

Schriften des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht
der Universität zu Köln

Band 139

Marcel Holthusen

Das Prognoseprinzip
im vertraglichen
Dauerschuldverhältnis



Nomos



**Schriften des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht
der Universität zu Köln**

Herausgegeben von
Prof. Dr. Martin Henssler
Prof. Dr. Clemens Höpfner
Prof. Dr. Jens Koch

und bis 2021 mitherausgegeben von
Herbert Wiedemann

Band 139

Marcel Holthusen

Das Prognoseprinzip im vertraglichen Dauerschuldverhältnis



Nomos



Gefördert durch einen Druckkostenzuschuss der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung, Hamburg.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Osnabrück, Univ., Diss., 2022

ISBN 978-3-7560-0547-5 (Print)

ISBN 978-3-7489-3869-9 (ePDF)

Die Bände 1–113 sind beim Verlag C. H. Beck, München, erschienen.



Onlineversion
Nomos eLibrary

1. Auflage 2023

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2023. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung wurde im Juli 2021 abgeschlossen und von der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Osnabrück im Sommersemester 2022 als Dissertation angenommen. Sie wurde im März 2023 mit dem Förderpreis der Hans Mühlenhoff Stiftung und im Juni 2023 mit dem Wissenschaftspris der Stiftung Theorie und Praxis des Arbeitsrechts (Wolfgang-Hromadka-Stiftung) ausgezeichnet.

Der Abschluss des Projektes bietet mir die schöne Gelegenheit, all denjenigen von ganzem Herzen zu danken, die mich auf meinem akademischen Weg begleitet und mich mit großem Einsatz unterstützt haben:

Der größte Dank gebührt dabei meinen Eltern *Uwe* und *Regina Holthusen*, die ihre persönlichen Belange stets hintangestellt haben, wenn es darum ging, mir meinen Bildungsweg zu ebnen und mir alle denkbaren Möglichkeiten zur persönlichen Weiterentwicklung zu eröffnen. Es ist mit Worten nicht zu beschreiben, wie viel Dankbarkeit ich hierfür empfinde. Ebenso danke ich meinem Bruder *Jannik Holthusen*, der mich in der einen oder anderen Arbeitspause zu gemeinsamen sportlichen Aktivitäten motiviert und so immer wieder Raum für neue Gedanken geschaffen hat.

Für ihre bedingungslose Unterstützung danke ich nicht zuletzt meiner Partnerin *Alina Thoms*, die mich durch Höhen und Tiefen dieses Projektes begleitet und so wie kaum ein anderer zum Gelingen dieser Untersuchung beigetragen hat – ohne Dich wäre ich ganz sicher nicht dort, wo ich heute bin!

Mein besonderer Dank gilt außerdem meinem akademischen Lehrer *Prof. Dr. Marcus Bieder*, der mein Interesse für das Arbeitsrecht geweckt und meine ersten Schritte in der Wissenschaft mit großer Hingabe begleitet hat. Während meiner Tätigkeit an seinem Lehrstuhl empfand ich es stets als besonderes Privileg, schon früh Verantwortung für eigenständige Forschung und Lehre übernehmen zu dürfen und gleichzeitig stets ausreichend Raum zur Weiterentwicklung dieses Projektes zu erhalten. An dieser Stelle sei auch meinen langjährigen Weggefährten am Lehrstuhl, insbesondere *Inge Götz*, *Merle Kropik*, *Julius Horstkötter* und *Dr. Lars Giesen* herzlichst für die tolle gemeinsame Zeit gedankt – ich werde immer mit großer Freude auf diese schönen Jahre zurückblicken.

Vorwort

Prof. Dr. Markus Stoffels danke ich für die zügige Erstellung des Zweitvolums, die gewinnbringende Diskussion während meiner Disputation und seine lobenden Worte anlässlich der Verleihung des Wissenschaftspreises der Stiftung Theorie und Praxis des Arbeitsrechts 2023. Nicht vergessen möchte ich bei der Danksagung auch meinen ehemaligen Lehrer *Dennis Röder*, der mich als erster mit dem Konzept wissenschaftlich-kritischen Denkens vertraut gemacht hat und ohne den ich den nun eingeschlagenen Weg sicher nicht gegangen wäre.

Schließlich gilt mein Dank *Prof. Dr. Martin Hessler*, *Prof. Dr. Clemens Höpfner* und *Prof. Dr. Jens Koch* für die Aufnahme dieser Untersuchung in die Schriften des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln und der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung, Hamburg, für die Gewährung eines großzügigen Druckkostenzuschusses.

