitnehmerin also innerhalb dieses Monats zugehen.

Voraussetzungen einer Zulässigkeitserklärung

Die Zustimmung zur Kündigung ist an strenge Voraussetzungen gebunden. § 17 Abs. 2 Satz 1 MuSchG sieht eine Zulässigkeitserklärung der zuständigen Behörde nur in besonderen Fällen, die nicht mit dem Zustand einer Frau während der Schwangerschaft oder ihrer Lage bis zum Ablauf von vier Wochen nach der Entbindung in Zusammenhang stehen, ausnahmsweise vor. Auch bei schweren Pflichtverstößen der Arbeitnehmerin hat die Behörde vor allem mutterschutzrechtliche Maßstäbe anzulegen, also auf die psychische Konstitution der Arbeitnehmerin Rücksicht zu nehmen. Führen wirtschaftliche Belastungen, die sich infolge der Erfüllung der aus dem Mutterschutz folgenden Verpflichtungen ergeben, zu einer Existenzgefährdung des Arbeitgebers, kann eine Kündigung gerechtfertigt sein. Jedoch sollen auch bei schwieriger wirtschaftlicher Lage des Arbeitgebers die unter Mutterschutz stehenden Frauen möglichst ihren Arbeitsplatz behalten.



Beispiel

Bejaht wurde z. B. die Zulässigkeit der Kündigung in einem Fall einer Schwangeren im Kleinbetrieb, weil die Schwangere bereits frühzeitig einem mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbot unterlag, kein Ersatzarbeitsplatz vorhanden war und die wirtschaftliche Lage des Betriebs sich als äußerst ungünstig erwies.¹²

Die Stilllegung eines Betriebes kennzeichnet in der Regel einen besonderen Fall im Sinne des § 17 Abs. 1 MuSchG. Hier kann, da für die Zukunft keine Beschäftigungsmöglichkeit mehr besteht, der Arbeitnehmer seiner Verpflichtung, Arbeit zu leisten, nicht mehr nachkommen. Da aber die wesentliche Verpflichtung des Arbeitgebers aus dem Arbeitsverhältnis die Zahlung von Gehalt als Gegenleistung für die vom Arbeitnehmer erbrachte Arbeit ist, bewirkt eine Betriebsstilllegung, dass eine Fortsetzung der Rechtsbeziehungen aus tatsächlichen Gründen unmöglich ist. Dem wird durch die Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch Kündigung Rechnung getragen.¹³

Ein besonderer Fall liegt aber nicht vor, wenn die Arbeitnehmerin umgesetzt werden kann, es sei denn, sie lehnt die angebotene zumutbare Umsetzung endgültig und vorbehaltlos ab. Eine solche Umsetzung kann in Betracht kommen, wenn nur ein Teil eines Betriebes stillgelegt wird.

Rechtsweg

Soweit nicht die oberste Arbeitsbehörde des Landes, sondern zum Beispiel das Gewerbeaufsichtsamt die Entscheidung getroffen hat, kann die beschwerte Partei gegen den Bescheid Widerspruch innerhalb eines Monats des Verwaltungsaktes nach Maßgabe der §§ 68 ff. VwGO einlegen. Gegen den Bescheid einer obersten Arbeitsbehörde sowie gegen den Widerspruchsbescheid kann innerhalb eines Monats von der Arbeitnehmerin gegen den Zulassungsbescheid Anfechtungsklage bzw. vom Arbeitgeber Verpflichtungsklage auf Erlass eines Zulassungsbescheids vor dem Verwaltungsgericht erhoben werden.

Formerfordernis der Kündigung nach § 17 Abs. 2 Satz 2 MuSchG

Nach § 17 Abs. 2 Satz 2 MuSchG bedarf die Kündigung der Frau der Schriftform. Außerdem muss im Kündigungsschreiben der zulässige Kündigungsgrund angegeben werden. Gemeint ist dabei der in der Zustimmungserklärung der zuständigen Behörde aufgeführte Kündigungsgrund!

