
Datum: 31.01.2019
Gericht: Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper: 11. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 11 Sa 795/18
ECLI: ECLI:DE:LAGHAM:2019:0131.11SA795.18.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Bochum, 3 Ca 338/18

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des ArbG Bochum vom 20.06.2018 – 3 Ca 338/18 – teilweise abgeändert.

Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger ein Zeugnis Zug-um-Zug gegen Herausgabe des unter dem 31.10.2017 erteilten Zeugnisses entsprechend dem unter dem 31.10.2017 erstellten Zeugnis zu erteilen, jedoch mit folgender Ergänzung:

Der vorletzte Satz des unter dem 31.10.2017 erstellten Zeugnisses muss wie folgt um das Wort „ehrlich“ ergänzt werden: „Er war ehrlich, fleißig, pünktlich und zuverlässig.“

Die Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Die Kosten des Verfahrens erster Instanz tragen der Kläger und die Beklagte je zur Hälfte.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

- | | |
|--|---|
| | 1 |
| Die Parteien streiten im Berufungsverfahren noch darüber, ob die Beklagte in das Zeugnis des Klägers vom 31.10.2017 das Wort „ehrlich“ einfügen muss. | 2 |
| Der Kläger war in der Zeit vom 10.05.2010 bis zum 31.10.2017 bei der Beklagten beschäftigt, zuletzt als Verkaufsstellenverwalter in der Filiale Istraße in C, in welcher er seit dem | 3 |

13.01.2016 eingesetzt wurde. Sein durchschnittliches Bruttomonatsgehalt einschließlich Nebenleistungen betrug zuletzt 4.552,17 €. Der Kläger kündigte das Arbeitsverhältnis durch Schreiben vom 23.08.2017 mit Wirkung zum 31.10.2017. Nach Übergabe des Kündigungsschreibens an die Beklagte am 24.08.2017 wurde der Kläger von diesem Tag an von der Pflicht zur Erbringung der Arbeitsleistung freigestellt. Unter dem 24.08.2017 erteilte die Beklagte dem Kläger ein Zwischenzeugnis (Bl. 7, 8 GA), dessen vorletzter Satz lautet:

„Er ist ehrlich, fleißig, pünktlich und zuverlässig.“

4

Unter dem 31.10.2017 erteilte die Beklagte dem Kläger ein Abschlusszeugnis. Dort fehlte das Wort „ehrlich“. Auf anwaltliche Aufforderung erteilte die Beklagte dem Kläger Anfang 2018 auf dessen Wunsch ein in Teilen korrigiertes Arbeitszeugnis mit Ausstellungsdatum 31.10.2017. Dieses enthielt nach wie vor keinen Ehrlichkeitsvermerk.

5

Nach der klägerseits bestrittenen Darstellung der Beklagten sei nach dem Ausscheiden des Klägers durch einen Hinweis aus der Belegschaft bekannt geworden, dass es in der Filiale Istraße in C zu erheblichen Mitarbeiterdiebstählen gekommen sei. Im Rahmen von Mitarbeiterbefragungen, so die vom Kläger bestrittene Darstellung der Beklagten weiter, hätten mehrere Personen übereinstimmend berichtet, dass es seit Ende 2015 / Anfang 2016 in der Verkaufsstelle C, Istraße zu erheblichen Diebstählen gekommen sei, auch der Kläger sei daran beteiligt gewesen.

6

Unstreitig existiert eine handschriftliche Erklärung der Mitarbeiterin I1 mit Datum vom 16.12.2017 (Bl. 22 GA):

7

„Ich habe Ware ohne zu bezahlen genommen heute den 16.12.17. Ich habe dies ein paar Mal gemacht. Ich habe Lebensmittel & B Aktuell genommen.

8

Mitgemacht haben

9

Frau E Lebensmittel, B Aktuell

10

Frau S Lebensmittel, B Aktuell

11

Herr N Lebensmittel, B Aktuell

12

Frau C1 Lebensmittel, B Aktuell

13

Herr L Elektronik, B Aktuell

14

Herr F Elektronik, B Aktuell

15

Herr F1 Elektronik, B Aktuell

16

Frau I2 Lebensmittel, B Aktuell

17

(...)“

18

Mit der am 01.03.2018 bei dem Arbeitsgericht Bochum erhobenen Klage hat der Kläger die Beklagte auf Zeugnisberichtigung in Anspruch genommen.