Osnabrück im Juni 2023

Marcel Holthusen

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung	15
B. Prognosen als Untersuchungsgegenstand	17
I. Prognosen außerhalb des Privatrechts	17
1. Prognosen im allgemeinen Sprachgebrauch	17
2. Prognosen in anderen Wissenschaften	19
a) Begriff und Behandlung von Prognosen in anderen Fachwissenschaften	19
b) Begriff und logische Struktur von Prognosen in der Wissenschaftstheorie	21
3. Prognosen in anderen Rechtsgebieten	23
a) Prognosen im öffentlichen Recht	24
aa) Begriff der Prognose im öffentlichen Recht	24
bb) Prognosen im Staatsrecht: Legislativprognosen	26
cc) Prognosen im Verwaltungsrecht: Exekutivprognosen (Administrativprognosen)	27
b) Prognosen im Strafrecht	30
c) Zuordnung der Prognoseproblematik zum materiellen Recht	32
aa) Unterschiede bei der Feststellung vergangener und zukünftiger Sachverhalte	33
bb) Schwerpunkt der Problematik im materiellen Recht	34
II. Prognosen im Privatrecht	35
1. Begriff der Prognose im Privatrecht	35
a) Ausgangspunkt: Allgemeiner rechtlicher Prognosebegriff	35
b) Terminologie privatrechtlicher Prognosen	36
2. Privatrechtliche Prognosenormen	37
a) Typische privatrechtliche Prognosebegriffe	38
aa) Wahrscheinlichkeit	39
bb) Gefahr/Bedrohung/Besorgnis/Erwartung	39
cc) Erforderlichkeit	41

Inhaltsverzeichnis

b)	Bedeutung der Auslegung zur Feststellung von Prognosetabeständen	42
aa)	Wortlaut/Systematik/Historie	42
bb)	Zweckorientierte Auslegung	44
c)	Typische Prognosenormzwecke im Privatrecht	45
aa)	Störungs- und Konfliktvorbeugung	45
(1)	Prävention im engeren Sinne/ Gefahrenabwehr	46
(2)	Vorsorge	47
bb)	Anpassung	47
III.	Ziel und Gang der Untersuchung	48
1.	Konkretisierung des Untersuchungsgegenstandes	49
a)	Prognosenormen ohne Bezug zu vertraglichen Schuldverhältnissen	50
b)	Prognosenormen im Kontext vertraglicher Schuldverhältnisse	50
aa)	Schuldverhältnisse mit einmaligem Leistungsaustausch	51
bb)	Dauerschuldverhältnisse	53
(1)	Prognosen bei Vertragsbeendigung	55
(2)	Prognosen bei Vertragsdurchführung	56
(3)	Prognosen bei Vertragsschluss	57
2.	Ziel der Untersuchung: Erarbeitung einer Prognosesystematik der Dauerschuldverhältnisse	59
3.	Gang und Methodik der Untersuchung	60
C.	Feststellung eines Prognoseprinzips im vertraglichen Dauerschuldverhältnis	61
I.	Prinzipienbildung im Recht	61
1.	Kategorisierung von Rechtsprinzipien	63
a)	Formale (regulative) und materiale Prinzipien	63
b)	Offene und rechtssatzförmige Prinzipien	64
2.	Methodik der Prinzipienbildung	65
a)	Induktive Verfahren	66
b)	Deduktive Verfahren	67

II. Herleitung des Prognoseprinzips	69
1. Prognoseprinzip bei der Kündigung von Dauerschuldverhältnissen	69
a) Außerordentliche und ordentliche Kündigung von Dauerschuldverhältnissen	70
b) Prognoseprinzip bei der Kündigung von Arbeitsverhältnissen	71
aa) Entwicklung	72
bb) Herleitung	75
(1) Wortlaut	76
(2) Systematik	78
(3) Zweck arbeitgeberseitiger Beendigungskündigungen	79
(a) Personen- und betriebsbedingte Kündigung	80
(b) Verhaltensbedingte Kündigung	81
(4) Deduktive Argumente	84
cc) Inhalt und Reichweite	86
(1) Arbeitnehmerbegünstigende Prognosen	88
(2) Arbeitgeberbegünstigende Prognosen	92
dd) Zwischenergebnis: Prognoseprinzip bei der Kündigung von Arbeitsverhältnissen	96
c) Prognoseprinzip bei der Kündigung von Wohnraummietverhältnissen	97
aa) Herleitung	98
(1) Wortlaut	98
(2) Systematik/Historie	99
(3) Zweck vermieteterseitiger Mietvertragskündigungen	102
(4) Deduktive Argumente	103
bb) Inhalt und Reichweite	104
(1) Mieterbegünstigende Prognosen	104
(2) Vermieterbegünstigende Prognosen	106
cc) Zwischenergebnis: Prognoseprinzip bei der Kündigung von Wohnraummietverhältnissen	108
d) Prognoseprinzip bei Beendigungstatbeständen im Personengesellschaftsrecht	109

