

# BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 659/08

16 Sa 87/07

Landesarbeitsgericht  
Baden-Württemberg

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
23. Februar 2010

## URTEIL

Schmidt, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsklägerin, Berufungsbeklagte, Revisionsklägerin und  
Revisionsbeklagte,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte, Berufungsklägerin, Revisionsbeklagte  
und Revisionsklägerin,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen  
Verhandlung vom 23. Februar 2010 durch den Vorsitzenden Richter am

Bundesarbeitsgericht Kreft, den Richter am Bundesarbeitsgericht Schmitz-Scholemann, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Berger sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Roeckl und Schierle für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg - Kammern Mannheim - vom 25. März 2008 - 16 Sa 87/07 - aufgehoben, soweit es die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Karlsruhe zurückgewiesen hat.

Die Anschlussrevision der Beklagten wird zurückgewiesen.

Im Umfang der Aufhebung wird der Rechtsstreit an das Landesarbeitsgericht zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision und der Anschlussrevision - zurückverwiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Klägerin macht die Unwirksamkeit zweier ordentlicher, von der Beklagten auf betriebliche Gründe gestützter Kündigungen geltend. Dabei streiten die Parteien vor allem um die Frage, ob in den jeweiligen Kündigungszeitpunkten eine hinreichend sichere Prognose für die von der Beklagten behauptete Betriebstilllegung bestand, ferner um die Auslegung von § 18 Abs. 4 KSchG sowie darum, ob die Klägerin den ihr zustehenden Sonderkündigungsschutz als schwerbehinderter Mensch rechtzeitig geltend gemacht hat. 1

Die Klägerin trat am 29. August 1989 als Arbeiterin in die Dienste der Rechtsvorgängerin der Beklagten. Die Beklagte stellte in ihrem Betrieb in B mit angeschlossenem Betriebsteil in K Gummidichtungen für die Automobilindustrie her und beschäftigte zum Jahresende 2006 etwa 170 Arbeitnehmer. 2

Mit Schreiben vom 13. Juni 2006 unterrichtete die Beklagte den Betriebsrat über ihre Absicht, den gesamten Betrieb bis zum 30. Juni 2007 zu 3

schließen und die Produktion teilweise nach H, teilweise nach Ungarn zu verlagern. In H betreibt die weltweit agierende Konzernmutter der Beklagten ein weiteres Unternehmen.

In der Folgezeit führte die Beklagte mit dem Betriebsrat Verhandlungen, die am 18. Oktober 2006 zum Abschluss eines Interessenausgleichs und eines Sozialplans führten. Gem. Ziff. 2.1 des Interessenausgleichs sollte die gesamte Produktion einschließlich der „Mischerei“ und der „Oberflächenbeschichtung“ schrittweise bis zum 30. Juni 2007 stillgelegt werden. 4

Mit Schreiben vom 15. November 2006 informierte die Beklagte den Betriebsrat über eine geplante Massenentlassungsanzeige gem. § 17 Abs. 2 KSchG. Der Betriebsrat nahm hierzu am 21. November 2006 Stellung. 5

Unter dem 27. November 2006 teilte die Beklagte der Agentur für Arbeit mit, sie beabsichtige am 29. und 30. November 2006 insgesamt 157 Arbeitnehmer zu entlassen, bat um Mitteilung des Beginns und des Endes der Sperrfrist und beantragte die Zustimmung zu deren Abkürzung. Mit Schreiben vom 29. November 2006, das der Klägerin am folgenden Tag zugeing, sprach sie gegenüber der Klägerin die Kündigung zum 30. Juni 2007 aus. 6

Am 11. Dezember 2006 erteilte die Agentur für Arbeit der Beklagten einen Bescheid mit folgendem Wortlaut: 7

- „1. Die Entlassungssperre gemäß § 18 Abs. 1 Kündigungsschutzgesetz (KSchG) beginnt für 157 Arbeitnehmer am 28.11.2006 und endet am 27.12.2006.

