

# **Arbeitsrecht**

## **(Nr. 020/2007)**

### **Elternzeit; mündliche Geltendmachung; Berufung auf Formvorschrift**

**Das Landesarbeitsgericht (LAG) Baden-Württemberg  
entschied (Volltext):**

Tenor:

I. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Arbeitsgerichts Stuttgart vom 08. März 2006 – 14 Ca 10799/05 – abgeändert:

1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 13. Oktober 2005 nicht aufgelöst worden ist.

2. Die Kosten des Rechtsstreits werden der Beklagten auferlegt.

II. Die Revision wird zugelassen.

Gebührenstreitwert für den zweiten Rechtszug: 9.000,00 EUR

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer Kündigung unter dem Gesichtspunkt des § 18 Abs. 1 BErzGG.

Die Klägerin stand seit 01. Dezember 2002 bei der beklagten Gesellschaft des bürgerlichen Rechts in deren Büro als Rechtsanwältin in einem Arbeitsverhältnis. Die an die

Betriebsgröße gebundenen Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 KSchG liegen nicht vor.

Die Klägerin erbrachte wegen Komplikationen in Bezug auf ihre Schwangerschaft ab 17. April 2004 keine Arbeitsleistungen mehr. Am 08. Juni 2004 wurde ihr Kind geboren. Auch nachfolgend trat die Klägerin ihre Arbeit bei den Beklagten nicht mehr an. Wegen Ablaufs der Mutterschutzfrist am 18. August 2004 übersandte die Krankenkasse der Klägerin unter dem Datum vom 20.07.2004, also rund vier Wochen vor Ablauf dieser Frist, der Beklagten eine „Anfrage wegen Elternzeit“ (Fotokopie Bl. 46/Rückseite der Akte des Arbeitsgerichts). Diese Anfrage beantwortete die Beklagte unter dem Datum vom 26.07.04 dahingehend, dass die Klägerin für die Zeit vom 08. Juni 2004 bis 07. Juni 2007 Elternzeit in Anspruch nehmen (Fotokopie Bl. 48 der Akte des Arbeitsgerichts).

Mit Schreiben vom 13.10.2005 (Bl. 35 der Akte des Arbeitsgerichts) kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin ordentlich zum 31. Dezember 2005.

Dagegen richtet sich die am 31. Oktober 2005 erhobene Klage, mit der die Klägerin ihre Auffassung verfolgt, die Kündigung sei mit Rücksicht auf § 18 Abs. 1 BErzGG unwirksam.

Sie hat vorgetragen, sie habe den Gesellschafterinnen der Beklagten gegenüber mehrfach mündlich, erstmals am 23. Dezember 2003, Elternzeit für drei Jahre geltend gemacht. Zuletzt sei dies nach der Entbindung der Fall gewesen, als sie auch ihr Kind in der Kanzlei der Beklagten vorgestellt habe. Sie hat weiter die Rechtsauffassung vertreten, der Beklagten sei es im Hinblick auf die Umstände gemäß § 242 BGB verwehrt, sich auf den Formmangel zu berufen.

Die Klägerin hat folgenden Antrag gestellt:

Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis durch die ordentliche Kündigung vom 13.10.2006 nicht aufgelöst worden ist.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat in Abrede gestellt, dass die Klägerin mündlich Elternzeit beantragt habe, und sich außerdem auf die Formunwirksamkeit eines etwaigen mündlich vorgebrachten Verlangens der Klägerin berufen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage insgesamt abgewiesen, da der Kündigungsschutz nach § 18 BErzGG ein formwirksames Elternzeitverlangen nach § 16 BErzGG voraussetze. Umstände, dass sich die Beklagte nach Treu und Glaube nicht auf den Formmangel berufen könnte, lägen nicht vor.

Hiergegen richtet sich die Berufung der Klägerin, mit der sie ihren Klageantrag weiterverfolgt und insbesondere ihre Rechtsauffassung darlegt, die Schriftform für das Elternzeitverlangen sei nicht Wirksamkeitsvoraussetzung. Demgegenüber bittet die Beklagte um die Zurückweisung der Berufung und verteidigt das angegriffene Urteil.

