

Aktenzeichen: 2 AZR 566/82

Bundesarbeitsgericht 2. Senat Urteil vom 27. Oktober 1983

- 2 AZR 566/82 -

I. Arbeitsgericht
Offenbach am Main

Urteil vom 20. Oktober 1981

- 3 Ca 398/81 -

II. Landesarbeitsgericht
Frankfurt am Main

Urteil vom 16. August 1982

- 11 Sa 113/82 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Für die Fachpresse: Ja

Entscheidungsstichwort:

Mutterschutz - Feststellung des Beginns der
Schwangerschaft

Gesetz: MuSchG 1968 § 9

Leitsatz:

Auch für die Geltung des absoluten Kündigungsverbots des § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG ist zur Feststellung des Beginns der Schwangerschaft von dem Zeugnis eines Arztes oder einer Hebamme auszugehen und von dem darin angegebenen voraussichtlichen Tag der Niederkunft um 280 Tage zurückzurechnen (im Anschluß an BAG Urteil vom 27. Januar 1966 - 2 AZR 141/65 - AP Nr. 27 zu § 9 MuSchG).



2 AZR 566/82

11 Sa 113/82 Frankfurt am Main

Verkündet am
27. Oktober 1983
Bittner,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

IM NAMEN DES VOLKES !

U r t e i l

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 27. Oktober 1983 durch den Richter Professor Dr. Röhsler als Vorsitzenden, die Richter Triebfürst und Dr. Weller sowie die ehrenamtlichen Richter Wellhausen und Dr. Bensinger für Recht erkannt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil
des Landesarbeitsgerichts Frankfurt am Main
vom 16. August 1982 - 11 Sa 113/82 - wird
zurückgewiesen.

2. Die Beklagte trägt die Kosten der Revision.

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 im Jahre 1957 geborene, verheiratete Klägerin, eine spanische Staatsangehörige, war seit 6. September 1973 bei der Beklagten als Arbeiterin gegen einen Stundenlohn von zuletzt 10,20 DM brutto beschäftigt. Bei der Beklagten sind etwa 45 Arbeitnehmer tätig.

Mit Schreiben vom 25. Juni 1981, das der Klägerin am selben Tag zugegangen ist, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis fristgerecht zum 10. Juli 1981. Mit der am 6. Juli 1981 bei Gericht eingegangenen Klage hat sich die Klägerin gegen diese Kündigung gewandt. Sie hat zunächst geltend gemacht, daß sie als Wahlbewerberin für die für Anfang Juli 1981 angesetzte Betriebsratswahl den Sonderkündigungsschutz des § 15 Abs. 1 KSchG genieße und die Kündigung überdies sozial ungerechtfertigt sei.

Am 31. August 1981 äußerte der Arzt Dr. G die Vermutung, daß die Klägerin schwanger sei. Am 1. September 1981 teilte die Klägerin dem Geschäftsführer der Beklagten mit, sie



sei schwanger. In einem am 8. September 1981 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz hat die Klägerin vorgetragen, die Kündigung bedeute für sie unter anderem eine große Härte, weil sie inzwischen ein Kind erwarte. Am 17. September 1981 bescheinigte der Frauenarzt Dr. K der Klägerin eine Schwangerschaft in der 13. Woche. Die Beklagte erhielt eine Abschrift dieser Bescheinigung. Mit einem am 1. Oktober 1981 beim Arbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz hat die Klägerin sich dann ausdrücklich darauf berufen, daß die Kündigung wegen Verstoßes gegen § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG unwirksam sei, und vorgetragen, sie sei bereits im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung schwanger gewesen. Erstmals am 31. August 1981 habe sie von der Möglichkeit einer Schwangerschaft erfahren. Aus gesundheitlichen Gründen (postoperative Beschwerden sowie eine Darmanomalie) habe die Schwangerschaft nicht früher festgestellt werden können. Sie habe somit ohne ihr Verschulden die zweiwöchige Mitteilungsfrist des § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG versäumt und die Mitteilung auch unverzüglich nachgeholt.

Am 27. März 1982 hat die Klägerin ein Kind geboren.

Die Klägerin hat beantragt festzustellen, daß ihr Arbeitsverhältnis mit der Beklagten durch die Kündigung vom 25. Juni 1981 nicht aufgelöst worden ist, sondern auf unbestimmte Zeit fortbesteht, und die Beklagte zu verurteilen, sie zu unveränderten Bedingungen weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

vorgetragen, der Arzt Dr. G habe in einem Attest vom 31. August 1981 als Entbindungstermin den 30. März 1982 errechnet. Bei einer Rückrechnung von 280 Tagen ergebe sich der 23. Juni 1981 als Beginn der Schwangerschaft. Da die Berechnung des Arztes auf den in Kenntnis der Führung eines Prozesses erfolgten Angaben der Klägerin beruhe, werde bestritten, daß die Klägerin bei Ausspruch der Kündigung am 25. Juni 1981 bereits schwanger gewesen sei. Sollte dies jedoch zutreffen, so hätte sie spätestens im Zeitpunkt des Güteterrmins vom 23. Juli 1981 die Möglichkeit des Bestehens einer Schwangerschaft erkennen müssen, so daß sie schuldhaft verspätet hiervon erst am 1. September 1981 Mitteilung gemacht und den Sonderkündigungsschutz des Mutterschutzgesetzes verwirkt habe.

