

Münchener Prozessformularbuch Band 6: Arbeitsrecht

Bearbeitet von

Ulrich Zirnbauer, Dr. Frank Hahn, Dr. Niloufar Hoevels, Michael Holthaus, Dr. Lisa Käckenmeister, Rüdiger Köhne, Wolfgang Manske, Dr. Hans-Georg Meier, Dr. Katharina Reidel, Dr. Carsten Witt

5. Auflage 2017. Buch. XLVIII, 1062 S. Mit Freischaltcode zum Download der Formulare. In Leinen

ISBN 978 3 406 69434 9

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

Gewicht: 1459 g

[Recht > Arbeitsrecht > Arbeitsgerichtliches Verfahren](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

**beck-shop.de**
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Vorliegen eines „wichtigen Grundes“ iSd § 626 BGB dem Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers ausgesetzt sein (*Schaub* NJW 1981, 1810; LAG Frankfurt 28.5.1973, LAG Frankfurt LAGE BetrVG 1972 § 102 Beschäftigungspflicht Nr. 1). Dies ist auch akzeptabel: Wenn es im Fall der außerordentlichen Kündigung für den Arbeitgeber nicht einmal zumutbar ist, die Kündigungsfrist abzuwarten, dann ist es ihm „erst recht“ nicht zuzumuten, den Arbeitnehmer bis zum Abschluss des Kündigungsrechtsstreits weiter zu beschäftigen (*Weber* BB 1974, 699; *HZA/Bleistein* Gruppe 5 Rn. 771 mwN; *KR/Etzel* BetrVG § 102 Rn. 198). Bei einer mit sozialer Auslauffrist ausgesprochenen außerordentlichen Kündigung gegenüber einem ordentlich unkündbaren Arbeitnehmer soll § 102 Abs. 5 S. 1 BetrVG analog angewendet werden können (*DKKW/Schneider* § 102 Rn. 248). Im Falle der anderweitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses (Arbeitnehmerkündigung, Befristung, Bedingung, Anfechtung, Aufhebungsvertrag) ist § 102 BetrVG unanwendbar (ausführlich *KR/Etzel* BetrVG § 102 Rn. 38). Bei einer (unter Vorbehalt) angenommenen ordentlichen **Änderungskündigung** würde die Weiterbeschäftigungsklage des Arbeitnehmers dazu führen, dass er bis zur Rechtskraft der Kündigungsschutzentscheidung zu bisherigen Bedingungen weiterbeschäftigt wird. Dies ist aber genau das Gegenteil dessen, was der Arbeitnehmer durch seine Annahme (unter Vorbehalt) erklärt hat, nämlich Billigung der neuen Bedingungen, bis über deren soziale Rechtfertigung entschieden ist. Daher ist in diesen Fällen ein Anspruch aus § 102 Abs. 5 S. 1 BetrVG zu verneinen (LAG Düsseldorf 25.1.1993 – 19 Sa 1650/92, LAG Düsseldorf LAGE BetrVG 1972 § 102 Beschäftigungspflicht (S. 2) Nr. 12 mwN; *KR/Etzel* BetrVG § 102 Rn. 199a; *Schaub* NJW 1981, 1810; *DKKW/Schneider* § 102 Rn. 251). Der Bestand des Arbeitsverhältnisses ist nach der Annahme unter Vorbehalt unangefochten; streitig ist allein der Inhalt, dh die Frage der sozialen Rechtfertigung der vom Arbeitgeber angebotenen Änderungen (*Zirnbauer* NZA 1995, 1079; *HZA/Bleistein* Gruppe 5 Rn. 772; für den allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch: BAG 18.1.1990 – 2 AZR 183/89, NZA 1990, 734). Dem Beschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers ist zunächst damit gedient, dass er nach Ablauf der Kündigungsfrist zu geänderten Bedingungen arbeitet (BAG 18.1.1990 – 2 AZR 183/89, NZA 1990, 734 [736]). § 102 Abs. 5 S. 1 BetrVG knüpft jedoch an eine Bestandsstreitigkeit an und kommt nach Ausspruch einer Änderungskündigung daher nur in Betracht, wenn der Arbeitnehmer die **Änderung der Vertragsbedingungen** abgelehnt hat und die Änderungskündigung damit zur Beendigungskündigung geworden ist (*Zirnbauer* NZA 1995, 1079).