Wegen des Vortrags der Parteien im Einzelnen wird auf den Inhalt ihrer im Berufungsrechtszug vorgelegten Schriftsätze wie auch das angefochtene Urteil Bezug genommen, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren.

### Entscheidungsgründe

Die an sich statthafte Berufung der Klägerin ist zulässig und auch in der Sache gerechtfertigt. Die streitbefangene Kündigung ist nach § 18 Abs. 1 BErzGG in Verbindung mit § 134 BGB nichtig.

1. Zulässig ist die Berufung im Hinblick auf § 519 Abs. 2 ZPO, obwohl die am Nachmittag des drittletzten Tags der Berufungsfrist eingegangene Berufungsschrift nur die Angabe des Nachnamens einer Partei und die Kurzbezeichnung der

anderen Partei, das erstinstanzliche Aktenzeichen, das Ausgangsgericht und das Verkündungsdatum des Urteils enthält. Das Urteil des Arbeitsgerichts wurde erst nach Ablauf der Berufungsfrist nachgereicht. Dass die Anschriften der Parteien, die Bezeichnung der Prozessbevollmächtigten sowie deren Anschrift nicht in der Berufungsschrift enthalten sind, macht diese nicht unzulässig, obwohl dies für die sachgerechte Bearbeitung der Sache zweckdienlich wäre. Es muss aber die Parteistellung zum Ausdruck kommen sowie erkennbar sein, für wen und gegen wen Berufung eingelegt worden ist. Selbst wenn aber aus der Identität des Nachnamens einer der in der Berufungsschrift erwähnten Parteien mit dem ihres Prozessbevollmächtigten sich noch nicht zweifelsfrei ermitteln ließe, wer Berufungskläger ist, sind doch noch innerhalb der Berufungsfrist von der Geschäftsstelle des Landesarbeitsgerichts beim Arbeitsgericht die erforderlichen Daten ermittelt worden, sodass zu diesem Zeitpunkt bereits Klarheit darüber bestand, wer Berufungsklägerin ist und gegen wen sich die Berufung richtet (vgl. Mehrfertigung des erstinstanzlichen Aktenvorblatts Bl. 97 f. der Berufungsakte). Können aber trotz unrichtiger Parteibezeichnung bei dem Berufungsgericht und bei dem Berufungsbeklagten keine vernünftigen Zweifel über die Person des Rechtsmittelklägers aufkommen, so darf die Berufung nicht wegen des entsprechenden Mangels als unzulässig verworfen werden (vgl. BGH, Beschluss vom 07. November 1995 - VI ZB 12/95 - NJW 1996, 320). Da es sich nicht nur um Daten der Partei, sondern um solche handelt, die innerhalb des Amtsverkehrs zwischen den Gerichten übermittelt wurden, bestand auch kein Anlass, an deren Richtigkeit zu zweifeln. Die Ermittlung der Daten erfolgte deshalb, weil sich die Geschäftsstelle sonst nicht in der Lage gesehen hätte, das Verfahren in der Verfahrensdatenbank des Landesarbeitsgerichts zu erfassen. Vor diesen nunmehr offenbaren Daten darf aber ein Gericht nicht die Augen verschließen, auch wenn es nicht verpflichtet ist, von Amts wegen Mängel in der Berufungsschrift auszugleichen. Bei diesem Ergebnis kommt es demnach nicht mehr darauf an, ob der Klägerin auf ihren Antrag Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hinsichtlich der Berufungsfrist zu gewähren wäre.

