

Leseprobe

Aktuelle  
Rechtsprechungsübersicht  
zum Individual-

# Arbeitsrecht

Kurzer Überblick über den Aufbau, Inhalt und die Systematik der Rechtsprechungsübersicht

PETER BOPP

MIT HINWEISEN FÜR DIE  
§§  
PROZESSVERTRETUNG

Aktuelle  
Rechtsprechungsübersicht  
zum Individual-

# Arbeitsrecht



Ausgabe 2009

**8. Auflage**

inkl. CD

ARBER  
Verlag

## Vorwort

Die vorliegende Rechtsprechungsübersicht zum Individual-Arbeitsrecht ist aus der Praxis für die Praxis zusammengestellt worden. Sie beruht auf der Auswertung der uns zugänglichen Entscheidungen des BAG, der Landesarbeitsgerichte und der veröffentlichten Entscheidungen der Arbeitsgerichte. Die Verfasser nehmen nicht für sich in Anspruch, mit diesem Buch den Benutzern die Lösung sämtlicher arbeitsrechtlicher Probleme zu präsentieren. Vielmehr soll mit Hinweisen auf vorhandene Rechtsprechung eine Hilfestellung gewährt werden, die neben der im Einzelfall greifbaren Fachliteratur und zum Einstieg in die technischen Dateien genutzt werden möge.

In der achten Auflage wurde wieder die Gliederung der einzelnen Stichwörter verbessert und neue Stichwörter bearbeitet, um einen noch schnelleren Zugriff auf die benötigten Entscheidungen zu finden.

Um den Benutzern die Arbeit zu erleichtern, wurde versucht, zu den Entscheidungen gängige Fundstellen aufzuführen, soweit solche in der Praxis üblicherweise zugänglich sind. Soweit keine zugänglichen Fundstellen vom Verfasser aufgeführt werden konnten und auch vorhandene Dateien die Entscheidungen nicht enthalten, muss der Benutzer, der eine entsprechende Entscheidung benötigt, diese beim Gericht anfordern.

Entscheidungen, die vor allem von Relevanz für das arbeitsgerichtliche Verfahren sind, wurden am Rand mit „§§“ versehen, soweit nicht die Entscheidungen zu prozessualen Fragen in einem eigenen Abschnitt bei dem jeweiligen Stichwort zusammengestellt sind.

Dafür, dass dieses Werk rechtzeitig erscheinen kann, danken wir besonders Frau B. Föhl für ihren Einsatz bei der satzfertigen Herstellung des Manuskriptes.

Dieses Werk enthält die bis zum **10.03.2009** veröffentlichte Rechtsprechung.

Da diese Rechtsprechungsübersicht inzwischen sehr umfangreich geworden ist, haben wir aus drucktechnischen Gründen die Entscheidungen bis einschließlich 1995 – bis auf wenige Ausnahmen – herausgenommen. Bei Interesse finden Sie frühere Entscheidungen aber immer noch (in graublauer Schrift) auf der beiliegenden CD.

Sofern das Buch über den Verlag direkt bezogen wurde, erhalten Sie im Abstand in unregelmäßigen Abständen **kostenlos** bis zum Erscheinen der Neuauflage die **ArberInfo**, die Sie über aktuelle neue Rechtsprechung informiert. Wenn Sie das Buch über den Buchhandel bezogen haben, können Sie kostenlos die Zusendung der „ArberInfo“ beim Verlag anfordern.

Heilbronn, 10.03.2009

Peter Bopp  
Cornelia Bopp

**Inhaltsverzeichnis\***



<b>Abkürzungsverzeichnis .....</b>	<b>6</b>
<b>Fundstellenverzeichnis .....</b>	<b>33</b>
<b>Abfindung.....</b>	<b>57</b>
1. Allgemeines.....	57
1.1. Abfindung nach § 1a KSchG.....	60
2. Sozialversicherungsrechtliche Fragen .....	61
3. Steuerrechtliche Fragen.....	61
<b>Abmahnung.....</b>	<b>63</b>
1. Rechtsgrundlage einer Abmahnung.....	64
2. Abmahnung als erforderliche Voraussetzung einer Kündigung.....	64
2.1. Allgemeines.....	66
2.2. Abmahnung auch bei Störungen im Vertrauensbereich .....	67
2.3. Zugang der Abmahnung .....	67
2.4. Abmahnung entbehrlich .....	67
2.5. Abmahnung durch Arbeitnehmer .....	68
3. Zeitpunkt der Abmahnung.....	68
4. Inhalt und Begründung der Abmahnung .....	69
4.1. Formerfordernisse einer Abmahnung .....	69
4.1.1. Unwirksame Kündigung als Abmahnung.....	69
4.2. Abmahnung wegen gleichartiger Pflichtverstöße als Kündigungsvoraussetzung .....	70
4.3. Abmahnung wegen mehrerer Vertragsverstöße.....	70
4.4. Mehrere Abmahnungen: Verlust der Warnfunktion?.....	70
5. Abmahnungsberechtigung .....	70
6. Möglichkeiten des Arbeitnehmers.....	70
7. Abmahnung und Beteiligung des Betriebsrats / Personalrats .....	72
8. Muster .....	73
9. Prozessuale Fragen .....	73
9.1. Streitwert .....	74
<b>Abtretung.....</b>	<b>75</b>
<b>Abwerbung .....</b>	<b>76</b>
<b>Abwicklungsvertrag .....</b>	<b>77</b>
<b>Änderungskündigung .....</b>	<b>79</b>
1. Allgemeines.....	80
1.1. Teilkündigung und Widerrufsvorbehalt .....	83
1.2. Außerordentliche Änderungskündigung.....	84
1.2.1. Änderungskündigung gegenüber betriebsverfassungsrechtlicher Mandatsträger.....	86
1.3. Änderungskündigung vor Beendigungskündigung (Ultima-ratio-Prinzip) .....	87
1.3.1. Betriebsbedingte Änderungskündigung .....	89
1.3.2. Korrigierende Rückgruppierung .....	95
1.4. Die „überflüssige“ Änderungskündigung .....	96
1.5. Rücknahme der Änderungskündigung .....	97
1.6. Muster einer Änderungskündigung .....	98
2. Möglichkeiten des Arbeitnehmers bei einer Änderungskündigung.....	98
2.1. Annahme des Angebots.....	98
2.2. Annehmen unter Vorbehalt .....	99
2.3. Änderungskündigung und Annahmeverzug.....	100
3. Änderungskündigung und Betriebsrat / Personalrat .....	100
4. Prüfungsmaßstab einer Änderungskündigung.....	103
5. Änderungskündigung und Auflösungsantrag (§§ 9, 10 KSchG) .....	104
5.1. Änderungskündigung und Abfindung nach § 1 a KSchG.....	104
6. Prozessuale Fragen .....	104
<b>Ärztliche Berufe .....</b>	<b>107</b>
1. Arzt.....	107
2. Arzthelferin .....	110
3. Apotheke .....	111
4. DRK.....	111
5. Prozessuale Fragen .....	111
<b>AGG (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz) .....</b>	<b>112</b>
1. Allgemeines.....	112
2. Sozialauswahl .....	115
3. Beschwerdestelle nach § 13 AGG .....	116
<b>Aktioptionen .....</b>	<b>117</b>
<b>Altersdiskriminierung .....</b>	<b>118</b>

\* Im Gegensatz zu den kapituleigenen Inhaltsverzeichnissen ist dieses Inhaltsverzeichnis nicht mit den einzelnen Überschriften verlinkt. Es dient lediglich zur Übersicht. Um schnell zu den einzelnen Kapiteln zu gelangen, benutzen Sie bitte die Lesezeichen auf der linken Seite!