¹² VGH Hessen 24.01.1989 – 9 UE 251/85

¹³ BVerwG 18.08.1977 – VC 8.77



Wichtig

Der Kündigungsgrund muss in der schriftlichen Kündigungserklärung aufgeführt sein. Dies ist Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigung. Sie können nicht mit einer die Kündigung heilenden Wirkung nachgeschoben werden. Das Begründungserfordernis dient der Information der Arbeitnehmerin. Zur Einschätzung der Erfolgsaussichten eines Kündigungsschutzprozesses soll die Arbeitnehmerin den Sachverhalt und die Erwägungen erfahren die zur Kündigung geführt haben. Die bloße Bezeichnung der Kündigung als „betriebsbedingt“ genügt nicht!¹⁴

1.8.4 Kündigung der Arbeitnehmerin

Das Mutterschutzgesetz und die Kündigungsschutzbestimmungen hindern die Arbeitnehmerin nicht daran, selbst zu kündigen. Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, die kündigende Arbeitnehmerin auf mutterschutzrechtliche Folgen ihrer Eigenkündigung hinzuweisen.

Erkennt die Arbeitnehmerin im Nachhinein, dass sie im Zeitpunkt ihrer eigenen Kündigung schwanger war, kann sie ihre Eigenkündigung nicht mehr zurücknehmen. Die Kündigung wird als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung mit ihrem Zugang wirksam; eine einseitige Rücknahme ist nicht möglich.

¹⁴ Ramstetter, AuA 2013, 146 (147)

8. Besonderheiten bei der Kündigung von Mitgliedern der Betriebsverfassungsorgane (§ 15 KSchG, § 103 BetrVG)⁵⁷

8.1 Überblick

Zur Sicherung des kontinuierlichen Bestands der Organe der Betriebsverfassung und zum Schutz der einzelnen Mitglieder dieser Gremien hat der Gesetzgeber nicht nur die Kündigungsschutzmöglichkeiten für den Arbeitgeber eingeschränkt. Zusätzlich ist das Mitwirkungsrecht des Betriebsrats in diesen Fällen im Gegensatz zur Kündigung anderer Arbeitnehmer verstärkt worden.

Lesen Sie bitte § 15 KSchG und § 103 BetrVG.

Bei der Kündigung von Organmitgliedern der Betriebsverfassung sind 3 Fälle zu unterscheiden:

1. Kündigung im Amt – besonderer Kündigungsschutz –

- » Die ordentliche Kündigung ist unzulässig.
- » Die außerordentliche Kündigung ist nur mit Zustimmung des Betriebsrats oder des Gerichts möglich.

2. Nachwirkender Kündigungsschutz

- » Die ordentliche Kündigung bleibt im Nachwirkungszeitraum unzulässig.
- » Die außerordentliche Kündigung bedarf keiner Zustimmung mehr, sondern der Betriebsrat wird normal nach § 102 BetrVG angehört.

3. Stilllegung des Betriebs oder einer Abteilung

- » Unter den Voraussetzungen des § 15 Abs. 4 und Abs. 5 KSchG ist eine ordentliche betriebsbedingte Kündigung möglich.

Nach § 15 KSchG kann einem **Mitglied eines Betriebsverfassungsorgans** grundsätzlich nur **außerordentlich** bei Vorliegen eines wichtigen Grundes nach § 626 Abs. 1 BGB gekündigt werden.

Eine **außerordentliche** Kündigung eines **amtierenden Mitglieds eines Betriebsverfassungsorgans** bedarf der ausdrücklichen Zustimmung des Betriebsrats oder – wenn diese nicht ausdrücklich erteilt wird – der Ersetzung der nicht erteilten Zustimmung durch eine **rechtskräftige** Entscheidung des Arbeitsgerichts (§ 103 BetrVG, § 15 Abs. 1 KSchG).

Die in § 103 Abs. 1 BetrVG geforderte Zustimmung des Betriebsrats zur außerordentlichen Kündigung gegenüber den dort genannten besonders geschützten Personen, insbesondere also gegenüber einem Betriebsratsmitglied, ist Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigung. Sie muss ausnahmslos vor Ausspruch der Kündigung vorliegen. Gleiches gilt für die durch Gerichtsentscheidung gemäß § 103 Abs. 2 BetrVG ersetzte Zustimmung.

⁵⁷ Vertiefend: Fitting, 25. Aufl., § 103 BetrVG Rz 5 ff.

Die nachträgliche, d. h. nach der Kündigungserklärung erteilte Zustimmung ist bedeutungslos. Der Arbeitgeber kann zu einer bereits ausgesprochenen Kündigung die Ersetzung der Zustimmung nicht beantragen.