2. In der Sache ist die Berufung erfolgreich.

a) Die Klage ist zulässig. Die Klägerin hat nach § 4 in Verbindung mit § 23 Abs. 1 KSchG zu Recht den Antrag nach dieser Vorschrift gestellt. Der Antrag nach § 4 KSchG ist nach diesseitiger Auffassung nunmehr bezüglich sämtlicher Unwirksamkeitsgründe zu stellen, auch wenn kein Kündigungsschutz besteht. Eine Auslegung als Antrag nach § 256 Abs. 1 ZPO ist nicht mehr am Platze. § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG nimmt diese Vorschrift nicht mehr aus, auch wenn das Arbeitsverhältnis ansonsten nicht mehr in Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes fällt.

b) Die Klage ist auch begründet. Die streitbefangene Kündigung ist nach § 18 Abs. 1 BErzGG in Verbindung mit § 134 BGB nichtig. Die Klägerin beruft sich zu Recht darauf, dass sie sich zum fraglichen Zeitpunkt nach § 16 Abs. 1 BErzGG in Elternzeit befand und deshalb das Arbeitsverhältnis unter dem besonderen Kündigungsschutz stand. Damit sind die Voraussetzungen für das Eingreifen des Kündigungsverbots gegeben.

aa) Vorliegend kommt es nicht auf die Frage an, ob es nicht auch rechtlich möglich ist, nicht nur nach § 16 Abs. 1 BErzGG durch einseitig gestaltende formgebundene Willenserklärung, sondern auch durch Vereinbarung zwischen den Arbeitsvertragsparteien formlos Elternzeit in Anspruch zu nehmen. Dann stellte sich die Frage nicht, ob der Formbedürftigkeit der Erklärung bestimmte Einwendungen entgegenstehen können. Allerdings geht aus dem Vortrag der Klägerin nicht hervor, dass die Gesellschafterinnen der Beklagten sich bewusst gewesen wären, dass die Klägerin mit ihnen eine diesbezügliche Vereinbarung schließen möchte und deshalb um Annahme ihres entsprechenden Angebots bitte. Auch die Klägerin beruft sich hierauf nicht, geschweige denn, dass sie erläutert hätte, in welcher Erklärung oder welchem Umstand sie eine explizite oder konkludente Annahmeerklärung gesehen habe. Zwar geht sie von einer Vereinbarung aus, legt

aber keinen Sachverhalt dar, aus dem sich die entsprechenden Willenserklärungen der Parteien ergeben sollen. Deshalb scheidet auch eine Umdeutung einer etwa formnichtigen Erklärung in ein nicht formbedürftiges entsprechendes Angebot nach § 140 BGB aus. Vielmehr hat die Klägerin nach ihrem eigenen Sachvortrag nur eine einseitige Erklärung, allerdings nicht in der von § 16 Abs. 1 BErzGG geforderten Form, abgegeben.

bb) Zwischen den Parteien besteht bereits Streit darüber, ob die Klägerin überhaupt eine solche Erklärung mündlich abgegeben hat. Die Klägerin ist hierfür, wenn dies rechtlich von Bedeutung ist, darlegungs- und beweisbelastet. Sie hat eine entsprechende Behauptung aufgestellt. Allerdings wären die behaupteten Äußerungen, die zeitlich vor ihrer Niederkunft liegen, unbehelflich. Denn zum damaligen Zeitpunkt lagen die Voraussetzungen für die Elternzeit noch nicht vor und es war auch noch nicht absehbar, inwieweit sich die Klägerin schon zu diesem Zeitpunkt binden wollte. Der konkrete Inhalt der Erklärung ist ja nicht geschildert. Es ist insbesondere nicht ersichtlich, dass sie ihr Verlangen ausreichend bestimmt zum Ausdruck gebracht hätte.