19

Der Kläger hat behauptet, die Beklagte habe aus nicht nachvollziehbaren Gründen den Ehrlichkeitsvermerk im Abschlusszeugnis weggelassen. Jedoch sei die Beklagte an das Zwischenzeugnis vom 24.08.2017 gebunden. Wichtige Gründe für eine Abänderung im

20

Abschlusszeugnis lägen nicht vor. Es sei zudem kein Grund ersichtlich, weshalb die übliche Schlussformel im Abschlusszeugnis weggelassen worden sei, zumal unstreitig er, der Kläger, das Arbeitsverhältnis aufgekündigt habe. Die Mitarbeiterin I1 habe ihn nicht in einem Gespräch des Diebstahls bezichtigt. Die ebenfalls einvernommene Mitarbeiterin U habe ihn nicht beschuldigt (Beweis: U). Die Mitarbeiterin I1 habe die vorgelegte schriftliche Erklärung nicht aus freien Stücken sondern nur auf hartnäckiges Insistieren der Beklagten unterzeichnet (Beweis: I1). Er habe im Zeitraum von Ende 2015 bis Anfang 2016 keine Diebstähle zum Nachteil der Beklagten begangen.

Der Kläger hat zuletzt beantragt, 21

die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger ein Zeugnis Zug-um-Zug gegen Herausgabe des 22
unter dem 31.10.2017 erteilen Zeugnisses entsprechend dem unter dem 31.10.2017
erstellten Zeugnis zu erteilen, jedoch mit folgenden Ergänzungen:

a) Im vorletzten Satz des unter dem 31.10.2017 erteilten Zeugnisses fehlt das Wort 23
„ehrlich“. Der Satz muss wie folgt ergänzt werden: „Er war ehrlich, fleißig, pünktlich und
zuverlässig.“

b) Am Schluss des unter dem 31.10.2017 erteilten Zeugnisses muss folgender Satz ergänzt 24
werden: „Wir bedauern sein Ausscheiden und wünschen Herrn L weiterhin viel Erfolg und
alles Gute.“

hilfsweise: 25

„Wir wünschen Herrn L weiterhin viel Erfolg und alles Gute.“ 26

äußerst hilfsweise: 27

„Wir wünschen Herrn L weiterhin viel Erfolg.“ 28

Die Beklagte hat beantragt, 29

die Klage abzuweisen. 30

Die Beklagte hat behauptet, bei einer Kontrolle am Abend des 16.12.2017 sei festgestellt 31
worden, dass zwei Mitarbeiterinnen Waren von nicht unerheblichem Wert unbezahlt aus der
Verkaufsstelle hätten mitnehmen wollen. Nach Hinzuziehung der Polizei hätten beide
Mitarbeiterinnen angegeben, dass nicht nur sie selbst sondern acht weitere Personen,
darunter der Kläger, in gleicher Weise Ware unbezahlt mitgenommen hätten. Die
Mitarbeiterin E habe am 19.12.2017 angegeben, dass der Kläger die Mitarbeiterin S
angewiesen habe, Margarine kistenweise für wenige Cent an einen Bekannten zu verkaufen.
Die Diebstähle hätten Ende 2015 begonnen und seien fortlaufend fortgeführt worden. Die
weitere Mitarbeiterin I2 habe am 19.12.2017 erklärt, dass niemand gestohlen habe, bevor der
Kläger in die Verkaufsstelle gekommen sei. Sie, die Beklagte, habe am 03.01.2018 bei der
zuständigen Staatsanwaltschaft in Bochum Strafanzeige gegen acht Mitarbeiterinnen und
Mitarbeiter erstattet. Die Beklagte hat argumentiert, unter dem Gesichtspunkt etwaiger
Schadensersatzansprüche künftiger Arbeitgeber könne sie dem Kläger in seinem
Abschlusszeugnis keinen Ehrlichkeitsvermerk erteilen. Sie würde sich
schadensersatzpflichtig machen, wenn sie gegen den Kläger einerseits Strafanzeige wegen
Diebstahls erstatte und andererseits ihm Ehrlichkeit attestiere. Die Beklagte hat
erstinstanzlich als Zeugen für ihre Ausführungen benannt: Leiter Verkauf A, freigestellter
Betriebsrat A1, Regionalverkaufsleiter Q, I3 – Prokurist und Prozessbevollmächtigter der

Beklagten in erster Instanz - .

