Landesarbeitsgericht Hamm, 4 Sa 1337/98

Datum:	17.12.1998
Gericht:	Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper:	4. Kammer
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	4 Sa 1337/98
ECLI:	ECLI:DE:LAGHAM:1998:1217.4SA1337.98.00

Vorinstanz:	Arbeitsgericht Gelsenkirchen, 3 Ca 122/98
Schlagworte:	Anspruch einer transsexuellen Person auf Neuerteilung eines Arbeitszeugnisses mit dem geänderten Namen bzw. dem geänderten Geschlecht
Normen:	Art. 1, 2 GG, § 630 BGB, § 113 GewO, § 73 HGB, §§ 1, 5, 8, 10 TSG

Leitsätze:

1. Von den Fällen der (inhaltlichen) Zeugnisberichtigung sind die Fälle zu unterscheiden, in denen der Arbeitnehmer die Neuausstellung eines (inhaltlich richtigen und nicht beanstandeten) Zeugnisses begehrt, weil es beschädigt worden oder verloren gegangen ist. In solchen Fällen ist der Arbeitgeber kraft seiner nachvertraglichen Fürsorgepflicht verpflichtet, auf Kosten des Arbeitnehmers ein neues Zeugnis zu erteilen (LAG Hamm vom 15.07.1986, LAGE § 630 BGB Nr. 5). Entscheidend ist dabei allein die Frage, ob dem früheren Arbeitgeber die Ersatzausstellung des Zeugnisses zugemutet werden, insbesondere ob er anhand (noch) vorhandener Personalunterlagen ohne großen Arbeitsaufwand das Zeugnis neu schreiben lassen kann oder nicht.

2. Auf der gleichen Ebene liegt es, wenn eine transsexuelle Person von dem früheren Arbeitgeber die Neuerteilung eines Zeugnisses mit geändertem Vornamen bzw. mit geändertem Geschlecht begehrt. Selbst dann, wenn die Personalakte der transsexuellen Person infolge Zeitablaufs vernichtet sein sollten, kann ihr der Arbeitgeber die Neuerteilung eines Zeugnisses nicht unter Berufung auf Verwirkung verweigern, weil das ursprünglich erteilte Zeugnis zurückzugeben ist, der Arbeitgeber es mithin also ohne

jegliche inhaltliche Überprüfung nur hinsichtlich des geänderten Geschlechts und des geänderten Namens der transsexuellen Person und der sich daraus ergebenden grammatikalischen und rechtschreibmäßigen Abänderungen „umformulieren“ muß.

3. Der Anspruch der transsexuellen Person auf Neuerteilung eines Zeugnisses mit geändertem Vornamen bzw. mit geändertem Geschlecht folgt aus der nachvertraglichen Fürsorgepflicht des Arbeitgebers. Deren Umfang ergibt sich aus § 242 BGB i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG und § 5 TSG. Art. 2 Abs. 1 GG schützt in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG die engere persönliche Lebenssphäre, insbesondere auch den Intim- und Sexualbereich, und gewährleistet das Recht des Einzelnen, grundsätzlich selbst zu bestimmen, aus welchem Anlaß und in welchen Grenzen er persönliche Lebenssachverhalte offenbart. Dem Schutz dieser Rechtsgüter dient auch das Transsexuellengesetz.

4. Die sog. kleine Lösung des § 1 TSG (bloße Vornamensänderung) soll der besonderen Situation transsexueller Personen schon vor einer geschlechtsanpassenden Operation oder bei Verzicht auf operative Eingriffe Rechnung tragen und es ihnen ermöglichen, auch schon vor der irreversiblen „großen Lösung“ des § 8 TSG frühzeitig in der Rolle des anderen Geschlechts aufzutreten, mithin in der ihrem Empfinden entsprechenden Geschlechtsrolle zu leben, ohne sich im Alltag Dritten und Behörden gegenüber offenbaren zu müssen. Die sog. „kleine Lösung“ ist mit der Zielsetzung Gesetz geworden, den transsexuellen Personen vor allem beim Arbeitsplatzwechsel, bei der Arbeitsplatzsuche und im Sozialbereich, die Möglichkeit zu geben, die Identitätsfindung wenigstens zu einem Teil zu erreichen.

5. Da über einen Arbeitnehmer nur eine Beurteilung existieren darf, ist der Arbeitgeber nur verpflichtet, Zug-um-Zug gegen Rückgabe des beanstandeten Zeugnisses ein neues Zeugnis zu erteilen. Da der Arbeitgeber wegen des Offenbarungsverbots des § 5 TSG gehalten ist, die Geschlechtsumwandlung der transsexuellen Person nicht ohne deren Zustimmung zu offenbaren, kann die transsexuelle Person nur solche Maßnahmen durchsetzen, die dieses Ziel nicht gefährden und deren Einhaltung bzw. Überwachung dem früheren Arbeitgeber organisatorisch zuzumuten sind. Bei Rückgabe des ursprünglichen Zeugnisses Zug-um-Zug gegen Aushändigung eines Zeugnisses mit dem geänderten Namen bzw. dem geänderten Geschlecht braucht der Arbeitgeber keine Rückfragen zu befürchten.

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Gelsenkirchen vom 08.05.1996 (3 Ca 122/98) teilweise abgeändert:

Die Beklagte wird verurteilt, der Klägerin Zug-um-Zug gegen Rückgabe des seinerzeit mit Datum des 29.07.1998 erteilten Zeugnisses ein neues Zeugnis mit geändertem Namen bzw. mit geändertem Geschlecht, im übrigen aber inhaltlich unverändert zu erteilen.

Im übrigen werden die Berufung zurückgewiesen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits haben die Parteien je zur Hälfte zu tragen. '

Der Wert des Streitgegenstandes wird auf 2.500,?? DM festgesetzt.

Die Revision wird zugelassen.

T a t b e s t a n d 1

Die Parteien streiten um die Frage, ob die Beklagte der Klägerin eine Abschrift eines Arbeitszeugnisses mit dem geänderten Namen bzw. dem geänderten Geschlecht der Klägerin und der Maßgabe, daß am Ende dieser Abschrift die inhaltliche Übereinstimmung mit dem Arbeitszeugnis hinsichtlich Führung und Leistung der Klägerin bestätigt wird, zu erteilen hat. 2

Die Beklagte ist ein in der Rechtsform der GmbH & Co. KG organisiertes Unternehmen der chemischen Industrie mit Sitz in G..... Zu ihr stand die 1966 in G..... geborene Klägerin ab 01.09.1982 in einem Ausbildungsverhältnis und anschließend ab 25.06.1984 bis zum 31.07. 1986 in einem Arbeitsverhältnis. Zuletzt verdiente die Klägerin 2.500,?? DM brutto im Monat. 3

Bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses erteilte die Beklagte der Klägerin unter ihrem damaligen männlichen Vornamen ein qualifiziertes Arbeitszeugnis vom 29.07.1988. 4

Die Klägerin fühlt sich dem weiblichen Geschlecht zugehörig und ließ mit Beschluß des Amtsgerichts Dortmund vom 13.05.1997 ihren männlichen Vornamen ändern. Sie führt seitdem den weiblichen Vornamen J..... 5

Nach erfolglosen Bemühungen um eine entsprechende Berichtigung des Arbeitszeugnisses vom 29.07.1988 erhob die Klägerin mit Klageschrift vom 09.09.1997 vor dem Arbeitsgericht Gelsenkirchen Klage gegen die Beklagte und verlangte die Neuausstellung des Zeugnisses unter Berücksichtigung ihres geänderten Vornamens und ihres weiblichen Geschlechts. 6

In diesem Verfahren (3 Ca 2872/97) schlossen die Parteien auf Vorschlag des Gerichtes in der Güteverhandlung vom 08.10.1997 einen Vergleich mit folgendem Wortlaut: 7

1. Der Rechtsstreit ist erledigt. 8

2. Die Parteien behalten sich den Widerruf des Vergleichs durch schriftliche Anzeige zu den Gerichtsakten bis zum 28. November 1997 vor. 9

Vor Ablauf der Widerrufsfrist kam, es zu einem Telefongespräch zwischen dem Prozeßbevollmächtigten der Klägerin und dem in der Güteverhandlung nicht zugegen gewesenen Prokuristen und Personalleiter der Beklagten, dem Zeugen E.....v..... W..... 10

Die Widerrufsfrist verstrich, ohne daß die Klägerin ein Zeugnisdokument von der Beklagten erhielt. 11

Die Klägerin hat vorgetragen, es sei – gemäß der gerichtlichen Anregung im Gütetermin vom 08.10.1997 – in dem oben genannten Telefongespräch zu einer Einigung über eine von der Beklagten zu erteilende, entsprechend dem Geschlecht und dem geänderten Vornamen der Klägerin modifizierte Abschrift. des Zeugnisses unter Bestätigung der inhaltlichen Übereinstimmung mit der Ursprungsfassung hinsichtlich Führung und Leistung der Klägerin gekommen. 12