3. Der **Widerspruch** erfordert die Ablehnung der Kündigung durch den Betriebsrat; dies muss sich aus seiner Stellungnahme ergeben. Zwar ist die Verwendung des Wortes „Widerspruch“ nicht erforderlich, andererseits jedoch reicht das bloße Infragestellen der Kündigung nicht aus. Erforderlich ist, dass der Betriebsrat eindeutig gegen die Kündigung Stellung bezieht (*DKKW/Schneider* § 102 Rn. 169 mwN; *GK-BetrVG/Kraft* § 102 Rn. 78; *KR/Etzel* BetrVG § 102 Rn. 136). Äußert der Betriebsrat aus anderen als den in § 102 Abs. 3 BetrVG genannten Gründen „Bedenken“ iSd § 102 Abs. 2 BetrVG gegen die Kündigung, kann dies einen Weiterbeschäftigungsanspruch nicht begründen (*SWS* § 102 Rn. 108, 165; *GK-BetrVG/Kraft* § 102 Rn. 69). Erklärt der Betriebsrat lediglich, er werde sich zu der Kündigung nicht äußern und liegt hierin eine abschließende Stellungnahme, so liegt kein ordnungsgemäßer Widerspruch vor. Äußert sich der Betriebsrat nicht ausdrücklich in diesem Sinne, so ist der Erklärungsinhalt der Äußerung durch Auslegung zu ermitteln (BAG 12.3.1987 – 2 AZR 336/86, AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 47).

Ordnungsgemäß ist ein Widerspruch nach dem Wortlaut des § 102 Abs. 5 S. 1 BetrVG dann, wenn er fristgerecht innerhalb einer Woche dem Arbeitgeber zugegangen, schriftlich formuliert ist und sich auf einen der Gründe des § 102 Abs. 3 BetrVG stützt. War dagegen der Widerspruch von vorneherein nicht ordnungsgemäß, so kommt der Weiterbeschäftigungsanspruch gar nicht zum Entstehen (*Schaub* NJW 1981, 1810; LAG

A. X. 5

A. Das Hauptsacheverfahren im Urteilsverfahren

Brandenburg 15.12.1992 – 1 Ta 61/92, LAG Brandenburg LAGE BetrVG 1972 § 102 Beschäftigungspflicht Nr. 13). Ein nicht ordnungsgemäßer Widerspruch ist nichtig und vermag für den Arbeitnehmer keinen Weiterbeschäftigungsanspruch zu begründen.

Der Betriebsrat hat seine Stellungnahme zur ordentlichen Kündigung spätestens innerhalb einer Woche mitzuteilen, § 102 Abs. 2 S. 1 BetrVG; maßgeblich ist der Eingang beim Arbeitgeber (DKKW/Schneider § 102 Rn. 62, 169; GK-BetrVG/Kraft § 102 Rn. 78). Es handelt sich um eine materiell-rechtliche **Ausschlussfrist**, deren Beginn sich nach § 187 BGB (mit dem auf die Mitteilung des Arbeitgebers folgenden Tag) und deren Ende sich nach §§ 188, 193 BGB berechnet (DKKW/Schneider BetrVG § 102 Rn. 169 Rn. 62; GK-BetrVG/Kraft § 102 Rn. 78). Versäumt der Betriebsrat die Wochenfrist, gegen die eine Wiedereinsetzung nicht möglich ist (GK-BetrVG/Kraft § 102 Rn. 74; KR/Etzel BetrVG § 102 Rn. 89a: Die Anwendung der §§ 233 ff. ZPO kommt nur bei der Versäumung prozessualer Fristen in Betracht), kann eine Beschäftigungsklage nicht mehr auf § 102 Abs. 5 S. 1 BetrVG gestützt werden; allenfalls kommt dann der allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch in Betracht (HzA/Bleistein Gruppe 5 Rn. 773 aE).

Für die formelle Ordnungsgemäßheit des Widerspruchs ist eine fehlerfreie Beschlussfassung des Betriebsrates erforderlich (LAG Nürnberg 27.10.1992 – 6 Sa 496/92, BB 1993, 444). § 33 BetrVG findet Anwendung, dh der Beschluss über den Widerspruch muss in einer ordnungsgemäßen Sitzung bei **Beschlussfähigkeit** mit Mehrheit der Stimmen gefasst worden sein (KR/Etzel BetrVG § 102 Rn. 145).

4. Berufte sich der Betriebsrat auf § 102 Abs. 3 Nr. 4 BetrVG (der den Widerspruch Grund nach Nr. 3 der Vorschrift subsidiär ergänzt, *Fitting* § 102 Rn. 48), muss sowohl die Umschulungs- bzw. Fortbildungsmaßnahme bezeichnet werden als auch der Arbeitsplatz, der nach Beendigung dieser Maßnahmen frei ist (BAG 7.2.1991 – 2 AZR 205/90, AP KSchG 1969 § 1 Umschulung Nr. 1). Ist ein solcher freier Arbeitsplatz auch nach entsprechender Umschulung nicht ersichtlich, kann der Arbeitgeber von dieser Maßnahme absehen (BAG 7.2.1991 – 2 AZR 205/90, AP KSchG 1969 § 1 Umschulung Nr. 1).

