

Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Grundsatz
3. Ausnahme
4. Elternzeit und Sozialauswahl
5. Zulässigkeitsvoraussetzungen
 - 5.1 Abschnitt 2.1 BEEGKSchVwV
 - 5.2 Abschnitt 2.2 BEEGKSchVwV
6. Prozessuales
7. Rechtsprechungs-ABC
 - 7.1 Aufhebung des Zustimmungsbescheids
 - 7.2 Betriebsstilllegung
 - 7.3 Darlegungs- und Beweislast
 - 7.4 Entlassungsentschädigung
 - 7.5 Geltendmachung
 - 7.6 Härtefall
 - 7.7 Massenentlassung
 - 7.8 Sozialauswahl
 - 7.9 Sozialplanabfindung
 - 7.10 Vorwirkender Kündigungsschutz
 - 7.11 Zulässigkeitserklärung - 1
 - 7.12 Zulässigkeitserklärung - 2
 - 7.13 Zulässigkeitserklärung - 3

Information

1. Allgemeines

Der Arbeitgeber kann einen Elternzeit nehmenden Mitarbeiter **nicht so ohne Weiteres kündigen**. Die Auszeit fürs Kind wird von einem großzügigen **Sonderkündigungsschutz** begleitet. Das **Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG)** sagt in § 18 Abs. 1 Satz 1 : "Der Arbeitgeber darf das Arbeitsverhältnis ab dem Zeitpunkt, von dem an Elternzeit verlangt worden ist, nicht kündigen." § 18 Abs. 1 Satz 2 BEEG regelt den Beginn des besonderen Kündigungsschutzes. Ausnahmsweise ist eine Kündigung mit Zustimmung der zuständigen Arbeitsschutzbehörde zulässig (§ 18 Abs. 1 Satz 4 und 5 BEEG).

Praxistipp:

Die Bearbeitung und Bescheidung eines Arbeitgeberantrags auf Zustimmung zur Kündigung während der Elternzeit ist Verwaltungshandeln und Verwaltungsakt. Das ist nicht gratis zu haben - es fallen Verwaltungsgebühren an. Die sollte man rechtzeitig bei der zuständigen Behörde erfragen und sich gut überlegen, ob die Kündigung wirklich sein muss.

Wie schwerbehinderte sind auch Elternzeit nehmende Mitarbeiter **nicht "unkündbar"**. Wenn gewichtige Gründe vorliegen, ist es dem Arbeitgeber schon möglich, sich auch von einem Elternzeitler zu trennen. Nur: Der Arbeitgeber entscheidet das nicht allein. Er braucht dafür die **Zulässigkeitserklärung der zuständigen**

Arbeitsschutzbehörde. Erst wenn diese Erklärung vorliegt, darf einem Elternzeit nehmenden Mitarbeiter betriebsbedingt gekündigt werden - wobei das Recht zur Kündigung auf **besondere Fälle** beschränkt ist und beschränkt bleiben muss (s. dazu auch das Stichwort Kündigung - betriebsbedingt: Kündigungsverbot).

2. Grundsatz

Wer sich als Arbeitnehmer entscheidet, eine gewisse **Zeit für sein Kind** da zu sein, erhält vom Gesetzgeber Rückendeckung. Er bekommt nicht nur Elterngeld, er bekommt auch **Schutz vor Kündigungen**. Sein Arbeitgeber darf das Arbeitsverhältnis ab dem Zeitpunkt, von dem an Elternzeit verlangt worden ist, nicht kündigen (§ 18 Abs. 1 Satz 1 BEEG). Dieser Kündigungsschutz beginnt

- **frühestens acht Wochen** vor Beginn einer Elternzeit bis zum vollendeten dritten Lebensjahr des Kindes (§ 18 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BEEG) und
- **frühestens 14 Wochen** vor Beginn einer Elternzeit zwischen dem dritten Geburtstag und dem vollendeten achten Lebensjahr des Kindes (§ 18 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BEEG).

Ganz deutlich sagt § 18 Abs. 1 Satz 3 BEEG : "**Während der Elternzeit** darf der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis nicht kündigen" (s. dazu auch das Stichwort Elternzeit).

