

**Kündigung: Einstellung der Produktion ist Entlassungsgrund**

Arbeitgeber haben das Recht, aus betriebsbedingten Gründen zu kündigen, wenn sie sich entschließen, die Produktion einzustellen und die noch eingehenden Aufträge nicht mehr durch eigene Arbeitskräfte im Betrieb erledigen zu lassen.

Quelle: Wolfgang Büser

**Wirksamkeit einer ordentlichen betriebsbedingten Kündigung; Betriebseinstellung als Kündigungsgrund; Kündigung einer schwangeren Arbeitnehmerin bei Widerspruch gegen die Zustimmungserklärung; Verwirkung des Einwands des Sonderkündigungsschutzes bei Elternzeit**

**Gericht:** BAG

**Datum:** 25.03.2004

**Aktenzeichen:** 2 AZR 295/03

**Entscheidungsform:** Urteil

**Referenz:** JurionRS 2004, 16908

**ECLI:** [keine Angabe]

**Verfahrensgang:**

vorgehend:

ArbG Gelsenkirchen - 26.08.1998 - AZ: 1 Ca 201/98

LAG Hamm - 27.11.2002 - AZ: 9 Sa 476/02

**Rechtsgrundlagen:**

§ 1 Abs. 2 S. 1 KSchG

§ 9 Abs. 1 S. 1 MuSchG

§ 18 Abs. 1 S. 1 BErzGG

§ 80 Abs. 1 VwGO

§ 242 BGB

**Fundstellen:**

ArbRB 2004, 295-296 (Volltext mit amtl. LS)

BAGReport 2004, 319-322

EzA-SD 17/2004, 7-10

FA 2004, 349 (amtl. Leitsatz)

FamRZ 2004, 1869 (amtl. Leitsatz)

FAr 2004, 349

NZA 2004, 1064 (red. Leitsatz)

schnellbrief 2004, 5

**BAG, 25.03.2004 - 2 AZR 295/03****Redaktioneller Leitsatz:**

Die unternehmerische Entscheidung zur Stilllegung des Betriebes einer GmbH kann auch dann die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines in dem Betrieb beschäftigten Arbeitnehmers sozial rechtfertigen, wenn ihr kein wirksamer Beschluss der Gesellschafter zugrunde liegt.

Durch die aufschiebende Wirkung eines Widerspruchs entfallen die Rechtswirkungen des Zulässigkeitserklärungsbescheides nach MuSchG nur vorläufig, um beim Wegfall der aufschiebenden Wirkung, dh. im Falle der Bestandskraft des Verwaltungsaktes, wieder rückwirkend (ex tunc) aufzuleben. Mit der Zulässigkeitserklärung liegt zunächst ein ausreichender Bescheid vor, auf Grund dessen der Arbeitgeber die Kündigung wirksam erklären kann.

Das Recht, sich auf das Fehlen der nach § 18 Abs. 1 S. 2 BErzGG erforderlichen Zulässigkeitserklärung zu berufen, unterliegt der Verwirkung. Das Recht ist verwirkt, wenn der Arbeitnehmer mit der Geltendmachung des Unwirksamkeitsgrundes längere Zeit abwartet (Zeitmoment), sich infolge dieses Ablaufs für den Arbeitgeber ein Vertrauenstatbestand gebildet hat, mit der Geltendmachung der Unwirksamkeit nicht mehr rechnen zu müssen (Vertrauensmoment) und dem Arbeitgeber deshalb eine Einlassung auf die Geltendmachung der Unwirksamkeit nicht mehr zugemutet werden kann.