Die Beklagte hat weiter im einzelnen dargelegt, daß die Klägerin den Sonderkündigungsschutz für Wahlbewerber nicht in Anspruch nehmen könne und die Kündigung auch sozial gerechtfertigt sei.

Beide Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Revision ist unbegründet.

A.I. Das Berufungsgericht hat der Feststellungsklage mit der Begründung stattgegeben, die Kündigung sei wegen Verstoßes gegen



das Kündigungsverbot des § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG unwirksam.
Hierzu hat es im wesentlichen ausgeführt:

Die Klägerin sei bei Ausspruch der Kündigung am 25. Juni 1981 bereits schwanger gewesen. Der Beginn der Schwangerschaft sei in der Weise zu ermitteln, daß vom Tag der Niederkunft an 280 Tage rückgerechnet werden. Da die Klägerin ihr Kind am 27. März 1982 geboren habe, sei als Beginn der Schwangerschaft der 20. oder 21. Juni 1981 anzunehmen. Etwa derselbe Zeitpunkt ergebe sich aufgrund der Bescheinigung des Frauenarztes Dr. K , der am 17. September 1981 bei der Klägerin eine Schwangerschaft in der 13. Woche festgestellt habe.

Zwar habe die Klägerin der Beklagten die Schwangerschaft nicht innerhalb von zwei Wochen nach Zugang der Kündigung mitgeteilt. Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts genieße eine werdende Mutter den Sonderkündigungsschutz des Mutterschutzgesetzes jedoch auch dann, wenn sie die Mitteilungsfrist unverschuldet versäumt, die Mitteilung aber unverzüglich nachgeholt habe. Die Klägerin habe die Mitteilungsfrist unverschuldet versäumt. Hierbei könne dahingestellt bleiben, ob unter Verschulden ein Verschulden gegen sich selbst zu verstehen oder der in § 121 Abs. 1 Satz 2 BGB enthaltene Rechtsbegriff "unverzüglich (ohne schuldhaftes Zögern)" anzuwenden sei. Eine Arbeitnehmerin handele danach nur schuldhaft, wenn sie trotz Kenntnis der Schwangerschaft die Mitteilung unterlasse. Sie sei auch bei Vorliegen gewisser Verdachtsmomente nicht verpflichtet, sich unverzüglich durch Untersuchungen Gewißheit über ihren Zu-



stand zu verschaffen. Die Klägerin habe erst aufgrund der ärztlichen Untersuchung vom 31. August 1981 von der Schwangerschaft Kenntnis erhalten. Sollte sie vorher wegen des mehrwöchigen Ausbleibens der Regelblutungen habe annehmen können und müssen, möglicherweise schwanger zu sein, so reiche dies für die Annahme eines Verschuldens nicht aus. Zudem sei auch nach der von der Klägerin vorgelegten Bescheinigung des Arztes Dr. H vom 4. Juni 1982 nicht auszuschließen, daß bei der Klägerin der Verdacht einer Schwangerschaft nicht notwendig habe aufkommen müssen und sich sogar die ärztliche Feststellung der Schwangerschaft habe verzögern können. Nachdem ihr Arzt eine Schwangerschaft vermutet hatte, habe die Klägerin dies der Beklagten sofort am nächsten Tag mitgeteilt und sich somit den Sonderkündigungsschutz erhalten.

II. Die Annahme des Berufungsgerichts, die Klägerin sei - wie § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG voraussetzt (vgl. BAG 26, 161, 165 = AP Nr. 3 zu § 9 MuSchG 1968, zu III 1 der Gründe) - zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung bereits schwanger gewesen, ist im Ergebnis zutreffend.

