

Aktenzeichen: 7 AZR 764/79

Bundesarbeitsgericht 7. Senat

I. Arbeitsgericht Bremen

II. Landesarbeitsgericht Bremen

Urteil vom 13. Januar 1982

Az. 7 AZR 764/79

Urteil vom 17. Januar 1979

Az. 5 Ca 5306/78

Urteil vom 13. Juni 1979

Az. 2 Sa 78/79

Für die Amtliche Sammlung:

Nein

Für die Fachpresse:

Ja

Entscheidungsstichwort:

Darlegungs- und Beweislast bei Versäumung der Zweiwochenfrist
des § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG

Gesetz:

MuSchG 1968 § 9 Abs. 1 Satz 1

Leitsätze:

Eine schwangere Arbeitnehmerin ist darlegungs- und beweispflichtig dafür, daß sie ohne Verschulden die zweiwöchige Mitteilungsfrist des § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG versäumt hat. Entsprechendes gilt für die unverzügliche Nachholung der Mitteilung.

Hinweise des Senats:

Frage der Unwirksamkeit einer Kündigung nach § 9 Abs. 1 MuSchG bei einer unverschuldeten Versäumung der Zweiwochenfrist des § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG; Darlegungs- und Beweislastverteilung.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

7 AZR 764/79

2 Sa 78/79 Bremen

Verkündet am
13. Januar 1982

Zeuner,

Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß § 128 Abs. 2 ZPO in der Sitzung vom 13. Januar 1982 durch den Richter Dr. Becker als Vorsitzenden, die Richter Dr. Steckhan und Triebfürst sowie die ehrenamtlichen Richter Bücken und Dr. Klee-
mann für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Bremen vom 13. Juni 1979 - 2 Sa 78/79 - aufgehoben.
2. Der Rechtsstreit wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

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

- 2 -



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



- 2 -

Tatbestand:

Die Klägerin war seit dem 1. November 1977 bei dem Beklagten in dessen Zahnarztlabor mit einem monatlichen Bruttogehalt von zuletzt 2.500,-- DM tätig. In der Regel waren dort weniger als sechs Arbeitnehmer beschäftigt. Ende Juli 1978 mußte sich die Klägerin einer Mandeloperation unterziehen. Als die Klägerin am 14. August 1978 die Arbeit wieder aufnahm, kündigte ihr der Beklagte fristgemäß zum 30. September 1978, nachdem er bereits am 29./30. Juli 1978 in einem Zeitungsinsert einen Zahntechniker zum 1. Oktober 1978 gesucht hatte. Mit der am 24. August 1978 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage hat sich die Klägerin gegen diese Kündigung gewandt mit der Begründung, daß diese rechtsunwirksam sei, da sie gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoße.

In einem dem Beklagten am 11. September 1978 zugegangenen Einschreiben vom 6. September 1978 teilte die Klägerin dem Beklagten mit, daß sie schwanger sei.

Im Termin vom 1. September 1978 hat die Klägerin gegen den nicht erschienenen Beklagten ein Versäumnisurteil erwirkt. Gegen dieses am 5. September 1978 zugestellte Urteil hat der Beklagte am 12. September 1978 Einspruch eingelegt.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, daß sie unter den besonderen Kündigungsschutz des Mutterschutzgesetzes falle. Die Zweiwochenfrist des § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG habe sie schuldlos nicht einhalten können, da ihr die Schwangerschaft nicht bekannt gewesen sei. Die letzte Menstruation sei zwischen dem 12. und 18. Juli 1978 während ihres Krankenhausaufenthaltes eingetreten, die nächste sei dann ausgeblieben. Ein Schwangerschaftstest sei frühestens am 28./29. August 1978 möglich gewesen. Zu diesem Zeitpunkt habe sie sich mit ihrem Ehemann in Spanien aufgehalten. Sie hätten den Urlaub abgebrochen, um Anfang September den Test durchführen zu lassen.

Die Klägerin hat beantragt,

das Versäumnisurteil vom 1. September 1978 aufrechtzuerhalten.