Damit können die beabsichtigten Entlassungen gemäß Ihrer Anzeige vom 27.11.2006 erfolgen.

Ihrem Antrag auf Verkürzung der Entlassungssperre wird nicht zugestimmt, da für diese Anzeige nach geltender Rechtslage eine Verkürzung der Entlassungssperre nicht erforderlich ist.

2. Unbeschadet der Entlassungssperre sind die gesetzlichen, tariflichen oder vertraglichen Kündigungsfristen einzuhalten. Reichen sie über die Entlassungssperre hinaus, so sind die Entlassungen erst nach Ablauf der Kündigungsfrist zulässig.

...“

Die Klägerin legte am 15. Dezember 2006 Kündigungsschutzklage ein. 8  
Mit Schriftsatz vom 20. Dezember, der bei Gericht am 21. Dezember einging  
und der Beklagten zusammen mit der Klage am 28. Dezember 2006 zugestellt  
wurde, machte die Klägerin geltend, die Kündigung sei auch deshalb unwirk-  
sam, weil das Integrationsamt nicht über sie unterrichtet worden sei. Die Be-  
klagte beantragte daraufhin die Zustimmung des Integrationsamts zu einer  
beabsichtigten weiteren Kündigung. Die Zustimmung wurde mit Bescheid vom  
29. Januar 2007 erteilt. Mit Schreiben vom 26. Februar 2007 kündigte die  
Beklagte das Arbeitsverhältnis zum 31. August 2007 erneut. Auch gegen diese  
Kündigung erhob die Klägerin rechtzeitig Kündigungsschutzklage.

Zum 1. Mai 2007 übertrug die Beklagte den Betriebsteil, in welchem die 9  
„Oberflächenbeschichtung“ durchgeführt wurde, auf ein Drittunternehmen. Zum  
1. Juni 2007 wurde die Abteilung „Mischerei“ einschließlich der dazugehörigen  
Instandhaltung und Qualitätssicherung auf die H Schwestergesellschaft über-  
tragen, die allerdings vorübergehend in der bisherigen Betriebsstätte in B  
weiterarbeiten ließ.

Die Klägerin hält die Kündigungen für unwirksam. Die Kündigung vom 10  
29. November 2006 sei schon mangels Zustimmung des Integrationsamts nach  
§ 85 SGB IX unwirksam. Beide Kündigungen seien sozial ungerechtfertigt. Die  
Beklagte sei im Zeitpunkt des Ausspruchs noch nicht fest entschlossen ge-  
wesen, den gesamten Betrieb zum 30. Juni 2007 zu schließen. Außerdem  
scheiterten die Kündigungen an § 18 Abs. 4 KSchG. Die Beklagte habe eine  
weitere Anzeige gegenüber der Agentur für Arbeit erstatten müssen, weil die  
Kündigungen zu einem weit nach Ende der Freifrist liegenden Termin hätten  
wirken sollen.

Die Klägerin hat beantragt 11  
festzustellen, dass ihr Arbeitsverhältnis durch die  
Kündigungen der Beklagten vom 29. November 2006 und  
26. Februar 2007 nicht beendet wurde und dieses über  
den 31. August 2007 hinaus unverändert fortbesteht.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat behauptet, ihr Arbeitsdirektor und rechtsgeschäftlicher Vertreter ihrer Alleingesellschafterin habe gemeinsam mit ihrem Geschäftsführer und dem Chef der europäischen Sealing-Produktgruppe in Absprache mit dem Mutterkonzern die Entscheidung getroffen, den gesamten Produktionsbetrieb in B einschließlich der Verwaltung bis spätestens zum 30. Juni 2007 einzustellen. Diese unternehmerische Entscheidung habe sich sowohl im Informationsschreiben vom 13. Juni 2006 als auch in den beiden Betriebsvereinbarungen vom 18. Oktober 2006 widergespiegelt. Zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung habe sie noch nicht erwogen und auch noch nicht erkennen können, dass zu Beginn des Folgejahres zwei Betriebsteile, nämlich die „Mischerei“ und die „Oberflächenbeschichtung“ aufgrund von Teilbetriebsübergängen weiter fortbestehen würden. Erstmals im Februar/März 2007 habe sie Verhandlungen mit dem Drittunternehmen aufgenommen. Die Entscheidung, die „Mischerei“ mit Wirkung vom 1. Juni 2007 durch das Schwesterunternehmen in H weiterführen zu lassen, sei erst in der zweiten Maihälfte 2007 getroffen worden. Die übrige Produktion sei, wie ursprünglich geplant, zum 30. Juni 2007 stillgelegt worden. Die Massentlassungsanzeige sei ordnungsgemäß erstattet worden. Die Kündigung vom 29. November 2006 sei nicht nach § 85 SGB IX iVm. § 134 BGB unwirksam. Das Schreiben der Klägerin vom 20. Dezember 2006 lasse schon nicht hinreichend erkennen, dass damit Sonderkündigungsschutz geltend gemacht werden solle. Außerdem sei es ihr erst Anfang Januar und damit zu spät zur Kenntnis gelangt.

