

# Bundesarbeitsgericht

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

§ 109 GewO, § 612a BGB, § 630 BGB, § 113 GewO vom 22.02.1999, § 73 HGB vom 13.07.2001, Art 234 EG

- 1. Wenn sich der beurteilende Arbeitgeber nach seiner Einschätzung in der Lage sieht, trotz der wesentlichen Ausfallzeiten des Arbeitnehmers diesen im Zeugnis objektiv zu beurteilen, bedarf es keiner Erwähnung der Ausfallzeiten.**
- 2. Der durch einen vom Arbeitnehmer in Anspruch genommenen Erziehungsurlaub aufgetretene Arbeitsausfall rechtfertigt die Aufnahme des Erziehungsurlaubs ins Arbeitszeugnis nur dann, wenn wegen des unverhältnismäßigen Anteils der Ausfallzeit an der zu beurteilenden Gesamtzeit der Arbeitgeber ohne Erwähnung des in Anspruch genommenen Erziehungsurlaubs die Leistungsbeurteilung auf die Zeit der tatsächlichen Beschäftigung beschränken müsste.**

BAG, Urteil vom 10.05.2005 Az. : 9 AZR 261/04

#### **Tenor:**

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 19. Februar 2004 - 11 Sa 734/03 - wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

#### **Tatbestand:**

1

Die Parteien streiten darüber, ob die Beklagte den Erziehungsurlaub (seit 2001 neue Bezeichnung: Elternzeit) des Klägers im Arbeitszeugnis erwähnen darf.

2

Der Kläger war vom 1. Mai 1998 bis zum 30. Juni 2002 bei der Beklagten als Koch in einer Großküche mit einem monatlichen Bruttoeinkommen von zuletzt 1.943,00 Euro beschäftigt.

3

Am 1. Juli 2002 erteilte die Beklagte dem Kläger ein Zeugnis in dem es ua. heißt:

4

“Herr P , geboren am 1960, war vom 01.05.1998 bis zum 30.06.2002 in unserem Unternehmen als Koch tätig.

...

Herr P arbeitete zunächst im Restaurant im T in F . ... Vom 03.05.1999 bis 15.02.2002 befand sich Herr P im Erziehungsurlaub. Da der Bewirtschaftungsvertrag mit dem T zum 31.12.1999 endete, wurde Herr P im Anschluß daran bis zu seinem Austritt in dem von uns bewirtschafteten Betriebsrestaurant im Hause S AG in B eingesetzt. Hier werden arbeitstäglich ca. 700 Gäste bewirtet.”

5

Der Kläger ist der Ansicht, die Erwähnung seines Erziehungsurlaubs verstoße gegen den Grundsatz einer wohlwollenden Beurteilung. Ähnlich wie eine lang anhaltende Arbeitsunfähigkeit oder eine Freistellung wegen Betriebs- bzw. Personalratstätigkeit dürfe der Arbeitgeber die Inanspruchnahme von Erziehungsurlaub allenfalls in den Fällen vermerken, in denen auf Grund des Erziehungsurlaubs eine Beurteilung der Leistungen des Arbeitnehmers nicht möglich sei. Da seine Frau und er in einem Alter seien, das weiterem Nachwuchs nicht entgegenstehe, sei zu befürchten, dass der fragliche Satz eine erfolgreiche Stellensuche beeinträchtigen könne. Schließlich habe er das Recht, frei darüber zu bestimmen, ob und ggf. inwieweit persönliche Sachverhalte Dritten gegenüber offenbart würden.

6

Der Kläger hat zuletzt beantragt,

7

die Beklagte zu verurteilen, ihm Zug um Zug gegen Herausgabe des Zeugnisses vom 1. Juli 2002 ein dem Wortlaut dieses Zeugnisses bis auf den Satz: “Vom 3. Mai 1999 bis zum 15. Februar 2002 befand sich Herr P im Erziehungsurlaub” entsprechendes Zeugnis zu erteilen.

8

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt.

9

Sie beruft sich darauf, die Verpflichtung zur Erteilung eines wahrheitsgemäßen Zeugnisses gebiete es, den Erziehungsurlaub des Klägers zu erwähnen.

10

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen und im Urteil die Revision zugelassen. Mit dieser verfolgt der Kläger weiterhin sein Klagebegehren.

### **Entscheidungsgründe:**

11

Die zulässige Revision des Klägers ist unbegründet. Die Beklagte durfte im Arbeitszeugnis den in Anspruch genommenen Erziehungsurlaub erwähnen.