<b>Altersgrenze.....</b>	<b>121</b>
1. Gesetzliche Altersgrenzenregelung .....	122
2. Tarifliche Altersgrenzenregelung .....	122
3. Altersgrenzenregelung in einer Betriebsvereinbarung.....	123
4. Vorgezogenes Altersruhegeld.....	123
<b>Altersrente, gesetzliche .....</b>	<b>124</b>
<b>Altersteilzeit .....</b>	<b>126</b>
1. Allgemeines.....	126
2. Altersteilzeit im öffentlichen Dienst .....	130
3. Rückabwicklung eines Altersteilzeitvertrages, Streitfall.....	132
4. Altersteilzeit und Insolvenz .....	133
<b>Altersversorgung, betriebliche .....</b>	<b>135</b>
1. Allgemeines.....	136
1.1. Direktversicherung .....	139
1.2. Unterstützungskasse / Pensionskasse .....	139
1.3. AO 1954 .....	141
1.4. Entgeltumwandlungsanspruch.....	143
1.5. Direktzusage .....	143
1.6. Hinweispflichten im Zusammenhang mit Abschluss eines Aufhebungsvertrages / Schadensersatz wegen fehlerhafter Auskunft .....	143
1.7. Reichweite des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats bei der betrieblichen Altersversorgung .....	144
2. Anspruchsgrundlagen .....	144
2.1. Tarifvertrag als Anspruchsgrundlage .....	146
2.1.1. Baugewerbe .....	147
2.1.2. Öffentlicher Dienst.....	148
2.2. Besonderheiten bei Betriebsvereinbarungen über betriebliche Altersversorgung.....	150
2.3. Gesamtzusage als Anspruchsgrundlage .....	153
2.4. Betriebliche Übung als Anspruchsgrundlage .....	154
3. Inhalt der Zusage .....	155
3.1. Abbau einer Überversorgung .....	158
3.2. Widerruf von Leistungen .....	161
3.3. Eingriff in zugesagte Rentendynamik .....	162
3.4. Anpassung wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage .....	163
3.5. Hinterbliebenenversorgung .....	164
4. Unverfallbarkeit der Anwartschaft .....	166
4.1. Auskunftsanspruch des Arbeitnehmers bei Ausscheiden.....	169
4.2. Haftung für Ansprüche .....	170
4.3. Eingriff in Versorgungsanwartschaften .....	171
4.4. Abfindung einer unverfallbaren Anwartschaft / Verzicht (§ 3 BetrAVG) / Verzicht .....	172
5. Anrechnungsverbot (§ 5 BetrAVG) .....	172
6. Berechnung der Betriebsrente .....	174
6.1. Vorzeitige Inanspruchnahme (§ 6 BetrAVG).....	174
7. Betriebliche Altersversorgung und Gleichbehandlung.....	177
7.1. Allgemeines.....	180
7.2. Teilzeitbeschäftigte .....	183
7.3. Unterhäftig Beschäftigte .....	185
7.4. Geringfügig Beschäftigte.....	186
8. Betriebsübergang und betriebliche Altersversorgung.....	186
8.1. Unternehmensumwandlung und betriebliche Altersversorgung .....	189
8.2. Auskunftsanspruch über Rentenanwartschaft bei Betriebsübergang.....	190
9. Betriebliche Altersversorgung in der Insolvenz.....	190
9.1. Versicherungsmissbrauch (§ 7 Abs. 5 BetrAVG).....	195
10. Die Anpassungsüberprüfung (§ 16 BetrAVG).....	195
10.1. Nachträgliche Anpassung .....	198
10.2. Berechnungsdurchgriff (auf Konzern) .....	199
10.3. Rentenanpassung bei einer Rentnergesellschaft .....	201
10.4. Bochumer / Essener Verband.....	201
11. Zusatzversorgungskasse (ZVK) des öffentlichen Dienstes .....	203
11.1. Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder (VBL) .....	204
11.2. Versorgungstarifvertrag der Deutschen Bundespost.....	206
12. Betriebsrente und tarifvertragliche Ausschlussfristen.....	206
13. Betriebsrente und Verjährung .....	207
13.1. Betriebsrente und Ausgleichsklausel.....	207
14. Aufrechnung mit Schadenersatzansprüchen .....	207
15. Rechtsmissbräuchliche Berufung auf Versorgungszusage .....	208
16. Prozessuale Fragen .....	208
17. Steuerrechtliche Fragen.....	210
18. Sozialversicherungsrechtliche Fragen .....	210

Annahmeverzug<sup>30</sup>

1.	Allgemeines .....	213
1.1.	Beendigung des Annahmeverzuges .....	215
1.2.	Freistellung von der Arbeit .....	216
2.	Annahmeverzug nach unwirksamer Kündigung .....	216
2.1.	Rücknahme der Kündigung .....	219
2.2.	Kein Annahmeverzug bei berechtigter Ablehnung oder Unmöglichkeit der Beschäftigung .....	219
2.2.1.	Fehlende Leistungsbereitschaft .....	221
2.3.	Annahmeverzug und Arbeitsunfähigkeit .....	221
2.4.	Annahmeverzug bei Weiterbeschäftigungsanspruch nach § 102 Abs. 5 BetrVG .....	222
2.5.	Steuerschaden wegen verspäteter Zahlung .....	222
3.	Annahmeverzug im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang .....	223
4.	<b>Berechnung des Anspruchs aus Annahmeverzug</b> .....	224
4.1.	Annahmeverzug und Überstunden .....	226
4.2.	Böswillige Unterlassung der Verwertung der Arbeitskraft (§ 615 Satz 2 BGB; § 11 Nr. 2 KSchG) .....	226
4.3.	Anrechnungsmöglichkeit bei anderweitigem Verdienst (§ 615 Satz 2 BGB; § 11 Satz 2 Nr. 2 KSchG) .....	227
4.3.1.	Auskunftspflicht über anderweitigen Verdienst .....	230
4.3.2.	Annahmeverzug bei Teilzeittätigkeit .....	231
5.	Annahmeverzug und Arbeitskampf .....	232
6.	<b>Prozessuale Fragen</b> .....	232
6.1.	Klageantrag und Verfahren .....	233
6.2.	Kündigungsschutzklage und Lohnansprüche .....	233
6.3.	Annahmeverzug in der Insolvenz .....	234
6.4.	Annahmeverzug und Verjährung .....	234

## 1. Allgemeines

Nach § 615 Satz 1 BGB hat der Arbeitgeber in einem bestehenden Arbeitsverhältnis die vereinbarte Vergütung fortzuzahlen, wenn er mit der Annahme der Dienste in Verzug gerät.

Die Voraussetzungen des Annahmeverzuges richten sich nach den §§ 293 ff. BGB; regelmäßig ist ein Angebot erforderlich. Ist aber für die vom Gläubiger vorzunehmende Handlung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, bedarf es nach § 296 Satz 1 BGB keines Angebots des Arbeitnehmers, wenn der Arbeitgeber die Handlung nicht rechtzeitig vornimmt. Die nach dem Kalender bestimmte Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers liegt darin, dem Arbeitnehmer für jeden Arbeitstag einen funktionsfähigen Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen.

Nach einer unwirksamen Kündigung muss deshalb der Arbeitgeber den Arbeitnehmer, wenn er nicht in Annahmeverzug geraten will, die Arbeit wieder zuweisen. Kommt der Arbeitgeber dieser Obliegenheit nicht nach, gerät er in Annahmeverzug, ohne dass es eines Angebots der Arbeitsleistung durch den Arbeitnehmer bedarf (ständige Rechtsprechung des BAG, etwa BAG 19.1.1999 – 9 AZR 679/97).