Mit der beim Arbeitsgericht am 14.01.1998 eingegangenen Klage hat die Klägerin die Erteilung einer derartigen Abschrift gerichtlich geltend gemacht. 13

Die Klägerin hat beantragt, 14

die Beklagte zu verurteilen, ihr eine Abschrift des Zeugnisses vom 29.07.1988 mit dem geänderten Namen bzw. dem geänderten Geschlecht der Klägerin und der Maßgabe, daß am Ende dieser Abschrift die inhaltliche Übereinstimmung mit dem Zeugnis vom 29.07.1988 hinsichtlich Führung und Leistung bestätigt wird, zu erteilen, und zwar mit nachfolgendem Text: 15

„Frau J..... L....., geboren 1966 in G.....-.....-B....., absolvierte im Laboratorium unseres Unternehmens in der Zeit vom 01.09.1982 bis 25.06.1984 eine Ausbildung zur Chemielaborjungwerkerin und wurde anschließend in ein Arbeitsverhältnis übernommen. 16

Die Ausbildung entsprach der sachlichen und zeitlichen Gliederung des Ausbildungsplanes im Berufsbild der Chemielaborjungwerkerin. 17

Nach bestandener Abschlußprüfung bereitete sich Frau L.....-..... als Externe auf die Chemielaborantenprüfung vor, die sie am 29. Januar 1988 mit Erfolg ablegte. Mit Wirkung vom 01. März 1988 wurde Frau L..... als Chemielaborantin in das Angestelltenverhältnis übernommen. 18

Das Tätigkeitsgebiet von Frau L..... nach Beendigung ihrer Ausbildung war vielfältig. Dazu gehörte die Untersuchung von Abwässern einschl. Phenol? und Acetonbestimmungen im Mikrobereich und die Ermittlung des chemischen Sauerstoffbedarfs. Außerdem wurde sie mit der Qualitätskontrolle des Einsatzproduktes Cumol und unserer Endprodukte Phenol und Aceton betraut, wozu die Durchführung von Probeoxidationen, die Ermittlung von Siedekurven und Erstarrungspunkten sowie das pauschale Erfassen von Vereinigungen durch Löslichkeitsversuche und das Verhalten gegen Oxidationsmittel gehörten. Aufgrund der dabei ermittelten Werte war Frau L..... zur Freigabe von Partien berechtigt. Weitere Aufgaben waren das Ansetzen von Maßlösungen für die analytischen Laboratorien , die Bestimmung von Chlor und Schwefel in organischen Verbindungen im Mikrobereich und die 19

Durchführung einfacher präparativer Arbeiten nach Anweisung.

Frau L..... erledigte die ihr übertragenen Arbeiten jederzeit zu unserer vollen Zufriedenheit. Sie war eine selbständige und gewissenhaft arbeitende Mitarbeiterin. Aufgrund ihres einwandfreien Verhaltens gegenüber ihren Vorgesetzten und Kollegen gestaltete sich die Zusammenarbeit mit ihr in einer stets angenehmen Weise. 20

Frau L..... verläßt uns am 31.07.1988, um an einer Weiterbildungsmaßnahme teilzunehmen, Wir danken ihr für ihre Mitarbeit und wünschen ihr für ihren weiteren Lebensweg alles Gute und viel Erfolg.“ 21

Die Beklagte hat beantragt, 22

die Klage abzuweisen. 23

Sie hat vorgetragen, in dem von der Klägerin erwähnten Telefongespräch sei es nicht zu einer Übereinstimmung der gegensätzlichen Meinungen gekommen. Der gerichtlichen Geltendmachung stehe der nicht widerrufene Vergleich vom 08.10.1997 (3 Ca 2872/97) entgegen. Es sei Aufgabe der Klägerin gewesen, darauf zu achten, daß innerhalb der Wochenfrist das begehrte, abgeänderte Zeugnis erteilt werde. 24

Das Arbeitsgericht Gelsenkirchen hat die Akte 3 Ca 2872/97, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen ist, beigezogen. 25

Das Arbeitsgericht Gelsenkirchen hat durch Urteil vom 08.05.1998 (3 Ca 122/98 – RuP 1998, 162) wie folgt für Recht erkannt: 26

Die Beklagte wird verurteilt, der Klägerin eine Abschrift des Zeugnisses vom 29.07.1988 mit dem geänderten Namen bzw. geänderten Geschlecht der Klägerin und der Maßgabe, daß am Ende dieser Abschrift die inhaltliche Übereinstimmung mit dem Zeugnis vom 29.07.1988 hinsichtlich Führung und Leistung bestätigt wird, zu erteilen, und zwar mit folgendem Text: 27

„Frau J..... L....., geboren 1966 in G.....-B....., absolvierte im Laboratorium unseres Unternehmens in der Zeit vom 01.09.1982 bis 25.06.1984 eine Ausbildung zur Chemielaborjungwerkerin und wurde anschließend in ein Arbeitsverhältnis übernommen. 28

Die Ausbildung entsprach der sachlichen und zeitlichen Gliederung des Ausbildungsplanes im Berufsbild der Chemielaborjungwerkerin. 29

Nach bestandener Abschlußprüfung bereitete sich Frau L.....-..... als Externe auf die Chemielaborantenprüfung vor, die sie am 29. Januar 1988 mit Erfolg ablegte. Mit Wirkung vom 01. März 1988 wurde Frau L..... als Chemielaborantin in das Angestelltenverhältnis übernommen. 30

Das Tätigkeitsgebiet von Frau L..... nach Beendigung ihrer Ausbildung war vielfältig. Dazu gehörte die Untersuchung von Abwässern einschl. Phenol? und Acetonbestimmungen im Mikrobereich und die Ermittlung des chemischen Sauerstoffbedarfs. Außerdem wurde sie mit der Qualitätskontrolle des Einsatzproduktes Cumol und unserer Endprodukte Phenol und Aceton betraut, wozu die Durchführung von Probeoxidationen, die Ermittlung von Siedekurven und Erstarrungspunkten sowie das pauschale Erfassen von Vereinigungen durch Löslichkeitsversuche und das Verhalten gegen Oxidationsmittel gehörten. Aufgrund der dabei ermittelten Werte war Frau L..... zur Freigabe von Partien berechtigt. Weitere 31

Aufgaben waren das Ansetzen von Maßlösungen für die analytischen Laboratorien , die Bestimmung von Chlor und Schwefel in organischen Verbindungen im Mikrobereich und die Durchführung einfacher präparativer Arbeiten nach Anweisung.

Frau L..... erledigte die ihr übertragenen Arbeiten jederzeit zu unserer vollen Zufriedenheit. Sie war eine selbständige und gewissenhaft arbeitende Mitarbeiterin. Aufgrund ihres einwandfreien Verhaltens gegenüber ihren Vorgesetzten und Kollegen gestaltete sich die Zusammenarbeit mit ihr in einer stets angenehmen Weise. 32

Frau L..... verläßt uns am 31,.07. 1988, um an einer Weiterbildungsmaßnahme teilzunehmen, Wir danken ihr für ihre Mitarbeit und wünschen ihr für ihren weiteren Lebensweg alles Gute und viel Erfolg.“ 33

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte. 34

Der Streitwert wird auf 2.500,?? DM festgesetzt. 35

Zur Begründung hat es ausgeführt, der Zulässigkeit der Klage stehe nicht der gerichtliche Vergleich vom 08.10.1997 im Verfahren 3 Ca 2872/97 entgegen. Nach dem gemäß §§ 133, 157 BGB zu ermittelnden Willen der Parteien habe nur der Rechtsstreit 3 Ca 2872/97 beendet, nicht jedoch die Rechtsfrage einer Verpflichtung der Beklagten zur Zeugnisberichtigung geregelt und ein für alle Mal außer Streit gestellt werden sollen. Der Text des Vergleichs enthalte keine Erledigungserklärung hinsichtlich des damaligen Klageanspruchs. Der Vorsitzende habe den Parteien den Vergleich zu dem Zweck vorgeschlagen, sich im Falle einer außergerichtlichen Einigung Erklärungen gegen über dem Arbeitsgericht oder einen Gang zum Arbeitsgericht zwecks Protokollierung eines Vergleichs zu ersparen. Der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten habe sich nämlich im Gütetermin vom 08.10.1997 zu einer inhaltlichen Regelung (etwa im Sinne der gerichtlichen Anregung zur Erteilung einer Abschrift) außerstande gesehen. Zudem hätten durch die Vergleichsformulierung außergerichtliche Verhandlungen angeregt und Spielraum für möglicherweise anderslautende Übereinkünfte zwischen den Parteien geschaffen werden sollen. Mit dem Vergleich habe jedoch nicht ausgeschlossen sein sollen, bei einem Scheitern der außergerichtlichen Regelungsbemühungen an Stelle der Erklärung des Widerrufs einen neuen Rechtsstreit um dieselbe Rechtsfrage zu führen. Insofern gehe der Vergleich nach seinem objektiven Erklärungsgehalt in der Wirkung nicht über eine Klagerücknahme hinaus, der der Versuch der außergerichtlichen Einigung folgen solle. Eine Klagerücknahme hindere jedoch nicht die Neuerhebung der Klage. Im übrigen sei der jetzt geltend gemachte Anspruch auf Erteilung einer Abschrift nicht identisch mit dem im Verfahren 3 Ca 2872/97 geltend gemachten Klagebegehren. Er sei auch nicht als ein „Minus“ diesem gegenüber anzusehen. Das Klagebegehren im Verfahren 3 Ca 2872/97 habe den Charakter eines Zeugnisberichtigungsanspruchs, während die Klägerin jetzt neben dem Gültigkeit behaltenden Ursprungszeugnis eine Abschrift desselben mit anderem Wortlaut und einer Bestätigung der inhaltlichen Übereinstimmung, also ein „aliud“, verlange. 36