In dem Rechtsstreit hat  
der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts  
auf Grund der Beratung vom 25. März 2004  
durch  
den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Rost,  
die Richter am Bundesarbeitsgericht Bröhl und Dr. Eylert sowie  
die ehrenamtlichen Richter Dr. h.c. Walter und Dr. Fischer  
für **Recht** erkannt:

**Tenor:**

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 27. November 2002 - 9 Sa 476/02 - wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

**Tatbestand**

- 1 Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen betriebsbedingten Kündigung.
- 2 Die 1967 geborene Klägerin war seit 1989 bei der Schuldnerin, über deren Vermögen während des Rechtsstreits das Insolvenzverfahren eröffnet wurde, beschäftigt.
- 3 Mit Schreiben vom 7. August 1997 beantragte die Schuldnerin wegen einer zum 31. August 1997 beabsichtigten Betriebsstilllegung die Zustimmung der Bezirksregierung zur Kündigung der zu diesem Zeitpunkt schwangeren Klägerin. Mit Bescheid vom 27. August 1997 wurde dem Antrag stattgegeben. Der Widerspruch der Klägerin wurde am 8. Dezember 1997 zurückgewiesen; hiergegen erhob die Klägerin Klage vor dem Verwaltungsgericht. Zum 31. Dezember 1997 war der Betrieb endgültig stillgelegt. Mit Schreiben vom 5. Januar 1998 kündigte die Schuldnerin das Arbeitsverhältnis "zum nächst zulässigen Termin (Ende des Erziehungsurlaubs)". Als voraussichtliches Ende des Erziehungsurlaubs nannte sie den 14. Dezember 2000.
- 4 Die Klägerin hat Kündigungsschutzklage erhoben und in der Klageschrift vorgetragen, sie befinde sich in Erziehungsurlaub, die Schuldnerin habe die Zustimmung der Bezirksregierung eingeholt, gegen den Widerspruchsbescheid habe sie Klage erhoben.
- 5 Am 3. Dezember 1999 wurde über das Vermögen der Schuldnerin das Insolvenzverfahren eröffnet und der Beklagte zum Insolvenzverwalter bestimmt. Am 18. Februar 2002 hat das

Verwaltungsgericht die Klage der Klägerin rechtskräftig abgewiesen.

- 6 Die Parteien haben daraufhin das zwischenzeitlich ausgesetzte vorliegende Verfahren wieder aufgenommen.
- 7 Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, es sei bei Ausspruch der Kündigung noch nicht absehbar gewesen, ob zum Ende des Erziehungsurlaubs tatsächlich keine Beschäftigungsmöglichkeiten mehr vorhanden gewesen seien und nicht etwa die Produktion wieder aufgenommen worden sei. Der Alleingesellschafter der Schuldnerin sei auch Alleingesellschafter anderer Unternehmen; es könne von einer Gesellschaftsgruppe und einem einheitlichen Betrieb dieser Gruppe ausgegangen werden. Außerdem habe es im Kündigungszeitpunkt an einem formgültigen Beschluss der Schuldnerin über die Stilllegung gefehlt. Schließlich sei die Kündigung auch deshalb unwirksam, weil sie vor rechtskräftigem Abschluss des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens ausgesprochen worden sei.
- 8 Die Klägerin hat, soweit für das Revisionsverfahren von Interesse, beantragt festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Klägerin durch die Kündigung vom 5. Januar 1998 nicht aufgelöst wurde.
- 9 Die Schuldnerin hat zur Stützung ihres Klageabweisungsantrags geltend gemacht, im für die Beurteilung allein maßgebenden Zeitpunkt des Kündigungszugangs habe die Stilllegung der Produktion festgestanden. Auf einen formgerechten Beschluss komme es nicht an. Die Kündigung habe auch nach Zulässigkeitserklärung durch die Bezirksregierung ausgesprochen werden dürfen, ohne dass die Bestandskraft hätte abgewartet werden müssen.
- 10 Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen und ist dabei davon ausgegangen, die Kündigung der Beklagten sei gem. § 18 Abs. 1 Satz 2 BErzGG zulässig, denn sie sei mit Zustimmung der zuständigen Bezirksregierung ausgesprochen worden. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Klageantrag weiter.

