

Bundesarbeitsgericht
Neunter Senat

Urteil vom 10. Mai 2016
- 9 AZR 145/15 -
ECLI:DE:BAG:2016:100516.U.9AZR145.15.0

I. Arbeitsgericht Frankfurt am Main

Urteil vom 27. Mai 2014
- 10 Ca 8834/13 -

II. Hessisches Landesarbeitsgericht

Urteil vom 8. Januar 2015
- 9 Sa 1079/14 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Elternzeitverlangen - Schriftform

Bestimmungen:

BGB §§ 125, 126, 126a, 126b, 127, 134, 242; BEEG in der bis zum
31. Dezember 2014 geltenden Fassung (BEEG aF) § 16 Abs. 1, § 18
Abs. 1

BUNDESARBEITSGERICHT



9 AZR 145/15
9 Sa 1079/14
Hessisches
Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
10. Mai 2016

URTEIL

Kaufhold, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagter, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 10. Mai 2016 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Brühler, die Richter am Bundesarbeitsgericht Krasshöfer und Klose sowie die ehrenamtlichen Richter Kranzusch und Wullhorst für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 8. Januar 2015 - 9 Sa 1079/14 - aufgehoben.
2. Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Frankfurt am Main vom 27. Mai 2014 - 10 Ca 8834/13 - abgeändert.
Die Klage wird abgewiesen.
3. Die Klägerin hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

- Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung des Beklagten. 1
- Die Klägerin war ab Januar 2012 in der Anwaltskanzlei des Beklagten als Rechtsanwaltsfachangestellte tätig. In der Kanzlei waren regelmäßig nicht mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt. 2
- Der Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis der Parteien mit Schreiben vom 31. August 2012. Am 17. September 2012 erhielt die Klägerin Kenntnis von ihrer Schwangerschaft. Mit Schreiben vom 19. September 2012 teilte sie dem Beklagten die Schwangerschaft mit. Nach der ärztlichen Bescheinigung vom 27. September 2012 war voraussichtlicher Geburtstermin der 17. Mai 2013. Ab dem 5. April 2013 befand sich die Klägerin im Mutterschutz. Am 30. April 2013 schlossen die Parteien in ihrem Kündigungsrechtsstreit vor dem Arbeitsgericht (- 10 Ca 8802/12 -) einen Vergleich und vereinbarten, dass ihr Arbeitsverhältnis fortbesteht. 3
- Nach der Geburt ihrer Tochter am 26. Mai 2013 übersandte die Klägerin dem Beklagten am 10. Juni 2013 ein Telefax mit dem Betreff „Elternzeit“ und folgendem Inhalt: 4

” ...

hiermit teile ich Ihnen meine Elternzeit wie folgt mit. Ich werde meine Elternzeit (Mutterschutz) 2 Jahre in Anspruch nehmen!

Bitte veranlassen Sie alles Notwendige!

...“

Mit Schreiben vom 15. November 2013 kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis zum 15. Dezember 2013, hilfsweise zum nächstmöglichen Termin. 5

Die Klägerin hat in ihrer am 5. Dezember 2013 beim Arbeitsgericht eingegangenen Kündigungsschutzklage die Auffassung vertreten, der Beklagte habe das Arbeitsverhältnis nach § 18 Abs. 1 Satz 1 BEEG aF nicht kündigen dürfen. Sie hat behauptet, sie habe dem Beklagten nicht nur per Telefax vom 10. Juni 2013, sondern auch durch das von ihr unterzeichnete und von ihrem Ehemann in einen Briefkasten eingeworfene Originalschreiben angezeigt, dass sie für zwei Jahre Elternzeit in Anspruch nehme. Ihr Prozessbevollmächtigter habe mit Schreiben vom 17. Juni 2013 dem Beklagten ein von diesem auszufüllendes Formular zu ihrem Antrag auf Elterngeld übersandt. Mit ihrem Telefax vom 10. Juni 2013 habe sie wirksam Elternzeit verlangt. Jedenfalls verhalte sich der Beklagte widersprüchlich, wenn er die Formwidrigkeit ihres Elternzeitverlangens rüge. Dieser habe auf ihr Fernbleiben von der Arbeit über vier Monate nicht reagiert und dadurch die Nachholung einer formgerechten Erklärung vereitelt. 6