Soweit sie behauptet, nach ihrer Entbindung mit einer der Beklagten über diese Frage gesprochen und ihr mitgeteilt zu haben, sie wolle Elternzeit für drei Jahre in Anspruch nehmen, wird dies von den Beklagten bestritten. Die Klägerin hat dafür Beweis durch „Parteivernehmung“ angetreten, ohne klarzustellen, wer denn als Partei vernommen werden soll. Dass einem solchen Beweisantritt nicht nachgegangen werden kann, ist offensichtlich. Allerdings war die Klägerin auch nicht aufzufordern, diesen Antrag zu präzisieren, weil sie nämlich Hilfstatsachen vorgetragen hat, aus denen sich ergibt, dass sie eine solche Erklärung abgegeben haben muss. Dies ist zum einen die Erklärung der Beklagten an die zuständige Krankenkasse, wonach sich die Klägerin ab Entbindungsdatum für drei Jahre in Elternzeit befinde. Zum anderen ist es äußerst ungewöhnlich, dass die Klägerin nicht nach Ablauf der Schutzfrist des § 6 Abs. 1 MuSchG zur Arbeit oder zu einer

Erklärung aufgefordert wird, wie sie sich die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses vorstelle, wenn sie nicht mehr zur Arbeit komme. Dass die Beklagten hier nachgeforscht hätten, haben sie selbst nicht vorgetragen. Ein bloßes schlichtes und ungerühtes Fernbleiben von der Arbeit über viele Monate hinweg ist zunächst nur denkbar, wenn zwischen den Parteien über den Grund des Fernbleibens Klarheit besteht und dieser Grund vom Arbeitgeber akzeptiert wird. Dass auch nach dem Vortrag der Klägerin eine Diskrepanz bestehen könnte über den genauen Beginn und das Ende der Elternzeit (drei Jahre nach Entbindungsdatum oder nach Ablauf der Mutterschutzfrist), ist hier nicht von Bedeutung, da jedenfalls der Tag der Kündigung in den danach anzunehmenden Zeitraum fällt, in dem sie nach ihrem Vorbringen jedenfalls Elternzeit verlangt hat.

Zum letzteren Tatsache hat die Beklagte keine, zum ersteren eine nicht erhebliche Erklärung gegeben, die als richtig unterstellt werden kann. Danach habe sie die Buchhalterin nach deren von ihnen unterstellter Rücksprache mit der Krankenkasse zu dieser Erklärung aufgefordert. Dass sie abgegeben wurde, spricht aber dafür, dass es sich so verhielt. Warum sollte die Beklagte hier eine unrichtige Eintragung vornehmen? Hierfür gibt es keinen triftigen Grund. Auch die Aufforderung der um Rat gefragten Buchhalterin muss ja nicht falsch gewesen sein. Auch diese von der Beklagten in den Rechtsstreit eingeführte Sachverhaltsvariante wäre so lebensfremd, wenn sie nicht selbst davon ausgegangen wäre, dass sich die Klägerin in Elternzeit befinde, dass die näheren Umstände schon von ihr hätten vorgetragen und die Motivation hätte erläutert werden müssen. Wieso Elternzeit eingetragen wird, obwohl keine beantragt worden sein soll, ist nicht verständlich. Auch Rechtsanwältinnen werden kaum ohne Not eine öffentlich-rechtliche Körperschaft belügen.

Aus diesen Indizien ergibt sich insoweit die Richtigkeit des Vorbringens der Klägerin. Es hätte demzufolge der Beklagten obliegen, diese wieder zu entkräften. Dies ist aber nicht geschehen. Selbst wenn die von der Beklagten benannten Zeuginnen bei dem maßgeblichen Besuch der Klägerin nichts

von deren Verlangen mitbekommen haben sollten, schließt dies doch nicht notwendig aus, dass dieses nicht erklärt worden wäre. Sonst wäre die Beklagte nach Ablauf der Mutterschutzfrist sicherlich aktiv geworden.

cc) Die Beklagten können sich aber auch nicht auf die Formnichtigkeit dieser Erklärung berufen. Allerdings ist noch nicht höchstrichterlich geklärt, ob dieses Erfordernis der in § 16 Abs. 1 BErzGG bestimmten Schriftform zwingend ist.