Der Klageanspruch sei auch begründet, denn die Klägerin habe Anspruch auf Erteilung einer Abschrift des Zeugnisses vom 29.07.1988 in dem von ihr geforderten Umfang. Der Anspruch der Klägerin auf Erteilung einer solchen Abschrift folge aus der nachvertraglichen Fürsorgepflicht der Beklagten. Deren Umfang ergäbe sich aus § 242 BGB i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG und § 5 TSG. Der Beklagten als Arbeitgeberin komme auch nach der Beendigung des Arbeitsver- 37

hältnisses gemäß § 242 BGB die arbeitsvertragliche Nebenpflicht zu, sich so zu verhalten, daß die Klägerin in ihren Rechtsgütern nicht verletzt werde. Zu diesen Rechtsgütern gehöre auch das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit, das auf diese Weise durch verfassungskonforme Auslegung und Bestimmung des in § 242 BGB verwandte unbestimmten Rechtsbegriffs von Treu und Glauben Wirkung auch im Privatrecht entfalte.

Das Recht der Klägerin auf freie Entfaltung ihrer Persönlichkeit als berufstätige Frau laufe Gefahr, beeinträchtigt zu werden, wenn sie gehalten sei, bei einer Stellensuche auf dem Arbeitsmarkt das Zeugnis der Beklagten vom 29.07. 1988, welches auf ihren ehemaligen, männlichen Vornamen laute und eine entsprechende Geschlechtsangabe enthalte, vorzulegen, also über keine andere von der Beklagten autorisierte Unterlage über ihre Führung und Leistung während des Arbeitsverhältnisses bei der Beklagten verfüge, um eine lückenlose und erfolgreiche Berufslaufbahn zu dokumentieren. 39

Es sei gerichtsbekannt, daß in Gesellschaft und Arbeitswelt Transsexuellen häufig mit Vorurteilen begegnet werde und ihnen eine vollzogene Geschlechts? und/oder Namensänderung zum Nachteil gereiche. Insofern bedürfe dieser Personenkreis unter Rücksicht auf Art. 2 Abs. 1 GG des besonderen rechtlichen Schutzes auch im Privatrecht. Die Befürchtung von zu erwartenden Diskriminierungen und die daraus folgende erhöhte Schutzbedürftigkeit von Transsexuellen durch die Rechtsordnung spiegelten sich in § 5 TSG wider, demgemäß ohne Zustimmung des Transsexuellen die früher geführten Vornamen nicht offenbart oder angeführt werden dürften, es sei denn, daß besondere Gründe des öffentlichen Interesses dies erforderten oder ein rechtliches Interesse glaubhaft gemacht werde. Zwar erscheine § 5 TSG für den vorliegenden Fall, in dem die Beklagte nicht eine Offenbarung des ehemaligen Vornamens bzw. des Geschlechts der Klägerin vorzunehmen gedenkt, nicht unmittelbar einschlägig, dem Schutzzweck des Gesetzes und nicht zuletzt dem Art. 2 Abs. 1 GG widerspreche es jedoch, wenn durch die Weigerung eines ehemaligen Arbeitgebers, einem transsexuellen Arbeitnehmer ein für sein Fortkommen wichtiges Dokument über seine Arbeitstätigkeit zu erstellen, der betroffene Arbeitnehmer bei Bewerbungen und ähnlichen Gelegenheiten gehalten sein könne, die Lücke in der Dokumentation seiner beruflichen Laufbahn durch Vorlage des Originalzeugnisses zu schließen und damit seine Transsexualität selbst zu offenbaren. 40

Die Erteilung einer Abschrift des Zeugnisses mit dem geänderten Namen bzw. Geschlecht gebe der Klägerin demgegenüber die Möglichkeit an die Hand, eine solche Offenbarung zu umgehen, auch wenn es – wie der Personalleiter der Beklagten meine – in Einzelfällen einer Bewerbung empfehlenswerter sein könnte, die Änderung des Namens nicht zu verschweigen. Die Beurteilung und Einschätzung jedoch, ob die Klägerin als Bestandteil von Bewerbungsunterlagen das Ursprungszeugnis oder die geänderte Abschrift vorlege, obliege ihr selbst und nicht der Beklagten, wie sich mittelbar ebenfalls aus § 5 TSG (nämlich aus dem dort niedergelegten Zustimmungserfordernis der Klägerin bei Offenbarung ihres ehemaligen Vornamens) entnehmen lasse. 41

Der nach alledem aus § 242 BGB und Art. 2 Abs. 1 GG abzuleitenden Verpflichtung der Beklagten zur Erteilung der geforderten, modifizierten Abschrift des Zeugnisses stünden auch nicht berechtigte, im Verhältnis zu den schutzwerten Anliegen der Klägerin gewichtigere Interessen der Beklagten gegenüber. Jedenfalls gingen diese aus dem Vortrag der Beklagten nicht hervor. Der das Zeugnisrecht beherrschende Grundsatz der Wahrheit werde durch die Abschriftserteilung im Kern nicht verletzt. Die inhaltliche Übereinstimmung der Abschrift mit dem Ursprungszeugnis solle sich ausweislich des unter die Abschrift von der Beklagten zu setzenden Bestätigungsvermerks auf Führung und Leistung der Klägerin erstrecken, nicht 42

jedoch auf deren Namen und Geschlechtsidentität. Daß die im Jahre 1988 vorgenommene Beurteilung von Führung und Leistung mit dem Umstand stehe und falle, daß die Klägerin ehemals als Mann aufgetreten sei, sei weder von der Beklagten substantiiert vorgetragen worden noch sonst ersichtlich.

Gegen das ihr am 05.06.1998 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 3.07.1998 Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung bis zum 03.09.1998 am 10.08.1998 begründet. 43

Sie trägt vor, das Arbeitsgericht gehe ihres Erachtens rechtsirrig davon aus, daß ein Arbeitnehmer, dem zunächst ein wohlwollendes, wahrheitsgemäßes und richtiges Zeugnis erteilt worden sei, nach neun Jahren aus persönlichen Gründen einen Zeugnisänderungsanspruch geltend machen könne, wodurch das Zeugnis nachträglich wahrheitswidrig werde. Es gehe ihr in dem vorliegenden Verfahren allein um die Klärung der für die Personalarbeit grundlegende Rechtslage, ob ein Arbeitnehmer aufgrund schwerwiegender persönlicher Gründe nach vielen Jahren einen Zeugnisänderungsanspruch geltend machen könne oder ob in diesem Falle die Wahrheitspflicht des Arbeitgebers im Hinblick auf die Zeugniserteilung überwiege. Sie könne in keiner Weise erkennen, warum es moralisch verwerflich sein solle, die hier zu entscheidende grundlegende Frage abschließend gerichtlich klären zu lassen. Es gehe ihr vorliegend nicht darum, die Klägerin in irgendeiner Weise zu schikanieren oder in ihrem beruflichen Fortkommen zu behindern. 44

Sollte ein solcher nachträglicher Zeugnisänderungsanspruch, der ein Zeugnis nachträglich wahrheitswidrig werden lasse, prinzipiell möglich sein, so wäre dies ihres Erachtens auch nicht auf diejenigen Fälle des Transsexuellengesetzes zu beschränken. Ebenso wäre beispielsweise denkbar, daß ein Mitarbeiter nachträglich seinen Namen geändert habe, weil dieser Name in der Öffentlichkeit aufgrund politischer Umstände oder wegen eines furchtbaren Verbrechens mit einem Makel behaftet sei, so daß ebenfalls die Gefahr bestehe, daß der Mitarbeiter in seinem beruflichen Fortkommen behindert werde. Es wäre auch denkbar, daß ein Arbeitnehmer nach einer Scheidung der Auffassung sei, er könne mit dem gemeinsamen Ehenamen nicht mehr weiter leben, und stütze einen Zeugnisänderungsanspruch auf Art. 2 Abs. 1 GG. Hieran werde deutlich, daß die Arbeitsgerichte, insoweit sie einen solchen Zeugnisänderungsanpruch bejahten, auch dazu verpflichtet seien, der Personalarbeit verläßliche Kriterien an die Hand zu geben, um entscheiden zu können, wann ein solcher Zeugnisänderungsanspruch bestehe und wann nicht. Letztlich sei es von der höchstrichterlichen Rechtsprechung auch anerkannt, daß der Arbeitgeber sich bei unrichtiger Zeugnisausstellung nach § 826 BGB schadenersatzpflichtig machen könne, wenn er wissentlich unwahre Angaben mache. 45