Die Klägerin hat beantragt 7

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung des Beklagten vom 15. November 2013 weder zum 15. Dezember 2013 noch zu einem späteren Zeitpunkt aufgelöst worden ist;
2. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis über den 15. Dezember 2013 hinaus fortbesteht.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Er hat gemeint, seine Kündigung vom 15. November 2013 sei rechtswirksam. Die Klägerin habe 8

Elternzeit nicht gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 BEEG aF schriftlich verlangt. Die Mitteilung im Telefax stamme nicht von der Klägerin, sondern von ihrem Ehemann und habe auch inhaltlich nicht ausgereicht. Er habe den Beginn der Elternzeit nicht ermitteln können, weil er das Geburtsdatum der Tochter der Klägerin nicht gekannt habe. Die Klägerin sei mehrfach darauf hingewiesen worden, dass die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme von Elternzeit nicht vorgelegen hätten.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte sein Ziel der Klageabweisung weiter. In der Revisionsverhandlung hat die Klägerin den Antrag festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis über den 15. Dezember 2013 hinaus fortbesteht, mit Zustimmung des Beklagten zurückgenommen.

9

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision des Beklagten ist begründet.

10

I. Das Landesarbeitsgericht hat zu Unrecht angenommen, dass die Kündigung des Beklagten vom 15. November 2013 wegen Verstoßes gegen das Kündigungsverbot in § 18 Abs. 1 Satz 1 BEEG aF gemäß § 134 BGB unwirksam ist.

11

1. Gemäß § 27 Abs. 1 Satz 2 BEEG idF vom 27. Januar 2015 sind hier die §§ 2 bis 22 BEEG in der bis zum 31. Dezember 2014 geltenden Fassung (BEEG aF) anzuwenden, weil die Tochter der Klägerin am 26. Mai 2013 und damit vor dem 1. Juli 2015 geboren ist.

12

2. Nach § 18 Abs. 1 Satz 1 BEEG aF durfte der Arbeitgeber 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. Das Kündigungsverbot des § 18 Abs. 1 Satz 1 BEEG aF setzte

13

damit eine wirksame Inanspruchnahme der Elternzeit voraus (so zum wortgleichen § 18 BErzGG BAG 26. Juni 2008 - 2 AZR 23/07 - Rn. 23; zu § 18 BEEG: HaKo/Böhm 5. Aufl. § 18 BEEG Rn. 25; AR/Klose 7. Aufl. § 18 BEEG Rn. 1). Ob die Kündigung des Beklagten wegen des Kündigungsverbots in § 18 Abs. 1 Satz 1 BEEG aF gemäß § 134 BGB unwirksam ist, hängt damit davon ab, ob die Klägerin vor dem Zugang der Kündigungserklärung gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 BEEG aF wirksam Elternzeit in Anspruch genommen hat. Nach dieser Vorschrift musste, wer Elternzeit beanspruchen wollte, sie spätestens sieben Wochen vor Beginn schriftlich vom Arbeitgeber verlangen und gleichzeitig erklären, für welche Zeiten innerhalb von zwei Jahren Elternzeit genommen werden soll.

