

Aktenzeichen: 2 AZR 417/97
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 07. Mai 1998
- 2 AZR 417/97 -

I. Arbeitsgericht
Nienburg

Urteil vom 10. November 1995
- 1 Ca 838/95 -

II. Landesarbeitsgericht
Niedersachsen

Urteil vom 12. Mai 1997
- 5 Sa 152/96 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja
Für die Fachpresse : Ja
Für das Bundesarchiv : Nein

Entscheidungsstichwort:

Mutterschutz; Kündigungsverbot

Gesetz:

MuSchG § 9 Abs. 1 Satz 1, § 5

Leitsätze:

1. Die Bestimmung des Beginns der Schwangerschaft erfolgt grundsätzlich durch Rückrechnung um 280 Tage von dem ärztlich festgestellten voraussichtlichen Entbindungstermin (st.Rspr. Urteil vom 12. Dezember 1985 - 2 AZR 82/85 - AP Nr. 15 zu § 9 MuSchG 1968).

Die Schwangere genügt deshalb ihrer Darlegungslast für das Bestehen einer Schwangerschaft im Kündigungszeitpunkt zunächst durch Vorlage der ärztlichen Bescheinigung über den mutmaßlichen Tag der Entbindung, wenn der Zugang der Kündigung innerhalb von 280 Tagen vor diesem Termin liegt.

2. Der Arbeitgeber kann jedoch den Beweiswert der Bescheinigung erschüttern und Umstände darlegen und beweisen, aufgrund derer es der wissenschaftlich gesicherten Erkenntnis widersprechen würde, von einem Beginn der Schwangerschaft der Arbeitnehmerin vor Kündigungszugang auszugehen. Die Arbeitnehmerin muß dann weiteren Beweis führen und ist ggf. gehalten, ihre Ärzte von der Schweigepflicht zu entbinden.



2 AZR 417/97
5 Sa 152/96 Niedersachsen

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
7. Mai 1998

Urteil

Bittner,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 7. Mai 1998 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Etzel, die Richter Bitter und Bröhl sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Fischer und Walter für Recht erkannt:



Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 12. Mai 1997 - 5 Sa 152/96 - wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

V o n R e c h t s w e g e n !

T a t b e s t a n d :

Die 1964 geborene Klägerin war seit 19. Februar 1995 beim Beklagten im Bereich Büroarbeit zu einem Bruttogehalt von 3.100,00 DM monatlich beschäftigt. Während der vereinbarten sechsmonatigen Probezeit kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis durch ein am 20. Juni 1995 zugegangenes Schreiben vom 19. Juni 1995 zum 30. Juni 1995. Die Parteien sind sich einig, daß die Kündigung das Arbeitsverhältnis unter Beachtung der einschlägigen Kündigungsfrist frühestens zum 4. Juli 1995 beendet hat. Am 28. bzw. 31. Juli 1995 teilte die Klägerin dem Beklagten mit, sie sei bei Ausspruch der Kündigung schwanger gewesen.

Die Klägerin hält die Kündigung für unwirksam. Sie hat behauptet, am 10. Juli 1995 habe der Frauenarzt Dr. E noch keine Schwangerschaft festgestellt. Das Vorliegen einer Schwangerschaft sei erst bei einer weiteren Untersuchung durch Frau Dr. K vom 26. Juli 1995 festgestellt worden. Hiervon habe sie dem Beklagten am 28. Juli 1995 telefonisch sowie per Fax Mitteilung gemacht. Nach einer Kontrolluntersuchung am 2. August 1995 habe Herr Dr. S am 16. August 1995 die Schwangerschaftsbescheinigung ausgestellt, die unstreitig als voraussichtlichen Geburtstermin den 25. März 1996 angibt. Rechne man von diesem Termin 280 Tage zurück, so sei der Beginn der Schwangerschaft auf den 19. Juni 1995, also den Tag vor Zugang der Kündigung, festzulegen. Es müsse zwischen einer rechnerischen Schwangerschaft und einer auf den mütterlichen Organismus bezogenen



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Schwangerschaft unterschieden werden. Selbst wenn sich aus dem vom Landesarbeitsgericht eingeholten, medizinisch nicht angreifbaren Sachverständigengutachten ergebe, daß das Festsetzen der Eizelle in der Gebärmutter (Nidation) frühestens am 9. Juli 1995 stattgefunden habe, so daß danach zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung noch keine Schwangerschaft bestanden habe, so sei aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit auf der Basis der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts davon auszugehen, daß bei einer Rückrechnung um 280 Tage ab dem voraussichtlichen Geburtstermin rein rechnerisch im Kündigungszeitpunkt bereits eine Schwangerschaft vorgelegen habe.