Inhaltsverzeichnis

e) Verallgemeinerungsfähigkeit	113
aa) Außerordentliche Kündigung	114
bb) Ordentliche Kündigung	116
(1) Unzulässiger Induktivschluss	117
(2) Prognoseabhängigkeit der allgemeinen Kündigungskontrolle	118
(a) Sittenwidrige Kündigungen, § 138 Abs. 1 BGB	119
(b) Treuwidrige Kündigungen, § 242 BGB	120
(c) Unbillige Kündigungen, § 315 BGB analog	122
f) Zwischenergebnis: Prognoseprinzip in der sachgrundgebundenen Kündigungskontrolle	124
2. Prognoseprinzip bei der Anpassung von Dauerschuldverhältnissen	125
a) Anpassungsbestimmungsrechte	126
aa) Interessentenkündigung	127
bb) Opponentenkündigung	131
b) Anpassungserzwingungsrechte	133
aa) Besondere Anpassungserzwingungsrechte	134
bb) Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB	135
c) Zwischenergebnis: Prognoseprinzip bei der materiellen Anpassungskontrolle	138
3. Prognoseprinzip bei der Befristung von Dauerschuldverhältnissen	138
a) Prognoseprinzip bei der Befristung von Arbeitsverhältnissen	139
aa) Entwicklung der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung	139
bb) Reichweite des Prognoseerfordernisses	141
cc) Herleitung des Prognoseerfordernisses	143
(1) Wortlaut geschriebener Sachgründe	144
(2) Zweck der Sachgründe	145
(3) Deduktive Argumente	151
dd) Zwischenergebnis: Prognoseprinzip im arbeitsrechtlichen Befristungsrecht	153

b) Prognoseprinzip bei der Befristung von Mietverträgen	153
aa) Entwicklung der wohnraummietrechtlichen Befristungskontrolle	154
bb) Herleitung des Prognoseerfordernisses	155
(1) Wortlaut	155
(2) Historie/Systematik/Telos	156
cc) Zwischenergebnis: Prognoseprinzip im wohnraummietrechtlichen Befristungsrecht	160
c) Verallgemeinerungsfähigkeit	160
d) Zwischenergebnis: Prognoseprinzip bei der sachgrundgebundenen Befristung von Dauerschuldverhältnissen	161
4. Möglichkeiten der Generalisierung	162
5. Ergebnis zu II: Prognoseprinzip im vertraglichen Dauerschuldverhältnis	165
III. Einordnung des Prognoseprinzips	165
 D. Konkretisierung des Prognoseprinzips im vertraglichen Dauerschuldverhältnis	169
 I. Methodischer Ausgangspunkt zur Erarbeitung von Prognoseleitlinien	170
1. Ambivalenz tatbestandlicher Unbestimmtheit von Prognosenormen	170
2. Typische Regelungskonflikte bei der Anwendung des Prognoseprinzips	171
3. Unsicherheit als Kernproblem rechtlicher Prognosen	173
II. Begriff der Wahrscheinlichkeit	173
1. Wahrscheinlichkeitsbegriffe außerhalb des Rechts	174
2. Wahrscheinlichkeit als Rechtsbegriff	176
III. Wahrscheinlichkeitsmaßstab	178
1. Wahrscheinlichkeitsmaßstab als tatbestandliche Kernfrage	178
2. Verbalisierung von Wahrscheinlichkeitsaussagen	179
3. Fehlen kohärenter Systematik im Recht der vertraglichen Dauerschuldverhältnisse	180

