



ZAAR

Zentrum für Arbeitsbeziehungen
und Arbeitsrecht

VORTRAGSREIHE

Donnerstag, 12. April 2012
18.30 Uhr

Dr. Bernd Wiebauer
Bayerisches Staatsministerium für Arbeit und
Sozialordnung, Familie und Frauen

Kündigungszulassung während Mutterschutz und Elternzeit

I. Tatbestand: Besonderer Fall

1. Definition

wenn außergewöhnliche Umstände es rechtfertigen, dass die vom Gesetz grundsätzlich als vorrangig angesehenen Interessen der schwangeren Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmerin in Elternzeit hinter die Interessen des Arbeitgebers an der Auflösung des Arbeitsverhältnisses zurücktreten

(BVerwG 30.9.2009 – 5 C 32/08 – BVerwGE 135, 67; BVerwG 18.8.1977 – V C 8.77 – BVerwGE 54, 276; BVerwG 29.10.1958 – V C 88.56 – BVerwGE 7, 294)

2. Teleologischer Bezugspunkt

„Der mit dieser Vorschrift gewährte Kündigungsschutz zielt darauf ab, den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bei der Inanspruchnahme von Elternzeit die Sorge um ihren Arbeitsplatz zu nehmen. § 18 Abs. 1 BEEG soll gewährleisten, dass ihr Arbeitsverhältnis während der Elternzeit grundsätzlich im rechtlichen Bestand durch Kündigung unverändert bleibt [...] Ihnen soll die Perspektive gegeben werden, nach Ablauf der Elternzeit wieder in dem Arbeitsverhältnis tätig werden zu können.“

(BVerwG 30.9.2009 – 5 C 32/08 – BVerwGE 135, 67)

3. Besonderer Fall und wichtiger Grund

4. Außergewöhnliche Umstände

5. Prognoseunsicherheit

Aufschub der Entscheidung über Kündigungszulassung

(VG Düsseldorf 21.10.2011 – 13 K 2550/11; VG Frankfurt 27.3.2009 – 7 K 4198/08.F)

II. Ermessen

1. Abzuwägende Belange

Beschränkung auf solche Umstände, die auf den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses selbst bezogen sind

(BVerwG 30.9.2009 – 5 C 32/08 – BVerwGE 135, 67)

2. Nebenbestimmungen und inhaltliche Beschränkungen

3. Ermessensreduzierung

III. Kündigungsrechtliche Bedeutung der Zulässigerklärung

1. Tatbestandswirkung

2. Bestandskraft

Keine zwingende Aussetzung des Kündigungsschutzprozesses

(BAG 17.6.2003 – 2 AZR 245/02 – NZA 2003, 1329)

IV. Arbeitsrechtliche Fragen im Verwaltungsverfahren

1. Kein Negativattest

2. Betriebsübergang

Im Verwaltungsverfahren nicht zu prüfen

(BAG 22.6.2011 – 8 AZR 107/10 – DB 2011, 2553; OVG NRW 21.3.2000 – 22 A 5137/99 – NZA-RR 2000, 406; BayVGH 25.4.2007 – 12 BV 06.3021)

V. Untersuchungsgrundsatz

1. Sachverhaltsaufklärung von Amts wegen

Betriebsratsanhörung im Ermessen der Behörde
(VG Ansbach 7.10.2010 – AN 14 K 10.00534; a.A. VG Hannover 4.12.2007 – 3 A 1850/07: Anhörung zwingend)

2. Materielle Beweislast

Für das Vorliegen eines besonderen Falles trägt der Arbeitgeber die Beweislast.
(BayVGH 29.2.2012 – 12 C 12,264)

3. Arbeitsrechtlich bedingte Einschränkungen?

Behörde muss die relevanten Tatsachen ermitteln
(zum Schwerbehindertenrecht BVerwG 19.10.1995 – 5 C 24/93 – BVerwGE 99, 366;
BVerwG 28.11.1958 – V C 32.56 – BVerwGE 8, 46; zum MuSchG VG Ansbach
6.10.2009 – AN 14 K 09.00912)

a.A.: bloße Schlüssigkeitsprüfung
(VG Hannover 12.12.2000 – 7 A 2501/99)