### Entscheidungsgründe

- 11 Die Revision ist unbegründet. Die Kündigung der Schuldnerin hat das Arbeitsverhältnis der Parteien aufgelöst.
- 12 I.  

Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, im Kündigungszeitpunkt sei die Prognose der Stilllegung berechtigt gewesen. Auf einen formgerechten Beschluss des (Allein-)Gesellschafters komme es nicht an. Die Kündigung habe auch vor Bestandskraft der Zulässigkeitserklärung nach § 9 Abs. 3 MuSchG ausgesprochen werden dürfen. Es könne dahingestellt bleiben, ob die Kündigung einer gesonderten Zulässigkeitserklärung nach § 18 BErzGG bedurft hätte; die Klägerin habe jedenfalls das Recht, sich auf das Fehlen einer solchen Zulässigkeitserklärung zu berufen, verwirkt.
- 13 II.  

Dem folgt der Senat im Ergebnis und auch weitgehend in der Begründung.
- 14 Die Revision rügt zu Unrecht eine Verletzung von § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG , § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG , § 18 Abs. 1 Satz 1 BErzGG , § 80 Abs. 1 VwGO und § 242 BGB .
- 15 1.

Zutreffend ist das Landesarbeitsgericht davon ausgegangen, dass die Kündigung der Schuldnerin hinsichtlich des Kündigungstermins hinreichend bestimmt ist.

**16** Wenn die Schuldnerin der Klägerin bei Ausspruch der ordentlichen Kündigung eine Auslaufrist bis zum Ende des Erziehungsurlaubs eingeräumt hat, so war für die Klägerin stets eindeutig feststellbar, zu welchem Termin die Kündigung wirken sollte. Auch § 19 BErzGG lässt für den Arbeitnehmer eine ordentliche Kündigung zum Ende des Erziehungsurlaubs - jetzt Elternzeit - zu.

**17** **2.**

Die Kündigung ist auch nicht, wie die Revision meint, sozial ungerechtfertigt.

**18** Sie war vielmehr durch betriebliche Erfordernisse bedingt ( § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG ).

**19** a)

Mit der ständigen Senatsrechtsprechung geht das Landesarbeitsgericht davon aus, dass es einen betriebsbedingten Kündigungsgrund darstellt, wenn sich der Arbeitgeber in einem Produktionsbetrieb entschließt, die Produktion einzustellen und die noch eingehenden Aufträge nicht mehr durch eigene Arbeitskräfte im Betrieb erledigen zu lassen (vgl. etwa BAG 18. Januar 2001 - 2 AZR 514/99 - BAGE 97, 10). Da sich die Wirksamkeit der Kündigung nach dem Zeitpunkt ihres Ausspruchs beurteilt, kann es insoweit nur darauf ankommen, ob die Absicht des Arbeitgebers, den Betrieb stillzulegen, im Kündigungszeitpunkt hinreichend greifbare Formen angenommen hatte. Dies war hier nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts der Fall, denn bei Ausspruch der Kündigung war die Stilllegung der Produktion bereits abgeschlossen und alle in der Produktion beschäftigten Arbeitnehmer mit Ausnahme der beiden schwangeren Arbeitnehmerinnen waren bereits entlassen. Die bloße Vermutung der Klägerin, angesichts der langen Frist bis zur Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses hätte die Möglichkeit bestanden, dass die Produktion wieder aufgenommen würde, ist nicht geeignet, den betrieblichen Kündigungsgrund in Zweifel zu ziehen. Im Kündigungszeitpunkt bestand die hinreichend sichere Prognose, dass auch bei Ende des Erziehungsurlaubs der Klägerin der Betrieb stillgelegt bleiben würde.

**20** b)

Auch andere Möglichkeiten, die Klägerin im Betrieb oder Unternehmen weiterzubeschäftigen, bestanden nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht.

