

Urteil mit Anmerkung

ArbG Gelsenkirchen, § 242 BGB, §§ 81, 82, 102 Abs. 2 S. 3 BetrVG, § 84 BetrRG vom 4.2.1920, § 2 AGG, Art. 1, 2 Abs. 1, 12 Abs. 1, 20 GG, Art. 7 Rili Nr. 158 IAO, Art. 17 Rili 2000/78/EG

Unwirksame Kündigung bei fehlender Anhörung der Arbeitnehmerin

1. Eine Kündigung im Arbeitsverhältnis ohne vorherige Anhörung der Arbeitnehmerin ist unwirksam.

Urteil des ArbG Gelsenkirchen vom 17.03.2010, 2 Ca 319/10, rkr.

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer fristgemäßen Kündigung der Beklagten vom 30.09.2009 zum 30.04.2010.

Die 54 Jahre alte, ledige Klägerin, ist im Rechtsanwalts- und Notarbüro der Beklagten seit 1970 tätig und verdient als vollzeitbeschäftigte Rechtsanwalts- und Notariatsfachangestellte derzeit 3.325,00 Euro brutto im Monat. Bei den Beklagten waren zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung höchstens 10 Arbeitnehmer, davon nicht mehr als 5 Arbeitnehmer vorhanden, die bereits am 31.12.2003 im Büro der Beklagten beschäftigt waren. [...]

Ohne vorherige Anhörung der Klägerin zur beabsichtigten Kündigung und deren Gründe sprachen die Beklagten der Klägerin mit Schreiben vom 30.09.2009 die fristgemäße Kündigung zum 30.04.2010 aus. Gegen diese Kündigung wendet sich die Klägerin. [...]

1.

Die fristgemäße Kündigung der Beklagten ist allein aus formellen Gründen unwirksam. Der Ausspruch der Kündigung ohne Anhörung der Klägerin widerspricht dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) sowie der Vorschrift des § 82 Abs. 1 BetrVG. Die Vorschrift des § 102 Absatz 1 BetrVG, die im Fall der Kündigung die Anhörung des Betriebsrates durch den Arbeitgeber sowie im Rahmen eines solchen Anhörungsverfahrens auch eine Anhörung des Arbeitnehmers (durch den Betriebsrat) vorsieht, gilt als Spezialregelung zu den vorgenannten Vorschriften für einen Betrieb mit bestehendem Betriebsrat. Dazu zählt der Kanzleibetrieb der Beklagten nicht.

Während das Bundesarbeitsgericht die Notwendigkeit einer Anhörung des Arbeitnehmers vor Ausspruch einer Kündigung – außer im Falle einer Verdachtskündigung – verneint (BAG 21.03.1959 – 2 AZR 375/59; BAG 18.09.1997 – 2 AZR 36/97; BAG 21.02.01 – 2 AZR 579/99) halten sie das Arbeitsgericht Gelsenkirchen (26.06.1998 – 3 Ca 3473/97; 13.11.1998 – 3 Ca 2219/98; 18.01.2007 – 5 Ca 1689/06) und das Arbeitsgericht Dortmund (30.10.2008 – 2 Ca 2492/08) unter Berufung auf die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, auf verfassungsrechtliche Prinzipien sowie auf Grundrechte für rechtlich erforderlich, soweit ein Betriebsrat nicht existiert und deswegen nicht angehört werden kann.

Die verfassungskonforme Auslegung des § 242 BGB mit Rücksicht auf Art. 1 GG (Menschenwürde), Art. 2 Abs. 1 GG (freie Entfaltung der Persönlichkeit), Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit) und den das Arbeitsrecht beherrschenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebietet, eine Kündigung eines Arbeitnehmers in betriebsratslosen Betrieben ohne dessen vorheriger Anhörung als unzulässige Rechtsausübung anzusehen. In dem Urteil der 3. Kammer des Arbeitsgerichts Gelsenkirchen vom 26.06.1998 (3 Ca 3473/97, EzA § 242 Nr. 41) heißt es hierzu im Einzelnen als Begründung:

a) „Der Arbeitgeber verletzt bei Ausspruch einer Kündigung ohne Anhörung des Arbeitnehmers nämlich die ihm selbst aus dem Arbeitsverhältnis dem Arbeitnehmer gegenüber obliegende Fürsorgepflicht (siehe im einzelnen zum Stand Diskussion KR Hillebrecht § 626 BGB, Anm. 79 ff. m.w.N.). Diese hat den Inhalt, bei der Abwicklung des eingegangenen Arbeitsverhältnisses die Person und die Rechtsgüter des Arbeitnehmers nicht bzw. nicht unverhältnismäßig zu verletzen, sowie möglichst am Arbeitsverhältnis festzuhalten. Diese allgemeine Verpflichtung des Arbeitgebers besteht auch und insbesondere bei der beabsichtigten Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber und konkretisiert sich in betriebsratslosen Betrieben in dessen Verpflichtung zur Anhörung des Arbeitnehmers vor Ausspruch einer Kündigung. Durch die Gelegenheit zur Äußerung vor Ausspruch einer arbeitgeberseitigen Kündigung kann der Arbeitnehmer seine Interessen artikulieren, seine Sicht der Lage darstellen sowie diese dem Arbeitgeber ins Bewusstsein rufen, weiterhin Gegendarstellungen zu der Kündigung sowie den Kündigungsgründen des Arbeitgebers vorbringen und damit gegebenenfalls den Eingriff in den Bereich seiner Rechtsgüter abmildern oder gar verhindern. Dies ist dem Arbeitnehmer nach vollzogener Kündigung des Arbeitgebers, auch wenn er diese gerichtlich auf seine Rechtmäßigkeit überprüfen lässt, nicht oder nur bedingt möglich.