- 3 -



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



Der Beklagte hat beantragt, das Versäumnisurteil aufzuheben und die Klage abzuweisen. Er hat vorgetragen, die Kündigung sei durch Leistungsmangel der Klägerin begründet. Im übrigen hat er bestritten, daß die Klägerin ihre Schwangerschaft bei Zugang der Kündigung bzw. zwei Wochen danach nicht gekannt habe. Die Klägerin habe zumindest ihre Bedenken in dieser Richtung mitteilen müssen.

Das Arbeitsgericht hat unter Aufhebung des Versäumnisurteils vom 1. September 1978 die Klage abgewiesen. Gegen dieses Urteil hat die Klägerin Berufung eingelegt. In tatsächlicher Hinsicht hat sie ihren erstinstanzlichen Vortrag dahin ergänzt bzw. berichtigt, daß sie am 12. Juli 1978 angenommen habe, seit vier Tagen schwanger zu sein. Danach sei jedoch eine Blutung eingetreten, die diesen Glauben wieder zerstört habe. Einen Arzt habe sie insoweit nicht hinzugezogen. Dies sei erstmals Anfang September 1978 geschehen.

Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der Revision begehrt die Klägerin die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Versäumnisurteils vom 1. September 1978, während der Beklagte um die Zurückweisung der Revision bittet.

Beide Parteien haben sich gemäß § 128 Abs. 2 ZPO mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung einverstanden erklärt.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Klägerin ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Landesarbeitsgericht.

I. In der Revisionsinstanz geht es nur noch um die Frage, ob die Kündigung des Beklagten wegen Verstoßes gegen § 9 Abs. 1 MuSchG unwirksam ist. Diese Frage hat das Landesarbeitsgericht aus den folgenden Erwägungen verneint: Der Beklagte habe weder bei Ausspruch der Kündigung die Schwangerschaft der Klägerin gekannt noch sei ihm diese binnen zwei Wochen

- 4 -

nach der Kündigung mitgeteilt worden. Entgegen der Auffassung der Klägerin gelte die Fristenregelung des § 9 Abs. 1 MuSchG auch in Fällen, in denen die Fristversäumung von der Schwangeren nicht verschuldet sei. Einen derartigen Rechtsstandpunkt habe auch das Bundesarbeitsgericht vertreten (BAG AP Nr. 29 zu § 9 MuSchG). Der vorliegende Fall biete keinen Anlaß, die Frage zu entscheiden, ob auch bei Vorliegen von höherer Gewalt (§ 203 Abs. 2 BGB analog) an der starren Fristenregelung festzuhalten sei. Die Fristversäumung sei nicht auf höhere Gewalt zurückzuführen. Die Klägerin trage selbst vor, daß sie bereits am 12. Juli 1978 angenommen habe, seit vier Tagen schwanger zu sein, wobei dieser Glaube durch die dann einsetzende Menstruation wieder zerstört worden sei. Wenn man der Klägerin insoweit auch noch folgen könne, so sei ihr Verhalten nach Ausbleiben der nächsten Regel vier Tage nach Ausspruch der Kündigung nicht mehr verständlich, es sei denn, die Klägerin habe von der ihr obliegenden Mitteilungspflicht keine Kenntnis gehabt, was ihr allerdings als Verschulden anzurechnen wäre. Die Klägerin sei offensichtlich beim Ausbleiben der Regel im August 1978 vom Bestehen einer Schwangerschaft ausgegangen. Sie habe ihren Urlaub in Spanien abgebrochen, um einen Schwangerschaftstest, der dort (noch) nicht möglich gewesen sei, in Deutschland durchführen zu lassen. Bei dieser Sachlage wäre nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG AP Nr. 23 zu § 9 MuSchG; BAG AP Nr. 3 zu § 9 MuSchG 1968) die Mitteilung einer vermuteten Schwangerschaft fristwährend gewesen. Umstände, die es der Klägerin unmöglich gemacht hätten, diese Mitteilung dem Beklagten rechtzeitig zukommen zu lassen, seien nicht ersichtlich. Nach Angaben der Klägerin sei die Regel vier Tage nach Ausspruch der Kündigung, also am 18. August 1978, ausgeblieben. Der Klägerin seien zur Fristwahrung noch zehn Tage Zeit verblieben, um den Beklagten auch aus Spanien (telefonisch, telegrafisch oder durch Abbruch des Urlaubs) rechtzeitig zu informieren.

