

KV-Nr.: 3312 = 11

Die Aufgabe besteht (ohne Deckblatt) aus 7 Blatt
und ist vollständig durchnummeriert.

**Der Aufgabentext ist zu Beginn auf Vollständig-
keit zu überprüfen.**

Dr. iur. Leander Peterson

Rechtsanwalt
und Fachanwalt für Arbeitsrecht

Charlotte Reinhard

Rechtsanwältin

Königsallee 41
40212 Düsseldorf

Telefon (0211) 13 68 68

Telefax (0211) 13 73 94

Düsseldorf, den 01.06.2006

A. Vermerk:

Im Rahmen eines Besprechungstermins erscheint heute der Apotheker Alfred Winter, Paulsmühlenstr. 8, 40597 Düsseldorf, in der Kanzlei, erteilt neues Mandat und schildert das Folgende:

„Ich beschäftige als Inhaber der Paulsmühlen-Apotheke derzeit 7 Arbeitnehmer, darunter seit kurzem Frau List. Alle Mitarbeiter sind im Verkauf beschäftigt oder stehen in ständigem Kontakt mit der Kundschaft. Andere Arbeitsplätze, also solche ohne Kundenkontakt, gibt es in meiner Apotheke nicht. Anfang Mai 2006 habe ich zusammen mit Frau List meinen vorformulierten Standard-Arbeitsvertrag unterzeichnet, den ich Ihnen in Fotokopie überlasse. Regelungen über Beginn und Beendigung des Arbeitsverhältnisses wurden in diesem Vertrag nur in § 2 getroffen. Ich gehe davon aus, dass ich das Arbeitsverhältnis innerhalb der vereinbarten Probezeit, also bis Ablauf des 15.11.2006, lediglich unter Einhaltung der in § 2 des Arbeitsvertrages geregelten Kündigungsfrist und der gesetzlichen Schriftform beenden kann. Dies wurde allerdings weder bei Vertragsschluss noch im Rahmen des Vorstellungsgespräches - dieses fand Ende März 2006 statt - thematisiert.

Anlässlich des Vorstellungsgespräches haben wir über andere Dinge, unter anderem über die persönliche Lebensplanung von Frau List und deren Vereinbarkeit mit der von mir ausgeschriebenen Stelle gesprochen. Meine Frage nach einer bestehenden Schwangerschaft hat Frau List mit dem Hinweis darauf verneint, dass sie bereits vier schulpflichtige Kinder habe und mit diesen genügend ausgelastet sei. Dies war für mich ausschlaggebender Umstand, Frau List einzustellen. Denn in meiner kleinen

Apotheke kann ich mir einen längeren Ausfall von Arbeitskräften infolge von Schwangerschaft oder Elternzeiten einfach nicht leisten.

Im Vertrauen auf das Nichtbestehen einer Schwangerschaft habe ich dann auch den Arbeitsvertrag unterschrieben. Aber bereits kurz nach Aufnahme der vereinbarten Tätigkeit überreichte mir Frau List eine ärztliche Bescheinigung, in der festgestellt wird, dass sie schwanger ist und voraussichtlich im Oktober 2006 entbinden wird. Als ich Frau List danach fragte, warum sie mir die Schwangerschaft nicht bereits beim Vorstellungsgespräch offenbart habe, antwortete sie, dass sie zum Lügen berechtigt sei, denn schließlich hätte sie bei wahrheitsgemäßer Beantwortung meiner diesbezüglichen Frage die Arbeitsstelle nicht bekommen. Außerdem stehe sie nach Ablauf der Mutterschutzfristen ja wieder zur Verfügung, da sich ihr Mann der Erziehung des Kindes widmen werde. Mit einer derart verlogenen Mitarbeiterin kann und will ich aber nicht mehr zusammenarbeiten, so dass ich das erschlichene Arbeitsverhältnis schnellstmöglich einseitig auflösen will.

Ich möchte Sie daher bitten, die Möglichkeit einer sofortigen rechtswirksamen Anfechtung oder Kündigung des Arbeitsverhältnisses zu prüfen. Es muss doch wohl zumindest möglich sein, das Arbeitsverhältnis durch Ausspruch der vereinbarten Probezeitkündigung binnen 2 Wochen zu beenden, oder etwa nicht?