**21** Insbesondere bestand kein Gemeinschaftsbetrieb mit anderen Unternehmen der "Gesellschaftsgruppe".

**22** Insoweit werden von der Revision auch keine Rügen erhoben.

**23** c)

Die Rüge der Revision, die Kündigung sei unwirksam, weil der Stilllegung des Betriebes kein formell wirksamer Beschluss des Alleingeschafters und Geschäftsführers der Schuldnerin zugrunde gelegen habe, greift ebenfalls nicht durch. Die unternehmerische Entscheidung zur Stilllegung des Betriebes einer GmbH kann auch dann die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines in dem Betrieb beschäftigten Arbeitnehmers sozial rechtfertigen, wenn ihr kein wirksamer Beschluss der Gesellschafter zugrunde liegt (BAG 5. April 2001 - 2 AZR 696/99 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 117 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 110; 11. März 1998 - 2 AZR 414/97 - AP BetrVG 1972 § 11 Nr. 43 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 99).

**24** **2.**

Die Kündigung ist auch nicht gem. § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG , § 134 BGB nichtig. Die Schuldnerin war nicht gehalten, vor Ausspruch der Kündigung bei der Bezirksregierung die sofortige Vollziehbarkeit des Zulässigkeitsbescheides zu erwirken (BAG 17. Juni 2003 - 2 AZR 245/02 - AP MuSchG 1968 § 9 Nr. 33 = EzA MuSchG § 9 nF Nr. 39).

25 a)

Das Landesarbeitsgericht geht zutreffend davon aus, dass die Zulässigkeitserklärung ein privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt mit Doppelwirkung ist (BAG 17. Februar 1982 - 7 AZR 846/79 - BAGE 38, 42; BVerwG 10. September 1992 - 5 C 39.88 - BVerwGE 91, 7, 9; Buchner/Becker MuSchG und BErzGG 7. Aufl. München 2002 § 9 Rn. 202). Nach § 80 Abs. 1 Satz 1 VwGO haben Widerspruch und Anfechtungsklage gegen einen Verwaltungsakt aufschiebende Wirkung. Die aufschiebende Wirkung entfällt nur, wenn die sofortige Vollziehung angeordnet worden ist, was vorliegend nicht der Fall ist. Die in der aufschiebenden Wirkung der Rechtsbehelfe liegende Sicherung des vorläufigen Rechtsschutzes gehört zu den wesentlichen Elementen des Rechtsschutzes überhaupt und wird insoweit von der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG mit umfasst (BVerfG 19. Juni 1973 - 1 BvL 39/69 und 14/72 - BVerfGE 35, 263, 274; 18. Juni 1973 - 1 BvR 23 u. 155/73 - BVerfGE 35, 382, 402; BVerwG 6. Juli 1973 - 4 C 79.69 - DÖV 1973, 785, 786; Kopp/Schenke VwGO § 80 Rn. 1).

26 Die aufschiebende Wirkung bezieht sich aber nur auf die Vollziehbarkeit und nicht auf die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes (BVerwG 21. Juni 1961 - VIII C 398.59 - BVerwGE 13, 1, 5 [BVerwG 21.06.1961 - VIII C 398/59] ; zusammenfassend Kuhla/Hüttenbrink Der Verwaltungsprozess 1995 J Rn. 7 m.w.N.; Redecker/von Oertzen VerwGO 12. Aufl. § 80 Rn. 4). Ein Verwaltungsakt, durch den die Rechtsstellung des Betroffenen beeinträchtigt oder geschmälert wird, darf danach von der Behörde nicht verwirklicht werden. Die aufschiebende Wirkung hemmt nicht nur den Eintritt der Unanfechtbarkeit des Verwaltungsaktes, sondern hindert auch die Behörde daran, vorerst - nämlich für die Dauer der aufschiebenden Wirkung - rechtliche oder tatsächliche Folgerungen aus dem Verwaltungsakt zu ziehen. Die Behörde ist verpflichtet, während des durch die Anfechtung des Verwaltungsaktes herbeigeführten Schwebezustandes alle Maßnahmen zu unterlassen, die seiner Vollziehung dienen, sofern diese Maßnahmen den Bestand und die Rechtmäßigkeit des ergangenen Verwaltungsaktes voraussetzen (BVerwG 21. Juni 1961 und 6. Juli 1973 a.a.O.). Ihr ist es untersagt, aus dem angegriffenen Verwaltungsakt unmittelbar oder mittelbar tatsächliche oder rechtliche Folgerungen gleich welcher Art zu ziehen (Kuhla/Hüttenbrink a.a.O. J Rn. 7).