12

I. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, der Arbeitgeber dürfe die Unterbrechung der Arbeitsleistung im Zeugnis erwähnen, sofern der Arbeitnehmer nur bis zu einem Drittel des rechtlichen Bestands des Arbeitsverhältnisses eine Arbeitsleistung erbracht habe. Da das Zeugnis das Ziel habe, einen künftigen Arbeitgeber zu unterrichten, dürfe und müsse das Zeugnis solche Tatsachen enthalten, an deren Kenntnis dieser ein berechtigtes Interesse habe. Während kurzfristige Unterbrechungen der Tätigkeit des Arbeitnehmers für die

Leistungsbewertung in der Regel unbeachtlich seien, entspreche die Nichterwähnung einer tatsächlichen Unterbrechung von zwei Dritteln der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht der Wahrheitspflicht. Aus der rechtlichen Dauer des Arbeitsverhältnisses, mit der ein künftiger Arbeitgeber die tatsächliche Dauer des Arbeitsverhältnisses im Wesentlichen gleichsetzen dürfe, ziehe dieser den Schluss auf eine entsprechende Berufserfahrung, die in Wirklichkeit nicht vorliege.

13

II. Diese Entscheidung hält der revisionsrechtlichen Überprüfung stand.

14

1. Zutreffend ist der Antrag des Klägers auf die Erteilung eines neuen Zeugnisses gerichtet, da das Gesetz einen auf die Berichtigung des bereits erteilten Zeugnisses gerichteten Anspruch nicht kennt (BAG 17. Februar 1988 - 5 AZR 638/86 - BAGE 57, 329) .

15

2. Der Anspruch auf die Erteilung eines qualifizierten Zeugnisses war bis zum 31. Dezember 2002 für kaufmännische Angestellte in § 73 HGB, für gewerbliche Arbeitnehmer in § 113 GewO und für die übrigen Arbeitnehmer und die Dienstverpflichteten in § 630 BGB geregelt. Für die Zeit nach In-Kraft-Treten des Dritten Gesetzes zur Änderung der Gewerbeordnung und sonstiger gewerberechtlicher Vorschriften vom 24. August 2002 (BGBl. I S. 3412) am 1. Januar 2003, findet sich die maßgebliche Rechtsgrundlage für den Zeugnisanspruch von Arbeitnehmern in § 109 GewO.

16

Auf den Streitfall ist noch altes Recht anzuwenden. Denn es ist zu beurteilen, ob die Beklagte mit dem Zeugnis vom 1. Juli 2002 ihre Verpflichtung so erfüllt hat, dass der Zeugnisanspruch des Klägers erloschen ist.

17

a) Sowohl nach altem als auch nach neuem Recht hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein Zeugnis über Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses zu erteilen. Auf Verlangen des Arbeitnehmers muss sich das Zeugnis auf Leistung und Führung (§ 109 Abs. 1 Satz 3 GewO: Verhalten) erstrecken. Der Arbeitgeber erfüllt diesen Anspruch mit einem Zeugnis, das nach Form und Inhalt den gesetzlichen Anforderungen entspricht. Der gesetzlich geschuldete Inhalt des Zeugnisses bestimmt sich nach den mit ihm verfolgten Zwecken (BAG 14. Oktober 2003 - 9 AZR 12/03 - BAGE 108, 86). Es dient dem Arbeitnehmer regelmäßig als Bewerbungsunterlage und ist insoweit Dritten, insbesondere möglichen künftigen Arbeitgebern, Grundlage für ihre Personalauswahl (BAG 14. Oktober 2003 - 9 AZR 12/03 - aaO) .

18

b) Als Bewerbungsunterlage des Arbeitnehmers und Entscheidungsgrundlage für die Personalauswahl künftiger Arbeitgeber muss das Zeugnis inhaltlich wahr und zugleich von verständigem Wohlwollen gegenüber dem Arbeitnehmer getragen sein und darf dessen weiteres Fortkommen nicht ungerechtfertigt erschweren ("zweiseitige Zielsetzung", vgl. BAG 3. März 1993 - 5 AZR 182/92 - AP BGB § 630 Nr. 20 = EzA BGB § 630 Nr. 17) .