VI. Rechtsprechung zum besonderen Fall – aktuelle Streitfragen

1. Betriebsstilllegung

- **Entfall des Arbeitsplatzes**

Bindung der Behörde an gesetzliche Vermutung des § 125 InsO?
bejaht: VG Ansbach 20.5.2010 – AN 14 K 10.00353

- **Weiterbeschäftigungsmöglichkeit**

Berücksichtigung der Rückkehr bei Neubesetzung freier Stellen:
VG Augsburg 21.12.2004 – Au 3 K 04.1041

- **Versetzungsmöglichkeit**

Unternehmensbezogen
(VG Düsseldorf 21.10.2011 – 13 K 2550/11)

Grenze: Weisungsrecht des Arbeitgebers
(VGH BW 20.2.2007 – 4 S 2436/05)

2. Besonders schwerwiegender Verstoß

- **Abmahnungen**

Nicht zu prüfen: Verbrauch des KündGrundes durch Abmahnungen
(VG München 20.2.2001 – M 6b K 00.5225; a.A. VG Düsseldorf 16.12.2011 – 13
K 5101/11)

Bisherige Abmahnungen als Indizien
(VGH BW 7.12.1993 – 10 S 2825/92; VG Frankfurt 26.1.2005 – 7 E 3766/04)

- **Pflichtverletzungen**

Arbeitsverweigerung – wiederholtes unentschuldigtes Fehlen, verspätete Vorlage von AU-Bescheinigungen (bejaht)
(VG Ansbach 30.3.2005 – AN 14 K 04.03125, VG Augsburg 16.7.2002 – Au 9 K 02.344)

Nebentätigkeit während der Elternzeit ohne Zustimmung des ArbGeb
(verneint wg Gutgläubigkeit)
(VG Frankfurt 15.4.2008 – 7 E 3599/07)

Arbeitsvertragswidrige Konkurrenz­­tätigkeit mit Betriebsmitteln des ArbGeb
(bejaht, Ermessensreduzierung auf Null)
(VG München 20.2.2001 – M 6b K 00.5225)

Außereheliches Verhältnis des Geschäftsführers an Ehefrau verraten (verneint)
(VGH BW 7.12.1993 – 10 S 2825/92)

Bezeichnung des Vorgesetzten als „Arsch“ (verneint nach sorgfältiger Abwägung)
(VG München 30.3.2011 – M 18 K 10.5906)

Lautstarker Streit in der Praxis mit Drohungen gegen Arbeitgeber und Beeinträchtigung von Patienten (bejaht, Ermessensreduzierung auf Null)
(VG Saarlouis 12.9.2008 – 11 K 845/07)

Kirchlicher Kindergarten: Kirchenaustritt (bejaht)
(OVG NRW 26.11.2008 – 12 A 2553/07)

Kirchlicher Kindergarten: Heirat mit geschiedenem Mann (bejaht)
(OLG Düsseldorf 17.10.1991 – 18 U 78/91)

- **Insbesondere: Geschäftsschädigende Äußerungen**

Abschätzige Äußerung über einen Kunden des Arbeitgebers bei Facebook
(BayVGH 9.3.2012 – 12 C 12.264)

Anonyme rufgefährdende Flugblattaktion gegen den Arbeitgeber
(BayVGH 30.11.2004 – 9 B 03.2878)

- **Diebstahl geringwertiger Sachen**

Geringwertigkeit steht Zulassung nicht entgegen
(VG Ansbach 23.1.2007 – AN 14 K 06.02942; VG München 21.3.2003 – M 6a K 02.4275; a.A. VG Frankfurt 26.1.2005 – 7 E 3766/04)