3. Wenn § 16 Abs. 1 Satz 1 BEEG aF bestimmte, dass die Elternzeit schriftlich vom Arbeitgeber verlangt werden musste, und § 18 Abs. 1 Satz 1 BEEG aF den Kündigungsschutz daran knüpfte, dass Elternzeit verlangt wurde, zwingt dies zu der Annahme, dass nur ein schriftliches Elternzeitverlangen das Kündigungsverbot des § 18 Abs. 1 Satz 1 BEEG aF auslöste. Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber an das Verlangen iSd. § 18 Abs. 1 Satz 1 BEEG aF geringere Anforderungen stellen wollte als die in § 16 Abs. 1 Satz 1 BEEG aF formulierten, fehlen. 14

4. Daran gemessen hat das Landesarbeitsgericht auf der Grundlage des von ihm festgestellten Sachverhalts rechtsfehlerhaft angenommen, dass die Kündigung des Beklagten vom 15. November 2013 wegen Verstoßes gegen das Kündigungsverbot in § 18 Abs. 1 Satz 1 BEEG aF gemäß § 134 BGB unwirksam ist. Es fehlt jedenfalls an einer formgerechten Inanspruchnahme der Elternzeit. Das dem Beklagten per Telefax am 10. Juni 2013 übermittelte Elternzeitverlangen ist gemäß § 125 Satz 1 BGB nichtig. Durch dieses ist die nach § 16 Abs. 1 Satz 1 BEEG aF iVm. § 126 Abs. 1 BGB erforderliche Schriftform nicht gewahrt. Nach letztgenannter Vorschrift muss die Urkunde von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden, wenn durch Gesetz schriftliche Form vorgeschrieben ist. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts 15

und der Klägerin musste diese die Elternzeit schriftlich iSv. § 126 Abs. 1 BGB verlangen (so auch *KR/Bader 11. Aufl. § 18 BEEG Rn. 44*; *Buchner/Becker MuSchG/BEEG 8. Aufl. § 16 BEEG Rn. 3*; *ErfK/Gallner 16. Aufl. § 16 BEEG Rn. 2*; *Kleinebrink FA 2001, 354, 357*; *Schaub/Linck ArbR-HdB 16. Aufl. § 172 Rn. 11*; *Hk-MuSchG/BEEG/Rancke 4. Aufl. § 16 BEEG Rn. 6*; *Tillmanns in Tillmanns/Mutschler MuSchG/BEEG § 16 BEEG Rn. 5*; *SPV/Vossen 11. Aufl. Rn. 1450*; vgl. zu § 16 Abs. 1 Satz 1 BErzGG auch bereits *BAG 27. April 2004 - 9 AZR 21/04 - zu A I 2 b bb (3) der Gründe, BAGE 110, 224*; *aA Brors RdA 2005, 51, 54*; *HWK/Gaul 7. Aufl. § 16 BEEG Rn. 1*; *Gotthardt/Beck NZA 2002, 876, 881*; *Kohte/Müller jurisPR-ArbR 41/2009 Anm. 4*; *Küttner/Poeche Personalbuch 2016 Elternzeit Rn. 15*). Auch die Entscheidung des Zweiten Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 26. Juni 2008 (- 2 AZR 23/07 - Rn. 24 f.), die ausdrücklich vom Schriftformerfordernis in § 16 Abs. 1 Satz 1 BErzGG spricht, ist so verstanden worden, dass die Schriftform des § 126 Abs. 1 BGB Wirksamkeitsvoraussetzung des Elternzeitverlangens ist (vgl. *Bruns Elternzeit 3. Aufl. S. 29 Fn. 60*).

a) Bereits der Wortlaut des § 16 Abs. 1 Satz 1 BEEG aF spricht dafür, dass für eine wirksame Inanspruchnahme der Elternzeit die Schriftform iSv. § 126 Abs. 1 BGB eingehalten sein musste. 16

aa) Verwendet der Gesetzgeber den Begriff „schriftlich“ im Zusammenhang mit einer Willenserklärung, wie dies zB in § 22 Abs. 3 BBiG und § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG der Fall ist, spricht dies für eine Unterwerfung unter die Schriftform des § 126 Abs. 1 BGB (vgl. *Lützen NJW 2012, 1627, 1628*). Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist das Formerfordernis des § 126 Abs. 1 BGB trotz des offenen Wortlauts der Vorschrift grundsätzlich auf Rechtsgeschäfte beschränkt. Auf rechtsgeschäftsähnliche Erklärungen ist die Bestimmung nicht unmittelbar anzuwenden. Daran hat die Ergänzung des § 126 BGB um § 126a und § 126b BGB durch das Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr vom 13. Juli 2001 (*BGBI. I S. 1542*) nichts geändert. Auch die §§ 126a, 126b BGB sind wegen des fortbestehenden Sachzusam- 17