Eine derartige Fürsorgepflicht in Form der Anhörungspflicht des Arbeitnehmers vor Ausspruch einer Kündigung und die Wirkung der Nichtbeachtung dieser Pflicht, nämlich der Verstoß gegen Treu und Glauben im Sinne einer unzulässigen Rechtsausübung bei Ausspruch der Kündigung mit der Folge ihrer Rechtsunwirksamkeit, folgt aus dem Arbeitsvertrag und einer verfassungskonformen Auslegung und Anwendung von § 242 BGB. Die grundgesetzlichen Bestimmungen kommen zumindest mittelbar bei einer Ausfüllung und Anwendung privatrechtlicher Generalklauseln zur Geltung (BVerfGE 7, 198; zur unmittelbaren Grundrechtswirkung BAG AP 25 zu Art. 12 GG). Eine Kündigung des Arbeitgebers ohne vorherige Anhörung des Arbeitnehmers verstößt gegen die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG), sein Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG), seine Berufsfreiheit (Art. 12 GG). [...]

Die Kammer ist demgegenüber der Ansicht, dass eine Anhörungspflicht dem Arbeitnehmer gegenüber für den Normalfall einer arbeitgeberseitigen Kündigung in betriebsratslosen Betrieben zu gelten hat und dort – bei verfassungskonformer Auslegung – nicht auf den Fall der Verdachtskündigung beschränkt bleiben darf. Die Frage, ob daraus folgt, dass der Arbeitgeber für den besonderen Fall einer Verdachtskündigung über die Anhörung des Arbeitnehmers hinaus weitere Aufklärungspflichten zu erfüllen hat, kann für den vorliegenden Fall dahinstehen. Der Hinweis des Bundesarbeitsgerichtes (BAG a.a.O.) auf den objektiven Charakter der Kündigungsgründe und die Unerheblichkeit des subjektiven Kenntnisstandes des Kündigenden greift als Begründung für eine generell ablehnende Haltung gegenüber einer Anhörungspflicht vor Ausspruch einer Kündigung zu kurz. [...]

b) „Der Ausspruch einer Kündigung durch den Arbeitgeber ohne die vorherige rechtliche Möglichkeit des Arbeitnehmers zur Gegenäußerung verletzt die in Art. 1 Abs. 1 GG verankerte Menschenwürde des Arbeitnehmers sowie dessen Recht auf freie Persönlichkeitsentfaltung (Art. 2 Abs. 1 GG). Auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes kommt es bisher (in betriebsratslosen Betrieben) nicht selten zu Kündigungen des Arbeitgebers, die den Arbeitnehmer überraschen und manchmal sogar während seiner betrieblichen Abwesenheit (Urlaub, Krankheit etc.) treffen. Ohne die vorherige Anhörung wird der Arbeitnehmer auf diese Weise zum Objekt der Maßnahme eines Dritten, die für ihn (zumindest zunächst) erhebliche materielle und ideelle Nachteile hat und ihn in seiner freien Persönlichkeitsentfaltung hindert. (Däubler, Arbeitsrecht II, S. 436). Es gelingt gekündigten Arbeitnehmern

erfahrungsgemäß nur sehr selten, nach einer einmal getroffenen Kündigungsentscheidung den Arbeitgeber durch eine Gegenvorstellung umzustimmen.

Wenn durch eine einseitige, „einsame“ Entscheidung des Arbeitgebers demnach dem Arbeitnehmer materielle und ideelle Konsequenzen für die weitere Lebensgestaltung auferlegt werden können, ohne dass diesem in Form der Anhörung die Möglichkeit gegeben wird, diese Kündigungsentscheidung vorher durch eine Stellungnahme zu beeinflussen, abzumildern oder abzuwenden, wird der Arbeitnehmer im Ergebnis zum bloßen Träger der dem Arbeitgeber nicht mehr interessierenden Arbeitskraft reduziert. Dies missachtet die menschliche Würde des Arbeitnehmers sowie sein Recht auf freie Persönlichkeitsentfaltung. Der Arbeitnehmer hat ein Anrecht darauf, in einem Arbeitsverhältnis nicht nur als Träger einer Ware, sondern als verantwortungsbewußte, mitdenkende und mitgestaltende Person respektiert zu werden.

Diese grundgesetzlich gebotene Wertung hat der Gesetzgeber im Rahmen der Betriebsverfassung in mehreren Vorschriften zum Ausdruck gebracht. Das Gebot der vorherigen Anhörung des Arbeitnehmers vor diesen beeinträchtigenden Maßnahmen des Arbeitgebers spiegelt sich in § 82 Abs. 1 BetrVG aber auch in § 102 BetrVG, der die Mitbestimmung bei Kündigungen des Arbeitgebers regelt. Im Zuge einer Kündigung soll der Betriebsrat hier auch die Interessenvertretung des zu kündigenden Arbeitnehmers übernehmen und erhält vor Ausspruch der Kündigung Gelegenheit zur Stellungnahme. Dass in diese Stellungnahme auch die individuellen Ansichten des Arbeitnehmers einfließen können und sollen, ergibt sich aus § 102 Abs. 2 Satz 3 BetrVG, in dem es heißt: „Der Betriebsrat soll, soweit dies erforderlich erscheint, vor seiner Stellungnahme den betroffenen Arbeitnehmer hören“. Dieses Gebot ist damit zwar nur als Soll-Vorschrift ausgestaltet, nach dem Willen des Gesetzes sollen jedoch vorliegend die Beziehungen des einzelnen Arbeitnehmers zu seiner Interessenvertretung nicht durch die Schaffung eines (einklagbaren) Rechts belastet werden. Für die Normen der Betriebsverfassung im 5. Abschnitt des Betriebsverfassungsgesetzes stehen nämlich die Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat im Vordergrund. Entscheidend für die vorliegende Frage ist jedoch der in den Normen der Betriebsverfassung zum Ausdruck kommende Wille des Gesetzes, dass die Belange des Arbeitnehmers ein Sprachrohr erhalten, bevor der Arbeitgeber die beabsichtigte Kündigung ausspricht. [...]“

d) „Gleichfalls gebietet ein weiterer aus dem öffentlichen Recht stammender, das Kündigungsrecht be-

herrschender Grundsatz, nämlich das Verhältnismäßigkeitsprinzip (siehe BAG AP 70 zu § 626 BGB) die vorherige Anhörung des Arbeitnehmers bei einer arbeitgeberseitigen Kündigung in einem Betrieb ohne Betriebsrat. Aus diesem Grundsatz hat das Bundesarbeitsgericht (BAG a.a.O.) im Falle der Verdachtskündigung eine Anhörungspflicht des Arbeitnehmers abgeleitet. Diese ist jedoch auf alle Arten der Kündigung zu erstrecken. In Ermangelung der Einschaltung eines Betriebsrats gemäß § 102 BetrVG kann erst eine Anhörung des Arbeitnehmers für den Arbeitgeber hinreichenden Aufschluss darüber geben, ob Gründe zur Kündigung gegeben sind und es erforderlich und angemessen ist, eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses anzustreben.“

e) „Schließlich sei darauf verwiesen, dass die rechtlichen Erwägungen und Wertungen des Gerichts, die nach alledem zu einer Pflicht zur Anhörung des Arbeitnehmers vor Ausspruch einer Kündigung und zur Annahme der Unwirksamkeit der Kündigung bei Missachtung dieser Verpflichtung führen, im Ergebnis ihre Entsprechung in Art. 7 der Richtlinie Nr. 158 der IAO finden. Die Vorschrift hat folgenden Wortlaut:

„Das Arbeitsverhältnis eines Arbeitnehmers darf nicht aus Gründen, die mit seinem Verhalten oder seinen Leistungen zusammenhängen, beendet wer-

den, wenn ihm nicht vorher Gelegenheit gegeben worden ist, sich gegen die vorgebrachten Behauptungen zu Wehr zu setzen, es sei denn, dass es für den Arbeitgeber unzumutbar wäre, eine solche Gelegenheit zu geben.“

Das Gericht geht über den Inhalt dieser Vorschrift hinaus, indem es eine Pflicht zur Anhörung des Arbeitnehmers auch für betriebsbedingte Kündigungen des Arbeitgebers annimmt. Der deutsche Gesetzgeber hat nämlich Anhörungspflichten vor Maßnahmen der Arbeitgeberseite gemäß §§ 81, 82, 102 BetrVG nicht von verhaltens- und personenbedingten Gründen einerseits oder betriebsbedingten Gründen andererseits abhängig gemacht. Das Gericht verkennt nicht, dass die Bundesrepublik das Übereinkommen 158 bislang nicht ratifiziert hat. Dennoch wird anhand dieser Vorschrift deutlich, dass die mit der Entscheidung der Kammer vorgenommene Rechtsfortbildung Grundgedanken völkerrechtlicher Vorschriften aufgreift und im übrigen auch dem Recht und der Praxis vieler Mitgliedsstaaten der Europäischen Union entspricht.

2.

Die erkennende Kammer folgt diesen unter 1. zitierten Erwägungen und fügt folgende Rechtsgründe für das Erfordernis einer Anhörung des Arbeitnehmers in betriebsratslosen Betrieben vor Ausspruch einer Kündigung durch den Arbeitgeber hinzu:

a) Eine Pflicht zur Anhörung des Arbeitnehmers vor Ausspruch einer Kündigung in betriebsratslosen Betrieben folgt auch aus dem ebenfalls aus § 242 BGB abzuleitenden, vertraglichen Gebot, bei Verfolgung seiner Interessen gegenüber der Gegenpartei

fair zu verfahren (zur Fairness bei dem Abschluss von Aufhebungsverträgen: Reinecke, zur Kontrolle von Aufhebungsverträgen nach der Schuldrechtsreform, in: Personalrecht im Wandel – Festschrift für Küttner, München 2006, S. 327, 333 m.w.N.). Indem der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zu einer beabsichtigten Kündigung anhört, gibt er ihm Gelegenheit, seine Sicht zur beabsichtigten Kündigung vorzutragen und auf diese Weise auf die bevorstehende Kündigungsentscheidung (noch) Einfluss zu nehmen. Demgegenüber ist es als unfair anzusehen, den Arbeitnehmer mit einer Kündigungsentscheidung zu überraschen und ohne Gehör zu konfrontieren.

Die Rechtsprechung der Zivilgerichte geht dementsprechend auf dem Gebiet des Vereinsrecht von der Pflicht aus, vor Ausschluss eines Vereinsmitglieds oder der Verhängung einer anderen Vereinsstrafe das Mitglied vorher anzuhören (BGHZ 29,352 ff, 355; OLG München 23.1.92 – 27 W 291/91; OLG Köln NJW-RR 1993, 891; OLG München MDR 73, 405), selbst wenn dies nicht in der Vereinssatzung oder in einer aufgestellten Verfahrensordnung vorgesehen ist.

b) Eine mangelnde Pflicht zur Anhörung des Arbeitnehmers vor Ausspruch einer Arbeitgeberkündigung in betriebsratslosen Betrieben schränkt den verfassungsrechtlich gebotenen Mindestschutz gegen arbeitgeberseitige Kündigung unangemessen für die Arbeitnehmer in denjenigen Fällen ein, in denen ein Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz – wie im vorliegenden Fall – nicht besteht. Deutlich wird dies besonders, wenn in diesen Fällen der betroffene Arbeitnehmer z. B. eine angebliche Diskriminierung durch die Kündigung des Arbeitgebers aus Gründen der Rasse oder der ethnischen Herkunft, des Geschlechts oder der Religion, der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität geltend machen will.

Die Unbeachtlichkeit oder eingeschränkte Wirksamkeit von § 2 Abs. 4 AGG mit Blick auf europarechtliche Antidiskriminierungsvorschriften vorausgesetzt, führt die Versagung der Anhörung des Arbeitnehmers vor Ausspruch einer Kündigung in Betrieben ohne Betriebsrat zur Verkürzung eines nach Artikel 17 der Richtlinie 2000/78/EG gebotenen wirksamen Rechtsschutzes. Wie sich nämlich in der gerichtlichen Praxis zeigt, wird es dem Arbeitnehmer, ohne vorherige Mitteilung der Kündigungsgründe durch den Arbeitgeber, das heißt, ohne Kenntnis der selben, erschwert, Indizien für eine verbotene Benachteiligung im Sinne von § 22 AGG vorzutragen und unter Beweis zu stellen. Müssen die Kündigungsgründe erst nach Ausspruch der Kündigung oder gar erst im Prozess vorgetragen werden, wird der gut beratene Arbeitgeber diese so darlegen, dass die

Vermutung einer verbotenen Benachteiligung durch die Kündigung erst gar nicht entsteht. Ohne gebotene Anhörung des betroffenen Arbeitnehmers zu den Gründen der Kündigung vor deren Ausspruch wird der Rechtsschutz ausgehöhlt. Eine derartige Schmälerung des Rechtsschutzes für den Arbeitnehmer läuft aber nicht allein dem Zweck der Antidiskriminierungsrichtlinien zuwider, sondern drängt generell den europarechtlich gebotenen Schutz gegen ungerechtfertigte Entlassungen (siehe Artikel 30 der Charta der Grundrechte der europäischen Union und Artikel 24 der europäischen Sozialcharta) unangemessen zurück.

c) [...] § 82 Abs. 1 BetrVG [...] gilt auch für betriebsratslose Betriebe. Sie wird für den Fall einer Kündigung des Arbeitgebers nicht durch die Spezialvorschrift des § 102 BetrVG verdrängt, da im Betrieb der Beklagten ein Betriebsrat nicht besteht.

Bei der arbeitgeberseitigen Kündigung des Arbeitnehmers handelt es sich im Sinne von § 82 Abs. 1 Satz 1 BetrVG um eine „betriebliche Angelegenheit“ die die Person des Arbeitnehmers betrifft, und die damit – ohne (!) vorherig notwendige Initiative des Arbeitnehmers (anders Wlotzke/Preis/Kreft im Betriebsverfassungsgesetz 4. Auflage zu § 82 Ziffer 7) – die Anhörungspflicht des Arbeitgebers auslöst. Eine Kündigung ist zudem im Sinne von § 82 Abs. 1 Satz 2 BetrVG als „Maßnahme des Arbeitgebers“, die den Arbeitnehmer betrifft, anzusehen, zu der der Arbeitnehmer berechtigt ist, Stellung zu nehmen. Der entsprechende 1. Teil dieses Satzes 2 des § 82 Abs. 1 BetrVG konkretisiert damit die Anhörungspflicht des Arbeitgebers gemäß Satz 1 dieser Vorschrift für den Fall einer den Arbeitnehmer betreffenden Maßnahme des Arbeitgebers und sagt, dass zur Anhörung des Arbeitnehmers die Einräumung der Möglichkeit zur Stellungnahme gehört.

§ 81 Abs. 1 betrifft damit nicht nur Umsetzungen, Versetzungen oder Abmahnungen (siehe hierzu Arbeitsgericht Frankfurt/Oder vom 07.04.1999 – 6 Ca 61/99 –), sondern erst recht eine den Arbeitnehmer wesentlich härter treffende Kündigung oder Änderungskündigung (siehe Roßbruch, PbfIR 1999, 118). Sinn und Zweck dieser Norm ist nämlich der Schutz und die Förderung der freien Entfaltung der Persönlichkeit des Arbeitnehmers (§ 75 Abs. 2 BetrVG). Diesem soll in der Betriebsverfassung eine Subjektstellung eingeräumt werden, welche auch und gerade im Falle einer arbeitgeberseitigen Kündigung des Arbeitsverhältnisses infrage gestellt wird.

Die Rechtsfolgen einer Verletzung der Anhörungspflicht des Arbeitgebers nach § 82 Abs. 1 BetrVG sind im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt. Der be-

zweckte Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers durch Einräumung von Anhörungsrechten desselben kommt jedoch nur dann voll zur Geltung, wenn die mangelnde Anhörung die Rechtsunwirksamkeit der den Arbeitnehmer betreffenden Maßnahme nach sich zieht (siehe Kittner/Däubler/Zwanziger – Däubler Kündigungsschutzrecht 7. Auflage, Einl. Rn. 185). Die Gewährung nur eines Schadensersatzanspruches für den nicht gehörten Arbeitnehmer ist unzureichend. [...]

Die hier vorgenommene Gesetzesauslegung zur Reichweite des § 82 Abs. 1 BetrVG mit einer Akzentuierung der Anhörungspflicht des Arbeitgebers bei von ihm beabsichtigten Kündigungen in betriebsratslosen Betrieben erfolgt nicht zuletzt mit Rücksicht auf die grundrechtlichen Vorschriften der Artikel 1 (Menschenwürde), Artikel 2 Abs. 1 (Entfaltung der Persönlichkeit), Artikel 12 (Berufsfreiheit) und Artikel 20 Grundgesetz (Sozialstaatsprinzip).

In betriebsratslosen Betrieben, in denen oft auch keine Gewerkschaften vertreten sind, sind Arbeitnehmer Maßnahmen und Weisungen des Arbeitgebers ohne kollektiven Schutz ausgesetzt. Durch verschiedene gesellschaftliche Faktoren bedingt, geht generell der Einfluss kollektiver Akteure in den betrieblichen Arbeitsbeziehungen, die dort Gegenpol und Puffer im Verhältnis zur Macht des Arbeitgebers sein können, zurück. Betriebssoziologen und Wirtschaftswissenschaftler sprechen von der Gefahr, dass Betriebe, besonders solche ohne kollektive Interessenvertretungen, zu totalitären Systemen werden, in denen der einzelne Arbeitnehmer gegenüber Maßnahmen des Arbeitgebers keine oder nur noch wenige Handlungsalternativen besitzt. Indizien hierfür bieten unter anderem die in jüngerer Zeit festzustellenden Überwachungspraktiken von Arbeitgebern. Gefördert wird eine solche Entwicklung durch die Lage auf dem Arbeitsmarkt, die viele Arbeitnehmer faktisch außerstande setzt, den Inhalt von Arbeitsverträgen vertraglich auszuhandeln oder sich Anforderungen und Zugriffen des Arbeitgebers durch eine Eigenkündigung zu entziehen.

Einer solchen Gefahr hat die Rechtsprechung, bei Anwendung und Auslegung von Gesetzesvorschriften im Lichte der oben genannten Grundrechtsvorschriften Rechnung zu tragen. Der freiheitliche Charakter der Betriebsverfassung einhergehend mit dem Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers ist zu bewahren und zur Geltung zu bringen. Der Gesetzgeber hat mit § 82 Abs. 1 BetrVG eine Regelung getroffen, die Raum für die Äußerung und Berücksichtigung von Vorstellungen und Bedürfnissen der einzelnen Arbeitnehmer bei arbeitgeberseitigen Maßnahmen schaffen soll. Es ist kein Grund ersichtlich, warum dies nicht auch bei beabsichtigten Maßnahmen des Arbeitgebers zur Beendigung eines Arbeitsver-

hältnisses, also bei einer Kündigung, zutreffen und die Unwirksamkeit dieser Maßnahme nach sich ziehen soll. Schon der Gesetzgeber der Weimarer Republik sah in § 84 Ziffer 2 des Betriebsrätegesetzes vom 04.02.1920 die Rechtswidrigkeit einer Kündigung vor, wenn diese ohne Angaben von Gründen erfolgt war.