27 b)

Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs entfällt allerdings entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts nicht, weil § 18 Abs. 4 SchwbG bzw. § 88 Abs. 4 SGB IX auf die vorliegende Fallgestaltung analog anzuwenden wären. Anders als nach den Normen des Schwerbehindertengesetzes kennt das Mutterschutzgesetz keine Regelung, die die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs und der Anfechtungsklage ausdrücklich ausschließt. Gegen eine analoge Anwendung, wie sie teilweise angenommen wird (vgl. beispielsweise LAG Rheinland-Pfalz 14. Februar 1996 - 2 Sa 1081/95 - LAGE MuSchG § 9 Nr. 21), spricht schon das Fehlen einer unbewussten gesetzgeberischen Lücke. Die allgemeinen verwaltungsrechtlichen Regeln nach § 80 Abs. 1 VwGO kommen ohne weiteres zur Anwendung (gegen eine Analogie: KR-Etzel 6. Aufl. § 9 MuSchG Rn. 127; APS-Roloffs § 9 MuSchG Rn. 84; Corts in Anm. zu Thüringer LAG 31. Januar 2002 LAGE MuSchG § 9 Rn. 25).

28 c)

Der Suspensiveffekt des § 80 Abs. 1 VwGO soll aber nur den Eintritt der Bestandskraft des Verwaltungsaktes verhindern (Kuhla/Hüttenbrink Der Verwaltungsprozess 1995 J Rn. 6). Er hat nicht die Unwirksamkeit des zugrunde liegenden Verwaltungsaktes zur Konsequenz (vgl. insbesondere Eyermann/Schmidt VwGO 11. Aufl.