1. Die hiergegen von der Revision erhobene Verfahrensrüge ist unbegründet.

a) Die Revision führt aus, das Berufungsgericht sei zwar bei der Berechnung des zwischen den Parteien streitigen Beginns der Schwangerschaft im Grundsatz zutreffend von dem tatsächlichen Entbindungstermin ausgegangen. Es hätte jedoch aufklären müssen,



wie es zu der Geburt gekommen sei, ob sie bewußt durch Einleitung vor dem 30. März 1981 herbeigeführt worden sei oder ob sich aufgrund medizinischer Indikationen eine Frühgeburt nachweisen lasse. Die Klägerin habe gegen eine ihr nach Ablauf der Kündigungsschutzfrist vorsorglich am 1. Dezember 1982 ausgesprochene weitere Kündigung Klage erhoben und der Beklagten am 7. Januar 1983 mitgeteilt, daß sie im zweiten Monat schwanger sei. Sie versuche somit wiederum, durch eine ganz offensichtlich herbeigeführte Schwangerschaft Kündigungsschutz zu erlangen. Im vorliegenden Verfahren sei deshalb ohne Aufklärung der Geburtsumstände eine Ermittlung des Schwangerschaftsbeginns durch Rückrechnung um 280 Tage vom Geburtstermin an unzulässig. Das Berufungsgericht hätte entweder das Bestehen einer Schwangerschaft am 25. Juni 1981 verneinen oder der Klägerin aufgeben müssen, die Geburtsumstände darzulegen.

b) Mit diesen Ausführungen rügt die Revision eine Verletzung der richterlichen Aufklärungspflicht gemäß § 139 ZPO.

Die Vorschrift des § 139 ZPO will im Interesse einer gerechten und sachgemäßen Entscheidung Vorsorge treffen, daß nicht ein bloßes Versehen oder Übersehen, eine falsche rechtliche Beurteilung des Sachverhalts oder ein in sich unklares Vorbringen den Parteien zum Nachteil gereicht. Die Nichtausübung des Fragerechts gibt deshalb einen Revisionsgrund nur dann ab, wenn das Berufungsgericht nach dem Verhandlungsergebnis hätte erkennen müssen, daß die Parteien Beweismittel und etwaige noch notwendige nähere Behauptungen hätten vorbringen können und wollen. Das ist



unter anderem dann der Fall, wenn das Nichtvorbringen offenbar auf einem Versehen oder darauf beruht, daß die Partei die Rechtslage falsch beurteilt hat (BAG Urteile vom 23. August 1956 - 2 AZR 405/55 - und vom 3. Dezember 1959 - 2 AZR 612/57 -, AP Nr. 1 und 2 zu § 139 ZPO).

Diese Voraussetzungen für eine Verletzung der Aufklärungspflicht hat die Revision jedoch nicht aufgezeigt. In den Vorinstanzen hatte sich die Beklagte lediglich gegen eine Rückrechnung um 280 Tage von dem vom Arzt errechneten Entbindungstermin (30. März 1982) gewandt und weiter ausgeführt, im Verlaufe des Berufungsverfahrens - die Berufung wurde am 25. Februar 1982 begründet - werde sich im übrigen herausstellen, ob die Berechnung des Arztes richtig sei oder nicht ein späterer Entbindungstermin den Nachweis erbringen werde, daß im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung tatsächlich noch keine Schwangerschaft bestanden habe. Der weiter an sie gerichteten Aufforderung, nach ihrer Entbindung unverzüglich diesen Termin mitzuteilen, war die Klägerin in der Berufungsverhandlung vom 16. August 1982 durch Vorlage eines Auszugs aus dem standesamtlichen Geburtsregister nachgekommen. Das Berufungsgericht hat den Beginn der Schwangerschaft daraufhin - insoweit in Übereinstimmung mit der Beklagten - durch Rückrechnung vom tatsächlichen Geburtstermin ermittelt. Mangels irgendwelcher sachlicher Anhaltspunkte im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung hatte es jedoch keine Veranlassung, die Geburtsumstände aufzuklären. Die vorsorgliche zweite Kündigung der Beklagten und das von der Revision geschilderte Verhalten der Klägerin, auf das die Revision den Verdacht grün-



det, die Klägerin könnte bereits nach der ersten Kündigung den Geburtstermin und damit auch den bei der angewendeten Rückrechnungsmethode ermittelten Beginn der Schwangerschaft bewußt vorverlegt haben, stellen neue Tatsachen dar. Sie können deshalb in der Revisionsinstanz nicht mehr berücksichtigt werden (§ 561 ZPO). Sie könnten auch nicht rückwirkend zur Annahme einer Verletzung der Aufklärungspflicht durch das Berufungsgericht führen. Denn für die Anwendung von Verfahrensnormen durch das Berufungsgericht kann nur der Sach- und Streitstand im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz maßgebend sein.