Ich habe aber noch ein anderes Problem mit einer anderen Mitarbeiterin, Frau Genn, die seit mehr als 15 Jahren in meiner Apotheke beschäftigt ist. Frau Genn arbeitet im Verkauf und in der Kundenberatung und steht daher in ständigem Kontakt mit meiner Kundschaft. Seit einiger Zeit bevorzugt Frau Genn, die sich bisher stets angemessen und unauffällig kleidete und über ein ansprechendes, gepflegtes Äußeres verfügte, schrille Farben. Im Gesicht ist sie sehr kontrastreich schwarz-weiß geschminkt, sie trägt mehrere Nasenstecker und ein Piercing in der Lippe und am linken Auge. Ihre Zunge ist mit einem Ring durchstoßen. Außerdem trägt sie ständig eine schwarze lederne Kopfbedeckung mit kleinen Schellen.

Ich habe Frau Genn mehrfach - zuletzt auch mit Schreiben vom 11.05.2006 schriftlich - aufgefordert, dieses ungewöhnliche Erscheinungsbild wieder zu ändern und angemessen zum Dienst zu erscheinen, da sie durch ihr jetziges Auftreten viele Kunden verschreckt und einen sehr negativen Einfluss auf das Image und den Ruf meiner Apotheke ausübt. Frau Genn weiß, dass unsere Apotheke, die sich seit Jahrzehnten in Familienbesitz befindet, immer als sehr solides und bodenständiges „ers-

tes Haus am Platze“ galt und dass ich großen Wert auf einen gesitteten Lebenswandel und ein entsprechendes Äußeres meiner Mitarbeiterinnen lege.

Auf Nachfrage:

Nein, im Arbeitsvertrag findet sich keine Regelung über die Verpflichtung der Angestellten zum Tragen einer bestimmten Kleidung.

Könnte ich Frau Genn aus den genannten Gründen kündigen und was muss ich gegebenenfalls beachten?“

B. Frau Rechtsreferendarin Sabine Stommel mit der Bitte um gutachtliche Stellungnahme zu den von dem Mandanten aufgeworfenen Fragen.

C. Akten anlegen und Mandaten erfassen. Neuen Termin für den 08.06.2006 vereinbaren.

D. Wv. am 08.06.2006.

Anlagen:

1. Kopie des Arbeitsvertrages mit Frau List vom 04.05.2006
2. Kopie des ärztlichen Attestes von Frau List vom 22.05.2006
3. Kopie des Schreibens vom 11.05.2006.


(Dr. Peterson)

Rechtsanwalt



PAULSMÜHLEN-APOTHEKE

GEGR. 1911

INHABER: ALFRED WINTER

Zwischen Herrn Alfred Winter als Inhaber der Paulsmühlenapotheke
- nachfolgend Arbeitgeber genannt -

und

Frau Sabine List, geb. am 07.10.1974 in Dortmund, wohnhaft: Hügelstraße
37, 40589 Düsseldorf

- nachfolgend Arbeitnehmerin genannt -

wird folgender

ARBEITSVERTRAG:

geschlossen:

(...)

§ 2

Das Arbeitsverhältnis beginnt am 15.05.2006. Die ersten 6 Monate gelten als Probezeit. Während dieser Zeit können beide Vertragsparteien das Arbeitsverhältnis mit einer Frist von 2 Wochen kündigen.

(...)

Düsseldorf, den 04.05.2006

Winter

Arbeitgeber

Sabine List

Arbeitnehmerin

Dr. med. Agnes Sattel
Fachärztin für Frauenheilkunde
Friedrich-Ebert-Str. 12
40210 Düsseldorf

Hiermit wird der Patientin Frau
Sabine List, geb. am 07.10.1974
in Dortmund, bescheinigt, dass
eine Schwangerschaft besteht. Der
voraussichtliche Entbindungster-
min ist der 28. Oktober 2006.

Dr. med. Agnes Sattel
Fachärztin für Frauenheilkunde
Düsseldorf, den 12.04.2006

Dr. Sattel
(Dr. Sattel)

**PAULSMÜHLEN-APOTHEKE**

GEGR. 1911

INHABER: ALFRED WINTER

Paulsmühlen-Apotheke, Paulsmühlenstr. 8, 40597 Düsseldorf

An Frau
Jana Genn
Aachener Str. 15
40223 Düsseldorf

Paulsmühlenstr. 8
40597 Düsseldorf
Tel.: 0211/7644312
Fax.:0211/7644322
Stadt-Sparkasse Düsseldorf
Kto. 1 365 766
BLZ 300 501 10