12

Das Arbeitsgericht hat nach Beweisaufnahme die Unwirksamkeit der Kündigung vom 29. November 2006 festgestellt und im Übrigen die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Klägerin und die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter. Mit der von ihr eingelegten Revision erstrebt die Beklagte die vollständige Abweisung der Klage.

13

## Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten hat keinen Erfolg (*I.*). Die Kündigung vom 29. November 2006 ist unwirksam nach § 85 SGB IX iVm. § 134 BGB. Die Revision der Klägerin ist zulässig (*II.*) und begründet (*III.*). Ob die Kündigung vom 26. Februar 2007 sozialwidrig iSd. § 1 KSchG ist, steht noch nicht fest. 14

I. Die Revision der Beklagten ist unbegründet. Die Kündigung vom 29. November 2006 ist nichtig nach § 85 SGB IX iVm. § 134 BGB. Sie bedurfte der Zustimmung des Integrationsamts nach § 85 SGB IX. 15

1. Hat der schwerbehinderte Arbeitnehmer - wie hier - im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung bereits einen Bescheid über seine Schwerbehinderteneigenschaft erhalten, so steht ihm der Sonderkündigungsschutz nach §§ 85 ff. SGB IX - abgesehen von den sich aus § 90 SGB IX ergebenden Ausnahmen - nach dem Wortlaut des Gesetzes auch dann zu, wenn der Arbeitgeber von der Schwerbehinderteneigenschaft oder der Antragstellung nichts wusste (*vgl. BAG 12. Januar 2006 - 2 AZR 539/05 - Rn. 15, AP SGB IX § 85 Nr. 3 = EzA SGB IX § 85 Nr. 5*). Allerdings unterliegt das Recht des Arbeitnehmers, sich nachträglich auf eine Schwerbehinderung zu berufen und die Zustimmungsbedürftigkeit der Kündigung geltend zu machen, der Verwirkung (§ 242 BGB). Die Verwirkung ist ein Sonderfall der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB). Mit der Verwirkung wird ausgeschlossen, Rechte illoyal verspätet geltend zu machen (*Senat 25. März 2004 - 2 AZR 295/03 - zu II 3 b der Gründe, AP MuSchG 1968 § 9 Nr. 36 = EzA MuSchG § 9 nF Nr. 40*). Sie dient dem Vertrauensschutz und verfolgt nicht den Zweck, den Schuldner stets dann von seiner Verpflichtung zu befreien, wenn der Gläubiger sich längere Zeit nicht auf seine Rechte berufen hat (*Zeitmoment*). Der Berechtigte muss vielmehr unter Umständen untätig geblieben sein, die den Eindruck erweckt haben, dass er sein Recht nicht mehr wahrnehmen wolle, so dass der Verpflichtete sich darauf einstellen durfte, nicht mehr in Anspruch genommen zu werden (*Umstandsmoment*). Hierbei muss das Erfordernis des Vertrauensschutzes auf 16