2. Der Senat hatte jedoch weiter zu prüfen, ob das Berufungsgericht die richtige Berechnungsmethode für die Bestimmung des Beginns der Schwangerschaft angewendet hat. Insoweit handelt es sich um die Anwendung von Rechts- und Erfahrungssätzen, die gemäß § 550 ZPO in der Revisionsinstanz ohne Bindung an eine ausdrückliche Revisionsrüge nachprüfbar ist. Entgegen der Meinung des Berufungsgerichts ist für die Bestimmung des Beginns der Schwangerschaft von dem in dem Zeugnis eines Arztes oder einer Hebamme angegebenen voraussichtlichen Tag der Niederkunft um 280 Tage zurückzurechnen.

a) Das Mutterschutzgesetz enthält lediglich für die Ermittlung des in § 3 Abs. 2 festgelegten Zeitraums der letzten sechs Wochen vor der Entbindung, innerhalb dessen werdende Mütter nicht beschäftigt werden dürfen, eine Berechnungsvorschrift. Danach ist für die Berechnung dieses Zeitraums das Zeugnis eines Arztes oder



einer Hebamme maßgebend, das den mutmaßlichen Tag der Entbindung angeben soll. Irrt sich der Arzt oder die Hebamme über den Zeitpunkt der Entbindung, so verkürzt oder verlängert sich die Frist entsprechend. Nach dem Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 27. Januar 1966 - 2 AZR 141/65 - (AP Nr. 27 zu § 9 MuSchG) ist diese Vorschrift für alle während der Schwangerschaft ablaufenden Fristen entsprechend anzuwenden. Dies sei nach dem Sinn des Gesetzes von der Natur der Sache geboten. Der gesetzliche Mutterschutz sei weitgehend nicht zu verwirklichen, wenn die in vielen Fällen erforderliche Fristenbestimmung bis zur tatsächlichen Niederkunft in der Schwebe bleibe. Deswegen müsse die Vorschrift auch für die Berechnung der fünfmonatigen Kündigungssperre für vollzeitbeschäftigte Haushaltskräfte gemäß § 9 Abs. 1 Satz 2 MuSchG gelten. Für den Arbeitgeber müsse auch feststellbar sein, wann die Fünf-Monats-Frist abgelaufen sei, von deren Ende ab das Arbeitsverhältnis gekündigt werden könne. Der Ablauf dieser Frist sei somit durch Rückrechnung der durchschnittlichen Dauer einer Schwangerschaft von 280 Tagen von dem in dem Attest angegebenen Entbindungstermin auch dann zu ermitteln, wenn die Niederkunft tatsächlich früher oder später erfolgt sei (ebenso BAG Urteil vom 20. Dezember 1972 - 3 AZR 60/72 - AP Nr. 7 zu § 11 MuSchG 1968 - für die Berechnung der Dauer der in den §§ 4, 5 und 8 MuSchG enthaltenen Beschäftigungsverbote als Grundlage für die Berechnung des Mutterschutzlohnes nach § 11 MuSchG).

b) Diese Berechnungsweise ist auch für die Festlegung des Beginns der Schwangerschaft als des für das Einsetzen des Kündigungsverbots des § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG maßgebenden Zeit-



punktes anzuwenden.

Im Schrifttum sind dieser Ansicht Bulla/Buchner (MuSchG, 5. Aufl., § 9 Rz 8 bis 11, § 1 Rz 100), KR-Becker (2. Aufl., § 9 MuSchG Rz 64, anders 1. Aufl., aaO) und wohl auch Aye/Heinke/Marburger (Mutterschutzrecht und Mutterschaftshilfe, 7. Aufl., § 9 MuSchG Anm. 4 in Verbindung mit § 8 MuSchG Anm. 10) sowie Zmarzlik/Zipperer (MuSchG, 3. Aufl., § 9 Rz 16).

Demgegenüber vertreten Gröninger/Thomas (MuSchG, Stand 1. Oktober 1982, § 9 Anm. 3 a) die Ansicht, für das Einsetzen des Kündigungsverbotes des § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG komme es auf den wirklichen Eintritt der Schwangerschaft an, auch wenn dies erst später festgestellt werden könne. Praktisch werde allerdings der von einem Arzt oder einer Hebamme angenommene Schwangerschaftsbeginn auch für den Beginn des Kündigungsschutzes maßgebend sein, weil der wirkliche Tag der Empfängnis mit Sicherheit wohl nur in Ausnahmefällen festgestellt werden könne. Der Beginn der Schwangerschaft sei durch Rückrechnung der durchschnittlichen Schwangerschaftsdauer von 280 Tagen zu bestimmen (aaO, § 5 Anm. 5 b). Eich (DB 1981, 1233, unter I) lehnt die entsprechende Anwendung des § 5 Abs. 2 MuSchG in Fällen der vorliegenden Art ebenso ab wie die Methode der Rückrechnung um 280 Tage. Nach seiner Ansicht ist der Beginn der Schwangerschaft durch Rückrechnung um 267 Tage vom tatsächlichen Entbindungstermin an zu ermitteln und ein von der Arbeitnehmerin anhängig gemachtes Verfahren auf Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung analog § 148 ZPO bis zur Entbindung auszusetzen.



