



Übung im Bürgerlichen Recht für Fortgeschrittene

Wintersemester 2023/24

6. Besprechungsfall

„Streit ums Kopftuch“



Entscheidungen

BAG 10.10.2002 - 2 AZR 472/01

EuGH 14.03.2023 – C-157 und 188/15



I. Wirksamkeit der Kündigung

Voraus.: **Kündigungsrecht**
Wirksame Kündigungserklärung



1. Kündigungsrecht

§ 620 Abs. 2 BGB



2. Kündigungserklärung

Liegt in **Schriftform** (§ 623 BGB) vor,
Frage des **Zeitpunkts** des Zugangs in diesem
Zusammenhang **unerheblich**



3. Wirksamkeit

a) Unwiderlegliche Vermutung der Rechtswirksamkeit der Kündigung gemäß § 7 KSchG

Frist zur Erhebung der **Kündigungsschutzklage: drei Wochen** (§ 4 Satz 1 KSchG)

Fristbeginn: Frühestens am 17. März 2023 - Ereignisfrist (§ 187 Abs. 1 BGB i. V. m. § 222 Abs. 1 ZPO).

Fristende: frühestens am 7. April 2023 (§ 188 Abs. 2 Alt. 1 BGB i. V. m. § 222 Abs. 1 ZPO)

07.04.2023 = **Karfreitag**

=> **Fristende: 11. April 2023** (§ 222 ZPO)



Maßgeblich **Eingang der Klageschrift beim ArbG**, nicht Zustellung an Beklagten (§§ 167, 495 ZPO i. V. m. § 46 Abs. 2 ArbGG)
→ Klagefrist mit Klageerhebung am 11. April 2023 gewahrt



b) Allgemeine Wirksamkeitsvoraussetzungen

Keine Anhaltspunkte für Unwirksamkeit



c) Soziale Rechtfertigung der Kündigung **ca) Eröffnung des allgemeinen Kündigungsschutzes**

- Arbeitnehmendeneigenschaft (+)
- Betriebsgröße, § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG (+)
- Ablauf der Wartezeit (+)



cb) Soziale Rechtfertigung (§ 1 Abs. 2 KSchG)

Kündigung könnte hier aus **personenbedingten Gründen** gerechtfertigt sein.

(1) Voraussetzung:

Arbeitnehmende/r ist auf Grund ihrer/seiner **persönlichen Fähigkeiten oder Eigenschaften nicht** mehr in der Lage, künftig die arbeitsvertraglichen Pflichten **ordnungsgemäß zu erfüllen**,

und Arbeitgebendem/r ist deswegen die **Fortsetzung** des Arbeitsverhältnisses **unzumutbar**

Abgrenzung personen- von verhaltensbedingter Kündigung

Verhaltensbedingte Kündigung kommt bei einem **steuerbaren**,
personenbedingte Kündigung bei eine **nicht steuerbaren** Verhalten in Betracht



BAG: verhaltensbedingte Kündigung, weil die Arbeitsleistung zwar auch mit Kopftuch erbracht werden kann, aber hierin ein Verstoß gegen Anweisungen des Arbeitgebers liegen kann.

A. A.: Unterschied liegt darin, dass es bei der verhaltensbedingten Kündigung um steuerbares, bei der personenbedingten Kündigung um nicht steuerbares (Fehl-)Verhalten geht.

Im konkreten Fall würde **Gewissensentscheidung** zu einem **nicht steuerbaren Verhalten** von F führen, daher ist zunächst **personenbedingte Kündigung** in Betracht zu ziehen.

<Gegenauffassung vertretbar>.



(2) Störung der arbeitsvertraglichen Beziehungen in der Zukunft dann, wenn D von F verlangen durfte, nur ohne Kopftuch zu arbeiten.

Voraussetzung:

D durfte entsprechende **Weisung** erteilen (2.1)

Weisung ist **wirksam** (2.2),

insbes. kein Verstoß gegen gesetzliche Bestimmungen
(2.2.1)

und entspricht billigem Ermessen (2.2.2).



(2.1) Weisungsrecht umfasst gemäß **§ 106 Satz 2 GewO**
auch **Anweisungen zur Bekleidung**



(2.2.1) Unwirksamkeit der Weisung nach **§ 7 Abs. 1 AGG i. V. m. § 134 BGB**

Voraussetzung: Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grunds

Hier: **Benachteiligung wegen der Religion?**

Kein unmittelbarer Zusammenhang zur Religion
unmittelbare Diskriminierung (-)



Mittelbare Diskriminierung gemäß § 3 Abs. 2 AGG?

