

C. Feststellung eines Prognoseprinzips im vertraglichen Dauerschuldverhältnis

Sind nunmehr bereits diverse Anwendungsfelder von Prognosen im Kontext unterschiedlicher Phasen von Dauerschuldverhältnissen überblicksartig nachgewiesen worden, so scheint es nur allzu verlockend, bereits allein aufgrund dieser auffälligen Häufung von Prognoseproblemen bar jeder näheren Untersuchung die Existenz eines Prognoseprinzips im vertraglichen Dauerschuldverhältnis zu behaupten. Tatsächlich ist vor allem in der Rechtsprechung ein geradezu inflationärer Rückgriff auf (angebliche) Rechtsprinzipien ohne rechtstheoretisches Fundament zu beobachten.¹⁹⁷ Der Versuchung, mit dem Begriff des Prinzips „Präzision durch Faszination“¹⁹⁸ zu ersetzen, soll hier jedoch ausdrücklich nicht erlegen werden. Daher ist es für den Fortgang der Untersuchung von großer Bedeutung, zunächst den Begriff des Rechtsprinzips – in dem Untersuchungsthema angepasstem Umfang – näher zu beleuchten und dabei insbesondere auch die theoretischen Grundlagen zur Herleitung von Rechtsprinzipien aufzuzeigen, welche gleichsam als „Anleitung“ für die Untersuchung eines „Prognoseprinzips im vertraglichen Dauerschuldverhältnis“ herzuhalten haben.

I. Prinzipienbildung im Recht

Rechtsprinzipien bilden dabei bereits seit geraumer Zeit ein zentrales Forschungsfeld der Rechtstheorie¹⁹⁹, wenngleich auch jüngst noch bedauert

197 So auch *Heinold*, Prinzipientheorie bei Dworkin und Alexy 2011, S. 27; *Esser*, Grundsatz und Norm, 4. Aufl. 1990, S. 1, auf S. 8 rekurriert *Esser* noch einmal deutlicher auf die „peinlichen Fälle“, in denen das Prinzip (*Esser* nutzt den in diesem Zusammenhang wohl bedeutungsgleichen Begriff des „Rechtsgedankens“) nur als „Verlegenheitsbegriff benutzt wird, wenn der Richter zu einer dogmatischen Präzisierung unfähig ist“.

198 Treffend (in Bezug auf Verfassungsprinzipien) *Reimer*, Verfassungsprinzipien 2001, S. 19; *Heinold*, Prinzipientheorie bei Dworkin und Alexy 2011, S. 27 spricht in diesem Zusammenhang vom „Mythos Rechtsprinzip“.

199 Zur Geschichte der Rechtsprinzipien zusammenfassend *Heinold*, Prinzipientheorie bei Dworkin und Alexy 2011, S. 31 ff. sowie *Reimer*, Verfassungsprinzipien 2001, S. 146 ff.

wird, dass eine allumfassende Aufarbeitung dieser Thematik bisher ausgeblieben ist.²⁰⁰ In Anlehnung an die vor allem von *Dworkin*²⁰¹ und *Alexy*²⁰² entwickelte Prinzipientheorie wird das Prinzip (Synonym: Grundsatz²⁰³) in Abgrenzung zur Regel²⁰⁴ dadurch gekennzeichnet, dass es nicht in strikter Form einen Tatbestand mit einer Rechtsfolge verknüpft, sondern zum einen stets einer näheren Konkretisierung bedarf und zum anderen der Abwägung mit anderen Prinzipien offensteht.²⁰⁵ Demgemäß handelt es sich hierbei um häufig ungeschriebene Leitgedanken des Rechts, die ebenso wie positives Recht zur Rechtsfindung, -konkretisierung und -anwendung beitragen²⁰⁶, wobei Rechtsprinzipien in Bezug auf die Rechtsgewinnung sowohl für die Lückenfeststellung als auch für die Lückenausfüllung Bedeutung erlangen.²⁰⁷ Im Dienste stetiger Ausdifferenzierung hat sich mit der Zeit eine geradezu babylonische Vielfalt verschiedener Prinzipienarten herausgebildet, die hier jedoch in Anbetracht der konkreten Themenstellung keiner erschöpfenden Darstellung bedarf. Gewisse Grundlinien sollen mit Bedacht auf ihren Wert für die weitere Untersuchung dennoch nachgezeichnet werden.

200 *Heinold*, Prinzipientheorie bei *Dworkin* und *Alexy* 2011, S. 27 mit Fn. 7.

201 Als insoweit bahnbrechend können vor allem die Ausführungen in *Dworkin*, *The University of Chicago Law Review* 35 (1967), 14, 22 ff. und *ders.*, *Taking rights seriously* 1977 (deutsche Übersetzung *ders.*, *Bürgerrechte ernstgenommen* 1990) bezeichnet werden.

202 Insbesondere die grundlegenden Gedanken in *Alexy*, *Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz* 1979, S. 59 ff.; *ders.*, *Theorie der Grundrechte*, 1. Aufl. 1985, S. 71 ff.; *ders.*, in: *Schilcher/Koller/Funk* (Hrsg.), *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts* 2000, S. 31, 32 ff.

203 In Anlehnung an die Terminologie bei *Esser*, *Grundsatz und Norm*, 4. Aufl. 1990 schlägt auch *Heinold*, *Prinzipientheorie bei Dworkin und Alexy* 2011, S. 26 mit Fn. 2 eine synonyme Verwendung dieser Begriffe vor.

204 *Esser*, *Grundsatz und Norm*, 4. Aufl. 1990 nutzt hier ebenfalls synonym den Begriff der „Norm“, der aber – wie in der Terminologie von *Alexy* (vgl. beispielsweise *Alexy*, in: *Schilcher/Koller/Funk* (Hrsg.), *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts* 2000, S. 31, 32) – besser als Oberbegriff für Prinzipien und Regeln geeignet ist.

205 *Larenz*, *Richtiges Recht* 1979, S. 23 f.; *ders.*, *Methodenlehre*, 6. Aufl. 1991, S. 474 f.; *Canaris*, *Systemdenken*, 2. Aufl. 1983, S. 52 f.; eingehend und zum Teil kritisch *Reimer*, *Verfassungsprinzipien* 2001, S. 171 ff.

206 *Loth*, *Prognoseprinzip im befristeten Arbeitsverhältnis* 2015, S. 78.

207 *Canaris*, *Feststellung von Lücken*, 2. Aufl. 1983, S. 93 f. *Preis*, *Prinzipien des Kündigungsrechts* 1987, S. 40.

1. Kategorisierung von Rechtsprinzipien

a) Formale (regulative) und materiale Prinzipien

Hinzuweisen ist zunächst auf die zum Teil vorgenommene Abgrenzung von formalen und materialen Prinzipien, die sich anhand des Wertmaßes des jeweils betrachteten Prinzips vollzieht.²⁰⁸

Danach sind formale Rechtsprinzipien solche von lediglich rechtstechnischer Natur, die eines eigenen Wertmaßstabs ermangeln.²⁰⁹ Dergestalt dienen sie einzig der praktischen Implementierung der ihnen zugrunde liegenden Wertentscheidungen, sind als solche aber wertneutral, weshalb ihnen teils jegliche Bedeutung für Rechtsfortbildung und Auslegung abgesprochen wird.²¹⁰ Zu ihnen sind auch die sogenannten regulativen Prinzipien zu rechnen²¹¹, die gleichsam lediglich als Wegweiser zu einer in materieller Hinsicht auf anderen Gesichtspunkten beruhenden Rechtsfindung dienen.²¹²

Demgegenüber sind unter materialen Prinzipien²¹³ solche Prinzipien zu verstehen, die eine bestimmte Wertentscheidung verkörpern und als zentrale Bezugspunkte des „inneren Systems“ des Rechts herhalten können.²¹⁴ Sie bilden die Komplementäerscheinungen zu den in der Rechtsordnung verankerten rechtsethischen Werten und fungieren so als Bindeglied zwischen bloßen ethischen Wertungen einerseits und Begriffen und Rechtsinstituten andererseits.²¹⁵ Es erscheint daher nur folgerichtig, den materialen Rechtsprinzipien großen Wert für die Interpretation des positiven Rechts und die Rechtsfortbildung zuzusprechen.

208 Hierzu beispielweise *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 41 f.; *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, 1. Aufl. 2000, S. 329 ff.

209 *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 41; *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, 1. Aufl. 2000, S. 330.

210 Ebd.

211 So *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 41.

212 Eingehend zur Erläuterung regulativer Prinzipien *Henkel*, FS Mezger 1954, S. 249, 303; im Ergebnis können die Begriffe des regulativen und des formalen Rechtsprinzips synonym verwendet werden.

213 In *Henkels* Ausführungen wird mit ähnlichem Bedeutungsgehalt der Begriff des „normativen Prinzips“ genutzt, vgl. *ders.*, FS Mezger 1954, S. 249, 303.

214 *Canaris*, Feststellung von Lücken, 2. Aufl. 1983, S. 95; *Larenz*, Methodenlehre, 6. Aufl. 1991, S. 474; *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 42; *Loth*, Prognoseprinzip im befristeten Arbeitsverhältnis 2015, S. 80.

215 *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, 1. Aufl. 2000, S. 329 f.

Bei genauer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass eine strikte Trennung von formalen und materialen Prinzipien in der dargestellten Klarheit kaum aufrechtzuerhalten ist. Richtigerweise handelt es bei der Abgrenzung dieser Prinzipienarten (anders als bei der Abgrenzung von Prinzip und Regel²¹⁶) nicht um eine kategoriale, sondern lediglich um eine graduelle Unterscheidung danach, in welchem Maße ein Prinzip eine eigene Wertentscheidung transportiert.²¹⁷ So sind zwar durchaus Rechtsprinzipien auszumachen, denen vor allem ein formaler Charakter attestiert werden kann – völlig wertungsneutrale Prinzipien werden dagegen nur in seltenen Fällen festzustellen sein.²¹⁸ Derartige „eher formale“ Prinzipien können daher aus rechtsmethodischer Sicht durchaus als Mittel sowohl zur Feststellung, als auch zur Ausfüllung von Lücken herangezogen werden.²¹⁹

b) Offene und rechtssatzförmige Prinzipien

Teilweise wird anhand des Konkretisierungsgrads eines Rechtsprinzips außerdem eine weitere Differenzierung nach offenen bzw. rechtssatzförmigen Prinzipien vorgeschlagen.²²⁰ So bedürften die offenen Prinzipien stets der weiteren Konkretisierung durch Unterprinzipien und Einzelwertungen,

216 Alexy, in: Schilcher/Koller/Funk (Hrsg.), Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts 2000, S. 31, 32; Larenz, Methodenlehre, 6. Aufl. 1991, S. 474.

217 Ähnlich Canaris, Feststellung von Lücken, 2. Aufl. 1983, S. 95; auch Preis, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 41 erkennt derartige Mischformen grundsätzlich an, mahnt aber gleichzeitig eine „exakte Prüfung“ an und überhöht damit im gleichen Atemzug die Bedeutung der Unterscheidung. Zuzugeben ist ihm dabei, dass bei der Anwendung von Prinzipien tatsächlich Scheinbegründungen zu vermeiden sind; dieses Ziel erreicht man jedoch nicht durch eine abstrakte Kategorisierung von Prinzipien, sondern durch genaue Prüfung ihres Wertgehalts im Anwendungsfall.

218 Für bedeutsame Rechtsprinzipien des Zivilrechts ist auch in umfangreichen Monografien auf deren Mischcharakter hingewiesen worden, so für die Prinzipien der Billigkeit und Gerechtigkeit Hoyningen-Huene, Billigkeit im Arbeitsrecht 1978, S. 32 („regulatives Prinzip mit Richtliniengehalt“); für das Prognoseprinzip im arbeitsrechtlichen Befristungsrecht Loth, Prognoseprinzip im befristeten Arbeitsverhältnis 2015, S. 81 („sowohl Elemente formaler als auch materialer Rechtsprinzipien“); für das Abstraktionsprinzip, das Eintragungsprinzip im Liegenschaftsrecht, das formelle Konsensprinzip im Grundbuchrecht, des Prinzip der Akzessorietät von Sicherungsrechten und das Prinzip der dinglichen Surrogation Canaris, Feststellung von Lücken, 2. Aufl. 1983, S. 95.

219 Canaris, Feststellung von Lücken, 2. Aufl. 1983, S. 95.

220 Loth, Prognoseprinzip im befristeten Arbeitsverhältnis 2015, S. 79; Larenz, Methodenlehre, 6. Aufl. 1991, S. 479 f.; Larenz/Canaris, Methodenlehre, 3. Aufl. 1995,

während rechtssatzförmige Prinzipien aufgrund ihres erhöhten Konkretisierungsgrad bereits unmittelbar zur Subsumtion fähig seien.²²¹ Die Grenze zwischen beiden Kategorien verlaufe jedoch fließend²²² und sei teilweise gar nicht genau bestimmbar²²³, sodass der Wert dieser Unterscheidung nicht überschätzt werden sollte. Wenngleich sodann bezüglich der wichtigen Abgrenzung zur Regel darauf hingewiesen wird, dass den letztgenannten Prinzipien ein über den rechtssatzmäßig formulierten Inhalt herausragender „eben prinzipieller“²²⁴ Sinngehalt innewohne²²⁵, ist kaum zu leugnen, dass die Anerkennung rechtssatzförmiger Prinzipien die kategoriale Unterscheidung von Prinzip und Regel zumindest in Frage stellt.²²⁶ Dieser latenten Gefahr kann nach hier vertretener Auffassung nur durch eine Ablehnung des Konstrukts rechtssatzförmiger Prinzipien begegnet werden: Lässt sich unter ein „Prinzip“ nicht nur durch Konkretisierung im Einzelfall sondern aufgrund *genereller* Konkretisierung unmittelbar subsumieren, so stellt es in Wahrheit bereits eine Regel dar, die freilich ihrerseits wiederum auf ein übergeordnetes Prinzip verweisen kann.

2. Methodik der Prinzipienbildung

Neben diesen im Ergebnis vor allem begrifflichen Grundlegungen ist für die weitere Untersuchung vor allem ein dezidiertes Verständnis der Metho-

S. 307 f.; auch *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 45 nimmt diese Unterscheidung auf, relativiert sie aber richtigerweise sogleich.

221 *Loth*, Prognoseprinzip im befristeten Arbeitsverhältnis 2015, S. 79; *Larenz*, Methodenlehre, 6. Aufl. 1991, S. 479 f.; *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 45; ob auch *Canaris*, Feststellung von Lücken, 2. Aufl. 1983, S. 94 diese Differenzierung teilt, kann aufgrund der abweichenden Terminologie – *Canaris* unterscheidet „Grundsätze“ und „Prinzipien“ – m. E. nicht letztgültig beurteilt werden, das gemeinsame Werk *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, 3. Aufl. 1995, S. 307 f. übernimmt jedoch die Ausführungen von *Larenz*.

222 *Larenz*, Methodenlehre, 6. Aufl. 1991, S. 480; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, 3. Aufl. 1995, S. 308.

223 *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 45.

224 So (zumindest an der Grenze zur Tautologie) *Larenz*, Methodenlehre, 6. Aufl. 1991, S. 480.

225 *Ders.*, Methodenlehre, 6. Aufl. 1991, S. 480; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, 3. Aufl. 1995, S. 308; *Loth*, Prognoseprinzip im befristeten Arbeitsverhältnis 2015, S. 79.