Das Arbeitsgericht hat die Klage mit Urteil vom 02.06.2018 insgesamt abgewiesen. Der Kläger habe keinen Anspruch auf Erteilung des Ehrlichkeitsvermerks. Zwar verhalte sich der Vortrag der Beklagten nicht dazu, welche konkreten Sachverhalte dem Kläger zur Last gelegt würden. Die Einlassungen der anderen Mitarbeiter und insbesondere die schriftliche Erklärung der Mitarbeiterin I1 stellten jedoch objektive Umstände dar, die ernstliche Zweifel an der Ehrlichkeit des Klägers erkennen ließen. Der Kläger habe auch keinen Anspruch auf die begehrte Schlussformulierung. 32

Das Urteil ist dem Kläger am 10.07.2018 zugestellt worden. Der Kläger hat am 07.08.2018 Berufung eingelegt und hat die Berufung nach Verlängerung der Begründungsfrist bis zum 10.10.2018 am 10.10.2018 begründet. 33

Der Kläger wendet ein, entgegen der Entscheidung des Arbeitsgerichts sei in das Zeugnis ein Ehrlichkeitsvermerk aufzunehmen. Rechtsfehlerhaft habe das Arbeitsgericht ausgeführt, es seien objektive Umstände für Zweifel an seiner Ehrlichkeit dargelegt. Das Vorliegen derartiger Umstände habe er im erstinstanzlichen Verfahren bestritten. Er habe ausdrücklich darauf hingewiesen, dass er nach dem 24.08.2017 nicht mehr im Betrieb vor Ort gewesen sei, so dass er zum weiteren Verlauf über keine eigenen Kenntnisse verfüge. Explizit habe er bestritten, dass die Mitarbeiterin I1 ihn bezichtigt habe. Daran ändere die von der Beklagten vorgelegte handschriftliche Erklärung nichts. Papier sei geduldig. Das Arbeitsgericht hätte die Zeugin I1 vernehmen müssen. Ungeachtet dessen seien die Behauptungen der Beklagten und der Text der Zeugin I1 derart unkonkret und unsubstantiiert, dass der Sachvortrag als unzureichend zu bewerten sei. Dass der Arbeitgeber subjektiv einen Verdacht gegen einen Arbeitnehmer hege, rechtfertige es nicht, den Ehrlichkeitsvermerk im Zeugnis wegzulassen. Zudem sei die Beklagte an das Zwischenzeugnis vom 24.08.2017 gebunden. Die Beklagte habe den ihr obliegenden Beweis nicht geführt. Am 28.10.2018 habe er seinen ehemaligen Arbeitskollegen F1 in einem Supermarkt getroffen. Herr F1 habe ihm mitgeteilt, Frau I1 habe ihm per WhatsApp-Nachricht mitgeteilt, sie sei zu der Abgabe der Erklärung angehalten worden, die schriftliche Erklärung entspreche aber nicht den Tatsachen (Kopie WhatsApp Kommunikation I1-F1, Bl. 96, 97: „... Die haben U und mig gezwungen das zu schreiben kannst sie fragen. Aber keine Sorge ich War schon bei der polizei und habe gesagt das es nicht stimmt. [sic] ...“).(Beweis: I1, F1). 34

Der Kläger beantragt, 35

die Beklagte unter Abänderung des angefochtenen Urteils zu verurteilen, dem Kläger ein Zeugnis Zug-um-Zug gegen Herausgabe des unter dem 31.10.2017 erteilten Zeugnisses entsprechend dem unter dem 31.10.2017 erstellten Zeugnis zu erteilen, jedoch mit folgenden Ergänzungen: 36

Im vorletzten Satz des unter dem 31.10.2017 erteilten Zeugnisses fehlt das Wort „ehrlich“. Der Satz muss wie folgt ergänzt werden: „Er war ehrlich, fleißig, pünktlich und zuverlässig.“ 37

Die Beklagte beantragt, 38

die Berufung zurückzuweisen. 39

Die Beklagte behauptet, im Rahmen von Mitarbeiterbefragungen sei übereinstimmend berichtet worden, dass der Kläger Lebensmittel und Artikel des B-Aktuell-Sortiments entwendet habe. Darüber hinaus solle der Kläger wiederholt an einen ihm bekannten 40

Pizzabäcker Lebensmittel mit einem erheblichen Nachlass verkauft haben. Es gebe die schriftliche Erklärung der Frau I1. Das reiche aus, um das Wort „ehrlich“ zu verweigern. Frau I1 habe die behauptete Erklärung abgegeben und sei dabei nicht unter Druck gesetzt worden (Beweis: I1). Die Mitarbeiterin I1 habe mitgeteilt, der Kläger habe im Hinblick auf Aktionsartikel und Elektronikwaren mitgemacht beim Mitnehmen von Ware ohne Bezahlung (Beweis: I1). Frau I1 sei am 16.12.2017 erwischt worden mit nicht bezahlten Waren. Sie habe dann ausgesagt, dass auch andere beteiligt gewesen seien, Druck sei insoweit nicht ausgeübt werden (Beweis: I1, A, Q).