c) Der Senat hält die entsprechende Anwendung des § 5 Abs. 2 MuSchG sowie die Rückrechnung um 280 Kalendertage aus folgenden Erwägungen für richtig:

aa) Das Gesetz geht zwar in § 9 Abs. 1 nach seinem Wortlaut von dem Bestehen einer Schwangerschaft im Zeitpunkt der Kündigung als Voraussetzung für den absoluten Kündigungsschutz aus. Medizinisch beginnt die Schwangerschaft mit der Empfängnis, deren wirklicher Tag jedoch mit Sicherheit nur in Ausnahmefällen festgestellt werden könnte (vgl. dazu Bulla/Buchner, aaO, § 9 Rz 10; Gröninger/Thomas, aaO, § 9 Anm. 3 a; Töns, Mutterschaftshilfe und Mutterschutz, Stand Dezember 1981, § 195 RVO Anm. 5 a - 1). Deshalb gehen auch die Vertreter der Gegenmeinung (Gröninger/Thomas und Eich, jeweils aaO) für die Anwendung des § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG zur Bestimmung des Schwangerschaftsbeginns grundsätzlich von der Methode der Rückrechnung von dem Entbindungstermin um die Dauer der Schwangerschaft aus. Umstritten ist nur, ob ein vor der tatsächlichen Entbindung zwar vom Arzt oder von einer Hebamme ermittelter, aber gleichwohl nur voraussichtlicher oder der wirkliche Entbindungstermin maßgebend sein und ferner, welche Schwangerschaftsdauer für die Rückrechnung zugrundegelegt werden soll.

bb) Bei der Rückrechnungsmethode handelt es sich jedoch immer um eine pauschalierende Wahrscheinlichkeitsrechnung, gleichgültig, von welchem Entbindungstermin und von welcher Schwangerschaftsdauer ausgegangen wird.



Der Zeitraum von 280 Tagen umfaßt die mittlere Schwangerschaftsdauer, die bei einem durchschnittlichen Menstruationszyklus von 28 Tagen (1 Lunarmonat) zehn Lunarmonate, gerechnet vom ersten Tag der letzten Regelblutung an beträgt. Auf diese Weise wird der in dem ärztlichen Zeugnis angegebene voraussichtliche Entbindungstermin bestimmt.

Bei der von Eich (aa0) befürworteten Berechnungsmethode wird berücksichtigt, daß die Schwangerschaft tatsächlich kürzere Zeit dauert, weil die Befruchtung erst nach dem Eisprung (Ovulation) möglich ist und dieser eine gewisse Zeit nach der Menstruation erfolgt. Bei einem 28-tägigen Zyklus wird von einer tatsächlichen Schwangerschaftsdauer von 263 bis 273 Tagen und somit von einem Durchschnittswert von 266 Tagen ausgegangen (vgl. Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, 253. Aufl., S. 1102; Bulla/Buchner, aa0, § 1 Rz 100; Töns, aa0, § 195 RVO Anm. 5 a - 2 a, geht von 270 Tagen aus). Als durchschnittlicher Zeitpunkt der Ovulation wird der 12. bis 13. Zyklustag angenommen; jedoch kann diese wesentlich früher oder später eintreten (vgl. Pschyrembel, aa0, S. 758/759; Thiele, Handlexikon der Medizin, 1980, Band A bis K S. 1363, Band L bis Z S. 1814). Auch wenn man somit von dem tatsächlichen Entbindungstermin um die Durchschnittsdauer der tatsächlichen Schwangerschaft zurückrechnet, handelt es sich nicht um die sichere Berechnung des tatsächlichen Schwangerschaftsbeginns, sondern um eine Wahrscheinlichkeitsrechnung.

cc) Läßt sich aber der tatsächliche Schwangerschaftsbeginn auch auf der Grundlage der durchschnittlichen tatsächlichen Schwan-



gerschaftsdauer und einer Rückrechnung vom tatsächlichen Entbindungstermin an nicht sicher bestimmen, so ist aus den in dem Senatsurteil vom 27. Januar 1966 (aa0) dargelegten Gründen der Rechtssicherheit und des Schutzes der werdenden Mutter auch für die Anwendung des absoluten Kündigungsverbotes 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.