- 29** § 80 Rn. 6). § 80 Abs. 1 Satz 2 VwGO trennt erkennbar zwischen der materiellrechtlichen Gestaltungswirkung und der prozessualen - aufschiebenden - Wirkung des Bescheides und ordnet an, dass die aufschiebende Wirkung auch für rechtsgestaltende Verwaltungsakte eintritt. Dementsprechend kann ein Widerspruch nicht die - endgültige - Unwirksamkeit der von einem Privaten ausgesprochenen Kündigungserklärung zur Folge haben.
- 30** aa)
- Der Suspensiveffekt soll den Eintritt der den Bürger endgültig belastenden Folgen eines Verwaltungsaktes - zumindest vorläufig - verhindern. Gleichwohl bleibt der Verwaltungsakt trotz dieser aufschiebenden Wirkung als solcher bestehen, nur die Folgerungen tatsächlicher oder rechtlicher Art dürfen nicht mehr gezogen werden. Im Falle eines privatrechtsgestaltenden Verwaltungsaktes gilt es dabei zu beachten, dass die "Vollziehung" erst durch ein privat-autonomes Gestaltungsmittel (hier die Kündigung) erfolgt (BAG 17. Februar 1982 - 7 AZR 846/79 - BAGE 38, 42). Um den Eintritt der für den Bürger belastenden Folgen zu verhindern und einen effektiven Rechtsschutz, den § 80 VwGO garantieren will, zu gewähren, genügt es verwaltungsrechtlich, dem Bescheid seine Wirksamkeit vorläufig zu nehmen. Entgegen einer Auffassung in der Literatur (KR-Etzel § 9 MuSchG Rn. 127; Schlachter ErfK 3. Aufl. München 2003 § 9 MuSchG Rn. 19; APS-Rolfs § 9 MuSchG Rn. 84 und Heilmann MuSchG 2. Aufl. 1991 § 9 Rn. 169 f.) ist es dafür nicht notwendig, die Kündigung mit dem Verdikt der endgültigen Unwirksamkeit zu versehen. Für einen effektiven verwaltungsprozessualen Schutz ist es ausreichend, der Zulässigkeitserklärung ihre Wirksamkeit vorläufig zu nehmen (Corts in Anm. zu Thüringer LAG 31. Januar 2002 LAGE MuSchG § 9 Rn. 25; Corts/Hege SAE 1983, 7, 9). Denn die Kündigung kann nicht alleine und ohne die Zulässigkeitserklärung des Landesamtes wirken. Diese Zustimmungserklärung ist öffentlich- rechtliche Wirksamkeitsvoraussetzung der vom Arbeitgeber beabsichtigten Kündigung (BVerwG 10. September 1992 - 5 C 39/88 - BVerwGE 97, 7, 9 [BVerwG 04.10.1994 - 1 C 41/92] ; Staudinger/ Grunsky BGB 2001 vor §§ 182 ff. Rn. 54). Sie hebt die öffentlich-rechtliche Verbotsschranke, die dem Zweck eines effektiven Mutterschutzes dient, auf. Ohne wirksame Zulässigkeitserklärung fehlt es der Kündigung an einem notwendigen Wirksamkeitserfordernis (Larenz/M. Wolf Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts 8. Aufl. München 1997 § 44 Rn. 47). Durch die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs entfallen die Rechtswirkungen des Zulässigkeitserklärungsbescheides - nur - vorläufig, um beim Wegfall der aufschiebenden Wirkung, dh. im Falle der Bestandskraft des Verwaltungsaktes, wieder rückwirkend (ex tunc) aufzuleben (vgl. insbesondere BVerwG 12. Mai 1966 - II C 197.62 - BVerwGE 24, 92, 98; 2. Juli 1982 - 8 C 101.81 - BVerwGE 66, 75, 77; Eyermann/Schmidt VwGO 11. Aufl. § 80 Rn. 16; Kopp/Schenke VwGO 12. Aufl. § 80 Rn. 22).
- 31** bb)
- Damit liegt mit der Zulässigkeitserklärung zunächst ein ausreichender Bescheid vor, auf Grund dessen der Arbeitgeber die Kündigung wirksam erklären kann.
- 32** Die ausgesprochene Kündigung kann allerdings erst rechtswirksam werden, wenn der Bescheid auch seine "innere Wirksamkeit" (so Corts/Hege SAE 1983, 7, 9 unter Berufung auf Kopp) entfaltet und bestandskräftig ist. Das ist nicht der Fall, wenn und solange ein Widerspruch und eine Anfechtungsklage rechtlich möglich sind bzw. die Arbeitnehmerin hiervon Gebrauch macht. Keine Bedeutung hat dabei die zeitliche Reihenfolge von Kündigung und Widerspruch (VG des Saarlandes 24. Oktober 1979 - 4 F 2906/79 - NJW 1980, 721; a.A. Redecker/von Oertzen VerwGO § 80 Rn. 7, nach dem die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs erst mit seiner Einlegung eintritt und bis zur Einlegung des Widerspruchs der Verwaltungsakt auch vollzogen werden kann), da der Suspensiveffekt auch rückwirkend eintritt.
- 33** cc)
- Steht die Vollziehung des Verwaltungsaktes unter dem Vorbehalt der aufschiebenden Wirkung durch die Einlegung des entsprechenden Rechtsbehelfs, so wird die Zulässigkeitserklärung erst mit Bestandskraft des Verwaltungsaktes endgültig rechtswirksam.

34 dd)

Auch das Bundesverwaltungsgericht hält eine Kündigungserklärung vor Bestandskraft der Zulässigkeitserklärung offensichtlich für rechtlich zulässig. Es führt in seiner Entscheidung vom 18. August 1977 (- V C 8.77 - BVerwGE 54, 276) aus, dass "eine mit Zulässigkeitserklärung ausgesprochene Kündigung rückwirkend unwirksam (wird), wenn die Zulässigkeitserklärung im Rechtsmittelverfahren aufgehoben wird" (ähnlich VGH Mannheim 7. Dezember 1993 - 10 S 2825.92 - EzA MuSchG § 9 nF Nr. 33).

35 d)

Demnach führt allein die Einlegung des Widerspruchs bzw. die Erhebung einer Anfechtungsklage gegen die Zulässigkeitserklärung noch nicht dazu, die Kündigung als rechtsunwirksam zu qualifizieren.

36 3.

Dem Landesarbeitsgericht ist ebenfalls zumindest im Ergebnis darin zu folgen, dass die Wirksamkeit der Kündigung nicht an § 18 BVerzGG scheitert.

37 a)

Die für die Voraussetzungen des Sonderkündigungsschutzes darlegungspflichtige Klägerin hat schon nicht schlüssig dargelegt, dass für die Kündigung die Zulässigkeitserklärung der zuständigen Landesbehörde erforderlich war. Nach § 18 Abs. 1 BVerzGG i.d.F. vom 21. September 1997 (nichts anderes gilt für die Elternzeit nach der jetzt gültigen Gesetzesfassung) greift der Kündigungsschutz erst ab dem Zeitpunkt ein, von dem an Erziehungsurlaub verlangt worden ist, höchstens jedoch sechs Wochen vor Beginn des Erziehungsurlaubs. Die Klägerin hat nach dem Tatbestand des angefochtenen Urteils und den in Bezug genommenen Prozessakten nicht dargelegt, ob und ggf. wann sie Erziehungsurlaub beantragt hat und ob demgemäß bei Ausspruch der Kündigung die Voraussetzungen des § 18 Abs. 1 BVerzGG vorlagen. In der Klageschrift hat die Klägerin im Gegenteil durch ihren Sachvortrag den Eindruck erweckt, als liege eine Zulässigkeitserklärung der zuständigen Behörde nach § 18 Abs. 1 BVerzGG vor und dementsprechend ist das Arbeitsgericht in dem erstinstanzlichen Urteil von der Erteilung einer derartigen Zulässigkeitserklärung ausgegangen, ohne dass dies in der Berufungsbegründung gerügt worden wäre. Auch die nach mehrjähriger Prozessdauer vorgelegte Entscheidung des zuständigen Verwaltungsgerichts lässt allenfalls darauf schließen, dass es in diesem Verfahren lediglich um eine Zulässigkeitserklärung nach § 9 Abs. 3 MuSchG gegangen ist, ohne dass dort die Frage der Erforderlichkeit einer Zulässigkeitserklärung nach § 18 BVerzGG erörtert wäre.

38 b)