Voraussetzung für den Annahmeverzug ist weiterhin, dass der Arbeitnehmer gemäß § 297 BGB leistungsfähig und leistungswillig ist. An der **Leistungsfähigkeit** mangelt es insbesondere dann, wenn der Arbeitnehmer während des Annahmeverzugszeitraumes arbeitsunfähig krank ist. Der für die **Leistungsunwilligkeit** darlegungs- und beweispflichtige Arbeitgeber muss zunächst ausreichende Indiztatsachen für diese Tatbestände vortragen und unter Beweis stellen (BAG 5.11.2003 – 5 AZR 562/02).

*BAG 5.6.2008 – 2 AZR 107/07*

Ein Annahmeverzug des Arbeitgebers ist ausgeschlossen, wenn der Arbeitnehmer nicht **leistungsfähig** oder nicht **leistungswillig** ist. Die Leistungsbereitschaft ist eine von dem Leistungsangebot und dessen Entbehrlichkeit unabhängige Voraussetzung des Annahmeverzugs; sie muss während des gesamten Verzugszeitraums vorliegen.

*BAG 19.5.2004 – 5 AZR 434/03*

Ist das Zustandekommen eines **Aufhebungsvertrages** zwischen den Arbeitsvertragsparteien streitig, bedarf es zur Begründung des Annahmeverzugs des Arbeitgebers in der Regel eines tatsächlichen Angebots der Arbeitsleistung durch den Arbeitnehmer.

*BAG 7.12.2005 – 5 AZR 19/05*

Der Annahmeverzug setzt nach § 615 Satz 1 i. V. m. § 293 BGB die Nichtannahme der vom Arbeitnehmer geschuldeten Arbeitsleistung voraus. Ist der Arbeitnehmer von der Arbeitspflicht befreit, ist der Arbeitgeber nicht zur Annahme der Arbeitsleistung verpflichtet. Deshalb kann für die Dauer eines wirksam erteilten Urlaubs kein Annahmeverzug des Arbeitgebers begründet werden.

*BAG 23.1.1996 – 9 AZR 554/93 – BB 1996, 1444 – DB 1996, 1679 – NZA 1996, 1101*

Auf den Entgeltanspruch ist ein vom Arbeitnehmer erzielter anderweitiger Verdienst gesetzlich nur nach § 615 Abs. 1 Satz 2 BGB, § 11 KSchG anzurechnen. Vorausgesetzt wird, dass sich der Arbeitgeber mit der Annahme der vom Arbeitnehmer geschuldeten Dienste in Verzug befindet.

Annahmeverzug besteht nicht, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer mit seinem Einverständnis von weiterer Arbeitsleistung unter Anrechnung auf Urlaub freistellt.

Will der Arbeitgeber anderweitig erzielten Verdienst anrechnen, muss er sich das vorbehalten. Er muss dann aber auch die genaue zeitliche Lage des Urlaubs im Freistellungszeitraum festlegen.

Hat sich der Arbeitnehmer auf seinen Entgeltanspruch anderweitigen Verdienst anrechnen zu lassen, kann der Arbeitgeber Auskunft über die tatsächlichen Umstände der anderweitigen Erwerbstätigkeit des Arbeitnehmers verlangen und bis zur Erteilung der Auskunft die Leistung verweigern.

*BAG 19.3.2002 – 9 AZR 16/01 – DB 2002, 1509*

Die Bestimmung des § 615 Abs. 1 BGB ist abdingbar. Das ergibt sich bereits aus § 619 BGB.

*BAG 18.5.1999 – 9 AZR 13/98*

Ist ein Arbeitnehmer, der Ansprüche aus Annahmeverzug geltend macht, objektiv aus gesundheitlichen Gründen außerstande, die arbeitsvertraglich geschuldete Leistung zu erbringen, so kann das fehlende Leistungsvermögen nicht allein durch die subjektive Einschätzung des Arbeitnehmers ersetzt werden, er sei trotzdem gesundheitlich in der Lage, einen Arbeitsversuch zu unternehmen.

*BAG 29.10.1998 – 2 AZR 666/97 – DB 1999, 805*

Nach § 14 Abs. 4 TzBfG bedarf die Befristung des Arbeitsvertrags zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Wird diese nicht eingehalten, gilt der Arbeitsvertrag nach § 16 Satz 1 TzBfG als auf unbestimmte Zeit geschlossen.

Dies gilt auch für eine vertragliche Vereinbarung über die befristete Weiterbeschäftigung eines gekündigten Arbeitnehmers nach Ablauf der Kündigungsfrist bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzprozesses.

<sup>30</sup> vgl. auch Stichwort: „Betriebsrisiko“, „Freistellung“; vgl. **B. Opolony**: „Aktuelles zum Annahmeverzugslohn im Rahmen des Kündigungsschutzverfahrens“, in BB 2004, 1386 ff.

## 7. Schadenersatzanspruch (§ 23 BBiG n. F.)

### 7.1. ... des Auszubildenden

Löst der Auszubildende das Berufsausbildungsverhältnis nach der Probezeit vorzeitig, weil ihm die weitere Ausbildung verweigert wird, so kann er nach § 16 Abs. 1 Satz 1 BBiG von dem Ausbildenden Ersatz des gesamten Schadens verlangen, der ihm durch die vorzeitige Lösung des Berufsausbildungsverhältnisses entstanden ist. Dazu gehören Aufwendungen für die Begründung eines neuen Berufsausbildungsverhältnisses und Mehrkosten, die durch die Ausbildung an einem anderen Ort verursacht werden, auch, soweit sie vor der rechtlichen Beendigung des alten Berufsausbildungsverhältnisses entstanden sind.

BAG 11.8.1987 – 8 AZR 93/85 = BB 1987, 2306 = DB 1988, 919 = NZA 1988, 93

Stellt die zuständige Stelle Anforderungen für die künftige Eintragung von Berufsausbildungsverträgen nach den §§ 31 ff. BBiG auf, begründet das eine Aufklärungspflicht des Ausbildenden bei Vertragsabschluss nur, wenn sich aus den Anforderungen ein Risiko für die Vertragsdurchführung ergibt.

BAG 17.7.1997 – 8 AZR 257/96 = BB 1998, 324

Verletzt der Ausbilder die vertragliche Pflicht, ein bestimmtes Verfahren zur Klärung durchzuführen, ob eine Nachschulung und/oder Nachprüfung im Anschluss an die erfolglos gebliebene Pilotenprüfung sinnvoll erscheint, so ist nicht nach den Grundsätzen über die Beweisvereitelung anzunehmen. Nachschulung und Nachprüfung wären sinnvoll und erfolgreich gewesen, solange deren Sinn und Erfolgsaussichten anderweitig festgestellt werden können.

BAG 24.6.1999 – 8 AZR 339/98 = NZA 1999, 1275

Ein Ausbildender ist grundsätzlich in seiner Entscheidung frei, ob er einen Auszubildenden im Anschluss an die Ausbildung in ein Arbeitsverhältnis übernimmt.

Ein Auszubildender, der eine Verletzung des Ausbildungsvertrages geltend macht, hat daher grundsätzlich keinen Anspruch auf Schadensersatz wegen der durch die Nichtübernahme in ein festes Arbeitsverhältnis entfallenen Vergütung.