3. Ausnahme

Liegt ein **besonderer Fall** vor, kann die **Kündigung** eines Arbeitnehmers in Elternzeit **ausnahmsweise für zulässig** erklärt werden (§ 18 Abs. 1 Satz 4 BEEG). Die Zulässigkeitsklärung erfolgt durch die für den Arbeitsschutz zuständige **oberste Landesbehörde oder die von ihr bestimmte Stelle** (§ 18 Abs. 1 Satz 5 BEEG). Zuständig sind grundsätzlich

- **Amt für Arbeitsschutz** (Berlin, Brandenburg, Rheinland-Pfalz, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen, Saarland und Thüringen),
- Behörde für Umwelt- und Gesundheitsschutz (Hamburg),
- **Gewerbeaufsichtsamt** (Bayern, Baden-Württemberg, Bremen, Niedersachsen, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein),
- Regierungspräsident (Hessen).

Die Bundesregierung kann mit Zustimmung des Bundesrats **allgemeine Verwaltungsvorschriften** zur Durchführung des § 18 Abs. 1 Satz 5 BEEG erlassen (§ 18 Abs. 1 Satz 6 BEEG).

4. Elternzeit und Sozialauswahl

Neben dem besonderen Kündigungsschutz für Mitarbeiter in Elternzeit greift natürlich das **Kündigungsschutzgesetz** (KSchG). Das heißt in Betrieben, auf die das Kündigungsschutzgesetz anzuwenden ist (§ 23 Abs. 1 KSchG sowie die Stichwörter Kündigungsschutz - Betriebsgröße , Kündigung - betriebsbedingt: Kündigungsschutz , Kündigungsschutz - Wartezeit und Kündigungsschutz - Allgemeines), müssen **dringende betriebliche Erfordernisse** vorliegen, die einer **Weiterbeschäftigung** des Arbeitnehmers in diesem Betrieb **entgegenstehen** (§ 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG sowie die Stichwörter Kündigung - betriebsbedingt: Dringlichkeit und Kündigung - betriebsbedingt: Ursachen).

Bei einer betriebsbedingten Kündigung reicht es nicht allein, dass "nur" dringende betriebliche Erfordernisse da sind, die eine Kündigung sozial rechtfertigen sollen. Eine betriebsbedingte Kündigung ist auch dann sozial nicht gerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber bei der **Auswahl des Arbeitnehmers** die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter, die Unterhaltungspflichten und die Schwerbehinderung des Arbeitnehmers nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat (§ 1 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 1 KSchG und das Stichwort Kündigung - betriebsbedingt: Sozialauswahl). **Elternzeit ist kein Sozialkriterium**. Aber: Mitarbeiter in Elternzeit haben einen **besonderen Kündigungsschutz**.

Soll einem "normalen" Arbeitnehmer betriebsbedingt gekündigt werden, wird dieser Mitarbeiter möglicherweise versuchen, sich auf eine **fehlerhafte Sozialauswahl** zu berufen, wenn es **Kollegen in Elternzeit mit geringeren Sozialkriterien** gibt.

Beispiel:

Arbeitgeber A muss einen Mitarbeiter wegen dringender betrieblicher Erfordernisse entlassen. Seine Wahl fällt auf Arbeitnehmerin N. N ist 30 Jahre alt, seit 10 Jahren bei A beschäftigt, verheiratet und hat zwei Kinder. Mitarbeiterin M nimmt gerade Elternzeit, ist 22 Jahre alt, seit 5 Jahren bei A tätig, verheiratet und Mutter eines Kindes. N beruft sich darauf, dass M die geringeren Sozialdaten hat und A sich zuerst von ihr trennen müsse.

Nach herrschender Auffassung fallen die Arbeitnehmer mit besonderem Kündigungsschutz in diesen Fällen völlig **aus der Sozialauswahl** heraus. Ebenso wenig kann vom Arbeitgeber verlangt werden, die Zulässigkeitserklärung zur Kündigung des sozial eigentlich weniger geschützten Mitarbeiters in Elternzeit einzuholen. Etwas anderes gilt nur, wenn die **Zustimmung der Arbeitsbehörde bereits da** ist oder bis zur Kündigungserklärung vorliegt. Dann ist dem besonderen Kündigungsschutz Genüge getan und der ursprünglich besonders geschützte Arbeitnehmer wird infolge der Zulässigkeitserklärung mit seinen Kollegen **vergleichbar**. Dann ist er in die Sozialauswahl einzubeziehen und im Rahmen der Sozialauswahl nur noch über die vier **Sozialkriterien** geschützt, die § 1 Abs. 3 KSchG vorsieht (s. dazu Kündigung - betriebsbedingt: Sozialauswahl).

5. Zulässigkeitsvoraussetzungen

Die **Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Kündigungsschutz bei Elternzeit** vom 03.01.2007 - sagt, dass die für den Arbeitsschutz zuständige oberste Landesbehörde oder die von ihr bestimmte Stelle (Behörde) zu prüfen hat, ob ein **besonderer Fall** gegeben ist, der die **Kündigung** eines Arbeitnehmers in Elternzeit **ausnahmsweise** rechtfertigt. Die BEEG-Bestimmungen wurde in der aktuellen Fassung der BEEGKSchVwV noch nicht redaktionell geändert.