19

Vom Arbeitgeber wird verlangt, dass er den Arbeitnehmer auf der Grundlage von Tatsachen beurteilt und, soweit dies möglich ist, ein objektives Bild über den Verlauf

des Arbeitsverhältnisses vermittelt (BAG 20. Februar 2001 - 9 AZR 44/00 - BAGE 97, 57 mwN) . Dabei ist der Grundsatz der Zeugniswahrheit (BAG 23. Juni 1960 - 5 AZR 560/58 - BAGE 9, 289; 9. September 1992 - 5 AZR 509/91 - AP BGB § 630 Nr. 19 = EzA BGB § 630 Nr. 15) zu beachten. Er erstreckt sich auf alle wesentlichen Tatsachen und Bewertungen, die für die Gesamtbeurteilung des Arbeitnehmers von Bedeutung sind und an deren Kenntnis ein künftiger Arbeitgeber ein berechtigtes und verständiges Interesse haben kann (BAG 29. September 1981 - 3 AZR 132/79 - ). Die Tätigkeiten des Arbeitnehmers sind in einem Zeugnis so vollständig und genau zu beschreiben, dass sich künftige Arbeitgeber ein klares Bild machen können (BAG 12. August 1976 - 3 AZR 720/75 - AP BGB § 630 Nr. 11 = EzA BGB § 630 Nr. 7) . Insbesondere muss das Zeugnis ein objektives Bild über den Verlauf des Arbeitsverhältnisses vermitteln (BAG 20. Februar 2001 - 9 AZR 44/00 - aaO) . Dabei darf Unwesentliches verschwiegen werden (BAG 16. März 1983 - 7 AZR 660/79 - ). Der Grundsatz der Zeugniswahrheit wird nämlich ergänzt durch das Verbot, das weitere Fortkommen des Arbeitnehmers ungerechtfertigt zu erschweren (BAG 3. März 1993 - 5 AZR 182/92 - AP BGB § 630 Nr. 20 = EzA BGB § 630 Nr. 17) .

20

3. Die Erwähnung des Erziehungsurlaubs im Zeugnis wird in diesem Einzelfall diesen Grundsätzen gerecht.

21

a) Erhebliche Ausfallzeiten eines Arbeitnehmers sind vom Arbeitgeber dann im Zeugnis zu dokumentieren, wenn ansonsten bei Dritten der falsche Eindruck erweckt würde, die Beurteilung des Arbeitnehmers beruhe auf einer der Dauer des rechtlichen Bestands des Arbeitsverhältnisses üblicherweise entsprechenden tatsächlich erbrachten Arbeitsleistung. Sind die Ausfallzeiten auf Grund ihrer Dauer oder Lage für die Bewertungsgrundlage wesentlich, so gebietet es der Zweck des Zeugnisses, sowohl über die ausgeübten Tätigkeiten des Arbeitnehmers zu informieren als auch dessen Leistung und Führung (Verhalten) zu bewerten, dass der beurteilende Arbeitgeber das Verhältnis zwischen dem Zeitraum der tatsächlichen Beschäftigung und dem des rechtlichen Bestands des Arbeitsverhältnisses klarstellt.

22

In diesen Fällen muss bei unbefangenen Dritten der Eindruck vermieden werden, die Beurteilung durch den Arbeitgeber beruhe auf einer der rechtlichen Dauer seines Arbeitsverhältnisses entsprechenden tatsächlichen Arbeitsleistung. Insbesondere darf nicht zum Ausdruck kommen, der beurteilte Arbeitnehmer habe eine die tatsächliche Dauer der Arbeitsleistung wesentlich übersteigende Berufserfahrung erworben.

23

Lediglich dann, wenn sich der beurteilende Arbeitgeber nach seiner Einschätzung in der Lage sieht, trotz der wesentlichen Ausfallzeiten des Arbeitnehmers diesen im Zeugnis objektiv zu beurteilen, bedarf es keiner Erwähnung der Ausfallzeiten.

24

Eine schematische Grenze zwischen wesentlichen Ausfallzeiten und solchen, die im Arbeitszeugnis als unwesentliche keine Erwähnung finden dürfen, kann nicht gezogen werden. Sachgerechte Ergebnisse lassen sich nur unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung der Interessen aller Beteiligten, dh. des beurteilenden Arbeitgebers, des beurteilten Arbeitnehmers und der Zeugnisadressaten, erzielen. Neben der Dauer und zeitlichen Lage der Ausfallzeiten ist bei der Abwägung vor allem zu berücksichtigen, inwieweit dem Zeugnis Bedeutung

in Bezug auf die Aussagen über die Berufserfahrung oder das Verhalten des Arbeitnehmers während des Arbeitsverhältnisses zukommt.