BAG 20.11.2003 – 8 AZR 439/02

Wird ein Berufsausbildungsverhältnis nach der Probezeit vorzeitig gelöst, so kann der Auszubildende Schadensersatz verlangen, wenn der Ausbildende den Grund für die Auflösung zu vertreten hat.

Danach kann der Auszubildende die bis zum vertraglich vereinbarten Beendigungszeitpunkt des Berufsausbildungsverhältnisses ausfallende Ausbildungsvergütung verlangen. Auf diesen Nachteil wird jedoch im Rahmen des von der Rechtsprechung entwickelten adäquat kausalen Vorteilsausgleiches dasjenige angerechnet, was er in dieser Zeit durch eine anderweitige Tätigkeit erworben hat, die er bei Fortsetzung seines Berufsausbildungsverhältnisses nicht hätte ausüben können.

#### Hinweis für die Praxis:

Nach § 16 Abs. 1 BBiG a. F. kann Ersatz des gesamten Schadens verlangt werden, der sich durch die vorzeitige Lösung für den anderen Teil ergibt. Dabei ist das nicht ordnungsgemäß erfüllte Berufsausbildungsverhältnis mit einem ordnungsgemäß abgewickelten zu vergleichen. Die §§ 249 ff. BGB finden auf die Schadensermittlung Anwendung.

Nach § 249 Abs. 1 BGB in der ab 1. August 2002 geltenden Fassung hat derjenige, der zum Schadensersatz verpflichtet ist, den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Einsatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.

Der Schaden besteht in der Differenz zwischen der Vermögenslage, die eingetreten wäre, wenn der Schuldner ordnungsgemäß erfüllt hätte und der durch die Nichterfüllung tatsächlich entstandenen Vermögenslage (BAG 16.11.1995 – 8 AZR 240/95).

Damit ist die Klägerin nach § 23 Abs. 1 Satz 1 BBiG n. F. i. V. m. § 249 Abs. 1 BGB so zu stellen, wie sie stehen würde, wenn die Beklagte das Berufsausbildungsverhältnis nicht außerordentlich gekündigt, sondern bis zum vereinbarten Ende fortgesetzt hätte.

Für die Schadensberechnung nach § 23 Abs. 1 Satz 1 BBiG n. F. i. V. m. § 249 Abs. 1 BGB ist ein Vermögensvergleich anzustellen. Nach der Rechtsprechung beinhaltet die Ausbildungsvergütung nicht nur eine Entlohnung. Sie soll auch eine finanzielle Hilfe zur Durchführung der Berufsausbildung sein und die Heranbildung eines ausreichenden Nachwuchses gewährleisten. Ungeachtet der besonderen Funktionen der Ausbildungsvergütung hat der zum Schadensersatz nach § 23 Abs. 1 Satz 1 BBiG n. F. verpflichtete Ausbildende, dem

Auszubildenden die Ausbildungsvergütung bis zur Aufnahme einer neuen Ausbildung oder ggf. eines Arbeitsverhältnisses weiterzuzahlen. Damit wird die Ausbildungsvergütung vermögensrechtlich nicht anders als das Arbeitsentgelt behandelt.

Im Rahmen des nach § 249 BGB anzustellenden Vermögensvergleiches ist daher auch zu berücksichtigen, ob der Auszubildende im adäquaten Zusammenhang mit dem schädigenden Ereignis ein vermögenswerter Vorteil durch anderweitigen Verdienst zugeflossen ist (sog. Vorteilsausgleich).

Der nach § 23 Abs. 1 Satz 1 BBiG n. F. zu ersetzende Schaden ist ein sog. „Verfrühungsschaden“ (vgl. zum § 628 Abs. 2 BGB: BAG 26.7.2001 – 8 AZR 739/00 – BAGE 98, 275). Er ist aus der Differenz der Vermögenslage der Klägerin zu berechnen, wie sie ohne die vorzeitige Auflösung des Berufsausbildungsverhältnisses bestanden hätte und der Vermögenslage, die aufgrund dieser vorzeitigen Auflösung besteht. Nach § 249 BGB sind nicht nur die Nachteile, sondern auch die Vorteile zu berücksichtigen. Daraus folgt, dass es für die Schadenshöhe ohne Belang ist, wann und für welche Zeiträume der anderweitige Verdienst durch die Klägerin erzielt worden ist.

BAG 8.5.2007 – 9 AZR 527/06

Nach § 16 Abs. 2 BBiG a. F. (§ 23 Abs. 1 BBiG n. F.) können Auszubildende oder Auszubildende Schadensersatz verlangen, wenn das Berufsausbildungsverhältnis nach der Probezeit aus einem Grunde vorzeitig aufgelöst wird, den die andere Person zu vertreten hat. Der Schadensersatzanspruch setzt nicht die rechtliche Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses voraus. Es genügt, wenn sich eine Vertragspartei nach Ablauf der Probezeit endgültig vom Berufsausbildungsverhältnis löst, indem sie ihre Pflichten aus dem Berufsausbildungsverhältnis dauerhaft nicht mehr erfüllt (sog. tatsächliche Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses).

Es ist der Schaden zu ersetzen, der durch das vorzeitige Lösen vom Berufsausbildungsverhältnis entstanden ist, §§ 249, 254 BGB. Bei der Schadensermittlung ist das nicht ordnungsgemäß erfüllte Berufsausbildungsverhältnis nach §§ 249 ff. BGB mit einem ordnungsgemäßen zu vergleichen. Zum Schadensersatzanspruch können deshalb auch Aufwendungen gehören, die notwendig sind, um die Ausbildung in einer anderen Ausbildungsstätte fortzusetzen.

BAG 17.7.2007 – 9 AZR 103/07

### 7.2. ... des Ausbildenden

Der Schadensersatzanspruch des vertragstreuen Teils (bei Abbruch der Berufsausbildung) nach § 16 BBiG setzt nur voraus, dass das Berufsausbildungsverhältnis nach Ablauf der Probezeit durch einen Umstand, den der andere Teil zu vertreten hat, vorzeitig beendet wird. Die tatsächliche Beendigung, z. B. durch Ausscheiden unter Vertragsbruch, genügt. Eine wirksame Kündigung kann nicht verlangt werden.

Löst der Auszubildende das Berufsausbildungsverhältnis nach der Probezeit schuldhaft vorzeitig, so kann der Ausbildende Ersatz der Aufwendungen verlangen, die er nach den Umständen für erforderlich halten durfte. Dazu gehören nicht die Aufwendungen für die ersatzweise Beschäftigung eines ausgebildeten Arbeitnehmers. Ausbildungsverhältnis und Arbeitsverhältnis können wegen der ganz unterschiedlichen Pflichtenbindung nicht gleichgesetzt werden.

BAG 17.8.2000 – 8 AZR 578/99 = BB 2001, 50

### 7.3. Ausschlussfrist für Schadensersatz (§ 23 Abs. 2 BBiG)

Nach § 16 Abs. 2 BBiG a. F. (§ 23 Abs. 2 BBiG n. F.) erlischt der Anspruch auf Schadensersatz, wenn er nicht innerhalb von drei Monaten nach Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses geltend gemacht wird. Maßgebend für den Fristbeginn ist das vertragsgemäße rechtliche Ende des Berufsausbildungsverhältnisses i. S. v. § 14 Abs. 1 BBiG a. F. (§ 21 Abs. 1 n. F.). § 16 Abs. 2 BBiG a. F. (§ 23 Abs. 2 n. F.) enthält keinen eigenständigen, von § 14 BBiG a. F. (§ 21 Abs. 1 n. F.) abweichenden Begriff der Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses.