Der Arbeitgeber kann einem Betriebsratsmitglied erst dann wirksam eine außerordentliche Kündigung aussprechen, wenn der Beschluss über die Ersetzung der vom Betriebsrat verweigerten Zustimmung rechtskräftig ist. Es kommt auf die formelle Rechtskraft an, selbst die Frist für Einlegung einer Nichtzulassungsbeschwerde muss daher abgewartet werden. Eine vor diesem Zeitpunkt erklärte Kündigung ist nicht nur schwebend unwirksam, sondern unheilbar nichtig!⁵⁸



Wichtig

Die nach § 103 Abs. 1 BetrVG i. V. m. § 15 Abs. 1 KSchG geforderte Zustimmung des Betriebsrats zur Kündigung eines Betriebsratsmitgliedes muss stets vor Ausspruch der Kündigung vorliegen, andernfalls ist die Kündigung nichtig.

8.2 Beginn und Ende des besonderen Kündigungsschutzes

8.2.1 Wahlvorstandsmitglied

Nach § 15 Abs. 3 Satz 1 KSchG ist die Kündigung eines Mitglieds des Wahlvorstands vom Zeitpunkt seiner Bestellung an bis zur Bekanntgabe des Wahlergebnisses nur aus wichtigem Grund und mit Zustimmung des Betriebsrats nach § 103 Abs. 1 BetrVG zulässig.

Dieser besondere Kündigungsschutz des Wahlvorstandsmitglieds beginnt mit der Bestellung des Wahlvorstands. Die Bestellung des Wahlvorstands erfolgt

- durch den Betriebsrat (§ 16 Abs. 1 BetrVG) per Betriebsratsbeschluss in einer ordnungsgemäß einberufenen Sitzung (§ 33 Abs. 1 und 2 BetrVG) – oder –
- durch das Arbeitsgericht (§ 16 Abs. 2 BetrVG) – oder –
- durch die Wahl in einer Betriebsverfassung (§ 17 BetrVG).

Ab Bekanntgabe des endgültigen Wahlergebnisses, d. h. mit Aushang des Wahlergebnisses, durch den der Wahlvorstand die Namen der Gewählten bekannt macht (§ 19 WO), gilt nur noch der **nachwirkende Kündigungsschutz**.

Wird das Wahlergebnis an mehreren Stellen im Betrieb an verschiedenen Tagen ausgehängt, ist maßgeblich der Tag des letzten Aushangs.

⁵⁸ BAG 09.07.1998 – 2 AZR 142/98



Beispiel: Außerordentliche Kündigung eines Wahlvorstandsmitglieds

In Ihrem Betrieb besteht noch kein Betriebsrat. Durch die Wahl in einer Betriebsversammlung ist A zum Wahlvorstand bestellt worden. Noch vor Bekanntgabe des Wahlergebnisses erhalten Sie Kenntnis über eine von A begangene Veruntreuung von Firmengeld. Was müssen Sie vor Ausspruch der außerordentlichen Kündigung beachten?

Nach § 15 Abs. 3 Satz 1 KSchG i. V. m. § 103 BetrVG hat A den besonderen Kündigungsschutz, d. h. es ist nur eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund möglich und der Betriebsrat muss dieser Kündigung zustimmen. Es besteht aber zurzeit kein Betriebsrat! Was nun?

Nach Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts muss analog § 103 Abs. 2 BetrVG das Zustimmungsersetzungsverfahren beim Arbeitsgericht durchgeführt werden.

8.2.2 Wahlbewerber

Der besondere Kündigungsschutz des Wahlbewerbers nach § 15 Abs. 3 Satz 1 KSchG beginnt mit der Aufstellung des Wahlvorschlags, wenn der Vorgeschlagene gegenüber dem Wahlvorstand oder den Vorschlagenden seine Zustimmung zur Kandidatur erteilt hat.

Der Wahlvorschlag ist aufgestellt, wenn die Wahl durch Erlass des Wahlausschreibens (§ 3 Abs. 3 Satz 1 WO) eingeleitet ist und alle Voraussetzungen erfüllt sind, die für einen Wahlvorschlag gegeben sein müssen (vgl. § 8 WO):

- Es muss eine schriftliche Wahlvorschlagsliste bzw. Wahlvorschlag vorliegen, der die erforderliche Zahl von Unterschriften hat;
- die Frist für die Einreichung von Wahlvorschlagslisten muss im Zeitpunkt der letzten Unterschriftsleistung begonnen haben;
- die Bewerber müssen auf der Wahlvorschlagsliste in erkennbarer Reihenfolge aufgeführt sein;
- der Wahlbewerber muss wählbar sein.