Düsseldorf, den 11.05.2006

Abmahnung

Sehr geehrte Frau Genn,

leider haben Sie Ihr äußeres Auftreten in den letzten Monaten sehr nachteilig verändert. Sie schminken sich schwarz-weiß und tragen mehrere Nasenstecker und ein Piercing in der Lippe und am linken Auge. Zudem ist ihre Zunge mit einem Ring durchstoßen. Schließlich tragen Sie ständig eine schwarze lederne Kopfbedeckung mit kleinen Schellen. Da mein Unternehmen auf ein seriöses Auftreten seiner Angestellten angewiesen ist, habe ich Sie mehrfach mündlich aufgefordert, sich wieder wie früher zu kleiden und auf die Piercings und Nasenstecker zu verzichten. Da Sie diesen Aufforderungen nicht nachgekommen sind, mahne ich Sie nunmehr letztmalig ab, während Ihrer Arbeitszeiten ein seriöses Auftreten an den Tag zu legen. Sollte dies nicht binnen einer Woche erfolgen, werde ich die erforderlichen arbeitsrechtlichen Schritte einleiten.

Mit freundlichen Grüßen

Winter
(Alfred Winter)

Vermerk für die Bearbeitung

Die Angelegenheit ist aus anwaltlicher Sicht zu bearbeiten. Dabei sollen auch Überlegungen zur Zweckmäßigkeit des Vorgehens angestellt werden. Zeitpunkt der Begutachtung ist der **01.06.2006**.

Sollte eine Frage für beweisheblich gehalten werden, so ist eine Prognose zu der Beweislage (z. B. Beweislast, Qualität der Beweismittel etc.) zu erstellen.

Werden Anträge an ein Gericht empfohlen, so sind diese am Ende des Vortrages auszuformulieren.

Die Formalien (Ladungen, Zustellungen, Unterschriften, Vollmachten) sind in Ordnung.

Dieser Vermerk erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Er soll lediglich auf die Probleme hinweisen, die das Prüfungsamt veranlasst haben, die Aufgabe für einen Aktenvortrag auszugeben.

A. Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Frau List (L)

a) Eine Anfechtung wegen Eigenschaftsirrums gemäß § 119 Abs. 2 Alt. 1 BGB dürfte nicht in Betracht kommen. Merkmale einer Person oder einer Sache, die nur vorübergehender Natur sind, fallen nicht in den Anwendungsbereich des § 119 Abs. 2 BGB (vgl. Palandt, 65. Aufl., § 119 Rn. 24). Die Schwangerschaft einer Arbeitnehmerin ist daher als vorübergehender Zustand - jedenfalls bei Abschluss eines im vorliegenden Fall gegebenen unbefristeten Arbeitsverhältnisses - keine verkehrswesentliche Eigenschaft im Sinne des § 119 Abs. 2 Alt. 1 BGB (vgl. Palandt, a. a. O., § 119 Rn. 26).

b) Ein Anfechtungsrecht wegen arglistiger Täuschung gemäß § 123 Abs. 1 BGB dürfte ebenfalls nicht bestehen. Zwar hat die L durch die wahrheitswidrige Beantwortung der Frage nach einer bestehenden Schwangerschaft den Mandanten (M) getäuscht. Die Täuschung muss aber - als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal - rechtswidrig gewesen sein (vgl. Palandt, a. a. O., § 123 Rn. 2, 10). Die Rechtswidrigkeit der Täuschung ist dann ausgeschlossen, wenn eine Frage unrichtig beantwortet wird, die von der Gegenseite gar nicht hätte gestellt werden dürfen (vgl. Palandt, a. a. O., § 123 Rn. 10). Eine Fragerecht des Arbeitgebers besteht aber nur, wenn dieser an der Antwort ein berechtigtes, schutzwürdiges Interesse hat (vgl. Palandt, a. a. O., § 611 Rn. 6). Fraglich ist daher, ob M ein Recht hatte, die L nach einer bestehenden Schwangerschaft zu befragen. Dies dürfte zu verneinen sein. Ursprünglich hielt das BAG die Schwangerschaftsfrage uneingeschränkt für zulässig, da dem Arbeitgeber durch eine Schwangerschaft erhebliche finanzielle Lasten aufgebürdet werden und eine Schwangerschaft in beträchtlichem Umfang aufgrund von Beschäftigungsverboten und Schutzzeiten den Betriebsablauf erschweren kann (vgl. BAG vom 22.09.1961, AP Nr. 15 zu § 123 BGB). Unter Geltung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Mann und Frau gem. Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 der EWG-Richtlinie 76/207 und der darauf in Kraft getretenen Vorschrift des § 611a BGB ist allerdings zu bedenken, dass der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer insbesondere bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses nicht wegen seines Geschlechts benachteiligen darf. Eine derartige (rechtswidrige) Diskriminierung liegt bei der Frage nach einer bestehenden Schwangerschaft aber vor (vgl. EuGH vom 05.05.1994, AP Nr. 3 zu Art. 2 EWG-Richtlinie Nr. 76/207). Das BAG hat unter diesen europarechtlichen Einflüssen seine Rechtsprechung dahingehend geändert, dass nunmehr die Frage nach der Schwangerschaft ausnahmslos als unzulässig eingestuft wird (vgl. BAG NZA 2003, 848; vgl. auch Palandt, a. a. O., § 611a Rn. 9). Der L dürfte daher ein Recht zur Lüge einzuräumen gewesen sein, so dass es an der Rechtswidrigkeit ihrer Täuschung fehlen dürfte.