II. Das angefochtene Urteil ist bereits deshalb aufzuheben, weil die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts im Widerspruch

- 5 -



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



zu der zwischenzeitlich ergangenen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts stehen (vgl. BVerfG, Beschluß v. 13. November 1979 - 1 BvL 24/77 -, 1 BvL 19/78 -, 1 BvL 38/79 - BVerfGE 52, 357 = AP Nr. 7 zu § 9 MuSchG 1968; BVerfG, Beschluß vom 22. Oktober 1980 - 1 BvR 262/80 - DB 1980, 2525 = BB 1980, 1745). In dem Beschluß vom 13. November 1979 (aaO) hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, daß es mit Art. 6 Abs. 4 GG unvereinbar ist, den besonderen Kündigungsschutz des § 9 Abs. 1 MuSchG Arbeitnehmerinnen zu entziehen, die im Zeitpunkt der Kündigung schwanger sind, ihren Arbeitgeber hierüber unverschuldet nicht innerhalb der Zweiwochenfrist des § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG unterrichten, dies aber unverzüglich nachholen. Im Beschluß vom 22. Oktober 1980 (aaO) hat das Bundesverfassungsgericht diesen Standpunkt nochmals bestätigt.

Da dem Gesetzgeber keine andere Wahl bleibt, als die verfassungsrechtlich gebotene Einbeziehung dieser Arbeitnehmerinnen gesetzlich zu vollziehen, ist es den Gerichten für Arbeitssachen erlaubt, nach der Unvereinbarkeitserklärung durch das Bundesverfassungsgericht (Beschlüsse vom 13. November 1979 und 22. Oktober 1980, aaO) bis zu einer gesetzlichen Regelung im Wege einer verfassungsrechtlich gebotenen ergänzenden Rechtsanwendung den besonderen Kündigungsschutz des § 9 Abs. 1 MuSchG auch auf solche schwangere Arbeitnehmerinnen zu erstrecken, die im Zeitpunkt der Kündigung schwanger sind, ihren Arbeitgeber hierüber aber unverschuldet nicht innerhalb zwei Wochen nach Zugang der Kündigung unterrichten, dies aber unverzüglich nachholen (vgl. BVerfGE 34, 269 [280 ff.]).

Der gegenteilige Standpunkt des Landesarbeitsgerichts, wonach auch die schuldlose Versäumung der Zweiwochenfrist zum Verlust des besonderen Kündigungsschutzes des § 9 Abs. 1 MuSchG führt, verstößt gegen Art. 6 Abs. 4 GG. Soweit das Landesarbeitsgericht in entsprechender Anwendung des § 203 Abs. 2 BGB geprüft hat, ob die Klägerin durch höhere Gewalt an der Einhaltung der Zweiwochenfrist gehindert gewesen ist, hat es unter Zugrundelegung der seitherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG 11, 115 = AP Nr. 23 zu § 9 MuSchG; BAG 26, 161 = AP Nr. 3 zu § 9 MuSchG 1968) geprüft, ob die Klägerin



dazu in der Lage gewesen ist, den Beklagten innerhalb der Zweiwochenfrist des § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG über eine vermutete Schwangerschaft zu unterrichten. Auch diese Betrachtungsweise verstößt nach der Ansicht des Bundesverfassungsgerichts (Beschluß vom 13. November 1979, aaO [unter C I der Gründe]) gegen Art. 6 Abs. 4 GG. Das Bundesverfassungsgericht hat darauf hingewiesen, daß sich die vom Bundesarbeitsgericht entwickelte Möglichkeit zur Erhaltung des besonderen Kündigungsschutzes aus dem Gesetz selbst nicht ergebe; denn § 9 Abs. 1 MuSchG spreche nur von der Mitteilung der Schwangerschaft. Daraus folge, daß eine Arbeitnehmerin die von der Rechtsprechung entwickelte Chance zur Erhaltung des besonderen Kündigungsschutzes bei Studium des nach § 18 MuSchG im Betrieb auszulegenden Gesetzestextes gar nicht erkennen könne. Unter diesen Umständen dürfe man aber einer Arbeitnehmerin die unterlassene Mitteilung der Möglichkeit einer Schwangerschaft nicht zur Rechtfertigung der starren Fristenregelung des § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG entgegenhalten.