Die vom Arbeitsgericht dargestellte Anspruchsbegründung überzeuge nicht. Der zur Anspruchsbegründung herangezogene § 5 TSG verpflichte offensichtlich ausschließlich Träger der öffentlichen Gewalt und sei auf Privatunternehmen nicht anwendbar. Auch der Hinweis auf Art. 2 Abs. 1 GG könne ihres Erachtens nicht überzeugen, da das Arbeitsgericht in keiner Weise das allgemeine Persönlichkeitsrecht von ihr, der Beklagten, gewürdigt habe. Auch ihr müs-se das Recht zugestanden werden, nach mehreren Jahren ein Arbeitsverhältnis als endgültig abgewickelt ansehen zu können. 46

Innerhalb des Urteils des Arbeitsgerichtes Gelsenkirchen finde sich auch keinerlei Auseinandersetzung mit dem Grundsatz der Wahrheitspflicht im Rahmen der Zeugniserteilung, der offensichtlich mit dem hier konstruierten Zeugnisänderungsanspruch kollidiere. Der Leser dieses Urteils vermisse schließlich auch eine Auseinandersetzung mit dem Verwirkungsgedanken , der sich bei diesem Sachverhalt aufdränge. Einem Zeugnisänderungsanspruch der Klägerin stehe der übermäßig lange Zeitablauf entgegen. 47

Das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin habe am 31.07.1988 geendet. Im Jahre 1997 habe die Klägerin sich dem weiblichen Geschlecht zugehörig gefühlt. In diesem Zusammenhang habe sie erstmalig neun Jahre nach ihrem Ausscheiden bei ihr, der Beklagten, die Erstellung eines neuen Zeugnisses mit verändertem Namen verlangt. Im Interesse einer zügigen Abwicklung beendeter Arbeitsverhältnisse sähen Gesetzgebung und Rechtsprechung kurze Ausschlußfristen vor. So sei es beispielsweise anerkannt, daß der Anspruch auf Zeugniserteilung oder ein Zeugnisberichtigungsanspruch nur innerhalb einer Frist von ca. fünf Monaten geltend gemacht werden könnten. Vorliegend beanspruche die Klägerin sehr wohl auch eine Zeugnisänderung und nicht bloß eine Zeugnisberichtigung. Eine Berichtigung läge nämlich nur dann vor, wenn das Zeugnis seinerzeit versehentlich falsch ausgestellt worden wäre. Das im Jahre 1988 erstellte Zeugnis habe jedoch den damaligen Gegebenheiten entsprochen. Seine damalige Unrichtigkeit sei bislang auch nicht behauptet worden. Die relativ kurzen Ausschlußfristen zeigten, daß es dem Arbeitgeber möglich sein solle, beendete Arbeitsverhältnisse innerhalb einer zumutbaren Frist als abgewickelt ansehen zu können. Daher könne sie, die Beklagte, neun Jahre nach dem Ausscheiden der Klägerin nicht mehr verpflichtet werden, erneut ein Arbeitszeugnis zu gestalten.

Eine andere Bewertung ergäbe sich auch nicht aus der nachvertraglichen Fürsorgepflicht des Arbeitgebers. Das Arbeitsgericht habe den Umfang der nachvertraglichen Fürsorgepflicht überbewertet. Es ginge unter Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben und Art. 2 Abs. 1 GG davon aus, wegen der Vorurteile gegenüber Transsexuellen und den daraus resultierenden Problemen bei der Stellensuche bestünde ein Zeugnisberichtigungsanspruch uneingeschränkt aufgrund einer nachvertraglichen Fürsorgepflicht des Arbeitgebers. Dabei habe es verkannt, daß diese Wertung zu den obengenannten Überlegungen zur Dauer seit Beendigung des Arbeitsverhältnisses in Widerspruch stünde. Außerdem habe das Arbeitsgericht die Interessen von ihr, der Beklagten, im Hinblick auf die Abgeschlossenheit des Vorgangs nicht gewürdigt. Sie müßte als Arbeitgeberin für einen unüberschaubaren Zeitraum damit rechnen, Änderungswünschen früherer Arbeitnehmer nachgehen zu müssen. Diese Ungewißheit und der daraus resultierende Aufwand sei ihr nicht zuzumuten, zumal die Umstände, die zu den Änderungswünschen führten, ausschließlich in der Sphäre der Klägerin angesiedelt seien. 48

Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers münde in der Verpflichtung zu einer wohlwollenden Formulierung des Zeugnisses. Ein solches habe sie unstreitig ausgestellt. Das Arbeitsgericht verkenne in diesem Zusammenhang, daß die nachvertragliche Fürsorgepflicht allein eine vertragliche Nebenpflicht des Arbeitgebers darstelle. Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ende naturgemäß mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, da ihr als vertragliche Nebenpflicht mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Grundlage entzogen werde. Eine Fortgeltung über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinaus werde nur in engen zeitlichen und inhaltlichen Grenzen anerkannt, nämlich innerhalb der obengenannten Verwirkungsfristen. Wegen dieses Ausnahmecharakters könnte eine nachvertragliche Fürsorgepflicht nach neun Jahren nicht mehr angenommen werden. 49

§ 5 TSG sei auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar sei, da sie, die Beklagte, weder Träger öffentlicher Gewalt sei noch eine Offenbarung des ehemaligen Vornamens bzw. des Geschlechts der Klägerin vorzunehmen gedenke. Beim Rückgriff des Arbeitsgerichts Gelsenkirchen auf den Schutzzweck des Transsexuellengesetzes habe dieses jedoch seinen Normzweck überdehnt: Das Gesetz solle sicherstellen, daß niemand Transsexuelle in ihrem Fortkommen behindere. Es verlange dagegen nicht, daß sie in ihrer Persönlichkeitsentwicklung durch Private gefördert werden müßten. Hätte der Gesetzgeber für private Unternehmen eine solche Verpflichtung einrichten wollen, hätte er eine 50

entsprechende gesetzliche Regelung getroffen.

Schließlich habe das Arbeitsgericht die gesetzliche Regelung in § 630 BGB nicht beachtet. Diese Norm gewähre einen Anspruch auf eine einmalige Erteilung eines Zeugnisses. Sie gebe dem Arbeitnehmer nicht auch einen unbefristeten Anspruch auf die Erteilung von Abschriften mit individuell gestalteten Bestätigungsvermerken. Diesen Anspruch auf Zeugniserteilung habe die Beklagte ordnungsgemäß erfüllt. Damit sei der Anspruch nach § 362 BGB erloschen. Der Anspruch könne auch darin nicht fortbestehen, wenn er nunmehr in leicht modifizierter Form (Abschrift statt Urschrift) geltend gemacht werde. Denn dem ursprünglichen Begehren, ein neues Zeugnis mit geänderten Namen anzufertigen, stünde die Pflicht des Arbeitgebers entgegen, ein wahrheitsgemäßes Zeugnis zu erteilen. Der nunmehr gestellte Antrag stelle lediglich einen Umgehungstatbestand dar: Die Anfertigung einer Abschrift mit dem Zusatz „hinsichtlich Führung und Leistung“ sei dazu bestimmt und geeignet, die Vorstellung hervorzurufen, das Zeugnis entspräche insgesamt dem Original von 1988. Diese Vorstellung entspreche aber nicht den tatsächlichen Gegebenheiten und sei daher unwahr. Zudem würde die Erteilung einer solchen Abschrift bewirken, daß für ein und dieselbe Tätigkeit der Klägerin zwei inhaltlich unterschiedliche Zeugnisse im Umlauf wären, welche die Klägerin wahlweise benutzen könnte. Ein solcher Zustand könne von ihr, der Beklagten, keinesfalls geduldet werden. 51

Die Beklagte beantragt, 52

das Urteil des Arbeitsgerichtes Gelsenkirchen vom 08.05.1998, Aktenzeichen 3 Ca 122/98, abzuändern und die Klage abzuweisen sowie den Wert des Streitgegenstandes festzusetzen. 53

Die Klägerin beantragt, 54

die Berufung kostenpflichtig zurückzuweisen und den Wert des Streitgegenstandes festzusetzen. 55

Sie trägt vor, die tragenden Gründe des Urteils I. Instanz hielten einer rechtlichen Überprüfung stand. Zutreffend gehe dieses Urteil davon aus, daß sie einen Zeugnisberichtigungsanspruch gegen die Beklagte habe. Soweit die Beklagte anführe, daß Arbeitnehmer nach einer Ehescheidung oder aufgrund politischer Umstände oder wegen eines furchtbaren Verbrechens einen Zeugnisänderungsanspruch hätten, so lägen diese Fälle auf einer anderen Ebene und seien mit dem hier vorliegenden Sachverhalt nicht zu vergleichen. Nach ihrer Ansicht liege ein Änderungsanspruch hier überhaupt nicht vor. Das Zeugnis solle inhaltlich ja nicht geändert werden. Es solle lediglich ein anderer Vorname angebracht werden. Insoweit werde das Zeugnis nachträglich auch nicht wahrheitswidrig. Entgegen der Ansicht der Beklagten, binde sie § 5 TSG sehr wohl. Die Befürchtung der Beklagten, daß zwei inhaltlich unterschiedliche Zeugnisse in Umlauf kommen könnten, sei nicht begründet. Unverzüglich nach Erhalt des Zeugnisses mit dem geänderten Vornamen werde sie, die Klägerin, daß „alte“ Zeugnis der Beklagten zurückreichen. 56

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf den mündlich vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze sowie auf die zu den Gerichtsakten gereichten Urkunden Bezug genommen. 57

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e 58

Die aufgrund entsprechender Beschwer statthafte, form- und fristgerecht eingelegte sowie rechtzeitig ordnungsgemäß begründete Berufung des Klägers hat teilweise Erfolg und führt 59

unter Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen zu einer entsprechenden Abänderung des angefochtenen Urteils.