Das folgt schon aus dem Wortlaut der Vorschrift. Danach erlischt der Anspruch, wenn er nicht innerhalb von drei Monaten nach „Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses“ geltend gemacht wird. Die Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses ist in § 14 BBiG a. F. (§ 21 BBiG n. F.) geregelt. Dort wird bestimmt, aus welchen

Gründen und zu welchem Zeitpunkt das Berufsausbildungsverhältnis rechtlich endet. Es endet gemäß § 14 Abs. 1 BBiG a. F. (§ 21 Abs. 1 BBiG n. F.) regelmäßig mit dem Ablauf der Ausbildungszeit. Beginn und Dauer der Berufsausbildung werden nach § 4 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BBiG a. F. im Berufsausbildungsvertrag niedergelegt.

§ 16 Abs. 2 BBiG a. F. (§ 23 Abs. 2 BBiG n. F.) enthält keinen eigenständigen, von § 14 BBiG (§ 21 BBiG n. F.) abweichenden Begriff der Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses. Ohne weitere Anhaltspunkte, die hier fehlen, kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber in einem Regelwerk dem mit gleichem Wortlaut verwendeten Begriff unterschiedlichen Sinn beimessen will. Zudem differenziert § 16 BBiG a. F. (§ 23 n. F.) ausdrücklich zwischen dem Lösen von Berufsausbildungsverhältnis in § 16 Abs. 1 BBiG a. F. (§ 23 Abs. 1 n. F.) und der Beendigung in § 16 Abs. 2 BBiG a. F. (§ 23 Abs. 2 n. F.). Deshalb knüpft die Abschlussfrist nach ihrem Wortlaut weder an die vorzeitige tatsächliche Beendigung der Ausbildung noch an die vorzeitige rechtliche Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses an.

Dem steht nicht entgegen, dass die Schadensersatzpflicht des § 16 Abs. 1 BBiG a. F. (§ 23 Abs. 1 BBiG n. F.) auch schon bei tatsächlicher Beendigung der Ausbildungspflichten im fortbestehenden Berufsausbildungsverhältnis gegeben sein kann.

Welcher Schaden durch das vorzeitige Lösen vom Berufsausbildungsverhältnis entstanden ist, lässt sich in der Regel erst mit dem vereinbarten Ende des Berufsausbildungsverhältnisses feststellen. Das folgt aus § 249 BGB. Bei der Schadensermittlung ist das nicht ordnungsgemäß erfüllte Berufsausbildungsverhältnis nach Maßgabe der §§ 249 ff. BGB mit einem ordnungsgemäßen zu vergleichen (BAG 8.5.2007 – 9 AZR 527/06; BAG 17.7.1997 – 8 AZR 257/96). Der endgültige Schaden lässt sich deswegen regelmäßig erst mit Ablauf des **vertragsmäßigen Endes** des Berufsausbildungsverhältnisses wegen des nach § 249 BGB vorzunehmenden Vermögensvergleichs feststellen. Macht der Auszubildende Vergütungsansprüche für den Zeitraum ab dem tatsächlichen Ende bis zum rechtlichen Ende des Berufsausbildungsverhältnisses geltend, muss er sich darauf den in diesem Zeitraum insgesamt adäquat erworbenen anderweitigen Verdienst anrechnen lassen (sog. Vorteilsausgleich, vgl. BGH 16.1.1990 – VI ZR 170/89). Der Vermögensvergleich zwischen nicht gezahlter Ausbildungsvergütung und anderweitig erzieltm Verdienst kann deshalb erst am Ende des Vergleichszeitraums und damit zum **vertragsgemäßen Ende des Ausbildungsverhältnisses** gezogen werden.

BAG 17.7.2007 – 9 AZR 103/07

### 8. Prozessuale Fragen

Auch wenn entgegen der in § 111 Abs. 2 Satz 5 ArbGG geregelten Prozessvoraussetzung keine Verhandlung vor dem Ausschuss zur Beilegung von Streitigkeiten zwischen Auszubildenden und Auszubildenden vorrangig ist, ist eine Klage auf Zahlung der angemessenen Ausbildungsvergütung statthaft, sofern das Ausbildungsverhältnis beendet ist. Eine vor Beendigung des Ausbildungsverhältnisses erhobene Klage wird nachträglich zulässig, sobald das Ausbildungsverhältnis endet.

BAG 22.1.2008 – 9 AZR 999/06

Die Gerichte für Arbeitsachen haben bislang ihre Zuständigkeit für Klagen von **Auszubildenden** und **Umschülern** gegen sonstige Berufsbildungseinrichtungen i. S. v. § 1 Abs. 5 BBiG ohne weiteres bejaht, und zwar unabhängig davon, ob es um die Wirksamkeit von Kündigungen und damit um das Bestehen des Rechtsverhältnisses ging, oder etwa um die angemessene Vergütung (BAG 22.4.1987 – 5 AZR 72/86; BAG 15.3.1991 – 2 AZR 516/90).

Der Senat bleibt dabei, dass die Gerichte für Arbeitsachen für Streitigkeiten um das Bestehen von **Berufsausbildungs-** und **Umschulungsverhältnissen** mit sonstigen Berufsbildungseinrichtungen und für **Ansprüche aus derartigen Rechtsverhältnissen** zuständig sind. Voraussetzung ist, dass das Rechtsverhältnis auf einem **privatrechtlichen Vertrag** zwischen dem Auszubildenden bzw. Umschüler und der Bildungseinrichtung beruht und es sich nicht um schulische Berufsbildung handelt.

Ob der Kläger Arbeitnehmer i. S. d. § 5 Abs. 1 Satz 1 ArbGG ist oder ob er nach § 5 Abs. 1 Satz 2 ArbGG als Arbeitnehmer im Sinne des

Gesetzes gilt, weil er arbeitnehmerähnliche Person ist, braucht nicht entschieden zu werden. Auch bei Zuständigkeitsfragen ist eine Wahlfeststellung zulässig (BAG 14.1.1997 – 5 AZB 22/96).

BAG 21.5.1997 – 5 AZB 30/96

Für Streitigkeiten zwischen dem Auszubildenden und demjenigen, in dessen Betrieb/Unternehmen Teile der vorgesehenen Ausbildung außerhalb der eigentlichen Ausbildungsstätte erfolgen, ist die Arbeitsgerichtsbarkeit der falsche Rechtsweg.

LAG Rheinland-Pfalz 22.2.1996 – 7 (9) Sa 294/95 = BB 1996, 1175

Die Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes über die **fristgebundene Klageerhebung** (§ 4, § 13 Abs. 1 Satz 2 KSchG) sind auch auf außerordentliche Kündigung von Berufsausbildungsverhältnissen anzuwenden, **sofern nicht** gemäß § 111 Abs. 2 Satz 5 ArbGG **eine Verhandlung** vor einem zur Beilegung von Streitigkeiten aus einem Berufsausbildungsverhältnis gebildeten **Ausschuss stattfinden muss**.

BAG 13.4.1989 – 2 AZR 241/88

BAG 5.7.1990 – 2 AZR 53/90 = BB 1991, 1199 = DB 1991, 2679 = NZA 1991, 671

BAG 26.1.1999 – 2 AZR 134/98 = BB 1999, 908 = DB 1999, 1408

Das Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten zwischen Auszubildenden und Auszubildenden (§ 111 Abs. 2 ArbGG) erfüllt auch dann seinen Zweck, wenn es nach Klageerhebung, aber vor der streitigen Verhandlung vor dem Arbeitsgericht stattfindet.