5.1 Abschnitt 2.1 BEEGKSchVwV

Nach Abschnitt 2.1 der Abschnitt 2.1 der BEEGKSchVwV hat die Behörde davon auszugehen, dass ein **besonderer Fall** im Sinn des § 18 Abs. 1 Satz 2 BEEG (= § 18 Abs. 1 Satz 4 n.F.) insbesondere dann gegeben ist, wenn

- der **Betrieb**, in dem der Mitarbeiter beschäftigt ist, **stillgelegt** wird und er nicht in einem anderen Betrieb des Unternehmens weiterbeschäftigt werden kann (Abschnitt 2.1.1 BEEGKSchVwV),
- die **Betriebsabteilung**, in der der Mitarbeiter beschäftigt ist, **stillgelegt** wird und der Mitarbeiter nicht einer anderen Betriebsabteilung des Betriebs oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens weiterbeschäftigt werden kann (Abschnitt 2.1.2 BEEGKSchVwV),
- der **Betrieb oder die Betriebsabteilung**, in denen der Mitarbeiter beschäftigt ist, **verlagert** wird und der Mitarbeiter an dem neuen Sitz des Betriebs oder der Betriebsabteilung und auch in einer anderen Betriebsabteilung oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens nicht weiterbeschäftigt werden kann (Abschnitt 2.1.3 BEEGKSchVwV),
- der Mitarbeiter in den Fällen der Nummern 2.1.1 bis 2.1.3 eine ihm vom Arbeitgeber angebotene, **zumutbare Weiterbeschäftigung** auf einem anderen Arbeitsplatz **ablehnt** (Abschnitt 2.1.4 BEEGKSchVwV),
- durch die Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses nach Beendigung der Elternzeit die **Existenz des Betriebs** oder die wirtschaftliche Existenz des Arbeitgebers **gefährdet** wird (Abschnitt 2.1.5 BEEGKSchVwV).

Die Abschnitte 2.1.1. bis 2.1.5 BEEGKSchVwV zeigen deutlich, dass **dringende betriebliche Erfordernisse** im Sinn des § 1 Abs. 2 KSchG allein für die Kündigung von Mitarbeitern in Elternzeit nicht ausreichen. Es muss **zusätzlich ein besondere Fall** im Sinn des § 18 Abs. 1 Satz 2 BEEG (= § 18 Abs. 1 Satz 4 BEEG) vorliegen. Die besonderen Fälle sind in den Abschnitte 2.1.1. bis 2.1.5 BEEGKSchVwV - das ergibt sich aus der Verwendung des Wortes "insbesondere" - **nicht abschließend** geregelt. Sie zeigen aber deutlich, welches Gewicht ein besonderer Fall haben muss. Die Kündigung eines Mitarbeiters in Elternzeit ist nicht unmöglich, sondern nur an strenge Voraussetzungen geknüpft.

5.2 Abschnitt 2.2 BEEGKSchVwV

Nach Abschnitt 2.2 BEEGKSchVwV kann ein **besonderer Fall** im Sinn des § 18 Abs. 1 Satz 2 BEEG (= § 18 Abs. 1 Satz 4 BEEG n. F.) auch dann gegeben sein, wenn die **wirtschaftliche Existenz des Arbeitgebers** durch die Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses nach Beendigung der Elternzeit **unbillig erschwert** wird, so dass er in die **Nähe der Existenzgefährdung** kommt. So eine unbillige Erschwerung kann auch dann angenommen werden, wenn der Arbeitgeber in die Nähe der Existenzgefährdung kommt, weil

- der Mitarbeiter in einem Betrieb mit in der Regel fünf oder weniger Mitarbeitern - Arbeitnehmer mit nicht mehr als 20 Stunden regelmäßiger Wochenarbeitszeit zählen 0,5, Arbeitnehmer mit nicht mehr als 30 Stunden regelmäßiger Wochenarbeitszeit 0,75 - ausschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten beschäftigt ist und der Arbeitgeber zur Fortführung des Betriebs dringend auf eine entsprechende **qualifizierte Ersatzkraft** angewiesen ist, die er nur einstellen kann, wenn er mit ihr einen unbefristeten Arbeitsvertrag schließt (Abschnitt 2.2.1 BEEGKSchVwV), oder
- der Arbeitgeber wegen der Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses nach Beendigung der Elternzeit keine entsprechend **qualifizierte Ersatzkraft** für einen nur befristeten Arbeitsvertrag findet und deshalb mehrere Arbeitsplätze wegfallen müssen (Abschnitt 2.2.2 BEEGKSchVwV).