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Rechtsvorbringens der Parteien wird auf den Inhalt der wechselseitigen Schriftsätze nebst Anlagen und auf die gerichtlichen Sitzungsniederschriften Bezug genommen. 41

Entscheidungsgründe 42

Die Berufung des Klägers ist statthaft und zulässig gemäß §§ 8 Abs. 2, 64 Abs. 1, Abs. 2 b) ArbGG. Die Berufung ist form- und fristgerecht entsprechend den Anforderungen der §§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG, 519, 520 ZPO eingelegt und begründet worden. 43

Die Berufung hat in der Sache Erfolg. Die Beklagte ist nach § 109 Abs. 1 GewO verpflichtet, dem Kläger ein Zeugnis mit Ehrlichkeitsvermerk zu erteilen, so wie sie es im Zwischenzeugnis vom 24.08.2017 getan hat. 44

Zutreffend hat das Arbeitsgericht ausgeführt, dass der – redliche - Arbeitnehmer die gesonderte Erwähnung von „Ehrlichkeit“ im Zeugnis fordern kann, wenn branchenüblich davon ausgegangen wird, dass das Fehlen dieses Wortes auf eine Unredlichkeit des Arbeitnehmers hinweist. Der Kläger gehört als Verkaufsstellenverwalter zu dem Personenkreis, bei dem der Rechtsverkehr eine Ehrlichkeitsaussage im Zeugnis erwartet und aus einem Fehlen des Ehrlichkeitsvermerks negative Rückschlüsse zieht. 45

Das Weglassen des Ehrlichkeitsvermerks ist gerechtfertigt, wenn der Arbeitnehmer während seiner Beschäftigungszeit ein vorsätzliches untreues Verhalten irgendwelcher Art begangen hat (*Schleißmann, Das Arbeitszeugnis, 21. Aufl. 2015, Rn. 708 = S. 216, 217*). Da das Zeugnis Fakten enthält und für den Arbeitgeber die Wahrheitspflicht gilt, reicht der Verdacht eines unredlichen Verhaltens nicht aus, um von einem Ehrlichkeitsvermerk abzusehen (*Schleißmann, Das Arbeitszeugnis, 21. Aufl. 2015, Rn. 401, 402 = S. 113, 114; Staudinger-Preis, BGB Neubearbeitung 2016, § 630 BGB Rn. 41; ErfK-Müller-Glöge, 19. Aufl. 2019, § 109 GewO Rn. 24*). Dass das Zeugnis keine bloßen Verdächtigungen enthalten darf, führt beispielsweise dazu, dass der Arbeitgeber, der eine ausgeschiedene Mitarbeiterin des Diebstahls verdächtigt und deshalb die Staatsanwaltschaft eingeschaltet hat, die Tatsache des Ermittlungsverfahrens nicht im Zeugnis erwähnen darf, wenn er nicht den Nachweis des Diebstahls führen kann (*LAG Düsseldorf 03.05.2005 – 3 Sa 359/05 – DB 2005, 1799 = LAGE § 109 GewO Nr. 2; HWK-Gäntgen, 7. Aufl. 2016, § 109 GewO Rn. 28*). Im Zeugnisberichtigungsprozess um den Ehrlichkeitsvermerk trägt der Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast für die Umstände, deretwegen er von der Ehrlichkeitsaussage absehen will (*vgl. Schleißmann, Das Arbeitszeugnis, 21. Aufl. 2015, Rn. 563 - 568 = S. 170 – 173; ErfK-Müller-Glöge, 19. Aufl. 2019, § 109 GewO Rn. 85*). 46

Hier ist der Beklagten nicht der Nachweis gelungen, dass der Kläger im Arbeitsverhältnis unredliche Handlungen begangen hat. Sie ist deshalb nach den dargestellten Grundsätzen verpflichtet, dem Kläger Zug um Zug gegen Herausgabe des beanstandeten Zeugnisses ein berichtigtes Zeugnis mit der Formulierung „ehrlich“ zu erteilen, indem sie das Wort „ehrlich“ 47

wie bei dem Zwischenzeugnis vom 24.08.2017 in den vorletzten Satz einfügt.