menhangs mit den Bestimmungen über Willenserklärungen und Rechtsgeschäfte unmittelbar nur auf Willenserklärungen anwendbar. Für rechtsgeschäftsähnliche Erklärungen gelten sie allenfalls entsprechend (*BAG 15. Dezember 2011 - 7 ABR 40/10 - Rn. 33; 10. März 2009 - 1 ABR 93/07 - Rn. 32, BAGE 130, 1*).

bb) Bei der Inanspruchnahme von Elternzeit handelt es sich jedoch nicht um eine rechtsgeschäftsähnliche Erklärung, sondern wie bei der Kündigung eines Berufsausbildungsverhältnisses (§ 22 Abs. 3 *BBiG*) und dem Weiterbeschäftigungsverlangen eines Auszubildenden nach § 78a Abs. 2 Satz 1 *BetrVG* um eine rechtsgestaltende empfangsbedürftige Willenserklärung (*KR/Bader § 18 BEEG Rn. 46; Buchner/Becker § 16 BEEG Rn. 1 und 4; Hk-MuSchG/BEEG/Rancke § 16 BEEG Rn. 5*). Das Elternzeitverlangen ist darauf gerichtet, das Arbeitsverhältnis für einen bestimmten Zeitraum zum Zwecke der Betreuung und Erziehung eines Kindes zum Ruhen zu bringen. Es führt aufgrund des der Arbeitnehmerin bzw. dem Arbeitnehmer eingeräumten Gestaltungsrechts unmittelbar zum Ruhen der sich aus dem Arbeitsvertrag ergebenden wechselseitigen Hauptpflichten (*so bereits zum BErzGG BAG 19. April 2005 - 9 AZR 233/04 - zu II 3 a aa der Gründe, BAGE 114, 206*). Diese Rechtsfolge tritt ein, ohne dass es einer Zustimmung seitens des Arbeitgebers bedarf (*so schon zum BErzGG BAG 27. April 2004 - 9 AZR 21/04 - zu A I 2 a der Gründe, BAGE 110, 224*).

b) Für die Geltung des strengen Formerfordernisses des § 126 Abs. 1 BGB spricht darüber hinaus die Gesetzeshistorie. 19

aa) Der Gesetzgeber hat in § 16 Abs. 1 Satz 1 *BEEG aF* die Regelung des § 16 Abs. 1 Satz 1 *BErzGG* weitgehend inhaltsgleich übernommen. § 16 Abs. 1 Satz 1 *BErzGG* in der Fassung vom 31. Januar 1994 lautete: 20

„Der Arbeitnehmer muss den Erziehungsurlaub spätestens vier Wochen vor dem Zeitpunkt, von dem ab er ihn in Anspruch nehmen will, vom Arbeitgeber verlangen und gleichzeitig erklären, für welchen Zeitraum oder für welche Zeiträume er Erziehungsurlaub in Anspruch nehmen will.“

Sodann wurde die Norm folgendermaßen geändert: 21

„Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer müssen die Elternzeit, wenn sie unmittelbar nach der Geburt des Kindes oder nach der Mutterschutzfrist (§ 15 Abs. 3 Satz 2) beginnen soll, spätestens sechs Wochen, sonst spätestens acht Wochen vor Beginn schriftlich vom Arbeitgeber verlangen und gleichzeitig erklären, für welche Zeiten innerhalb von zwei Jahren sie Elternzeit nehmen werden.“

Zu dieser Änderung mit dem Dritten Gesetz zur Änderung des BErzGG mit Wirkung zum 1. Januar 2001 hat der Gesetzgeber ausgeführt (*BT-Drs. 14/3553 S. 22*): 22