3. Nach alledem führt allein schon die mangelnde Anhörung der Klägerin zur Unwirksamkeit der Kündigung der Beklagten. Eine Anhörung der Klägerin vor Ausspruch der Kündigung war der Beklagten auch nicht unzumutbar. [...]

Anmerkung

Es muss geredet werden!

Mit dieser grundlegenden Entscheidung des Arbeitsgerichts Gelsenkirchen vom 17.03.2010, in der die Pflicht zur Anhörung der Arbeitnehmerin¹ vor jeder Kündigung postuliert wird, findet vom Ergebnis her der Gedanke des rechtlichen Gehörs Eingang in das Arbeitsverhältnis, damit wird eine Kommunikationsverpflichtung des Arbeitgebers aufgestellt.

Dies ist gerade für die mehrheitlich weiblichen Beschäftigten in vom Kündigungsschutz ausgenommenen Kleinbetrieben besonders wichtig, um sie bei Kündigungen nicht rechtlos zu stellen.

I.

Nicht von ungefähr geht es in der Entscheidung des Arbeitsgerichts Gelsenkirchen um die Klage einer 54-jährigen Rechtsanwalts- und Notariatsfachangestellten in einem Kleinbetrieb - einer Anwaltskanzlei - gegen eine Kündigung, die sie ohne vorherige Anhörung vor die vollendete Tatsache der Beendigung ihres 40 Jahre dauernden Arbeitsverhältnisses stellte. Aus der Betriebszugehörigkeit und dem Alter der Klägerin ist unschwer erkennbar, dass sie bei dem Arbeitgeber im Alter von 14 Jahren ihre Ausbildung direkt begonnen hat, mithin ihr gesamtes Berufsleben in diesem Arbeitsverhältnis verbracht hat.

In Kleinbetrieben sind in der Mehrzahl Frauen erwerbstätig. In Betrieben mit bis zu 5 Beschäftigten sind zu 56 % Frauen beschäftigt.² Der Beruf der Klägerin, einer Rechtsanwalts- und Notarsfachangestellten,

wird etwa zu 96 % von Frauen ausgeübt.³ Die typischen Frauenberufe wie Arzthelfern, Apothekenhelferin, Friseurin, Rechtsanwalts- und Notarsgehilfin werden strukturell in bestimmten Branchen ausgeübt, die von Kleinbetrieben, z.B. den freien Berufen geprägt sind.⁴

Dies bedeutet für wichtige typische „Frauen“-Berufe, dass Frauen nur im Ausnahmefall bei Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit damit rechnen können, in einem vom Kündigungsschutzgesetz erfassten Arbeitsverhältnis tätig sein zu können. Die rechtliche Lage von Arbeitsverhältnissen in Kleinbetrieben ist so immer für die Situation erwerbstätiger Frauen von besonderem Interesse.

Die Herausnahme dieser Arbeitsverhältnisse aus dem Kündigungsschutzgesetz, in denen ein vergleichsweise hoher Prozentsatz erwerbstätiger Frauen tätig ist (14,4 % der erwerbstätigen Frauen im Gegensatz zu 9,3 % der erwerbstätigen Männer⁵) ist strukturell bereits problematisch. Gerade diese Arbeitsverhältnisse sind sehr von dem persönlichen Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmerin geprägt. Oft wird dieses noch durch Assistenz- oder Zuarbeitstätigkeiten zu einem engen Abhängigkeitsverhältnis, in dem die Aufrechterhaltung einer Privatsphäre der Arbeitnehmerin nur noch mit Anstrengung möglich gemacht wird. Das gesamte Verhalten im Arbeitsverhältnis steht immer unter dem Stern des nicht zu trübenden persönlichen Verhältnisses zum Arbeitgeber, da andernfalls auch bei nichtigem Anlass aufgrund des fehlenden Kündigungsschutzes mit einer Kündigung gerechnet werden muss. Die Tatsache des engen persönlichen Verhältnisses zwischen den Parteien des Arbeitsvertrages als Begründung für die Herausnahme aus dem Kündigungsschutz anzuführen, wie von der Politik bei auch der letzten Gesetzesverschärfung durch Anhebung des Schwellenwertes geschehen,⁶ kann allenfalls dann nachvollzogen werden, wenn allein die Arbeitgeberperspektive eingenommen wird.⁷

Der Gesetzgeber versagt also gerade erwerbstätigen Frauen in typischen „Frauen“-Berufen in erheblichem Umfang den Kündigungsschutz.

Das bisherige Leitbild, welches dem Arbeitsverhältnis meistens unausgesprochen unterstellt wird, geht vom männlichen Normalarbeitsverhältnis aus.⁸ Es

1 Die weibliche Form wird im Text als Archilexem verwandt.

2 Silke Bothfeld/ Ute Klammer/ Christina Klenner/ Simone Leiber/ Anke Thiel/ Astrid Ziegler, WSI, FrauenDatenReport 2005 S.170; BVerfG Beschl. v. 27.1.1998, AP 17 zu § 23 KSchG 1969, B II 3 der Gründe.

3 Tagesspiegel vom 12.4.2009, Frauenberufe „Von wegen typisch“.

4 Astrid Ziegler für WSI, Antwort auf den Fragenkatalog in der Anhörung im Bundestagsausschuss Familie, Senioren, Frauen und Jugend am 28.1.2009 zur Entgeltgleichheit, STREIT 2009, 123.

5 WSI FrauenDatenReport, aaO.

6 vgl. BVerfG, aaO, B I 3 b bb der Gründe.

7 KR-Weigand, § 23 KSchG 9. Aufl. 2009, Rdn 14, mwN zu Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit der Herausnahme der Kleinbetriebe aus dem Kündigungsschutz.