Der **besondere Kündigungsschutz** für Wahlbewerber **endet** mit der Bekanntgabe des endgültigen Wahlergebnisses durch den Wahlvorstand (§ 18 WO).

Wird der Wahlvorschlag nicht rechtzeitig beim Wahlvorstand eingereicht und damit hinfällig oder werden Mängel des Wahlvorschlags gemäß § 8 Abs. 2 WO nicht fristgerecht erhoben oder zieht der Wahlbewerber seine Kandidatur zurück, so endet der Kündigungsschutz schon vor der Bekanntgabe des Wahlergebnisses. **Es beginnt dann der nachwirkende Kündigungsschutz.**

8.2.3 Betriebsratsmitglieder

Der **besondere Kündigungsschutz** der Betriebsratsmitglieder **beginnt** – also insbesondere wenn in Ihrem Betrieb zum ersten Mal die Betriebsratswahl durchgeführt wurde – sofort mit der **Bekanntgabe des endgültigen Wahlergebnisses, nicht erst am Tag danach!**

Wenn die Amtszeit des bisherigen Betriebsrats im Zeitpunkt der Bekanntgabe des Wahlergebnisses noch nicht abgelaufen war, beginnt die Amtszeit des neu gewählten Betriebsrats erst am Tage nach Ablauf der Amtszeit des bisherigen Betriebsrats. Von der Bekanntgabe des endgültigen Wahlergebnisses bis zum Ablauf der Amtszeit des bisherigen Betriebsrats genießen die neu gewählten Betriebsratsmitglieder jedoch schon den besonderen Kündigungsschutz für Betriebsratsmitglieder, nicht nur den nachwirkenden Kündigungsschutz als Wahlbewerber.



Fazit

Hat die konstituierende Sitzung des neuen Betriebsrats noch nicht stattgefunden und ist die Amtszeit des alten Betriebsrats bereits abgelaufen oder wurde erstmals ein Betriebsrat gewählt, kann und muss der Arbeitgeber, der mit der Frist des § 626 Abs. 2 BGB in Schwierigkeiten kommt und ein Tätigwerden des neuen Betriebsrats nicht abwarten kann, gleich das Arbeitsgericht anrufen.

8.2.4 Ersatzmitglieder

Lesen Sie bitte nochmals den § 15 Abs. 1 und Abs. 3 KSchG. Gibt es denn überhaupt einen besonderen Kündigungsschutz eines Ersatzmitglieds, wenn das Gesetz diese Personengruppe gar nicht erwähnt?

Die Frage lässt sich dann leicht beantworten, wenn man sich klarmacht, dass das Ersatzmitglied im Falle der Verhinderung eines Betriebsratsmitglieds als Betriebsratsmitglied tätig wird. Bei Ersatzmitgliedern der besonders geschützten betriebsverfassungsrechtlichen Gremien, die wegen Verhinderung eines Mitglieds des Gremiums vorübergehend im Gremium tätig werden, besteht also vollständig der besondere Kündigungsschutz der § 15 KSchG, § 103 KSchG.

Ersatzmitglieder genießen während des Zeitraums den vollen Kündigungsschutz des § 15 Abs. 1 KSchG, indem sie stellvertretend für ein verhandeltes ordentliches Betriebsratsmitglied dem Betriebsrat angehören. Es braucht in diesem Zeitraum keine Sitzung stattzufinden. Die Vertretung des Ersatzmitglieds und damit der besondere Kündigungsschutz beginnen mit der Arbeitsaufnahme an dem Tag, an dem das ordentliche Mitglied erstmals verhindert ist. Eine förmliche Benachrichtigung des Ersatzmitglieds von dem Vertretungsfall ist nicht erforderlich.

Von der Ladung des Ersatzmitglieds zu einer Sitzung des Gremiums ist der Arbeitgeber sowohl von dem Vorsitzenden des Gremiums als auch vom eingeladenen Ersatzmitglied

zu informieren. Damit erhält der Arbeitgeber Kenntnis davon, ob und welche Ersatzmitglieder in dem jeweiligen Zeitraum den besonderen Kündigungsschutz in Anspruch nehmen können.