Die Beklagte ist verpflichtet, der Klägerin Zug-um-Zug gegen Rückgabe des seinerzeit mit Datum des 29.07.1998 erteilten Zeugnisses ein neues Zeugnis mit geändertem Namen bzw. mit geändertem Geschlecht, im übrigen aber inhaltlich unverändert zu erteilen. 60

1. Hat der Arbeitgeber bereits ein qualifiziertes Zeugnis erteilt, so ist der Anspruch aus § 630 Satz 2 BGB, § 113 Abs. 2 GewO bzw. § 73 Satz 2 HGB erfüllt. Entspricht das einem Arbeitnehmer erteilte Zeugnis nicht der vorgeschriebenen Form, ist es inhaltlich unrichtig oder hat der Arbeitgeber bei der Bewertung von Führung und Leistung seinen Beurteilungsspielraum überschritten, kann der Mitarbeiter verlangen, daß das Zeugnis nachträglich abgeändert wird. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung soll der Arbeitnehmer damit den ursprünglichen Erfüllungsanspruch geltend machen, weil der Arbeitgeber mit dem unzutreffenden Zeugnis seine Pflicht zur Erteilung eines formgerechten, wahrheitsgemäßen und wohlwollenden Zeugnisses nicht nachgekommen sei (*BAG* vom 23.06.1960, AP Nr. 1 zu § 73 HGB [*A. Hueck*] = AR-Blattei „Zeugnis: Entsch. 3“; *BAG* vom 23.02.1983, AP Nr. 10 zu § 70 BAT = EzA § 70 BAT Nr. 15; *BAG* vom 17.02.1988, AP Nr. 17 zu § 630 BGB [*van Venrooy*] = AR-Blattei ES 1850 Nr. 27 = D-Blatt „Zeugnis: Entsch. 27“ = EzA § 630 BGB Nr. 12 = NZA 1988, 427 = SAE 1989, 59 [*M. Wolff*]). Ob diese Ansicht zutreffend ist oder ob Anspruchsgrundlage für die Zeugnisberichtigung die allgemeine Fürsorgepflicht ist (so RGRK-*Eisemann,* § 630 BGB Rz. 77; zust. *LAG Hamm* vom 13.02.1992, LAGE § 630 BGB Nr. 16; *LAG Hamm* vom 01.12. 1994, LAGE § 630 BGB Nr. 28 = EzBAT § 61 BAT Nr. 25), kann vorliegend dahingestellt bleiben. 61

2. Von den Fällen der (inhaltlichen) Zeugnisberichtigung sind die Fälle zu unterscheiden, in denen der Arbeitnehmer die Neuausstellung eines (inhaltlich richtigen und nicht beanstandeten) Zeugnisses begehrt. Trägt das Originalzeugnis des Arbeitnehmers den Eingangsstempel einer Gewerkschaft oder eines Rechtsanwaltes, so ist der Arbeitgeber kraft seiner nachvertraglichen Fürsorgepflicht verpflichtet, auf Kosten des Arbeitnehmers ein neues Zeugnis zu erteilen (*LAG Hamm* vom 15.07.1986, LAGE § 630 BGB Nr. 5). Gleiches gilt in anderen Fällen, in denen das Zeugnis beschädigt worden oder verloren gegangen ist. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Beschädigung oder der Verlust des Originalzeugnisses von dem Arbeitnehmer zu vertreten ist. Entscheidend ist vielmehr allein die Frage, ob dem früheren Arbeitgeber die Ersatzausstellung des Zeugnisses noch zugemutet werden, insbesondere ob er anhand (noch) vorhandener Personalunterlagen ohne großen Arbeitsaufwand das Zeugnis neu schreiben lassen kann (*LAG Hamm* vom 15.07.1986, a.a.O., m.w.N.). Bei der erforderlichen Abwägung des Interesses der Beklagten an der Abgeschlossenheit des Vorgangs einerseits und des Arbeitnehmers auf Vollständigkeit seiner Arbeitspapiere ist zu berücksichtigen, daß dem Arbeitnehmer durch das Fehlen eines ordnungsgemäßen Zeugnisses erhebliche Nachteile auf den Arbeitsmarkt entstehen können, während der frühere Arbeitgeber und nur er, ohne nennenswerte Schwierigkeiten in der Lage ist, diese Nachteile abzuwenden. In einem solchen Falle wäre es grob unbillig, dem Arbeitnehmer den Anspruch auf Erteilung einer Ersatzausfertigung des Zeugnisses zu verweigern (*LAG Hamm* vom 15.07.1986, a.a.O.). 62

3. Das Klagebegehren im vorliegenden Rechtsstreit ist keiner dieser beiden Fallgruppen zuzuordnen. Die Parteien streiten nämlich um die Frage, ob die Be-klagte der Klägerin eine Abschrift eines Arbeitszeugnisses mit dem geänderten Namen bzw. dem geänderten Geschlecht der Klägerin und der Maßgabe, daß am Ende dieser Abschrift die inhaltliche Übereinstimmung mit dem Arbeitszeugnis hinsichtlich Führung und Leistung der Klägerin 63

bestätigt wird, zu erteilen hat oder nicht.

3.1. Das Arbeitsgericht hat die Auffassung vertreten, der Anspruch der Klägerin auf Erteilung einer solchen Abschrift folge aus der nachvertraglichen Fürsorgepflicht der Beklagten. Deren Umfang ergäbe sich aus § 242 BGB i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG und § 5 TSG. Der Beklagten als Arbeitgeberin komme auch nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 242 BGB die arbeitsvertragliche Nebenpflicht zu, sich so zu verhalten, daß die Klägerin in ihren Rechtsgütern nicht verletzt werde. Zu diesen Rechtsgütern gehöre auch das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit, das auf diese Weise durch verfassungskonforme Auslegung und Bestimmung des in § 242 BGB ver-wandte unbestimmten Rechtsbegriffs von Treu und Glauben Wirkung auch im Privatrecht entfalte. Das Recht der Klägerin auf freie Entfaltung ihrer Persönlichkeit als berufstätige Frau laufe Gefahr, beeinträchtigt zu werden, wenn sie gehalten sei, bei einer Stellensuche auf dem Arbeitsmarkt das Zeugnis der Beklagten vom 29.07.1988, welches auf ihren ehemaligen, männlichen Vornamen laute und eine entsprechende Geschlechtsangabe enthalte, vorzulegen, also über keine andere von der Beklagten autorisierte Unterlage über ihre Führung und Leistung während des Arbeitsverhältnisses bei der Beklagten verfüge, um eine lückenlose und erfolgreiche Berufslaufbahn zu dokumentieren. 64

3.2. Der Entscheidung ist hinsichtlich der Anspruchsbegründung zu folgen. Das Transsexuellengesetz geht davon aus, daß dem Transsexuellen bei seiner Geschlechtsidentifizierung im sozialen Leben in zwei Stufen geholfen werden soll (vgl. BT-Drs. 8/2947, S. 11, 12). Das Gesetz sieht insofern eine sogenannte „kleine“ und eine „große“ Lösung vor (Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 8. Wahlperiode, S. 13169, 13170). Nach der ersteren werden nur die Vornamen eines volljährigen Transsexuellen geändert. Von dem Antragsteller wird dabei nicht verlangt, sich einer geschlechtsverändernden Operation unterzogen zu haben. Der Transsexuelle erhält damit die Möglichkeit, in der Rolle des anderen Geschlechts aufzutreten, ohne zu unveränderbaren Entscheidungen gedrängt zu werden. Demgemäß bestimmt § 1 Abs. 1 TSG, daß die Vornamen einer Person, die sich auf Grund ihrer transsexuellen Prägung nicht mehr dem in ihrem Geburtseintrag angegebenen, sondern dem anderen Geschlecht als zugehörig empfindet und seit mindestens drei Jahren unter dem Zwang steht, ihren Vorstellungen entsprechend zu leben, auf ihren Antrag vom Gericht zu ändern sind, wenn 65