Seiten des Verpflichteten das Interesse des Berechtigten derart überwiegen, dass ihm die Erfüllung des Anspruchs nicht mehr zuzumuten ist (*BAG 15. Februar 2007 - 8 AZR 431/06 - Rn. 42, BAGE 121, 289*). Nach den vom Senat hierzu aufgestellten Grundsätzen muss sich der Arbeitnehmer, wenn er sich den Sonderkündigungsschutz nach § 85 SGB IX erhalten will, nach Zugang der Kündigung innerhalb einer angemessenen Frist, die drei Wochen beträgt (*BAG 13. Februar 2008 - 2 AZR 864/06 - BAGE 125, 345; 12. Januar 2006 - 2 AZR 539/05 - Rn. 45, aaO*), gegenüber dem Arbeitgeber auf seine bereits festgestellte oder zur Feststellung beantragte Schwerbehinderteneigenschaft berufen. Unterlässt der Arbeitnehmer die entsprechende Mitteilung, so hat er den besonderen Kündigungsschutz verwirkt. Die Dreiwochenfrist ist eine Regelfrist. Sie konkretisiert den Verwirkungstatbestand. Ihre Überschreitung führt danach regelmäßig, aber nicht zwingend zur Verwirkung (*BAG 12. Januar 2006 - 2 AZR 539/05 - aaO*).

2. Im Streitfall hat die Klägerin das Recht, die Nichtigkeit der Kündigung geltend zu machen, nicht verwirkt. 17
- a) Die Klägerin hat sich mit ihrem Schreiben vom 20. Dezember 2006 ausreichend auf das Bestehen von Sonderkündigungsschutz nach § 85 SGB IX berufen. Nach dem Wortlaut des Schreibens führte die Klägerin aus, die Kündigung „sei auch deshalb unwirksam, da das Integrationsamt nicht über die Kündigung unterrichtet wurde.“ Einer Einschaltung des Integrationsamts zur Vermeidung der Unwirksamkeit einer Kündigung bedarf es nach dem Gesetz ausschließlich bei schwerbehinderten oder gleichgestellten Menschen. Das war offenkundig auch der Beklagten geläufig. Sie hat das Schreiben jedenfalls in diesem Sinn verstanden und umgehend die Zustimmung des Integrationsamts beantragt. 18
- b) Die Klägerin hat das Recht, sich auf die Nichtigkeit der Kündigung zu berufen, nicht illoyal verspätet geltend gemacht. Illoyal verspätet ist eine Berufung auf die Schwerbehinderung gegenüber dem Arbeitgeber jedenfalls dann nicht, wenn sie - wie hier - zugleich mit der Zustellung der fristgerecht erhobenen Klage erfolgt. 19

aa) Die ursprünglich vom Senat angenommene Monatsfrist wurde zu einer Zeit als Regelfrist aufgestellt, als das Fehlen einer Zustimmung der zuständigen Behörde noch als sonstiger Unwirksamkeitsgrund außerhalb der Klagefrist geltend gemacht werden konnte. Die Frist sollte einer Überforderung des Arbeitgebers durch den Sonderkündigungsschutz für schwerbehinderte Arbeitnehmer entgegenwirken. Nachdem der Arbeitnehmer nunmehr auch die sonstigen Unwirksamkeitsgründe einschließlich der Schwerbehinderung innerhalb der Frist des § 4 Satz 1 KSchG gerichtlich geltend machen muss, konnte es bei der Monatsfrist nicht bleiben: Die materiellrechtliche Verwirkungsfrist konnte sinnvoller Weise nicht länger sein als die mit denselben Wirkungen des Rechtsverlustes ausgestattete Versäumung der Klagefrist. 20