25

b) Vorliegend befand sich der Kläger während seines 50 Monate dauernden Arbeitsverhältnisses 33 1/2 Monate im Erziehungsurlaub; damit hat er nur knapp ein Drittel seines Arbeitsverhältnisses tatsächlich die arbeitsvertraglich vereinbarte Tätigkeit als Koch ausgeübt. Ebenso wie in vielen anderen Berufszweigen kommt auch im Gaststättengewerbe der Berufserfahrung eine erhebliche Bedeutung zu. Das zeigt sich ua. darin, dass die Tarifvertragsparteien die Höhe der Vergütung von in Gastronomiebetrieben tätigen Beschäftigten an die erworbene Berufserfahrung anknüpfen. So heißt es beispielsweise in § 4 Ziff. 5 der Entgelttarifverträge für das Hotel- und Gaststättengewerbe des Landes Hessen vom 15. Januar 2002 und vom 25. März 2003:

26

“Grundsätze der Ein- und Umgruppierung

Maßgebend ist die vom Arbeitnehmer ausgeübte Tätigkeit, die den jeweiligen Oberbegriffen zuzuordnen ist.

Von Bedeutung sind

- das fachliche und berufliche Können;

...

- besondere Erfahrungen und Kenntnisse”

27

Würde das Arbeitszeugnis des Klägers keinen Hinweis auf die im Verhältnis zur Dauer des Arbeitsverhältnisses wesentlichen Ausfallzeiten wegen des Erziehungsurlaubs enthalten, könnte bei einem Arbeitgeber, bei dem sich der Kläger bewirbt, der unzutreffende Eindruck entstehen, der Kläger weise auf Grund seiner Tätigkeit für die Beklagte eine über vierjährige Berufserfahrung auf, obwohl er eine solche tatsächlich lediglich nur in knapp 1 1/2 Jahren erwerben konnte.

28

Von weiterer Bedeutung ist, dass der Kläger während der letzten 38 Monate seines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten nur 4 1/2 Monate tatsächlich eine Arbeitsleistung als Koch erbracht hat. Ein Arbeitszeugnis muss auch Auskunft über den aktuellen Leistungsstand des beurteilten Arbeitnehmers geben, um seinem Zweck genügen zu können. Da der Kläger während der letzten Jahre seines Arbeitsverhältnisses somit nur wenige Monate seine arbeitsvertragliche Tätigkeit ausgeübt hat, darf die Beklagte dies im Zeugnis zum Ausdruck bringen, um nicht den Eindruck entstehen zu lassen, die aktuelle Leistungsbeurteilung des Klägers beruhe auf einem längeren Zeitabschnitt als dem von 4 1/2 Monaten. Erst über einen längeren tatsächlichen Beschäftigungszeitraum zeigt sich nämlich die Zuverlässigkeit und Belastbarkeit eines Kochs.

29

c) Entgegen der Revision stellt sich hier die Erwähnung des Erziehungsurlaubs weder als ungerechtfertigte Erschwerung des beruflichen Fortkommens noch als Benachteiligung iSv. § 612a BGB dar.

30

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sind Arbeitnehmer nur nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung zu beurteilen. Merkmale, die keinen Bezug zu der geschuldeten Leistung haben, dürfen nicht erwähnt werden (BAG 19. August 1992 - 7 AZR 262/91 - BAGE 71, 110, 116) . Nach dieser Rechtsprechung rechtfertigt die Wahrnehmung eines personalvertretungsrechtlichen Ehrenamts trotz des damit verbundenen Ausfalls an Arbeitsleistung im Regelfall nicht die Erwähnung (BAG 19. August 1992 - 7 AZR 262/91 - aaO) . Das wird damit begründet, dass Arbeitnehmer durch die Erwähnung dieser Ausfallzeit Nachteile erfahren können, weil der Leser einer derartigen Beurteilung möglicherweise davon ausgeht, dass der Beurteilte für die Erledigung dienstlicher Aufgaben künftig nicht uneingeschränkt zur Verfügung steht (BAG 19. August 1992 - 7 AZR 262/91 - aaO) . Ausnahmsweise wird jedoch die Erwähnung als statthaft angesehen, wenn wegen des Ausmaßes der Ausfallzeit eine die Gesamtdauer des Beurteilungszeitraums umfassende Beurteilung nicht möglich wäre.

31

So ist es hier.