8 Peter Stein, Geschlechtsspezifische Aspekte des Kündigungsschutzes, in: Christine Hohmann-Dennhardt/ Marita Körner/ Reingard Zimmer (Hrsg.), Geschlechtergerechtigkeit, FS H. Pfarr, 2010, S. 284 f.

changiert zwischen kühl-trockenem Austauschverhältnis, eine gleiche Machtverteilung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmerin imaginierend, die es fraglos nicht gibt, und dem personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis, bei welchem es uns angesichts der Vorstellung von einer darin erfolgten, durch väterliche Fürsorgepflichten weichgespülten Machtausübung⁹ andererseits unbehaglich werden lässt.

Konflikte, die die Erwerbstätigkeit von Frauen mit sich gebracht haben und mit sich bringen, verdeutlichen besonders, dass es sich beim Arbeitsleben um einen Teil des menschlichen Lebens überhaupt handelt, mit dem Eingebundensein in soziale Beziehungen und der Wahrnehmung von Verantwortung in der Gesellschaft sowie am Arbeitsplatz. Diese erweiterte Sicht, die gerade von Frauen im Arbeitsleben eingefordert wird, verändert zwangsläufig auch das Verständnis des Arbeitsverhältnisses insgesamt. Um allen Verpflichtungen gerecht zu werden, sind im engen Zeitmanagement vieler Frauen Absprachen zwischen allen Beteiligten unerlässlich. Die Kommunikation im Arbeitsverhältnis gewinnt an Bedeutung. Diese Entwicklung beeinflusst auch das aktuelle Bild des Arbeitsverhältnisses insgesamt.

Das Erfordernis der Kommunikation zwischen den Parteien des Arbeitsvertrages wird inzwischen auch im normativen Bereich, etwa beim ‚betrieblichen Eingliederungsmanagement‘ gem. § 84 Abs. 2 SGB IX, oder der ‚stufenweisen Wiedereingliederung‘ nach Krankheit gem. § 28 SGB IX verlangt.¹⁰ Die bisherige Orientierung am Normalarbeitsverhältnis, an der Figur des „konfliktgestählten“ männlichen Arbeiters und Familienernährers wirkt in jeder Hinsicht jedoch noch nach.

Vermeintlich fehlende individuelle Auseinandersetzungsfreudigkeit und Selbstbehauptung von Frauen im Arbeitsleben¹¹ wird an einem derart bislang vorhandenen Bild gemessen, wenn z.B. in der Frage der Entgeltverhandlungen von Frauen Zurück-

haltung und Bescheidenheit als „Selbst schuld der Frauen am Gender pay gap“ thematisiert wird.¹²

Nicht wenige Frauen haben unabhängig davon, welche realen Möglichkeiten zu Verhandlungen sie im Arbeitsleben überhaupt haben, durchaus auch andere Vorstellungen, wie sie Arbeit und Arbeitsleben verstehen. Sie können mehr Wert auf Arbeitsinhalte legen und auf die Kompatibilität mit dem übrigen sozialen Leben, während Ihnen hierarchische Statussymbole nicht so wichtig sind.¹³

Hinzu kommen auch unerwünschte Veränderungen in den Strukturen der Arbeitsverhältnisse in der globalisierten Informationsgesellschaft dahin, dass sich in Teilen „Arbeitsverhältnis-ähnliche“ Strukturen entwickeln, das klassische Bild des Arbeitsverhältnisses aufgeweicht wird, Abgrenzungen zwischen beruflichen und privaten Sphären verschwimmen können oder die Grenzen des Arbeitsverhältnisses arbeitgeberseitig aktiv zur Gewinnmaximierung aufgelöst werden.¹⁴

Um die Interessen am Arbeitsleben teilnehmender Frauen zu verbessern, ist es daher erforderlich, längst auch im gesellschaftlichen Rahmen vorhandene Elemente der Beteiligung Betroffener an für sie wichtigen Verfahren auch im Arbeitsverhältnis zu stärken. An erster Stelle steht dabei die Verstärkung der vom Arbeitgeber auszugehenen Kommunikation als Ausdruck von Respekt und Anerkennung der Arbeitnehmerin.

Hier eröffnet das Arbeitsgericht Gelsenkirchen mit der Forderung einer Anhörungspflicht der Arbeitnehmerin vor jeder Kündigung einen Weg in die notwendige Richtung.

Gerade für die in den Kleinbetrieben beschäftigten Arbeitnehmerinnen ist dies erforderlich, um der bisher allgemein verstandenen Rechtlosigkeit im Falle einer Kündigung in der Tendenz besser begegnen zu können.

9 Wolfgang Leinemann, Kasseler Handbuch zum Arbeitsrecht Bd. 1.1, Rz 17 ff.

10 Katja Nebe, (Re)Integration von Arbeitnehmern Stufenweise Wiedereingliederung und Betriebliches Eingliederungsmanagement – ein neues Kooperationsverhältnis, DB 2008, 1801 ff.

11 zu kollektiven Auseinandersetzungen: Edith Schmidt / David Wittenberg, 1973, Ihr Kampf ist unser Kampf, Film, Wilde Streiks 1973; Pierburg Neuss & Ford Köln. (Im August 1973 legten Arbeiterinnen, vor allem migrantische Frauen, bei Pierburg in Neuss die Arbeit nieder und verlangten 1,00 Mark mehr für alle – ohne dass eine Gewerkschaft offiziell zum Streik aufgerufen hätte.) Marianne Kaiser: Wir wollen gleiche Löhne – Dokumentation zum Kampf der 29 „Heinze“-Frauen. Reinbek 1980; BAG, Urt. vom 09.09.1981, - 5 AZR 1182/79 - AP 117 zu Art. 3 GG; zu: Kroschu-Frauen: ArbG Bochum Beschl. v. 26.09.1980 mit Anmerkung von Ninon Colneric, STREIT 84, 126 ff., 129 ff.

12 Christian Teevs, Weiblich, bescheiden, übervorteilt, Spiegel online, 6.7.2010, Zugriff 22.06.2011; vgl. Birgit Beese, „Frauenverdienste -Männerverdienste- wie weit liegen sie auseinander“, STREIT 2007, 99 ff., 105; Agentur für Arbeit Stralsund, Elke

Lübstorf und Mechthild Pingler, „Zurück in den Beruf“, 2010, S. 12; Claudia Pinl, „Männer lassen arbeiten“, 2000, S. 12; zum Thema der ungleichen Bezahlung von Frauen und Männern: Regine Winter, Diskriminierungsfreie(re) Entgeltgestaltung – leider immer noch ein Prinzip ohne Praxis, in: Christine Hohmann-Dennhardt/ Marita Körner/ Reingard Zimmer (Hrsg.), Geschlechtergerechtigkeit, FS H. Pfarr, 2010, S. 320 ff.; Kerstin Feldhoff, Der Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit, 1998.

13 Antje Schrupp, Was wäre wenn? 2009, S. 111, 117; Gisela Notz, Von der notwendigen Arbeit und dem Reich der Freiheit, in: Dagmar Baatz/ Clarissa Rudolph/ Ayla Satilmis (Hrsg.): Hauptsache Arbeit? 2004, S. 1137 ff. 145f.), aber auch, dass sie weniger Interesse an Imponiergehabe am Arbeitsplatz haben: Alike Nasoufis, dpa, N24.de, Zugriff 22.6.2011.

14 Christa Wichterich, Gleich, gleicher, ungleich, 2009, S. 211; Peter Stein, aaO., S. 284 f.; Gabriele Michalitsch, Die neoliberale Domestizierung des Subjekts, 2006, S. 60 f.; Angela McRobbie, Top Girls, 2010, S. 80.

Dies ist um so wichtiger, da Frauen sich ohnehin seltener gegen Kündigungen im Arbeitsverhältnis durch Klagen zur Wehr setzen¹⁵ und ihnen, selbst wenn sie klagen, das Arbeitsgerichtsverfahren eher als ihnen unfreundliche Welt entgegentritt.¹⁶ Im Vorfeld, wenn noch keine Kündigung ausgesprochen ist, lassen sich Schwierigkeiten im Arbeitsverhältnis eher auf der Gesprächsebene regeln und ein Einvernehmen herstellen, als wenn eine Kündigung schon erklärt wurde.¹⁷

II.

Das vom Arbeitsgericht Gelsenkirchen postulierte Erfordernis der Anhörungspflicht vor einer Kündigung empfiehlt sich vor diesem Hintergrund als eine begrüßenswerte Rechtsentwicklung.

Diese Rechtsentwicklung fügt sich als Konsequenz in die schon jetzt vorhandenen kommunikativen Elemente, die vor jeder Kündigung zu beachten sind, ein.

Wird von einem Arbeitgeber eine Kündigung aus personenbedingten, also üblicherweise krankheitsbedingten, Gründen erwogen, so trifft ihn im Regelfall,

auch im Kleinbetrieb, gemäß § 84 Abs. 2 SGB IX zuvor die Pflicht zur Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements.¹⁸ Hierbei handelt es sich um einen intensiven kommunikativen Prozess, der zum Ziel hat, der Arbeitnehmerin die Fortführung des Arbeitsverhältnisses ohne krankheitsbedingte Ausfälle zu ermöglichen.¹⁹ Die Initiative muss vom Arbeitgeber ausgehen, so dass es im Rahmen dieses Verfahrens vernünftigerweise auch zu einer Anhörung der Arbeitnehmerin kommt. Ähnlich hat der Arbeitgeber sich an einem solchen kommunikativen Prozess bei der stufenweisen Wiedereingliederung zu beteiligen.²⁰

Wird von einem Arbeitgeber eine Kündigung aus verhaltensbedingten Gründen erwogen, hat er die Arbeitnehmerin, auch in einem Kleinbetrieb, vorher abzumahnern. Dies ist gemäß § 314 Abs. 2 BGB inzwischen auch normativ festgelegt, da es dem Dauer-schuldverhältnis immanent ist, dass der Teil, der die Erfüllung durch den anderen Teil als nicht vertragsgemäß ansieht, auf diesen Umstand hinweist, um Gelegenheit zur Abhilfe zu geben.²¹ Dieser Grundsatz ist allgemeiner Natur, da er aus dem Prinzip der Erforderlichkeit herrührt und die Aufkündigung des Arbeitsverhältnisses allgemein erfasst.²² Daher findet dieser Grundsatz auch außerhalb der Geltung des Kündigungsschutzgesetzes Anwendung.²³ Bei der Verdachtskündigung wird ohnehin die vorherige Anhörung der Arbeitnehmerin zum Vorwurf verlangt.²⁴

Bei einer Abmahnung handelt es sich letztlich auch um einen kommunikativen Prozess, im Rahmen dessen der Arbeitgeber mitteilt, welche Art der arbeitsvertraglichen Pflichtverletzung für ihn von Bedeutung ist. Für die Arbeitnehmerin ergibt sich hierdurch nicht nur die Möglichkeit, ihr Verhalten entsprechend einzustellen, sondern es eröffnet sich faktisch auch der Raum und die Möglichkeit der Stellungnahme.

Wird von einem Arbeitgeber schließlich eine Kündigung aus betriebsbedingten Gründen erwogen, obliegt es ihm, die sozialen Auswahlkriterien zu erfragen, da er andernfalls keine rechtmäßige Kündi-

15 Armin Höland, Wo bleibt die Klage? in: Christine Hohmann-Dennhardt/ Marita Körner/ Reingard Zimmer (Hrsg.), Geschlechtergerechtigkeit, FS H. Pfarr, 2010, S. 267 f.

16 Malin Bode, Arbeitsgericht - Ein Ort für Frauen?, STREIT 1991, 107 ff.; Barbara Degen, Der Umgang von Frauen mit Recht - Einführung in Rechtswendo, in: MGSFF NRW Reader, Frauen und Recht, 2003, S. 97 ff.

17 Malin Bode, Frauen und Arbeitsrechtsstreitigkeiten, in: MGSFF NRW Reader Frauen und Recht, 2003, S. 213 f.

18 Feldes/ Kohte/ Steven-Barto SGB IX § 84 Rz 41; Anmerkung Olaf Deinert zu BAG Urt. v. 28.06.2007, AP 27 zu § 307 BGB; vgl. BAG Urt. v. 30.09.2010 - 2 AZR 88/09.