– sie Deutscher im Sinne des Grundgesetzes ist oder wenn sie als Staatenloser oder heimatloser Ausländer ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder als Asylberechtigter oder ausländischer Flüchtling ihren Wohnsitz im Geltungsbereich dieses Gesetzes hat, 66

– mit hoher Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist, daß sich ihr Zugehörigkeitsempfinden zum anderen Geschlecht nicht mehr ändern wird, und 67

– sie mindestens fünfundzwanzig Jahre alt ist. 68

Daß die zuletzt genannte Einschränkung des § 1 Abs. 1 Nr. 3 TSG wegen der Beschränkung auf die Vollendung des 25. Lebensjahres mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar und daher nichtig ist (vgl. *BVerfG* vom 26.01.1992, EuGRZ 1993, 100 = FuR 1993, 153 [*Niemeyer*] = NJ 1993, 286 = NJW 1993, 1517 = RuP 1993, 77 [*Volckart*]). Art. 2 Abs. 1 GG schützt in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG die engere persönliche Lebenssphäre, insbesondere auch den Intim- und Sexualbereich (vgl. *BVerfG* vom 26.01.1992, a.a.O., m.w.N.), und gewährlei-stet das Recht des Einzelnen, grundsätzlich selbst zu bestimmen, aus wel-chem Anlaß und in welchen Grenzen er persönliche Lebenssachverhalte offen-bart (vgl. *BVerfG* vom 26.01.1992, a.a.O., m.w.N.). Dem Schutz dieser Rechtsgüter dient das 69

Transsexuellengesetz. Die kleine Lösung soll der beson-deren Situation Transsexueller schon vor einer geschlechtsanpassenden Operation oder bei Verzicht auf operative Eingriffe Rechnung tragen und es ihnen ermöglichen, in der ihrem Empfinden entsprechenden Geschlechtsrolle zu leben, ohne sich im Alltag Dritten und Behörden gegenüber offenbaren zu müssen (*BVerfG* vom 26.01.1992, a.a.O.). Die mit der sog. kleinen Lösung verbundene Erwartung, daß eine erleichterte Vornamensänderung dazu beitragen könnte, die Situation Transsexueller schon vor einer Operation wesentlich zu verbessern und den Entscheidungsspielraum der behandelnden Ärzte wie auch des Transsexuellen selbst zu erweitern, scheint sich bestätigt zu haben (vgl. *Cabanis*, in: Festschrift für Horst Leithoff, 1985, S. 487, 491; *Pfäfflin*, StAZ 1986, 199, 201 f.). Von einer positiven Wertung ist offenbar auch der Gesetzgeber ausgegangen, als er die kleine Lösung bei der Neufassung des Paßgesetzes im Jahre 1986 noch einmal bestätigt hat. Nach § 4 Abs. 1 Satz 3 PaßG enthält der vorläufige Paß abweichend von § 4 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 PaßG keine Angabe über das Geschlecht; damit soll die Situation Transsexueller, die bereits eine Vornamensänderung erreicht haben, bei denen jedoch das personen-standsrechtliche Feststellungsverfahren nach § 8 TSG noch nicht durchgeführt ist, erleichtert werden (vgl. BT-Drs. 10/5128, S. 5).

3.3. Die Klägerin gilt biologisch noch als Mann (§ 10 TSG), während sie sich durch ihr Klagebegehren unstreitig als Frau ausgibt. Dies erscheint jedoch im Hinblick auf Sinn und Zweck des Transsexuellengesetzes, insbesondere § 5 TSG gerechtfertigt. Auf Antrag der Klägerin ist durch rechtskräftigen Beschluß des Amtsgerichts Dortmund vom 13.05.1997 ihr bisheriger männlicher Vorname auf der Grundlage des Transsexuellengesetzes in J..... geändert, vorerst also die sogenannte „kleine Lösung“ verwirklicht worden. Deren Sinn ist es, dem Transsexuellen die Möglichkeit zu eröffnen, auch schon vor der irreversiblen „großen Lösung“ frühzeitig in der Rolle des anderen Geschlechts aufzutreten (BT-Drs. 8/2947, S. 12 zu 2.5). Dies ist in den Beratungen des Gesetzesentwurfs u.a. damit begründet worden (vgl. Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 8. Wahlperiode, S. 13169 und S. 13173), der betroffene Personenkreis habe 70

– bei der Wohnungssuche, 71

– bei Arbeitsplatzsuche, 72

– beim Abschluß von Verträgen, 73

– beim Grenzübertritt und 74

– bei sonstigen Behördenkontakten 75

unsagbare Schwierigkeiten. Es gehe um ein Problem des personalen Selbstverständnisses, das sich in der Geschlechtsrolle und in der Geschlechtsidentität manifestierte. Es gelte, dem Unverständnis und der Unwissenheit bei Mitbürgern zu begegnen, wenn sie als sogenannte Normale diese Menschen als sexuell abartig ansähen, wozu die öffentliche Berichterstattung mit entsprechender Bebilderung und Titeln beitrage. Entgegen dem damaligen Votum des Bundesrates (vgl. BT-Drs. 8/2947, Anl. 2, S. 18 ff.) ist die sogenannte „kleine Lösung“ Gesetz geworden. Auch bei der zweiten und dritten Lesung des Gesetzesentwurfs ist gerade zur Unterstützung der sog. „kleinen Lösung“ betont worden (Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 8. Wahlperiode, S. 17736), es gehe um einen Beitrag für die Betroffenen u.a. am juristischen Bereich, nämlich z.B. 76

– beim Arbeitsplatzwechsel, 77

78

– bei der Arbeitsplatzsuche und

– im Sozialbereich, 79

um ihnen die Möglichkeit zu geben, die Identitätsfindung wenigstens zu einem Teil zu erreichen. 80

3.4 Folgerichtig ist in § 5 Abs. 1 TSG bestimmt, daß nach Rechtskraft der Entscheidung, durch welche die Vornamen des Antragstellers geändert werden, die zur Zeit der Entscheidung geführten Vornamen ohne Zustimmung des Antragstellers nicht offenbart oder ausgeforscht werden dürfen, es sei denn, daß besondere Gründe des öffentlichen Interesses dies erfordern oder ein rechtliches Interesse glaubhaft gemacht wird. Wenn die Regelungen des § 5 TSG den Arbeitsplatzwechsel eines transsexuellen Person erleichtern sollen, dann stellen sie zugleich eine Ausprägung des Rechts auf freie Berufswahl i.S.d. Art. 12 Abs. 1 GG. Die Grundrechte sind zwar in erster Linie nur Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat; in den Grundrechtsbestimmungen des Grundgesetzes verkörpert sich aber auch eine objektive Wertordnung, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gilt (so bereits *BVerfG* vom 15.01.1958, MDR 1958, 146 = NJW 1958, 257). Im bürgerlichen Recht entfaltet sich der Rechtsgehalt der Grundrechte mittelbar durch die privatrechtlichen Vorschriften. Er ergreift vor allem Bestimmungen zwingenden Charakters und ist für den Richter besonders realisierbar durch die Generalklauseln (*BVerfG* vom 15.01.1958,. a.a.O.). Privatautonomie besteht nämlich nur im Rahmen der geltenden Gesetze, und diese sind ihrerseits an die Grundrechte gebunden. Das Grundgesetz will keine wertneutrale Ordnung sein, sondern hat in seinem Grundrechtsabschnitt objektive Grundentscheidungen getroffen, die für alle Bereiche des Rechts, also auch für das Zivil? und Arbeitsrecht, gelten (*BVerfG* vom 07.02.1990, AP Nr. 65 zu Art. 12 GG = JZ 1990, 691 [*Wiedemann*] = MDR 1990, 600 = NJW 1990, 1469 = NZA 1990, 389 = ZIP 1990, 573). Keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift darf in Widerspruch zu den Prinzipien stehen, die in den Grundrechten zum Ausdruck kommen. Das gilt vor allem für diejenigen Vorschriften des Privatrechts, die zwingendes Recht enthalten und damit der Privatautonomie Schranken setzen (vgl. *BVerfG* vom 15.01.1958, a.a.O.; *BVerfG* vom 07.02.1990, a.a.O.). Selbst wenn der Gesetzgeber davon absieht, zwingendes Vertragsrecht für bestimmte Lebensbereiche oder für spezielle Vertragsformen zu schaffen, bedeutet das keineswegs, daß die Vertragspraxis dem freien Spiel der Kräfte unbegrenzt ausgesetzt wäre. Vielmehr greifen dann ergänzend solche zivilrechtlichen Generalklauseln ein, die als Übermaßverbote wirken, vor allem die §§ 138, 242, 315 BGB. Gerade bei der Konkretisierung und Anwendung dieser Generalklauseln sind die Grundrechte zu beachten (grundlegend *BVerfG* vom 15.01.1958, a.a.O.). Der entsprechende Schutzauftrag der Verfassung richtet sich hier an den Richter, der den objektiven Grundentscheidungen der Grundrechte in Fällen gestörter Vertragsparität mit den Mitteln des Zivil? oder Arbeitsrechts Geltung zu verschaffen hat und diese Aufgabe auch auf vielfältige Weise wahrnimmt (*BVerfG* vom 07.02.1990, a.a.O., m.w.N.). 81