Voraussetzung: dem **Anschein nach neutrale** Vorschriften, Kriterien oder Verfahren

benachteiligen Personen wegen eines in § 1 genannten Grundes gegenüber anderen Personen **in besonderer Weise**

Ausnahme: die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel **sachlich gerechtfertigt** und die Mittel sind zur Erreichung des Zieles angemessen und erforderlich



Anweisung, **kein Kopftuch** zu tragen, ist dem **Anschein nach neutral** Weisung müsste Arbeitnehmerinnen **islamischer Religionszugehörigkeit** besonders benachteiligen.

Gegeben, wenn die Gruppe der islamischen Arbeitnehmerinnen durch eine solche Maßnahme prozentual wesentlich stärker belastet würde als andere Arbeitnehmerinnen (??)

Verzicht auf konkreten **statistischen Nachweis**, wenn das scheinbar neutrale Differenzierungsmerkmal nach **objektiver Betrachtung** geeignet ist, Träger eines unzulässigen Differenzierungsmerkmals zu benachteiligen. Dies wird im Hinblick auf das Verbot, ein Kopftuch zu tragen, allgemein für Arbeitnehmerinnen islamischen Glaubens angenommen.



Sachliche Rechtfertigung: **Absicht**, einen **Verlust an Kunden und Umsatz zu vermeiden**

Unterstellt, dies ist ein zulässiges Ziel:

Maßnahme zur Zielerreichung erforderlich?

Hinreichender Nachweis, dass ohne die Weisung der befürchtete Rückgang im Umsatz bzw. bei den Kunden eintritt.

Hierfür ist von **D als beweispflichtigem Arbeitgeber** nichts vorgetragen.

→ mittelbare Diskriminierung,

→ Weisung nach §§ 7 Abs. 1 AGG, 134 BGB unwirksam



(2.2.3) Wer eine mittelbare Diskriminierung nicht prüft oder ablehnt, muss § 106 Satz 2 i. V. m. 106 Satz 1 GewO prüfen

Abwägung der Interessen des Arbeitgebers an der Beachtung der Weisung **gegen Interesse des Arbeitnehmers**, der Weisung nicht nachzukommen
Interesse des Arbeitnehmers mit Kopftuch zu arbeiten als Ausfluss seiner **Glaubens- und Bekenntnisfreiheit**

Schutz aus **Art. 4 I GG** = Jedermannsrecht, nicht auf christliche Religionen beschränkt

Inhalt umfasst auch Entscheidung, aus religiösen Gründen ein Kopftuch zu tragen:

individuelle Freiheit des Einzelnen, sein gesamtes Verhalten an den Lehren seines Glaubens auszurichten und seiner inneren Glaubensüberzeugung gemäß zu handeln



Interesse des Arbeitgebers, die **versprochene Leistung wirtschaftlich sinnvoll nutzen zu können**

Vorrang der betrieblichen Interessen des Arbeitgebers, wenn Verhalten des Arbeitnehmers geeignet, die betrieblichen, insbesondere wirtschaftlichen Interessen zu beeinträchtigen

Vorrang der Glaubens- und Religionsfreiheit des Arbeitnehmers, wenn konkrete Beeinträchtigungen betrieblicher Interessen nicht zu erwarten sind.



Im vorliegenden Fall: Bloße Besorgnis des D über fehlende Akzeptanz des Kopftuchs seitens seiner Kundschaft; aber **kein Nachweis konkreter betrieblicher Störungen** oder wirtschaftlicher Beeinträchtigungen

→ **Vorrang der Glaubens- und Religionsfreiheit**



cc) Zwischenergebnis

Keine Verpflichtung von F, ohne Kopftuch zu arbeiten.

- keine Störung der Vertragsbeziehung
- keine Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung



d) Ergebnis

Die **Kündigung** durch D ist **sozial nicht gerechtfertigt** und damit unwirksam.