Auch bei der Abschnitt 2.2 BEEGKSchVwV reicht es nicht, dass der Arbeitgeber "nur" dringende betriebliche Erfordernisse für seine Kündigung hat, die der Weiterbeschäftigung des Mitarbeiters in seinem Betrieb entgegenstehen (§ 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG). Hier muss - was bei § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG nicht der Fall ist - die **Existenz des Arbeitgebers in Gefahr** sein.

Beispiel:

Arbeitgeber A führt einen Kleinstbetrieb mit zwei Mitarbeitern. Einer von ihnen ist die 42-Jährige M1. Sie ist schon seit zwanzig Jahren bei A und bis dahin kinderlos geblieben. Nun wird M1 doch noch schwanger, bringt ein gesundes Kind zu Welt und nimmt anschließend Elternzeit. A kommt finanziell gerade mal so über die Runden, muss für M1 aber noch eine andere Mitarbeiterin M3 einstellen. M3 bringt frischen Schwung in A's Betrieb und ist fachlich eindeutig besser als M1. A möchte M3 gerne behalten. Er könnte M1 nach der Elternzeit kündigen, müsste dabei aber nach § 622 Abs. 2 Nr. 6 BGB eine Kündigungsfrist von sechs Monaten zum Monatsende einhalten. In dieser Zeit müsste A M1 natürlich auch bezahlen - obwohl er für sie keine Arbeit hat und der Betrieb das zusätzliche Gehalt für M1 nicht mal mehr abwirft und A's eigene Existenz damit in Gefahr gerät. Je nach den Umständen des Einzelfalls wäre dies ein Sachverhalt, der eine Zulässigkeitserklärung nach § 18 Abs. 1 Satz 4 BEEG möglich machen könnte.

Je größer ein Betrieb ist, desto schwieriger wird eine Zulässigkeitserklärung nach Abschnitt 2.2 BEEGKSchVwV durchzusetzen sein. Man muss dabei immer berücksichtigen, dass der **Sonderkündigungsschutz** von Mitarbeitern in Elternzeit eigentlich **Vorrang** hat und ihnen die Möglichkeit verschaffen soll, sich ohne Angst um ihren Arbeitsplatz um die Kindererziehung zu kümmern. Wenn dieser Schutz den Wert behalten soll, den ihm die Politik gegeben hat, muss die **Kündigung** von Mitarbeitern in Elternzeit die **Ausnahme** bleiben.

6. Prozessuales

Arbeitnehmer in Elternzeit haben

- den **besonderen Kündigungsschutz** nach § 18 Abs. 1 BEEG und zudem
- den **allgemeinen Kündigungsschutz** nach dem Kündigungsschutzgesetz, wenn sie länger als sechs Monate im Betrieb sind und der Betrieb des Arbeitgebers in den Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes, § 23 Abs. 1 KSchG , fällt.

Will ein Arbeitgeber einem Mitarbeiter in Elternzeit wegen dringender betrieblicher Erfordernisse kündigen, braucht er dafür die **Zulässigkeitserklärung** der für den Arbeitsschutz zuständigen obersten Landesbehörde (oder der von ihr bestimmten Stelle), § 18 Abs. 1 Satz 4 und 5 BEEG . Solange die Zulässigkeitserklärung nicht vorliegt, ist eine Kündigung nach § 18 Abs. 1 BEEG ausgeschlossen.

Beispiel:

Arbeitgeber A möchte eine Betriebsabteilung schließen. Von dieser Schließung sind 15 Arbeitnehmer betroffen. Für alle 15 Mitarbeiter entfällt das Beschäftigungsbedürfnis. Auch für die beiden Elternzeit nehmenden Mitarbeiterinnen M1 und M2. A kündigt allen Mitarbeitern am 31.03. M1 und M2 möchten sich gegen die Kündigung wehren.

§ 4 Satz 1 KSchG sagt, dass ein Arbeitnehmer innerhalb von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung Klage beim Arbeitsgericht erheben muss.

Beispiel:

M1, M2 und ihre 13 Kollegen haben am 31.03 die Kündigung bekommen. Das heißt, die 3-wöchige Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG läuft am 21.04. ab. Für M3 bis M15 in jedem Fall, für M1 und M2 ist das fraglich.