„Für die Anmeldung und die zeitliche Einteilung des Erziehungsurlaubs ist nach Satz 1 in Zukunft die Schriftform notwendig, um die Gesamtübersicht zum flexibilisierten Erziehungsurlaub zu verbessern.“

Der Gesetzgeber hat damit für die Inanspruchnahme des Erziehungsurlaubs bzw. der Elternzeit bewusst ein Formerfordernis eingeführt. Mit dem Begriff „Schriftform“ hat er dabei auf die gesetzliche Überschrift des § 126 BGB Bezug genommen. 23

bb) Das Argument, für das Verlangen der Elternzeit genüge die Wahrung der Textform, weil bei Inkrafttreten des Dritten Gesetzes zur Änderung des BErzGG mit Wirkung zum 1. Januar 2001 § 126b BGB noch nicht galt, trägt nicht. Diese Vorschrift wurde zwar erst mit Wirkung vom 1. August 2001 eingeführt (*BGBI. I S. 1542*). Jedoch hat der Gesetzgeber bei der Überführung des § 16 BErzGG in das BEEG und den zahlreichen Änderungen des BEEG davon abgesehen, das Wort „schriftlich“ durch die Formulierung „in Textform“ zu ersetzen. Dieser Wille des Gesetzgebers ist zu achten, zumal dieser Textform iSv. § 126b BGB vornehmlich nicht bei Willenserklärungen, sondern bei rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen oder bei gesetzlichen Informationspflichten vorschreibt (*MüKoBGB/Einsele 7. Aufl. § 126 Rn. 4*). Insofern kann von einer bewussten Entscheidung des Gesetzgebers ausgegangen werden, über die sich die Gerichte auch dann nicht hinwegsetzen dürfen, wenn sie das Schriftformerfordernis nicht für angemessen erachten. 24

- c) Schließlich geben auch Sinn und Zweck der Regelung vor, dass das Elternzeitverlangen nach § 16 Abs. 1 Satz 1 BEEG aF der Schriftform des § 126 Abs. 1 BGB bedurfte. Dabei ist nicht allein auf den in der Gesetzesbegründung ausdrücklich formulierten Zweck der Verbesserung der Gesamtübersicht zum flexibilisierten Erziehungsurlaub abzustellen (*aA wohl Gotthardt/Beck NZA 2002, 876, 881*). 25
- aa) Die Wahrung der Schriftform des § 126 Abs. 1 BGB bei der Inanspruchnahme der Elternzeit bewirkt zunächst Rechtssicherheit für die Arbeitsvertragsparteien und eine Beweiserleichterung im Rechtsstreit, ob und ggf. für welche Zeiträume Elternzeit verlangt worden ist. Durch die Unterzeichnung wird der Aussteller der Urkunde erkennbar. Außerdem wird durch die Verbindung zwischen Unterschrift und Erklärungstext gewährleistet, dass die Erklärung inhaltlich vom Unterzeichner herrührt (*BAG 17. Dezember 2015 - 6 AZR 709/14 - Rn. 27*). Dies schließt einen Streit der Parteien wie im Entscheidungsfall, ob die Elternzeit von der Klägerin oder ihrem Ehemann per Telefax verlangt wurde, weitgehend aus. 26
- bb) Das Schriftformerfordernis bei der Inanspruchnahme der Elternzeit schützte aber nicht nur den Arbeitgeber als Erklärungsempfänger. Es entfaltete darüber hinaus für die Arbeitnehmerin bzw. den Arbeitnehmer eine Warnfunktion. Hat eine Formvorschrift auch Warnfunktion, führt dies grundsätzlich zu den strengen Anforderungen des § 126 Abs. 1 BGB (*vgl. BAG 15. Dezember 2011 - 7 ABR 40/10 - Rn. 37; ErfK/Preis §§ 125 - 127 BGB Rn. 13*). Durch die Schriftform soll die Arbeitnehmerin bzw. der Arbeitnehmer vor einem unüberlegten oder übereilten Elternzeitverlangen geschützt werden. Durch die Inanspruchnahme von Elternzeit wird das Arbeitsverhältnis für die Dauer von bis zu drei Jahren zum Ruhen gebracht. Dies hat zur Folge, dass der Vergütungsanspruch für diesen Zeitraum entfällt. Mit der im Arbeitsverhältnis erzielten Vergütung bestreiten Arbeitnehmer regelmäßig - zumindest größtenteils - ihren Lebensunterhalt. Die Ausübung des Gestaltungsrechts muss daher wohlüberlegt sein (*vgl. Tillmanns in Tillmanns/Mutschler § 16 BEEG Rn. 5*), zumal eine vorzeitige 27