Nach Beendigung des Vertretungsfalles endet der besondere Kündigungsschutz des Ersatzmitgliedes. **Ab diesem Zeitpunkt steht dem Ersatzmitglied aber der nachwirkende Kündigungsschutz des § 15 Abs. 1 Satz 2 KSchG zu!**

8.2.5 Initiatoren

Der besondere Kündigungsschutz für die Initiatoren einer Betriebsratswahl ergibt sich aus § 15 Abs. 3a KSchG.

In betriebsratslosen Betrieben und in Betrieben, in denen der Betriebsrat zur Bestellung eines Wahlvorstandes nicht tätig wird, können einzelne Arbeitnehmer die Initiative zur Durchführung einer Betriebsratswahl ergreifen. Der besondere Kündigungsschutz für diese in § 15 Abs. 3a Satz 1 KSchG genannten Initiatoren soll dazu beitragen, dass künftig Arbeitnehmer eher bereit sind, insbesondere in betriebsratslosen Betrieben die Initiative für die Wahl von Betriebsräten zu ergreifen.

Der besondere Kündigungsschutz dieses Personenkreises beginnt vom Zeitpunkt der Einladung oder Antragstellung an und endet mit Bekanntgabe des Wahlergebnisses. Die ordentliche Kündigung ist also ausgeschlossen. Für die außerordentliche Kündigung bedarf es allerdings **nicht der Zustimmung des Betriebsrats nach § 103 BetrVG. Es besteht auch kein nachwirkender Kündigungsschutz!**

8.2.6 Bewerber für den Wahlvorstand

Der besondere Kündigungsschutz beginnt für Wahlvorstandskandidaten erst mit deren wirksamen Wahl in einer Betriebsversammlung oder einer Bestellung nach den §§ 15 ff BetrVG. Es besteht also für den Bewerber für den Wahlvorstand noch kein besonderer Kündigungsschutz!⁵⁹

8.3 Nachwirkender Kündigungsschutz

Der besondere Kündigungsschutz im Rahmen der Betriebsverfassung nach § 15 KSchG, § 103 BetrVG wird nach Beendigung der Amtszeit stufenweise abgebaut.

Der nachwirkende Kündigungsschutz bedeutet, dass für eine bestimmte Zeit nach Beendigung des Amtes nur außerordentlich gekündigt werden kann, wenn ein wichtiger Grund zum Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung vorliegt. Eine Zustimmung des Betriebsrats zur Kündigung nach § 103 BetrVG bedarf es nicht – hierin liegt der entscheidende Unterschied zum unter Kapitel 8.2 erörterten besonderen Kündigungsschutz. Beachten Sie aber bitte, dass – natürlich – der Betriebsrat nach § 102 BetrVG vor Ausspruch der außerordentlichen Kündigung ordnungsgemäß angehört werden muss.

⁵⁹ BAG 31.07.2014 – 2 AZR 505/13



Fazit

Der nachwirkende Kündigungsschutz bedeutet, dass für eine bestimmte Zeit nach Beendigung des Amtes nur außerordentlich gekündigt werden darf, nachdem zuvor der Betriebsrat nach § 102 Abs. 1 BetrVG angehört worden ist.

8.3.1 Betriebsratsmitglieder

Für die **Dauer eines Jahres** nach Beendigung der Amtszeit kann einem Mitglied des Betriebsrats nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes gekündigt werden.

Im Nachwirkungszeitraum entfällt aber die Verpflichtung für den Arbeitgeber, die Zustimmung des Betriebsrats einzuholen bzw. durch das Gericht ersetzen zu lassen.

8.3.2 Wahlvorstandsmitglieder, Wahlbewerber

Nach Bekanntgabe des Wahlergebnisses kann einem Mitglied des Wahlvorstands und Wahlbewerbern, soweit sie nicht in den Betriebsrat gewählt wurden, innerhalb von **sechs Monaten** nur außerordentlich gekündigt werden.

Es bedarf keiner Zustimmung des Betriebsrats; dieser muss aber nach § 102 Abs. 1 BetrVG angehört werden.