3.5. Bei Anwendung dieser Grundsätze folgt der Anspruch der Klägerin, ein Arbeitszeugnis auf der Basis des seinerzeit mit Datum des 29.07.1998 erteilten Zeugnisses mit dem geänderten Namen bzw. dem geänderten Geschlecht, im übrigen aber inhaltlich unverändert zu erhalten, aus der nachvertraglichen Fürsorgepflicht der Beklagten. Der Umfang dieses Zeugnisanspruches ergibt sich aus § 242 BGB i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG und § 5 TSG. Das Arbeitsgericht hat zutreffend erkannt, daß in Gesellschaft und Arbeitswelt Transsexuellen häufig mit Vorurteilen begegnet wird und ihnen eine vollzogene Geschlechts und/oder Namensänderung zum Nachteil gereicht. Insofern bedarf dieser Personenkreis unter Rücksicht auf Art. 2 Abs. 1 GG des besonderen, rechtlichen Schutzes auch im Privatrecht. 82

Die Befürchtung von zu erwartenden Diskriminierungen und die daraus folgende erhöhte Schutzbedürftigkeit von Transsexuellen durch die Rechtsordnung spiegeln sich in § 5 TSG wider, demgemäß ohne Zustimmung des Transsexuellen die früher geführten Vornamen nicht offenbart oder angeführt werden dürfen, es sei denn, daß besondere Gründe des öffentlichen Interesses dies erfordern oder ein rechtliches Interesse glaubhaft gemacht wird. Zwar erscheint § 5 TSG für den vorliegenden Fall, in dem die Beklagte nicht eine Offenbarung des ehemaligen Vornamens bzw. des Geschlechts der Klägerin vorzunehmen gedenkt, nicht unmittelbar einschlägig, wie das Arbeitsgericht zutreffend ausgeführt hat. Dem Schutzzweck des Gesetzes und nicht zuletzt dem Art. 2 Abs. 1 GG widerspricht es jedoch, wenn durch die Weigerung eines ehemaligen Arbeitgebers, einem transsexuellen Arbeitnehmer ein für sein Fortkommen wichtiges Dokument über seine Arbeitstätigkeit zu erstellen, der betroffene Arbeitnehmer bei Bewerbungen und ähnlichen Gelegenheiten gehalten sein kann, die Lücke in der. Dokumentation seiner beruflichen Laufbahn durch Vorlage des Originalzeugnisses zu schließen und damit seine Transsexualität selbst zu offenbaren, worauf das Arbeitsgericht zutreffend abhebt. Die Erteilung eines neuen Arbeitszeugnisses mit dem geänderten Namen bzw. Geschlecht gibt der Klägerin demgegenüber die Möglichkeit an die Hand, eine solche Offenbarung zu umgehen. Ob es – wie die Beklagten meint – in Einzelfällen einer Bewerbung empfehlenswerter sein könnte, die Änderung des Namens nicht zu verschweigen, mag dahinstehen, denn solche Überlegungen können im Vorfeld der gerichtlichen Entscheidung ein gut gemeint Rat sein, mehr aber auch nicht.

3.6 Der nach alledem aus § 242 BGB und Art. 2 Abs. 1 GG abzuleitenden Verpflichtung der Beklagten zur Erteilung des Zeugnisses stehen auch nicht berechtigte, im Verhältnis zu den schutzwerten Anliegen der Klägerin gewichtigere Interessen der Beklagten gegenüber. Soweit die Beklagte anführt, daß ein solcher nachträglicher Zeugnisänderungsanspruch nicht auf diejenigen Fälle des Transsexuellengesetzes zu beschränken sei, sondern auch Arbeitnehmer nach einer Ehescheidung oder aufgrund politischer Umstände oder wegen eines furchtbaren Verbrechens einen Zeugnisänderungsanspruch hätten und gelten machen könnten, ohne Namensänderung im Zeugnis in ihrem beruflichen Fortkommen behindert zu werden, liegen diese Fälle möglicherweise – wie die Klägerin meint – auf einer anderen Ebene und sind mit dem hier vorliegenden Sachverhalt nicht zu vergleichen. Nach § 611a Abs. 1 Satz 1 BGB darf der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer bei einer Vereinbarung oder einer Maßnahme, insbesondere bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses, beim beruflichen Aufstieg, bei einer Weisung oder einer Kündigung, nicht wegen seines Geschlechts benachteiligen. Wie aus § 5 TSG insofern zusätzlich zu entnehmen ist, soll die transsexuelle Person hinsichtlich der Vornamensänderung vor einer grundlosen Aufdeckung der von ihr vorher geführten Vornamen geschützt werden (BT-Drs. 8/2947, S. 14). Dem dürfte es widersprechen, wenn die Klägerin wegen Verweigerung eines Zeugnisses mit dem geänderten Namen bzw. dem geänderten Geschlecht durch die Beklagte bei Bewerbungen – zumindest ungefragt und ohne nähere Kenntnis, daß eine vollständige weibliche Identität unabdingbare Voraussetzung für eine Einstellung sei – ihre „vergangene“ Identität offenlegen müßte. Da die Tendenz der Klägerin, ihren seelischen Zustand mit ihrem äußeren Erscheinungsbild in Einklang zu bringen, durch das Transsexuellengesetz unterstützt wird, schlägt bspw. eine Anfechtung wegen Täuschungsabsicht und Arglist gemäß § 123 Abs. 1 BGB fehl (*BAG* vom 21.02. 1991, AP Nr. 35 § 123 BGB [*Behlert*] = EzA BGB § 123 Nr. 35 = NZA 1991, 719). Mittelbar würde die Klägerin jedoch gezwungen sein, ihre „vergangene“ Identität offenlegen, wenn die Beklagte ihr das Zeugnis mit dem geänderten Namen bzw. dem geänderten Geschlecht verweigern dürfte. Durch eine solche „Maßnahme“ würde die Klägerin wegen ihres Geschlechts benachteiligt i.S.d. § 611a Abs. 1 Satz 1 BGB und damit mittelbar diskriminiert. 83

3.7 Soweit die Beklagte meint, auch ihr müsse das Recht zugestanden werden, nach mehreren Jahren ein Arbeitsverhältnis als endgültig abgewickelt ansehen zu können, steht dem der von der Klägerin geltend gemachte Zeugnisanspruch nicht entgegen. Insbesondere drängt sich dem Leser des erstinstanzlichen Urteils bei dem festgestellten Sachverhalt nicht der Verwirkungsgedanke auf. Mit Beschluß des Amtsgerichts Dortmund vom 13.05.1997 hat die Klägerin ihren bisherigen männlichen Vornamen ändern lassen; sie führt seitdem den weiblichen Vornamen J..... Nach erfolglosen Bemühungen um eine entsprechende Berichtigung des Arbeitszeugnisses vom 29.07.1988 erhob die Klägerin mit Klageschrift vom 09.09.1997 (3 Ca 2872/97) vor dem Arbeitsgericht Gelsenkirchen Klage gegen die Beklagte und verlangte die Neuausstellung des Zeugnisses unter Berücksichtigung ihres geänderten Vornamens und ihres weiblichen Geschlechts. Zwar hat die Klägerin damit erstmalig neun Jahre nach ihrem Ausscheiden bei der Beklagten die Erstellung eines neuen Zeugnisses mit dem geänderten Namen bzw. dem geänderten Geschlecht verlangt; sie hat sich aber innerhalb der von der Rechtsprechung (*BAG* vom 17.02.1988, AP Nr. 17 zu § 630 BGB [*van Venrooy*] = EzA § 630 BGB Nr. 12 = NZA 1988, 427 = SAE 1989, 59 [*M. Wolf*]; *LAG Hamm* vom 16.03.1989, EzBAT § 61 BAT Nr. 13; *LAG Saarland* vom 28.02.1990, LAGE § 630 BGB Nr. 9; *LAG Düsseldorf* vom 11.11.1994, DB 1995, 2235) für die erstmalige Zeugniserteilung aufgestellten zeitlichen Grenzen der Verwirkung von zehn Monaten um Neuerteilung ihres Arbeitszeugnisses bemüht. Abgesehen davon, daß die erstmalige Erteilung des Zeugnisses für den Arbeitgeber nicht schon unzumutbar ist, wenn es für ihn ärgerlich ist, nach langer Zeit ein Zeugnis auszustellen, sondern erst dann, wenn eine verantwortliche Beurteilung nicht mehr möglich ist, weil die Vorgesetzten, die allein eine Beurteilung abgeben könnten, nicht mehr im Betrieb oder Unternehmen beschäftigt sind, geht es vorliegend nicht um eine erstmalige Erteilung eines qualifizierten Zeugnisses, sondern lediglich um eine inhaltlich unveränderte Neuausstellung des vormals erteilten Zeugnisses mit lediglich geänderten Namen bzw. geänderten Geschlecht. Die Berufung auf die Einrede der Verwirkung ist dem Arbeitgeber nicht nur dann versagt, wenn in einem Betrieb Personalakten geführt werden und er auf zeugnisspezifische Angaben zurückgreifen kann (*LAG Hamm* vom 21.12.1993 – 4 Sa 1077/93, n.v.), sondern auch solange, wie er verpflichtet ist, Lohnunterlagen aus steuerlichen Gründen aufzubewahren und/oder Personalakten tatsächlich aufbewahrt (*LAG Hamm* vom 27.02.1997 – 4 Sa 1691/96, n.v.). Selbst dann, wenn die Personalakte der transsexuellen Person infolge Zeitablaufs vernichtet sein sollten, kann ihr der Arbeitgeber die Neuerteilung eines Arbeitszeugnisses Zeugnisses mit lediglich geänderten Namen bzw. geänderten Geschlecht nicht verweigern, weil das ursprünglich erteilte Zeugnis zurückzugeben ist, es mithin also nur hinsichtlich des geänderten Geschlechts und des geänderten Namens der transsexuellen Person und der sich daraus ergebenden grammatikalischen und rechtschreibmäßigen Abänderungen „umformulieren“ muß. 84