Die Klägerin hat beantragt

festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung des Beklagten vom 19. Juni 1995 nicht zum 4. Juli 1995 aufgelöst worden ist.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Er hat behauptet, die Klägerin sei bei Zugang der Kündigung im medizinischen Sinne noch nicht schwanger gewesen. Für eine Wahrscheinlichkeitsberechnung durch Rückrechnung von 280 Tagen ab dem voraussichtlichen Geburtstermin bestehe kein Anlaß, wenn sich anhand der Ultraschalluntersuchungen und der eigenen Angaben der Schwangeren der tatsächliche Beginn der Schwangerschaft exakt feststellen lasse.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat nach Einholung eines Sachverständigengutachtens die hiergegen gerichtete Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Klageantrag weiter.



Entscheidungsgründe:

Die Revision ist unbegründet. Sie war deshalb ungeachtet der Säumnis des Revisionsbeklagten zurückzuweisen. Die Kündigung des Beklagten ist nicht nach § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG rechtsunwirksam.

I. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die Kündigung sei nicht während einer Schwangerschaft erfolgt. Nach dem Sachverständigengutachten, dessen Richtigkeit nicht in Zweifel gezogen werden könne und auch von der Klägerin nicht mehr in Zweifel gezogen werde, habe die Nidation frühestens am 9. Juli 1995 stattgefunden und der erste Tag der letzten Regelblutung könne frühestens der 21. Juni 1995 gewesen sein. Damit habe bei der Klägerin bei Zugang der Kündigung eine Schwangerschaft auch im weitesten Sinne nicht vorgelegen. Das Beweisergebnis sei auch verwertbar, die von der Rechtsprechung angewandte Methode der Rückrechnung um 280 Tage von dem vom Arzt angegebenen voraussichtlichen Entbindungstermin enthalte kein Beweiserhebungsverbot. Wenn nach medizinischer Erkenntnis im Kündigungszeitpunkt keine Schwangerschaft vorgelegen habe, dürfe eine solche nicht fingiert werden.

II. Dem folgt der Senat jedenfalls im Ergebnis.

1. Die Bestimmung des Beginns der Schwangerschaft erfolgt nach der ständigen Senatsrechtsprechung in der Weise, daß von dem ärztlich festgestellten voraussichtlichen Tag der Niederkunft um 280 Tage zurückzurechnen ist, wobei der voraussichtliche Entbindungstag nicht mitzuzählen ist (zuletzt Senatsurteile vom 1. August 1985 - 2 AZR 461/84 - n.v. und vom 12. Dezember 1985 - 2 AZR 82/85 - AP Nr. 15 zu § 9 MuSchG 1968). In Fortführung des Urteils vom 27. Januar 1966 (- 2 AZR



141/65 - AP Nr. 27 zu § 9 MuSchG) hat der Senat in seinem Urteil vom 27. Oktober 1983 (- 2 AZR 566/82 - AP Nr. 14 zu § 9 MuSchG 1968) ausgeführt, der Zeitraum von 280 Tagen umfasse die mittlere Schwangerschaftsdauer, die bei einem durchschnittlichen Menstruationszyklus von 28 Tagen (einem Lunarmonat) zehn Lunarmonate, gerechnet vom ersten Tag der letzten Regelblutung an, betrage. Auf diese Weise werde der in dem ärztlichen Zeugnis angegebene voraussichtliche Entbindungstermin bestimmt. Tatsächlich dauere die Schwangerschaft zwar eine kürzere Zeit, weil die Befruchtung erst nach dem Eisprung (Ovulation) möglich sei und dieser eine gewisse Zeit nach der Menstruation erfolge. Als durchschnittlicher Zeitpunkt der Ovulation werde der 12. bis 13. Zyklustag angenommen, jedoch könne dieser auch wesentlich früher oder später eintreten. Auch wenn somit von dem tatsächlichen Entbindungstermin um die Durchschnittsdauer von 266 Tagen zurückgerechnet werde, handele es sich immer nur um eine Wahrscheinlichkeitsrechnung. Lasse sich aber der tatsächliche Schwangerschaftsbeginn auch auf der Grundlage der durchschnittlichen tatsächlichen Schwangerschaftsdauer und einer Rückrechnung vom tatsächlichen Entbindungstermin an nicht sicher bestimmen, so sei aus Gründen der Rechtssicherheit und des Schutzes der werdenden Mutter auch für die Anwendung des absoluten Kündigungsverbot des § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG der Beginn der Schwangerschaft durch Rückrechnung um 280 Tage von dem vom Arzt angegebenen voraussichtlichen Entbindungstermin zu ermitteln.