226 Dies erkennen auch *Larenz*, Methodenlehre, 6. Aufl. 1991, S. 480; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, 3. Aufl. 1995, S. 308, die den rechtssatzförmigen Prinzipien eine „Mittelstellung (...) zwischen offenen Prinzipien (...) und Rechtsnormen mit sehr weit gefaßten Tatbeständen“ attestieren.

dik der Prinzipienbildung von herausragender Bedeutung. Ein möglicherweise zu extrahierendes „Prognoseprinzip im vertraglichen Dauerschuldverhältnis“ nämlich kann nur dann überzeugend hergeleitet werden, wenn die Untersuchung die theoretischen Grundsätze der Prinzipienbildung aufgreift und im Fortgang explizit hierauf Bezug nimmt.²²⁷ Hinsichtlich der Gewinnung von Rechtsprinzipien kann grundlegend zwischen induktiven und deduktiven Verfahren unterschieden werden²²⁸, wobei sich die jeweiligen Verfahren nicht konkurrierend gegenüberstehen, sondern vielmehr wechselseitig ergänzen und verstärken können.²²⁹

a) Induktive Verfahren

Von induktiven Verfahren ist dabei dann die Rede, wenn Prinzipien aus den lediglich fragmentarisch oder implizit zum Ausdruck gebrachten Wertungen der jeweils anzuwendenden Rechtsnormen („von unten“²³⁰) hergeleitet werden.²³¹ Derartige Induktionsverfahren greifen insbesondere auf den Sinnzusammenhang der Ausgangsregelung und die hinter der Norm

227 Ein solches Vorgehen ist bei *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987 leider nicht durchgehend zu beobachten, was wohl daher rührt, dass dieser (S. 42) – im Nachhinein eindrucksvoll widerlegt durch breite Diskussionen in der Literatur – davon ausgeht, sich „in erster Linie mit der Anwendung *unstreitig vorhandener* [Hervorhebung durch Verfasser] Prinzipien“ zu beschäftigen.

228 Ebenso kategorisierend auch *Hase*, Versicherungsprinzip und sozialer Ausgleich, 1. Aufl. 2000, S. 76 f.; *Bydlinski*, System und Prinzipien 1996, S. 68 ff.; *Canaris*, Feststellung von Lücken, 2. Aufl. 1983, S. 96 unterteilt die hier so bezeichneten deduktiven Methoden ohne inhaltliche Abweichung in die Rückführung eines Prinzips auf die Rechtsidee und die Gewinnung aus der „Natur der Sache“.

229 *Canaris*, Feststellung von Lücken, 2. Aufl. 1983, S. 97; *Bydlinski*, System und Prinzipien 1996, S. 69.

230 So plastisch *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 1991, S. 133.

231 Besonders verdienstvoll in diesem Zusammenhang die Ausführungen von *Canaris*, Feststellung von Lücken, 2. Aufl. 1983, S. 97 ff.; Siehe auch *Hase*, Versicherungsprinzip und sozialer Ausgleich, 1. Aufl. 2000, S. 76; teilweise wird in diesem Zusammenhang von „Gesamtanalogie“ gesprochen (*Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 42; *Larenz*, Methodenlehre, 6. Aufl. 1991, S. 474 nutzt diesen Begriff lediglich in Anführungszeichen), der zu dieser Terminologie entbrannte Streit (vgl. *Canaris*, Feststellung von Lücken, 2. Aufl. 1983, S. 100 einerseits, *Larenz*, Methodenlehre, 6. Aufl. 1991, S. 384 ff. andererseits) hat keine praktischen Auswirkungen auf die Vorgehensweise bei der Gewinnung von Rechtsprinzipien und soll daher hier nicht näher beleuchtet werden.

stehende ratio legis zurück.²³² Konkret kann sodann zweistufig vorgegangen werden²³³: Im ersten Schritt ist zunächst aus (regelmäßig²³⁴) mehreren Rechtsnormen ein einheitlicher, dahinterstehender Grundgedanke zu gewinnen;²³⁵ im zweiten Schritt ist dann zu überprüfen, ob es sich bei dem vorgefundenen Leitgedanken tatsächlich um ein allgemeines Prinzip oder aber lediglich um eine Mehrzahl von Sondertatbeständen handelt.²³⁶ Auch im letztgenannten Zusammenhang können sich komplexe Bewertungsfragen stellen, die den Wert induktiver Verfahren durchaus zu schmälern geeignet sind.²³⁷ Aufgrund der größeren Präzision bei der Aufdeckung zunehmend konkretisierter Unterprinzipien kommt die Entdeckung von Rechtsprinzipien dennoch kaum einmal gänzlich ohne induktive Erwägungen aus.²³⁸

b) Deduktive Verfahren

Darüber hinaus kommt auch eine Herleitung von Rechtsprinzipien „von oben“²³⁹ in Betracht, wobei rechtliche Legitimation so durch den Bezug zu höherrangigen Rechtsquellen hergestellt werden soll.

Dabei nimmt der Sinnbezug zur Rechtsidee in wichtigen methodischen Untersuchungen der Prinzipienbildung eine zentrale Rolle ein.²⁴⁰ Vor dem

232 In diesem Sinne auch *Larenz*, Methodenlehre, 6. Aufl. 1991, S. 474.

233 Ebenso *Gentges*, Prognoseprobleme im Kündigungsschutzrecht 1995, S. 57; sehr detailliert und die einzelnen Stufen weiter ausdifferenzierend *Reimer*, Verfassungsprinzipien 2001, S. 412 ff., der außerdem zutreffend auf die hier bereits durchgeführten (zusätzlichen) Schritte der Aufstellung einer Prinzipienhypothese (hier: Prognoseprinzip) und der näheren Spezifizierung der auszuwertenden Ausgangsnormen (hier: solche zur Regelung von Dauerschuldverhältnissen) hinweist.

234 Theoretisch ist es allerdings auch denkbar, dass ein Prinzip auf dem Wege der Induktion aus nur einer Rechtsnorm extrahiert wird, vgl. *Canaris*, Feststellung von Lücken, 2. Aufl. 1983, S. 100.

235 *Ders.*, Feststellung von Lücken, 2. Aufl. 1983, S. 97 f.

236 *Ders.*, Feststellung von Lücken, 2. Aufl. 1983, S. 99; *Larenz*, Methodenlehre, 6. Aufl. 1991, S. 386.

237 Daher merkt *Canaris*, Feststellung von Lücken, 2. Aufl. 1983, S. 99 f. zutreffend an, dass gerade an dieser Stelle auch die anderen Herleitungsmethoden für Prinzipien besondere Bedeutung erlangen.

238 *Bydlinski*, System und Prinzipien 1996, S. 70.

239 *Ders.*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 1991, S. 133.

240 Siehe vor allem *Larenz*, Richtiges Recht 1979, S. 29 ff.; *ders.*, Methodenlehre, 6. Aufl. 1991, S. 474; Die Überlegungen werden beispielsweise aufgegriffen von *Möller*, Das Präventionsprinzip des Schadensrechts 2006, S. 29.

Hintergrund der Vagheit dieses Begriffs bleibt in diesem Zusammenhang stets darauf hinzuweisen, dass ein Großteil von Ausprägungen der Rechtsidee innerhalb der verfassungsmäßigen Ordnung des Grundgesetzes unmittelbar aus ebendiesem abgeleitet werden kann²⁴¹, sodass (untergeordnete) Rechtsprinzipien in der Sache zuweilen mittels Deduktion aus höherrangigen Verfassungsprinzipien gewonnen werden können.²⁴² Im Übrigen werden Überlegungen zur Rechtsidee verbreitet auch dort virulent, wo ein Rechtsprinzip lediglich mit den Mitteln topischen Denkens anhand bestimmter Problemkonstellationen entwickelt wird und die Rechtfertigung der positiv-rechtlichen Verbindlichkeit eines so „gefundenen“ Prinzips in Rede steht.²⁴³ Einzelheiten zur topischen Herangehensweise sollen hier indes ausgeklammert werden.

In vergleichbarer Weise kommt auch eine Gewinnung von Rechtsprinzipien aus der Natur der Sache²⁴⁴ in Betracht²⁴⁵, wobei man die hiermit in Verbindung stehenden Grundsätze als Bestandteil der Rechtsidee ansehen kann²⁴⁶, sodass dieses Verfahren letztlich einen bloßen Unterfall der soeben dargestellten Deduktion darstellt. Danach soll – sofern der Gesetzgeber keine explizit von dieser Maxime abweichende Regelung getroffen hat – im Zweifel davon auszugehen sein, dass die der Rechtsordnung inhärenten Grundgedanken der Natur der Sache entsprechen.²⁴⁷ Impliziert die Natur einer Sache daher einen dieser rechtlich prägenden Leitgedanken, so kann

241 Vgl. auch *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, 1. Aufl. 2000, S. 330.

242 Ebenso *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 42; zu dieser Methodik des Deduzierens auch *Bydlinski*, System und Prinzipien 1996, S. 69 und *ders.*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 1991, S. 133 („Rechtfertigung von oben“).

243 Hierzu *Canaris*, Feststellung von Lücken, 2. Aufl. 1983, S. 107 f.

244 Einzelheiten zum Begriff der „Natur der Sache“ – einer der Grundfragen des Rechts – und damit verbundene Probleme sollen an dieser Stelle nicht näher beleuchtet werden, eingehend dazu *Dernburg*, Pandekten I, 7. Aufl. 1902, S. 84; *Coing*, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 5. Aufl. 1993, S. 181 ff.; *Isay*, Rechtsnorm und Entscheidung 1970, S. 78 ff.; *Garrn*, ARSP 68 (1982), 60 ff.; *Radbruch*, FS Laun 1948, S. 157 ff.; *Canaris*, Feststellung von Lücken, 2. Aufl. 1983, S. 118 ff.; *Larenz*, Methodenlehre, 6. Aufl. 1991, S. 417 ff. m. w. N.; kritisch zur Argumentationsfigur der „Natur der Sache“ beispielsweise *Dreier*, Zum Begriff der „Natur der Sache“ 1965, passim; *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 74; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 12. Aufl. 2022, Rn. 919 ff. m. w. N.

245 *Canaris*, Feststellung von Lücken, 2. Aufl. 1983, S. 118 ff.; *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 42.

246 Beispielsweise *Larenz*, Richtiges Recht 1979, S. 40 ff., der die „Sachgerechtigkeit“ als Bestandteil der Rechtsidee anerkennt.

247 *Canaris*, Feststellung von Lücken, 2. Aufl. 1983, S. 120.

auch dies einen gewichtigen Anhaltspunkt für das Vorliegen eines entsprechenden Rechtsprinzips bilden.

II. Herleitung des Prognoseprinzips

Sowohl das induktive wie auch das deduktive Verfahren sollen nunmehr eine zentrale Rolle bei der Beantwortung der Frage einnehmen, ob die Anknüpfung von Rechtsfolgen an Prognosen als leitender Gedanke des Rechts der Dauerschuldverhältnisse bezeichnet werden kann und sich die Redeweise vom Prognoseprinzip im vertraglichen Dauerschuldverhältnis vor diesem methodischen Hintergrund rechtfertigen lässt. Es bietet sich dabei um der argumentativen Ordnung Willen an, in einem ersten Schritt die bereits eingeführte Differenzierung nach Beendigung, Anpassung und Befristung von Dauerschuldverhältnissen beizubehalten und erst in der Folge die für diese Teilbereiche gefundenen Ergebnisse im Zuge einer Generalisierung in einen übergreifenden Gesamtkontext einzuordnen, sodass schon insoweit von einem zunächst induktiven Vorgehen gesprochen werden kann.

1. Prognoseprinzip bei der Kündigung von Dauerschuldverhältnissen

Besonders eng mit dem Recht der Dauerschuldverhältnisse verbunden ist das Gestaltungsrecht der Kündigung, die als spezifisches Beendigungsinstrument für Dauerschuldverhältnisse bezeichnet werden kann.²⁴⁸ Eine wirksame Kündigung führt dabei zum Erlöschen der gegenseitigen Leistungspflichten für die Zukunft (*ex nunc*), wandelt das Schuldverhältnis aber anders als ein wirksamer Rücktritt nicht in ein Rückgewährschuldver-

248 *Horn*, Gutachten Bd. I 1981, S. 551, 571f.; *Gierke*, JherJb 64 (1914), 355, 380; diese Formulierung soll nicht dahingehend missverstanden werden, dass die Vertragsbeendigung durch Kündigung notwendiges Wesensmerkmal eines jeden Dauerschuldverhältnisses ist; auch ist die Möglichkeit der Kündigung nicht allein auf Dauerschuldverhältnisse in dem oben beschriebenen Sinne beschränkt, vgl. näher *Gernhuber*, Schuldverhältnis 1989, S. 390.

hältnis um.²⁴⁹ Bereits an anderer Stelle²⁵⁰ ist darauf hingewiesen worden, dass Prognosegedanken im Kündigungsrecht besonders verbreitet sind, weshalb im Folgenden nunmehr zunächst das Versprechen eingelöst werden soll, kündigungsspezifische Rechtsfragen zu einem Schwerpunkt dieses Abschnitts zu erheben.

a) Außerordentliche und ordentliche Kündigung von Dauerschuldverhältnissen

Für die in diesem Zusammenhang zu klärende Kernfrage, ob und bejahendenfalls in welchem Umfang das Recht der Kündigung von Dauerschuldverhältnissen durch ein Prognoseprinzip geprägt ist, erscheint es zunächst zweckmäßig, die außerordentliche und die ordentliche Kündigung in gebotener Kürze voneinander abzugrenzen. Dabei charakterisiert die ordentliche Kündigung zunächst, dass die hiermit bezweckte Vertragsbeendigung regelmäßig²⁵¹ erst nach Ablauf einer bestimmten Zeitspanne, der Kündigungsfrist, erfolgt.²⁵² Der so angeordnete „Zeitschutz“²⁵³ als „befristeter Bestandsschutz“ lässt als bloß formelle Kündigungsschranke auf der einen Seite den Grundsatz der Kündigungsfreiheit unangetastet²⁵⁴, trägt auf der anderen Seite aber gleichwohl den berechtigten Kontinuitätsinteressen der Vertragsparteien jedenfalls maßvoll Rechnung.²⁵⁵ Im Gegensatz dazu

249 Statt vieler jurisPK-BGB/Weth, § 314 BGB Rn. 47; MüKo-BGB/Gaier, § 314 BGB Rn. 34 jeweils m. w. N.; nach h. M. kommt im Übrigen auch für das in Vollzug gesetzte Dauerschuldverhältnis ein Rücktritt zumindest dann (ausnahmsweise) in Betracht, wenn die Rückabwicklung unschwer möglich und sachgerecht ist, BGH 19.02.2002 – X ZR 166/99, NJW 2002, 1870; Schulze, in: ders. (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch 2019, § 314 BGB Rn. 2; MüKo-BGB/Gaier, § 314 BGB Rn. 3; Erman-BGB/Böttcher, § 314 BGB Rn. 18; Grüneberg/Grüneberg, § 314 BGB Rn. 12.

250 Siehe oben B. III. 1. b) bb) (1).

251 Ausnahmsweise erlaubt das Gesetz allerdings auch ordentliche Kündigungen ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist wie § 22 Abs. 1 BBiG beispielhaft belegt.

252 Larenz, Schuldrecht I, 14. Aufl. 1987, S. 274; Medicus/Lorenz, Schuldrecht AT, 21. Aufl. 2015, Rn. 656.

253 So Schrank, Fortbestand des Arbeitsverhältnisses 1982, S. 172; Terminologie übernommen von Oetker, Dauerschuldverhältnis 1994, S. 281.

254 Preis, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 54; Oetker, Dauerschuldverhältnis 1994, S. 281; Dietz, NJW 1951, 941 sprach insoweit von einer „wertfreien Kündigung“; hierzu noch unten C. II. 1. e) bb) (2).

255 Oetker, Dauerschuldverhältnis 1994, S. 280 f. möchte diesen Zeitschutz dagegen nicht als Unterfall eines gesetzlichen Bestandsschutzes begreifen.

ist die außerordentliche Kündigung stets abhängig vom Vorliegen eines sogenannten wichtigen Grundes, der sich rechtsdogmatisch als materielle Kündigungsschranke begreifen lässt. Anders als die außerordentliche Kündigung²⁵⁶ hat die ordentliche Kündigung zudem auch im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung keine übergreifende Regelung im allgemeinen Teil des Schuldrechts²⁵⁷ erfahren, sodass hier möglicherweise bestehende übergreifende Grundsätze auch weiterhin vor allem im Wege der vergleichenden Betrachtung von Einzelvorschriften – mithin durch Induktion – zu ermitteln sind. Trotz dieser Unterschiede erscheint es im Ergebnis vorzugswürdig, ordentliche und außerordentliche Kündigung zur Herleitung eines kündigungsrechtlichen Prognoseprinzips einer gemeinsamen Untersuchung zu unterziehen, da sich bei derartiger Strukturierung Gemeinsamkeiten und Unterschiede trennschärfer herausarbeiten lassen.²⁵⁸

b) Prognoseprinzip bei der Kündigung von Arbeitsverhältnissen

Als Ausgangspunkt weiterer Überlegungen – insoweit setzt sich das induktive Vorgehen auch auf dieser untergeordneten Ebene fort – bietet sich in diesem Kontext zunächst das Arbeitsrecht an, wo wie schon angedeutet bereits seit geraumer Zeit verbreitet ein kündigungsrechtliches Prognoseprinzip postuliert wird.²⁵⁹ Hiernach soll es für die Wirksamkeit einer arbeitgeberseitigen Kündigung maßgeblich (auch) auf die wahrscheinliche zukünftige Entwicklung der in Rede stehenden Vertragsbeziehung ankommen.

256 § 314 BGB; zur Entstehungsgeschichte dieser Norm siehe nur BeckOGK-BGB/Martens, § 314 BGB Rn. 6 ff.; zur Rechtslage vor dem SchuldRModG aufschlussreich Oetker, Dauerschuldverhältnis 1994, S. 265 ff.

257 Vgl. hierzu auch die Empfehlung von Horn, Gutachten Bd. I 1981, S. 551, 626 f.

258 Im arbeitsrechtlichen Kontext wird zum Teil ausdrücklich darauf hingewiesen, dass eine Trennung der Betrachtung von außerordentlicher und ordentlicher Kündigung in Bezug auf ein etwaiges Prognoseprinzip unzweckmäßig ist, vgl. Meyer, Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses wegen Sicherheitsbedenken 1997, S. 163; dies gilt jedenfalls solange, wie die Betrachtung entsprechende Unterschiede zwischen den beiden Kündigungsformen nicht negiert, sondern explizit in den Blick nimmt.

259 Einen ähnlichen Weg wählt auch Gentges, Prognoseprobleme im Kündigungs-schutzrecht 1995, S. 63, der richtigerweise anerkennt, dass das arbeitsrechtliche Kündigungsschutzrecht letztlich den dogmatischen Ausgangspunkt aller Bemühungen zur Verankerung einer Prognoseprinzips im Zivilrecht darstellt.

aa) Entwicklung

Die Idee der Prognoseabhängigkeit arbeitgeberseitiger Kündigungen fand ihre Anfänge zu Beginn des 20. Jahrhunderts,²⁶⁰ wobei die vorläufige Landarbeitsverordnung von 1919²⁶¹ als erster normativer Anknüpfungspunkt derartiger Überlegungen angesehen werden kann.²⁶² Hiernach (§ 16) sollte eine außerordentliche Kündigung nur zulässig sein, wenn die Unzumutbarkeit der *Fortsetzung* des in Rede stehenden Dienstverhältnisses festgestellt werden konnte. Ähnliche Gedanken wurden vor dem Hintergrund des § 84 Abs. 1 Nr. 4 des Betriebsrätegesetzes von 1920²⁶³ bald auch im Recht der ordentlichen Kündigung fruchtbar gemacht.²⁶⁴ War die Kündigung zuvor ausschließlich als arbeitgeberseitiges Sanktionsmittel verstanden worden, bezog nach anfänglichem Zögern so bald auch die Rechtsprechung prognostische Elemente in kündigungsrechtliche Entscheidungen ein.²⁶⁵ Aus der Literatur war es zunächst vor allem *Herschel*, der sich in der Folge für den Prognosegedanken im Kündigungsrecht stark machte²⁶⁶, bevor schließlich *Preis* vor dem Hintergrund des nunmehr geltenden KSchG erstmals umfassend ein Prognoseprinzip im arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzrecht herausarbeitete.²⁶⁷

Schon diese Entstehungshistorie bot indes den Nährboden für die scharfe Kritik *Rüthers*²⁶⁸, die sich letztlich auf den Vorwurf zuspitzen lässt, das Prognoseprinzip sei ursprünglich „im Interesse der nationalsozialistischen Rechtserneuerung“²⁶⁹ aufgestellt worden. Stein des Anstoßes sind die Her-

260 *Loth*, Prognoseprinzip im befristeten Arbeitsverhältnis 2015, S. 95; *Elz*, Wiedereinstellungsanspruch 2002, S. 12.

261 RGBL. I (1919), III.

262 *Loth*, Prognoseprinzip im befristeten Arbeitsverhältnis 2015, S. 95; *Elz*, Wiedereinstellungsanspruch 2002, S. 12.

263 RGBL. I (1920), 147.

264 Vgl. *Elz*, Wiedereinstellungsanspruch 2002, S. 12.

265 Siehe dazu beispielhaft die auch schon von *Preis*, NJW 1998, 1889, 1891 angeführten Urteile LAG Frankfurt a. M. 29.09.1927 – 26 II 21/27, ARS 1, 379, 380; RAG 17.10.1928 – RAG 128/28, ARS 4, 95, 96; RAG 22.08.1929 – RAG 139 u. 345/29, ARS 6, 612, 617; RAG 18.04.1931 – RAG 560/30, ARS 12, 101, 103.

266 *Herschel*, DJ 1939, 410, 411; *ders.*, FS Nikisch 1958, S. 49, 50 f.; *ders.*, FS G. Müller 1981, S. 191, 202 ff.

267 *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 322 ff.

268 *Rüthers*, FS zum 100jährigen Bestehen des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes 1994, S. 39, 56; *ders.*, RdA 1995, 326, 332; *ders.*, Beschäftigungskrise 1996, S. 70 ff.; *ders.*, NJW 1998, 1433, 1435 ff.

269 *Rüthers*, NJW 1998, 1433, 1437.

leitungsversuche *Herschels*, der die Notwendigkeit einer – verobjektivierten – Vorausschau im Kündigungsrecht mithilfe eines Vergleichs zum nationalsozialistischen Eherecht begründete.²⁷⁰ Wer jedoch das für das besondere personenrechtliche Gemeinschaftsverhältnis der Ehe geschaffene Zerrüttungsprinzip (§ 48 EheG v. 1938) der Sache nach auch auf Arbeitsverhältnisse anwende, der schreibe dem Arbeitsverhältnis zumindest implizit den Charakter eines völkischen, gleichsam überindividuellen Gemeinschaftsverhältnisses zu.²⁷¹ Diese in Ansätzen beinahe polemische²⁷² Kritik hat in der Literatur seinerzeit ein ebenso scharfes Echo erfahren²⁷³, das überwiegend darauf abzielte, *Herschel* vom Vorwurf der Umdeutung des Rechts im Sinne nationalsozialistischer Unrechts-Ideologie zu entlasten.²⁷⁴ Die kollektivistische Idee einer besonderen Betriebsgemeinschaft zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber entspringe nicht vorrangig nationalsozialistischem Gedankengut²⁷⁵, das Prognoseprinzip sei im Gegenteil sogar ideologisch neutral.²⁷⁶ Hierfür ist wiederholt zutreffend darauf hingewiesen worden, dass entsprechende Prognosegedanken dem Kündigungsrecht schon vor 1933 und auch nach 1945 entnommen wurden.²⁷⁷ Geboten erscheint indes, in Bezug auf die historische Kritik *Rüthers* zwei Ebenen auseinanderzuhalten und gesondert zu bewerten: Zum einen die Ausführungen betreffend der speziellen Herleitung des Prognoseprinzips durch *Herschel*, zum anderen die vorgebrachten Argumente gegen das Prognoseprinzip an sich.

Eine Bewertung auf der ersten Ebene stellt sich bei genauerem Hinsehen aus heutiger Sicht als nicht eben einfach dar, sind doch vor allem

270 Ursprünglich *Herschel*, DJ 1939, 410 ff.; diese Argumentation hielt er unter explizitem Verweis auf dieses Werk auch in seinen Beiträgen *ders.*, FS Nikisch 1958, S. 49, 50 f. und *ders.*, FS G. Müller 1981, S. 191, 202 ff. unverändert aufrecht.

271 *Rüthers*, NJW 1998, 1433, 1437; *ders.*, Beschäftigungskrise 1996, S. 80.

272 Der Begriff der Polemik wird hier bewusst vorsichtig verwendet, ist es doch keineswegs so, dass *Rüthers* seine Kritik am Prognoseprinzip nicht dezidiert argumentativ untermauert – insbesondere die Ausführungen zu einer im speziellen Kontext nur schwer zu belegenden „wissenschaftlichen Schweigespirale“ in *Rüthers*, NJW 1998, 1433, 1139 f. grenzen jedoch durchaus an persönliche Diffamierungen.

273 Plastisch *Elz*, Wiedereinstellungsanspruch 2002, S. 16: „Sturm der Entrüstung“.

274 Vor allem *Preis*, NJW 1998, 1889 ff. und *Löwisch*, BB 1998, 1793 ff.; zu den arbeitsmarktpolitischen Überlegungen von *Rüthers* auch *Hanau*, NJW 1998, 1895.

275 *Löwisch*, BB 1998, 1793, 1794 f.

276 *Preis*, NZA 1997, 1073, 1076.

277 Dies belegt schon die hier vorgenommene historische Einordnung; siehe dazu auch *Löwisch*, BB 1998, 1793, 1794; *Preis*, NJW 1998, 1889, 1891; in neuerer Zeit auch *Elz*, Wiedereinstellungsanspruch 2002, S. 16; *Loth*, Prognoseprinzip im befristeten Arbeitsverhältnis 2015, S. 96.

Herschels konkrete Motive für die gezogene Parallele zwischen nationalsozialistischem Eherecht und Kündigungsschutzrecht im Rahmen dieser Bearbeitung nicht letztgültig aufzuklären. Ob dieses Argumentationsmuster der ideologischen Umdeutung des Rechts diene²⁷⁸ oder *Herschel* ganz im Gegenteil gar einen „Kontrapunkt zur politisch-willkürlichen und rassenideologisch motivierten Entlassung“ setzen wollte²⁷⁹, muss mit Bedacht auf den Umfang dieser Untersuchung Rechtshistorikern vorbehalten bleiben. Anzumerken bleibt jedoch, dass *Herschel* zunächst – in den besonders „verdächtigen“ Schriften – weniger an der Notwendigkeit einer Prognose als vielmehr an eine Verobjektivierung des Zumutbarkeitsgrundsatzes im Kündigungsrecht gelegen war.²⁸⁰

Weitet man nunmehr den Blick bleibt freilich festzuhalten, dass die konkrete Argumentation *Herschels* inzwischen zu Recht keine Anhänger mehr findet²⁸¹, sodass die zweite beschriebene Ebene im hiesigen Kontext weit aus größere Bedeutung erlangt. Über die Kritik an *Herschels* Begründung hinausgehende Argumentationsansätze zulasten des Prognoseprinzips sind in *Rüthers* Ausführungen indes vergleichsweise rar gesät²⁸², obschon auch zum entsprechenden Publikationszeitpunkt bereits eine Fülle abweichender Herleitungsideen Eingang in die einschlägige rechtswissenschaftliche Diskussion gefunden hatte.²⁸³ Selbst wenn man daher davon ausginge, *Rüthers* Kritik auf der ersten Ebene sei im Grundsatz zuzustimmen, so ist damit noch keineswegs das Prognoseprinzip als solches verworfen²⁸⁴ – zugespitzt: Auch eine falsche Begründung kann ein richtiges Ergebnis

278 So *Rüthers*, NJW 1998, 1433, 1438.

279 So *Preis*, NJW 1998, 1889, 1893.

280 Zu Recht ebenso *Elz*, Wiedereinstellungsanspruch 2002, S. 16 f.

281 Bei *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 126 f. findet sich gar eine in der Sache dezidiert kritische Auseinandersetzung mit der Argumentation *Herschels*, sodass jedenfalls argumentative Kontinuitäten hier nur schwerlich ausgemacht werden können; auch *Elz*, Wiedereinstellungsanspruch 2002, S. 17 konstatiert, dass sich *Herschel* mit seiner Argumentation nicht durchsetzen konnte.

282 In diese Richtung auch *Preis*, NJW 1998, 1889, 1893; eine Ausnahme bilden insoweit vor allem die Ausführungen in *Rüthers/Müller*, EzA Nr. 41 zu § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung, 13, 21 ff.; aufgegriffen werden sollen diese Argumente sogleich im passenden Kontext bei der Herleitung des Prognoseprinzips.

283 Hierzu sogleich.

284 In eine ähnliche Richtung wohl auch *Loth*, Prognoseprinzip im befristeten Arbeitsverhältnis 2015, S. 96, nach der eine „Reduzierung alleine auf die Beiträge *Herschels* (...) der Bedeutung des Prognoseprinzips in der Rechtsordnung nicht gerecht“ würde.

liefern.²⁸⁵ Der mögliche Einwand, alle neueren Begründungsversuche dienten ausschließlich dazu, die ursprünglich nationalsozialistische Rechtsidee des Prognoseprinzips wohlmöglich gar mithilfe von Scheinbegründungen aufrecht zu erhalten, entbehrt ersichtlich jeglicher Grundlage, zumal sich selbst hiermit der Rückgriff auf Prognosegedanken vor 1933 nicht erklären ließe.²⁸⁶ Nur weil sich möglicherweise auch in der nationalsozialistischen Unrechts-Ideologie Argumente für die Geltung des Prognoseprinzips fanden, verlieren nicht alle übrigen Argumente gleichsam automatisch ihre Gültigkeit; Die implizit aus *Rüthers* Ausführungen sprechende Idee einer Art unwiederbringlichen „Kontamination des Prognoseprinzips“ ist abzulehnen. Dabei sei vor dem Hintergrund des eben Gesagten auf die Selbstverständlichkeit hingewiesen, dass die folgenden Ausführungen jeweils ausschließlich die aktuellen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften in den Blick nehmen und zu deren Interpretation allgemein anerkannte Grundsätze der Rechtsmethodik vor dem Hintergrund der freiheitlich-demokratische Verfassungsordnung des Grundgesetzes anwenden. Soweit letztere als Argumentationsstütze verwendet wird, ist im Übrigen dem Hinweis *Rüthers*, Generalklauseln böten stets die Gefahr einer vorverständnisgeprägten Deutung des Rechts²⁸⁷, durchaus zuzustimmen.

bb) Herleitung

Unbeschadet des eben Gesagten kann heute gleichwohl von einer ganz überwiegenden Anerkennung des Prognoseprinzips im arbeitsrechtlichen Kündigungsrecht gesprochen werden. Für die Herleitung eines solchen Prinzips im Rahmen der hiesigen Untersuchung darf jedoch selbstverständlich nicht die Zahl der Befürworter, sondern einzig die Überzeugungskraft der entsprechenden Argumente Bedeutung erlangen. Dabei soll sich das Vorgehen nach vorgestelltem Rezept eng an den einschlägigen Normen des § 1 KSchG (ordentliche Kündigung) und des § 626 Abs. 1 BGB (außerordentliche Kündigung) orientieren.