Arbeitnehmer, die für das Amt des Wahlvorstands auf Durchführung einer Betriebsratswahl kandidieren oder vorgeschlagen werden, sind keine Wahlbewerber im gesetzlichen Sinne.⁶⁰

8.3.3 Ersatzmitglieder

Zunächst nochmals zum besonderen Kündigungsschutz des Ersatzmitglieds in der Phase ihres Nachrückens: Lesen Sie bitte hierzu § 25 Abs. 1 BetrVG. Ersatzmitglieder, die wegen einer zeitweiligen Verhinderung eines regulären Betriebsratsmitglieds gemäß § 25 Abs. 1 Satz 2 BetrVG in den Betriebsrat nachrücken, sind für die Dauer ihrer Vertretung Teil des regulären Betriebsrats und damit nach § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG vor einer ordentlichen Kündigung geschützt. Dieser Schutz hängt nicht davon ab, ob das Ersatzmitglied während der Vertretungszeit tatsächlich Betriebsratsaufgaben erledigt⁶¹.

Auch für das Ersatzmitglied des Betriebsrats, das vorübergehend im Gremium tätig war, gilt der nachwirkende Kündigungsschutz nach § 15 Abs. 1 Satz 2 KSchG. Hat allerdings das Ersatzmitglied während des Verhinderungsfalls keine Betriebsratsaufgaben wahrgenommen, steht ihm kein nachwirkender Kündigungsschutz nach § 15 Abs. 1 Satz 2 KSchG zu! Die einjährige Nachwirkung soll die unabhängige, pflichtgemäße Ausübung der Betriebsratstätigkeit gewährleisten, indem sie den Arbeitgeber daran hindert, innerhalb dieses

⁶⁰ BAG 31.07.2014 – 2 AZR 505/13

⁶¹ BAG 08.09.2011 – 2 AZR 388/10

Jahres dem vormaligen Betriebsratsmitglied ordentlich zu kündigen. Hat das Ersatzmitglied keine Betriebsrats Tätigkeit ausgeübt, fehlt es an der typischen Konfliktreaktion. Eine Nachwirkung des Sonderkündigungsschutzes ist nicht erforderlich⁶².

Es besteht also der nachwirkende **einjährige** Kündigungsschutz.



Wichtig

Der nachwirkende Kündigungsschutz des Ersatzmitglieds nach § 15 Abs. 1 Satz 2 KSchG gilt unabhängig von der Dauer der Vertretung, selbst schon nach einem einmaligen Einsatz.

8.4 Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB

Die Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB gilt auch für die außerordentliche Kündigung gegenüber den Arbeitnehmern, die den besonderen Kündigungsschutz des § 15 KSchG genießen. Die außerordentliche Kündigung kann nur innerhalb von zwei Wochen gerechnet ab Kenntnis der Kündigungsgründe ausgesprochen werden. Wird diese Frist versäumt, ist die fristlose Kündigung nicht mehr möglich. Wegen des Sonderkündigungsschutzes nach § 15 KSchG kann dann auch nicht mehr ordentlich gekündigt werden.



Wichtig

Auch im Regelungsbereich des § 103 BetrVG beginnt die Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB mit der Kenntnis des Arbeitgebers von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen.

Bei der außerordentlichen Kündigung eines Betriebsratsmitglieds stellt sich dann aber das Problem, dass die Zustimmung des Betriebsrats vor Ausspruch der Kündigung vorliegen muss (§ 103 BetrVG).

Auf den Ablauf der Frist des § 626 Abs. 2 BGB wirkt sich der Zeitraum, der dem Betriebsrat für seine Entscheidung über den Zustimmungsantrag gemäß § 103 Abs. 1 BetrVG zur Verfügung steht, nicht aus. Innerhalb der Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB muss der Arbeitgeber den Zustimmungsantrag beim Betriebsrat stellen. Der Betriebsrat ist verpflichtet, entsprechend § 102 Abs. 2 Satz 3 BetrVG seine Entscheidung dem Arbeitgeber unverzüglich, spätestens innerhalb von drei Tagen mitzuteilen.

Gibt der Betriebsrat innerhalb der Frist keine Stellungnahme ab, so ist dies als Verweigerung der Zustimmung zu werten.

Der Arbeitgeber kann dem Betriebsrat auch eine längere Frist zur Stellungnahme einräumen. Hierbei ist aber unbedingt zu beachten, dass diese verlängerte Frist keinesfalls über

⁶² BAG 19.04.2012 – 2 AZR 233/11