- **Verdachtskündigung**

keine Verdachtskündigungen
(VG Frankfurt 16.11.2001 – 7 E 5031/99 (3); VG München 9.7.2008 – M 18 K 08.2021; i.Erg. auch VG Ansbach 26.5.2010 – AN 14 K 10.00536)

3. Sonstige Fälle

- **Moralvorstellungen des Arbeitgebers?**

BVerwG 26.8.1970 – V C 1.68 – NJW 1971, 1328

- **Arbeitsplatzwegfall?**

VG Augsburg 22.6.2004 – Au 3 K 04.596

VII. Zusammenfassung

MuSchG

§ 9 Kündigungsverbot

(1) Die Kündigung gegenüber einer Frau während der Schwangerschaft und bis zum Ablauf von vier Monaten nach der Entbindung ist unzulässig, wenn dem Arbeitgeber zur Zeit der Kündigung die Schwangerschaft oder Entbindung bekannt war oder innerhalb zweier Wochen nach Zugang der Kündigung mitgeteilt wird; das Überschreiten dieser Frist ist unschädlich, wenn es auf einem von der Frau nicht zu vertretenden Grund beruht und die Mitteilung unverzüglich nachgeholt wird. Die Vorschrift des Satzes 1 gilt für Frauen, die den in Heimarbeit Beschäftigten gleichgestellt sind, nur, wenn sich die Gleichstellung auch auf den Neunten Abschnitt - Kündigung - des Heimarbeitsgesetzes vom 14. März 1951 (BGBl. I S. 191) erstreckt.

(2) Kündigt eine schwangere Frau, gilt § 5 Abs. 1 Satz 3 entsprechend.

(3) Die für den Arbeitsschutz zuständige oberste Landesbehörde oder die von ihr bestimmte Stelle kann in besonderen Fällen, die nicht mit dem Zustand einer Frau während der Schwangerschaft oder ihrer Lage bis zum Ablauf von vier Monaten nach der Entbindung in Zusammenhang stehen, ausnahmsweise die Kündigung für zulässig erklären. Die Kündigung bedarf der schriftlichen Form und sie muss den zulässigen Kündigungsgrund angeben.

(4) In Heimarbeit Beschäftigte und ihnen Gleichgestellte dürfen während der Schwangerschaft und bis zum Ablauf von vier Monaten nach der Entbindung nicht gegen ihren Willen bei der Ausgabe von Heimarbeit ausgeschlossen werden; die Vorschriften der §§ 3, 4, 6 und 8 Abs. 5 bleiben unberührt.

BEEG

§ 18 Kündigungsschutz

(1) Der Arbeitgeber darf das Arbeitsverhältnis ab dem Zeitpunkt, von dem an Elternzeit verlangt worden ist, höchstens jedoch acht Wochen vor Beginn der Elternzeit, und während der Elternzeit nicht kündigen. In besonderen Fällen kann ausnahmsweise eine Kündigung für zulässig erklärt werden. Die Zulässigkeitserklärung erfolgt durch die für den Arbeitsschutz zuständige oberste Landesbehörde oder die von ihr bestimmte Stelle. Die Bundesregierung kann mit Zustimmung des Bundesrates allgemeine Verwaltungsvorschriften zur Durchführung des Satzes 2 erlassen.

(2) Absatz 1 gilt entsprechend, wenn Arbeitnehmer oder Arbeitnehmerinnen

1. während der Elternzeit bei demselben Arbeitgeber Teilzeitarbeit leisten oder
2. ohne Elternzeit in Anspruch zu nehmen, Teilzeitarbeit leisten und Anspruch auf Elterngeld nach § 1 während des Bezugszeitraums nach § 4 Abs. 1 haben.


BayVwVfG

Art. 24 Untersuchungsgrundsatz

(1) ¹ Die Behörde ermittelt den Sachverhalt von Amts wegen. ² Sie bestimmt Art und Umfang der Ermittlungen; an das Vorbringen und an die Beweisanträge der Beteiligten ist sie nicht gebunden.