Jedenfalls scheitert - auch insoweit ist dem Landesarbeitsgericht zu folgen - die Wirksamkeit der Kündigung nicht an § 18 Abs. 1 BVerzGG, weil die Klägerin ihr Recht verwirkt hat, sich auf das Fehlen der behördlichen Zulässigkeitserklärung zu berufen. Das Recht, sich auf das Fehlen der nach § 18 Abs. 1 Satz 2 BVerzGG erforderlichen Zulässigkeitserklärung zu berufen, unterliegt der Verwirkung (zuletzt BAG 3. Juli 2003 - 2 AZR 487/02 - AP BVerzGG § 18 Nr. 7 = EzA InsO § 13 Nr. 14). Die Verwirkung ist ein Unterfall der wegen Verstoßes gegen die Grundsätze von Treu und Glauben (§ 242 BGB) unzulässigen Rechtsausübung. Der Verstoß liegt in der illoyalen Verspätung der Geltendmachung. Das Recht, sich auf die Unwirksamkeit der Kündigung nach § 18 Abs. 1 BVerzGG zu berufen, ist verwirkt, wenn der Arbeitnehmer mit der Geltendmachung des Unwirksamkeitsgrundes längere Zeit abwartet (Zeitmoment), sich infolge dieses Ablaufs für den Arbeitgeber ein Vertrauenstatbestand gebildet hat, mit der Geltendmachung der Unwirksamkeit nicht mehr rechnen zu müssen (Vertrauensmoment) und dem Arbeitgeber deshalb eine Einlassung auf die Geltendmachung der Unwirksamkeit nicht mehr zugemutet werden kann (vgl. KR-Friedrich 6. Aufl. § 13 KSchG Rn. 305; KR-Rost a.a.O. § 7 KSchG Rn. 36 mit zahlreichen weiteren

Nachweisen).

- 39** Es hält sich im Beurteilungsspielraum der Tatsacheninstanz, wenn das Landesarbeitsgericht davon ausgegangen ist, die Voraussetzungen der Verwirkung seien vorliegend gegeben. Die Klägerin hat mehr als fünf Jahre zugewartet, bis sie sich überhaupt auf den Unwirksamkeitsgrund des § 18 Abs. 1 BErzGG berufen hat (Zeitmoment). Dabei ergibt sich aus dem Protokoll über die letzte mündliche Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht und dem Akteninhalt nicht einmal genau, ob eine solche Rüge überhaupt hinreichend deutlich erhoben worden ist. Die Klägerin hat im Gegenteil durch ihr prozessuales Verhalten zunächst den Eindruck erweckt, als liege die erforderliche Zulässigkeitserklärung nach § 18 Abs. 1 BErzGG vor. Dadurch hat sie bei der Schuldnerin und später dem Beklagten, der als Insolvenzverwalter ersichtlich weniger Kenntnisse in den Personalangelegenheiten des Betriebes haben konnte als die Schuldnerin selbst als bisherige Betriebsinhaberin, den Vertrauenstatbestand geschaffen, die unstreitig eingeholte Zulässigkeitserklärung der zuständigen Behörde reiche zur Wirksamkeit der Kündigung aus (Vertrauensmoment). Allenfalls könnte ein beiderseitiger Rechtsirrtum vorgelegen haben. Dass die Schuldnerin und später der Beklagte als Insolvenzverwalter darauf vertraut haben, auch die Klägerin gehe von einer formell wirksamen Zulässigkeitserklärung der zuständigen Behörde aus, zeigt sich im Übrigen schon daran, dass diese, was während der Dauer des Erziehungsurlaubs problemlos möglich gewesen wäre, eine Zulässigkeitserklärung nach § 18 Abs. 1 BErzGG nicht nachträglich beantragt haben. Unter diesen Umständen ist es dem Beklagten nicht zumutbar, sich auf die - möglicherweise - nach mehr als fünfjähriger Prozessdauer in der letzten mündlichen Verhandlung erhobene Rüge, § 18 Abs. 1 BErzGG sei verletzt, einzulassen (Umstandsmoment).

---

Rost  
Bröhl  
Eylert  
J. Walter  
Fischer

Von Rechts wegen!

Verkündet am 25. März 2004

Hinweis: Das Dokument wurde redaktionell aufgearbeitet und unterliegt in dieser Form einem besonderen urheberrechtlichen Schutz. Eine Nutzung über die Vertragsbedingungen der Nutzungsvereinbarung hinaus - insbesondere eine gewerbliche Weiterverarbeitung außerhalb der Grenzen der Vertragsbedingungen - ist nicht gestattet.