II. Beendigungszeitpunkt

Kündigungsfrist gemäß TV i. V. m. § 622 Abs. 4 BGB: vier Wochen zum 15. oder zum Ende eines Kalendermonats

1. Fristbeginn

§ 187 Abs. 1 BGB: **Ereignisfrist**, ausgelöst durch **Zugang des Kündigungsschreibens**



aa) Definition

- In den **Machtbereich** des/der Erklärungsempfängers/in gelangt
- **Möglichkeit** der **Kenntnisnahme** unter **gewöhnlichen Umständen**



bb) In den **Machtbereich der Empfängerin**
gelangt durch
Einwurf in den Briefkasten am 16.03.2023,
20:00 Uhr



cc) Möglichkeit der Kenntnisnahme unter
gewöhnlichen Umständen

**Wann durfte mit der Leerung des Briefkastens
gerechnet werden?**

Jedenfalls nicht mehr am 16.03.2023 nach 20:00
Uhr → Zugang am Folgetag (17.03.2023)



Problem: Krankenhausaufenthalt
Tatsächliche Kenntnisnahmemöglichkeit erst am
24.03.2023



Abwägung zwischen **Transportrisiko auf Seiten des Erklärenden** und dem **Kenntnisnahmerisiko auf Seiten des Empfängers**

(BAG Ur. v. 25.4.2018 – 2 AZR 493/17, BeckRS 2018, 18689 Rn. 18)

→ **Krankenhausaufenthalt bleibt außer Betracht**



dd) **Fristbeginn** gemäß § 187 Abs. 1 BGB **18.03.2023, 00:00 Uhr.**



2. Fristende

gemäß § 188 Abs. 2 Alt. 1 (Wochen) BGB 14.04.2023,
24:00 Uhr

Kündigungstermin: 15. des Monats, also 15.04.2023

→ ArbV zum 15.04.2023 beendet, weil **Zugang**
spätestens am 17.03.2023



III. Fallvariante

1. Maßgeblicher Zeitpunkt

Maßgeblicher Zeitpunkt für Beurteilung der Sozialwidrigkeit

Zugang der Kündigungserklärung

Kenntnis von den Umsatzrückgängen erst nach dem
Ausspruch der Kündigung

Umsatzrückgänge von Januar – Mitte März 2023 lagen
aber vor dem Zugang der Kündigung



2. Wirksamkeit der Kündigung

a) Ausgangspunkt

Personenbedingte Kündigung, s. o.



b) Soziale Rechtfertigung (§ 1 Abs. 2 KSchG)

Voraussetzung:

Arbeitnehmer ist auf Grund seiner persönlichen Fähigkeiten oder Eigenschaften nicht in der Lage, künftig seine arbeitsvertraglichen Pflichten ordnungsgemäß zu erfüllen (ba.)

und Arbeitgeber wird die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar (bb.).



ba) D durfte Weisung hinsichtlich des Kopftuchs erteilen (1)
und Weisung ist auch wirksam ist (2),
verstößt insbesondere nicht gegen gesetzliche
Bestimmungen verstößt (2.1)
und widerspricht nicht billigem Ermessen (2.2)

**(1) Weisungsrecht des D gemäß § 106 Satz 2 GewO auch
hinsichtlich der Bekleidung; s. o.**



(2.1) Weisung nach § 7 Abs. 1 AGG i. V. m. § 134 BGB unwirksam sein, wenn mittelbare Diskriminierung wegen der Religion, s. o.

Vermeidung von Umsatzeinbußen als Rechtfertigungsgrund i. S. v. § 3 Abs. 2 AGG

Sinn des Arbeitsverhältnisses: ArbGeb soll durch den Einsatz des ArbN in seinem Betrieb Möglichkeit der **Gewinnerzielung** haben

Grundlage wird **nachhaltig gestört**, wenn eine Einnahme-/Gewinnerzielung auf Grund von Umständen aus der Sphäre des Arbeitnehmers erheblich beeinträchtigt wird.

=> Weisungen zur Vermeidung erheblicher Umsatzeinbußen können mittelbare Diskriminierung rechtfertigen

Hier: **Umsatzeinbußen in Höhe von 60 % (+)**



(2.2) Entsprechende Überlegungen zu § 106 Satz
2 i. V. m. 106 Satz 1 GewO



bb) Zwischenergebnis

Weisung ist wirksam.

c) Ergebnis

Kündigung durch D ist sozial gerechtfertigt



3. Klausur

- Zugang ggü. beschränkt Geschäftsfähigen
- Berechnung von Wartezeiten im ArbVerh (§ 4 BUrlG)
- Teilurlaub (§ 5 I lit. a) BUrlG), Erlöschen des Urlaubsanspruchs (§ 7 III BUrlG) und Urlaubsabgeltung (§ 7 IV BUrlG)