Beendigung der Elternzeit nach § 16 Abs. 3 Satz 1 BEEG aF grundsätzlich nur mit Zustimmung des Arbeitgebers möglich war.

cc) Daraus wird deutlich, dass für ein wirksames Elternzeitverlangen die Einhaltung der Schriftform des § 126 Abs. 1 BGB konstitutiv wirkt. Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber die Formvorschrift eingeführt hat, ohne diese iSv. § 125 Satz 1 BGB einzuordnen, fehlen (*vgl. zu einem solchen Ausnahmefall BGH 1. Juli 1999 - IZR 181/96 - zu II 2 b der Gründe mwN; vgl. zu § 4 Abs. 1 Satz 1 BBiG aF auch BAG 21. August 1997 - 5 AZR 713/96 - zu II 2 der Gründe*). 28

d) Die Klägerin hat durch das Faxschreiben vom 10. Juni 2013 die Form des § 126 Abs. 1 BGB nicht gewahrt. 29

aa) Das Gesetz unterscheidet in § 125 BGB zwischen einer durch Gesetz vorgeschriebenen schriftlichen Form und der durch Rechtsgeschäft bestimmten Form. Nach § 127 Abs. 2 Satz 1 BGB genügt zur Wahrung der durch Rechtsgeschäft bestimmten schriftlichen Form, soweit nicht ein anderer Wille anzunehmen ist, die telekommunikative Übermittlung. Ist durch Gesetz schriftliche Form vorgeschrieben, so muss nach § 126 Abs. 1 BGB die Urkunde von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden. Gemäß § 126 Abs. 3 BGB kann die schriftliche Form durch die elektronische Form ersetzt werden, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Soll die gesetzlich vorgeschriebene schriftliche Form durch die elektronische Form ersetzt werden, so muss der Aussteller der Erklärung dieser seinen Namen hinzufügen und das elektronische Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur nach dem SigG versehen (§ 126a Abs. 1 BGB). 30

bb) Auch wenn man zugunsten der Klägerin und entgegen der Behauptung des Beklagten davon ausgeht, dass sie die Vorlage für das Telefax vom 10. Juni 2013 eigenhändig unterzeichnet hat, ist den Anforderungen des § 126 BGB nicht genüge getan. Da es sich bei der Inanspruchnahme von Elternzeit um eine empfangsbedürftige Willenserklärung handelt, wird die Erklärung nur 31

wirksam, wenn die formgerecht errichtete Erklärung dem Erklärungsempfänger zugeht (vgl. *BGH 28. Januar 1993 - IX ZR 259/91 - zu II 2 der Gründe, BGHZ 121, 224; Palandt/Ellenberger 75. Aufl. § 126 BGB Rn. 12*). Bei dem Beklagten ist im Ergebnis nur eine Ablichtung der Urkunde angekommen. Beim Telefax genügt der Zugang dieser Ablichtung nicht dem Schriftformgebot (*zur Übermittlung einer Kündigung per Telefax: vgl. BAG 17. Dezember 2015 - 6 AZR 709/14 - Rn. 47; APS/Greiner 4. Aufl. § 623 BGB Rn. 16 mwN*).