c) Eine Kündigung des Arbeitsvertrages dürfte derzeit ebenfalls nicht in Betracht kommen. Das arbeitgeberseitige Kündigungsrecht wird hier zwar nicht durch die allgemeinen Kündigungsschutzvorschriften des KSchG eingeschränkt, da die L noch keine 6 Monate im Betrieb des M beschäftigt ist (§ 1 Abs. 1 KSchG). Einer Kündigung steht aber die Schwangerschaft der L entgegen. Nach § 9 Abs. 1 MuSchG ist die Kündigung einer Arbeitnehmerin während der Schwangerschaft und bis zum Ablauf von vier Monaten nach der Entbindung unzulässig, wenn die Schwangerschaft bzw. Entbindung dem Arbeitgeber bei Kündigungsausspruch entweder bekannt war oder innerhalb von zwei Wochen nach Zugang der Kündigung mitgeteilt wird. Auf Grund der bereits vorgelegten ärztlichen Bescheinigung ist dem M das Bestehen der Schwangerschaft bereits zur Kenntnis gelangt. Mithin greift das absolute Kündigungsverbot nach § 9 Abs. 1 MuSchG uneingeschränkt ein, so dass eine Kündigung voraussichtlich bis Ende Februar 2007 (= vier Monate nach dem voraussichtlichen Entbindungstermin) grundsätzlich ausgeschlossen ist. Nur in besonderen Fällen kann die zuständige Landesbehörde eine Ausnahme von dem absoluten Kündigungsverbot zulassen (§ 9 Abs. 3 MuSchG). Dies wird jedoch nur in eng begrenzten Ausnahmefällen praktiziert, für deren Vorliegen hier keine Anhaltspunkte bestehen.

B. Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Frau Genn (G)

Im vorliegenden Fall ist das Kündigungsschutzgesetz anwendbar, weil das Arbeitsverhältnis zwischen M und G länger als sechs Monate bestanden hat und M mehr als 5 Arbeitnehmer beschäftigt (§§ 1 Abs. 1, 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG). Dass M weniger als 11 Arbeitnehmer beschäftigt, ist unerheblich, da das Arbeitsverhältnis mit G nicht nach dem 31.12.2003 begonnen hat. Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit G wäre daher gemäß § 1 Abs. 1 KSchG unwirksam, wenn sie sozial ungerechtfertigt wäre. Dies ist gemäß § 1 Abs. 2 KSchG der Fall, wenn sie nicht durch Gründe, die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, oder durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist.

a) Eine personenbedingte Kündigung dürfte M nicht aussprechen können. Ein solcher Kündigungsgrund liegt vor, wenn der Arbeitnehmer die Fähigkeit oder Eignung zur Erfüllung der geschuldeten Arbeitsleistung verloren hat. Dies dürfte hier nicht der Fall sein. G ist, auch wenn sie mit diversen Piercings und ungewöhnlichem Äußeren zur Arbeit erscheint, an der Erbringung ihrer Arbeitsleistung nicht gehindert. Sie kann die Aufgaben einer Verkäuferin in der Apotheke, z.B. das Führen eines Beratungsgesprächs, weiterhin unproblematisch wahrnehmen.

b) In Betracht zu ziehen ist allerdings eine verhaltensbedingte Kündigung. Insoweit ist fraglich, ob G, durch ihre Weigerung, sich unauffällig zu kleiden, eine Verhaltenspflicht verletzt hat. Grundsätzlich darf sich jeder Mensch auch bei der Arbeit kleiden, wie es seinem Geschmack entspricht. Allerdings kann ein Arbeitgeber von Arbeitnehmern mit Kundenkontakt erwarten, sich dem Charakter des Handelsgeschäfts und dessen Kunden-Stamm entsprechend branchenüblich zu kleiden. Eine solche Pflicht kann, wenn eine ausdrückliche vertragliche Vereinbarung im Arbeitsvertrag oder eine Regelung in einer Betriebsvereinbarung fehlt, durch eine Weisung des Arbeitgebers begründet werden oder sich aus einer vertraglichen Rücksichtnahmepflicht (§ 242 BGB) ergeben. Ausnahmsweise können danach der durch das grundrechtlich geschützte Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmerin garantierten freien Gestaltung ihres Äußeren und ihrer Kleidung Grenzen gesetzt werden, um dem berechtigten Interesse des Arbeitgebers nach einem einheitlichen Erscheinungsbild und den Erwartungen der Kundschaft Rechnung zu tragen (vgl. BAG, NJW 2003, 1685, 1686). Das Weisungsrecht, das seine Grenzen in den gesetzlichen Regelungen, im Kollektiv- und im Einzelvertragsrecht findet, darf jedoch nach § 315 Abs. 1 BGB nur nach billigem Ermessen ausgeübt werden, wobei die in § 315 Abs. 1 BGB geforderte Billigkeit inhaltlich durch die Grundrechte bestimmt wird (vgl. BAG, NJW 2003, 1685, 1686). Hier kollidiert einerseits das Recht des M, im Rahmen seiner grundrechtlich geschützten unternehmerischen Betätigungsfreiheit (Art. 12 GG), den Inhalt der Arbeitsverpflichtung seiner Arbeitnehmer näher zu konkretisieren, mit dem ebenfalls grundrechtlich geschützten allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 1 Abs. 1 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG) der G. Dieses Spannungsverhältnis ist im Rahmen der Konkretisierung und Anwendung der Generalklausel des § 315 BGB einem grundrechtskonformen Ausgleich der Rechtspositionen zuzuführen (vgl. BAG, NJW 2003, 1685, 1687). Hier dürfte es sich gut vertreten lassen, dass diese Abwägung zu Gunsten des M ausgeht. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass das von G geltend gemachte Grundrecht nicht so weit reicht wie das Grundrecht der Religionsfreiheit in dem vom BAG entschiedenen Kopftuchfall (vgl. BAG, NJW 2003, 1685, 1686). G fühlt sich zu ihrem Kleidungsstil nicht aufgrund einer religiösen Überzeugung verpflichtet, sondern versteht diesen nur als Ausdruck ihrer Persönlichkeit. Zudem kann sich G in ihrer Freizeit immer noch so kleiden wie sie möchte, wird also nur im beruflichen Bereich eingeschränkt. Überdies verlangt M auch keine bestimmte Kleidung, sondern nur eine äußere Erscheinung wie G sie bis vor kurzem noch an den Tag legte. Schließlich kommt eine Umsetzung an eine Stelle, wo G nicht so sehr mit Kunden in Kontakt kommt, nach den Angaben des M nicht in Betracht, da alle Mitarbeiterinnen im Verkauf beschäftigt sind. Da damit einiges für ein Weisungsrecht des M, den Kleidungsstil der G festzulegen, sprechen dürfte, dürfte eine verhaltensbedingte Kündigung durchaus Aussichten auf Erfolg haben. Allerdings dürfte es sich empfehlen, vor dem Ausspruch einer Kündigung die G unter genauer Bezeichnung des von ihr geforderten Verhaltens erneut abzumahnern, da die Abmahnung vom 11.05.2006 dieses Verhalten nur wenig konkret benennt.

C. Ergebnis: Nach der hier vertretenen Lösung dürfte dem M von einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit L derzeit abzuraten sein. Hinsichtlich des Arbeitsverhältnisses mit G dürfte ihm unter Darlegung des Prozessrisikos, dass die erforderliche Abwägung im Kündigungsschutzprozess auch zu seinen Ungunsten ausfallen könnte, nach erneuter Abmahnung zur Kündigung zu raten sein.