Es besteht Einigkeit darüber, dass die Schriftform dem Zweck dient, dass im Hinblick auf die flexible Anwendung der Möglichkeiten im Rahmen der Elternzeit Klarheit darüber besteht, in welchem Umfang und in welchen Zeitabschnitten Elternzeit genommen wird. Nach der Gesetzesbegründung (BT-Drucksache 14/3553 Seite 22, zu Nr. 15 lit. a) ist für „die Anmeldung und die zeitliche Einteilung des Erziehungsurlaubs ... nach Satz 1 in Zukunft die Schriftform notwendig, um die Gesamtübersicht zum flexibilisierten Erziehungsurlaub zu verbessern“. Begünstigt durch die Norm ist der Arbeitgeber, weil ihm auf diese Weise Rechtssicherheit über die weitere Gestaltung des Vertragsverhältnisses gegeben wird. Ob sich daraus die Schlussfolgerung rechtfertigt, das Schriftformerfordernis falle unter den Regelungsbereich des § 125 BGB, ist fraglich und von der Klägerin in der Berufungsbegründung mit guten Gründen bezweifelt worden, kann allerdings vorliegend dahingestellt bleiben. Denn die Beklagten dürfen sich darauf jedenfalls nicht nach Treu und Glauben berufen (§ 242 BGB, Fallgruppe des *venire contra factum proprium*).

Die Nichtigkeitsfolge des § 125 Satz 1 BGB tritt nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts in aller Regel auch dann ein, wenn im Einzelfall einem, mehreren oder gar allen Schutzzwecken auf andere Weise Genüge getan ist. Die gesetzlichen Formvorschriften sind gegenüber der Erfüllung der Schutzzwecke, die zu ihrer Normierung geführt haben, verselbstständigt. Grundsätzlich ist die Einhaltung der gesetzlich als Wirksamkeitsvoraussetzung vorgeschriebenen

Form also zu beachten. Wenn die Formvorschriften des bürgerlichen Rechts nicht ausgehöhlt werden sollen, kann ein Formmangel nur ausnahmsweise nach § 242 BGB als unbeachtlich angesehen werden. Das kann unter dem Gesichtspunkt des Verbots widersprüchlichen Verhaltens (*venire contra factum proprium*) dann der Fall sein, wenn der Erklärungsgegner einen besonderen Grund hatte, auf die Gültigkeit der Erklärung trotz des Formmangels zu vertrauen und der Erklärende sich mit der Berufung auf den Formmangel zu eigenem vorhergehendem Verhalten in Widerspruch setzt (vgl. BAG, Urteil vom 16. September 2004 - 2 AZR 659/03 - AP Nr. 1 zu § 623 BGB m.w.Nw., vgl. auch Staudinger-Hertel, BGB § 125 Rdnr. 114).

Dies ist hier der Fall. Die Beklagte hat es nach den Umständen, von denen hier auszugehen ist, länger als ein Jahr geduldet, dass sich die Klägerin in Elternzeit befindet. Von ihrer Seite wurde niemals gerügt, dass kein formwirksames Verlangen vorliege. Die Klägerin konnte demnach davon ausgehen, dass ihr Verlangen wie bisher auch weiterhin vollzogen wird und sie bis zum Ablauf von drei Jahren ihre Elternzeit in Anspruch nehmen kann, ohne eine formwirksame Erklärung nachholen zu müssen. Es sind auch, nachdem die Klägerin nach Ablauf der Schutzfrist nach § 6 Abs. 1 MuSchG nicht mehr gearbeitet hat, keinerlei Unstimmigkeiten wegen der Elternzeit zwischen den Parteien aufgetaucht. Die Beklagte hat die Klägerin nicht einmal darauf hingewiesen, dass sie das formunwirksame Elternzeitverlangen nicht weiter akzeptiere. Aus ihrer Sicht war auch eine Klärung über den Inhalt und die Verbindlichkeit der Erklärung nicht erforderlich. Nachdem ein großer Teil der Elternzeit bereits abgewickelt war, konnte und durfte die Klägerin davon ausgehen, dass der restlichen Elternzeit keine Hindernisse mehr im Wege stünden. Unter diesem Gesichtspunkt ist es den Beklagten verwehrt, sich auf eine etwa gegebene Formunwirksamkeit des Verlangens zu berufen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn wie hier die Erklärung jederzeit formgerecht nachgeholt werden kann. Die Missachtung der Form durch den Arbeitnehmer hat ja grundsätzlich nur die Folge, dass das so genannte Verlangen erst mit späterer

Wirkung geltend gemacht werden kann. Hier aber hat die Beklagte durch ihre Kündigung aus heiterem Himmel die Nachholung einer formgerechten Erklärung vereitelt. Wenn die Beklagte rechtzeitig der Klägerin mitgeteilt hätte, sie habe nicht formgerecht Elternzeit beantragt, hätte die Klägerin noch die Möglichkeit gehabt, diese Erklärung in gesetzlich vorgesehener Form zu erneuern oder zu bestätigen im Sinne des § 141 Abs. 1 BGB. Weil aber die Beklagte nach den hier anzunehmenden Umständen es zunächst hingenommen hat, dass die Form der Erklärung von der Klägerin nicht eingehalten wurde, und ihr keine Veranlassung gab, die Form, die ja kein Selbstzweck ist, sondern wie ausgeführt, den Interessen des Arbeitgebers dient, nachzuholen, erscheint es widersprüchlich, sich nicht nur auf die etwaige Fehlerhaftigkeit des Verlangens zu berufen und die Klägerin wieder zur Arbeit aufzufordern oder ihr mitzuteilen, dass sie unberechtigt fehlt, sondern unversehens die Kündigung des Vertragsverhältnisses auszusprechen und sich einen Umstand zunutze zu machen, auf den bisher kein Wert gelegt wurde, weil er nicht von Interesse war.

dd) Bei diesem Ergebnis kann es dahingestellt bleiben, ob das Schriftformerfordernis nach Sinn und Zweck nicht verzichtbar ist und ob die Beklagten einen solchen Verzicht durch ihr Verhalten konkludent zum Ausdruck gebracht haben, oder ob nach dem Zweck des Schriftformerfordernis eine formlose Erklärung dann genügt, wenn über ihre Reichweite und Verbindlichkeit keine Zweifel bestehen können, wenn für abstrakt umschriebene Ausnahmetatbestände die Einhaltung des Formerfordernisses auf Grund des Schutzzwecks der Form als entbehrlich und damit auch eine formfehlerhafte Willenserklärung als wirksam anzusehen wäre (vgl. MünchKomm-Einsele, 5. Aufl. 2005, § 125 BGB Rdnr. 67 m.w.Nw.). Denn dem Schutzzweck der Norm wäre bereits genügt, wenn sich der Arbeitgeber nur auf ein nicht formgerechtes Verlangen nicht einzulassen braucht. Tut er dies aber und stehen dem aus seiner Sicht keine Hindernisse entgegen, läuft der Formzweck leer. Es sprechen keine zwingenden Umstände dafür, dass der Gesetzgeber dann, wenn die Vertragsparteien beidseits nachlässig mit den

gesetzlichen Bestimmungen umgehen, die scharfe Sanktion der Nichtigkeit bezüglich der Elternzeit gewollt hat. Wie ausgeführt, kann dies aber dahingestellt bleiben.

3. Nach allem ist auf die Berufung das arbeitsgerichtliche Urteil abzuändern. Der Feststellungsklage ist stattzugeben. Dies zieht die Kostenfolge des § 91 Abs. 1 ZPO zu Lasten der Beklagten nach sich.

Mit Rücksicht auf § 63 Abs. 2 GKG ist der Gebührenstreitwert nach Abschluss der Instanz festzusetzen. Dieser ist vom Arbeitsgericht im Beschluss vom 08. Mai 2006 zutreffend ermittelt worden. Hieran hat sich im zweiten Rechtszug nichts geändert.

**Urteil des Landesarbeitsgerichts (LAG)  
Baden-Württemberg vom 7.12.2006,  
Aktenzeichen: 3 Sa 25/06**

**Veröffentlicht:  
Entscheidungen Baden-Württembergische Justiz  
vom 25.01.2007**

25.01.2007