bb) Dem entspricht es, dass auch umgekehrt die Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG nicht länger sein kann als die materiellrechtliche Verwirkungsfrist. Es liegt nicht in der Absicht des Gesetzes, Arbeitnehmer, die ihren Sonderkündigungsschutz als schwerbehinderte Menschen geltend machen wollen, schlechter zu stellen als zB Arbeitnehmer, die sich auf andere vom Arbeitgeber unerkannte Unwirksamkeitsgründe stützen wollen. Das Gesetz will alle Unwirksamkeitsgründe, was die Frist, sie gerichtlich geltend zu machen, betrifft, gleichbehandeln. Die Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG soll den Arbeitgeber schützen. Er soll nach einer angemessenen Zeit, die vom Gesetzgeber auf drei Wochen zuzüglich der zur Zustellung der Klageschrift erforderlichen Zeit bemessen wurde, davon geschützt sein, sich mit dem Begehren nach Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auseinandersetzen zu müssen. Umgekehrt mutet das Gesetz jedenfalls bis zum Ablauf dieser Zeitspanne dem Arbeitgeber zu, die Wirksamkeit der Kündigung zu verteidigen und alle etwa geltend gemachten Unwirksamkeitsgründe entweder entkräften oder gegen sich gelten lassen zu müssen. Dies erfasst nach der Neuregelung des § 4 Satz 1 KSchG auch die fehlende Zustimmung des Integrationsamts. Damit wäre es nicht vereinbar, wenn sich ein Arbeitnehmer, der innerhalb der betreffenden Zeitspanne die Unwirksamkeit der Kündigung nach § 85 SGB IX geltend macht, gleichwohl den Einwand der Verwirkung entgegenhalten lassen müsste. 21



- II. Die Revision der Klägerin ist zulässig. Sie richtet sich gegen die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts, soweit es ihre Berufung zurückgewiesen und damit die klageabweisende Entscheidung des Arbeitsgerichts bestätigt hat. 22
1. Das am 25. März 2008 verkündete Berufungsurteil wurde der Klägerin am 12. August 2008 zugestellt. Revisionschrift und Revisionsbegründung gingen am 8. August 2008 beim Bundesarbeitsgericht ein. Dass dieser Zeitpunkt vor dem der Zustellung des Berufungsurteils lag, ist unschädlich (*für die Berufungsbegründungsfrist: BGH 24. Juni 1999 - IZR 164/97 - NJW 1999, 3269*). 23
2. Die Revision ist entgegen der Auffassung der Beklagten nicht deshalb unzulässig, weil die Klägerin - soweit sie Revision eingelegt hat - nicht beschwert wäre. Allerdings scheint sich der in der Revisionsbegründung enthaltene Sachantrag gegen - so der Wortlaut - „die Kündigung vom 29. November 2006 ... zum 30. Juni 2007“ zu wenden. Indes ist der Antrag auslegungsbedürftig und auslegungsfähig. Die Klägerin hatte keinerlei Anlass, das Berufungsurteil hinsichtlich der Kündigung vom 29. November 2006 anzugreifen. Insoweit hatte sie obsiegt. Wenn sie gleichwohl Rechtsmittel gegen das Urteil einlegte, dann war für jedermann offenkundig, dass es sich bei der Angabe „die Kündigung vom 29. November 2006“ um einen Irrtum in der Bezeichnung (*falsa demonstratio*) handelte. Nach Lage der Dinge konnte die Revision sich *allein* gegen die - die Berufung der Klägerin zurückweisende - Entscheidung des Landesarbeitsgerichts über die Kündigung vom 26. Februar 2007 zum 31. August 2007 richten. Das liegt trotz des Fehlgriffs im Wortlaut auf der Hand und kann von der Beklagten schwerlich verkannt worden sein. 24
- III. Die Revision ist begründet. Sie führt im Umfang ihrer Einlegung zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Landesarbeitsgericht. 25
1. Ob die Kündigung vom 26. Februar 2007 sozial gerechtfertigt iSd. § 1 Abs. 2 KSchG ist, steht noch nicht fest. Die bisherige Würdigung des Landesarbeitsgerichts steht nicht im Einklang mit § 1 Abs. 2 KSchG. 26