(2) Die Behörde hat alle für den Einzelfall bedeutsamen, auch die für die Beteiligten günstigen Umstände zu berücksichtigen.

(3) Die Behörde darf die Entgegennahme von Erklärungen oder Anträgen, die in ihren Zuständigkeitsbereich fallen, nicht deshalb verweigern, weil sie die Erklärung oder den Antrag in der Sache für unzulässig oder unbegründet hält.

Normgeber:	Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend	Quelle:	
Aktenzeichen:	204.2926 - 03/000	Normen:	§ 18 Abs. 1 S. 4 BEEG, § 18 BEEG, § 20 BEEG, § 1 HAG
Erlassdatum:	03.01.2007	Fundstellen:	BAnz 2007, Nr. 5 S. 247
Fassung vom:	03.01.2007		
Gültig ab:	01.01.2007		

Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Kündigungsschutz bei Elternzeit (§ 18 Abs. 1 Satz 4 des Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetzes)

Nichtamtliches Inhaltsverzeichnis

- 1 Aufgabe der Behörde
- 2 Vorliegen eines besonderen Falles
- 3 Ermessen
- 4 Form des Antrages
- 5 Entscheidung; vorherige Anhörung
- 6 Zulässigkeitserklärung unter Bedingungen
- 7 Form der Entscheidung
- 8 Zur Berufsbildung Beschäftigte, in Heimarbeit Beschäftigte
- 9 Inkrafttreten

Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Kündigungsschutz bei Elternzeit (§ 18 Abs. 1 Satz 4 des Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetzes)

Vom 3. Januar 2007

Nach § 18 Abs. 1 Satz 4 des Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetzes vom 5. Dezember 2006 (BGBl. I S. 2748) wird folgende allgemeine Verwaltungsvorschrift erlassen:

1 Aufgabe der Behörde

Die für den Arbeitsschutz zuständige oberste Landesbehörde oder die von ihr bestimmte Stelle (Behörde) hat zu prüfen, ob ein besonderer Fall gegeben ist. Ein solcher besonderer Fall liegt vor, wenn es gerechtfertigt erscheint, dass das nach § 18 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes als vorrangig angesehene Interesse des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin am Fortbestand des Arbeitsverhältnisses wegen außergewöhnlicher Umstände hinter die Interessen des Arbeitgebers zurücktritt.

2 Vorliegen eines besonderen Falles

2.1 Bei der Prüfung nach Maßgabe der Nummer 1 hat die Behörde davon auszugehen, dass ein besonderer Fall im Sinne des § 18 Abs. 1 Satz 2 des Gesetzes insbesondere dann gegeben ist, wenn

2.1.1 der Betrieb, in dem der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin beschäftigt ist, stillgelegt wird und der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin nicht in einem anderen Betrieb des Unternehmens weiterbeschäftigt werden kann,

2.1.2 die Betriebsabteilung, in der der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin beschäftigt ist, stillgelegt wird und der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin nicht in einer anderen Betriebsabteilung des Betriebes oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens weiterbeschäftigt werden kann,

2.1.3 der Betrieb oder die Betriebsabteilung, in denen der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin beschäftigt ist, verlagert wird und der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin an dem neuen Sitz des Betriebes oder der Betriebsabteilung und auch in einer anderen Betriebsabteilung oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens nicht weiterbeschäftigt werden kann,

2.1.4 der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin in den Fällen der Nummern 2.1.1 bis 2.1.3 eine ihm vom Arbeitgeber angebotene, zumutbare Weiterbeschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz ablehnt,

2.1.5 durch die Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses nach Beendigung der Elternzeit die Existenz des Betriebes oder die wirtschaftliche Existenz des Arbeitgebers gefährdet wird,

2.1.6 besonders schwere Verstöße des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin gegen arbeitsvertragliche Pflichten oder vorsätzliche strafbare Handlungen des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin dem Arbeitgeber die Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar machen.