Eine **Kündigung**, die gegen § 18 Abs. 1 BEEG verstößt, ist nach § 134 BGB **nichtig**. Wird die Unwirksamkeit einer Kündigung nicht **rechtzeitig geltend gemacht**, gilt sie nach § 7 KSchG als von Anfang an wirksam. Und die §§ 4 und 7 KSchG gelten nach § 23 Abs. 1 KSchG auch in Betrieben, in denen das Kündigungsschutzgesetz sonst keine Anwendung findet. Das könnte bedeuten, dass auch die **Unwirksamkeit einer Kündigung**, für die keine Zulässigkeitserklärung nach § 18 Abs. 1 BEEG vorliegt, nach § 4 Satz 1 KSchG **innerhalb von drei Wochen geltend zu machen** ist.

Beispiel:

M1 und M2 aus den vorausgehenden Beispielen verpassen es, innerhalb von 3 Wochen gegen ihre Kündigung zu klagen. Nach altem Recht war ihre Kündigung so nichtig, dass sie sich darauf nicht extra berufen mussten. Nach neuem Recht ist die Rechtsunwirksamkeit einer Kündigung wegen § 7 1. Halbs. "rechtzeitig" geltend zu machen. Das heißt, M1 und M2 können sich nicht einfach darauf verlassen, dass ihre Kündigungen nichtig sind. Sie müssen aktiv werden.

§ 4 Satz 4 KSchG sieht für Fälle, in denen für die Kündigung die **Zustimmung einer Behörde** erforderlich ist, vor, dass die **3-wöchige Klagefrist** des § 4 Satz 1 KSchG erst von der **Bekanntgabe der Entscheidung** der Behörde an den Arbeitnehmer läuft.

Beispiel:

Arbeitgeber A aus den vorausgehenden Beispielfällen hat die Kündigungen von M1 und M2 ohne Zulässigkeitserklärung der Arbeitsschutzbehörde ausgesprochen. Er hat nicht einmal eine Zulässigkeitserklärung beantragt. Deswegen kann M1 und M2 keine Behördenentscheidung bekanntgegeben werden. Und das ist der Grund dafür, dass beide auch nach Ablauf der 3-Wochen-Frist des § 4 Satz 1 KSchG noch gegen die Kündigung vorgehen können.

Wie lange Arbeitnehmer in Elternzeit im Fall des § 4 Satz 4 KSchG noch ihre **Kündigungsschutzklage** erheben können, sagt das Gesetz nicht. Nach der BAG-Rechtsprechung ist das **bis zur Grenze der Verwirkung** möglich (BAG, 03.07.2003 - 2 AZR 487/02 ; BAG 25.03.2004 - 2 AZR 295/03). Anders sieht es aus, wenn die behördliche Zulässigkeitserklärung vorliegt und dem Arbeitnehmer bekanntgegeben wurde: In diesem Fall muss er dann schon die 3-wöchige Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG einhalten.

7. Rechtsprechungs-ABC

An dieser Stelle werden einige der interessantesten **Entscheidungen** zum Thema betriebsbedingte Kündigung und Elternzeit **in alphabetischer Reihenfolge** nach Stichwörtern geordnet vorgestellt:

7.1 Aufhebung des Zustimmungsbescheids

Die Kündigung eines Elternzeit Nehmenden setzt die Zulässigkeitserklärung der für den Arbeitsschutz zuständigen obersten Landesbehörde oder der von ihr bestimmten Stelle voraus. Die behördliche Zustimmungserklärung ist ein **Verwaltungsakt**, ein Bescheid. Und für den gilt: "1. Wird der Bescheid, mit dem die zuständige Behörde eine Kündigung während der Elternzeit für zulässig erklärt hat, **im Widerspruchsverfahren aufgehoben**, ist die Kündigung nach § 18 Abs. 1 Satz 3 BEEG unwirksam. Das gilt auch dann, wenn der die Zulässigkeitserklärung aufhebende Widerspruchsbescheid noch nicht bestandskräftig ist. 2. Eine Aussetzung des Rechtsstreits nach § 148 Abs. 1 ZPO bis zur rechtskräftigen **Entscheidung** über den die Zulässigkeitserklärung aufhebenden Widerspruchsbescheid kommt aufgrund des arbeitsrechtlichen Beschleunigungsgrundsatzes regelmäßig nicht in Betracht" (LAG Mecklenburg-Vorpommern, 11.05.2021 – 5 Sa 263/20 – Leitsätze).