3.8 Soweit die Beklagte meint, das im Jahre 1988 erstellte Zeugnis habe den damaligen Gegebenheiten entsprochen und seine damalige Unrichtigkeit sei bislang nicht behauptet worden, verkennt sie, daß es vorliegend nicht um eine inhaltliche Berichtigung des Zeugnisses vom 29.07.1988 geht. Auch ihre weitere Einlassung, daß die relativ kurzen Ausschlußfristen zeigten, es solle dem Arbeitgeber möglich sein, beendete Arbeitsverhältnisse innerhalb einer zumutbaren Frist als abgewickelt ansehen zu können, so daß sie neun Jahre nach dem Ausscheiden der Klägerin nicht mehr verpflichtet werden könne, „erneut ein Arbeitszeugnis zu gestalten“, zeigt, daß die Beklagte fälschlicherweise davon ausgeht, sie müsse die Klägerin „neu beurteilen“. Es geht vorliegend gerade nicht um eine inhaltliche (Neu?)Gestaltung eines Zeugnisses, sondern um eine bloße Abschreibarbeit mit lediglich geänderten Namen bzw. geänderten Geschlecht der Klägerin und der sich daraus ergebenden grammatikalischen und rechtschreibmäßigen „Umformulierungen“. Soweit die Beklagte meint, das Arbeitsgericht habe ihre Interessen im Hinblick auf die 85

Abgeschlossenheit des Vorgangs nicht gewürdigt, denn sie müßte als Arbeitgeberin nur für einen unüberschaubaren Zeitraum damit rechnen, Änderungswünschen früherer Arbeitnehmer nachgehen zu müssen, und diese Ungewißheit sowie der daraus resultierende Aufwand sei ihr nicht zuzumuten, zumal die Umstände, die zu den Änderungswünschen führten, ausschließlich in der Sphäre der Klägerin angesiedelt seien, übersieht sie abermals, daß es vorliegend gerade nicht um inhaltliche „Änderungswünsche“ der Klägerin geht. Den aus der Abschreibarbeit mit lediglich geänderten Namen bzw. geänderten Geschlecht der Klägerin und der sich daraus ergebenden grammatikalischen und rechtschreibmäßigen Umformulierungen resultierenden „Aufwand“ muß die Klägerin der Beklagten ersetzen. Ebenso wie der Arbeitgeber kraft seiner nachvertraglichen Fürsorgepflicht verpflichtet, in Fällen, in denen das Zeugnis beschädigt worden oder verloren gegangen ist, lediglich auf Kosten des Arbeitnehmers ein neues Zeugnis zu erteilen (*LAG Hamm* vom 15.07.1986, a.a.O.), braucht er in Fällen, in denen er für eine vormals bei ihr beschäftigte transsexuelle Person ein Arbeitszeugnis mit dem geänderten Namen bzw. dem geänderten Geschlecht soll, dies auch nur auf deren Kosten tun.

3.9. Der Antrag der Klägerin, die Beklagte zu verurteilen, ihr eine Abschrift statt Urschrift des Zeugnisses vom 29.07.1988 mit dem geänderten Namen bzw. dem geänderten Geschlecht und der Maßgabe, daß am Ende dieser Abschrift die inhaltliche Übereinstimmung mit dem Zeugnis vom 29.07.1988 hinsichtlich Führung und Leistung bestätigt wird, zu erteilen, ist allerdings – worauf die Beklagte zutreffend hinweist – unzulässig, die Erteilung einer solchen Abschrift würde bewirken, daß für ein und dieselbe Tätigkeit der Klägerin zwei inhaltlich unterschiedliche Zeugnisse im Umlauf wären, welche die Klägerin wahlweise benutzen könnte. Da über einen Arbeitnehmer nur eine Beurteilung existieren darf (*LAG Frankfurt* vom 23.01.1968, AP Nr. 5 zu § 630 BGB), ist der Arbeitgeber nur verpflichtet, Zug-um-Zug gegen Rückgabe des beanstandeten Zeugnisses ein neues Zeugnis zu erteilen (*Etzel,* GK-HGB § 73 Rz. 23; *Fuhr/Stahlhacke/Bleistein,* § 113 GewO Anm. I 3 b; *LAG Hamm* vom 13.02.1992, LAGE § 630 BGB Nr. 16, m.w.N.; *LAG Hamm* vom 21.12.1993, AR-Blattei ES 1850 Nr. 36 [*Grimm*]; *LAG Hamm* vom 01.12.1994, a.a.O.). Dies hat der Arbeitnehmer – sofern er das Zeugnis nicht bereits vorher zurückgegeben hat – auch so zu beantragen, damit in der Zwangsvollstreckung sichergestellt werden kann, daß letztlich nur ein Zeugnis über ihn existent bleibt. Der Auffassung des Arbeitsgerichts, die Beurteilung und Einschätzung, ob die Klägerin als Bestandteil von Bewerbungsunterlagen das Ursprungszeugnis oder die geänderte Abschrift vorlege, obliege ihr selbst und nicht der Beklagten, wie sich mittelbar ebenfalls aus § 5 TSG (nämlich aus dem dort niedergelegten Zustimmungserfordernis der Klägerin bei Offenbarung ihres ehemaligen Vornamens) entnehmen lasse, vermag das Berufungsgericht nicht zu folgen. Auch wenn es Sinn und Zweck der sog. kleinen Lösung des § 5 TSG sein soll, der transsexuellen Person die Möglichkeit zu eröffnen, auch schon vor der irreversiblen „großen Lösung“ des § 10 TSG frühzeitig in der Rolle des anderen Geschlechts aufzutreten, muß die transsexuelle Person jedenfalls dann, wenn sie sich in einem Alter über dem 25. Lebensjahr befindet, entscheiden vor Erhebung einer entsprechenden Zeugnisklage, ob sie den einmal beschrittenen Weg weiter gehen oder zur ursprünglichen Geschlecht zurückkehren will. Eine Verurteilung der Beklagten, der Klägerin eine Abschrift des Zeugnisses vom 29.07.1988 mit dem geänderten Namen bzw. geänderten Geschlecht der Klägerin und der Maßgabe, daß am Ende dieser Abschrift die inhaltliche Übereinstimmung mit dem Zeugnis vom 29.07.1988 hinsichtlich Führung und Leistung bestätigt wird, zu erteilen, führt letztlich nur zu unnötigen Rückfragen bei der Beklagten, warum das Zeugnis mit der gewünschten Bestätigung erteilt worden ist. Da die Beklagte wegen § 5 TSG gehalten ist, die Geschlechtsumwandlung der Klägerin nicht ohne deren Zustimmung zu offenbaren, kann die Klägerin nur solche Maßnahmen durchsetzen, die dieses Ziel nicht gefährden und deren Einhaltung bzw. Überwachung der

86

Beklagten organisatorisch zuzumuten sind. Bei Rückgabe des ursprünglichen Zeugnisses Zug-um-Zug gegen Aushändigung eines Arbeitszeugnisses mit dem geänderten Namen bzw. dem geänderten Geschlecht der Klägerin braucht die Beklagte keine Rückfragen zu befürchten.

4. Nach alledem hatte die Berufung nur in dem aus dem Urteilstenor ersichtlichen Umfange Erfolg und war im übrigen zurückzuweisen. 87

4.1. Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO. Die in der Zug-um-Zug-Verurteilung liegende Einschränkung des Klagebegehrens war als hälftiges Unterliegen anzusehen. 88

4.2. Der Wert des Streitgegenstandes war nach §§ 25 Abs. 1 GKG, 9 BRAGO i.V.m. §§ 3 ff. ZPO auf einen Monatsverdienst der Klägerin festzusetzen. Der Streitwertbeschluß hat mit der Urteilsformel verbunden werden können. 89

4.3. Die Revision war gemäß § 72 Abs. 1 zuzulassen. 90

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE