

Regionalgericht
Bern-Mittelland

Zivilabteilung
Gerichtspräsident
Brand

Effingerstrasse 34
3008 Bern
Telefon 031 635 46 00
Fax 031 635 46 17
regionalgericht-zivil.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/regionalgerichte

Entscheid

CIV 16 1317 P57/BLM

Bern, 8. September 2016

Gerichtspräsident Brand
Gerichtsschreiberin i.V. Exner

Zivilverfahren



██
vertreten durch Fürsprecher Michael Burkhard, Belpstrasse 16, Postfach 6626, 3001 Bern
Klägerin

gegen

██
vertreten durch Fürsprecher Jürg M. Ammann, Stockerstrasse 38, 8002 Zürich
Beklagte

betreffend **Arbeitsrecht**

Erwägungen:**I. Prozessgeschichte**

1. Mit Klage vom 11.03.2016 stellte die Klägerin folgende Rechtsbegehren (pag. 3 ff.)
 1. *Die Beklagte sei zu verurteilen, der Klägerin einen Betrag von CHF 25'375.-- zuzüglich Verzugszins von 5% seit 1. April 2015 zu bezahlen.*
 2. *Die Beklagte sei zu verurteilen, der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 13'685.-- zu bezahlen.*

- unter Kosten- und Entschädigungsfolge -
2. Die Beklagte reichte am 21.04.2016 ihre Klageantwort ein. Sie stellte darin folgende Rechtsbegehren (pag. 33 ff.):
 1. *Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen;*
 2. *Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Klägerin.*
3. Mit Verfügung vom 26.05.2016 wurde zur Hauptverhandlung vom 12.07.2016 vorgeladen (pag. 49 ff.).
4. Anlässlich der Hauptverhandlung vom 12.07.2016 (pag. 61 ff.) bestätigte Fürsprecher Burkhard namens der Klägerin die gestellten Rechtsbegehren (pag. 63).
Fürsprecher Ammann bestätigte ebenfalls die namens der Beklagten gestellten Rechtsbegehren (pag. 65).
Der Gerichtspräsident erliess daraufhin die Beweisverfügung (pag. 69) und es wurden die Parteibefragungen durchgeführt (Klägerin pag. 71 ff.; Beklagte pag. 77 ff.). Auf Frage des Gerichtspräsidenten verneinten die beiden Parteivertreter das Vorliegen weiterer Beweisanträge, womit das Beweisverfahren geschlossen werden konnte (pag. 83).
5. In seinem Schlussvortrag präziserte Fürsprecher Burkhard, dass die geltend gemachte Parteientschädigung sich aus Anwaltskosten von CHF 12'900.00 (43h à CHF 300.00) zzgl. Auslagen und dem Erwerbsausfall der Klägerin in der Höhe von CHF 90.00 zusammensetze (pag. 83).

II. Formelles

1. Örtliche Zuständigkeit

Vorliegend handelt es sich um eine Klage aus Arbeitsvertrag. Art. 34 Abs. 1 ZPO sieht für Klagen aus Arbeitsrecht eine alternative Zuständigkeit des Gerichts am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder an dem Ort, an dem die Arbeitnehmerin gewöhnlich ihre Arbeit verrichtet, vor.

Die Beklagte hat ihren Sitz an der [REDACTED] in [REDACTED]. Dies ist zugleich der Ort, an dem die Klägerin gewöhnlich ihre Arbeit verrichtete. [REDACTED] gehört zur Verwaltungs- und damit zur Gerichtsregion Bern-Mittelland (Art. 39a OrG und Anhang 2 Ziff. 4 lit. a OrG [BSG 152.01] i.V.m. Art. 80 Abs. 2 GSOG [BSG 161.1]). Örtlich zuständig ist das Regionalgericht Bern-Mittelland.

2. Sachliche Zuständigkeit

Vorliegend ist nach Art. 8 Abs. 1 und Art. 9 EG ZSJ [BSG 271.1] e contrario sowie Art. 81 Abs. 4 GSOG das Regionalgericht Bern-Mittelland als Einzelgericht zuständig.

3. Funktionelle Zuständigkeit und Klagefrist

Nach Art. 197 ZPO geht dem Entscheidverfahren ein Schlichtungsversuch voraus. Die Konstellationen eines Entfalls des Schlichtungsversuchs nach Art. 198 ZPO sind vorliegend nicht gegeben. Die Parteien haben am 09.12.2015 eine Schlichtungsverhandlung durchgeführt, anlässlich derer der Klägerin die Klagebewilligung erteilt wurde (KB 2). Mit Einreichung der Klage am 11.03.2016 wurde die Klagefrist von drei Monaten gemäss Art. 209 Abs. 3 ZPO unter Berücksichtigung des Fristenstillstands (BGE 138 III 615 E. 2.4 S. 620) gewahrt und das angerufene Gericht erweist sich als funktionell zuständig.

4. Verfahrensart und Gerichtskosten

Aufgrund des Streitwerts von unter CHF 30'000.00 ist das vereinfachte Verfahren anwendbar (Art. 243 Abs. 1 ZPO, siehe auch Verbal vom 02.06.2016, pag. 57). Gemäss Art. 114 lit. c ZPO werden im Entscheidverfahren bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis bis zu einem Streitwert von CHF 30'000.00 keine Gerichtskosten erhoben.

5. Fazit

Die Prozessvoraussetzungen sind vorliegend erfüllt, womit auf die Klage einzutreten ist.

III. Sachverhalt

A. Vorbemerkungen

1. Beweis und Gegenbeweis werden nur über bestrittene Tatsachen geführt (Art. 150 Abs. 1 ZPO). Beweisbedürftig sind nur solche Fakten, welche für die rechtliche Beurteilung des Falles bedeutsam sind, also rechtserhebliche Tatsachen. Es handelt sich dabei um Tatsachen, die den gerichtlichen Entscheid zu beeinflussen vermögen, indem bei ihrer Berücksichtigung das Urteil anders ausfallen würde, als bei ihrem Fehlen (HASENBÖHLER, FRANZ, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung ZPO, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 150 N 12).
2. Der Streitgegenstand definiert den massgeblichen Inhalt des Prozesses. Er bestimmt sich durch das Rechtsbegehren und den zugrunde liegenden Lebenssachverhalt (zweigliedriger Streitgegenstandsbegriff; BGE 123 III 16, E. 2a; SUTTER-SOMM/HEDIGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), a.a.O., Art. 64 N 11). Streitgegenstand bildet vorliegend die Frage, ob der Klägerin gestützt auf die Kündigung des Arbeitsvertrags durch die Beklagte ein Anspruch auf die Forderung über CHF 25'375.00 zusteht.

B. Unbestrittener Sachverhalt

3. Die Beklagte betreibt eine Wäscherei, welche insbesondere auch Spitalwäsche pflegt (pag. 35, pag. 73 Z. 25).
4. Die Klägerin arbeitete ab dem 16.03.2009 im Betrieb der Beklagten (pag. 7, pag. 37, pag. 71, KB 4).
5. Der Klägerin wurden von der Beklagten mit Zwischenzeugnissen vom 30.06.2010 und 10.06.2013 stets gute bzw. sehr gute Leistungen bestätigt (pag. 7, pag. 37, KB 5 und 6). Auch das Arbeitszeugnis vom 31.03.2015 attestiert der Klägerin wiederum sehr gute Leistungen (pag. 7, pag. 37, KB 7).
6. Die Klägerin erzielte bei der Beklagten zuletzt einen Bruttolohn von CHF 4'060.00 zzgl. 13. Monatslohn (pag. 15, KB 22, 23, 24).
7. Ende 2014 bzw. spätestens anfangs 2015 erklärte die Klägerin der Beklagten, fortan mit einem Kopftuch arbeiten zu wollen, was sie in der Folge auch tat (pag. 37, 71).
8. Mit Schreiben vom 28.01.2015 kündigte die Beklagte der Klägerin unter Einhaltung der vertraglichen Kündigungsfrist per 31.03.2015 (pag. 7, pag. 37, KB 8). Zur Begründung führte die Beklagte an, die Klägerin weigere sich die Weisung, wonach sie aus Sicherheits- und Hygienegründen auf das Tragen eines Kopftuches am Arbeitsplatz verzichten müsse, zu befolgen (pag. 7, pag. 37, KB 8).
9. Mit Schreiben vom 16.02.2015 begründete die Beklagte die Kündigung erneut damit, dass es aus Sicherheits- und Hygienegründen nicht möglich sei, mit einem Kopftuch in der [Firma der Beklagten] zu arbeiten (pag. 37 ff., KB 9).
10. Die Klägerin erhob daraufhin gegen die Kündigung am 26.02.2015 erstmals Einsprache (pag. 7, KB 10). Die Einsprache wurde bestätigt mit Schreiben von Fürsprecher Burkhard vom 20.03.2015 (pag. 9, KB 12).

C. Bestrittener Sachverhalt

11. Bestritten ist zwischen den Parteien, ob das von der Beklagten ausgesprochene Kopftuchverbot notwendig ist, um die Sicherheits- und Hygienevorschriften der Beklagten zu erfüllen (pag. 11 ff., pag. 39 ff.).

D. Beweiswürdigung

12. Parteibefragung der Klägerin vom 12.07.2016 (pag. 71 ff.)

a. Inhalt

Die Klägerin führt aus, sie sei mit ihrer Arbeit zufrieden gewesen (pag. 71, Z. 13 f.). Sie habe Ende 2014 mit der Personalchefin gesprochen und sie gefragt, ob sie künftig ein Kopftuch tragen könne (pag. 71, Z. 17 f.). Die Personalchefin, Frau [REDACTED], habe geantwortet, sie glaube, dies sei kein Problem (pag. 71, Z. 24 f.). Andere Frauen, die ein Kopftuch tragen würden, gäbe es im Betrieb nicht (pag. 71, Z. 27). Frau [REDACTED] und eine andere Kollegin hätten ihr von einer Frau erzählt, die dort früher mit Kopftuch gearbeitet hätte (pag. 71, Z. 27 f.). Frau [REDACTED] habe sie weiter geschickt zu Herrn [REDACTED], dem Produktionschef (pag. 71, Z. 32 f.). Dieser habe ihr gesagt, er denke, dass es nicht gut sei, ein Kopftuch zu tragen (pag. 71, Z. 34). Nach ihren Ferien bis Ende Januar habe sie dann das Kopftuch am Arbeitsplatz getragen (pag. 71, Z. 34 ff.).

Am ersten Tag habe Herr [REDACTED] sie direkt angesprochen und ihr gesagt, dass dies nicht gut sei (pag. 71, Z. 36 f.). Am Folgetag hätten sie dann gemeinsam mit Frau [REDACTED] und Herrn [REDACTED] eine Besprechung gehabt, wobei sie angeboten habe, als Kompromiss nur das Unterkopftuch zu tragen (pag. 71, Z. 42 ff.). Sie habe auch gesagt, dass sie es täglich waschen könne (pag. 73, Z. 2 f.). Den Vorschlag eines Einwegkopftuches habe es nicht gegeben; es habe nur geheissen, sie dürfe das Kopftuch nicht tragen (pag. 73, Z. 5 f.). Bei der Besprechung habe Herr [REDACTED] als Grund die Sicherheit genannt (pag. 73, Z. 10). Sie selber sehe kein Sicherheitsproblem, sofern das Kopftuch eng unter der Kleidung anliege (pag. 73, Z. 13 ff.). Sie sehe auch die Hygiene nicht tangiert, weil bei einem Kopftuch die Haare nicht an die zu waschenden Kleider kämen und sie jeden Tag ein neues Kopftuch getragen hätte (pag. 73, Z. 17 ff., Z. 28). Nach der Kündigung sei sie zunächst arbeitslos gewesen und habe dann im Mai 2015 eine neue Arbeitsstelle in einer Reinigung im Stundenlohn gefunden (pag. 73, Z. 30 ff.). Anstelle des Gerichtstermins heute hätte sie normalerweise ab 13:00 Uhr bis 17:30 Uhr in der Textilreinigung für CHF 20.00/Stunde gearbeitet. Ab 18 Uhr bis 21 Uhr würde sie für CHF 18.50/Stunde putzen (pag. 73, Z. 43 ff.).

b. Würdigung

Die Klägerin sagt in ihrer Befragung sachlich und inhaltlich zusammenhängend und nachvollziehbar aus. Sie erklärt, warum sie die Hygiene durch das Kopftuch nicht als beeinträchtigt erachtet und kann die Zeit bis zur Kündigung geordnet wiedergeben. Die Klägerin legt für das Gericht glaubhaft dar, dass sie der Beklagten gegenüber Kompromissbereitschaft signalisiert hat und an einer Lösung für die Fortführung des Arbeitsverhältnisses interessiert war.

13. Parteibefragung mit Herrn [REDACTED] für die Beklagte vom 12.07.2016 (pag. 77 ff.)

a. Inhalt

Herr [REDACTED] führt aus, er sei erstmals von Herrn [REDACTED] mit der Thematik konfrontiert worden, als die Klägerin diesen informiert habe, dass sie ein Kopftuch tragen wolle (pag. 77, Z. 12 f.). Es sei klar gewesen, dass es ein kontroverses Thema sei, weil damit von den Kleidervorschriften abgewichen würde (pag. 77, Z. 15 f.). Das Thema sei dann in der Kadersitzung diskutiert worden, wo auch die Personalchefin anwesend gewesen sei (pag. 77, Z. 18 ff.). Dabei sei klar herausgekommen, dass sich kein Mitarbeiter einseitig von den Kleidervorschriften lossagen könne, und man nicht akzeptieren könne, dass jemand andere Berufskleider trage (pag. 77, Z. 20 ff.). Sie würden die Berufskleidung zur Verfügung stellen (pag. 77, Z. 25 f.). Ein Kopftuch wäre ein privates Teil, das durch die Firma nicht industriell waschbar wäre (pag. 77, Z. 26 f.). Sie hätten an der Kadersitzung diskutiert, ob sie nicht eine Kopfbedeckung in das Sortiment [der Arbeitsbekleidung] aufnehmen sollten (pag. 77, Z. 29 ff.). Er selber sei der Auffassung, dass die Hygiene nicht eingehalten werden könne, wenn das Kleidungsstück nicht von ihnen selbst aufbereitet würde (pag. 77, Z. 43 f.). Sie wollten keine Einwegkopftücher in ihrem Betrieb haben (pag. 79, Z. 1). Hygiene funktioniere nur, weil die Leute die Vorschriften diszipliniert einhalten würden (pag. 79, Z. 6). Die Sicherheit sei bei einem Kopftuch in Bezug auf die Hygiene tangiert; dieses könne aber nicht in die Maschine kommen (pag. 79, Z. 3 f.). Eine Sonderlösung wäre denkbar

gewesen, wenn die Klägerin während dem Prozess, d.h. während einem formalisierten Vorgehen, bei dem man gemeinsam etwas erarbeitet hätte, auf das Kopftuch verzichtet hätte (pag. 79, Z. 11 ff.). Dass die Klägerin nur noch mit Kopftuch arbeiten wollen, sei sehr störend gewesen (pag. 79, Z. 13 f.). Er wisse nicht mehr, ob man in der Sitzung erwähnt habe, dass es allenfalls ginge, wenn die Klägerin noch etwas zuwarten würde (pag. 79, Z. 18 f.). Man nehme Abklatschtestests von der Wäsche, den Maschinen und den Leuten, die in einem Labor auf Keime untersucht würden und einen bestimmten Grenzwert nicht überschreiten dürften (pag. 79, Z. 32 ff.). Es bestehe bei der Beklagten die Weisung, die Haare nach hinten zusammen zu binden. Es gebe auch Betriebe, welche ihre Hygienevorschriften über eine Haube definieren würden (pag. 79, Z. 43 ff.).

b. Würdigung

Auch der Vertreter der Beklagten sagt sachlich und kohärent aus. Er erläutert und begründet seine Bedenken betreffend der Hygiene bei Verwendung eines Kopftuches. Er bleibt dabei neutral in seinen Schilderungen des Arbeitsverhältnisses und dessen Auflösung.

E. Beweisergebnis

Für das Gericht ist erstellt, dass die Klägerin der Beklagten verschiedene Varianten für Kompromisse angeboten hat. Die Klägerin hat von der Beklagten indessen keine zeitliche Perspektive aufgezeigt bekommen, in der man gemeinsam eine Lösung hätte erarbeiten können. Für die Klägerin entstand der Eindruck, die Beklagte wolle, dass sie das Kopftuch ablege. Dass für die Beklagte eine Lösung mit einer Form des Kopftuches nach einer Periode ohne Kopftuch möglich schien, war für die Klägerin nicht ersichtlich. Seitens der Klägerin ist erstellt, dass sie das Kopftuch aus religiösen Gründen tragen wollte. Unbestrittenermassen erfolgte die Kündigung aufgrund des Wunsches der Klägerin, bei der Arbeit ein Kopftuch zu tragen.

Die Beklagte konnte nicht nachvollziehbar darlegen, inwiefern die Hygiene mit einem Kopftuch, das täglich gewechselt und gewaschen wird, schlechter gewährleistet ist, als wenn der Mitarbeiter die Haare entsprechend den Arbeitsvorschriften zusammengebunden trägt. Auch konnte die Beklagte keine sachlichen Gründe vorbringen, die gegen die Verwendung von Einwegkopftüchern sprächen. Die Beklagte macht einzig geltend, dass sie als Reinigungsfirma Einwegtücher nicht im Betrieb haben wolle. Die Beklagte kann vorliegend nicht beweisen, dass die Weisung, auf das Tragen eines Kopftuches zu verzichten, sachbezogen und betrieblich notwendig wäre.

IV. Materielles

A. Aktivlegitimation

Voraussetzung zur Geltendmachung einer Entschädigung gestützt auf Art. 336 OR und Art. 336a OR ist nach Art. 336b Abs. 1 OR, dass der Gekündigte bis zum Ende der Kündigungsfrist beim Kündigenden schriftlich Einsprache erhebt. Der Anspruch ist nach dem Ende der Frist verwirkt (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, in: Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012, Art. 336b N 3 mit Hinweis auf BGer 136 III 96 E. 2.2). Wird nach der Einsprache keine Einigung über eine Fort-

setzung des Arbeitsverhältnisses erzielt, kann die gekündigte Partei ihren Anspruch auf Entschädigung nach Art. 336a OR geltend machen. Dies muss sie innert 180 Tagen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses mittels Klage tun (Art. 336b Abs. 2 OR). Die Frist beginnt mit der durch die missbräuchliche Kündigung bewirkten Beendigung des Arbeitsverhältnisses (vgl. STAEHELIN, ADRIAN, in: Schmid, Jörg (Hrsg.), Der Arbeitsvertrag: Art. 330b-355 OR, Art. 361-362 OR, Zürcher Kommentar Band/Nr. V/2c, 4. Aufl., Zürich 2014, Art. 336b N 7). Gegenstand der Klage ist die Leistung der Entschädigung (STAEHELIN, a.a.O., Art. 336b OR N 8).

In casu erfolgte die Kündigung am 28.01.2015 per 31.03.2015 (KB 8). Namens der Klägerin erhob Fürsprecher Burkhard am 20.03.2015 schriftlich Einsprache gegen die Kündigung (KB 12). Das Schlichtungsgesuch wurde am 25.09.2015 rechtshängig (KB 13). Somit wurde das Schlichtungsgesuch innerhalb von 180 Tagen seit Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 31.03.2015 anhängig gemacht und die Klägerin ist nach Art. 336b OR zur Klage auf Leistung der Entschädigung aktivlegitimiert.

B. Passivlegitimation

Nach Art. 336b OR handelt es sich bei den Parteien um die gekündigte Partei sowie den Kündigenden. Die gekündigte Partei klagt auf Leistung der Entschädigung, womit die kündigende Partei passivlegitimiert ist.

Die Kündigende ist vorliegend die ehemalige Arbeitgeberin der Klägerin, die [REDACTED] (KB 8).

C. Anspruchsgrundlage

1. Rechtliches

a. Das verfassungsmässige Recht

Nach Art. 336 Abs. 1 lit. b OR ist eine Kündigung missbräuchlich, wenn jemand die Kündigung ausspricht, weil die andere Partei ein verfassungsmässiges Recht ausübt. Gerechtfertigt werden kann die Kündigung damit, dass die Rechtsausübung eine Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis verletzt oder die Zusammenarbeit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt (Art. 336 Abs. 1 lit. b OR). Gelingt dieser Beweis, greifen die Sanktionen nach Art. 336a OR für die missbräuchliche Kündigung nicht.

Missbräuchlichkeit liegt in casu vor, wenn im Tragen eines Kopftuches während der Arbeit ein verfassungsmässiges Recht zu erblicken ist, es sei denn, die Rechtsausübung verletze eine Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis oder beeinträchtige wesentlich die Zusammenarbeit im Betrieb.

Das Kopftuch ist in der muslimischen Tradition nie reines modisches Accessoire, sondern stets Ausdruck der Zugehörigkeit zur religiösen Tradition und Äusserung des muslimischen Glaubens (vgl. GLOOR, WERNER, Kopftuch an der Kasse – Religionsfreiheit im privaten Arbeitsverhältnis, in: Portmann/Aubert/Dunand/von Kaenel/Müller/Gaillard (Hrsg.), ARV – Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung, ARV 2006, S. 1 ff., S. 4; (RIEMER-KAFKA, GABRIELE/SHERIFOSKA, RAIMA, Religion am Arbeitsplatz, in: Portmann/Aubert/Dunand/von Kaenel/Müller /Gaillard, ARV – Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung, ARV 2012, S. 305 ff., S. 315). Das Kopftuch ist somit eine religiöse Kultushandlung.

Religiöse Kleidungs Vorschriften und damit das Tragen eines Kopftuches aus religiöser Überzeugung fallen unter den Schutzbereich von Art. 15 BV, wie auch unter den Schutz der entsprechenden Art. 9 Abs. 1 EMRK und Art. 18 Abs. 1 UNO-Pakt II (BGE 119 Ia 178, S. 184 f. und BGE 123 I 296, E. 2 b) aa), GLOOR, a.a.O., S. 5, PÄRLI, KURT, Die unterschätzte Bedeutung der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR für das Arbeitsrecht, in: AJP 2015, S. 1681 ff.).

Grundrechte verpflichten grundsätzlich nur den Staat direkt. Sie entfalten keine unmittelbare Wirkung im Privatrechtsverkehr. Gemäss Art. 35 Abs. 3 BV haben indessen die Behörden dafür zu sorgen, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden. Auf diese Weise ist eine mittelbare bzw. indirekte Drittwirkung der Grundrechte von der Verfassung bejaht (vgl. zum Ganzen GLOOR, a.a.O., S. 7 f.). Die Religionsfreiheit bindet primär staatliche Organe, sie muss aber unter Privaten respektiert werden und der Staat hat gestützt auf die staatlichen Schutzpflichten dafür zu sorgen, dass die in Art. 15 BV und Art. 9 EMRK garantierten Rechte auch im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis geschützt sind (PÄRLI, KURT, a.a.O., S. 1682 f.).

Im privaten Arbeitsverhältnis integriert Art. 328 Abs. 1 OR über den arbeitsrechtlichen Persönlichkeitsschutz die Religionsfreiheit wie auch das Diskriminierungsverbot in das Verhältnis von Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Vorliegend ergibt sich die Massgeblichkeit der verfassungsmässig garantierten Rechte im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis überdies direkt aus Art. 336 Abs. 1 lit. b OR (GLOOR, a.a.O., S. 7).

b. Die Rechtfertigungsgründe

Nach Art. 336 Abs. 1 lit. b OR kann der Arbeitgeber die Kündigung aufgrund der Ausübung eines verfassungsmässigen Rechts durch den Arbeitnehmer aussprechen, wenn der Arbeitnehmer mit der Ausübung eine Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis verletzt oder diese Ausübung die Zusammenarbeit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt.

Das Tragen eines religiösen Kleidungsstücks stellt prinzipiell keine Vertragsverletzung dar, wenn es vorher mit dem Arbeitgeber abgesprochen wurde. Eine Verletzung kann indessen vorliegen, wenn der Arbeitnehmer einseitig, gegen den Willen des Arbeitgebers handelt oder dessen *berechtigte* Interessen und Weisungen missachtet (RIEMER-KAFKA, GABRIELE/SHERIFOSKA, RAIMA, a.a.O., S. 319). Die Weisung muss sachbezogen sein. Nicht sachbezogene Verbote sind infolge des hohen Stellenwerts der Religionsfreiheit unbeachtlich (GLOOR, a.a.O., S. 14). Hygienische Gründe oder die Sicherheit von Kunden können als Arbeitgeberinteresse dem Interesse der Arbeitnehmenden am Tragen religiöser Gründe vorgehen, während dies beim Interesse der Arbeitgebenden an einem bestimmten und einheitlichen Erscheinungsbild der Unternehmung nicht der Fall ist (PÄRLI, a.a.O., mit Verweis auf das Urteil des EGMR vom 15.01.2013 Eweida u.a. / Vereinigtes Königreich, Fn 137 und 138). Bei Vorschriften aus Sicherheits- oder auch aus Hygienegründen ist zudem immer zu prüfen, ob das Tragen des religiösen Kleidungsstücks auch tatsächlich Sicherheitsbedenken hervorruft oder nicht (vgl. RIEMER-KAFKA/SHERIFOSKA, a.a.O., S. 316).

Das Tragen eines Kopftuchs kann vereinzelt den Betriebsfrieden stören, wenn sich z.B. ein anderer Mitarbeiter dadurch angegriffen fühlt. Die Kündigung kann hier aber nur gerechtfertigt sein, wenn der Arbeitgeber im Rahmen seiner Fürsorgepflicht vorher

alle milderen zumutbaren Massnahmen ergriffen hat, um die Lage zu entspannen (vgl. GLOOR, a.a.O., S. 13 mit Verweis auf BGE 125 III 70 E.2. c)).

c. Zur Entschädigung

Der Arbeitnehmer, dem nach Art. 336 OR missbräuchlich gekündigt wurde, hat Anspruch auf eine Entschädigung (Art. 336a Abs. 1 OR). Die Entschädigung wird gemäss Art. 336a Abs. 2 OR vom Richter festgesetzt, wobei dieser alle Umstände zu würdigen hat, und der Betrag den Gegenwert von sechs Monatslöhnen des Arbeitnehmers nicht übersteigen darf. Massgebend ist der Bruttolohn. Zu berücksichtigen ist nicht nur der Grundlohn, sondern jede geschuldete Entschädigung mit Lohncharakter, also auch der 13. Monatslohn, soweit darauf ein Rechtsanspruch besteht. Insbesondere sind vom Richter die Schwere des Eingriffs in die Persönlichkeit des Gekündigten, der Grad der Missbräuchlichkeit des Motivs des Kündigenden bzw. die Schwere dessen Verfehlung, ein allfälliges Mitverschulden des Gekündigten, die Dauer der Anstellung, die Enge der arbeitsvertraglichen Beziehungen, die Art des aufgelösten Arbeitsverhältnisses, der bisherige Verlauf des Arbeitsverhältnisses, das Alter des Arbeitnehmers sowie die besonderen Umstände der Kündigung im Einzelfall, z.B. eine besonders demütigende Formulierung, zu berücksichtigen. Keinen Einfluss hat hingegen die Frage, ob der Entlassene zufällig rasch oder mit grossen Schwierigkeiten eine neue Stelle findet; denn mit der Strafwürdigkeit des Fehlverhaltens des Arbeitgebers hat das nichts zu tun (vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 336a N 3 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung).

2. Subsumtion

a. Zum verfassungsmässigen Recht

Wie vorstehend ausgeführt, ist das Tragen des Kopftuchs während der Arbeit aus religiöser Überzeugung durch Art. 15 BV und Art. 9 EMRK geschützt und daher als verfassungsmässiges Recht zu qualifizieren (siehe auch Entscheid des Bezirksgerichts Arbon vom 17.12.1990, publiziert in: Schweizerische Juristen-Zeitung SJZ 87/1991, S. 176 ff., S. 177, E. 4 a)).

b. Zu den Rechtfertigungsgründen

Vorliegend beruft sich die Beklagte auf Sicherheits- und Hygienegründe. Sie habe das Tragen des Kopftuches untersagt, weil es mit den geltenden Hygienevorschriften im Betrieb nicht vereinbar sei (pag. 37 ff.).

Das Arbeitsgericht Hamburg hat die Anweisung an einen Turban-tragenden Arbeitnehmer, eine Faltpapiermütze anstelle des Turbans zu tragen, als unzulässig erachtet, weil das Tragen des Turbans nicht gegen die Hygienevorschriften verstösst (RIEMER-KAFKA/SHERIFOSKA, a.a.O., S. 316, Fn 118).

Die Beklagte hat Bestimmungen zur Hygiene in ihren „Arbeitsvertraglichen Bestimmungen“ (KB 20) und ihren „Hygienevorschriften“ (KB 21) niedergelegt. Die Arbeitsvertraglichen Bestimmungen der Beklagten schreiben in Punkt 5.11 vor, dass den Mitarbeitern Arbeitskleider zur Verfügung gestellt werden, die täglich zu wechseln sind, und dass das Tragen der Arbeitskleider obligatorisch ist. In den Hygienevorschriften ist festgeschrieben, dass das Tragen von Schmuck, Uhren und anderen Ac-

cessoires nicht gestattet ist, sowie dass die Haare ab Schulterlänge zusammenzubinden sind (KB 21). Über Kopfbedeckungen jeglicher Art bestehen keine Vorschriften in diesen Weisungen der Beklagten. Der Vertreter der Beklagten konnte auch anlässlich seiner Parteibefragung im Rahmen der Hauptverhandlung (pag. 77 ff.) nicht erklären, weshalb ein täglich gewechseltes Kopftuch oder ein Einmalkopftuch ein grösseres Hygienierisiko darstellen würde als die zusammengebundenen Haare der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter. Die Ausführungen der Beklagten, wonach Bekleidungs Vorschriften generell einzuhalten seien und Abweichungen davon nicht toleriert würden, gehen fehl. Das Tragen eines Kopftuchs kann als religiöse Kultushandlung entgegen der Beklagten nicht mit dem Tragen von Baseball- oder Strickmützen sowie Schmuck (pag. 77 Z. 17) verglichen werden.

Da durch die Beklagte entsprechend dem vorstehenden Beweisergebnis nicht nachgewiesen wurde, dass das Tragen des Kopftuches tatsächlich Sicherheits- und/oder Hygieneprobleme hervorruft, erweist sich die Weisung, ein Kopftuch beim Arbeiten nicht tragen zu dürfen, als nicht sachbezogen bzw. notwendig und musste von der Klägerin nicht beachtet werden. Die Kündigung, begründet mit der Weigerung der Klägerin, das Kopftuch bei der Arbeit abzunehmen, kann von der Beklagten somit nicht gerechtfertigt werden und ist daher als missbräuchlich i.S.v. Art. 336 Abs. 1 lit. b OR zu qualifizieren.

c. Zur Höhe der Entschädigung

Vorliegend hat das Arbeitsverhältnis rund sechs Jahre bestanden. Die Klägerin war für die Beklagte eine gute, zuverlässige Mitarbeiterin mit einwandfreien Arbeitsleistungen, was durch die Zwischenzeugnisse (KB 5, 6) und das Arbeitszeugnis (KB 7) bestätigt wird. Die Klägerin ist erst 29 Jahre alt. Der Eingriff in die Persönlichkeitsrechte wiegt für die Klägerin schwer, da die Beklagte ihr die Ausübung eines verfassungsmässigen Rechts untersagen wollte. Der von der Klägerin angeführte Umstand, dass sie derzeit ohne Aussicht auf eine vergleichbare feste Anstellung sei (pag. 17, 65), spielt nach den vorstehenden rechtlichen Ausführungen bei der Bemessung der Entschädigung hingegen keine Rolle (siehe auch STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 336a N 8).

Die Beklagte hat nicht nach milderer Alternativen zur Kündigung gesucht. Es wurde von ihrer Seite her keine Bereitschaft signalisiert, das Arbeitsverhältnis nach gemeinsamer, konstruktiver Lösungssuche fortzusetzen. Die Umstände der Kündigung sind neutral zu gewichten.

Im zuvor erwähnten Fall aus dem Jahr 1991 hat das Bezirksgericht Arbon in einer vergleichbaren Konstellation eine Entschädigung von zweieinhalb Monatslöhnen gesprochen, wobei der Arbeitgeber der Gekündigten dort – anders als vorliegend – die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses angeboten hatte.

Unter Würdigung aller Umstände und der einschlägigen Gerichtspraxis (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 336a N 4) erscheint vorliegend eine Entschädigung in der Höhe von drei Monatslöhnen als angemessen.

Ausgehend von einem monatlichen Bruttolohn von CHF 4'060.00 (KB 22-24) zzgl. Anteil 13. Monatslohn von CHF 338.35/Monat (CHF 4'060.00 : 12) resultiert eine Entschädigung nach Art. 336a OR in der Höhe von CHF 13'195.00 (CHF 4'398.35 x 3

Monate). Da es sich hierbei um den Bruttolohn handelt, reduziert sich dieser Betrag, soweit die beklagte Partei nachweist, dass sie die Sozialabzüge an die entsprechenden Stellen überwiesen hat.

Gemäss Art. 339 Abs. 1 OR werden mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses alle Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis fällig. Erfolgt die Vertragsbeendigung durch Kündigung, wird in der Literatur mehrheitlich für automatischen Verzug mit Eintritt des Vertragsendes votiert (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 339 N 2). Vorliegend kündigte die Beklagte der Klägerin per 31.03.2015. Somit ist ein Verzugszins von 5 % seit 01.04.2015 zu bezahlen.

Soweit weitergehend ist die Klage abzuweisen.

V. Kosten

1. Die Verteilung der Prozesskosten erfolgt grundsätzlich nach Art. 106 ZPO nach dem Unterliegen. Hat keine Partei vollständig obsiegt, werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Das Gericht kann von den Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen, wenn die Klage zwar grundsätzlich, aber nicht in der Höhe der Forderung gutgeheissen wurde und diese Höhe vom gerichtlichen Ermessen abhängig oder die Bezifferung des Anspruchs schwierig war (Art. 107 Abs. 1 lit. a ZPO).

Art. 336a Abs. 2 OR stellt die Höhe der Entschädigung in das Ermessen des Richters (REHBINDER, MANFRED/STÖCKLI, JEAN-FRITZ, in: Hausheer/Walter (Hrsg.), Der Arbeitsvertrag, Art. 331-355 und Art. 361-362 OR, BK – Berner Kommentar, 2. Aufl., Bern 2014, Art. 336a N 17, STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 336a N 6).

Die Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 107 Abs. 1 lit. a ZPO sind erfüllt. Ein Abweichen von den Verteilungsgrundsätzen nach Art. 106 ZPO drängt sich auf, da das Überklagen der Klägerin angesichts des gerichtlichen Ermessens nicht zum Vorwurf gereichen kann. Diese Auffassung wird ebenfalls in den Kommentaren zu Art. 107 ZPO gestützt (vgl. STERCHI, MARTIN H., in: Hausheer/Walter (Hrsg.), ZPO, Band I: 1-149 ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, BK – Berner Kommentar, Bern 2012, Art. 107 N 3; JENNY, DAVID, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 107 N 6). Im Interesse einer einzelfallweisen Gerechtigkeit kann damit die Belastung mit Prozesskosten zugunsten der unterlegenen und zulasten der obsiegenden Partei verschoben werden (RÜEGG, VIKTOR, in Basler Kommentar ZPO, 2. Aufl. 2013, Art. 107 N 1).

Vorliegend obsiegt die Klägerin zahlenmässig lediglich im Umfang von rund 50% (CHF 13'195.00 statt CHF 25'375.00), jedoch obsiegt sie im Grundsatz, d.h. bzgl. der Frage der Missbräuchlichkeit der Kündigung, vollumfänglich. Dies ist im Sinne von Art. 107 Abs. 1 lit. a ZPO zu berücksichtigen, da die Bezifferung der ihr zustehenden Entschädigung nach Art. 336a OR aufgrund des gerichtlichen Ermessens schwierig war. Festzuhalten ist aber auch, dass die Klägerin in Kenntnis namentlich des Urteils Arbon (pag. 17, SJZ 87/1991, S. 176 ff.) und der übrigen Rechtsprechung, welche die Entschädigung wegen Ausübung verfassungsmässiger Rechte tendenziell eher bei drei Monatslöhnen oder darunter festlegt (REHBINDER/STÖCKLI, a.a.O., Art. 336a N

15), die Maximalforderung von sechs Monaten geltend machte, deutlich überklagte. Unter Berücksichtigung dieser Umstände rechtfertigt es sich, die Prozesskosten zu 1/5 der Klägerin und zu 4/5 der Beklagten aufzuerlegen.

2. Die durch den beklagtischen Anwalt eingereichte Kostennote (pag. 85 ff.) beläuft sich auf CHF 7'214.45.

Der tarifmässige Parteikostenersatz wird nach Art. 5 Abs. 1 PKV (BSG 168.811) bestimmt und ergibt für ein erstinstanzliches Verfahren mit einem Streitwert von CHF 25'375.00 einen Rahmentarif von CHF 3'200.00 bis CHF 15'700.00. Innerhalb dieses Rahmens ist das Honorar anhand der in Art. 41 KAG (BSG 168.11) genannten Kriterien zu bemessen, namentlich anhand des in der Sache gebotenen Zeitaufwandes, der Bedeutung der Streitsache sowie der Schwierigkeit des Prozesses.

Vorliegend sind die Bedeutung der Streitsache, der gebotene Zeitaufwand und die Schwierigkeit je als durchschnittlich (auf einer Skala von 0-8 mit „4“) zu taxieren. Daraus resultiert eine Ausschöpfung von 50%, was einem Honorar von rund CHF 9'450.00 (zzgl. Auslagen und MwSt.) entsprechen würde (CHF 15'700.00 – CHF 3'200.00 = CHF 12'500.00 x 50% = CHF 6'250.00 + Sockelbetrag CHF 3'200.00 = CHF 9'450.00).

Der vom beklagtischen Anwalt geltend gemachte Betrag von CHF 7'214.45 (inkl. Auslagen und MwSt.) liegt unter dem tarifmässigen Parteikostenersatz und bindet das Gericht in der geltend gemachten Höhe.

Die Klägerin hat der Beklagten demnach 1/5 von CHF 7'214.45, ausmachend CHF 1'442.90, zu ersetzen.

3. Die vom klägerischen Anwalt eingereichte Kostennote (pag. 93 ff.) beläuft sich auf CHF 12'880.00 (zzgl. Auslagen und MwSt.).

Seitens der Klägerin sind die Bedeutung der Streitsache und die Schwierigkeit je als durchschnittlich (auf einer Skala von 0-8 mit „4“) anzusehen. Der gebotene Zeitaufwand (vorprozessualer Aufwand mit aussergerichtlichen Verhandlungen, Schlichtungsverhandlung und Hauptverhandlung) erscheint hingegen als überdurchschnittlich (auf einer Skala von 0-8 mit „6“). Daraus resultiert eine Ausschöpfung von 58%, was einem Honorar von CHF 10'491.67 (zzgl. Auslagen und MwSt.) entsprechen würde (CHF 15'700.00 – CHF 3'200.00 = CHF 12'500.00 x 58% = CHF 7'291.67 + Sockelbetrag CHF 3'200.00 = CHF 10'491.67). Das geltend gemachte Honorar von CHF 12'880.00 erweist sich damit als etwas zu hoch und wird um CHF 2'388.35 auf den Betrag von CHF 10'491.65 gekürzt.

Hinzu kommen die Auslagen und die MwSt. In Bezug auf den geltend gemachten Verdienstausschlag der Klägerin ist festzuhalten, dass diese anlässlich ihrer Befragung ausführte, dass sie am Tag der Gerichtsverhandlung von 13.00 bis 17.30 Uhr mit einem Stundenlohn von CHF 20.00 in einer Textilreinigung gearbeitet hätte (pag. 73 Z. 43). Ferner hätte sie ohne die Gerichtsverhandlung ab 18.00 bis 21.00 mit einem Stundenlohn von CHF 18.50 Reinigungsarbeiten verrichtet. In Anwendung von Art. 95 Abs. 3 lit. c sind somit CHF 145.50 zu berücksichtigen (4.5h x CHF 20.00 sowie 3h x CHF 18.50). Die weiteren geltend gemachten Auslagen (pag. 97) geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Inklusive Auslagen von CHF 200.80, Verdienstausschlag

von CHF 145.50 sowie MwSt. von CHF 867.05 resultiert auf Seiten der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 11'705.00.

Die Beklagte hat der Klägerin demnach 4/5 von CHF 11'705.00, ausmachend CHF 9'364.00, zu ersetzen.

4. Praxisgemäss werden die Entschädigungen auf Ebene der Bruchteile verrechnet (vgl. LEUENBERGER, CHRISTOPH/UFFER-TOBLER, BEATRICE, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010, N 10.38).

Somit hat die Beklagte der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 7'921.10 zu bezahlen [(4/5 von CHF 11'705.00) – (1/5 von CHF 7'214.45) = CHF 9'364.00 – CHF 1'442.90 = CHF 7'921.10].

5. Aufgrund des Streitwerts von unter CHF 30'000.00 werden gemäss Art. 114 lit. c ZPO keine Gerichtskosten erhoben.

Der Gerichtspräsident entscheidet:

1. Die beklagte Partei wird verurteilt, der klagenden Partei einen Betrag von CHF 13'195.00 brutto nebst Zins zu 5 % seit 01.04.2015 zu bezahlen. Dieser Betrag reduziert sich, soweit die beklagte Partei nachweist, dass sie die Sozialabzüge an die entsprechenden Stellen überwiesen hat.

Soweit weitergehend wird die Klage abgewiesen.

2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3. Die beklagte Partei hat der klagenden Partei eine Parteientschädigung von CHF 7'921.10 (inkl. MWSt.) zu bezahlen.
4. Zu eröffnen:
 - den Parteien

Regionalgericht Bern-Mittelland

Zivilabteilung

Der Gerichtspräsident:

sig. Brand

Die Gerichtsschreiberin i.V.:

sig. Exner

Rechtsmittelbelehrung:

Der vorliegende Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung mit Berufung beim Obergericht des Kantons Bern, Zivilabteilung, Hochschulstrasse 17, Postfach 7475, 3001 Bern, angefochten werden. Die Frist kann nicht erstreckt werden (Art. 144 Abs. 1 ZPO). Wird ausschliesslich der Kostenentscheid angefochten, ist innert der gleichen Frist beim Obergericht Beschwerde zu erheben (Art. 110 ZPO).

Die Berufung ist in Papierform in je einem Exemplar für das Gericht und jede Gegenpartei oder elektronisch in einer anerkannten Form einzureichen. Sie ist zu unterzeichnen (Art. 130 und 131 ZPO). Der angefochtene Entscheid ist beizulegen (Art. 311 Abs. 2 ZPO).

Die Berufungsschrift hat Anträge und eine Begründung zu enthalten. In der Begründung ist anzugeben, inwiefern eine unrichtige Rechtsanwendung oder eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung vorliegt (Art. 310 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel werden nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon in erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

Die Berufung hemmt die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheids im Umfang der Anträge. Auf Antrag einer Partei kann das Obergericht die vorzeitige Vollstreckung bewilligen (Art. 315 Abs. 1 und 2 ZPO).

Für die Beschwerde gegen den Kostenentscheid wird auf Art. 319 ff ZPO verwiesen.

Hinweise:

Eingaben müssen spätestens am letzten Tag der Frist beim Gericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben werden (Art. 143 Abs. 1 ZPO).

Eingaben per Fax und E-Mail sind nicht rechtsgültig und haben keine fristwahrende Wirkung.

Unter bestimmten Voraussetzungen können Eingaben elektronisch erfolgen. Genauere Angaben hierzu finden Sie auf der Internetseite der Berner Justiz (<http://www.justice.be.ch/elektronische-eingaben>).

Bei Eingaben ist jeweils die Dossiernummer (CIV 16 1317) anzugeben.