7.2 Betriebsstilllegung

Die dauerhafte Stilllegung eines Betriebs ist ein **besonderer Fall** im Sinn des § 18 Abs. 1 Satz 2 BErzGG (heute: § 18 Abs. 1 Satz 2 BEEG). Sie lässt regelmäßig nur die Ermessensentscheidung zu, die beabsichtigte Kündigung des Elternzeit nehmenden Mitarbeiters für zulässig zu erklären. Auch wenn § 6 der Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zum Kündigungsschutz bei Erziehungsurlaub vom 02.01.1986 (heute: Abschnitt 6 BEEGKSchVwV) vorsieht, dass die Kündigung erst **zum Ende des Erziehungsurlaubs** ausgesprochen werden darf, so gibt es bei einer Betriebsstilllegung doch die Möglichkeit, die Kündigung **innerhalb der vertraglich vorgesehenen Fristen** auszusprechen (BAG, 20.01.2005 - 2 AZR 500/03).

7.3 Darlegungs- und Beweislast

Der besondere Kündigungsschutz während der Elternzeit greift nach § 18 Abs. 1 BErzGG (heute: § 18 Abs. 1 BEEG) erst ab dem **Zeitpunkt**, von dem an Elternzeit verlangt worden ist, höchstens jedoch acht Wochen vor Beginn der Elternzeit. Im **Kündigungsschutzprozess** ist es Aufgabe des Elternzeit nehmenden Mitarbeiters, darzulegen und unter Beweis zu stellen, ob und gegebenenfalls wann er Erziehungsurlaub beantragt hat und ob demgemäß **bei Ausspruch der Kündigung** die Voraussetzungen des § 18 Abs. 1 BErzGG (heute: § 18 Abs. 1 BEEG) vorlagen (BAG, 25.03.2004 - 2 AZR 295/03 - mit dem Hinweis, dass das Recht, sich auf die fehlende behördliche Zulässigkeitserklärung berufen zu können, auch verwirken kann).

7.4 Entlassungsentschädigung

"1. Paragraph 2 Nr. 6 der am 14. Dezember 1995 geschlossenen Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub, die im Anhang der Richtlinie 96/34/EG des Rates vom 3. Juni 1996 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Vereinbarung über Elternurlaub in der durch die Richtlinie 97/75/EG des Rates vom 15. Dezember 1997 geänderten Fassung enthalten ist, ist dahin auszulegen, dass er dem entgegensteht, dass die Entlassungsentschädigung und die **Zuwendung für einen Wiedereingliederungsurlaub**, die einem unbefristet und **in Vollzeit angestellten Arbeitnehmer** zu zahlen sind, wenn dieser Arbeitnehmer zu dem Zeitpunkt, in dem er einen Elternurlaub auf Teilzeitbasis in Anspruch nimmt, entlassen wird, zumindest teilweise **auf der Grundlage des verringerten Entgelts** festgesetzt werden, das er zum Zeitpunkt der Entlassung bezieht."

"2. Art. 157 AEUV ist dahin auszulegen, dass er einer Regelung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen entgegensteht, wonach ein unbefristet und in Vollzeit angestellter Arbeitnehmer, wenn dieser Arbeitnehmer zu dem Zeitpunkt entlassen wird, in dem er einen **Elternurlaub auf Teilzeitbasis** in Anspruch nimmt, eine Entlassungsentschädigung und eine Zuwendung für einen Wiedereingliederungsurlaub erhält, die zumindest teilweise auf der Grundlage des verringerten Entgelts, das er bei der Entlassung bezieht, festgesetzt werden, wenn sich eine deutlich **höhere Zahl von Frauen als von Männern** dazu entschließt, einen Elternurlaub auf Teilzeitbasis in Anspruch zu nehmen, und wenn die sich hieraus ergebende **Ungleichbehandlung** nicht durch objektiv gerechtfertigte Faktoren, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben, erklären lässt" (EuGH, 08.05.2019 - C-486/18 - Leitsätze - Frankreich).

7.5 Geltendmachung

Die Zulässigkeitserklärung der für den Arbeitsschutz zuständigen obersten Landesbehörde ist ein **Verwaltungsakt**. Damit dieser Verwaltungsakt wirksam wird, muss er dem Betroffenen **bekannt gegeben**

werden. "Kündigt der Insolvenzverwalter einem in Erziehungsurlaub (heute: Elternzeit) befindlichen Arbeitnehmer, so kann dieser das Fehlen der nach § 18 Abs. 1 Satz 2 BErzGG (heute: § 18 Abs. 1 Satz 2 BEEG) erforderlichen Zulässigkeitsklärung **bis zur Grenze der Verwirkung** jederzeit geltend machen, wenn ihm die entsprechende Entscheidung der zuständigen Behörde nicht bekannt gegeben worden ist" (BAG, 03.07.2003 - 2 AZR 487/02 - Leitsatz - mit Hinweis auf § 4 Satz 4 KSchG : "Soweit die Kündigung der Zustimmung einer Behörde bedarf, läuft die Frist zur Anrufung des Arbeitsgerichts erst von der Bekanntgabe der Entscheidung der Behörde an den Arbeitnehmer ab").