Mit diesen Ausführungen hat das Bundesverfassungsgericht (aaO) eindeutig zum Ausdruck gebracht, daß die unterlassene fristgemäße Mitteilung einer Schwangerschaftsvermutung oder -wahrscheinlichkeit der Arbeitnehmerin nicht als Verschulden zugerechnet werden darf (so zutreffend Wenzel, BB 1981, 674 [676]).

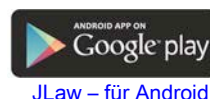
III. Dem Senat ist es mangels ausreichender Tatsachenfeststellungen nicht möglich, im Streitfall abschließend zu entscheiden, ob die Klägerin unverschuldet die Zweiwochenfrist des § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG versäumt und die Mitteilung unverzüglich nachgeholt hat.

1. Es fehlt insbesondere an Feststellungen, ob es der Klägerin möglich und zumutbar gewesen ist, noch innerhalb der Zweiwochenfrist eine Schwangerschaftsfeststellung durchführen zu lassen. Bei der Beurteilung dieser Frage kann es auch von Bedeutung sein, zu welchem Zeitpunkt die Klägerin ihren Erholungsurlaub in Spanien angetreten hat. Auch insoweit enthält das angefochtene Urteil keine tatsächlichen Feststellungen. Sollte die Klägerin bereits innerhalb der Zweiwochenfrist des § 9



Abs. 1 Satz 1 MuSchG ihren Spanienurlaub angetreten haben, kann es für die Frage des Verschuldens weiterhin darauf ankommen, ob der Vortrag der Klägerin zutreffend ist, wonach ein Schwangerschaftstest in Spanien (noch) nicht möglich gewesen sei. Das angefochtene Urteil enthält auch keine tatsächliche Feststellung, zu welchem Zeitpunkt die Klägerin erstmals positive Kenntnis von dem Bestehen einer Schwangerschaft erhalten hat. Der Tatbestand des angefochtenen Urteils enthält insoweit nur die Angabe, daß die Klägerin mit - einem dem Beklagten am 11. September 1978 zugegangenen - Schreiben vom 6. September 1978 diesem mitgeteilt habe, daß sie schwanger sei. Die Klägerin hat demgegenüber im ersten Rechtszuge (vgl. B1. 31 VA) vorgetragen, die ärztliche Untersuchung, bei der festgestellt worden sei, daß sie sich in der zwölften Schwangerschaftswoche befinde, habe erst am 7. September 1978 stattgefunden.

2. In rechtlicher Hinsicht wird das Landesarbeitsgericht bei der erneuten Würdigung im übrigen folgendes zu beachten haben: Darlegungs- und beweispflichtig für das Vorliegen einer unverschuldeten Versäumung der Zweiwochenfrist des § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG ist die Arbeitnehmerin (vgl. KR-Becker § 9 MuSchG Rz 58; Eich, DB 1981, 1233 [1237]; Bulla/Buchner, MuSchG, 5. Aufl., § 9 Anm. 110; a.A. ArbG Kassel, Urt. v. 22. Februar 1980 - 4 Ca 79/80 - BB 1980, 417 = DB 1980, 790). Dies folgt bereits aus dem Prinzip der Sachnähe. Dem Arbeitgeber ist es in der Regel mangels Kenntnis der näheren Umstände, die auf eine schuldhafte Versäumung der Zweiwochenfrist des § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG hindeuten, nicht möglich, greifbare Tatsachen in einer von dem Gericht nachprüfbaren Art und Weise vorzutragen. Er wird in der Regel allenfalls Vermutungen äußern können, zu welchem genauen Zeitpunkt und auf welche Art und Weise die Arbeitnehmerin Kenntnis von einer bereits bei Zugang der Kündigung bestandenen Schwangerschaft erhalten hat. Wegen der ärztlichen Schweigepflicht (§ 203 StGB) ist ihm auch eine Aufklärung des Sachverhaltes durch Befragen der behandelnden Ärzte nur möglich, wenn die Arbeitnehmerin diese von der ärztlichen Schweigepflicht entbindet.