5. Dem Beklagten ist es nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht verwehrt, sich auf die Nichteinhaltung der Schriftform zu berufen. 32

a) Das Berufen des Arbeitgebers auf die fehlende Schriftform des Elternzeitverlangens kann rechtsmissbräuchlich sein. Es kann gegen das Verbot des widersprüchlichen Verhaltens („venire contra factum proprium“) verstoßen, wenn besondere Umstände die Rechtsausübung als treuwidrig erscheinen lassen. Das ist insbesondere der Fall, wenn durch das Verhalten des Arbeitgebers - bewusst oder unbewusst - für die Arbeitnehmerin bzw. den Arbeitnehmer ein schützenswertes Vertrauen auf den Fortbestand des Bisherigen geschaffen worden ist. Ein solches Vertrauen kann auch durch Umstände begründet werden, die nach dem Beginn des Fernbleibens von der Arbeit eingetreten sind (*BAG 26. Juni 2008 - 2 AZR 23/07 - Rn. 26 f.*). 33

b) Das Landesarbeitsgericht ist davon ausgegangen, dass der Einwand der mangelnden Schriftform des Elternzeitverlangens dem Beklagten nicht als rechtsmissbräuchlich verwehrt ist. Die einzelfallbezogene Würdigung der Umstände durch das Berufungsgericht ist in der Revisionsinstanz als Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs grundsätzlich nur eingeschränkt darauf überprüfbar, ob das angefochtene Urteil den Rechtsbegriff des Rechtsmissbrauchs verkannt hat, ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter § 242 BGB Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat, ob es alle wesentlichen Umstände berücksichtigt hat und ob es in sich widerspruchsfrei ist (*BAG 11. Juni 2013 - 9 AZR 786/11 - Rn. 11 mwN*). Es kann offenbleiben, ob dieser eingeschränkte revisionsrechtliche Prüfungsmaßstab vorliegend zur Anwendung kommt, obwohl es sich bei den Ausführungen des Landesarbeitsge- 34

richts um ein obiter dictum handelt, weil es auf sie nach der Lösung des Landesarbeitsgerichts nicht ankam.

c) Die Anwendung des § 242 BGB durch das Landesarbeitsgericht hält auch einer uneingeschränkten Überprüfung stand. Umstände, mit denen der Beklagte zum Ausdruck gebracht hat, die Klägerin befinde sich nach seiner Auffassung in Elternzeit, sind weder festgestellt noch sonst ersichtlich. Zwar hat der Beklagte die Klägerin nach der Geburt ihres Kindes zu keinem Zeitpunkt aufgefordert, ihre Arbeit wieder aufzunehmen. Damit allein bringt ein Arbeitgeber zumindest bei einem Zeitraum von wenigen Wochen noch nicht zum Ausdruck, dass die wechselseitigen Hauptpflichten wegen der Inanspruchnahme von Elternzeit suspendiert sind. Dabei ist zu beachten, dass der Beklagte die Klägerin unstreitig mit Schreiben vom 31. Juli 2013 aufgefordert hat, ihm das Geburtsdatum des Kindes mitzuteilen und nachzuweisen. Ohne diese Information kann ein Arbeitgeber das Ende des Beschäftigungsverbots nach der Entbindung gemäß § 6 MuSchG nicht berechnen und feststellen, ab welchem Zeitpunkt ohne Inanspruchnahme von Elternzeit die Arbeitspflicht der Arbeitnehmerin wieder auflebt. 35

Anders als in dem Sachverhalt, der der Entscheidung des Zweiten Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 26. Juni 2008 zugrunde lag (- 2 AZR 23/07 - Rn. 28), hat der Beklagte auch keine Angaben gegenüber Dritten gemacht, aus denen zu entnehmen war, dass er von einer wirksamen Inanspruchnahme von Elternzeit durch die Klägerin ausging. Die Klägerin hatte vielmehr unter dem Aktenzeichen - 10 Ca 6013/13 - Klage vor dem Arbeitsgericht gegen den Beklagten mit dem Ziel erhoben, dass er die notwendigen Angaben zum Bezug von Elterngeld gegenüber den zuständigen Behörden abgibt. 36