Für den Arbeitgeber wie die Arbeitnehmerin muß auch alsbald und nicht erst nach der Entbindung feststellbar sein, ob eine Kündigung ausgesprochen werden kann oder eine bereits ausgesprochene Kündigung Bestand hat. Anderenfalls bliebe die Rechtslage bis zur Niederkunft in der Schwebe. Besteht der Arbeitgeber darauf, daß er wirksam kündigen könne oder gekündigt habe und verweigert er nach Ablauf der Kündigungsfrist die Weiterbeschäftigung und Lohnfortzahlung, so wäre die Arbeitnehmerin in der Folgezeit zunächst auf die Leistungen nach dem Arbeitsförderungsgesetz angewiesen, auch wenn sich die Kündigung später als unwirksam erweisen sollte und das Arbeitsverhältnis rechtlich fortbesteht (vgl. § 117 Abs. 4 AFG).

Eich (aa0) geht in diesem Zusammenhang von der unrichtigen Ansicht aus, der Sonderkündigungsschutz werde durch die von ihm vertretene Ansicht nicht vereitelt; denn die Arbeitnehmerin erlange allein durch die Mitteilung der Schwangerschaft zunächst einen Kündigungsschutz bis zur Niederkunft, der ihr bis dahin alle Leistungen des Arbeitgebers sowie der Krankenkasse sichere



und ein faktisches Arbeitsverhältnis begründe, wenn sich nachträglich die Kündigung als wirksam erweise. Zu Unrecht entnimmt sich der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (zuletzt BAG 26, 161), § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG begründe nur eine einstweilige Sicherung des Kündigungsverbotes bis zum Entbindungstermin. In der vorbezeichneten Entscheidung hat der Senat vielmehr ausgesprochen, nach dem eindeutigen Wortlaut des § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG sei die Kündigung unter zwei Voraussetzungen unzulässig: Die Kündigung müsse während einer Schwangerschaft ausgesprochen sein, und die gekündigte Arbeitnehmerin müsse dem Arbeitgeber, falls er von dem Bestehen der Schwangerschaft noch keine Kenntnis habe, diese innerhalb von zwei Wochen nach Zugang der Kündigung mitgeteilt haben (aaO S. 165). In seinen weiteren Ausführungen hat der Senat im einzelnen begründet, daß darüber hinaus noch ein Nachweis der Schwangerschaft innerhalb dieser Frist oder innerhalb eines angemessenen Zeitraums nach ihrem Ablauf vom Gesetz nicht gefordert werde. Soweit davon die Rede ist, zur Erlangung des Mutterschutzes genüge die Mitteilung der Schwangerschaft, bezieht sich dies eindeutig stets nur auf diese zweite Voraussetzung für das Eingreifen des Kündigungsverbots. Dies wird deutlich aus den folgenden Überlegungen: Das Mutterschutzgesetz gewähre den Kündigungsschutz bereits vom Beginn der Schwangerschaft an, obwohl deren Nachweis gerade im Frühstadium oft schwierig sei. Der Gesetzgeber habe es damit bewußt in Kauf genommen, daß eine Kündigung auch dann unzulässig sein solle, wenn eine Schwangerschaft zwar o b j e k t i v b e r e i t s v o r l i e g e und ihr Bestehen von der Arbeitnehmerin vorsorglich angezeigt werde, sichere Feststellungen insoweit aber



noch nicht getroffen werden könnten (aaO S. 170).

Gegen die von dem mutmaßlichen Entbindungstermin ausgehende Berechnungsart kann auch nicht mit Erfolg eingewandt werden, damit wäre das Eingreifen des Kündigungsverbotes allein von Behauptungen der Arbeitnehmerin abhängig gemacht und Anreiz zu Manipulationen durch unwahre Angaben gegeben (so Eich, aaO). Wie der Senat bereits in dem Urteil vom 27. Januar 1966 (aaO) ausgeführt hat, sind die Angaben der Arbeitnehmerin über das Datum ihrer letzten Regelblutung zwar ein wesentliches, aber nicht das einzige Mittel der Bestimmung der bisherigen Dauer der Schwangerschaft. Insbesondere sind mit Hilfe der ständig verfeinerten Methoden der Ultraschalldiagnostik auch schon im Frühstadium der Schwangerschaft (ab der siebten Schwangerschaftswoche) objektive Feststellungen über die Dauer der Schwangerschaft und den voraussichtlichen Geburtstermin mit Abweichungen von plus/minus einer Woche bis fünf Tagen möglich (vgl. Schlensker, Deutsches Ärzteblatt, 1977, 1015). Damit ist die Gefahr, daß die Arbeitnehmerin irrtümlich oder bewußt durch unrichtige Angaben den Beginn der Schwangerschaft "vorverlegt", erheblich eingeschränkt. Hinzu kommt, daß die Arbeitnehmerin das Datum der letzten Regelblutung mitunter auch noch für andere Zwecke anzugeben hat und aus den bereits in dem vorbezeichneten Senatsurteil dargelegten Gründen nicht überblicken kann, ob ein bewußtes Vor- oder Zurückverlegen dieses Zeitpunktes sich für sie oder ihr Kind günstig oder ungünstig auswirken wird. Deshalb ist auch der von Eich (aaO) hervorgehobene Umstand, daß im Hinblick auf die neue Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Mitteilung der