a) Maßgeblicher Zeitpunkt zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Kündigung ist der des Kündigungszugangs (*st. Rspr., vgl. Senat 21. April 2005 - 2 AZR 241/04 - zu B I 1 der Gründe, BAGE 114, 258*). Grundsätzlich muss zu diesem Zeitpunkt der Kündigungsgrund, nämlich der Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit, vorliegen. Das Gestaltungsrecht Kündigung kann nur bei Vorliegen eines im Zeitpunkt der Kündigungserklärung vorhandenen Kündigungsgrundes rechtswirksam ausgeübt werden. 27

b) Diesem Maßstab wird das Berufungsurteil nicht gerecht, soweit es die Abweisung der Klage bestätigt hat. Das Landesarbeitsgericht hat die am 26. Februar 2007 ausgesprochene Kündigung nach den Verhältnissen bei Zugang der vorausgegangenen Kündigung - am 30. November 2006 - beurteilt. Dies ist im Streitfall kein marginaler Unterschied, der vernachlässigt werden könnte. Zwischen den Parteien ist unstrittig, dass sich prognosewirksame Tatsachen Anfang 2007 geändert haben. Es ist daher denkbar, dass bei Zugang der zweiten Kündigung Ende Februar 2007 die Prognose einer vollständigen Betriebsstilllegung nicht mehr gerechtfertigt war. Das Landesarbeitsgericht ist ersichtlich - und fälschlich - davon ausgegangen, die von ihm zu überprüfende Kündigung sei der Klägerin bereits Anfang Dezember 2006 zugegangen. So ist unter A I 2 der Entscheidungsgründe von „Ende November 2006 und ... Anfang Dezember 2006, also ... den jeweiligen Beurteilungszeitpunkten des Zugangs der streitgegenständlichen Kündigungen“ die Rede. In den die Betriebsbedingtheit der Kündigung betreffenden Passagen bezieht sich das Landesarbeitsgericht zudem mehrfach darauf, etwaige Änderungen am unternehmerischen Konzept der vollständigen Betriebsstilllegung hätten sich erst „nach der Kündigung“ ergeben. Den Zeitraum „nach der Kündigung“ sieht es, wie sich aus dem Zusammenhang seiner Ausführungen ergibt, als identisch mit Anfang 2007 an. Die hier zur Entscheidung stehende Kündigung wurde der Klägerin jedoch erst am 26. Februar 2007 ausgesprochen. Zu der Frage, ob zu diesem Zeitpunkt die Voraussetzungen einer betriebsbedingten Kündigung (noch) vorlagen, verhält sich das Berufungsurteil nicht. 28

2. Die Entscheidung des Berufungsgerichts stellt sich nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). Die Sache ist nicht zur Endentscheidung reif (§ 563 Abs. 3 ZPO). Ob die Kündigung vom 26. Februar 2007 sozial gerechtfertigt iSd. § 1 Abs. 2 KSchG ist, kann der Senat auf der Grundlage des bisherigen Sach- und Streitstandes nicht beurteilen. Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass es seit Anfang 2007 bei der Beklagten Zweifel gab, ob sich das ursprüngliche Stilllegungskonzept würde durchhalten lassen. Die Beklagte selbst hat vorgetragen, entsprechende Verhandlungen mit einem Teilübernehmer Februar/März 2007 begonnen zu haben. Ob sich diese Unsicherheiten auf die Beschäftigungsmöglichkeiten für die Klägerin - etwa bei der Frage der Sozialauswahl - ausgewirkt haben, lässt sich nicht abschließend beurteilen. Das Landesarbeitsgericht hat insoweit keine Feststellungen getroffen. Auch seine Ausführungen zu der Frage, ob die Unwirksamkeit der Kündigung aus einem Verstoß gegen §§ 17, 18 KSchG folgen könne, beruhen auf der irrtümlichen Vorstellung, die Kündigung sei Ende November/Anfang Dezember 2006 erfolgt. Ob für die Kündigung vom 26. Februar 2007 eine Anzeigepflicht nach § 17 Abs. 1 KSchG bestand, ist nicht festgestellt.

Kreft

Berger

Schmitz-Scholemann

Dr. Roeckl

K. Schierle