2.2 Ein besonderer Fall im Sinne des § 18 Abs. 1 Satz 2 des Gesetzes kann 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. Eine solche unbillige Erschwerung kann auch dann angenommen werden, wenn der Arbeitgeber in die Nähe der Existenzgefährdung kommt, weil

2.2.1 der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin in einem Betrieb mit in der Regel 5 oder weniger Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen ausschließlich der zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten beschäftigt ist und der Arbeitgeber zur Fortführung des Betriebes dringend auf eine entsprechend qualifizierte Ersatzkraft angewiesen ist, die er nur einstellen kann, wenn er mit ihr einen unbefristeten Arbeitsvertrag abschließt; bei der Feststellung der Zahl der beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sind teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer mit einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von nicht mehr als 20 Stunden mit 0,5 und nicht mehr als 30 Stunden mit 0,75 zu berücksichtigen, oder

2.2.2 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 müssten.

3 Ermessen

Kommt die Behörde zu dem Ergebnis, dass ein besonderer Fall im Sinne des § 18 Abs. 1 Satz 2 des Gesetzes gegeben ist, so hat sie im Rahmen ihres pflichtgemäßen Ermessens zu entscheiden, ob das Interesse des Arbeitgebers an einer Kündigung während der Elternzeit so erheblich überwiegt, dass ausnahmsweise die vom Arbeitgeber beabsichtigte Kündigung für zulässig zu erklären ist.

4 Form des Antrages

Die Zulässigkeitserklärung der Kündigung hat der Arbeitgeber bei der für den Sitz des Betriebes oder der Dienststelle zuständigen Behörde schriftlich oder zu Protokoll zu beantragen. Im Antrag sind der Arbeitsort und die vollständige Anschrift des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin, dem oder der gekündigt werden soll, anzugeben. Der Antrag ist zu begründen; etwaige Beweismittel sind beizufügen oder zu benennen.

5 Entscheidung; vorherige Anhörung

5.1 Die Behörde hat die Entscheidung unverzüglich zu treffen.

5.2 Die Behörde hat vor ihrer Entscheidung dem betroffenen Arbeitnehmer oder der betroffenen Arbeitnehmerin sowie dem Betriebs- oder Personalrat Gelegenheit zu geben, sich mündlich oder schriftlich zu dem Antrag nach Nummer 4 zu äußern.

6 Zulässigkeitserklärung unter Bedingungen

Die Zulässigkeit der Kündigung kann unter Bedingungen erklärt werden, z. B., dass sie erst zum Ende der Elternzeit ausgesprochen wird.

7 Form der Entscheidung

Die Behörde hat ihre Entscheidung (Zulässigkeitserklärung oder Ablehnung mit Rechtsbehelfsbelehrung) schriftlich zu erlassen, schriftlich zu begründen und dem Arbeitgeber sowie dem Arbeitnehmer oder der Arbeitnehmerin zuzustellen. Dem Betriebs- oder Personalrat ist eine Abschrift zu übersenden.

8 Zur Berufsbildung Beschäftigte, in Heimarbeit Beschäftigte

8.1 Die zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten gelten als Arbeitnehmer oder Arbeitnehmerinnen im Sinne der vorstehenden Vorschriften.

8.2 Für die in Heimarbeit Beschäftigten und die ihnen Gleichgestellten (§ 1 Abs. 1 und 2 des Heimarbeitsgesetzes), soweit sie am Stück mitarbeiten, gelten die vorstehenden Vorschriften entsprechend mit der Maßgabe, dass an die Stelle des Arbeitgebers der Auftraggeber oder der Zwischenmeister tritt (vgl. § 20 des Gesetzes).

9 Inkrafttreten

Diese allgemeine Verwaltungsvorschrift tritt mit Wirkung vom 1. Januar 2007 in Kraft.

Der Bundesrat hat zugestimmt.

Berlin, den 3. Januar 2007

Die Bundeskanzlerin
Dr. Angela Merkel

Die Bundesministerin für Familie, Senioren, Frauen und Jugend
Ursula von der Leyen