285 In anderem Kontext schon *Holthusen*, RdA 2019, 216, 220.

286 Für letzteres ebenso *Hoyningen-Huene*, FS 50 Jahre LAG Rheinland-Pfalz 1999, S. 215, 222.

287 *Rüthers*, NJW 1998, 1433, 1439.

(1) Wortlaut

Besonders überzeugend wäre der oben beschriebenen Argumentation *Rüthers* entgegengetreten, wenn sich bereits aus dem Wortlaut dieser Normen unumstößliche Anhaltspunkte für die Geltung eines Prognoseprinzips im arbeitsrechtlichen Kündigungsrecht schließen ließen. Hätte nämlich der demokratische Gesetzgeber²⁸⁸ das Prognoseprinzip in unzweideutiger Weise normativ verankert, so wären damit andere (und seien es auch ideologisch verdächtige) Herleitungsversuche nur noch von sekundärer Bedeutung. Tatsächlich wird in der arbeitsrechtlichen Literatur nicht selten darauf hingewiesen, die Zukunftsbezogenheit aller Kündigungsgründe sei bereits dem Wortlaut der kündigungsrechtlichen Vorschriften zu entnehmen.²⁸⁹ So stelle § 626 Abs.1 BGB entscheidend darauf ab, ob dem Vertragspartner die *Fortsetzung* des Dienstverhältnisses zumutbar sei, so dass allein punktuelle Störungen im Vertragsverhältnis nicht zur außerordentlichen Kündigung berechtigten. Einen Zukunftsbezug bringe für die ordentliche Kündigung auch § 1 Abs.2 KSchG zum Ausdruck, nehme er doch nicht den Begriff der Beschäftigung, sondern gerade denjenigen der *Weiterbeschäftigung* in den Blick.²⁹⁰

Während die Formulierung des § 626 Abs.1 BGB in der Tat deutlich auf eine prospektive Deutung der Unzumutbarkeit verweist, ist in Bezug auf § 1 Abs.2 KSchG bei näherem Hinsehen eine genaue Differenzierung angezeigt. So ist in S.1 der Vorschrift der Begriff der „Weiterbeschäftigung“ Bestandteil eines eingeschobenen Relativsatzes („die einer Weiterbeschäfti-

288 § 1 Abs. 2 S.1 KSchG entspricht noch heute der entsprechenden Vorschrift aus dem KSchG 1951, siehe BGBl. I (1951), 499.

289 *Nicklaus*, Das Prognoseprinzip im arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzrecht 2012, S.7; *Feuerborn*, Sachliche Gründe 2003, S. 229; *Honstetter*, Prognoseentscheidung 1994, S.10 f.; *Loth*, Prognoseprinzip im befristeten Arbeitsverhältnis 2015, S. 97; *Steinacker*, Der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers 2017, S. 47; *Meyer*, Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses wegen Sicherheitsbedenken 1997, S.162; *Walden*, Änderungskündigung, unternehmerische Entscheidungsfreiheit und Prognoseprinzip 1993, S.126; *Boewer*, NZA 1999, 1121, 1123; *Krause*, in: Linck/Krause/Bayreuther (Hrsg.), Kündigungsschutzgesetz 2019, § 1 KSchG Rn.173; *Greiner*, in: Boecken/Düwell/Diller u.a. (Hrsg.), Gesamtes Arbeitsrecht 2016, § 1 KSchG Rn.240; *APS/Preis*, Prinzipien H Rn. 74; *ders.*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S.332; a. A. *Gentges*, Prognoseprobleme im Kündigungsschutzrecht 1995, S.263 f.; *Annuß*, Betriebsbedingte Kündigung und arbeitsvertragliche Bindung 2004, S.353.

290 Vgl. auch für den vorigen Satz jeweils die Nachweise Fn. 289.

gung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen“), der sich nach Numerus und Genus des gewählten Relativpronomens („die“) entweder ausschließlich auf die unmittelbar zuvor genannten „betrieblichen Erfordernisse“ oder aber zusätzlich auch auf die „Gründe, die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen“ beziehen kann.²⁹¹ Bei grammatischer Auslegung kann daher allein aus diesem Satz jedenfalls nicht zweifelsfrei auf den Prognosecharakter aller Kündigungsgründe geschlossen werden, wenngleich hiernach zumindest bei der betriebsbedingten Kündigung eine Zukunftsbetrachtung unabdingbar erscheint.²⁹² Alternativ oder jedenfalls hilfsweise verweisen einige sodann auf die Sätze 2 und 3 der fraglichen Vorschrift, die das Fehlen einer Weiterbeschäftigungsmöglichkeit ebenfalls zur Voraussetzung jeder ordentlichen Arbeitgeberkündigung erhöhen.²⁹³ Bei wertender Betrachtung werde so ebenfalls ein Bezug zwischen der bisherigen und der zukünftigen Beschäftigung hergestellt.²⁹⁴ Dieser Argumentation wird allerdings zu Recht entgegengehalten, dass die Frage einer möglichen Weiterbeschäftigungsmöglichkeit in diesem Zusammenhang nicht den Kündigungsgrund selbst betrifft, sondern erst auf einer zweiten Stufe der Prüfung des Tatbestands von § 1 Abs. 2 KSchG Relevanz erlangt.²⁹⁵ Aus dem Wortlaut von § 1 Abs. 2 KSchG kann daher nach hier vertretener Ansicht jedenfalls nicht zweifelsfrei auf ein Prognoseerfordernis auch bei der verhaltens- und personenbedingten ordentlichen Kündigung geschlossen werden, wenngleich gewichtige Hinweise auf die Maßgeblich-

291 Weniger zweifelnd *Ascheid*, Kündigungsschutzrecht 1993, Rn. 29, der davon ausgeht, der Relativsatz beziehe sich „bei genauer Lesart“ nur auf die betrieblichen Erfordernisse; ähnlich wohl *Feuerborn*, Sachliche Gründe 2003, S. 229.

292 Daher ist es mindestens ungenau, wenn das Wortlautargument wie bei *Loth*, Prognoseprinzip im befristeten Arbeitsverhältnis 2015, S. 97 und *Walden*, Änderungskündigung, unternehmerische Entscheidungsfreiheit und Prognoseprinzip 1993, S. 126 für alle Kündigungsgründe ausschließlich auf § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG gestützt wird.

293 So explizit *Feuerborn*, Sachliche Gründe 2003, S. 229; entsprechend nehmen *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 332; *Steinacker*, Der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers 2017, S. 47; *Boewer*, NZA 1999, 1121, 1123 und *Honstetter*, Prognoseentscheidung 1994, S. 10 f. ebenfalls explizit auf S. 1 und S. 2 Bezug, während teils etwas ungenau schlicht ohne nähere Differenzierung auf Abs. 2 verwiesen wird, vgl. beispielsweise *Meyer*, Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses wegen Sicherheitsbedenken 1997, S. 162; *Krause*, in: Linck/Krause/Bayreuther (Hrsg.), Kündigungsschutzgesetz 2019, § 1 KSchG Rn. 173.

294 *Feuerborn*, Sachliche Gründe 2003, S. 229.

295 So, allerdings dieselbe Argumentation irrig auch auf § 626 Abs. 1 BGB übertragend *Gentges*, Prognoseprobleme im Kündigungsschutzrecht 1995, S. 263 f.

keit der zukünftigen Entwicklung des Arbeitsverhältnisses durchaus auszumachen sind.²⁹⁶

(2) Systematik

Aus systematischer Sicht wird sodann teils die Abgrenzung des Kündigungsrechts vom Leistungsstörungenrecht des BGB ins Zentrum der Betrachtung gerückt.²⁹⁷ In der Tat ist es primär das Leistungsstörungenrecht, welches Regelungen zur Abwicklung von Störungen und zum Ausgleich wirtschaftlicher Folgen ebenjener im Arbeitsverhältnis trifft.²⁹⁸ Vorschriften zum Verlust des Anspruchs auf Gegenleistung bei Unmöglichkeit (§ 326 Abs. 1 S. 1 BGB) oder zum Schadensersatz bei schuldhafter Vertragsverletzung (§§ 280 ff. BGB) sind – wenn auch zum Teil modifiziert – auch im Arbeitsverhältnis anwendbar und könnten so als gleichsam abschließende Regelungen der rechtlichen Reaktionsmöglichkeiten auf vergangene Störungen im Vertragsverhältnis verstanden werden.²⁹⁹ Im Zentrum der kündigungsrechtlichen Problematik stehe dagegen nicht die Frage, welche zivilrechtlichen Ansprüche aus welcher Art von Störung folgten, sodass die Kündigung insoweit nicht als Konkurrenzeinrichtung zur Abwicklung von Leistungsstörungen herhalten könne.³⁰⁰

Zwar ist zuzugeben, dass die einer solchen Argumentation zugrunde liegenden Prämissen durchaus Zustimmung verdienen, doch ist der systematische Umkehrschluss – wenn das Leistungsstörungenrecht vergangene Störungen in den Blick nimmt, kann das Kündigungsrecht sich nur auf zukünftige beziehen – jedenfalls nicht ohne Weiteres zulässig. Nur weil das Leistungsstörungenrecht möglicherweise abschließende Regelungen zur Abwicklung von Störungen bereithält, ist daraus nicht zu schließen, dass der Gesetzgeber vergangenen Störungen lediglich durch wirtschaftlichen Ausgleich und nicht auch durch andere rechtliche Reaktionsmöglichkei-

296 Im Ergebnis ähnlich *Nicklaus*, Das Prognoseprinzip im arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzrecht 2012, S. 10.

297 So ausführlich vor allem *Ascheid*, Kündigungsschutzrecht 1993, Rn. 42 ff.; im Anschluss zustimmend *APS/Preis*, Prinzipien H Rn. 75; *Pfeiffer*, in: Gallner/Mestwerdt/Nägele u.a. (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht 2021, § 1 KSchG Rn. 173.

298 So auch *Ascheid*, Kündigungsschutzrecht 1993, Rn. 42 ff.; *APS/Preis*, Prinzipien H Rn. 75.

299 So wohl *Ascheid*, Kündigungsschutzrecht 1993, Rn. 42 ff.; *APS/Preis*, Prinzipien H Rn. 75.

300 *Ascheid*, Kündigungsschutzrecht 1993, Rn. 44.

ten begegnen wollte. Die oben beschriebene Argumentation lässt sich dagegen nur dann aufrechterhalten, wenn man ihr von vornherein die – ihrerseits begründungsbedürftige – Vorstellung zu Grunde legt, die Kündigung bezwecke lediglich die Verhinderung zukünftiger Vertragsstörungen. Der systematische Vergleich zum Leistungsstörungenrecht mag nach dieser Betrachtung so zwar das auf anderem Wege gewonnene Ergebnis der Prognoseabhängigkeit von Kündigungsgründen stützen, für sich genommen taugt er jedoch nicht zur Herleitung eines Prognoseprinzips.³⁰¹ Mit diesen Ausführungen ist gleichzeitig der Blick geschärft für die eigentliche „Gretchenfrage“ zur Herleitung des Prognoseprinzips im arbeitsrechtlichen Kündigungsrecht: Die Frage nach dem Zweck der Kündigung.

(3) Zweck arbeitgeberseitiger Beendigungskündigungen

Nachdem festgestellt wurde, dass Wortlaut und Systematik der einschlägigen kündigungsrechtlichen Vorschriften deren Prognosenormcharakter jedenfalls für sich genommen noch nicht vollends überzeugend zu begründen vermögen, rückt die Frage nach dem Zweck von Kündigungen im Arbeitsrecht gerade für die nach bisheriger Betrachtung besonders pathologischen Fälle – die personen- sowie die verhaltensbedingte Kündigung – unweigerlich ins Zentrum der Untersuchung. Dabei sind im Wesentlichen zwei denkbare Zweckalternativen voneinander zu unterscheiden: Der Sanktionszweck und der Präventionszweck.³⁰²

Hält man sich nunmehr erneut vor Augen, dass der Zweck der Prävention einen geradezu klassischen Fall eines Prognosenormzwecks darstellt³⁰³, so kann es kaum überraschen, dass der Befund, die Kündigung diene ausschließlich der Verhütung künftiger Störungen des Arbeitsverhältnisses, geradezu untrennbar mit der Anerkennung eines kündigungsrechtlichen

301 So ziehen *ders.*, Kündigungsschutzrecht 1993, Rn. 42 ff. und APS/*Preis*, Prinzipien H Rn. 75 den systematischen Vergleich zum Leistungsstörungenrecht richtigerweise ebenfalls nur als eine zusätzliche Stütze ihrer weitergehenden Argumentation heran.

302 Einen abweichenden Weg beschreitet *Holly*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit 1989, S. 77 ff., der zum einen zwischen „Nahzwecken“ (verstanden als Zweck der lediglich befristeten oder unbefristeten Beendigung des Arbeitsverhältnisses – dies beschreibt aber in Wahrheit bloß die Rechtsfolge der Kündigung und trifft über den Zweck gerade keine Aussage) und „Fernzwecken“ unterscheidet, und zum anderen für letztere dem Arbeitgeber ein (eingeschränktes) Wahlrecht hinsichtlich des verfolgten Zweckes zubilligen möchte.

303 Siehe oben B. II. 2. c) aa) (1) .

Prognoseprinzips verbunden erscheint. Da Sanktionen im direkten Kontrast hierzu stets nur an vergangene Störungen anknüpfen können, ist mit der Feststellung eines Sanktionszwecks von Kündigungen stets auch gleichzeitig die Absage an ein derartiges Rechtsprinzip verbunden. Zur differenzierten Beantwortung der Frage nach dem Kündigungszweck und zur Destillation der dazugehörigen Kernproblematik bietet es sich in einem ersten Schritt an, zwischen den unterschiedlichen arbeitsrechtlichen Kündigungsgründen zu trennen.

(a) Personen- und betriebsbedingte Kündigung

Weitgehend unproblematisch erscheint die (übergreifende) Zweckbestimmung in Bezug auf personen- und betriebsbedingte Kündigungen.³⁰⁴ Nach gängiger Formulierung nämlich soll die personenbedingte Kündigung dem Arbeitgeber die Möglichkeit eröffnen, einen Vertrag zu beenden, der seinen Zweck deshalb nicht mehr erfüllt, weil der Arbeitnehmer die geschuldete Arbeitsleistung nicht mehr erbringen kann.³⁰⁵ Insbesondere – aber nicht nur – für die wichtige Fallgruppe der krankheitsbedingten Kündigung ist dabei geradezu offensichtlich, dass eine derartige Kündigung nicht der Sanktion des Arbeitnehmers dienen kann.³⁰⁶ Die betriebsbedingte Kündigung bezwecke sodann, dem Arbeitgeber im Interesse der Rentabilität die Anpassung des Personalbestandes an den Personalbedarf zu ermöglichen.³⁰⁷ Weil der Kündigungsgrund in dieser Konstellation gar aus der Sphäre des Arbeitgebers stammt, fehlt für einen sanktionsbedürftigen oder überhaupt sanktionsfähigen Tatbestand auch hier ersichtlich jeder Anhaltspunkt³⁰⁸, sodass nach einhelliger Auffassung gleichfalls präventive Zwecke (Verhütung eines Personalüberhangs) im Vordergrund stehen müssen. Jedenfalls für die personen- und die betriebsbedingte Kündigung ist daher

304 Ebenso *Preis*, NJW 1998, 1889.

305 *Ders.*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 312; *Stückmann/Kohlepp*, RdA 2000, 331, 334; *LSSW/Schlünder*, § 1 KSchG Rn. 225.