7.6 Härtefall

Liegen dringende betriebliche Gründe für eine Kündigung vor und ist die soziale Auswahl ebenfalls nicht zu beanstande, kann eine **besondere Interessenabwägung** nur in seltenen Ausnahmefällen außergewöhnlicher sozialer Härte zu Gunsten des Arbeitnehmers ausfallen. "Ein solcher Ausnahmefall wird nicht schon durch die sozialrechtlichen Nachteile begründet, die entstehen (können), wenn eine - mit Zustimmung der zuständigen Stelle gem. § 18 Abs. 1 Satz 3 BErzGG (heute: § 18 Abs. 1 Satz 4 und Satz 5 BEEG) ausgesprochene - betriebsbedingte **Kündigung wegen Betriebsstilllegung** zur vorzeitigen Beendigung des Erziehungsurlaubs bzw. der Elternzeit führt" (LAG Köln, 14.05.2003 - 7 Sa 1307/02 - Leitsatz Nr. 3 - mit dem Hinweis, dass bei der Intention des Gesetzgebers, die **Ausnahmemöglichkeit** des § 18 Abs. 1 Satz 2 BErzGG zu schaffen, gerade auch die Fälle eines während der Elternzeit eintretenden ersatzlosen und endgültigen Wegfalls des Arbeitsplatzes im Vordergrund standen).

7.7 Massentlassung

Arbeitnehmer in Elternzeit haben nach § 18 BEEG einen besonderen Kündigungsschutz . Ihre Kündigung kann nur ausnahmsweise in besonderen Fällen von den zuständigen staatlichen Arbeitsschutz-Stellen für zulässig erklärt werden, § 18 Abs. 1 Sätze 4 und 5 BEEG . Nun kann es immer wieder mal passieren, dass auch Elternzeit nehmende Arbeitnehmer von einer **Entlassungswelle** betroffen sind. Nach § 17 KSchG muss der Arbeitgeber vor einer so genannten Massentlassung mit seinem Betriebsrat das Konsultationsverfahren (§ 17 Abs. 2 KSchG) durchführen und die Entlassungen bei der Agentur für Arbeit anzeigen (§ 17 Abs. 1 KSchG). Das heißt für zu kündigende Elternzeiter: "Bei Arbeitnehmern in Elternzeit ist Entlassung i.S.d. § 17 KSchG bereits der **Eingang des Antrags** auf Zustimmung zur Kündigung **bei der zuständigen Behörde**" (BAG, 26.01.2017 - 6 AZR 442/16 - Leitsatz).

7.8 Sozialauswahl

Mitarbeiter, deren Arbeitsverhältnis **wegen eines besonderen Kündigungsschutzes** nicht durch eine ordentliche Kündigung beendet werden kann, sind grundsätzlich in die Sozialauswahl **nicht einzubeziehen**. Hat der Arbeitgeber rechtlich nicht die Möglichkeit, gegenüber einem Arbeitnehmer eine wirksame betriebsbedingte Kündigung auszusprechen, kann ein gekündigter Arbeitnehmer nicht mit Erfolg geltend machen, nicht sein Arbeitsverhältnis, sondern das einem besonderen Kündigungsschutz unterliegende Arbeitsverhältnis eines ansonsten vergleichbaren Arbeitnehmers hätte gekündigt werden müssen (BAG, 17.11.2005 - 6 AZR 118/05 - zu § 15 Abs. 1 KSchG und mit dem Hinweis, dass gesetzliche Kündigungsverbote dem allgemeinen Kündigungsschutz als **spezialgesetzliche Regelungen** vorgehen).

7.9 Sozialplanabfindung

Sozialpläne sind als Betriebsvereinbarungen eigener Art wegen ihrer normativen Wirkung wie Gesetze auszulegen. Gefundene **Auslegungsergebnisse** müssen gesetzeskonform sein, insbesondere das einschlägige EU-Recht und die **Gleichbehandlungsgebote** beachten. Stellen Arbeitgeber und Betriebsrat für die Berechnung einer Sozialplanabfindung auf das **Bruttomonatsgrundgehalt** eines einzelnen Referenzmonats ab, bedeutet das für Arbeitnehmer, die in diesem Monat in Elternzeit sind: Es ist von dem Bruttomonatsgrundgehalt auszugehen, das ihnen nach den vertraglichen Absprachen für die Beschäftigung ohne Elternzeit zustehen würde, "wenn für Arbeitnehmer in Elternzeit, die nicht oder bei einem anderen Arbeitgeber tätig waren, dieses der Berechnung zugrunde zu legen ist" (BAG, 15.05.2018 - 1 AZR 20/17) .