Schwangerschaft bei unverschuldeter Versäumung der Zwei-Wochen-Frist des § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG (vgl. dazu nachfolgend unter III) an sich mehr Möglichkeiten für Manipulationen bestehen, kein zureichender Grund, die im Senatsurteil vom 27. Januar 1966 vertretene Meinung aufzugeben.

dd) Wie für die unmittelbare Anwendung des § 5 Abs. 2 MuSchG bestehen auch für seine analoge Anwendung zur Feststellung des Beginns der Schwangerschaft im Rahmen des § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG keine Bedenken, bei neuen, etwa durch Ultraschalldiagnose gewonnenen Erkenntnissen das zunächst vorgelegte ärztliche Zeugnis durch ein neues mit einem anderen voraussichtlichen Entbindungstermin zu ersetzen (so zutreffend Bulla/Buchner, aaO, § 9 Rz 10). Diese Möglichkeit besteht jedoch nur, soweit und solange nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft eine exaktere Bestimmung des v o r a u s s i c h t l i c h e n Entbindungstermins als nach den dem bisher vorgelegten Zeugnis zugrunde liegenden Untersuchungen möglich ist.

3. Ist somit der Beginn der Schwangerschaft nach dem Zeugnis eines Arztes oder einer Hebamme durch Rückrechnung um 280 Tage von dem darin angegebenen mutmaßlichen Tag der Niederkunft zu bestimmen, führt diese Berechnungsmethode im vorliegenden Fall zu dem Ergebnis, daß am 25. Juni 1981, dem Tag des Zugangs der Kündigung, bei der Klägerin das Bestehen einer Schwangerschaft anzunehmen und die Kündigung somit wegen Verstoßes gegen § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG gemäß § 134 BGB nichtig ist. Nach dem unbestritten gebliebenen Vortrag der Beklagten war in dem Arzt-



attest vom 31. August 1981 der 30. März 1982 als voraussichtlicher Entbindungstermin angegeben. Rechnet man von diesem Termin um 280 Tage zurück, so ergibt sich ein Schwangerschaftsbeginn am 22. oder 23. Juni 1981, je nachdem, ob man den mutmaßlichen Entbindungstermin bei der Rückrechnung mitzählt oder nicht (vgl. zu dieser hier unerheblichen Streitfrage Bulla/Buchner, aaO, § 1 Rz 100). Ein nach dem 25. Juni 1981 liegender Schwangerschaftsbeginn ergibt sich auch nicht aus dem am 17. September 1981 ausgestellten ärztlichen Zeugnis, in dem zu diesem Zeitpunkt das Bestehen einer Schwangerschaft in der 13. Woche angegeben ist, wie auch das Berufungsgericht insoweit richtig gesehen hat.

III. Das Berufungsgericht hat auch im Ergebnis zu Recht angenommen, daß die Klägerin die am 9. Juli 1981 abgelaufene Mitteilungsfrist ohne ihr Verschulden versäumt und die Mitteilung von ihrer Schwangerschaft rechtzeitig nachgeholt hat.

1. Bei der Mitteilung nach § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG handelt es sich um ein im eigenen Interesse der Arbeitnehmerin liegendes Gebot (Obliegenheit, Verpflichtung gegen sich selbst); die Arbeitnehmerin erfüllt durch die rechtzeitige Mitteilung ihrer Schwangerschaft keine Rechtspflicht gegenüber dem Arbeitgeber. Im Hinblick darauf, daß das Kündigungsverbot des § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG letztlich eine Konkretisierung des verfassungsrechtlichen Gebots an den Gesetzgeber zur Fürsorge für die werdende Mutter darstellt, kann der Verlust des Sonderkündigungsschutzes des § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG nur dann eintreten, wenn sich die Versäumung der Mitteilungsfrist aufgrund der Umstände des Einzelfalles



als ein gröblicher Verstoß gegen das von einem verständigen Menschen im eigenen Interesse billigerweise zu erwartende Verhalten darstellt. Dies hat der Senat in dem am 6. Oktober 1983 verkündeten Urteil in der Sache - 2 AZR 368/82 - (EzA § 9 n.F. MuSchG Nr. 23, zu II 2 b der Gründe, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung des Gerichts vorgesehen) ausgesprochen und näher begründet. Hierauf wird verwiesen.