306 Ausdrücklich *Berkowsky*, NZA-RR 2001, 393, 396; *Lingemann/Ludwig*, ArbRAktuell 2010, 385; dies wird auch von Kritikern eines (allgemeinen) Prognoseprinzips überwiegend nicht in Abrede gestellt, vgl. nur *Popp*, DB 1981, 2611, 2615; *Weller*, ArbRGeg 20 (1982), 77, 79; zweifelnd aber wohl *Kraft*, ZfA 1994, 463, 476.

307 *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 312; *Stückmann/Kohlepp*, RdA 2000, 331, 334; *LSSW/Schlünder*, § 1 KSchG Rn. 295.

308 Ähnlich *Berkowsky*, Betriebsbedingte Kündigung, 6. Aufl. 2008, § 4 Rn. 72 („offensichtlich keinerlei Sanktionscharakter“).

der Präventionszweck weitgehend unumstritten, sodass sich schließlich die verhaltensbedingte Kündigung als Kern der hiesigen Zweckbestimmungsproblematik herauschält.

(b) Verhaltensbedingte Kündigung

In diesem Zusammenhang nämlich vertritt eine beachtliche Anzahl von Autoren die Ansicht, die Kündigung diene dem Zweck der Sanktionierung pflichtwidrigen Arbeitnehmerverhaltens³⁰⁹, während überwiegend auch hier der Präventionszweck der Kündigung in den Vordergrund gerückt wird.³¹⁰ Insbesondere (aber nicht nur) in der Rechtsprechung ist dabei zu beobachten, dass der Präventionszweck der Kündigung allzu oft ohne weitere Begründung in geradezu apodiktischer Weise vorausgesetzt wird. Sollen aber nicht über den Umweg der Zweckbestimmung doch noch die von *Rüthers* befürchteten ideologischen Vorverständnisse in die Herleitung der Prognoseabhängigkeit aller Kündigungsgründe einfließen, so ist eine Begründung für die Annahme des Präventionszwecks der verhaltensbedingten Kündigung unentbehrlich. Anders gewendet bedarf es an dieser Stelle einer überzeugenden Antwort auf die von Kritikern des Prognoseprinzips aufgeworfene Frage, warum die verhaltensbedingte Kündigung nicht auch

309 So *Fromm*, Die arbeitnehmerbedingten Kündigungsgründe 1995, S. 444; *Wank*, RdA 1993, 79, 83 f.; *Gentges*, Prognoseprobleme im Kündigungsschutzrecht 1995, S. 239; *Popp*, DB 1981, 2611, 2615; *Weller*, ArbRGeg 20 (1982), 77, 79; *Kraft*, ZfA 1994, 463, 476; *Gift*, RdA 1994, 306, 307; *Löwisch*, BB 1998, 1793, 1795; *Picker*, ZfA 2005, 353, 366 f.

310 Aus der Literatur *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 333; *Stückmann/Kohlepp*, RdA 2000, 331, 333 f.; *Adam*, NZA 1998, 284, 285; *Honstetter*, Prognoseentscheidung 1994, S. 8; *Loth*, Prognoseprinzip im befristeten Arbeitsverhältnis 2015, S. 97; *Meyer*, Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses wegen Sicherheitsbedenken 1997, S. 165; *Elz*, Wiedereinstellungsanspruch 2002, S. 19; *Ascheid*, Kündigungsschutzrecht 1993, Rn. 29; HK-KSchG/*Dorndorf*, § 1 KSchG Rn. 290; *Greiner*, in: Boecken/Düwell/Diller u.a. (Hrsg.), Gesamtes Arbeitsrecht 2016, § 1 KSchG Rn. 240; *Pfeiffer*, in: Gallner/Mestwerdt/Nägele u.a. (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht 2021, § 1 KSchG Rn. 173; *Hoyningen-Huene*, FS 50 Jahre LAG Rheinland-Pfalz 1999, S. 215, 222; *Berkowsky*, Die personen- und verhaltensbedingte Kündigung, 4. Aufl. 2005, § 3 Rn. 52; LSSW/*Schlünder*, § 1 KSchG Rn. 114; BeckOK-ArbR/*Stoffels*, § 626 BGB Rn. 17; aus der Rechtsprechung zuletzt beispielsweise BAG 13.12.2018 – 2 AZR 370/18, NJW 2019, 1161, 1163 (zur verhaltensbedingten außerordentlichen Kündigung); BAG 26.11.2009 – 2 AZR 751/08, AP Nr. 61 zu § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung (zur verhaltensbedingten ordentlichen und außerordentlichen Kündigung) jeweils m. w. N. zur st. Rspr.

schlicht als Sanktion für eine begangene Pflichtverletzung verstanden werden kann.³¹¹

Hierfür ist zunächst darauf hinzuweisen, dass der Zweck der verhaltensbedingten Arbeitgeberkündigung normativ und daher nach abstrakt-objektiven Gesichtspunkten zu bestimmen ist³¹², sodass es an dieser Stelle weder darauf ankommen kann, welches Motiv der konkrete Arbeitgeber mit einer im Einzelfall ausgesprochenen Kündigung tatsächlich verfolgt³¹³, noch darauf, ob der betroffene Arbeitnehmer (oder gar die Rechtsgemeinschaft „an sich“³¹⁴) die Kündigung selber als Sanktionsmittel begreift.³¹⁵ Zwar mag es zutreffen, dass verhaltensbedingte Beendigungskündigungen von Arbeitgebern vielfach vor allem als Vergeltungsmaßnahmen eingesetzt und von Arbeitnehmern auch als solche verstanden werden. Auch andere Beispiele (man denke nur an das zivilrechtliche Abstraktions- und Trennungsprinzip) zeigen jedoch, dass eine derartige Inkongruenz von Rechtsempfinden und Rechtswirklichkeit aufgrund der Verbindlichkeit gesetzgeberischer Entscheidungen durchaus hinzunehmen ist. In der Sache ist derweil zunächst festzustellen, dass weder Gesetzeswortlaut noch Gesetzesbegründung von § 626 Abs. 1 BGB bzw. § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG unzweideutige Anhaltspunkte für oder wider einen Sanktionszweck der verhaltensbedingten Kündigung bereithalten.³¹⁶ Gleichzeitig finden sich freilich auch keine stichhaltigen Hinweise darauf, dass der Gesetzgeber der verhaltensbedingten Kündigung einen anderen Zweck als der personen- und der betriebsbedingten Kündigung zugrunde legen wollte, sodass diese gesetzgeberische Enthaltensamkeit im Ergebnis eher für die Präventivfunktion der verhaltensbedingten Kündigung sprechen mag. Zudem erscheint es hilfreich, Anhaltspunkte für den Zweck verhaltensbedingter Kündigungen aus dem allgemeinen Zweck des Kündigungsschutzgesetzes abzuleiten. Liegt der Zweck der materiellen Kündigungskontrolle nämlich in der Beschränkung der Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers und damit letztlich in Aspekten sozialen Arbeitnehmerschutzes begründet, so erscheint es kaum einsichtig, dass der Gesetzgeber dem Arbeitgeber mit der Möglichkeit zur verhaltensbedingten

311 So die suggestive Frage von *Kraft*, ZfA 1994, 463, 476.

312 Zutreffend *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 310 f.

313 So aber wohl *Holly*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit 1989, S. 77 ff.; *Zitscher*, BB 1983, 1285, 1291.

314 Hierauf verweist *Fromm*, Die arbeitnehmerbedingten Kündigungsgründe 1995, S. 444.

315 Ebenso *Adam*, NZA 1998, 284, 285.

316 Ähnlich *Kraft*, ZfA 1994, 463, 476.

Kündigung ein besonderes Sanktionsmittel an die Hand geben wollte.³¹⁷ Dies überzeugt umso mehr, als strafrechtstypische Zwecke wie Sühne, Genugtuung oder Generalprävention³¹⁸ der Arbeitsrechtsdogmatik auch ansonsten weitgehend unbekannt sind.³¹⁹ Hätte der Gesetzgeber der verhaltensbedingten Kündigung insoweit systemfremd dennoch Sanktionscharakter beimessen wollen, so hätte es darüber hinaus zumindest nahegelegen, den Kündigungsgrund an das notwendige Erfordernis eines Verschuldens zu binden.³²⁰ Zwar beansprucht der im Strafrecht zentrale Grundsatz *nul-la poena sine culpa* im privatrechtlichen Kontext keine unmittelbare Geltung³²¹, doch kann ein gleichzeitiger Verzicht sowohl auf ein Prognose-, wie auch auf ein Verschuldenserfordernis für die verhaltensbedingte Kündigung durchaus zu wertungsmäßig zweifelhaften Ergebnissen führen. Nimmt man all diese Argumente zusammen, so sprechen im Ergebnis gewichtige Gründe gegen das Verständnis der verhaltensbedingten Kündigung als Sanktionsmittel der Arbeitgeberseite, weshalb es überzeugend erscheint, diesem Kündigungsgrund ebenso wie den anderen einen präventiven Charakter zu attestieren. Auch die verhaltensbedingte Kündigung bezweckt daher, künftige Störungen im Arbeitsverhältnis zu verhüten, sodass auch hier der typische Prognosenormzweck der Prävention zum Tragen kommt.

317 In diese Richtung auch *Elz*, Wiedereinstellungsanspruch 2002, S. 19.

318 Hierauf verweisen vor allem *Fromm*, Die arbeitnehmerbedingten Kündigungsgründe 1995, S. 445 und *Picker*, ZfA 2005, 353, 367.

319 So auch *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 337; *Adam*, NZA 1998, 284, 285; *Steinacker*, Der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers 2017, S. 56; *Meyer*, Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses wegen Sicherheitsbedenken 1997, S. 165; *Greiner*, in: Boecken/Düwell/Diller u.a. (Hrsg.), Gesamtes Arbeitsrecht 2016, § 1 KSchG Rn. 240.

320 Die wohl überwiegende Meinung geht davon aus, dass jedenfalls in Ausnahmefällen auch unverschuldete Pflichtverletzungen eine verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen können, BAG 21.01.1999 – 2 AZR 665/98, AP Nr. 151 zu § 626 BGB; *APS/Vossen*, § 1 KSchG Rn. 276; *BeckOK-ArbR/Rolfs*, § 1 KSchG Rn. 226; *Krause*, in: Linck/Krause/Bayreuther (Hrsg.), Kündigungsschutzgesetz 2019, § 1 KSchG Rn. 462; *Berkowsky*, Die personen- und verhaltensbedingte Kündigung, 4. Aufl. 2005, § 6 Rn. 71 ff.; ausführlich zum Ganzen *Kaiser*, FS Otto 2008, S. 173 ff.; a. A. beispielsweise *MüHdb-ArbR/Zimmermann*, § 114 Rn. 14 f.; *KR/Fischermeier*, § 626 BGB Rn. 146 m. w. N.

321 Siehe zur Abgrenzung von strafrechtlichem Schuld- zu privatrechtlichem Verschuldensprinzip ausführlich *Adam/Schmidt/Schumacher*, NStZ 2017, 7 ff. insbes. die S. 11 ff.

(4) Deduktive Argumente

Nach alledem kann festgehalten werden, dass die genaue Analyse der arbeitsrechtlichen Kündigungsnormen eine Vielzahl guter Gründe bereithält, die Prognoseabhängigkeit der (gesamten) materiellen Kündigungskontrolle als *einen*³²² zentralen Leitgedanken des Kündigungsschutzrechts anzuerkennen, sodass die Redeweise vom kündigungsrechtlichen Prognoseprinzip im Arbeitsrecht schon aus diesem Grunde Zustimmung verdient.

Dennoch soll der Blick zuletzt auch gerichtet werden auf solche Argumente zur Herleitung eines derartigen Rechtsprinzips, die sich möglicherweise aus rechtlich übergeordneten Gesichtspunkten ergeben. Der potenzielle Wert einer solchen Betrachtungsweise liegt dabei nicht nur darin begründet, einen aufgrund induktiven Schlusses hergeleiteten Befund zu bestätigen oder zu erhärten, sondern kann hierüber im Erfolgsfall deutlich hinausweisen: Lässt sich die generelle Prognoseabhängigkeit der arbeitsrechtlichen Kündigungskontrolle nämlich aus der Kollision höherrangiger Rechtsprinzipien oder gar aus der Natur der Sache destillieren, so ist damit nicht nur ein Urteil darüber verbunden, ob dem Recht ein derartiges Rechtsprinzip *de lege lata* innewohnt, sondern auch darüber, ob ein solches Prinzip als (verfassungs- oder gar naturrechtliches) *ius cogens* möglicherweise gar einen zwingenden Bestandteil der Rechtsordnung darstellt. Zudem lassen sich bei der Betrachtung deduktiver Argumente gegebenenfalls erste wertvolle Hinweise zur möglichen Verallgemeinerung der im Arbeitsrecht gefundenen Ergebnisse aufzeigen.

Nicht selten ist dabei in der arbeitsrechtlichen Literatur die Wendung anzutreffen, das Prognoseprinzip im Kündigungsschutzrecht ergebe sich bereits aus der ex-nunc-Wirkung der Kündigung.³²³ Beende eine Gestaltungserklärung ein Rechtsverhältnis nur für die Zukunft, so sei es „folge-

322 Durch diese Einschränkung soll dem berechtigten Einwand von *Berkowsky*, Betriebsbedingte Kündigung, 6. Aufl. 2008, § 4 Rn. 73 Rechnung getragen werden, die Bedeutung von Prognosen im Verhältnis zu anderen Prinzipien nicht zu überschätzen, sondern sich – ganz im Sinne der Ausführungen unter C. I. – die Relativität von Rechtsprinzipien in Erinnerung zu rufen.

323 *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 332; *APS/ders.*, Prinzipien H Rn. 74; *Ascheid*, Kündigungsschutzrecht 1993, Rn. 28; *Honstetter*, Prognoseentscheidung 1994, S. 6; *Meyer*, Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses wegen Sicherheitsbedenken 1997, S. 162; *Feuerborn*, Sachliche Gründe 2003, S. 228; *Nicklaus*, Das Prognoseprinzip im arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzrecht 2012, S. 10 f.; wohl auch *Boewer*, NZA 1999, 1121, 1123.

richtig“, dass etwaig erforderliche Rechtfertigungsgründe für das Vertragsverhältnis gerade auch zukünftig Gewicht haben müssten.³²⁴ Dieser Argumentation wird indes teils entgegengehalten, dass sie in unzulässiger Weise Ursachen und Wirkung der Kündigung vermenge.³²⁵ Dem ist zuzugeben, dass ein zwingender logischer Zusammenhang zwischen ex-nunc-Wirkung und Prognoseabhängigkeit der Kündigungsgründe tatsächlich nicht anzuerkennen ist. Gleichwohl legt die hierdurch zweifellos nachgewiesene Zukunftsbezogenheit³²⁶ der Kündigungsgründe deren Prognoseabhängigkeit zumindest nahe, sodass zwar nicht von „Folgerichtigkeit“, wohl aber von der evidenten Zweckmäßigkeit einer derartigen Verknüpfung die Rede sein kann.

In eine ganz ähnliche Kerbe schlagen schließlich diejenigen, die das kündigungsrechtliche Prognoseprinzip aus der „Natur“³²⁷, dem „Wesen“³²⁸ oder schlicht dem „Charakter“³²⁹ des Arbeitsverhältnisses als Dauerschuldverhältnis herzuleiten versuchen.³³⁰ Weil sich die Parteien (jedenfalls im unbefristeten Arbeitsverhältnis) einen Leistungsaustausch für unbestimmte Zeit versprechen, komme eine vorzeitige Vertragsbeendigung nur bei Gründen in Betracht, die einer Fortsetzung in der Zukunft entgegenstün-

324 So explizit *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 332.

325 Besonders plastisch *Rüthers/Müller*, EzA Nr. 41 zu § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung, 13, 24: „den Schwanz mit dem Hund wackeln (...) lassen“; kritisch hierzu auch *Kraft*, ZfA 1994, 463, 475.