Inhaltsverzeichnis

4. Ermittlung des Wahrscheinlichkeitsgrades in anderen Rechtsgebieten	183
a) Öffentliches Recht	184
b) Strafrecht	186
5. Ermittlung des Wahrscheinlichkeitsmaßstabs im vertraglichen Dauerschuldverhältnis	186
a) Keine Ableitung aus dem Beweismaß	187
b) Abwägungsgeleitete Bestimmung des Wahrscheinlichkeitsgrades	189
c) Methodik der normativ strukturierten Interessenabwägung	192
aa) Abstraktionsniveau der vorzunehmenden Interessenabwägung	192
(1) Abstrakte Ebene	192
(2) Generell-konkrete Ebene	193
(3) Konkret-individuelle Ebene	194
bb) Struktur der vorzunehmenden Interessenabwägung	195
d) Faktoren der Interessenabwägung	196
aa) Ausmaß potenzieller Beeinträchtigungen	198
(1) Berücksichtigungsfähigkeit des Ausmaßes potenzieller Beeinträchtigungen	198
(2) Das Prognoseereignis als Referenzpunkt des potenziellen Schadensausmaßes	200
bb) Gewicht gegenwärtiger oder vergangener Umstände	202
(1) Berücksichtigungsfähigkeit gegenwärtiger und vergangener Umstände	202
(2) Stabilitätsprognosen	203
(3) Veränderungsprognosen	204
cc) Schwere des Eingriffs in zukunftsgerichteten Bestandsschutz	205
(1) Bedeutung besonderer Bestandsschutzkonzepte	207
(2) Intensität des Bestandsschutzes in unterschiedlichen Regelungskonstellationen	207
(3) Rechtsfolgenorientierte Betrachtung	208
(4) Reversibilität des Eingriffs	212

dd) Sphäre des Prognosebedarfs	216
ee) Verschulden einer Vertragspartei	218
e) Leitlinien der Abwägung	219
f) Einbettung der Wahrscheinlichkeit in umfassende Interessenabwägungen	221
IV. Ermittlung der Wahrscheinlichkeit	224
1. Allgemeine Anforderungen an Prognosen im vertraglichen Dauerschuldverhältnis	224
a) Keine rein subjektive Betrachtungsweise	224
b) Kein Prognosespielraum	225
c) Objektivierung des Prognosevorgangs	229
2. Implikationen des subjektiven Wahrscheinlichkeitsbegriffs	230
3. Sachliche Dimension	231
a) Prognoserelevante Tatsachen (Prognosebasis)	231
aa) Keine Verengung der Prognosebasis auf Umstände innerhalb der konkreten Rechtsbeziehung	231
bb) Subjektive Elemente im Rahmen der Prognosebasis	234
(1) Subjektive Entscheidungen des Vertragspartners	234
(2) Vertrauensverlust als Tatsache	237
cc) Umfassender Kreis der berücksichtigungsfähigen Tatsachen	238
b) Allgemeine Erfahrungssätze	239
4. Perspektivisch-personelle Dimension: Ideal-objektiver Beurteilungsmaßstab	241
5. Zeitliche Dimension: Prognosezeitpunkt	247
a) Bedeutung des Prognosezeitpunkts	247
b) Betrachtung ex-ante und ex-post	249
c) Stand der Diskussion in ausgewählten Regelungskonstellationen	250
aa) Kündigungsrecht	251
(1) Arbeitsrechtliche Diskussion	251
(2) Wohnraummietrechtliche Diskussion	261
(3) Verallgemeinerungsfähigkeit	264
bb) Befristungsrecht	266

Inhaltsverzeichnis

cc) Anpassungsrecht	268
d) Möglichkeiten und Grenzen der Verallgemeinerung	272
6. Ergebnis zu IV: Maßgeblicher Wissenshorizont	273
V. Probleme bei der Ermittlung der Wahrscheinlichkeit	274
1. Stärkung der Prognosebasis	274
a) Informationsbeschaffungspflicht	274
b) Bedeutung der Abmahnung	277
2. Prozessuale Behandlung	281
a) Ausgangslage	282
aa) Gegenstand des Beweises	282
bb) Darlegungs- und Beweislast	284
cc) Beweismaß	286
dd) Ergebnis: In dubio pro conservatione	287
b) Ansätze zur Beweiserleichterung	288
aa) Anpassungen der Beweislastverteilung	288
bb) Tatsächliche Vermutung	293
cc) Anscheinsbeweis	296
(1) Bedeutung vergangener Fehlzeiten bei der krankheitsbedingten Kündigung	298
(2) Bedeutung vergangener Pflichtverletzungen bei der verhaltensbedingten Kündigung	300
(3) Bedeutung der tatsächlichen Entwicklung des Schuldverhältnisses	301
dd) Modifizierungen der Darlegungslast	304
c) Fehlen übergreifender prognosespezifischer Beweiserleichterungen	307
3. Fazit	307
E. Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse in Thesen	309
Literaturverzeichnis	313