6. Vor diesem Hintergrund bedarf es keiner Entscheidung, ob die per Telefax übersandte Erklärung ausreichend bestimmt formuliert war, insbesondere, ob sie ausreichende Angaben dazu enthielt, für welche Zeiten innerhalb von zwei Jahren Elternzeit genommen werden soll. 37

7. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). Die Klägerin hat weder dargetan, dass eine Kündigung ihres Arbeitsverhältnisses nach § 1 Abs. 1, § 23 Abs. 1 KSchG der sozialen Rechtfertigung bedurfte, noch hat sie behauptet, dass der Beklagte die Kündigung ausgesprochen hat, weil sie Elternzeit in Anspruch genommen hat bzw. dies beabsichtigte (§ 612a BGB; vgl. *HaKo/Böhm* § 18 BEEG Rn. 29). 38
- II. Der Senat kann nach § 563 Abs. 3 ZPO in der Sache selbst entscheiden. Es bedarf nicht der Zurückverweisung an das Landesarbeitsgericht. 39
1. Nach den Ausführungen des Landesarbeitsgerichts zum streitigen Vorbringen der Klägerin hat sie zwar behauptet, sie habe dem Beklagten die Inanspruchnahme der Elternzeit auch durch Übermittlung des Originalschreibens auf dem Postweg angezeigt. Ausweislich des Vortrags in dem vom Landesarbeitsgericht in Bezug genommenen Schriftsatz der Klägerin vom 29. April 2014 hat sie behauptet, ihr Ehemann habe das Original des Schreibens vom 10. Juni 2014 in ein Briefkuvert eingelegt, dies zugeklebt und an den Beklagten adressiert, frankiert und in den Postbriefkasten eingeworfen. Für diesen Vortrag hat die Klägerin ihren Ehemann als Zeugen benannt. 40
2. Unabhängig davon, dass die Klägerin zunächst behauptet hatte, ihr Ehemann habe das Schreiben in den Hausbriefkasten des Beklagten an der N-Landstraße eingeworfen, genügt der Vortrag der Klägerin nicht den Anforderungen an die Darlegung des Zugangs der empfangsbedürftigen Willenserklärung iSd. § 16 Abs. 1 Satz 1 BEEG aF. Das folgt schon daraus, dass die Klägerin nicht vorgetragen hat, an welche Anschrift des Beklagten das Schreiben adressiert worden sein soll. Der Beklagte hat mit Schriftsatz vom 20. Februar 2014 unwidersprochen vorgetragen, dass er seine alte Kanzlei in der N-Landstraße in F aufgegeben hatte und seine Kanzlei seit dem 1. Juni 2013 ausschließlich unter der Adresse B-Straße in F unterhielt. Selbst wenn in der Absendung einer schriftlichen Erklärung per Post und der Nichtrücksendung ein Beweisanzeichen für den Zugang zu sehen ist (vgl. *BVerfG 10. März 1992 - 2 BvR 430/91 - zu II 2 b aa der Gründe*), kann dies nur für richtig adressierte 41

Schreiben gelten. Im Übrigen hat die Klägerin nicht behauptet, dass sie das Schreiben nicht als unzustellbar zurückerhalten hat. Insofern gilt der Grundsatz, dass mit der Behauptung des Absendens eines einfachen Briefs der Darlegungs- und Beweislast für den Zugang nicht genüge getan wird (vgl. *KR/Friedrich/Klose § 4 KSchG Rn. 176; APS/Preis Grundlagen D. Rn. 60; G. Reinecke NZA 1989, 577, 583*).

III. Die Kosten des Rechtsstreits hat gemäß § 91 Abs. 1 ZPO die Klägerin zu tragen. 42

Brühler

Krasshöfer

Klose

Wullhorst

Kranzusch