BAG 25.11.1976 – 2 AZR 751/75 = BB 1977, 546 = DB 1977, 868

Die Anrufung des Schlichtungsausschusses ist grundsätzlich unbegrenzt – ohne Beachtung der Klagefrist der §§ 13 Abs. 1 Satz 2, 4 KSchG möglich. Die in § 111 Abs. 2 Satz 5 ArbGG vorgeschriebene Verhandlung vor dem Schlichtungsausschuss ist allerdings eine unverzichtbare Prozessvoraussetzung für die Klage.

BAG 13.4.1989 – 2 AZR 441/88 = BB 1989, 2256 = DB 1990, 586 = NZA 1990, 395

Für eine nach Fristablauf des § 111 Abs. 2 Satz 3 ArbGG erhobene Klage gilt § 9 Abs. 5 Satz 4 ArbGG entsprechend, wenn die Rechtsmittelbelehrung im Spruch des Schlichtungsausschusses nicht unterschrieben worden ist.

Die Mindestempfehlungen der zuständigen Rechtsanwaltskammer stellen einen objektivierten Maßstab dar, was als angemessene Ausbildungsvergütung i. S. d. §§ 10 Abs. 1, 18 BBiG anzusehen ist. Dies gilt ungeachtet dessen, dass eine berufsständische Kammer nicht berechtigt ist, Mindestsätze für die Ausbildungsvergütung verbindlich festzusetzen.

Wegen § 18 BBiG besteht auch im laufenden Ausbildungsverhältnis ein Anspruch auf Anpassung der Ausbildungsvergütung, wenn sich die Mindestempfehlungen der Rechtsanwaltskammer zugunsten des Auszubildenden verändern.

LAG Düsseldorf 15.8.1997 – 9 Sa 532/97

Eine nicht unterschriebene Rechtsmittelbelehrung in dem Spruch eines Schlichtungsausschusses für Ausbildungsstreitigkeiten ist nicht ordnungsgemäß i. S. v. § 111 Abs. 2 Satz 4, § 9 Abs. 5 ArbGG.

BAG 30.9.1998 – 5 AZR 690/97 = DB 1999, 292

Ist die Klage lediglich auf die **Feststellung eines vergangenen Rechtsverhältnisses** gerichtet, so besteht ein Interesse an alsbaldiger Feststellung des Rechtsverhältnisses nur, wenn sich hieraus Folgen für die Gegenwart oder für die Zukunft ergeben. Ob diese Voraussetzungen vorliegen, hat das jeweils entscheidende Gericht, auch noch in der Revisionsinstanz von Amts wegen zu prüfen; dabei hat es indessen keine Untersuchung des Sachverhalts von Amts wegen vorzunehmen oder zu mutmaßen, inwieweit sich aus dem vergangenen Sachverhalt für Gegenwart oder Zukunft möglicherweise noch rechtlich relevante Folgen ergeben können (hier: kein Rechtsschutzinteresse mehr für Feststellung, dass das Ausbildungsverhältnis nicht nur bis zur ersten, sondern bis zur **zweiten Wiederholungsprüfung** bestanden hat, nachdem der Auszubildende vor der Entscheidung des LAG die zweite Wiederholungsprüfung **bestanden** hat).

BAG 3.9.1997 – 5 AZR 534/96

Direktionsrecht<sup>189</sup>

1.	Rechtsgrundlage und Reichweite des Direktionsrechts.....	820
1.1.	Geringerwertiger Arbeitsplatz.....	823
2.	Erweiterung des Direktionsrechts.....	823
3.	Begrenzung des Direktionsrechts durch Konkretisierung der Tätigkeit.....	824
4.	Direktionsrecht im öffentlichen Dienst.....	825
5.	Direktionsrecht und Arbeitszeit.....	827
6.	Prozessuale Fragen.....	829

### 1. Rechtsgrundlage und Reichweite des Direktionsrechts

Das Weisungsrecht des Arbeitgebers nach § 106 GewO betrifft nur die Konkretisierung der Arbeitspflicht, nicht aber den Inhalt des Arbeitsvertrags.

Daher ist ein Arbeitnehmer nicht verpflichtet, auf Weisung des Arbeitgebers an einem **Personalgespräch** teilzunehmen, in dem es ausschließlich um Verhandlungen über vom Arbeitgeber gewünschte Änderung des Arbeitsvertrags gehen soll.

Der Arbeitnehmer kann verlangen, dass der Arbeitgeber eine Abmahnung, die er wegen der Nichtteilnahme an einem solchen Personalgespräch ausgesprochen hat, aus der Personalakte entfernt.

*LAG Niedersachsen 3.6.2008 – 3 Sa 1041/07 = DB 2008, 2084  
(Az.: BAG 2 AZR 606/08)*

Es ist grundsätzlich Sache des Arbeitgebers, zu entscheiden, wie er auf Konfliktlagen unter Arbeitnehmern reagieren will, ohne dass es auf die Ursachen des Konflikts und die Schuldfrage ankommt. Es obliegt seiner freien unternehmerischen Entscheidung, die aus seiner Sicht zur Konfliktlösung und Wiederherstellung eines guten Betriebsklimas unter Berücksichtigung der betrieblichen Erfordernisse und der Interessen aller Arbeitnehmer geeigneten Maßnahmen zu ergreifen.

Bei der zu treffenden personellen Maßnahme hat der Arbeitgeber gemäß § 315 Abs. 3 BGB nicht nur die Interessen der unmittelbar am Konflikt beteiligten Arbeitnehmer, sondern auch die Interessen der übrigen Arbeitnehmer, die von der Maßnahme betroffen sind, als auch seine Prognoseentscheidung über die Erfolgsaussichten der zu treffenden Maßnahme im Hinblick auf die Konfliktlösung zu berücksichtigen.

Im Rahmen des Direktionsrechts kann der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer auch neue Aufgaben zuweisen, sofern sie dem Berufsbild und den Merkmalen der Vergütungsgruppe entsprechen. Dies gilt erst recht, wenn die Umsetzung auf eine neue Stelle angeordnet wird, um auf immer wieder auftretende Auseinandersetzungen zwischen Arbeitnehmern zu reagieren.

Eine vertraglich zulässige Umsetzung erweist sich dann als Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, wenn sich die Zuweisung einer bestimmten Beschäftigung nicht bloß als Reflex einer rechtlich erlaubten Vorgehensweise darstellt, sondern diese Maßnahme zielgerichtet als Mittel der Zermürbung und Diskriminierung des Arbeitnehmers eingesetzt wird, um diesen etwa selbst zur Aufgabe seines Arbeitsplatzes zu bewegen.

*LAG Schleswig-Holstein 12.2.2002 – 5 Sa 409c/01 = DB 2002, 1056*

Das Weisungsrecht ermöglicht dem Arbeitgeber, die im Arbeitsvertrag nur rahmenmäßig umschriebene **Leistungspflicht** im einzelnen nach **Zeit, Art und Ort** zu bestimmen. Das Direktionsrecht des Arbeitgebers kann durch Gesetz, Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder Einzelarbeitsvertrag eingeschränkt sein. Auch soweit es danach besteht, darf es nur nach billigem Ermessen i. S. d. § 315 BGB ausgeübt werden.

*BAG 11.10.1995 – 5 AZR 802/94 = BB 1996, 332 = DB 1996, 834 = NZA 1996, 718;  
BAG 11.10.1995 – 5 AZR 1009/94 = BB 1996, 540*

In Ausübung des ihm zustehenden **Direktionsrechts** ist der Arbeitgeber grundsätzlich berechtigt, den Arbeitnehmer anzuweisen, die von ihm erbrachten Arbeitsleistungen zu dokumentieren. Allerdings ist der Arbeitgeber bei der **Erteilung von Weisungen** nicht frei. Soweit Gesetze, Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen ihm Spielraum für Weisungen lassen, muss der Inhalt einer Weisung „billigem Ermessen“ entsprechen.

