

10 Sa 611/15
38 Ca 4192/14
(ArbG München)

Verkündet am: 18.11.2015

Birkhold
Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle



Landesarbeitsgericht München

Im Namen des Volkes

URTEIL

In dem Rechtsstreit

Firma A.
A-Straße, A-Stadt

- Klägerin und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte/r:

A.
A-Straße, A-Stadt

gegen

C.
C-Straße, A-Stadt

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte/r:

Rechtsanwälte D.
D-Straße, A-Stadt

hat die 10. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 4. November 2015 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Dr. Dick und die ehrenamtlichen Richter Senninger und Ketterle

für Recht erkannt:

- 1. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Arbeitsgerichts München vom 20.05.2015 – 38 Ca 4192/14 – wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.**
- 2. Die Revision wird nicht zugelassen.**

Tatbestand:

Die Parteien streiten um einen Schadenersatzanspruch wegen nicht erfolgter Herausgabe eines PKWs.

Die Beklagte war bei der Klägerin seit September 2008 bis Oktober 2013 mit einer Unterbrechung im Jahr 2009/2010 als Rechtsanwältin mit einer monatlichen Bruttovergütung in Höhe von € xxxx beschäftigt. Sie bekam einen Firmen-PKW der Marke BMW X1 überlassen. In einem zwischen den Parteien geführten Rechtsstreit einigten sie sich am 20.09.2013 unter anderem auf die einvernehmliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 31.10.2013. Darüber hinaus trafen die Parteien vergleichsweise die folgenden Regelungen:

„...“

3. *Die Verfügungsbeklagte ist berechtigt den ihr überlassenen Firmen-PKW der Marke BMW X1 mit dem amtlichen Kennzeichen xxxxxx bis zum 31.10.2013 zu nutzen.*
4. *Die Verfügungsbeklagte verpflichtet sich, das in Ziffer 3.) genannte Kraftfahrzeug am 31.10.2013 an die Verfügungsklägerin herauszugeben.*
- ...
7. *Es besteht Einigkeit, dass die Erfüllung der Herausgabeansprüche gemäß Ziffer 3.) und 4.) Zug um Zug gegen Erfüllung der Zahlungsansprüche gemäß Ziffer 6.) und Übergabe des Zeugnisses gemäß Ziffer 10.) erfolgen wird.*
- ...
10. *Die Verfügungsklägerin verpflichtet sich, der Verfügungsbeklagten ein wohlwollendes, qualifiziertes Arbeitszeugnis auszustellen und zu übersenden, das sich auf die Leistung und das Verhalten im Arbeitsverhältnis erstreckt. Es besteht Einigkeit, dass die Leistungsbewertung mit der Gesamtnote „sehr gut“, die Verhaltensbewertung gegenüber den Mandanten mit der Gesamtnote „sehr gut“ und Verhaltensbewertung im Übrigen mit der Gesamtnote mindestens „gut“ erfolgen wird. Die Verfügungsbeklagte ist berechtigt, der Verfügungsklägerin einen Zeugnisentwurf bis zum 15.10.2013 vorzulegen, von dem die Verfügungsklägerin nur aus rechtlichen Gründen im Sinne des § 109 GewO abweichen darf.“*

Wegen des weiteren Wortlauts des Vergleichs wird auf die Anlage K1 (Bl. 12 ff. d.A.) verwiesen.

Mit einem auf den 16.10.2013 datierten Schreiben, das die Klägerin am Morgen des 16.10.2013 in ihrem Kanzleibriefkasten vorfand, legte die Beklagte einen Zeugnisentwurf vor. Wegen des Wortlauts des Zeugnisentwurf wird auf die Anlage K2 (Bl. 17 ff. d.A.) verwiesen.

Am 16.10.2013 um 1.13 Uhr übermittelte die Beklagte an die Klägerin eine Email mit Auszugsweise folgendem Wortlaut:

„Lieber F.,

anbei der Entwurf des Arbeitszeugnisses, der Dir gestern Abend als Ausdruck in den Briefkasten geworfen wurde, nochmals als Word-Version zur leichteren Weiterbearbeitung. ...“

Am selben Tag um 1.39 Uhr schrieb die Beklagte unter dem Betreff „Word-Version des Zeugnis-Entwurfes (hier der richtige Anhang ohne Misspellings)“ eine weitere Email mit auszugsweise folgendem Wortlaut:

„Lieber F.,

anbei der richtige Anhang. Bitte diese Version verwenden. Die alte Version enthielt 4 Tippfehler, die längst behoben waren. Sie entspricht auch dem Entwurf, der gestern Abend in den Kanzlei-Briefkasten geworfen wurde. ...“

Mit Email vom 21.10.2013 gerichtet an den damaligen Bevollmächtigten der Beklagten antwortete die Klägerin:

„Sehr geehrter Herr Kollege H.,

zunächst zum Zeugnis:

Die beiden in den nachstehenden Emails erwähnten Zeugnisentwürfe ihrer Mandantin haben und am 15. und am 16.10.2013 erreicht.

Maßgeblich wäre – dies sollte zunächst der Klarheit halber festgehalten werden – damit der erste Entwurf vom 15.10.2013.

Wir werden gleichwohl dem Wunsch entsprechen, und den zweite Entwurf unserem Zeugnis zugrunde legen, dies jedoch ausdrücklich ohne Anerkennung einer Rechtspflicht.

Wir müssen noch anmerken, dass die Formulierung betreffend das persönliche Verhalten gegenüber Vorgesetzten und Mitarbeitern nicht dem Vergleich vom 20.09.2013 (Ziffer 10) entspricht. Wir werden wie vereinbart eine gute Bewertung bezeugen:

„Das Verhalten von Frau C. gegenüber Vorgesetzten und Mitarbeitern war stets einwandfrei, weshalb sie von ihnen geschätzt wurde.“

Eine Dankes-, Wunsch- und Bedauernsformel ist im Vergleich nicht vereinbart. Wir werden insoweit vom Entwurf abweichen, da eine solche Schlussformel nicht Teil des Zeugnisanpruchs nach § 109 GewO ist. Wir werden entsprechend der Rechtsprechung (BAG, AZR 227/11) hierzu als Schlusssatz formulieren: „Wir wünschen Ihr für die Zukunft alles Gute.“

Wegen des weiteren Wortlauts der oben erwähnten Emails wird auf die Anlage B4 (Bl. 158 ff. d.A.) verwiesen.

Die Klägerin übermittelte eine weitere Email am 31.10.2013 um 11.09 Uhr an den Bevollmächtigten der Beklagten mit auszugsweise folgendem Wortlaut:

„Sehr geehrter Herr Kollege H.,

*zum Zeichen, dass wir selbstverständlich an einer reibungslösen Abwicklung des Vergleichs im Termin heute um 14.00 Uhr interessiert sind, senden wir Ihnen vorab die vorbereiteten Unterlagen
(Zeugnis, Schreiben an Finanzamt nebst der beiden Schecks für Frau C. und das FA und die Quittung zur Bestätigung des Erhalts des Schecks), die heute übergeben werden sollen. ...“*

Zum weiteren Wortlaut der Email samt des angehängten Zeugnisentwurfs wird auf Anlage B1 (Bl. 90 ff. d.A.) verwiesen.

Der Bevollmächtigte der Beklagten antwortete hierauf mit Email vom 31.10.2013 um 17.10 Uhr:

„Sehr geehrter Herr Kollege W.,

ich habe mit meiner Mandantin telefoniert. Die rechtliche Situation stellt sich aktuell wie folgt dar:

Das von Ihnen vorbereitete Zeugnis entspricht nicht der Ziffer 10 des Vergleichstextes, weil insbesondere die von Frau C. vorgeschlagene Schlussformel ersatzlos gestrichen wurde. Weder § 109 GewO noch das von Ihnen zitierte BAG-Urteil geben jedoch die Streichung

einer vom Arbeitnehmer – der zu Einreichung eines Zeugnisvorschlages berechtigt war – vorformulierten Schlussformel her. Das BAG regelt nur den umgekehrten Fall eines vom Arbeitgeber erstellten Zeugnisses ohne vereinbarte Arbeitnehmervorlage und betrifft daher eine ganz andere Situation.

Da aber nach Ziffer 7 des Vergleiches eine Zug-um-Zug-Leistung vereinbart war (Herausgabe des KFZ und Blackberry nur gegen Zahlung und Übergabe eines Zeugnisses, das Ziffer 10 des Vergleiches entspricht), besteht hinsichtlich der Rückgabe des KFZ ein Zurückbehaltungsrecht, solange nicht ein nach Ziffer 10 ordnungsgemäßes Zeugnis vorliegt.

Sobald Sie das geänderte Zeugnis vorlegen und damit die im Vergleich vereinbarte Leistung angeboten wird, besteht selbstverständlich unverzüglich Bereitschaft zur Erbringung der Gegenleistung Zug-um-Zug. Diesseits war dafür alles vorbereitet. ...“

Mit Beschluss vom 16.01.2014 wies das Arbeitsgericht München im Verfahren 15 Ga 135/13 einen Antrag der hiesigen Beklagten auf Vollstreckung ihres Zeugnisanspruchs gemäß § 888 Abs. 1 ZPO mit der Begründung zurück, dass der Verzug der hiesigen Klägerin mit der Entgegennahme des zu übergebenden Dienst-Fahrzeugs nicht durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen sei und daher die Voraussetzungen gemäß § 756 ZPO fehlen. Wegen des Wortlauts des Beschlusses wird auf die Anlage K3 (Bl. 22 ff. d.A.) verwiesen.

Der Vollstreckungsversuch der Klägerin vom 21.01.2014 bezüglich des PKWs scheiterte. Die Beklagte hat schließlich am 05.03.2015 den PKW an die Klägerin herausgegeben.

Die Klägerin ist der Auffassung, dass sie der Beklagten am 31.10.2013 die Erfüllung der klägerischen Verpflichtungen aus dem Vergleich vom 20.09.2013 wirksam angeboten habe. Dadurch, dass die Beklagte zu diesem Termin nicht erschienen sei, sei die Beklagte in Annahmeverzug geraten, was die Verpflichtung zur Herausgabe des PKW auch ohne die Gegenleistung bekommen zu haben auslöse. Insbesondere das Zeugnis sei ordnungsgemäß, weil sie nicht verpflichtet gewesen sei, den von der Beklagten übermittelten Entwurf zu übernehmen. Zum einen bestreite sie, dass ihr der Entwurf rechtzeitig zugegangen sei mit Nichtwissen. Jedenfalls zu den regelmäßigen Kanzleizeiten, die um 19.00 Uhr ende, sei das Schreiben nicht eingegangen gewesen. Das sei entscheidend. Sie ha-

be erst am Morgen des 16.10.2013 den Zeugnisentwurf im Kanzlei-Briefkasten vorgefunden. Sie sei weder nach § 109 GewO noch aufgrund des Vergleichs verpflichtet, die von der Beklagten übermittelte Schlussformulierung zu übernehmen. Außerdem gehe der Entwurf der Beklagten in der Verhaltensbeurteilung über die Verpflichtung aus dem Vergleich hinaus. Die Beklagte sei deshalb verpflichtet, Nutzungsausfallentschädigung nach näherer Berechnung zu bezahlen, zumindest sei die Beklagte verpflichtet, die Kosten zu übernehmen, die die Klägerin während der Zeit für den PKW zu tragen hatte.

Die Klägerin beantragte erstinstanzlich:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag von € 31.850,00 nebst 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus
€ 1.950,00 seit 14.02.2014,
€ 2.015,00 seit 14.03.2014,
€ 2.015,00 seit 16.04.2014,
€ 1.820,00 seit 16.04.2014,
€ 2.015,00 seit 16.04.2014,
€ 1.950,00 seit Rechtshängigkeit,
€ 2.015,00 seit Rechtshängigkeit,
€ 1.950,00 seit Rechtshängigkeit,
€ 2.015,00 seit Rechtshängigkeit,
€ 2.015,00 seit Rechtshängigkeit,
€ 1.950,00 seit Rechtshängigkeit,
€ 2.015,00 seit Rechtshängigkeit,
€ 1.950,00 seit Rechtshängigkeit,
€ 2.015,00 seit Rechtshängigkeit,
€ 1.950,00 seit Rechtshängigkeit,
€ 2.015,00 seit Rechtshängigkeit,
€ 2.015,00 seit Rechtshängigkeit,
€ 1.820,00 seit Rechtshängigkeit,
€ 325,00 seit Rechtshängigkeit.
2. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme der von der Klägerin gemäß Ziffer 6 und Ziffer 10 des Vergleichs des Arbeitsgerichts

München, Az. 15 Ga 135/13 vom 20.09.2013 geschuldeten Gegenleistung in Verzug befindet.

Die Beklagte beantragte,

Klageabweisung.

Die Beklagte ist der Auffassung, dass die Klägerin ihrer Verpflichtung aus dem Vergleich vom 20.09.2013 nicht nachgekommen sei. Sie habe der Beklagten kein Zeugnis angeboten, das der Verpflichtung aus dem Vergleich entspreche. Das übermittelte Zeugnis übernehme nicht vollständig den Entwurf der Beklagten, der rechtzeitig am 15.10.2013 der Klägerin zugegangen sei. Sie sei deshalb nicht verpflichtet gewesen, den PKW am 31.10.2013 herauszugeben.

Bezüglich des weiteren Vorbringens in der ersten Instanz wird auf die Schriftsätze der Parteien vom 08.04.2014, 03.06.2014, 25.07.2014, 19.08.2014, 17.09.2014, 28.11.2014, 20.01.2015, 06.03.2015, 28.04.2015 sowie auf die Niederschrift der mündlichen Verhandlung vom 29.04.2015 nebst Anlagen verwiesen.

Mit der Klägerin am 05.06.2015 zugestelltem Urteil vom 20.05.2015 hat das Arbeitsgericht München die Klage abgewiesen. Die Beklagte sei mit der Rückgabe des PKWs nicht in Verzug geraten, weil dieser nur Zug-um-Zug gegen Übergabe unter anderem des Zeugnisses herauszugeben gewesen sei. Die Parteien hätten im Vergleich nicht geregelt, dass der Entwurf am 15.10.2013 nur im Rahmen der üblichen Bürozeiten übermittelt werden könne. Für eine verspätete Vorlage des Zeugnisentwurfs sei die Klägerin darlegungs- und beweisbelastet. Ein verspätetes Einreichen des Zeugnisentwurfs könne deshalb nicht festgestellt werden. Der Email der Klägerin vom 21.10.2013 sei sogar im Gegenteil zu entnehmen, dass sie selbst von einer Vorlage des Zeugnisentwurfs am 15.10.2013 ausgegangen sei. Die Klägerin sei deswegen verpflichtet gewesen, ein Zeugnis entsprechend dem übergebenen Entwurf auszustellen. Das Zeugnis der Klägerin weiche dennoch in zwei Punkten vom Entwurf der Beklagten ab. § 109 GewO stünde der Verpflichtung zur Übergabe eines Zeugnisses entsprechend dem Entwurf der Beklagten nicht entgegen. Die von der Klägerin vorgenommenen Änderungen bezüglich der Verhaltensbeurteilung

und der Schlussformulierung würden nicht gegen das Gebot der Klarheit und Verständlichkeit verstoßen. Aus beiden Emails der Beklagten am 16.10.2013 ergebe sich nicht, dass die Beklagte die von der Klägerin vorgenommenen Änderungen wünsche. Die Klägerin habe sich daher geweigert, der Beklagten ein Zeugnis entsprechend der Verpflichtung aus dem Vergleich vom 20.09.2013 zu übermitteln. Es könne daher ein ordnungsgemäßes Leistungsangebot der Klägerin diesbezüglich nicht festgestellt werden, so dass unabhängig von der Frage, ob ein ordnungsgemäßes Zahlungsangebot für Ziffer 6 des Vergleichs vorgelegen sei, kein Annahmeverzug der Beklagten mit der Annahme des angebotenen Zeugnisses entstanden sei. Mangels Annahmeverzuges bestünde auch kein Anspruch auf Schadensersatz.

Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer am 06.07.2015 eingegangenen Berufung und begründet diese nach am 30.07.2015 eingegangenem Fristverlängerungsantrag und nach mit Beschluss vom 03.08.2015 bis 26.08.2015 verlängerter Frist mit am 26.08.2015 eingegangenem Schriftsatz wie folgt:

Es sei unklar, auf welchen Entwurf sich die Beklagte beziehe, weil insgesamt 3 Entwürfe von der Beklagten eingereicht worden seien, eine ausgedruckte Version, eingeworfen in den Nachtbriefkasten der Klägerin in der Nacht vom 15. auf den 16.10.2013 und 2 Versionen in elektronischer Form, beide am 16.10.2013 übermittelt. Der Entwurf der Beklagten entspreche nicht dem Vergleich vom 20.09.2013, weil er in der Verhaltensbeurteilung über die Festlegungen des Vergleichs hinausgegangen sei. Der Vergleich enthalte auch nichts zu der von der Beklagten gewünschten Schlussformel. Nach der Rechtsprechung des BAG sei die Klägerin nicht verpflichtet, eine Schlussformulierung der gewünschten Art in das Zeugnis aufzunehmen. Der vorbereitete Zeugnisentwurf sei daher insgesamt ordnungsgemäß gewesen. Das Zeugnis entspreche auch § 109 GewO insoweit, die Klägerin sei nicht verpflichtet, das Verhalten der Beklagten mit „sehr gut“ zu bewerten. Das Arbeitsgericht verkenne die Beweislast und –lage bezüglich des Zugangs des Zeugnisentwurfs. Es werde bestritten, dass der Zeugnisentwurf bereits am 15.10.2013 zugegangen sei. Hiergegen spreche auch, dass das Begleitschreiben der Beklagten auf den 16.10.2013 datiere. Die Beklagte sei für den Zeitpunkt des Zugangs des Zeugnisentwurfes beweisbelastet.

Der Klägerin sei es außerdem gelungen, Dateieigenschaften des Zeugnisentwurfs zu ermitteln. Der Entwurf sei tatsächlich erst am 15.10.2013 um 20.41 Uhr erstellt und zuletzt um 00.28 Uhr des 16.10.2013 ausgedruckt und erst am 16.10.2013 um 01.00 Uhr zuletzt gespeichert worden. Darüber hinaus sei es rechtsmissbräuchlich, wegen der von der Klägerin vorgenommenen Änderungen in nur 3 Sätzen in einem vierseitigen Zeugnis den PKW solange zurückzuhalten. Das Zeugnis sei zudem für das berufliche Fortkommen der Beklagten nicht erforderlich gewesen, die Beklagte habe in der Folge mehrfach Arbeit gefunden. Es wäre der Beklagten auch ohne weiteres möglich gewesen, den von ihr behaupteten Zeugnisberichtigungsanspruch gerichtlich zu verfolgen.

Die Klägerin beantragt in der Berufungsinstanz:

Das Urteil des Arbeitsgerichts München vom 20.05.2015, Az. 38 Ca 4192/14, abzuändern und die Berufungsbeklagte zu verurteilen, an die Berufungsklägerin € 31.850,00 nebst 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus,
€ 1.950,00 seit 14.02.2014,
€ 2.015,00 seit 14.03.2014,
€ 2.015,00 seit 16.04.2014,
€ 1.820,00 seit 16.04.2014,
€ 2.015,00 seit 16.04.2014,
€ 1.950,00 seit Rechtshängigkeit,
€ 2.015,00 seit Rechtshängigkeit,
€ 1.950,00 seit Rechtshängigkeit,
€ 2.015,00 seit Rechtshängigkeit,
€ 2.015,00 seit Rechtshängigkeit,
€ 1.950,00 seit Rechtshängigkeit,
€ 2.015,00 seit Rechtshängigkeit,
€ 1.950,00 seit Rechtshängigkeit,
€ 2.015,00 seit Rechtshängigkeit,
€ 2.015,00 seit Rechtshängigkeit,
€ 1.820,00 seit Rechtshängigkeit,
€ 325,00 seit Rechtshängigkeit.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Klägerin hätte allein aus rechtlichen Gründen nach § 109 GewO vom Zeugnisentwurf der Beklagten abweichen dürfen. Die von der Beklagten gewählte Verhaltensbeurteilung sei zu übernehmen gewesen, weil sich die Parteien im Vergleich bezüglich auf „mindestens gut“ geeinigt hätten. Hätte man lediglich die Note „gut“ vereinbaren wollen, so hätte man dies getan. Die Beklagte habe zwar keinen gesetzlichen Anspruch auf die begehrte Schlussformulierung, allerdings durfte sie diese aufgrund des geschlossenen Vergleichs vorgeben. Ein Zugang während der Kanzleiöffnungszeiten sei zwischen den Parteien nicht vereinbart worden. Der Zugang am 15.10.2013 sei außerdem durch die Klägerin bestätigt worden. Sinn und Zweck des im Vergleich aufgenommenen Datums 15.10.2013 sei die Ermöglichung einer angemessenen Zeugniserstellung zum 31.10.2013 gewesen. Dieser Zweck wurde durch Einwurf vor Mitternacht gewahrt. Aus den von der Klägerin dargelegten Dateieigenschaften ergebe sich nichts. Aus dem Zeitpunkt des Erstellens um 20.41 Uhr ergebe sich sogar, dass genügt Zeit gewesen sei, den Entwurf vor Mitternacht einzuwerfen. Das Datum des letzten Ausdrucks und der letzten Speicherung sei nicht entscheidend, da die Beklagte das Zeugnis zur eigenen Korrektur für sich ausgedruckt habe. Das Vorbringen bezüglich der Dateieigenschaften werde zudem mit Nichtwissen bestritten. Die Klägerin hätte es in der Hand gehabt, durch das Angebot eines dem gerichtlichen Vergleich entsprechenden Zeugnisses die Voraussetzungen für den Verzug der Beklagten zu schaffen. Das ist nicht erfolgt. Die Vereinbarung der Verpflichtung zur Herausgabe des PKWs Zug-um-Zug gegen unter anderem Übergabe des Zeugnisses hätten die Parteien im Vergleich geschlossen. Es sei deshalb nicht rechtsmissbräuchlich, wenn die Beklagte sich darauf berufe.

Bezüglich des weiteren Vorbringens in der Berufungsinstanz wird auf die Schriftsätze der Parteien vom 26.08.2015 und 15.10.2015 sowie auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 04.11.2015 verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung ist unbegründet.

I.

Die Berufung ist zulässig. Sie ist nach § 64 Abs. 2 ArbGG statthaft sowie frist- und formgerecht eingelegt und begründet worden (§§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG, §§ 519, 520 ZPO).

II.

Die Sache ist zur Entscheidung reif. Eine Schriftsatzfrist war der Klägerin nicht nachzulasen. Die Hinweise in der mündlichen Verhandlung vom 04.11.2015 sind nicht neu. Sie greifen die wesentlichen Entscheidungsgründe des Ersturteils und die Ausführungen der Klägerin im Rahmen der Berufungsbegründung auf, soweit die Berufung dazu Anlass gibt.

Der nach Schluss der mündlichen Verhandlung und ohne Nachlass einer Schriftsatzfrist nachgereichte Schriftsatz der Klägerin vom 12.11.2015 wurde zur Kenntnis genommen. Er bot keinen Anlass, das Verfahren wieder zu eröffnen.

III.

Die Berufung der Klägerin ist unbegründet. Das Arbeitsgericht hat im Ergebnis zutreffend und überzeugend begründet entschieden, worauf zunächst Bezug genommen wird (§ 69 Abs. 2 ArbGG), wobei – insoweit abweichend vom Ersturteil – dahingestellt bleibt, ob die

vom Entwurf der Beklagten abweichende Zeugnisformulierung der Klägerin zur Verhaltensbeurteilung den Vorgaben des Vergleichs vom 20.09.2013 entspricht und ob die Klägerin bereits wegen Erheben des Erfüllungseinwandes die Darlegungs- und Beweislast für den Zeitpunkt des Zugangs des Zeugnisentwurfes der Beklagten trifft.

Im Hinblick auf die Berufungsangriffe wird ergänzend und zusammenfassend Folgendes ausgeführt:

Der Klägerin steht kein Schadensersatzanspruch nach §§ 311 Abs. 2, Ziff. 1, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB zu. Gemäß § 320 BGB war die Beklagte berechtigt, die Herausgabe des PKW zu verweigern. Das Leistungsverweigerungsrecht der Beklagten schließt ihren Verzug aus. Zwischen den Parteien steht nicht bestandskräftig fest, dass sich die Beklagte im Hinblick auf die Annahme des Zeugnisses im Annahmeverzug befunden habe (hierzu 1.). Die Klägerin war aufgrund des Vergleichs grundsätzlich verpflichtet, den Entwurf der Beklagten zu übernehmen, weil ein verspäteter Zugang des Zeugnisentwurfs nicht festgestellt werden kann (hierzu 2.). Die Beklagte hat auch nicht durch die beiden Emails in der Nacht vom 15. auf den 16.10.2013 auf die Übernahme des bei der Klägerin eingeworfenen Zeugnisentwurfs verzichtet (hierzu 3.). Die von der Klägerin begehrte Schlussformulierung verstößt nicht gegen die Vorgaben des Vergleichs (hierzu 4.). Es besteht auch kein Missverhältnis zwischen dem Zurückhalten des PKW im Verhältnis zur Zeugniserteilungsverpflichtung (hierzu 5.).

1. Zwischen den Parteien steht nicht bestandskräftig fest, dass sich die Beklagte im Annahmeverzug befunden habe.

Eine solche bindende Feststellung enthält der Beschluss des Arbeitsgerichts München v. 16.01.2014 (15 Ga 135/13), mit dem ein Antrag der Verfügungsbeklagten auf Zwangsgeldfestsetzung zurückgewiesen wurde, nicht. Er enthält keine Feststellungen zum Vorliegen der einzelnen Voraussetzungen des Annahmeverzuges sondern nur den Hinweis, dass das Arbeitsgericht den Vortrag der Verfügungsklägerin für die Prüfung der Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung als zutreffend unterstellt hat. Das betrifft aber „nur“ den Sachvortrag der Klägerin, nämlich den zur fehlenden Rückgabe des PKW, nicht aber die rechtlichen Schlussfolgerungen zum Vorliegen eines Verzuges, den die Klägerin hie-

raus zieht. Letzteres ist kein Sachvortrag sondern Ergebnis einer rechtlichen Bewertung. Zudem hat das Arbeitsgericht im Ergebnis vorrangig (weil die Zulässigkeit betreffend) den Antrag der damaligen Verfügungsbeklagten und jetzigen Beklagten an einem fehlenden Rechtsschutzbedürfnis scheitern lassen.

2. Die Klägerin war aufgrund des Vergleichs grundsätzlich verpflichtet, den Entwurf der Beklagten zu übernehmen, weil ein verspäteter Zugang des Zeugnisentwurfs nicht festgestellt werden kann.

2.1 Die Parteien haben sich gegenseitig im Vergleich vom 20.09.2013 zur Leistung Zug-um-Zug verpflichtet. Das bedeutet, dass beide Leistungen „gleichzeitig“ zu erbringen sind. Beide Parteien sind jeweils nur dann zur Leistungserbringung verpflichtet, wenn auch die Gegenseite das Erforderliche getan hat (§ 274 Abs. 1 BGB). Deshalb hatte die Beklagte wegen ihres Zahlungs- und Zeugnisanspruches, die Klägerin wegen ihres PKW-Herausgabeanspruchs die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gemäß § 320 Abs. 1 BGB. Das bedeutet, dass die Beklagte zur Herausgabe des PKW nur dann verpflichtet ist, wenn die Klägerin ihr gleichzeitig das Zeugnis wie vereinbart überreicht oder wenn sie dieses zumindest in einer den Annahmeverzug begründenden Weise angeboten hat. Voraussetzung dafür ist nach § 294 BGB, dass die Leistung so, wie sie zu bewirken ist, tatsächlich angeboten wird, also der Gläubiger nur noch zuzugreifen braucht. Wenn dann der Gläubiger zwar die ihm angebotene Leistung annehmen will, aber nicht die von ihm verlangte Gegenleistung anbietet, kommt er auch dadurch in Annahmeverzug (§ 298 BGB, BGH v. 06.12.1991, V ZR 229/90). Der Schuldner, der auf Grund des Gläubigerverhaltens die Leistung nicht rechtzeitig erbringt, gerät dadurch nicht in (Schuldner-)Verzug, weil der Annahmeverzug des Gläubigers einen Schuldnerverzug hinsichtlich derselben Leistung ausschließt (MüKoBGB/Ernst BGB § 298 Rn. 3).

Entscheidend für die grundsätzliche Verpflichtung der Klägerin, den Zeugnisentwurf der Beklagten zugrunde zu legen ist hier die Frage des Zeitpunkts des Zugangs des Entwurfs in der Nacht vom 15. auf den 16.10.2013. Die Klägerin trägt die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass ihr der Zeugnisentwurf der Klägerin nicht rechtzeitig zugegangen ist. Nach allgemeinen Grundsätzen ist die Klägerin für das Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen des Verzuges darlegungs- und beweispflichtig. Das gilt auch soweit sie hier

vorträgt, dass sie den Zeugnisanspruch der Klägerin – wie vereinbart – erfüllt hat oder zumindest die Erfüllung in einer den Annahmeverzug begründenden Weise angeboten hat (vgl. BGH v. 29.01.1969, IV ZR 545/68, zum Zeugnisanspruch BAG v. 18.08.2009, 9 AZR 617/08, MüKoBGB/Emmerich BGB § 320 Rn. 44-45). Die Klägerin hat daher darzulegen und im Bestreitensfall zu beweisen, dass sie mit dem von ihr vorgelegten Zeugnis den Zeugnisanspruch der Beklagten ordnungsgemäß erfüllt hat.

Dabei bleibt dahingestellt, ob die Klägerin bereits wegen Erheben des Erfüllungseinwandes die Darlegungs- und Beweislast für den Zeitpunkt des Zugangs des Zeugnisentwurfes der Beklagten trifft. Immerhin geht es bei der Frage des Zugangszeitpunkts des Zeugnisentwurfs letztlich nicht um eine „Frage der Erfüllung“ sondern darum, welchen Inhalt das zu erteilende Zeugnis haben soll; bei einem rechtzeitigen Zugang eines Zeugnisentwurfs hat sich die Klägerin verpflichtet, diesen zu übernehmen, soweit dem die vereinbarten Gründe nicht entgegen stehen. Diese Verpflichtung trifft sie nicht, wenn kein Zeugnisentwurf eingeht, oder wenn dieser zu spät eingehen sollte. Nach allgemeinen Grundsätzen trifft in einem solchen Fall die Beklagte die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Zeugnisentwurf der Klägerin rechtzeitig zugegangen ist.

Hier kommt allerdings hinzu, dass die Klägerin der Beklagten mit Email vom 21.10.2013 ausdrücklich mitteilte, dass sie einen Zeugnisentwurf am 15.10.2013 erhalten habe. Darauf weist das Arbeitsgericht in seinem Urteil zutreffend hin. Mit Email vom 21.10.2013 teilte die Klägerin der Beklagten nämlich mit, dass die Zeugnisentwürfe der Beklagten sie am 15. und am 16.10.2013 erreicht hätten. Sie betrachte grundsätzlich den Entwurf vom 15.10.2013 als maßgeblich, werde aber ohne Anerkennung einer Rechtspflicht den zweiten Entwurf dem Zeugnis zugrunde legen (Bl. 158 f. d. A.). Zwar enthält die Mitteilung einen Rechtschreibfehler wo sie erwähnt „... Ihrer Mandantin haben und am 15. ... erreicht“, gemeint ist hier aber erkennbar „uns“. Bekräftigt wird dies nochmals im daran anschließenden Satz, dass „der erste Entwurf vom 15.10.2013“ maßgeblich wäre. Diese Erklärung der Klägerin bringt klar zum Ausdruck, dass sie den Zeugnisentwurf als rechtzeitig übermittelt entgegen genommen hat, und dass sie diesen dem anzufertigenden Zeugnis zugrunde legen wird.

Die von der Klägerin in der Email gemachten Vorbehalte betreffen nur in einem Punkt die Rechtzeitigkeit der Übermittlung, wenn sie feststellt, dass keine Verpflichtung bestünde, einen erst am 16.10.2013 per Email übermittelten abweichenden Entwurf zu übernehmen und spricht davon, dass sie den zweiten Entwurf ohne Anerkennung einer Rechtspflicht zugrunde legen werde. Die Einschränkung „ohne Anerkennung einer Rechtspflicht“ bezog sich dabei aber allein auf die nach Mitternacht per Email übermittelten Änderungen, wie eine Auslegung der Email ergibt, wie sie der Empfänger nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen musste (objektivierter Empfängerhorizont, §§ 133, 157 BGB). Diese Zusicherung steht nämlich in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der davor von der Klägerin getroffenen Feststellung, dass aus ihrer Sicht der erste Entwurf vom 15.10.2013 maßgeblich wäre und nimmt darauf Bezug. Nur für die am 16.10.2013 per Email übermittelte Version wird daher der Vorbehalt erklärt, diese sei nicht rechtzeitig eingegangen. Das erfasst nicht die davor in einem eigenen Ansatz erklärte Bestätigung, dass bereits am 15.10.2013 ein Entwurf eingegangen sei. Die Änderungen, die in den der Klägerin übermittelten unterschiedlichen Zeugnisversionen enthalten sind, betreffen auch weder die hier umstrittene Verhaltensbeurteilung noch die Schlussformel. Der weitere Vorbehalt, der im Hinblick auf diese beiden Punkte in der Email gemacht wurde, weist keinen Bezug zur Rechtzeitigkeit der Übermittlung des Zeugnisentwurfs auf.

Es bleibt zugunsten der Klägerin außerdem dahingestellt, ob die Erklärung in der Email vom 21.10.2013 ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis darstellt mit der Folge, dass die Klägerin mit den Einwendungen ausgeschlossen ist, die sie bereits bei Abgabe eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses kannte oder mit denen sie zumindest rechnete. Dazu gehören nicht nur Einreden, sondern auch echte rechtshindernde oder rechtsvernichtende Einwendungen und das Fehlen anspruchsbegründender Tatsachen (BAG v. 22.07.2010, 8 AZR 144/09). Auch wenn diese Erklärung keinen besonderen rechtsgeschäftlichen Verpflichtungswillen der Klägerin verkörpern sollte, gibt sie diese Erklärung zu dem Zweck ab, der Beklagten ihre Erfüllungsbereitschaft mitzuteilen und sie dadurch etwa von weiteren Maßnahmen abzuhalten oder ihr den Beweis zu erleichtern. Eine so verstandene Bestätigungserklärung enthält zwar keine materiell-rechtliche Regelung für das Schuldverhältnis, bewirkt aber als "Zeugnis des Anerkennenden gegen sich selbst" im Prozess in der Regel eine Umkehrung der Beweislast (so BGH v. 05.05.2003, II ZR 50/01).

Vorliegend hat die Email vom 21.10.2013 daher jedenfalls zur Folge, dass die Darlehens- und Beweislast dafür, dass ihr der Zeugnisentwurf erst am 16.10.2013 zugegangen ist, die Klägerin trägt.

Das entspricht auch dem Rechtsgedanken des § 363 BGB, wonach den Gläubiger, der eine ihm als Erfüllung angebotene Leistung als Erfüllung angenommen hat, die Beweislast trifft, wenn er die Leistung deshalb nicht als Erfüllung gelten lassen will, weil sie eine andere als die geschuldete Leistung oder weil sie unvollständig gewesen sei. § 363 BGB ist insoweit eine allgemeine Ausprägung des Verbots widersprüchlichen Verhaltens, das auch vorliegend zu einer Beweislastumkehr führt.

Dem gegenüber kann die Klägerin nicht sinngemäß einwenden, die Email vom 21.10.2013 könne keine Wissenserklärung darstellen, weil sie den zutreffenden Zugangszeitpunkt gar nicht wisse. Der Begriff der Wissenserklärung ist in dem hier in Rede stehenden Zusammenhang nicht nur im eigentlichen Wortsinn sondern in Abgrenzung zu einer Erklärung mit Rechtsbindungswillen zu verstehen. Aus diesem Grund spricht gerade das Fehlen einer Kenntnis vom genauen Zugangszeitpunkt für die Annahme eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses mit sogar u.U. noch weitergehender Bindungswirkung.

2.2 Der Nachweis, dass sie der Zeugnisentwurf nicht rechtzeitig erreicht hat, ist der Klägerin nicht gelungen.

2.2.1 Die Parteien haben für die Übermittlung des Zeugnisentwurfs eine Frist bis 15.10.2013 vereinbart. Die Frist läuft deshalb an diesem Tag mit Ablauf des Tages ab (vgl. § 188 Abs. 1 BGB). Das gilt unabhängig davon, dass die Klägerin Bürozeiten nur bis 19 Uhr behauptet. Es wäre den Parteien unbenommen gewesen, diesen Zeitpunkt zu vereinbaren, wenn sie einen vom Ablauf des Tages abweichenden Zeitpunkt hätten festlegen wollen. Das haben die Parteien aber nirgends zum Ausdruck gebracht.

Ein solches Verständnis ergibt sich auch nicht aus den weiteren Umständen. Die Übermittlung des Zeugnisentwurfs bis spätestens 15.10.2013 sollte die Übergabe des Zeugnisses und Zug-um-Zug auch des PKW am 31.10.2013 vorbereiten. Damit erhielt die Klä-

gerin Gelegenheit, einen eventuellen Entwurf der Klägerin zu überprüfen und das Zeugnis auszufertigen. Von der Klägerin war am 15.10.2013 keine Handlung verlangt, für die ein Zugang noch während ihrer Bürozeiten erforderlich gewesen wäre. Auf die Erwägungen der Klägerin zum Zeitpunkt des Zugangs einer Willenserklärung kommt es deswegen nicht an.

2.2.2 Nach Überzeugung der Kammer steht nicht fest, dass die Beklagte den Zeugnisenwurf erst nach Mitternacht, also am 16.10.2013 in den Kanzleibriefkasten eingeworfen hat.

Die Kammer hat unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer eventuellen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder nicht wahr erachtet wird (§ 286 ZPO). Dabei darf ein Gericht keine "unerfüllbaren Beweisanforderungen" stellen und keine unumstößliche Gewissheit bei der Prüfung verlangen darf, ob eine Behauptung wahr und erwiesen ist. Die persönliche, subjektive Gewissheit ist für die Entscheidung notwendig; der Tatrichter hat ohne Bindung an gesetzliche Beweisregeln und nur seinem Gewissen unterworfen die Entscheidung zu treffen, ob er die an sich möglichen Zweifel überwinden und sich von einem bestimmten Sachverhalt als wahr überzeugen kann. Eine von allen Zweifeln freie Überzeugung setzt das Gesetz dabei nicht voraus. Der Richter darf und muss sich in tatsächlich zweifelhaften Fällen mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit begnügen, der den Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen (vgl. zum Ganzen zusammenfassend BGH v. 07.02.1970, III ZR 139/67, zitiert nach Juris).

Im Streitfall bestehen keine ausreichenden Indizien, die den Schluss auf einen Zugang des Zeugnisenwurfs erst nach Mitternacht zulassen.

Im Ergebnis verweist die Klägerin v.a. darauf, dass ein Zugang während der Bürozeiten am 15.10.2013 nicht zu verzeichnen gewesen sei, und dass sich der Entwurf erst am nächsten morgen im Kanzleibriefkasten befunden habe. Außerdem trägt das im Briefkasten vorgefundene Anschreiben das Datum 16.10.2013. Zugunsten der Klägerin geht die Kammer weiterhin von den bestrittenen Behauptungen zum Zeitpunkt des erstmaligen

Erstellens der Zeugnisdatei, zum letzten Speicherungszeitpunkt und zum letzten Ausdruckszeitpunkt aus. Hinzu komme, dass die Beklagte der Klägerin auch bei anderer Gelegenheit, insbesondere im Hinblick auf die bestandene Schwangerschaft, nicht umfassend und zutreffend unterrichtet habe.

Es besteht kein Erfahrungssatz, wonach das Datum eines Anschreibens den Tag des Erstellens zutreffend wiedergibt. Die weithin übliche Angabe des Datums in einem Schreiben soll zwar dieses einem bestimmten Datum zuordnen, dennoch entspricht es der allgemeinen Lebenserfahrung, dass die Datumsangabe nicht selten unzutreffend ist. Es gibt auch keinen Erfahrungssatz dahingehend, dass jedenfalls ein solches Schreiben nicht vor dem genannten Datum erstellt wurde. Die Datumsangabe wird in der Regel nicht zu Nachweiszwecken im Geschäftsverkehr vorgenommen, so dass von einer besonderen Sorgfalt beim Einfügen eines Datums auszugehen ist. Der Beweiswert einer Datumsangabe in einem Anschreiben ist daher – soweit nicht besondere Umstände gegeben sind – nicht besonders hoch einzuschätzen.

Die Ausführungen der Klägerin zum Zeitpunkt der Dateierstellung, zum letzten Ausdruck und auch zur letzten Speicherung erlauben ebenfalls keinen sicheren Schluss auf einen Zugang nach Mitternacht. Der Vortrag der Beklagten zu einem letztmaligen späteren Ausdrucken für die eigenen Unterlagen und späteren letztmaligen Speichern ist in sich schlüssig und blieb unbestritten. Die Ausführungen der Klägerin zu der letzten Speicherung und zum letzten Ausdruck der Worddatei nach Mitternacht geben keinen Aufschluss darüber, wann das der Klägerin übermittelte Exemplar gespeichert und ausgedruckt wurde. Es ist auch nicht ersichtlich, dass es der Beklagten nicht möglich gewesen sein soll, bei dem vom der Klägerin genannten Zeitpunkt des erstmaligen Erstellens der Datei, den Zeugnisentwurf rechtzeitig vor Mitternacht auszufertigen und einzuwerfen.

Auch der Hinweis der Klägerin auf ein Verhalten der Beklagten während bzw. nach ihrer Schwangerschaft ist nicht geeignet, Rückschlüsse auf den Zeitpunkt des Zugangs des Zeugnisentwurfs zu ermöglichen.

Auch bei Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen – insbesondere auch des Datums des Anschreibens – steht nach freier Überzeugung der Kammer nicht fest,

dass der Zeugnisentwurf erst am 16.10.2013 in den Kanzleibriefkasten eingeworfen wurde (§ 286 ZPO). Der zeitliche Ablauf war zwar eng; das ist allerdings nicht ungewöhnlich gerade im Schriftverkehr zwischen und mit Rechtsanwälten, der häufig erst kurz vor Fristende erfolgt.

2.2.3 Das weiterhin von der Klägerin vorgenommene Bestreiten eines Zugangs vor Mitternacht mit Nichtwissen genügt nicht.

2.3 Das gleiche Ergebnis ergibt sich vorliegend - unabhängig vom Vorstehenden - auch dann, wenn man nicht von einer „vollen“ Darlegungs- und Beweislast der Klägerin ausgehen sollte.

Auch in diesem Fall fällt ins Gewicht, dass die Klägerin den Entwurf der Beklagten angenommen hat. Mit Email vom 21.10.2013 teilte die Klägerin der Beklagten mit, dass die Zeugnisentwürfe der Beklagten sie am 15. und am 16.10.2013 erreicht hätten. Sie betrachte grundsätzlich den Entwurf vom 15.10.2013 als maßgeblich, werde aber ohne Anerkennung einer Rechtspflicht den zweiten Entwurf dem Zeugnis zugrunde legen (Bl. 158 f. d. A.). Auch dann, wenn man nicht von einer „vollen“ Beweislastumkehr ausgehen wollte sondern „nur“ von einer subjektiven Beweisführungslast und es genügen lässt, wenn die Klägerin den Beweiswert ihrer Erklärung erschüttert, ohne den Gegenbeweis anzutreten, ist die Kammer der Auffassung, dass der Klägerin auch das nicht gelungen ist.

Die Email wurde von der Klägerin wie geschehen verfasst. Seither haben sich keine wesentlichen und neuen Erkenntnisse im Hinblick auf den Zugangszeitpunkt ergeben. Das Anschreiben war damals der Klägerin schon vorgelegen und enthielt das Datum 16.10.2013. Auch damals war der Klägerin lediglich bekannt, dass der Entwurf bei Büroschluss noch nicht vorlag; es wurde erst am nächsten morgen im Kanzleibriefkasten vorgefunden. Auch die beiden Emails trugen damals schon das Datum 16.10.2013. Dennoch hat die Klägerin den rechtzeitigen Zugang bestätigt und zum Ausdruck gebracht, dass sie den Entwurf der Beklagten zugrunde legen werde. Neu ist lediglich der Vortrag in der Berufung zu den Zeitpunkten des Erstellens, des letztmaligen Ausdrucks und des letztmaligen Speicherns des Entwurfs. Unabhängig davon, dass die Beklagte diese jetzt behaupteten Zeitpunkte auch damals schon hätte auslesen können, lässt ein so definierter zeitli-

cher Rahmen noch ausreichend Zeit, den Zeugnisentwurf vor Mitternacht einzuwerfen (s.o.).

Die Kammer kommt bei Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen nach freier Überzeugung (§ 286 ZPO) zur Auffassung, dass der Beweiswert der Erklärung der Klägerin zur Rechtzeitigkeit des Zugangs nicht erschüttert ist. Aufgrund der Umstände ging die Klägerin damals von der Rechtzeitigkeit des Zugangs aus. An diesen Umständen hat sich nichts wesentlich geändert. Die nur abstrakte Möglichkeit, dass der Einwurf auch nach Mitternacht hätte sein können, genügt demgegenüber nicht.

3. Die Beklagte hat auch nicht durch die beiden Emails in der Nacht vom 15. auf den 16.10.2013 auf die Übernahme des bei der Klägerin eingeworfenen Zeugnisentwurfs verzichtet, wie die Klägerin in der mündlichen Verhandlung vom 04.11.2015 vortrug. Ein solcher Erklärungswert lässt sich den beiden Emails nicht entnehmen.

Die Email vom 16.10.2013, 1:13 Uhr, übermittelt den Entwurf zur leichteren Weiterverarbeitung nochmals als Worddatei. Die Email vom 16.10.2013, 1:39 Uhr, erwähnt lediglich vier Tippfehler, die in der jetzt übermittelten Datei nicht enthalten seien, und dass diese Datei dem Entwurf entspreche, der in den Kanzleibriefkasten eingeworfen worden sei. Ein Abrücken der Beklagten vom Inhalt des eingeworfenen Entwurfs kommt nirgends zum Ausdruck.

Schließlich ist auch nicht unklar, auf welchen Entwurf sich die Beklagte bezieht, obwohl letztlich 3 Entwürfe vorliegen; eine ausgedruckte Version, eingeworfen in den Briefkasten der Klägerin in der Nacht vom 15. auf den 16.10.2013 und 2 Versionen in elektronischer Form, beide am 16.10.2013 übermittelt. Sämtliche Entwürfe unterscheiden sich nicht bezüglich der Schlussformulierung auf die es letztlich ankommt (siehe sogleich).

4. Die von der Klägerin begehrte Schlussformulierung verstößt nicht gegen die Vorgaben des Vergleichs.

4.1 Die Klägerin begründet ihre gegenteilige Auffassung zum einen mit der Rechtsprechung des BAG, wonach ein Anspruch auf die begehrte Schlussformel nicht aus § 109

Abs. 1 GewO folge (vgl. BAG v. 11.12.2012, 9 AZR 227/11). Mit einem Schlusssatz gebe der Arbeitgeber eine Erklärung ab, die über den von ihm geschuldeten Zeugnisinhalt hinausgehe.

Das bedeutet aber nur, dass kein gesetzlicher Anspruch auf eine Schlussformel besteht. Das bedeutet nicht, dass es rechtswidrig wäre, eine Schlussformel aufzunehmen. Das bedeutet deshalb weiterhin nicht, dass sich ein Arbeitgeber nicht wirksam verpflichten kann, eine Schlussformel in ein Zeugnis aufzunehmen. Das kann dadurch geschehen, dass eine solche Verpflichtung ausdrücklich vereinbart wird (was nicht selten Gegenstand von Vergleichen ist) und im Ergebnis auch dadurch, dass vereinbart wird, einen Zeugnisentwurf der Arbeitnehmerseite zu übernehmen, soweit dem § 109 GewO nicht entgegensteht (vgl. LAG Rheinland-Pfalz v. 11.09.2014, 3 Sa 127/14). Enthält ein so vorgelegter Zeugnisentwurf eine Schlussformel, ist diese grundsätzlich zu übernehmen. Auch wenn eine Schlussformel nicht zum notwendigen Inhalt eines wirksam erteilten Zeugnisses gehört, ist eine solche dennoch weithin üblich (vgl. BAG v. 11.12.2012, 9 AZR 227/11).

Der Vergleichsformulierung und auch den weiteren Umständen bei Abschluss des Vergleichs (nach dem Vortrag der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vom 04.11.2015 wurde intensiv um die Bewertung gerungen, weil die Klägerin keine durchgehend sehr gute Verhaltensbeurteilung abgeben wollte) lässt sich nicht entnehmen, dass über den Wortlaut hinaus, die Verpflichtung zur Übernahme eines Entwurfs eine solche weithin übliche Schlussformulierung nicht erfassen soll. Das gilt umso mehr, als hier im Vergleich das Erteilen eines „guten bis sehr guten“ Zeugnisses vereinbart wurde, welches sehr häufig eine Schlussformel in der gewünschten Art enthält.

4.2 Zum anderen verweist die Klägerin darauf, dass sie das Ausscheiden der Beklagten nicht bedaure, so dass eine Aufnahme der gewünschten Schlussformel gegen den Grundsatz der Zeugniswahrheit und damit gegen § 109 GewO verstoßen würde.

Danach müssen die Formulierungen in einem Zeugnis klar und verständlich sein (§ 109 Abs. 2 GewO). In diesem Rahmen ist der Arbeitgeber grundsätzlich in der Formulierung frei, solange das Zeugnis nichts Falsches enthält. Maßstab ist der eines wohlwollenden

verständigen Arbeitgebers. Weder Wortwahl noch Auslassungen dürfen dazu führen, dass bei den Lesern des Zeugnisses der Wahrheit nicht entsprechende Vorstellungen entstehen können. Es kommt nicht darauf an, welche Vorstellungen der Zeugnisverfasser mit seiner Wortwahl verbindet. Zur Beurteilung der Formulierungen eines Zeugnisses ist auf die Sicht eines objektiven und damit unbefangenen Arbeitgebers mit Berufs- und Branchenkenntnissen abzustellen. Entscheidend ist, wie ein solcher Zeugnisleser das Zeugnis und die enthaltenen Formulierungen auffassen muss (vgl. zum Ganzen BAG v. 15.11.2011, 9 AZR 386/10, BAG v. 12.8.2008, 9 AZR 632/07, BAG v. 20.2.2001, 9 AZR 44/00, BAG v. 23.6.1960, 5 AZR 560/58).

Entscheidend ist daher nicht, ob die Klägerin das Ausscheiden der Beklagten tatsächlich bedauert, sondern wie der Zeugnisleser diese Formulierung auffassen muss, und ob diese Auffassung der Wahrheit nicht entsprechende Vorstellungen entstehen lassen kann. Das ist hier nicht der Fall. Eine Schlussformel rundet ein Zeugnis ab und bestätigt und bekräftigt eine darin enthaltene gute Bewertung. Eine solche gute Bewertung haben die Parteien hier ausdrücklich vereinbart. Die Schlussformel ist daher nicht geeignet unzutreffende Vorstellungen vom Zeugnisinhalt entstehen zu lassen.

Hinzu kommt, dass letztlich das Aufnehmen einer Schlussformulierung zuvorderst eine Frage des persönlichen Stils ist (vgl. BAG v. 11.12.2012, 9 AZR 227/11). Gerade dadurch, dass sich die Klägerin verpflichtet hat, den Zeugnisentwurf der Beklagten zu übernehmen, soweit er nicht gegen § 109 GewO verstößt, hat sie auf die ansonsten bestehende Möglichkeit verzichtet, den Zeugnisinhalt selbst frei zu formulieren, solange das Zeugnis nichts Falsches enthält.

Schließlich kommt hinzu, dass die Parteien dadurch, dass der Beklagten die Möglichkeit eingeräumt wurde, einen zu übernehmenden Entwurf zu formulieren, das Ziel verfolgt haben, das Entstehen von Streit über den Zeugnisinhalt möglichst zu vermeiden. Dem würde es diametral widersprechen, wenn dann doch subjektive Empfindungen der Klägerin zum Maßstab für den zu übernehmenden Zeugnisinhalt gemacht würden.

5. Es besteht auch kein Missverhältnis zwischen dem Zurückhalten des PKW im Vergleich zur Zeugniserteilungsverpflichtung.

5.1 Zunächst ist festzuhalten, dass es der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts nicht bedarf, wenn der Schuldner gemäß § 320 BGB zur Zurückbehaltung berechtigt ist (statt aller BGH v. 23.05.2003, V ZR 190/02).

Hier kommt hinzu: Die Klägerin hat bereits mit Email vom 21.10.2013 klar angekündigt, dass sie den Zeugnisentwurf der Beklagten u.a. in der Schlussformel nicht übernehmen werde. Diese Absicht hat sie mit Email vom 31.10.2013 im Ergebnis bekräftigt, indem das dort angehängte Dokument die gewünschte Schlussformel nicht enthielt. Die Klägerin hat deshalb erklärtermaßen keinen Zweifel daran gelassen, dass sie ihrer Verpflichtung nicht vollumfänglich nachkommen wird. In einem solchen Fall ist auch ein wörtliches Angebot (§ 295 BGB) zur Übergabe des PKW entbehrlich, da offenkundig ist, dass die Klägerin auf ihrer Weigerung, die Leistung anzunehmen, beharrt (vgl. BAG v. 16.04.2013, 9 AZR 554/11).

Schließlich hat die Beklagte noch am 31.10.2013 mit Email um 17:10 Uhr das Nichterscheinen mit der nicht übernommenen Schlussformel begründet und ihre Bereitschaft bekundet bei Vorlegen eines geänderten Zeugnisses unverzüglich den PKW herauszugeben. Das stellt ein wörtliches Angebot dar.

5.2 Es entspricht zwar dem die gesamte Rechtsordnung durchziehenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der auch in § 320 Abs. 2 BGB zum Ausdruck kommt, dass eine Gegenleistung dann nicht verweigert werden kann, wenn das nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teils, gegen Treu und Glauben verstoßen würde. Ein solcher Sachverhalt ist hier aber nicht gegeben.

Dabei muss zunächst betont werden, dass der Anspruch auf ein ordnungsgemäßes Zeugnis keine Petitesse ist. Zeugnissen kommt eine große Bedeutung bei der beruflichen Entwicklung zu. Ein Zeugnis ist die „Visitenkarte“ eines Arbeitnehmers – und dient damit seinen Interessen bei der Stellensuche. Aus diesem Grund darf ein Zeugnis Arbeitnehmer nicht zu schlecht bewerten. Ein Arbeitgeber muss deshalb ein Zeugnis so formulieren, dass es der beruflichen Entwicklung förderlich ist, also wohlwollend. Zum Ausdruck kommt diese große Bedeutung auch dadurch, dass der Gesetzgeber einen Anspruch auf

ein Zeugnis ausdrücklich gesetzlich verankert hat, und dass die Rechtsprechung den Gegenstandswert eines Rechtsstreits über einen Zeugnisinhalt in der Regel mit einem Brutomonatsentgelt bewertet, was im vorliegenden Fall rund € xxxx betragen würde. Im zu entscheidenden Fall kommt die Bedeutung des Zeugnisses zudem dadurch zum Ausdruck, dass sie die Verpflichtung der Beklagten zur Herausgabe des PKW in Ziffer 7 des Vergleichs ausdrücklich an die Zeugniserteilung Zug-um Zug gekoppelt haben.

Nicht entscheidend ist in diesem Zusammenhang, dass das von der Klägerin vorbereitete Zeugnis weitgehend dem Entwurf der Beklagten entsprach, und dass die Beklagte auch ohne dieses Zeugnis wieder einen Arbeitsplatz gefunden hat. Die von der Klägerin gewählte Schlussformel weicht erheblich „nach unten“ von der von der Beklagten gewünschten Formulierung ab. Das von der Klägerin vorbereitete Zeugnis war daher nicht nur „verhältnismäßig geringfügig“ nicht vereinbarungsgemäß. Das gilt auch vor dem Hintergrund, dass die Klägerin nach eigenem Bekunden auch gewillt war bei der vereinbarten Übergabe die im Vergleich titulierte Forderung zu begleichen. Der nur gut 5 Wochen vor dem Übergabetermin nach langen Verhandlungen geschlossene Vergleich machte ausdrücklich auch von der Erfüllung des Zeugnisanspruchs abhängig, ob die Beklagte am 31.10.2013 den PKW zurückgeben muss.

Demgegenüber ist durch die Verweigerung der Rückgabe des PKW am 31.10.2013 noch nicht der hier geltend gemachte Schaden entstanden. Hätte die Klägerin in einem überschaubaren Zeitraum nach der gescheiterten Übergabe ein vereinbarungsgemäßes Zeugnis erstellt und einen neuen Übergabetermin vereinbart, dann wäre allenfalls ein sehr geringer Schaden bei ihr entstanden, der nicht ansatzweise den Gedanken an ein Missverhältnis rechtfertigen könnte. Die Beklagte hat außerdem noch am 31.10.2013 mit Email um 17:10 Uhr das Nichterscheinen mit der nicht übernommenen Schlussformel begründet und ihre Bereitschaft bekundet bei Vorlegen eines geänderten Zeugnisses unverzüglich den PKW herauszugeben. Damit hat die Beklagte der Klägerin eine schnelle Klärung und Schadensminimierung ermöglicht.

Auch wenn man der Klägerin darin folgen wollte, auch den Nutzungsausfall in den zu zahlenden Schadensersatz einzubeziehen, hat sich die geltend gemachte beachtliche Schadenshöhe nur dadurch ergeben, dass es die Klägerin über gut eineinhalb Jahre hinweg

nicht geschafft hat, ein vereinbarungsgemäßes Zeugnis mit der zu Recht verlangten Schlussformel vorzulegen und dadurch ihrer Verpflichtung Genüge zu tun. Das ist konsequent von ihrem Rechtsstandpunkt aus gesehen, dieser ist aber nicht zutreffend wie oben dargestellt. Das Risiko der jetzt geltend gemachten Schadenshöhe ist die Klägerin im Laufe der Zeit bewusst eingegangen. Es rechtfertigt das Handeln der Klägerin nicht (nachträglich) unter dem Gesichtspunkt eines jetzt behaupteten durch die lange Dauer bewirkten Missverhältnisses, wenn sich dieses bewusst eingegangene Risiko verwirklicht hat.

6. Nachdem das von der Klägerin vorbereitete Zeugnis bereits wegen nicht vereinbarungsgemäßer Schlussformulierung nicht ordnungsgemäß war, kommt es auf die Frage, ob die von der Beklagten geforderte Übernahme der Verhaltensbeurteilung aus ihrem Entwurf in das Zeugnis den Vereinbarungen im Vergleich entspricht, nicht an. Sollte der Vergleich so zu verstehen sein, dass mit der Formulierung zur Verhaltensbeurteilung im Vergleich „mindestens gut“ gemeint sei, „nicht sehr gut“ – wofür sehr viel spricht – und sollte die Formulierung der Beklagten einem „sehr gut“ entsprechen, dann besteht wohl keine Verpflichtung zur Übernahme des Entwurfs der Beklagten in dem Punkt. Dass die Formulierung der Beklagten darüber hinausgehend mit dem Grundsatz der Zeugniswahrheit nicht in Einklang zu bringen ist, ist jedenfalls nicht dargelegt.

IV.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 64 Abs. 6 ArbGG, § 97 Abs. 1 ZPO.

- 27 -

V.

Gründe für die Zulassung der Revision sind nicht ersichtlich (§ 72 Abs.2 ArbGG).
Auf die Möglichkeit der Nichtzulassungsbeschwerde wird hingewiesen.

Dr. Dick

Senninger

Ketterle