Weitere **Widerspruchsgründe**: Bei Verstoß gegen eine Richtlinie nach § 95 BetrVG (§ 102 Abs. 3 Nr. 2 BetrVG) muss der Widerspruch die konkrete Richtlinie bezeichnen sowie die Tatsachen nennen, aus denen sich der Verstoß ergibt (GK-BetrVG/Kraft § 102 Rn. 86; KR/Etzel BetrVG § 102 Rn. 156). Zu den Widerspruchsgründen nach § 102 Abs. 3 Nr. 1 u. 3 BetrVG → Form. B. II. 2 Anm. 3–5.

5. Das Gesetz sieht zwar keine Frist für das Weiterbeschäftigungsverlangen des Arbeitnehmers vor, aber Lit. und Rspr. tendieren zunehmend dazu, eine solche anzunehmen: KR/Etzel (BetrVG § 102 Rn. 209) verlangt eine Geltendmachung spätestens am ersten Tag nach Ablauf der Kündigungsfrist bzw., wenn diese kürzer als die Dreiwochenfrist des § 4 KSchG ist, unverzüglich nach der fristgerechten Erhebung der Kündigungsschutzklage. Das BAG hat in seiner Entscheidung vom 17.6.1999 (– 2 AZR 608/98, NZA 1999, 1154) offengelassen, ob das Weiterbeschäftigungsverlangen spätestens bis zum Ablauf der Kündigungsfrist geltend gemacht werden muss. Rechtzeitig soll ein am ersten Tag nach Ablauf der Kündigungsfrist geltend gemachtes Weiterbeschäftigungsverlangen sein (BAG 11.5.2000 – 2 AZR 54/99, NZA 2000, 1055). Nach LAG München 17.11.2003 (5 Sa 1118/03, NZA-RR 2005, 312) enthält die Geltendmachung des allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruchs in der Kündigungsschutzklage nicht das Weiterbeschäftigungsverlangen iSd § 102 Abs. 5 S. 1 BetrVG. Nach LAG Hamm (2.3.2012 – 10 Sa 1086/11, BeckRS 2012, 69530) ist Voraussetzung für den Weiterbeschäftigungsanspruch das Verlangen des Arbeitnehmers nach vorläufiger Weiterbeschäftigung. Der Antrag unterliege zwar keinen Formerfordernissen, notwendig sei aber eine hinreichend deutliche Erklärung des Arbeitnehmers oder eines Bevollmächtigten. Ferner müsse der Arbeitnehmer sein Weiterbeschäftigungsverlangen unverzüglich nach Vorlie-

gen der gesetzlichen Voraussetzungen wie Widerspruch und Klageerhebung, spätestens aber bis zum Ablauf der Kündigungsfrist geltend machen (so auch LAG Hamm 28.4.1976 – 1 Sa 311/76, DB 1976, 1917; LAG München 17.12.2003 – 5 Sa 1118/03, NZA-RR 2005, 312; ErfK/*Kania* BetrVG § 102 Rn. 34; *Fitting*, BetrVG § 102 Rn. 6 mwN).

6. Das Einverständnis des Arbeitnehmers muss – zumindest auch – gegenüber dem Betriebsrat erklärt werden (KR/*Etzel* BetrVG § 102 Rn. 169 c; *Fitting* BetrVG § 102 Rn. 48). Von dieser Fallkonstellation ist der Fall der unter Vorbehalt angenommenen Änderungskündigung zu unterscheiden.

(Zur Anwendbarkeit des § 102 Abs. 5 S. 1 BetrVG bei einer außerordentlichen und hilfsweise ordentlichen Kündigung → Form. B. II. 2 Anm. 1).

7. Die **Kündigungsschutzklage** muss rechtzeitig erhoben worden sein, um den Weiterbeschäftigungsanspruch gemäß § 102 Abs. 5 S. 1 BetrVG auszulösen. Ist unklar, ob die Drei-Wochen-Frist des § 4 S. 1 KSchG eingehalten ist, besteht der Weiterbeschäftigungsanspruch zunächst, bis über die **Verspätung** rechtskräftig entschieden ist (MAH ArbR/*Matthes* § 348 Rn. 85; GK-BetrVG/*Kraft* § 102 Rn. 124). Bei unstreitigem Versäumen der Klagefrist und einem Antrag auf Zulassung der verspäteten Klage gemäß § 5 Abs. 1 KSchG lebt die Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers ab Rechtskraft des Beschlusses über die nachträgliche Zulassung wieder auf (SWS BetrVG § 102 Rn. 164; GK-BetrVG/*Kraft* § 192 Rn. 124; KR/*Etzel* BetrVG § 102 Rn. 207).

Die Kündigungsschutzklage muss sich entweder von vorneherein auf die fehlende soziale Rechtfertigung stützen oder diese nachträglich gemäß § 6 KSchG einbezogen haben; hierbei ist ausreichend, wenn der Arbeitnehmer neben anderen Unwirksamkeitsgründen auch die fehlende soziale Rechtfertigung geltend macht (*Schaub* NJW 1981, 1811; *Braasch* BB 1976, 320). Berufet sich der Arbeitnehmer nachträglich, aber rechtzeitig auf die fehlende soziale Rechtfertigung der Kündigung, so entsteht der Weiterbeschäftigungsanspruch ab dem Zeitpunkt der Geltendmachung.

Wird im Verlauf des Kündigungsschutzprozesses ein Antrag auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung gemäß § 9 Abs. 1 KSchG gestellt, so entfällt der Weiterbeschäftigungsanspruch aus § 102 Abs. 5 S. 1 BetrVG (KR/*Etzel* BetrVG § 102 Rn. 205).

8. Der Weiterbeschäftigungsanspruch gemäß § 102 Abs. 5 S. 1 BetrVG kann durch eine eigenständige Klage oder im Kündigungsschutzprozess im Wege der objektiven Klagehäufung gemäß § 260 ZPO geltend gemacht werden (zur Geltendmachung im Wege der einstweiligen Verfügung → Form. B. II. 2). Die unangenehme Konsequenz für den Arbeitgeber liegt bei der Geltendmachung des gesetzlichen Weiterbeschäftigungsanspruchs durch den Arbeitnehmer nicht nur darin, dass eine Vollstreckungsgrundlage für eine Weiterbeschäftigung bis zum Prozessende geschaffen wird, sondern vor allem darin, dass der Arbeitnehmer ab diesem Zeitpunkt vergütet werden muss. Dies gilt unabhängig davon, ob eine tatsächliche Beschäftigung erfolgt; auch eine **Entbindung von der Weiterbeschäftigung** gemäß § 102 Abs. 5 S. 2 BetrVG befreit den Arbeitgeber nicht rückwirkend, denn diese wirkt nur für die Zukunft (BAG 7.3.1996 – 2 AZR 432/95, AP BetrVG 1972 § 102 Weiterbeschäftigung Nr. 9). Unter den Voraussetzungen des § 102 Abs. 5 S. 1 BetrVG besteht das bisherige Arbeitsverhältnis kraft Gesetzes fort, auflösend bedingt durch die rechtskräftige Abweisung der Kündigungsschutzklage. Deshalb können auch ohne tatsächliche Beschäftigung **Vergütungsansprüche** erwachsen, etwa bei Arbeitsunfähigkeit oder gemäß § 615 BGB (BAG 7.3.1996 – 2 AZR 432/95, AP BetrVG 1972 § 102 Weiterbeschäftigung Nr. 9).

9. Kosten und Gebühren. Gegenstandswert: Wird überwiegend mit einem Bruttomonatsgehalt angesetzt (Sächsisches LAG 8.11.2010 – 4 Ta 211/10, BeckRS 2011,

A. XI. 2

A. Das Hauptsacheverfahren im Urteilsverfahren

73175, Thüringer LAG 27.2.1996 – 8 Ta 19/96, AuR 1996, 196; LAG Sachsen 14.7.1993, Sächsisches LAG LAGE ArbGG 1979 § 12 Streitwert Nr. 97; LAG Hamburg 26.3.1992 – 4 Ta 21/91, LAG Hamburg LAGE GKG § 19 Nr. 14), vereinzelt mit zwei Bruttomonatsgehältern (LAG Köln 4.7.1995 – 10 Ta 80/95, LAG Köln LAGE GKG § 19 Nr. 15; 31.7.1995 – 13 Ta 114/95, NZA 1996, 840; BAG 18.1.1996 – 8 AZR 440/94, AP ArbGG 1979 § 12 Nr. 18 = NZA 1996, 1175).

XI. Klagen im Zusammenhang mit Arbeitspapieren

1. Vorbemerkungen

Arbeitspapiere sind: das Arbeitszeugnis (§§ 109 GewO, 630 BGB), die **Arbeitsbescheinigung** (§ 312 SGB III), die **Lohnsteuerbescheinigung**, die **Urlaubsbescheinigung** (§ 6 Abs. 2 BUrlG), die **Arbeitserlaubnis** (§§ 284 ff. SGB III), die **Gesundheitsbescheinigung** Jugendlicher (§ 32 Abs. 1 Nr. 2 JArbSchG), tarifliche Lohn-/Urlaubskarten, Unterlagen über vermögenswirksame Leistungen, Entgeltbelege bei Heimarbeitern (§§ 9 HAG, 10 ff. HAG-DVO). Arbeitspapiere im weiteren Sinne sind auch: die **Arbeitsbestätigung** bei Leiharbeitnehmern (§ 11 Abs. 1 AÜG), die **Bedingungen des Ausbildungsvertrags** (§ 4 Abs. 3 BBiG) sowie die **Urkunde über ein vereinbartes Wettbewerbsverbot** (§ 74 Abs. 1 HGB). Auch nach Aushändigung an den Arbeitgeber zu Beginn des Arbeitsverhältnisses bleiben sie **Eigentum des Arbeitnehmers** (Küttner/Reinecke Personalbuch Kap. Arbeitspapiere Rn. 2).

Die nachfolgenden Formulare unterscheiden zwischen dem Arbeitszeugnis sowie „sonstigen“ Arbeitspapieren (Arbeitsbescheinigung, Lohnsteuerbescheinigung usw.).

2. Klage auf Zeugniserteilung gegen den Arbeitgeber

An das

Arbeitsgericht

Klage

In Sachen

– Klagepartei –

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte

gegen

.

– beklagte Partei –

Namens und mit Vollmacht der Klagepartei erheben wir Klage und werden beantragen

1. Die beklagte Partei wird verurteilt, der Klagepartei ein Zeugnis zu erteilen,¹ das sich auf Art und Dauer sowie Führung und Leistung im Arbeitsverhältnis erstreckt.²
2. Die beklagte Partei trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Begründung:

Die Klagepartei war vom bis als bei der beklagten Partei beschäftigt.³ Mit Schreiben vom hat die Klagepartei ein qualifiziertes Arbeitszeugnis verlangt.⁴

Hierauf hat die beklagte Partei nicht reagiert.

oder

Das von der beklagten Partei erteilte Zeugnis enthält keinerlei Bewertung der Aufgaben, Führung und Leistung der Klagepartei im Arbeitsverhältnis, obwohl die Klagepartei ein qualifiziertes Zeugnis verlangt hatte,⁵ und entspricht damit nicht den Anforderungen des § 109 Abs. 1 S. 2 GewO.

Rechtsanwalt^{6, 7}

Anmerkungen

1. Die Erteilung eines Zeugnisses ist von der Frage der Übersendung zu unterscheiden. Nach einhelliger Ansicht in Lit. und Rspr. ist die Zeugnisschuld eine Holschuld iSd § 269 Abs. 2 BGB (Nachw. bei BAG 8.3.1995 – 5 AZR 848/93, AP BGB § 630 Nr. 21). Nur wenn die Abholung für den Arbeitnehmer mit unverhältnismäßig hohem Aufwand verbunden ist, wird aus Gründen der nachwirkenden Fürsorge die Hol- zur Schickschuld. Die Möglichkeit des Arbeitgebers zur Übersendung führt nicht zu einer entsprechenden rechtlichen Verpflichtung (BAG 8.3.1995 – 5 AZR 848/93, AP BGB § 630 Nr. 21).

Ein **Zurückbehaltungsrecht** des Arbeitgebers **am Arbeitszeugnis** besteht unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt, denn dies widerspräche der arbeitgeberseitigen Fürsorgepflicht (Tschöpe/Wessel S. 1294; MüKoBGB/Schwerdtner § 630 Rn. 25).

2. Gemäß § 109 GewO kann der Arbeitnehmer bei der Beendigung eines dauernden Dienstverhältnisses vom Arbeitgeber ein schriftliches Zeugnis über das Dienstverhältnis und dessen Dauer (einfaches Zeugnis) fordern. Auf Verlangen ist das Zeugnis auf die Leistungen und die Führung im Dienste zu erstrecken (qualifiziertes Zeugnis), § 109 Abs. 1 S. 3 GewO. Entsprechende Regelungen sind in § 630 BGB (für sonstige Dienstverhältnisse), § 73 HGB (für kaufmännische Angestellte), § 8 BBiG (für alle kaufmännischen, gewerblichen und handwerklichen Auszubildenden), § 32 SoldG und § 46 ZDG enthalten. Auch zahlreiche Tarifverträge sowie Arbeitsverträge regeln einen Zeugnisanspruch des Arbeitnehmers. Auch, falls keine der genannten Rechtsgrundlagen einschlägig ist, besteht auf Grund der allgemeinen Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ein Zeugnisanspruch (Tschöpe/Wessel S. 1284 mwN).

Vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Erteilung eines **Zwischenzeugnisses**. Teilweise wird hierfür das Vorliegen eines berechtigten Interesses auf Arbeitnehmerseite gefordert (zB BAG 21.1.1993 – 6 AZR 171/92, DB 1993, 2134 = NZA 1993, 1031 = AP BAT § 61 Nr. 1), was abzulehnen ist, da der Arbeitnehmer durch die Darlegung dieses berechtigten Interesses uU gezwungen wird, das bestehende Arbeitsverhältnis zu gefährden. Die Möglichkeit der eigenen Einschätzung und der Vorbereitung eines Stellenwechsels muss jederzeit bestehen (so auch Küttner/Reinecke Personalbuch Kap. Zeugnis Rn. 11). Nach ArbG Frankfurt aM (17.1.2008 – 19 Ca 7961/07, BeckRS 2008, 52.107) ist ein Zwischenzeugnis auf Wunsch des Arbeitnehmers jedoch aufgrund arbeitsvertraglicher Nebenpflichten dann zu erteilen, wenn ein berechtigtes Interesse, zB eine ausgesprochene Kündigung, vorliegt. Anders § 61 Abs. 2 BAT, wonach im ungekündigten Arbeitsverhältnis nur aus triftigen Gründen ein (Zwischen-) Zeugnis verlangt werden kann. Ein solcher triftiger Grund liegt nicht vor, wenn der

A. XI. 2

A. Das Hauptsacheverfahren im Urteilsverfahren

Arbeitnehmer das Zeugnis in einem Höhergruppierungsrechtsstreit als Beweismittel verwenden will (BAG 21.1.1993 – 6 AZR 171/92, DB 1993, 2134 = NZA 1993, 1031 = AP BAT § 61 Nr. 1), wohl aber immer bei rechtlichen oder tatsächlichen Veränderungen des Arbeitsverhältnisses, wenn durch sie das Vertragsverhältnis einen erkennbaren Einschnitt erfährt, zB Vorgesetztenwechsel, Versetzung, Elternzeit usw. (ErfK/Müller-Glöge GewO § 109 Rn. 50). Der Arbeitnehmer kann nicht verlangen, dass bestimmte im Zwischenzeugnis enthaltene Formulierungen in das Endzeugnis exakt übernommen werden (LAG Düsseldorf 2.7.1976 – 9 Sa 727/76, DB 1976, 2310), wenn man auch dem Zwischenzeugnis starke Indizwirkung wird zubilligen müssen. Der Arbeitgeber wird es im Regelfall schwer haben darzulegen und zu beweisen, dass sich die Leistungen seit Erteilung des Zwischenzeugnisses wesentlich verändert haben. Ein fristgerecht entlassener Arbeitnehmer hat spätestens mit Ablauf der Kündigungsfrist oder bei seinem tatsächlichen Ausscheiden Anspruch auf ein Endzeugnis, nicht lediglich auf ein Zwischenzeugnis, auch wenn die Parteien in einem Kündigungsschutzprozess über die Wirksamkeit der Kündigung streiten (BAG 27.2.1987 – 5 AZR 710/85, AP BGB § 630 Nr. 16).

Der Zeugnisanspruch verjährt in 3 Jahren, § 195 BGB, und unterliegt – wie jeder schuldrechtliche Anspruch – der Verwirkung (BAG 17.2.1988 – 5 AZR 638/86, AP BGB § 630 Nr. 17). Die **Verwirkung** setzt zum einen voraus, dass der Arbeitnehmer nicht binnen angemessener Zeit ein Zeugnis verlangt hat (Zeitmoment), zweitens der Arbeitgeber hierdurch annehmen konnte, der Arbeitnehmer werde dies auch nicht mehr tun (Umstandsmoment) und drittens die Unzumutbarkeit für den Arbeitgeber, den Anspruch zu erfüllen. Letzteres soll dann vorliegen, wenn bereits so viel Zeit verstrichen ist, dass auf Grund Zeitablaufs nicht mehr sichergestellt ist, dass das Zeugnis von einem Aussteller herrührt, der auf Grund eigener Erinnerung und entsprechenden Beurteilungsvermögens hierfür die Verantwortung übernehmen kann (BAG 17.2.1988 – 5 AZR 638/86, AP BGB § 630 Nr. 17, zu II 4 der Entscheidungsgründe). Bestimmte Fristen, bei denen Verwirkung eintritt, haben sich in der Rspr. nicht herausgebildet (10 Monate: BAG 17.2.1988 – 5 AZR 638/86, AP BGB § 630 Nr. 17; über fünf Monate: 17.10.1972 – 1 AZR 86/72, AP BGB § 630 Nr. 8; bloßer Zeitablauf von mehr als zwei Monaten nicht ausreichend: LAG Hamm 16.3.1989 – 12 (13) Sa 1149/88, BB 1989, 1487). IÜ unterliegt der Anspruch auf Erteilung eines qualifizierten Zeugnisses tariflichen Ausschlussfristen (BAG 23.2.1983 – 5 AZR 515/80, AP BAT § 70 Nr. 10; aA: ArbG Hamburg 5.3.1997 – 21 Ca 89/97, BB 1997, 1212).

Vom Zeugnis zu unterscheiden ist die Erteilung einer Arbeitsbescheinigung gemäß § 312 SGB III; diese Verpflichtung des Arbeitgebers besteht gegenüber der Arbeitsverwaltung (→ Form. A. X. 3 Anm. 2).

3. Begehrt der Arbeitnehmer lediglich die Erteilung eines Zeugnisses, muss er das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses, dessen Beendigung und – beim qualifizierten Zeugnis – das entsprechende „Verlangen“ darlegen. Der Arbeitgeber hat dann Tatsachen vorzutragen, aus denen sich das Nichtbestehen des Zeugnisanspruchs ergeben soll (BAG 14.10.2003 – 9 AZR 12/03, NZA 2004, 842).

4. Verpflichtet zur Zeugniserteilung ist grundsätzlich der Arbeitgeber, dh der Dienstberechtigte iSd § 109 GewO. Er kann sich hierbei jedoch Dritter bedienen, die aber erkennbar ranghöher sein müssen als der das Zeugnis beanspruchende Arbeitnehmer (LAG Hamm 21.12.1993 – 4 Sa 880/93, BB 1995, 154; LAG Köln 14.7.1994 – 4 Sa 579/94, NZA 1995, 685; aA MüKoBGB/Schwerdtner § 630 Rn. 19). Jedenfalls unzulässig ist die Ausstellung durch einen mit der Interessenwahrnehmung beauftragten Rechtsanwalt (LAG Hamm 2.11.1966 – 3 Ta 72/66, DB 1966, 1815; Tschöpe/Wessel S. 1285). Zur Zeugniserteilung nach Insolvenzeröffnung → Form. A. X. 3.

3. Klage auf Zeugnisberichtigung gegen den Arbeitgeber

A. XI. 3

5. Verlangt der Arbeitnehmer zunächst ein **einfaches Zeugnis**, tritt Erfüllungswirkung gem. § 362 BGB ein, wenn dieses einfache Zeugnis ordnungsgemäß erteilt wurde. Gleichwohl kann er später vom Arbeitgeber zusätzlich ein qualifiziertes Zeugnis verlangen, das der Arbeitgeber auf Grund nachwirkender Fürsorgepflicht erteilen muss (MüKoBGB/*Schwerdtner* § 630 Rn. 29). Umgekehrt soll der Arbeitnehmer nach Erteilung eines qualifizierten Zeugnisses kein einfaches Zeugnis verlangen können, da das qualifizierte das einfache Zeugnis mit umfasst (*Schaub* § 146 III 2a). Dieser Standpunkt ist schon deshalb abzulehnen, weil nicht ersichtlich ist, warum bei dieser Fallgestaltung die arbeitgeberseitige Fürsorgepflicht nicht nachwirken soll (*Tschöpe/Wessel* S. 1299).

6. Die Zwangsvollstreckung wegen Zeugniserteilung oder -berichtigung findet gem. § 888 ZPO statt. Die Nichterteilung ist eine unvertretbare Handlung, zu der der Arbeitgeber, wenn er sie nicht vornimmt, durch Zwangsgeld und Zwangshaft angehalten werden kann.

Ein Prozessvergleich, mit dem sich der Arbeitgeber verpflichtet, ein „pflichtgemäßes“ qualifiziertes Zeugnis „entsprechend“ einem vom Arbeitnehmer noch anzufertigenden Entwurf zu erstellen, hat einen vollstreckbaren Inhalt. Der Arbeitgeber kann jedoch nicht im Wege der Zwangsvollstreckung dazu angehalten werden, in das Zeugnis Formulierungen aufzunehmen, die mit dem in § 109 GewO enthaltenen Grundsatz der Zeugniswahrheit nicht in Einklang stehen (BAG 9.9.2011 – 3 AZB 35/11, BeckRS 2011, 77049).

7. Kosten und Gebühren. Gegenstandswert: Erteilung/Berichtigung eines qualifizierten Zeugnisses idR ein Bruttomonatsgehalt LAG Köln 26.8.1991 – 10 Ta 61/91, MDR 1991, 1177; LAG Rheinland-Pfalz 31.7.1991 – 9 Ta 138/91, NZA 1992, 524; aA LAG Baden-Württemberg 11.4.1990 – 8 Ta 43/90; Erteilung eines Zwischenzeugnisses ein halbes Bruttomonatsgehalt (LAG Köln 12.7.1996 – 11 Ta 97/96, BeckRS 1996, 30762522). Vergleichsmehrwert für Zeugnis nur, wenn durch die vergleichsweise Regelung Streit oder Ungewissheit der Parteien in Bezug auf den Regelungsgegenstand beseitigt wird (LAG Rheinland-Pfalz 6.5.2008 – 1 Ta 66/08, BeckRS 2008, 52599); gleiches gilt, wenn inhaltliche Vorgaben für die Zeugnisgestaltung festgelegt werden oder wenn der Arbeitgeber im Zeitpunkt des Vergleichsschlusses mit der Erteilung des Zeugnisses bereits in Verzug war (LAG Köln 18.8.2011 – 7 Ta 139/11, BeckRS 2011, 76821).

3. Klage auf Zeugnisberichtigung gegen den Arbeitgeber

An das

Arbeitsgericht

Klage

In Sachen

– Klagepartei –

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte

gegen

.

– beklagte Partei –

wegen: Zeugnisberichtigung¹

A. XI. 3

A. Das Hauptsacheverfahren im Urteilsverfahren

Namens und mit Vollmacht der Klagepartei erheben wir Klage und werden beantragen

1. Die beklagte Partei wird verurteilt, der Klagepartei Zug um Zug gegen Rückgabe des unter dem Datum des erteilten Zeugnisses unter demselben Datum² ein Zeugnis mit folgendem Inhalt³ zu erteilen und zuzusenden:⁴

„(.)

Wir bedauern das Ausscheiden von, danken für seine Mitarbeit und wünschen für seinen weiteren Lebensweg alles Gute.“

2. Die beklagte Partei trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Begründung:

Die Klagepartei war vom bis als bei der beklagten Partei beschäftigt. Unter dem hat die beklagte Partei der Klagepartei ein qualifiziertes Arbeitszeugnis erteilt, das den Aufgabenbereich der Klagepartei nur unzureichend wiedergibt.⁵ In der Aufzählung der Aufgabenbereiche fehlt

Diese Tätigkeiten hat die Klagepartei in folgendem Umfang wahrgenommen: (.).

Beweis:

In der Bewertung der Leistung werden durch die Verwendung der Floskel „. erfüllte die ihm übertragenen Aufgaben im Wesentlichen zu unserer Zufriedenheit“ deutlich unterdurchschnittliche Leistungen bescheinigt; zu einer solchen Aussage besteht keinerlei Veranlassung.⁶ Die beklagte Partei möge der ihr insoweit obliegenden Darlegungs- und Beweislast nachkommen.⁷

Angaben über die Führung im Dienst fehlen völlig.⁸

Der Austrittsgrund ist nicht genannt; nach dem Grundsatz der Zeugniswahrheit und gemäß dem Vollständigkeitsgebot ist diese Angabe notwendiger Bestandteil eines qualifizierten Zeugnisses.⁹

Die im Antrag formulierte Schlussformel entspricht dem Zeugnisstandard; das bisherige völlige Fehlen lässt negative Rückschlüsse auf die Leistungen und das Verhalten der Klagepartei zu, zu denen die Klagepartei während des Arbeitsverhältnisses keinerlei Veranlassung gegeben hat.¹⁰

Auch hat die beklagte Partei weder einen Firmenbriefbogen noch einen Firmenstempel verwendet.¹¹

Schließlich sind orthografische Fehler in Absatz und enthalten.¹²

Die beklagte Partei hat außergerichtlich eingewendet, die Klagepartei habe beim Austritt eine Ausgleichsklausel unterschrieben. Dies ist erstens nicht richtig, da die Klagepartei lediglich den Erhalt der Arbeitspapiere bestätigt hat.

Beweis: Empfangsbestätigung, in der Anlage

Zweitens schliesse eine allgemeine Ausgleichsklausel den Zeugnisberichtigungsanspruch nur dann aus, wenn ein solcher Verzicht ausdrücklich dem Text der Vereinbarung oder mit ausreichender Sicherheit den Begleitumständen zu entnehmen wäre (LAG Düsseldorf 23.5.1995 – 3 Sa 253/95, NZA-RR 1996, 42 mwN).¹³ Dies ist vorliegend nicht der Fall.

Rechtsanwalt¹⁴