Bei Beantwortung der Frage, in welchem Umfang der Arbeitgeber vom Arbeitnehmer die **Dokumentation des Arbeitsergebnisses** verlangen kann, bedarf es in erster Linie einer Überprüfung des mit der Weisung verfolgten Zweckes. Neben der Kontrolle des Arbeitsergebnisses durch den Arbeitgeber können Tätigkeitsaufzeichnungen auch sonstigen Zwecken dienen, z. B. der zutreffenden Eingruppierung.

Die beharrliche Weigerung des Arbeitnehmers, berechtigten Weisungen zur Dokumentation der Arbeit zu folgen, kann einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung bilden.

Der Einwand eigener Vertragsuntreue des Gegners („tu quoque“, § 242 BGB) ist ein Anwendungsfall der unzulässigen Rechtsausübung. Allerdings ist dabei stets ein besonderer, rechtlich relevanter Zusammenhang zwischen der beanspruchten und der selbst ausgeübten Verhaltensweise vorausgesetzt, der den Rechtsanspruch angesichts des eigenen Verhaltens als rechtsmissbräuchlich erscheinen lässt.

*BAG 19.4.2007 – 2 AZR 78/06*

Das auf dem Arbeitsvertrag beruhende Direktionsrecht des Arbeitgebers ist wesentlicher Bestandteil eines jeden Arbeitsverhältnisses. Bei der Ausübung dieses Rechts steht dem Arbeitgeber regelmäßig ein weiter Raum zur einseitigen Gestaltung der Arbeitsbedingungen zu.

Es ermöglicht dem Arbeitgeber, die im Arbeitsvertrag nur rahmenmäßig umschriebene Leistungspflicht im einzelnen nach **Zeit** und **Ort** zu bestimmen. Dabei darf der Arbeitgeber auch einen Wechsel in der Art der Beschäftigung des Arbeitnehmers herbeiführen.

Das Direktionsrecht des Arbeitgebers kann durch Gesetz, Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder Einzelarbeitsvertrag eingeschränkt sein. Auch soweit es danach grundsätzlich ausgeübt werden kann, darf es nur nach billigem Ermessen i. S. d. § 315 Abs. 3 BGB ausgeübt werden.

Die Grundsätze der Billigkeit sind gewahrt, wenn wesentliche Umstände des Falles abgewogen und die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigt sind, die dem Arbeitnehmer zugewiesene Arbeit also zumutbar ist.

*BAG 23.6.1993 – 5 AZR 337/92 = BB 1993, 2019 = DB 1994, 482 = NZA 1993, 1127*

Der Arbeitgeber ist regelmäßig berechtigt, die **Lage der vereinbarten Arbeitszeit** in Ausübung seines Weisungsrechts im Rahmen billigen Ermessens festzulegen (§ 106 Satz 1 GewO). Daran fehlt es, wenn die Lage der täglichen Arbeitszeit vertraglich vereinbart ist.

§ 8 Abs. 5 Satz 4 TzBfG berechtigt den Arbeitgeber nur, eine im Geltungsbereich des § 8 TzBfG einvernehmlich oder kraft Fiktion verteilte Arbeitszeit einseitig zu ändern.

*BAG 17.7.2007 – 9 AZR 819/06*

<sup>189</sup> vgl. **W. Hunold**: Die Rechtsprechung zum Direktionsrecht des Arbeitgebers“ in NZA-RR 2001, 337 ff.  
vgl. auch Stichwort: „Widerrufsvorbehalt“  
und Stichwort: „Änderungskündigung“

#### 4. Inhalt des Zeugnisses

Nach § 109 Abs. 2 GewO muss das Zeugnis klar und verständlich formuliert sein (**Grundsatz der Zeugnisklarheit**). Deshalb darf das Zeugnis keine Formulierungen enthalten, die eine andere als die aus der äußeren Form oder aus dem Wortlaut ersichtliche Aussage über den Arbeitnehmer treffen. Weiterhin muss das erteilte Zeugnis Leistung und Sozialverhalten des Arbeitnehmers bei wohlwollender Beurteilung zutreffend wiedergeben (**Grundsatz der Zeugniswahrheit**). Der weitere notwendige Zeugnisinhalt bestimmt sich nach dem Zeugnisbrauch. Dieser kann nach Branchen und Berufsgruppen unterschiedlich sein. Lässt ein erteiltes Zeugnis hiernach übliche Formulierungen ohne sachliche Rechtfertigung aus, hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Ergänzung. Die Auslassung eines bestimmten Inhalts, der von einem einstellenden Arbeitgeber in einem Zeugnis erwartet wird, kann ein unzulässiges Geheimzeichen sein (hier: Fehlender Hinweis auf Belastbarkeit in Stresssituationen eines Zeitungsredakteurs).

BAG 12.8.2008 – 9 AZR 632/07

Erteilt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer auf seinen Wunsch ein qualifiziertes Zeugnis, so hat der Arbeitnehmer Anspruch darauf, dass seine Leistung der Wahrheit gemäß beurteilt wird. Bei deren Einschätzung hat der Arbeitgeber einen Beurteilungsspielraum, der von den Gerichten für Arbeitsachen nur beschränkt überprüfbar ist. Voll überprüfbar sind dagegen die Tatsachen, die der Arbeitgeber seiner Leistungsbeurteilung zugrunde gelegt hat. Hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer insgesamt eine „durchschnittliche“ befriedigende Leistung („zur vollen Zufriedenheit“) bescheinigt, hat der Arbeitnehmer die Tatsachen vorzutragen und zu beweisen, aus denen sich eine bessere (gute) Beurteilung („stets“ zur vollen Zufriedenheit) ergeben soll. Hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer als „unterdurchschnittlich“ beurteilt, obliegt dem Arbeitgeber, die seiner Beurteilung zugrunde liegenden Tatsachen darzulegen und zu beweisen.

Jeder Arbeitnehmer hat bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach § 109 GewO (bisher: § 630 BGB, § 73 HGB, § 113 GewO) Anspruch auf ein Zeugnis, das sich auf sein Verlangen auf Führung und Leistung erstreckt. Der Anspruch richtet sich auf ein Zeugnis, das formell und inhaltlich den gesetzlichen Anforderungen entspricht und die Leistungen des Arbeitnehmers „richtig“ beurteilt. Das gilt auch für eine die Einzelleistungen des Arbeitnehmers zusammenfassende Endbeurteilung.

Der Arbeitgeber kann grundsätzlich frei wählen, welches Beurteilungssystem er hierfür heranzieht. Aus dem Gebot der Zeugnisklarheit muss sich aber ergeben, wie der Arbeitgeber die Leistung des Arbeitnehmers einschätzt. Dem wird genügt, wenn der Arbeitgeber die im Arbeitsleben weit verbreitete so genannte Zufriedenheitsformel verwendet.

Macht der Arbeitnehmer geltend, der Arbeitgeber habe statt der bescheinigten „vollen Zufriedenheit“ zu formulieren, der Arbeitnehmer habe „stets zur vollen Zufriedenheit“ gearbeitet, so hat er die Tatsachen vorzutragen und zu beweisen, aus denen sich diese Endbeurteilung ergeben soll.