32

Der durch den vom Kläger in Anspruch genommenen Erziehungsurlaub aufgetretene Arbeitsausfall ist zwar eine wahre Tatsache. Sie rechtfertigt aber als solche - ebenso wenig wie die Wahrnehmung personalvertretungs- oder betriebsverfassungsrechtlicher Ehrenämter - die regelmäßige Aufnahme in ein Zeugnis. Sie erlangt erst dann den für die Aufnahme in ein Zeugnis hinreichenden Bezug zum Arbeitsverhältnis, wenn wegen des unverhältnismäßigen Anteils der Ausfallzeit an der zu beurteilenden Gesamtzeit der Arbeitgeber ohne Erwähnung des in Anspruch genommenen Erziehungsurlaubs die Leistungsbeurteilung auf die Zeit der tatsächlichen Beschäftigung beschränken müsste. So ist es hier. Daher stellt sich die von der Beklagten unter Angabe der Dauer des Erziehungsurlaubs vorgenommene Leistungsbeurteilung im Zeugnis nicht als Benachteiligung dar. Indem die Beklagte mit der Erwähnung des Erziehungsurlaubs nicht nur die Tatsache der tatsächlichen Unterbrechung, sondern auch den Grund für die Ausfallzeit angegeben hat, handelte sie letztlich im Interesse des Klägers. Beruht die zeugnisrechtlich relevante Ausfallzeit auf der Inanspruchnahme von Erziehungsurlaub, ist diese Angabe geeignet zu verhindern, dass potentielle Arbeitgeber über den Grund der Ausfallzeit für den Kläger nachteilige Mutmaßungen anstellen (vgl. Schießmann Das Arbeitszeugnis 17. Aufl. S. 76; Huber Das Arbeitszeugnis in Recht und Praxis 10. Aufl. S. 21, 22). Ziel der Klage ist nicht die isolierte Streichung des privaten Grundes für die langjährige Ausfallzeit "Erziehungsurlaub", sondern die Ausdehnung der für zwei Beschäftigungsjahre vorgenommenen Leistungsbeurteilung als Koch auf die fünfjährige Dauer des Arbeitsverhältnisses unter Einschluss der dreijährigen Dauer des Erziehungsurlaubs. Darauf hat der Kläger keinen Anspruch.

33

4. Der Senat kann über den Fall abschließend entscheiden, ohne nach Art. 234 EG ein Vorabentscheidungsverfahren vor dem Europäischen Gerichtshof einzuleiten.

34

Das Bundesarbeitsgericht ist als letztinstanzliches Gericht nach Art. 234 Abs. 3 EG zur Anrufung des Europäischen Gerichtshofes nur verpflichtet, wenn in einem vor ihm schwebenden Verfahren über die Auslegung von Gemeinschaftsrecht zu entscheiden ist.

35

Die Beurteilung der Zulässigkeit der Erwähnung eines Erziehungsurlaubs in einem Arbeitszeugnis betrifft keine europarechtliche Auslegungsfrage. Die Vorschriften über den Zeugnisanspruch (§ 73 HGB aF, § 113 GewO aF, § 630 BGB aF) beruhen nicht auf europarechtlichen Vorgaben. § 612a BGB wurde zwar durch das EG-Anpassungsgesetz vom 13. August 1980 (Gesetz über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen am Arbeitsplatz und über die Erhaltung von Ansprüchen bei Betriebsübergang) eingeführt, berührt aber im vorliegenden Falle keine europarechtlichen Fragen. Die Vorschrift des § 612a BGB geht über Art. 5 der Richtlinie 75/117/EWG des Rates vom 10. Februar 1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen und Art. 7 der Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs von Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen insoweit hinaus, als in den Richtlinien nur Entlassungen angesprochen sind. Zudem beschränkt sich § 612a BGB - anders als die europarechtlichen Grundlagen - nicht auf Fälle der Geschlechtsdiskriminierung. Verfahrensrechtlich folgt daraus, dass nur für den Bereich, der mit den Vorgaben der Gemeinschaftsrichtlinien deckungsgleich ist, eine Vorlage an den Europäischen Gerichtshof in Betracht kommt (so auch: ErfK/Preis, 5. Aufl. § 612a BGB Rn. 1) .

36

Soweit der Senat über die Frage zu entscheiden hatte, ob § 612a BGB der Erwähnung von Erziehungsurlaub in einem Arbeitszeugnis entgegensteht, handelt es sich ebenfalls um die Anwendung deutschen Rechts.

37

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.