Die Beklagte ist beweisfällig geblieben für ihre Behauptung, der Kläger habe seit Beginn seiner Tätigkeit in C Waren entwendet und / oder Waren unredlich verbilligt abgegeben. 48

Die Beklagte benennt keinen Augenzeugen und keine Augenzeugin für eine konkrete Wegnahmehandlung oder eine konkrete Unterschlagungs- oder Untreuehandlung des Klägers. Die Beklagte schildert auch keine nach Ort, Zeit und Begehungsweise individualisierten Tathandlungen des Klägers, zu denen dieser sich mit einem Verteidigungsvorbringen einlassen könnte. Die bloße Darstellung der Beklagten, mehrere dritte Personen hätten ihr gegenüber angegeben, der Kläger habe bei der Entwendung von Waren seit dem Jahreswechsel 2015/2016 mitgemacht bzw. habe Waren unberechtigt verbilligt abgegeben, ist für den Kläger nicht erwidernsfähig. Er kann den derart vage geäußerten Verdacht nicht mit Gegenteilssachen wie z.B. einem Alibi ausräumen. Die Beklagte beruft sich zudem überwiegend nicht einmal auf die Aussagen der – behaupteten – Belastungszeugen sondern benennt abgesehen von Frau I1 lediglich deren Gesprächspartner als Zeugen vom Hörensagen für die behaupteten Bezeichnungen. Die Beweisansprüche betreffen damit lediglich Indiztatsachen nicht zureichender Überzeugungskraft im Sinne des § 286 ZPO. Gegen die Überzeugungskraft der unter Beweisanspruch gestellten Umstände spricht insbesondere, dass die Beklagte ersichtlich nicht alle von ihr zu erwartenden Bemühungen zur Aufklärung des Sachverhalts unternommen hat oder zumindest das Ergebnis solcher Bemühungen dem Gericht nicht in Vollständigkeit mitgeteilt hat. So oblag es der Beklagten, die Belastungszeuginnen und –zeugen aus der Mitarbeiterschaft zu befragen, was sie wann wie beobachtet hatten und auf welche Tatsachengrundlage sie ihre Beschuldigungen gegen den Kläger gegebenenfalls stützten. Dem Prozessvorbringen der Beklagten lässt sich indes nicht entnehmen, dass sie den Mitarbeiterinnen I1 und U am Abend des 16.12.2017 dahingehende (Nach-)Fragen überhaupt gestellt hat. Auf jeden Fall teilt die Beklagte nicht mit, was die beiden Mitarbeiterinnen – so sie denn befragt wurden – geantwortet haben. Gleiches gilt hinsichtlich der weiteren Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, zu denen die Beklagte ebenfalls behauptet, sie hätten den Kläger beschuldigt. Auch hier schildert die Beklagte nicht, wie die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter sich bei Befragungen konkret eingelassen haben und wie sie etwaige Nachfragen beantwortet haben. Hinsichtlich dieser Personen hat die Beklagte zudem davon abgesehen, sie namentlich zu individualisieren und sie als Zeuginnen bzw. Zeugen im Rechtsstreit anzubieten. 49

Angesichts des unsubstantiierten Sachvortrags der Beklagten und angesichts der Lückenhaftigkeit der mitgeteilten Aufklärungsbemühungen kam eine Vernehmung der von der Beklagten aufgebodenenen Zeuginnen und Zeugen nicht in Betracht. Deren Vernehmung wäre auf einen nach dem Zivilprozessrecht unzulässigen Ausforschungsbeweis hinausgelaufen. Ein solcherart unzulässiger Beweisanspruch liegt vor, wenn es innerhalb des Prozessvortrags der beweispflichtigen Partei an der Bestimmtheit der zu beweisenden Tatsachen fehlt und durch die beantragte und beabsichtigte Beweiserhebung erst die Grundlagen für substantiierte Tatsachenbehauptungen gewonnen werden sollen (*BAG 05.11.2003 – 5 AZR 562/02 – AP BGB § 615 Nr. 106 unter I. 2 b*). 50

Nach § 91 Abs. 1 ZPO hat die im Berufungsverfahren insgesamt unterlegene Beklagte die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen. Die Kostenentscheidung für die erste Instanz ergeht nach § 92 Abs. 1 ZPO, weil die klagabweisende Entscheidung des Arbeitsgerichts hinsichtlich der Schlussformulierung im Zeugnis in Rechtskraft erwachsen ist und der Kläger insoweit unterlegen ist. Die Revision zum Bundesarbeitsgericht war nicht zuzulassen. Weder 51

stellen sich bei der Entscheidung des Rechtsstreits Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne von § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG noch weicht das Urteil der Kammer von einer Entscheidung der in § 72 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG genannten Gerichte ab.