19 BAG Urt.v.12.07.2007, 2 AZR 716/06, AP 28 zu § 1 KSchG 1969, personenbedingte Kündigung; Wolfhard Kohte, Das SGB

IX als arbeits- und sozialrechtliche Grundlage der Teilhabe am Arbeitsleben, in: Der Schutz der Gesundheit und Teilhabe am Arbeitsleben behinderter, chronisch kranker und älterer Menschen, Sonderheft 2005 der Zeitschrift für Sozialreform, S. 7-35.

20 Katja Nebe, aaO., S. 1803.

21 LAG Hamm Urt.v. 02.09.2010 - 16 Sa 250/10 - LAG Nr. 28a zu § 626 BGB 2002.

22 vgl. Stahlhacke/ Preis/ Vossen Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 9. Aufl. 2005, Rz. 1172.

23 LAG Düsseldorf Urt. v. 03.11.2008, EZA § 1 BetrVG 2001 Nr. 2.

24 BAG Urt.v.13.09.1995, EZA § 626 BGB, strafbare Handlungen Nr. 6.

gungserklärung wird vornehmen können.²⁵ Auch im Kleinbetrieb muss der Arbeitgeber, will er die verfassungsrechtlichen Vorgaben der Abwägung seiner Interessen mit den Interessen der Arbeitnehmerin am Erhalt ihres Arbeitsplatzes im Sinne von Art 1, 2, 12 GG erfüllen und ein Mindestmaß an sozialer Rücksichtnahme wahren,²⁶ sich für die sozialen Umstände der Arbeitnehmerin interessieren und diese sinnvoller Weise aktuell erfragen. Der sich rechtsförmig verhaltende Arbeitgeber wird somit im Regelfall, auch im Kleinbetrieb, vor der Erklärung einer betriebsbedingten Kündigung das Gespräch mit der Arbeitnehmerin über ihre soziale Lage suchen.

Im bestehenden Arbeitsverhältnis trifft den Arbeitgeber gemäß § 241 Abs. 2 BGB ohnehin fortdauernd eine Pflicht zur Rücksichtnahme, die Aufklärung, Informations- und Anhörungspflichten beinhaltet um das Integritätsinteresse d.h. den personen- und vermögensrechtlicher status quo der Arbeitnehmerin zu garantieren.²⁷

Das Gespräch mit der Arbeitnehmerin zu führen, sie über seine Beweggründe für eine Kündigung aufzuklären und ihre Stellungnahme anzuhören, ist so allgemein für einen Arbeitgeber zumutbar. Dieser Vorgang ist für ihn kostenfrei und auch in einer sehr überschaubaren zeitlichen Dimension umsetzbar. Aufgrund der vorerwähnten arbeitsvertraglichen Pflichten ist die Arbeitnehmerin als anderer Vertragspartner zu der geplanten Beendigung des Arbeitsverhältnisses anzuhören, sie ist also über die anstehende Entscheidung zu informieren, aufzuklären, ihr ist die Gelegenheit zu geben, ihr Verhalten darauf einzustellen und auch noch auf die endgültige Entscheidung Einfluss nehmen zu können.²⁸ Wie die Entscheidung des Arbeitsgerichts Gelsenkirchen es eben auch treffend ausführt:

„Durch die Gelegenheit zur Äußerung vor einer arbeitgeberseitigen Kündigung kann (die Arbeitnehmerin)/der Arbeitnehmer (ihre)/seine Interessen artikulieren, (ihre)/seine Sicht der Lage darstellen, so wie diese dem Arbeitgeber ins Bewusstsein rufen.“

Es können Vorschläge für die Lösung von Schwierigkeiten gemacht werden, die in die Überlegungen des Arbeitgebers hinsichtlich der Fortführung des Arbeitsverhältnisses eingehen.

Im gesellschaftlichen Rahmen, und wie zuvor erwähnt, auch im arbeitsrechtlichen Bereich haben Entwicklungen der letzten Jahre deutlich gemacht, dass die Beteiligung der Betroffenen an Entschei-

dungsprozessen, die für sie existentiell sind, in zunehmendem Maße erfolgt und auch als Ausdruck eines sozialen Gesamtverständnisses angesehen wird. Vor diesem Hintergrund drückt die Entscheidung des Arbeitsgerichts Gelsenkirchen die Notwendigkeit aus, auch im Arbeitsleben die Selbstverständlichkeit der Kommunikation der Parteien des Arbeitsverhältnisses festzuhalten und konkret als Erfordernis vor der Erklärung einer Kündigung zu verlangen.

Zum Wesensgehalt eines jeden Arbeitsverhältnisses gehört es folglich, vor einer beabsichtigten Beendigung die Arbeitnehmerin über diesen Umstand zu informieren und sie aufzuklären. Aus dieser Verpflichtung, die im Wesentlichen den Arbeitgeber ohnehin trifft, nun eine generelle Anhörungspflicht zu konstatieren, ist schon aus Gründen der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit sinnvoll und konsequent.

Ebenso konsequent ergibt sich aus der Verletzung der Anhörungspflicht die Unwirksamkeit der Kündigung. Wird daher durch den Arbeitgeber der Anhörungspflicht nicht genügt, ist die Kündigung, da sie gegen Treu und Glauben verstößt, gemäß § 242 BGB unwirksam. Es wohnt dem ultima-ratio-Prinzip inne, dass vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses andere zumutbare Möglichkeiten zu ergreifen sind, um gerade eine Kündigung zu vermeiden. Das Erfordernis mit der Arbeitnehmerin vor einer Kündigung zu sprechen, bedeutet schließlich nur, dem Arbeitgeber eine kulturelle Selbstverständlichkeit abzuverlangen.

RAin Malin Bode, Bochum

25 vgl. BAG Urt. v. 06.07.2006, 2 AZR 520/05, AP 80 zu § 1 KSchG 1969.

26 BVerfG, AP 17 zu § 23 KSchG; BAG Urt. v. 21.02.2001, AP 12 zu § 242 BGB, Kündigung.

27 Palandt-Grüneberg, BGB, 70. Aufl. 2011, § 241 Rdn.6.

28 BAG, Urt.v.14.07.2005, 8 AZR 300/04, NZA 2005, 1298 ff.