2. Mit den in dem angefochtenen Urteil und in Teilen der Literatur (Eich, SAE 1985, 104; Meisel, Anm. zu AP Nr. 15 zu § 9 MuSchG 1968; KR-Pfeiffer, 4. Aufl., § 9 MuSchG Rz 64 b; Meisel/Sowka, Mutterschutzgesetz und Erziehungsurlaub, 4. Aufl., § 9 MuSchG Rz 100 b) gegen die bisherige Senatsrechtsprechung geäußerten Be-



denken hat sich der Senat schon in seinem Urteil vom 12. Dezember 1985 (aaO) auseinandergesetzt, ohne daß insoweit neue Gesichtspunkte aufgetaucht wären. Ein weiteres Eingehen auf die Gegenargumente erübrigt sich hier schon deshalb, weil auch auf der Grundlage der Senatsrechtsprechung nicht davon auszugehen ist, daß die Klägerin bei Ausspruch der Kündigung im Sinne von § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG schwanger war.

3. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts, die die Klägerin mit der Revision nicht angreift und an die der Senat deshalb nach § 561 Abs. 2 ZPO gebunden ist, war der erste Tag der letzten Regelblutung bei der Klägerin frühestens der 21. Juni 1995, lag also nach Zugang der Kündigung. Danach kann die Klägerin auch nach der großzügigen, alle Unwägbarkeiten einkalkulierenden Senatsrechtsprechung zur Berechnung der Schwangerschaftsdauer bei Zugang der Kündigung nicht, wie es § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG verlangt, schwanger gewesen sein.

a) Die Berechnung der Schwangerschaftsdauer auf der Basis von zehn Lunarmonaten seit dem ersten Tag der letzten Regelblutung stammt noch aus der Zeit, als außer den Angaben der Schwangeren kaum hinreichende weitere Anhaltspunkte zur Berechnung der Schwangerschaftsdauer wissenschaftlich gesichert waren. Wenn die Rechtsprechung trotz des Fortschritts der Diagnosemethoden, insbesondere im Bereich der Ultraschalldiagnostik, an dieser Berechnungsweise festgehalten hat, so markiert der Zeitraum von 280 Tagen ab dem ersten Tag der letzte Regelblutung zugleich die äußerste zeitliche Grenze, innerhalb derer bei einem normalen Zyklus von 28 Tagen eine Schwangerschaft vorliegen kann. Es werden dabei, was der Senat im Sinne der Rechtssicherheit und des Schutzes der Schwangeren durchaus in



Kauf nimmt, auch Tage (die ersten Tage des 280-Tage-Zeitraums) einbezogen, in denen das Vorliegen einer Schwangerschaft medizinisch eher unwahrscheinlich ist.

b) Eine Schwangerschaft auch noch vor dem ersten Tag der letzten Regelblutung zu fingieren, würde jedoch der wissenschaftlich gesicherten Erkenntnis evident widersprechen, § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG verletzen und auch den Arbeitgeber in seinen Grundrechten tangieren (vgl. BVerfG Beschluß vom 26. Juni 1995 - 1 BvR 1928/94 - RzK IV 6 b Nr. 24).

c) Beruht die Berechnung des voraussichtlichen Geburtstermins in dem Schwangerschaftsattest zumindest teilweise auf unklaren und/oder widersprüchlichen Angaben der Schwangeren über den ersten Tag ihrer letzten Regelblutung, so kann dem Arbeitgeber nicht verwehrt werden (etwa durch Parteivernehmung der Schwangeren) zu beweisen, daß der erste Tag der letzten Regelblutung erst nach Ausspruch der Kündigung lag und damit das Bestehen einer Schwangerschaft im Zeitpunkt der Kündigung nach wissenschaftlicher Erkenntnis regelmäßig ausgeschlossen ist. Die ärztliche Bescheinigung nach § 5 MuSchG über den mutmaßlichen Tag der Entbindung, die nach der Rechtsprechung auch für das Kündigungsverbot des § 9 Abs.1 Satz 1 MuSchG maßgeblich ist, hat zwar einen hohen Beweiswert (vgl. zu dem Zeugnis nach § 3 Abs. 1 MuSchG BAG Urteile vom 31. Juli 1996 - 5 AZR 474/95 - AP Nr. 8 zu § 3 MuSchG 1968; vom 12. März 1997 - 5 AZR 766/95 - AP Nr. 10, aaO und vom 1. Oktober 1997 - 5 AZR 685/96 - AP Nr. 11, aaO). Die Schwangere genügt ihrer Darlegungslast für das Bestehen einer Schwangerschaft im Kündigungszeitpunkt zunächst durch Vorlage der ärztlichen Bescheinigung über den mutmaßlichen Tag der Entbindung, wenn der Zugang der Kündigung innerhalb von 280 Tagen vor diesem Termin liegt. Hat sich der Arzt geirrt, bzw. muß der auf-