326 Zu der notwendigen Differenzierung zwischen Zukunftsbezogenheit und Prognoseprinzip eingehend *Adam*, NZA 1998, 284, 285 f., der (S. 286) den Begriff des Prognoseprinzips im Ergebnis ablehnt, die Zukunftsbezogenheit der Kündigungsgründe aber gleichwohl anerkennt; erkennt man die Zukunftsbezogenheit der Kündigungsgründe als vom Prognoseprinzip unabhängige Kategorie an, so ist auch der Aussage von *Preis*, DB 1988, 1387, 1388 f., die Kündigungsgründe seien „ihrer Natur nach zukunftsbezogen“ zweifellos zuzustimmen, wenngleich diese nach dem vorher Gesagten nicht mehr ohne Weiteres als Argument für das Bestehen eines Prognoseprinzips taugt.

327 *Honstetter*, Prognoseentscheidung 1994, S. 7.

328 *Krause*, in: Linck/Krause/Bayreuther (Hrsg.), Kündigungsschutzgesetz 2019, § 1 KSchG Rn. 173; *Pfeiffer*, in: Gallner/Mestwerdt/Nägele u.a. (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht 2021, § 1 KSchG Rn. 173; MüKo-BGB/Hergenröder, § 1 KSchG Rn. 122.

329 *Nicklaus*, Das Prognoseprinzip im arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzrecht 2012, S. 11 f.; *Pelke*, Krankheitsbedingte Kündigung 2004, S. 21.

330 In der Sache auch *Feuerborn*, Sachliche Gründe 2003, S. 229; *Walden*, Änderungskündigung, unternehmerische Entscheidungsfreiheit und Prognoseprinzip 1993, S. 124 f.; a. A. ausdrücklich *Annuß*, Betriebsbedingte Kündigung und arbeitsvertragliche Bindung 2004, S. 353.

den.³³¹ Auch hinter dieser Argumentation steht abstrakt der naheliegende Gedanke, dass derjenige, der etwas beenden will, das eigentlich auch zukünftig bestehen sollte, etwas vorzubringen hat, das auch für die Zukunft trägt – ein auf zeitliche Kontinuität ausgelegtes Vertragsverhältnis soll hiernach nicht aufgrund eines bloß singulären Sachverhalts lösbar sein. Vergewärtigt man sich nunmehr, dass der übergeordnete – vom Arbeitsrecht losgelöste – Zweck der Einräumung von Kündigungsmöglichkeiten letztlich im schonenden Ausgleich von Vertragsbeendigungsfreiheit und Vertragstreue (jeweils Bestandteile der verfassungsrechtlich garantierten Privatautonomie) im Dauerschuldverhältnis zu suchen ist³³², so erscheint es durchaus geboten, gerade die zukünftige Zumutbarkeit der Vertragsbindung im Zuge einer materiellen Kündigungskontrolle als maßgebliches Beurteilungskriterium heranzuziehen.³³³ Verbindet man nunmehr beide Elemente – die besondere zeitliche Dimension des Dauerschuldverhältnisses und die ex-nunc-Wirkung der Kündigung – so können diese jedenfalls in ihrem Zusammenwirken als bedeutendes Argument zur Absicherung eines kündigungsrechtlichen Prognoseprinzips im Arbeitsrecht dienen. Ob sie auch ausreichen, um ganz allgemein die Annahme eines kündigungsrechtlichen Prognoseprinzips zu rechtfertigen, soll an anderer Stelle noch näher untersucht werden.

cc) Inhalt und Reichweite

Bis hierhin war in Bezug auf Inhalt und Reichweite des im arbeitsrechtlichen Kündigungsrecht nachzuweisenden Prognoseprinzips stets einigermaßen abstrakt die Rede davon, der jeweilige Kündigungsgrund müsse „einer Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses entgegenstehen“ oder „für die Zukunft

331 Honstetter, Prognoseentscheidung 1994, S. 7; Feuerborn, Sachliche Gründe 2003, S. 229; Krause, in: Linck/Krause/Bayreuther (Hrsg.), Kündigungsschutzgesetz 2019, § 1 KSchG Rn. 173; Greiner, in: Boecken/Düwell/Diller u.a. (Hrsg.), Gesamtes Arbeitsrecht 2016, § 1 KSchG Rn. 240; Walden, Änderungskündigung, unternehmerische Entscheidungsfreiheit und Prognoseprinzip 1993, S. 124 f.; Nicklaus, Das Prognoseprinzip im arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzrecht 2012, S. 11 f.

332 Vgl. Oetker, Dauerschuldverhältnis 1994, S. 248 ff., der freilich das „Spannungsfeld“ von Selbstbestimmungsrecht und dem Grundsatz „pacta sunt servanda“ dadurch auflösen möchte, dass er die einseitige Vertragsbeendigungsfreiheit als immanenten Bestandteil der Vertragsfreiheit betrachtet.

333 So allgemein für die außerordentliche Kündigung *ders.*, Dauerschuldverhältnis 1994, S. 265 ff.

Gewicht haben“. Schon aus dieser Betrachtung ergibt sich zwar die durchaus gewinnbringende Erkenntnis, dass Prognosen im Kündigungsrecht funktional stets der Sachgrundkonkretisierung im Rahmen der materiellen Kündigungskontrolle dienen. Darüber hinaus bedürfen Inhalt und Bezugspunkt der jeweils zu treffenden Prognoseentscheidung jedoch hinsichtlich jeden einzelnen Kündigungsgrundes einer näheren Konkretisierung.³³⁴ In der Sache betrifft diese Frage die konkrete Bestimmung des *tatbestandsrelevanten Prognoseereignisses* – desjenigen Ereignisses oder Zustands also, an dessen wahrscheinlichen Eintritt die jeweilige Prognosenorm die entsprechenden Rechtsfolgen knüpft.³³⁵ Weil das konkret relevante Prognoseereignis für jede Prognosenorm durch Auslegung zur ermitteln ist und so im Vergleich verschiedener Prognosenormen stets divergiert, bieten sich in diesem Zusammenhang nur wenige Anknüpfungspunkte für verallgemeinerungsfähige Aussagen an.

Zum Zwecke dieser Arbeit sollen daher nicht sämtliche denkbare Problemkonstellationen diskutiert, wohl aber einige für das Fortkommen dieser Untersuchung besonders relevante Aspekte aufgezeigt werden.

Kündigungsgrundübergreifend lässt sich dabei zunächst zwischen arbeitnehmer- und arbeitgeberbegünstigenden Prognosen differenzieren.³³⁶ Hiernach kann stets danach unterschieden werden, ob sich die notwendige Prognose auf die erforderliche Dauerwirkung des Kündigungsgrundes (dann arbeitnehmerbegünstigende Prognose) oder aber auf eine vorbeugende Kündigung im Angesicht bloß drohender Störungen (dann arbeitgeberbegünstigende Prognose) bezieht.³³⁷ Während man in der ersten Konstellation auch von einer Stabilitätsprognose sprechen kann, steht in der zweiten Konstellation eine Veränderungsprognose in Rede.³³⁸ Welche Art von

334 So auch *Elz*, Wiedereinstellungsanspruch 2002, S. 18.

335 Zum Begriff auch allgemein oben B. II. 1. b).

336 *Wank*, RdA 1993, 79, 83; *Honstetter*, Prognoseentscheidung 1994, S. 11 f.; *Gentges*, Prognoseprobleme im Kündigungsschutzrecht 1995, S. 103; diese Überlegung ist es im Übrigen auch, auf die sich letztlich *Preis*, NZA 1997, 1073, 1076 stützt, wenn er – zu Recht – erklärt, das Prognoseprinzip sei „ideologisch neutral“.

337 In der Sache ähnlich *Berkowsky*, Betriebsbedingte Kündigung, 6. Aufl. 2008, § 4 Rn. 68, wenn dieser danach unterscheidet, ob ein Kündigungsgrund Elemente einer Prognosen enthalten „kann, darf oder muss“.

338 So die treffende Terminologie von *Meinel/Bauer*, NZA 1999, 575, 576 f.; aufgegriffen auch von *Elz*, Wiedereinstellungsanspruch 2002, S. 19; vgl. hier auch noch einmal die typischen Prognosenormzwecke der Prävention und der Anpassung oben B. II. 2. c) aa).

Prognosen das Gesetz jeweils erlaubt oder verlangt, kann sodann nur im Angesicht der einzelnen Kündigungsgründe näher präzisiert werden.³³⁹

(1) Arbeitnehmerbegünstigende Prognosen

In der arbeitsrechtlichen Rechtsdiskussion und im Übrigen auch im Rahmen der bisherigen Untersuchung nimmt die arbeitnehmerbegünstigende Dimension des Prognoseprinzips den bei weitem größeren Raum ein. In je nach Kündigungsgrund unterschiedlichen Facetten stellt sich hierbei letztlich die Frage, inwieweit der Arbeitgeber die zukünftige Entwicklung des Arbeitsverhältnisses zur Rechtfertigung seiner Kündigung berücksichtigen *muss*, obschon bereits zum Kündigungszeitpunkt aktuelle Vertragsstörungen vorliegen.³⁴⁰ Die dergestalt anzustellende Stabilitätsprognose verlangt dem Arbeitgeber so die Prüfung ab, ob den maßgeblichen Vertragsstörungen eine über den status quo hinausgehende Kontinuität innewohnt. Hierbei lässt sich sodann gar zwischen Vertragsstörungen mit Dauerwirkung (Stabilitätsprognose i. e. S.: Prognoseereignis ist die Kontinuität eines bestehenden Zustandes) und solchen mit Wiederholungsgefahr (Stabilitätsprognose i. w. S.: Prognoseereignis ist der Wiederauftritt eines bestimmten Ereignisses) unterscheiden.

Richtet man den Blick nun auf die einzelnen Kündigungsgründe, so ist eine betriebsbedingte Kündigung nach unbestrittener Auffassung nur dann zulässig, wenn der *dauerhafte* Wegfall des in Rede stehenden Arbeitsplatzes prognostiziert werden kann (arbeitnehmerbegünstigende Stabilitätsprognose i. e. S.).³⁴¹ Für die soziale Rechtfertigung einer personenbedingten

339 So auch *Berkowsky*, Betriebsbedingte Kündigung, 6. Aufl. 2008, § 4 Rn. 69; zu pauschal daher zunächst *Elz*, Wiedereinstellungsanspruch 2002, S. II, der den allgemeinen Inhalt des Prognoseprinzips damit umschreibt, dass „der Arbeitgeber den Eintritt bestimmter betrieblicher Entwicklungen nicht abwarten muss, sondern schon im Vorfeld zur Kündigung berechtigt ist“ – in den folgenden Ausführungen wird jedoch deutlich, dass es sich hierbei lediglich um eine missverständliche Formulierung handelt und *Elz* durchaus Differenzierungen für erforderlich hält.

340 Mit dieser Hervorhebung auch schon *Wank*, RdA 1993, 79, 83.

341 St. Rspr. vgl. nur BAG 23.02.2012 – 2 AZR 548/10, AP Nr. 189 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; BAG 18.05.2006 – 2 AZR 412/05, AP Nr. 7 zu § 9 AÜG; aus der Literatur beispielsweise *Berkowsky*, Betriebsbedingte Kündigung, 6. Aufl. 2008, § 4 Rn. 72; *Honstetter*, Prognoseentscheidung 1994, S. II; *Nicklaus*, Das Prognoseprinzip im arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzrecht 2012, S. 137; *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 330; *Wank*, RdA 1993, 79, 83; *BeckOK-ArbR/Rolfs*, § 1 KSchG Rn. 369a; *Weber*, in: Boecken/Düwell/Diller u.a. (Hrsg.),

Kündigung kommt es entscheidend auf die Prognose an, ob der Arbeitnehmer auch zukünftig aus in der Person liegenden Gründen die Arbeitsleitung nicht (vollständig) wird erbringen können.³⁴² Für deren Hauptanwendungsfall, die krankheitsbedingte Kündigung, sind dabei im Rahmen der anzustellenden Gesundheits- und Beeinträchtigungsprognose vor allem zwei unterschiedliche Konstellationen zu würdigen: Bei einer Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen ist anhand objektiver Umstände zu ermitteln, ob zukünftig mit *wiederholten* Erkrankungen im selben Umfang zu rechnen ist³⁴³ (arbeitnehmerbegünstigende Stabilitätsprognose i. w. S.), bei der Kündigung wegen lang andauernder Krankheit ist dagegen zu prognostizieren, ob die Krankheit zu einer *dauerhaften* und nicht absehbaren Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit führen wird³⁴⁴ (arbeitnehmerbegünstigende Stabilitätsprognose i. e. S.). Schließlich kommt es für die verhaltensbedingte Kündigung darauf an, ob in Bezug auf eine vergangene Pflichtverletzung *Wiederholungsgefahr* besteht (Stabilitätsprognose i. w. S.) oder ob das vergangene Ereignis eine *Dauerwirkung* zeitigt (Stabilitätsprognose i. e. S.).³⁴⁵

Gesamtes Arbeitsrecht 2016, § 1 KSchG Rn. 1182; KR/*Rachor*, § 1 KSchG Rn. 569; für die Einzelkündigung ebenso *Gentges*, Prognoseprobleme im Kündigungsschutzrecht 1995, S. 112 f.

342 *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 326; APS/*ders.*, Prinzipien H Rn. 77; *Honstetter*, Prognoseentscheidung 1994, S. 17.

343 St. Rspr. vgl. nur BAG 10.03.1977 – 2 AZR 79/76, AP Nr. 4 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; BAG 23.06.1983 – 2 AZR 15/82, AP Nr. 10 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; BAG 07.11.1985 – 2 AZR 657/84, AP Nr. 17 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; BAG 16.02.1989 – 2 AZR 299/88, AP Nr. 20 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; BAG 06.09.1989 – 2 AZR 19/89, AP Nr. 21 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; in neuerer Zeit bestätigt etwa durch BAG 16.07.2015 – 2 AZR 15/15, AP Nr. 169 zu § 102 BetrVG 1972; BAG 25.04.2018 – 2 AZR 6/18, AP Nr. 18 zu § 626 BGB Krankheit; aus der Lit. siehe nur *Honstetter*, Prognoseentscheidung 1994, S. 18; BeckOK-ArbR/*Rolfs*, § 1 KSchG Rn. 166; *Boewer*, NZA 1988, 678, 684; *Krause*, in: Linck/Krause/Bayreuther (Hrsg.), Kündigungsschutzgesetz 2019, § 1 KSchG Rn. 347; *Nicklaus*, Das Prognoseprinzip im arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzrecht 2012, S. 57 f.

344 St. Rspr. vgl. nur BAG 22.02.1980 – 7 AZR 295/78, AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; BAG 25.11.1982 – 2 AZR 140/81, AP Nr. 7 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; BAG 15.08.1984 – 7 AZR 536/82, AP Nr. 16 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; aus neuerer Zeit auch BAG 13.05.2015 – 2 AZR 565/14, AP Nr. 54 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; aus der Literatur *Honstetter*, Prognoseentscheidung 1994, S. 20; BeckOK-ArbR/*Rolfs*, § 1 KSchG Rn. 172; *Krause*, in: Linck/Krause/Bayreuther (Hrsg.), Kündigungsschutzgesetz 2019, § 1 KSchG Rn. 389 ff.; *Nicklaus*, Das Prognoseprinzip im arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzrecht 2012, S. 63.