BAG 14.10.2003 – 9 AZR 12/03

Ein Zeugnis muss **wahr** und **wohlwollend** sein. Der Arbeitnehmer kann nach der Beendigung seines Arbeitsverhältnisses sein Interesse daran, insgesamt nicht falsch beurteilt zu werden, in einem Zeugnisrechtsstreit durchsetzen.

BAG 14.9.1994 – 5 AZR 632/93 = DB 1995, 732 = NZA 1995, 220



Zeugnisse müssen ein **Ausstellungsdatum** tragen.

Wird ein Zeugnis – auf Wunsch des Arbeitnehmers – aufgrund eines gerichtlichen Vergleichs oder Urteils berichtigt, so muss das berichtigte Zeugnis das Datum des ursprünglichen Zeugnisses, dessen Berichtigung verlangt wird, erhalten.

LAG Bremen 23.6.1989 – 4 Sa 320/88 = BB 1989, 1825

LAG Hamburg 7.9.1993 – 7 Ta 7/93 = NZA 1994, 890

Wenn der Arbeitnehmer das Zeugnis rechtzeitig verlangt und die verspätete Ausstellung nicht auf eigener Nachlässigkeit beruht, sondern darauf zurückzuführen ist, dass der Arbeitgeber sich bereit erklärt, das ursprünglich erteilte Zeugnis im Wortlaut zu ändern, ist dieses berichtigte Zeugnis auf das ursprüngliche Ausstellungsdatum zurückzudatieren.

BAG 9.9.1992 – 5 AZR 509/91 = BB 1993, 729 = DB 1993, 644 = NZA 1993, 698

Bewertet der Arbeitgeber im Zeugnis die einzelnen Leistungen des Arbeitnehmers ausnahmslos mit „sehr gut“ und die Tätigkeit darüber hinaus als „sehr erfolgreich“, so ist damit eine Gesamtbeurteilung mit der Schlussfolgerung, der Arbeitnehmer habe seine Aufgaben „im-

mer zu unserer vollen Zufriedenheit gelöst“, unvereinbar. Der sehr guten Leistung entspricht die zusammenfassende Beurteilung „zur vollen Zufriedenheit“.

BAG 23.9.1992 – 5 AZR 573/91

#### Hinweis für die Praxis:

Zwar ist es Sache des Arbeitgebers, ein Zeugnis im einzelnen zu formulieren. Er ist in seiner Entscheidung darüber frei, welche positiven oder negativen Leistungen und Eigenschaften er hierin mehr hervorheben will als andere (BAG 29.7.1971 – 2 AZR 250/70 = BB 1971, 1280 = DB 1971, 1923). Darum ging es hier nicht. Die Parteien stritten nicht über die Beschreibung und Bewertung einzelner Leistungen des Klägers, sondern alleine über die Gesamtbeurteilung der im Einzelnen dem Wortlaut und der Bewertung nach unstrittigen Einzelbeurteilungen.

Diese Einzelbeurteilungen wurden ausnahmslos von der Beklagten als „sehr gut“ bewertet und die Tätigkeit des Arbeitnehmers darüber hinaus als „sehr erfolgreich“ hervorgehoben. In dem ausführlichen Zeugnis fand sich keine einzige Einschränkung der gar nicht mehr steigerungsfähigen ausgezeichneten Bewertung durch die Beklagte. Unter diesen Umständen war die Schlussfolgerung der Beklagten, dass der Kläger „immer zu unserer vollen Zufriedenheit“ seine Aufgaben gelöst habe, unvereinbar mit den ausgezeichneten Einzelbeurteilungen.

Wenn die Beklagte im Rechtsstreit geltend gemacht hat, der Arbeitnehmer habe in seinen Leistungen in letzter Zeit nachgelassen, so findet sich eine solche Einschränkung im Zeugnis nicht und kann deswegen bei der Gesamtbeurteilung nicht berücksichtigt werden. Zwar ist die Gesamtbeurteilung, wonach der Kläger „immer zur vollen Zufriedenheit“ der Beklagten gearbeitet hat, schon eine **gute Bewertung**. Dagegen entspricht eine **sehr gute Leistung**, die nach den Einzelbewertungen vorliegt, erst der zusammenfassenden Beurteilung, wonach der Arbeitnehmer zur „vollen Zufriedenheit“ gearbeitet hat. Allerdings gehört das Wort „voll“ zu den Adjektiven, die nicht vergleichsfähig sind, wie etwa auch „rund“, „ganz“, „halb“ usw. (vgl. dazu Duden, Grammatik der deutschen Gegenwartssprache, 4. Aufl., S. 312 f. Rz. 529). In der Zeugnissprache wird aber das Wort „vollste Zufriedenheit“ demgegenüber in Kauf genommen.

Wenn der Arbeitgeber im Zwischenzeugnis noch den Begriff „vollste Zufriedenheit“ verwandt hat und in Zukunft davon abrücken will, dann muss er statt des Prädikates zur „vollsten Zufriedenheit“ eine entsprechend sehr gute und nicht lediglich gute Leistung mit anderen Worten bescheinigen. Der Arbeitgeber kann diesen Sprachgebrauch nicht dadurch aufgeben, dass er dem Arbeitnehmer eine weniger gute Gesamtbeurteilung erteilt als den Einzelbewertungen in dem Arbeitszeugnis entspricht.

\*\*\*

Aus der Formulierung „der Arbeitnehmer sei stets bestrebt gewesen, seinen Aufgaben gerecht zu werden“ geht hervor, dass der Arbeitnehmer sich zwar bemüht hat, die Arbeitsanforderungen zu erfüllen, er nach Auffassung des Arbeitgebers aber letztlich in seinen Bemühungen nicht erfolgreich gewesen ist. Die vom Arbeitgeber verwandte Formulierung stellt eine mittelbare Erklärung des Inhalts dar, der Arbeitnehmer habe im Ergebnis nichts geleistet oder nur schlechte Leistungen erbracht.

BAG 24.3.1977 – 3 AZR 232/76 = BB 1977, 997 = DB 1977, 1369;

LAG Hamm 3.1.1969 = BB 1969, 834;

LAG Hamm 16.3.1989 – 12 (13) Sa 149/88 = BB 1989, 1486

Will ein Arbeitgeber einem Arbeitnehmer ein „gehobenes Befriedigend“ bescheinigen, ist dies mit der Formulierung „zur vollen Zufriedenheit“ zum Ausdruck zu bringen.

LAG Hamm 22.5.2002 – 3 Sa 231/02 = NZA-RR 2003, 71

Erteilt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer auf seinen Wunsch ein qualifiziertes Zeugnis, so hat der Arbeitnehmer Anspruch darauf, dass seine Leistung der Wahrheit gemäß beurteilt wird. Bei deren Einschätzung hat der Arbeitgeber einen Beurteilungsspielraum, der von den Gerichten für Arbeitsachen nur beschränkt überprüfbar ist. Voll überprüfbar sind dagegen die Tatsachen, die der Arbeitgeber seiner Leistungsbeurteilung zugrunde gelegt hat.

Hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer insgesamt eine „durchschnittliche“ befriedigende Leistung („zur vollen Zufriedenheit“) bescheinigt, hat der Arbeitnehmer die Tatsachen vorzutragen und zu beweisen, aus denen sich eine bessere (gute) Beurteilung („stets“ zur vollen Zufriedenheit) ergeben soll. Hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer als „unterdurchschnittlich“ beurteilt, obliegt dem Arbeitgeber, die seiner Beurteilung zugrunde liegenden Tatsachen darzulegen und zu beweisen.

BAG 14.10.2003 – 9 AZR 12/03