grund der Angaben der Schwangeren berechnete voraussichtliche Entbindungstermin anhand späterer Ultraschalluntersuchungen korrigiert werden, so kommt in erster Linie nur die Ausstellung eines korrigierten ärztlichen Zeugnisses noch während der bestehenden Schwangerschaft in Betracht (Senatsurteil vom 27. Oktober 1983 - 2 AZR 566/82 - AP Nr. 14 zu § 9 MuSchG 1968). Ob die Korrektur bloßer Berechnungsfehler bzw. -ungenauigkeiten nach dem Ende der Schwangerschaft im Regelfall überhaupt noch möglich ist (dagegen Zmarzlik/Zipperer/Viethen, Mutterschutzgesetz, Mutterschutzleistungen, Bundeserziehungsgeldgesetz, 7. Aufl., § 5 Rz 15; Bulla/Buchner, Mutterschutzgesetz, 5. Aufl., § 9 Rz 10; Heilmann, Mutterschutzgesetz, 2. Aufl., § 9 Rz 25) oder ob nicht das Gebot der Rechtssicherheit und des Schutzes der Schwangeren eine solche nachträgliche Korrektur grundsätzlich verhindern, kann hier offenbleiben. Jedenfalls was den Beginn der 280-Tage-Frist anbelangt, kann jedoch der Arbeitgeber den Beweiswert der Bescheinigung erschüttern und Umstände darlegen und beweisen, aufgrund derer es der wissenschaftlich gesicherten Erkenntnis widersprechen würde, von einem Beginn der Schwangerschaft der Arbeitnehmerin vor Kündigungszugang auszugehen. Die Arbeitnehmerin muß dann weiteren Beweis führen und ist ggf. gehalten, ihre Ärzte von der Schweigepflicht zu entbinden (vgl. zu § 3 Abs. 1 MuSchG BAG Urteil vom 12. März 1997 - 5 AZR 766/95 -, aaO). So ist es dem Arbeitgeber nicht verwehrt, im Rechtsstreit Umstände darzulegen und zu beweisen, die darauf schließen lassen, daß der erste Tag der letzten Regelblutung tatsächlich erst nach Ausspruch der Kündigung lag.

Ob im vorliegenden Fall die Klägerin verpflichtet war, die behandelnden Ärzte von der Schweigepflicht zu entbinden und sich mit einer Verwertung der Krankenunterlagen einverstanden zu erklären, kann dahinstehen, weil sie dies getan hat



und damit die Begutachtung durch den Sachverständigen auf der Grundlage aller fachärztlichen Befunde ermöglicht hat.

d) Das Landesarbeitsgericht hat aufgrund des Sachverständigengutachtens die Überzeugung gewonnen, daß der erste Tag der letzten Regelblutung erst am 21. Juni 1995 lag und damit der 280-Tage-Zeitraum erst nach Ausspruch der Kündigung begonnen hat. Dies ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden und wird auch von der Klägerin nicht beanstandet. Die Untersuchungen der verschiedenen Fachärzte, die letztlich zu der Schwangerschaftsbescheinigung mit dem 25. März 1996 als voraussichtlichem Geburtstermin geführt haben, beruhten u.a. darauf, daß die Klägerin am 26. Juli 1995 bei der zweiten gynäkologischen Untersuchung als ersten Tag der letzten Regelblutung einen Termin „vor sechs Wochen, ca. 14. Juni 1995“ angegeben hatte, während sie noch zeitnah am 10. Juli 1995 bei der ersten Untersuchung durch einen anderen Arzt, bei der keine Schwangerschaft festgestellt wurde, angegeben hatte, die letzte Regelblutung sei „Ende Juni 1995 aufgetreten“. Diese im Prozeß nicht erklärten widersprüchlichen Angaben der Klägerin entwerten die Schwangerschaftsbescheinigung vom 16. August 1995. Aufgrund sämtlicher Befunde aller drei behandelnden Gynäkologen ist der Sachverständige zu dem Ergebnis gekommen, der 280-Tage-Zeitraum habe frühestens am 21. Juni 1995 begonnen. Die Klägerin hat dieses Beweisergebnis nicht, erst recht nicht mit einer zulässigen Revisionsrüge beanstandet, sondern sich im wesentlichen zu eigen macht. Somit



räumt sie ein, daß ihre erste Angabe, die letzte Regelblutung sei erst Ende Juni 1995, also nach Ausspruch der Kündigung, aufgetreten, wohl zutreffend war.

Etzel

Bitter

Bröhl

Fischer

J. Walter



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)