345 Aus der Rechtsprechung vgl. nur BAG 16.08.1991 – 2 AZR 604/90, AP Nr. 27 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung; aus der Literatur siehe beispielsweise *Herschel*, FS G. Müller 1981, S. 191, 202 f.; *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts

Insbesondere durch die Anerkennung der zweiten Alternative verliert auch der Streit um den nach hier vertretender Auffassung abzulehnenden Sanktionscharakter der verhaltensbedingten Kündigung merklich an Relevanz, sind doch kaum einmal schwerwiegende Pflichtverletzungen in der Vergangenheit auszumachen, die nicht gleichsam auch einen irreparablen und damit dauerhaften Vertrauensverlust zur Folge haben.³⁴⁶ Gewisse Diskrepanzen bei der Beschreibung des tatbestandsrelevanten Prognoseereignisses im Recht der verhaltensbedingten Kündigung lassen sich indes im Hinblick auf den Bezugspunkt der geforderten Wiederholungsgefahr ausmachen: Während sich vor allem ältere Ausführungen zum Prognoseprinzip zumeist noch so verstehen ließen, dass sich die Prognose im Anschluss an eine vergangene Pflichtverletzung auf *irgendwelche* Pflichtverletzungen in der Zukunft (gleich welcher Art) beziehen durfte³⁴⁷, sind in neuerer Zeit vermehrt Tendenzen zu beobachten, den Kreis der tatbestandsrelevanten Prognoseereignisse allein auf „gleiche oder gleichartige“ Pflichtverletzungen zu beschränken.³⁴⁸

Eine nähere Auseinandersetzung mit dieser durchaus bedeutsamen Frage hat bis dato soweit ersichtlich nicht stattgefunden. Auffällig ist, dass jedenfalls die neuere Rechtsprechung eine solche Verengung der Wiederholungsgefahr auf bestimmte zukünftige Pflichtverletzungen stets im Zusammenhang mit Ausführungen zum Erfordernis einer Abmahnung the-

1987, S. 328 f.; *Feuerborn*, Sachliche Gründe 2003, S. 235; *MüKo-BGB/Hergenröder*, § 1 KSchG Rn. 240; *Krause*, in: *Linck/Krause/Bayreuther* (Hrsg.), Kündigungsschutzgesetz 2019, § 1 KSchG Rn. 465; *BeckOK-ArbR/Stoffels*, § 626 BGB Rn. 72; *Elz*, Wiedereinstellungsanspruch 2002, S. 20; *Honstetter*, Prognoseentscheidung 1994, S. 66 f.; *Nicklaus*, Das Prognoseprinzip im arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzrecht 2012, S. 106; etwas anders wohl *APS/Vossen*, § 626 BGB Rn. 26 f., der nur ausnahmsweise vom Erfordernis einer Wiederholungsgefahr absehen möchte.

346 Auf diese Annäherung weisen auch *Adam*, NZA 1998, 284 f. und – freilich mit kritischem Blick – auch *Willemsen*, RdA 2017, 115, 116 hin; ähnlich *Feuerborn*, Sachliche Gründe 2003, S. 235 f.; zweifelnd, ob in derartigen Fällen das Prognoseprinzip gewahrt oder aber dessen Durchbrechung angezeigt ist, *MüKo-BGB/Henssler*, § 626 BGB Rn. 118.

347 Vgl. nur *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 329 („Risiko weiterer Vertragsverletzungen“); *Honstetter*, Prognoseentscheidung 1994, S. 67 („Besorgnis weiterer Beeinträchtigungen“).

348 Siehe nur BAG 26.11.2009 – 2 AZR 751/08, AP Nr. 61 zu § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung; BAG 23.06.2009 – 2 AZR 283/08, AP Nr. 5 zu § 1 KSchG 1969 Abmahnung; *APS/Vossen*, § 1 KSchG Rn. 272a; *BeckOGK-BGB/Günther*, § 626 BGB Rn. 258.

matisiert.³⁴⁹ Daran ist richtig, dass eine Abmahnung die ihr im Rahmen rechtlicher Prognosen zukommende „Objektivierungsfunktion“³⁵⁰ allein im Hinblick auf „einschlägige“ Prognoseereignisse erfüllen kann. Der Beweis einer Negativprognose wird daher in den überwiegenden Fällen in der Tat lediglich im Hinblick auf gleiche oder gleichartige Pflichtverletzungen gelingen. Hieraus lässt sich jedoch nicht ohne Weiteres der Schluss ziehen, die Rechtfertigung verhaltensbedingter Kündigungen könne stets bloß dann gelingen, wenn gerade gleiche oder ähnliche zukünftige Pflichtverletzungen in Rede stünden. Eine derartige Verengung des Kreises tatbestandsrelevanter Prognoseereignisse lässt sich weder am Wortlaut der kündigungsrechtlichen Regelungen festmachen, noch entspricht er dem herausgearbeiteten Zweck der Kündigung, Vertragsstörungen für die Zukunft zu vermeiden. Auch in Bezug auf die krankheitsbedingte Kündigung ist anerkannt, dass in der Fallgruppe häufiger Kurzerkrankungen eine Wiederholungsfahr schon dann anzunehmen ist, wenn dem betreffenden Arbeitnehmer insgesamt eine persönliche konstitutionelle Schwächung und damit eine besondere Krankheitsanfälligkeit attestiert werden kann.³⁵¹ Auf die zukünftige Besorgnis gleicher oder ähnlicher Krankheiten kommt es insoweit mithin gerade nicht an; Vielmehr kommen auch *irgendwelche* zukünftige Krankheiten als tatbestandsrelevantes Prognoseereignis in Betracht. Dass Arbeitnehmer gerade in Bezug auf verhaltensbedingte Kündigungen gegenüber dieser überzeugenden Vorgehensweise privilegiert sein sollen, leuchtet nicht ein. Es ist daher davon auszugehen, dass schon die hinreichende Wahrscheinlichkeit irgendeiner (weiteren) Pflichtverletzung zur Annahme einer Wiederholungsgefahr im Recht der verhaltensbedingten Kündigung ausreicht. Dass völlig andersartige Pflichtverletzungen in der Praxis nur äußerst selten den Schluss auf eine bestimmte Verhaltensweise in der Zukunft erlauben werden, steht auf einem anderen Blatt und wird erst später näher zu thematisieren sein.³⁵²

Unabhängig hiervon ist nach alledem jedenfalls festzustellen, dass sämtlichen arbeitsrechtlichen Kündigungsgründen zuvorderst ein arbeitnehmer-

349 Beispielsweise BAG 26.11.2009 – 2 AZR 751/08, AP Nr. 61 zu § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung; BAG 23.06.2009 – 2 AZR 283/08, AP Nr. 5 zu § 1 KSchG 1969 Abmahnung.

350 Hierzu näher – auch begriffskritisch – unten D. V. I. b).

351 BAG 20.11.2014 – 2 AZR 755/13, AP Nr. 52 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; BAG 23.01.2014 – 2 AZR 582/13, AP Nr. 16 zu § 626 BGB Krankheit; APS/Vossen, § 1 KSchG Rn. 141.

352 Siehe unten D. V. I. b).

begünstigendes Prognoseprinzip inhärent ist – eine Erkenntnis, die freilich vor dem Hintergrund des arbeitnehmerschützenden Zwecks der materiellen Kündigungskontrolle kaum überraschen kann.

(2) Arbeitgeberbegünstigende Prognosen

Bei flüchtigem Blick weniger naheliegend und auch in der rechtswissenschaftlichen Diskussion weitgehend vernachlässigt erscheint indes eine Interpretation des Prognoseprinzips dahingehend, dass sich eine (reine) Zukunftsbetrachtung des Arbeitsverhältnisses in bestimmten Konstellationen auch arbeitgeberbegünstigend auswirken kann.³⁵³ Angesprochen sind hiermit sogenannte Veränderungsprognosen, die eine Kündigung schon vorbeugend im Hinblick auf eine zukünftige Vertragsstörung erlauben. In Bezug auf die einzelnen Kündigungsgründe ist dabei nunmehr die Frage zu stellen, inwieweit sich der Arbeitgeber auf die zukünftige Entwicklung des Arbeitsverhältnisses berufen darf.³⁵⁴ Zweifellos am weitesten fortgeschritten ist eine derartige Betrachtungsweise im Zusammenhang mit der betriebsbedingten Kündigung, wo bereits seit geraumer Zeit Einigkeit darüber besteht, dass bereits ein *zu erwartender* (und nicht bloß ein zum Kündigungszeitpunkt schon eingetretener) Entfall der Beschäftigungsmöglichkeit spätestens zum Ende der Kündigungsfrist als Kündigungsgrund in Betracht kommt (arbeitgeberbegünstigende Veränderungsprognose).³⁵⁵ Dabei ist allerdings zwingend zu beachten, dass die Anerkennung einer

353 Vor allem *Wank*, RdA 1993, 79, 83; diesem folgend *Honstetter*, Prognoseentscheidung 1994, S. 11 f.; *Gentges*, Prognoseprobleme im Kündigungsschutzrecht 1995, S. 103.

354 Ebenso *Wank*, RdA 1993, 79, 83.

355 St. Rspr. seit BAG 08.11.1956 – 2 AZR 302/54, AP Nr. 19 zu § 1 KSchG u. BAG 27.02.1958 – 2 AZR 445/55, AP Nr. 1 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung; in neuer Zeit etwa BAG 22.10.2015 – 2 AZR 650/14, AP Nr. 13 zu § 626 BGB Unkündbarkeit; BAG 20.11.2014 – 2 AZR 512/13, AP Nr. 207 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; BAG 23.02.2010 – 2 AZR 268/08, AP Nr. 5 zu § 18 KSchG 1969; aus der Literatur vgl. nur *Berkowsky*, Betriebsbedingte Kündigung, 6. Aufl. 2008, § 4 Rn. 72; *Honstetter*, Prognoseentscheidung 1994, S. 12; *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 330; MüKo-BGB/Hergenröder, § 1 KSchG Rn. 374; *Zöllner*, Gutachten D für den 52. DJT 1978, S. 130; sehr ausführlich hierzu *Gentges*, Prognoseprobleme im Kündigungsschutzrecht 1995, S. 129 ff., der schließlich nach eingehender Analyse auf S. 144 zu dem Ergebnis kommt, die Rechtsprechung zur vorbeugenden Kündigung aufgrund einer arbeitgeberseitigen Planungsentscheidung halte sich noch in den Grenzen zulässiger Gesetzesauslegung.

solchen „vorbeugenden betriebsbedingten Kündigung“ keineswegs gleichsam vom Erfordernis der oben beschriebenen arbeitnehmerbegünstigenden Stabilitätsprognose entbindet. Möchte sich ein Arbeitgeber daher auf einen bloß drohenden Wegfall des fraglichen Arbeitsplatzes berufen, so ist zum ersten der zukünftige Wegfall des Arbeitsplatzes „an sich“, zum zweiten aber auch die Dauerhaftigkeit ebendieses Wegfalls zu prognostizieren, sodass letztlich gar zwei unterschiedliche Prognosen notwendig sind.³⁵⁶

Auch für die personenbedingte Kündigung ist jedenfalls teilweise anerkannt, dass zukünftige Ereignisse ausnahmsweise als alleiniger Kündigungsgrund in Betracht kommen.³⁵⁷ So dürfe ein Arbeitgeber beispielsweise bereits vorbeugend personenbedingt kündigen, wenn aufgrund einer Verurteilung feststehe, dass der Arbeitnehmer in absehbarer Zeit eine (längere; dies betrifft aber letztlich die anschließende Stabilitätsprognose) Freiheitsstrafe antreten müsse.³⁵⁸ In entsprechender Weise könne sodann auch beim feststehenden Wegfall einer Arbeits- oder Berufsausübungserlaubnis verfahren werden.³⁵⁹ Vereinzelt wird die Möglichkeit zur vorbeugenden personenbedingten Kündigung auch im Krankheitsfalle befürwortet³⁶⁰, während andere diese Möglichkeit schon aus Gründen des Anstands scharf ablehnen.³⁶¹ Ähnlich stellt sich das Bild auch im Zusammenhang mit verhaltensbedingten Kündigungen dar, wo verbreitet stets vergangene

356 Meyer, Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses wegen Sicherheitsbedenken 1997, S. 164; *Annuß*, Betriebsbedingte Kündigung und arbeitsvertragliche Bindung 2004, S. 360 Fn. 35; etwas missverständlich daher *Elz*, Wiedereinstellungsanspruch 2002, S. 19, der im Zusammenhang mit der betriebsbedingten Kündigung lediglich die Veränderungsprognose erwähnt und nicht präzise herausarbeitet, dass die prognostizierte Zustandsveränderung sodann in einem zweiten Schritt auch als stabil prognostiziert werden muss.

357 So explizit *Wank*, RdA 1993, 79, 83; *Honstetter*, Prognoseentscheidung 1994, S. 12; Meyer, Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses wegen Sicherheitsbedenken 1997, S. 109; ErfK/*Oetker*, § 1 KSchG Rn. 105; APS/*Preis*, Prinzipien H Rn. 78; wohl auch *ders.*, NZA 1997, 1073, 1076; ablehnend LAG Niedersachsen 12.03.2018 – 15 Sa 319/17, NZA-RR 2018, 421, 427 f.

358 Mit diesem Beispiel *Wank*, RdA 1993, 79, 83; im Anschluss daran auch *Honstetter*, Prognoseentscheidung 1994, S. 12.

359 APS/*Preis*, Prinzipien H Rn. 78; ErfK/*Oetker*, § 1 KSchG Rn. 105.

360 So deutlich *Liebig*, Die Krankheit des Arbeitnehmers als Kündigungsgrund 1988, S. 71: „Der Arbeitnehmer muß also bei Ausspruch der Kündigung nicht einmal unbedingt krank sein“; im Anschluss daran auch *Nicklaus*, Das Prognoseprinzip im arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzrecht 2012, S. 53.

361 So *Ascheid*, Kündigungsschutzrecht 1993, Rn. 220.

Pflichtverletzungen als Prognosegrundlage verlangt³⁶², teils aber – letztlich im Sinne der Anerkennung einer „Erstbegehungsgefahr“ – auch (enge) Ausnahmen erwogen werden.³⁶³ Als besonders eindeutiger Fall einer arbeitgeberbegünstigenden Prognose wird sodann von manchen das mehrheitlich anerkannte Institut der Verdachtskündigung ins Felde geführt, bei dem Arbeitgebern lediglich die „Prognose“ abverlangt werde, dass dem Arbeitnehmer das ihm vorgeworfene Fehlverhalten tatsächlich zuzurechnen sei.³⁶⁴ Diese Argumentation ist indes schon deshalb abzulehnen, weil bei der Verdachtskündigung im ersten Schritt gar kein zukünftiger Sachverhalt zu beurteilen ist, mithin nach hier zu Grunde gelegter Begriffsbestimmung überhaupt keine Prognoseentscheidung in Rede steht.³⁶⁵ Gleichwohl kann die Anerkennung der Verdachtskündigung aufgrund der ähnlichen Problemstruktur³⁶⁶ einen ersten Hinweis auf die Anerkennung auch vorbeugender verhaltensbedingter Kündigungen liefern.

Nähert man sich sodann in der Sache der Problematik vorbeugender personen- und verhaltensbedingter Kündigungen, so erscheint zunächst ein Blick auf die Argumentation bezüglich der vorbeugenden betriebsbedingten Kündigung hilfreich. Das BAG verweist dabei in seiner zentralen Entscheidung darauf, dass der Sinn und Zweck der materiellen Kündigungskontrolle nicht darin liege, Arbeitgeber zu zwingen, „sehenden Auges“ in

362 Ders., Kündigungsschutzrecht 1993, Rn. 30; Preis, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 328 f.; Meyer, Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses wegen Sicherheitsbedenken 1997, S. 110.