2. Bei Anwendung dieses Verschuldensmaßstabes hat die Klägerin die Beklagte von ihrer Schwangerschaft unverschuldet nach Ablauf der Mitteilungsfrist unterrichtet.

a) Das Berufungsgericht hat in tatsächlicher Hinsicht festgestellt, die Klägerin habe erst aufgrund der ärztlichen Untersuchung am 31. August 1981 von ihrer Schwangerschaft positive Kenntnis erhalten.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe verkannt, daß die Klägerin nicht ohne Veranlassung an diesem Tag zu einer ärztlichen Untersuchung gegangen sein könne. Sie möge an diesem Tag den ärztlichen Nachweis über das Bestehen einer Schwangerschaft erhalten haben, die Kenntnis hiervon habe sie schon früher gehabt. Vom 25. Juni 1981 bis zum 1. September 1981, dem Tag der Mitteilung der Schwangerschaft an die Beklagte, sei sie bereits über drei Monate schwanger gewesen. Sie habe bis dahin nichts unternommen, den Grund für die bis dahin ausgebliebenen Regelblutungen feststellen zu lassen, insbesondere keinen Schwangerschaftstest durchgeführt.



Diese Rüge bleibt ohne Erfolg.

b) Soweit in den Ausführungen der Revision eine gegen die tatsächliche Feststellung des Berufungsgerichts gerichtete Verfahrensrüge zu sehen ist, die Klägerin habe erst am 31. August 1981 positive Kenntnis von ihrer Schwangerschaft erlangt, so ist diese Rüge in jedem Falle unbegründet. Wie die Revision übersieht, hat das Berufungsgericht in einer Hilfsbegründung festgestellt, aufgrund der Bescheinigung des Arztes Dr. H sei nicht auszuschließen, daß bei der Klägerin der Verdacht einer Schwangerschaft nicht habe aufkommen müssen und sich sogar die ärztliche Feststellung einer Schwangerschaft habe verzögern können. Nach diesem vom Berufungsgericht als Beweismittel verwerten Attest bestehen bei der Klägerin als Folge zweier Operationen sowie wegen einer Darmanomalie sehr häufig Beschwerden, die eine verspätete Feststellung einer Schwangerschaft (im 3. Monat) durch die Klägerin erklärten. An diesen nicht mit Verfahrensrügen angegriffenen und deshalb nach § 561 ZPO für den Senat bindenden tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts scheitert die Rüge der Revision, das Berufungsgericht hätte zu der Feststellung gelangen müssen, die Klägerin habe bereits vor dem 31. August 1981 positive Kenntnis von ihrer Schwangerschaft gehabt.

c) Nach den aufgrund der Bescheinigung des Arztes Dr. Hohenwarter getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts kann der Klägerin aber auch kein gröblicher Verstoß gegen das von einem verständigen Menschen im eigenen Interesse billigerweise zu erwartende Verhalten vorgeworfen werden, wenn sie erst am



31. August 1981, bei einem anzunehmenden Schwangerschaftsbeginn am 22./23. Juni 1981 somit Ende der 11. Schwangerschaftswoche, den Arzt wegen der Feststellung einer Schwangerschaft aufgesucht hat. Die Annahme des Berufungsgerichts, daß bei ihr nicht früher ein zu entsprechenden Besuchen Anlaß gebender Verdacht des Bestehens einer Schwangerschaft habe aufkommen müssen, wenn sich sogar die ärztliche Feststellung einer Schwangerschaft habe verzögern können, ist rechtlich nicht zu beanstanden.

3. Nach Kenntnis von ihrer Schwangerschaft hat die Klägerin diese der Beklagten nicht nur unverzüglich, sondern sofort, nämlich am folgenden Tag mitgeteilt und sich damit den Sonderkündigungsschutz des § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG erhalten.

B. Das Berufungsgericht hat das arbeitsgerichtliche Urteil auch insoweit bestätigt, als es die Beklagte verurteilt hat, die Klägerin zu unveränderten Bedingungen weiterzubeschäftigen. Mit ihrer auf volle Klageabweisung gerichteten Revision hat die Beklagte das Urteil des Berufungsgerichts auch in diesem Punkt angegriffen. Insoweit ist die Revision unzulässig, weil sie hierzu keine eigenständige Begründung enthält. Eine solche war jedoch nach § 554 ZPO erforderlich, weil die Begründetheit des Weiterbeschäftigungsanspruchs, soweit ein solcher angenommen wird, anders als die Begründetheit des Lohnfortzahlungsanspruchs aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs nach § 615 BGB (vgl. dazu BAG



Urteil vom 16. Juni 1976 - 3 AZR 1/75 - AP Nr. 27 zu § 72 ArbGG
1953 Streitwertrevision), von weiteren Voraussetzungen als der
Begründetheit der Feststellungsklage abhängt.

Triebfürst

Dr. Weller

zugleich für den durch
Krankheit an der Unter-
schrift verhinderten
Richter Prof. Dr. Röhsler

G. Wellhausen

Dr. Bensinger