Die schwangere Arbeitnehmerin kann dagegen die in ihrer privaten Einflußsphäre liegenden Umstände (z.B. Fehldiagnose des behandelnden Arztes) in der Regel ohne Schwierigkeiten sowohl in zeitlicher Hinsicht als auch hinsichtlich der Art und Weise der Kenntniserlangung substantiiert darlegen und gegebenenfalls beweisen. Das Prinzip der Sachnähe erfordert es daher, der Arbeitnehmerin die Darlegungs- und Beweislast für eine unverschuldete Versäumung der zweiwöchigen Mitteilungsfrist des § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG aufzuerlegen. Entgegen der Ansicht des Arbeitsgerichts Kassel (aaO) ist es nicht gerechtfertigt, die Darlegungs- und Beweislastverteilung nach den Grundsätzen vorzunehmen, die bei einer Kündigung wegen unentschuldigtem Fehlen des Arbeitnehmers gelten (BAG, Urt. v. 12. August 1976 - 2 AZR 237/75 - AP Nr. 3 zu § 1 KSchG 1969). Die dem Arbeitgeber im Falle einer Kündigung wegen unentschuldigtem Fehlen obliegende Darlegungs- und Beweislast erstreckt sich auch auf Umstände, die Rechtfertigungsgründe für das Verhalten des Arbeitnehmers ausschließen. Dies ergibt sich aus der gesetzlichen Beweislastregel des § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG. Bei der hier zu beurteilenden Frage geht es jedoch nicht um die Darlegung und den Beweis von Kündigungstatsachen, sondern vielmehr um Umstände, die ausnahmsweise dazu führen können, daß eine schwangere Arbeitnehmerin trotz objektiver Versäumung der zweiwöchigen Mitteilungsfrist des § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG in den Genuß des mutterschutzrechtlichen Kündigungsschutzes kommt. Für das Vorliegen der tatbestandsmäßigen Voraussetzungen des mutterschutzrechtlichen Kündigungsschutzes (z.B. Kenntnis des Arbeitgebers von einer bestehenden Schwangerschaft, Einhaltung der zweiwöchigen Mitteilungsfrist) ist die Arbeitnehmerin darlegungs- und beweispflichtig (vgl. Bulla/Buchner, aaO, Gröninger/Thomas, MuSchG, § 9 Anm. 5 c; KR-Becker § 9 MuSchG Rz 45, 58). Ob eine Arbeitnehmerin die zweiwöchige Mitteilungsfrist des § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG unverschuldet versäumt hat, gehört nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (Beschlüsse v. 13. November 1979 und 22. Oktober 1980, aaO) nunmehr ebenfalls zu den (verfassungsrechtlich gebotenen) tatbestandsmäßigen Voraussetzungen des mutterschutzrechtlichen Kündigungsschutzes, für dessen Vorliegen die schwangere Arbeitnehmerin darlegungs-



und beweispflichtig ist.

Die aufgezeigte Darlegungs- und Beweislastverteilung gilt entsprechend für die Frage der unverzüglichen Nachholung der Mitteilung nach Kenntnis einer bestehenden Schwangerschaft (vgl. KR-Becker, aaO; Bulla/Buchner, aaO und Eich, aaO). Auch hier hat die Arbeitnehmerin im einzelnen die Umstände darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, aus denen zu folgern ist, daß sie ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 BGB) dem Arbeitgeber von dem Bestehen einer Schwangerschaft Mitteilung gemacht hat.

Dr. Becker

Bücker

Triebfürst

Dr. Kleemann

Dr. Steckhan