7.10 Vorwirkender Kündigungsschutz

§ 18 BEEG regelt den besonderen Kündigungsschutz für die Elternzeit. Der Arbeitgeber darf Elternzeit Nehmende "ab dem **Zeitpunkt**, von dem an Elternzeit verlangt worden ist, nicht kündigen." Der **Schutz beginnt** "1. frühestens acht Wochen vor Beginn der Elternzeit bis zum vollendeten dritten Lebensjahr des Kindes und 2. frühestens 14 Wochen vor Beginn einer Elternzeit zwischen dem dritten Geburtstag und dem vollendeten achten Lebensjahr des Kindes" (§ 18 Abs. 1 Satz 2 BEEG). Junge Eltern müssen ihre Elternzeit nicht am Stück nehmen, sie dürfen sie auf mehrere Zeitabschnitte anlegen. Und dann? "Wird die Elternzeit gemäß § 16 Abs. 1 Satz 6, 1. Halbsatz i.V.m. § 15 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 BEEG auf mehrere Zeitabschnitte verteilt, findet der vorwirkende Kündigungsschutz des § 18 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und Nr. 2 BEEG für **jeden dieser Zeitabschnitte** Anwendung" (LAG Mecklenburg-Vorpommern, 13.04.2021 – 2 Sa 300/20 – Leitsatz).

7.11 Zulässigkeitserklärung - 1

Die Zulässigkeitserklärung nach § 18 Abs. 1 Satz 2 BErzGG (heute: § 18 Abs. 1 Satz 2 BEEG) stellt lediglich eine **Aufhebung des Sonderkündigungsschutzes** bei totaler Betriebsstilllegung unter Feststellung des besonderen Falls im Sinn der Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zum Kündigungsschutz bei Erziehungsurlaub (heute: Elternzeit) dar. Sie trifft **keine Aussage über die arbeitsrechtliche Rechtmäßigkeit**. Mit der Aufhebung des besonderen Kündigungsschutzes wird der Arbeitnehmer in seinem allgemeinen Kündigungsschutz **anderen Arbeitnehmern gleichgestellt** (BAG, 20.01.2005 - 2 AZR 500/03 - mit dem Hinweis, dass es Sache der Arbeitsgerichte ist, die weiteren Voraussetzungen einer rechtmäßigen Kündigung zu prüfen).

7.12 Zulässigkeitserklärung - 2

Für die Zulässigkeit der Kündigung eines Arbeitnehmers in Elternzeit genügt es, wenn die Zulässigkeitserklärung der zuständigen Behörde **im Kündigungszeitpunkt** vorliegt. Sie muss **noch nicht bestandskräftig** sein. Mit der Zulässigkeitserklärung nach § 18 Abs. 1 Satz 2 BErzGG (heute: § 18 Abs. 1 Satz 2 BEEG) liegt zunächst ein **ausreichender Bescheid** vor, auf dessen Grundlage der Arbeitgeber die Kündigung aussprechen darf (LAG Hamm, 04.03.2005 - 10 Sa 1832/04 - im Anschluss an BAG, 25.03.2004 - 2 AZR 295/03 - mit dem Hinweis, dass der Widerspruch des Arbeitnehmers gegen die Zulässigkeitserklärung insoweit unbeachtlich ist).

7.13 Zulässigkeitserklärung - 3

Die Verwaltungsbehörde ist nicht befugt, ihre Zustimmung zur Kündigung einer Elternzeit nehmenden Arbeitnehmerin wegen Betriebsstilllegung erst **zum Ende der Elternzeit** mit der Begründung zu geben, der Arbeitnehmerin solle die **Weiterversicherung** in der gesetzlichen Krankenversicherung ermöglicht werden. Bei der dauerhaften Stilllegung eines Betriebs liegt ein besonderer Fall im Sinn des BEEG vor. Das Kündigungsverbot für die Dauer der Elternzeit soll vor dem **Verlust des Arbeitsplatzes** schützen - und nicht das Interesse des Arbeitnehmers an einer beitragsfreien Weiterversicherung in der gesetzlichen Krankenversicherung (BVerwG, 30.09.2009 - 5 C 32/08).