363 So vor allem Hoyningen-Huene, DB 1995, 142, 143.

364 Preis, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 329; Dörner, NZA 1992, 865, 866 f.; diffus hierzu Honstetter, Prognoseentscheidung 1994, S. 11 f., der hier eine „Wiederholungsgefahr“ für ausreichend hält; auch später (S. 79 ff.) lassen sich dessen Ausführungen zur Verdachtskündigung mit dem seiner Arbeit zu Grunde liegenden Prognoseverständnis nicht in Einklang bringen.

365 So auch Enderlein, RdA 2000, 325, 329; Elz, Wiedereinstellungsanspruch 2002, S. 21; Liebig, Die Krankheit des Arbeitnehmers als Kündigungsgrund 1988, S. 72; Walden, Änderungskündigung, unternehmerische Entscheidungsfreiheit und Prognoseprinzip 1993, S. 123; auch Gentges, Prognoseprobleme im Kündigungsschutzrecht 1995, S. 261, der freilich selber einen anderen (weiteren) Prognosebegriff zu Grunde legt, zeigt sich überrascht, dass Preis die Verdachtskündigung als Anwendungsfall des Prognoseprinzips begreift.

366 Verwiesen sei insoweit auf die wissenschaftstheoretischen Ausführungen zur strukturellen Gleichheitstheorie oben B. I. 2. b) ; diese Strukturgleichheit ist es auch, die Elz, Wiedereinstellungsanspruch 2002, S. 21 und Gentges, Prognoseprobleme im Kündigungsschutzrecht 1995, S. 261 dazu bewegt, die Verdachtskündigungen in ihre prognosefokussierten Untersuchungen mit einzubeziehen.

eine wirtschaftlich unzumutbare Lage zu geraten.³⁶⁷ Gemeint ist hiermit eine Situation, in der der Arbeitgeber den tatsächlichen Arbeitsplatzentfall zunächst abwarten und sodann für den Zeitraum der Kündigungsfrist insbesondere seiner Entgeltzahlungspflicht weiter nachkommen muss, obwohl er den Zeitpunkt der Entbehrlichkeit des konkreten Arbeitnehmers auch im Vorhinein bereits präzise prognostizieren konnte. Dieses Dilemma stellt sich daher zumindest auch als Ergebnis der problematischen Kumulation von materiellen und formellen Kündigungsschranken im Recht der ordentlichen Kündigung dar.³⁶⁸ Eine so geartete Unzumutbarkeit des Abwartens kann jedoch auch in Bezug auf die anderen Kündigungsgründe in vergleichbarem Maße auftreten, sodass die damit einhergehenden Schlussfolgerungen durchaus einer Übertragung auf personen- und verhaltensbedingte Kündigungen offenstehen.³⁶⁹ Zusätzlich erscheint es erwägenswert, die Wertung des bereits in anderem Zusammenhang genannten³⁷⁰ § 323 Abs. 4 BGB auch im Kündigungsrecht zu berücksichtigen.³⁷¹ Dieser ermöglicht den Rücktritt vom Vertrag vor Fälligkeit der Leistung bereits dann, wenn „offensichtlich“ ist, dass dessen Voraussetzungen zukünftig eintreten werden und kodifiziert damit den verallgemeinerungsfähigen Rechtsgedanken, dass keiner Vertragspartei eine bereits vorhersehbare Pflichtverletzung zuzumuten ist.³⁷² Der Einräumung der Möglichkeit einer vorbeugenden personen- oder verhaltensbedingten Kündigung steht auch der Wortlaut

367 BAG 27.02.1958 – 2 AZR 445/55, AP Nr. 1 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung.

368 So zutreffend *Gentges*, Prognoseprobleme im Kündigungsschutzrecht 1995, S. 141 f.

369 Für die vorbeugende Kündigung von „Gefährdern“ daher zu Recht auf das Argument der Unzumutbarkeit hinweisend *Plum*, NZA 2019, 497, 498; weil eine Kumulation von formellen und materiellen Kündigungsschranken im Recht der außerordentlichen Kündigung nicht droht, soll eine vorbeugende außerordentliche Kündigung nach *Gentges*, Prognoseprobleme im Kündigungsschutzrecht 1995, S. 287 nicht möglich sein; allerdings ist es auch denkbar, dass Arbeitgeber Störungen schon für einen kürzeren Zeithorizont als den der Kündigungsfrist vorhersagen können, sodass das Problem der Unzumutbarkeit des Abwartens auch hier auftreten kann.

370 Siehe oben B. III. 1. b) aa).

371 Ebenso (allerdings jeweils ohne speziellen Bezug zum Arbeitsrecht) BeckOGK-BGB/*Martens*, § 314 BGB Rn. 35; BeckOK-BGB/*Schmidt*, § 323 BGB Rn. 8; *Weidt*, Antizipierter Vertragsbruch 2008, S. 141 f. im Ergebnis genauso *Schmidt-Kessel*, ZIP 2018, 2199, 2209 f.; vgl. auch BGH 04.05.2000 – VII ZR 53/99, NJW 2000, 2988, 2990.

372 Zu diesem Normzweck des § 323 Abs. 4 BGB vgl. RegE BT-Drs. 14/6040, 186; zur Verallgemeinerungsfähigkeit des Rechtsgedankens *Staudinger/Schwarze*, § 323 BGB Rn. B 159 ff., insb. B 168.

der kündigungsschutzrechtlichen Normen nicht explizit entgegen. Ist man zuletzt bereit, den oben festgestellten Präventivzweck der Kündigung in all seinen Dimensionen ernst zu nehmen und den Kündigungszweck mit hin ohne systematische Brüche zu bestimmen, so sprechen die besseren Argumente entgegen der wohl überwiegenden Ansicht dafür, auch für personen- und verhaltensbedingte Kündigungen arbeitgeberbegünstigende Veränderungsprognosen anzuerkennen³⁷³, wenngleich aufgrund des arbeitnehmerschützenden Zwecks der materiellen Kündigungskontrolle deutlich darauf hinzuweisen ist, dass diesbezüglich nur seltene Ausnahmesituationen in Betracht kommen werden. Durch die grundsätzliche Anerkennung vorbeugender Arbeitgeberkündigungen im Rahmen aller Kündigungsgründe ist nämlich an dieser Stelle noch nichts gesagt über die strengen – und im Ergebnis nur äußerst selten zu überwindenden – Anforderungen an solcherlei Prognosen.³⁷⁴ Darüber hinaus bleibt darauf hinzuweisen, dass derartige Veränderungsprognosen auf erster Ebene auch hier wie bei der betriebsbedingten Kündigung niemals von den zwingenden arbeitnehmerbegünstigenden Stabilitätsprognosen im zweiten Schritt entbinden, sodass der Zweck des Arbeitnehmerschutzes auch bei dieser Betrachtung keineswegs leerläuft.

dd) Zwischenergebnis: Prognoseprinzip bei der Kündigung von Arbeitsverhältnissen

Als Quintessenz dieses Unterabschnitts lässt sich festhalten, dass bei der Konkretisierung arbeitsrechtlicher Sachgründe im Rahmen der materiellen Kündigungskontrolle stets zwingend Stabilitätsprognosen hinsichtlich der künftigen Entwicklung des jeweiligen Arbeitsverhältnisses anzustellen sind. Die Prognoseakzessorietät aller Kündigungsgründe stellt daher einen leitenden Gedanken des arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzrechts dar, sodass mit Recht von einem Prognoseprinzip bei der Kündigung von Arbeits-

373 Für § 626 BGB vgl. auch MüKo-BGB/Henssler, § 626 BGB Rn. 118, nach dem „es für die außerordentliche Kündigung ausreichen kann, dass negative Auswirkungen erst in der Zukunft eintreten“; siehe hierzu auch BAG 13.04.2000 – 2 AZR 259/99, AP Nr. 162 zu § 626 BGB.

374 Zu diesen Anforderungen unten D. III. 5. d) bb) (3) .

verhältnissen gesprochen werden kann.³⁷⁵ In induktiver Hinsicht weisen sowohl Wortlaut als auch Systematik der kündigungsrechtlichen Normen in diese Richtung, wenngleich insbesondere der festgestellte Präventivzweck der Kündigung ganz maßgeblich zur Stützung dieses Ergebnisses beiträgt. Auch deduktive Argumente tragen diese Erkenntnis, obschon sich das Prognoseprinzip aus selbigen nicht bereits durch einen zwingenden logischen Schluss herleiten lässt. Zuletzt bleibt darauf hinzuweisen, dass sich das Prognoseprinzip durch die grundsätzliche Anerkennung der vorbeugenden Arbeitgeberkündigung zuweilen auch arbeitgeberbegünstigend auswirken kann, wenn als Basis der arbeitnehmerbegünstigenden Stabilitätsprognose in seltenen Ausnahmefällen auch eine Veränderungsprognose des Arbeitgebers anerkannt wird. Führt man sich dies vor Augen, so verlieren im Ergebnis auch die von *Rüthers* vorgebrachten Argumente noch einmal merklich an Schlagkraft – das Prognoseprinzip kann so tatsächlich als „ideologisch neutral“ bezeichnet werden.³⁷⁶

c) Prognoseprinzip bei der Kündigung von Wohnraummietverhältnissen

Insbesondere die im arbeitsrechtlichen Kontext aufgegriffenen deduktiven Argumente (ex-nunc-Wirkung der Kündigung, Dauerschuldverhältnisscharakter des Arbeitsverhältnisses) sind es, die es bei näherem Hinsehen als durchaus überraschend erscheinen lassen, dass die Existenz eines kündigungsrechtlichen Prognoseprinzips im Kontext anderer Dauerschuldverhältnisse bisher kaum einmal näher untersucht wurde.³⁷⁷ Zur vergleichenden Normanalyse bietet sich aufgrund wertungsmäßiger Ähnlichkeiten zum Arbeitsrecht hier zuvorderst ein Blick auf das soziale Mietrecht an.

375 Dieses Ergebnis teilt auch *Berkowsky*, Betriebsbedingte Kündigung, 6. Aufl. 2008, § 4 Rn. 73, der die Feststellung eines Prognoseprinzips letztlich aber als bloß terminologische Frage bezeichnet.

376 So auch schon *Preis*, NZA 1997, 1073, 1076.

377 In Ansätzen *Birkner-Kuschyk/Tschöpe*, DB 1981, 264, 266; diese Erkenntnis ist es im Übrigen auch, die *Rüthers/Müller*, EzA Nr. 41 zu § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung, 13, 24 an der Stichhaltigkeit der Herleitung des Prognoseprinzips aus dem Charakter des Arbeitsverhältnisses als Dauerschuldverhältnis zweifeln lassen; *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 325 und *Honstetter*, Prognoseentscheidung 1994, S. 108 f. weisen im Rahmen ihrer arbeitsrechtlichen Untersuchungen zumindest auf die parallele Problemkonstellation im Mietrecht hin.

aa) Herleitung

In einem zweiten induktiven Schritt zur Untersuchung eines möglicherweise bestehenden allgemeinen Prognoseprinzips bei der Kündigung vertraglicher Dauerschuldverhältnisse sollen daher die maßgeblichen wohnraummietrechtlichen Vorschriften zur materiellen Kündigungskontrolle in den Blick genommen werden, wobei auch hier eine gemeinsame Untersuchung von ordentlicher (§ 573 Abs. 1, 2 BGB) und außerordentlicher Kündigung (§§ 543 Abs. 1, 2, 569 Abs. 1-2a BGB) zweckmäßig erscheint. Der Prognosenormcharakter ebendieser Regelungen ist erneut nach bewährtem Konzept³⁷⁸ zu erforschen.

(1) Wortlaut

Dabei hält der Gesetzeswortlaut des für die ordentliche Vermieterkündigung im Wohnraummietrecht maßgeblichen § 573 BGB zunächst kaum Anhaltspunkte für den Prognosenormcharakter ebendieser Vorschrift bereit. Während die im Präsens formulierte Generalklausel³⁷⁹ des § 573 Abs. 1 BGB mit der Bindung der ordentlichen Kündigung an ein „berechtigtes Interesse“ des Vermieters keine typischen Signalbegriffe für ein zukunftsgerichtetes Konditionalprogramm enthält, nimmt mit der Verwertungskündigung (§ 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB) zumindest einer der drei normierten besonderen Kündigungsgründe auf die gehinderte *Fortsetzung* des Mietverhältnisses Bezug. Erhebliche Zweifel am Prognosenormcharakter der Norm lässt auf der ersten Blick dagegen der im Perfekt abgefasste § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB aufkommen, der bei näherem Hinsehen mit dem unbestimmten Rechtsbegriff der „Erheblichkeit“ aber nichtsdestotrotz zumindest ein potenzielles Einfallstor für Prognoseerwägungen bereithält. Eindeutigere Hinweise auf das Vorliegen eines Prognosetatbestandes liefert sodann jedoch § 543 Abs. 1 S. 2 BGB, der die außerordentliche Kündigung für das gesamte Mietrecht zunächst an die Unzumutbarkeit der *Fortsetzung* des Mietverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist bindet. Die gewählte Formulierung entspricht mit Ausnahme der besonderen Betonung des Verschuldensers-

378 Siehe oben C. I. 2. .

379 Zum Charakter der Vorschrift als Generalklausel vgl. etwa BeckOK-BGB/Hannappel, § 573 BGB Rn. 103; BeckOGK-BGB/Geib, § 573 BGB Rn. 129; Bub/Treier/Fleindl, Kapitel IV. Rn. 109.

fordernisses im Wesentlichen der Regelung des überzeugend als Prognosenorm identifizierten § 626 Abs. 1 BGB und deutet so darauf hin, dass auch die außerordentliche Kündigung im Mietrecht stets von einer Prognose zukünftiger Vertragsstörungen abhängt.³⁸⁰ Diesen Befund relativieren dann jedoch die besonderen Kündigungsgründe der §§ 543 Abs. 2 S. 1 u. 569 Abs. 1-2a BGB, die weit überwiegend keine dem Wortlaut inhärenten Anhaltspunkte für die Notwendigkeit prognostischer Erwägungen bieten. Eine Ausnahme bildet insoweit vor allem § 569 Abs. 2 BGB, der zunächst eine *nachhaltige* („sich auf längere Zeit auswirkende“³⁸¹) Störung des Hausfriedens verlangt und sodann die Formulierung des § 543 Abs. 1 S. 2 BGB wortgleich wiederholt, sodass dieser Vorschrift ihr Prognosenormcharakter schon nach eingehender Wortlautanalyse kaum abgesprochen werden kann. Auch § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB, der tatbestandlich eine erhebliche *Gefährdung* (Signalbegriff) der Mietsache verlangt, deutet zumindest im Ansatz in diese Richtung. In welchem Umfang das Recht der außerordentlichen Kündigung im Mietrecht insgesamt von Prognosen geprägt ist, hängt im Ergebnis jedoch vor allem vom systematischen Verhältnis der besonderen Kündigungsgründe zur Vorschrift des § 543 Abs. 1 S. 2 BGB ab.

(2) Systematik/Historie

Ginge man nämlich mit einer Mindermeinung³⁸² davon aus, die Voraussetzungen des § 543 Abs. 1 S. 2 BGB seien im Sinne eines „Supratatbestandes“³⁸³ auch in die speziellen Kündigungsgründe des Abs. 2 und des § 569 Abs. 1-3 BGB „hineinzulesen“, so wäre im Rahmen außerordentlicher Mietvertragskündigungen immer auch die Unzumutbarkeit der *Fortsetzung* des Mietverhältnisses und somit stets ein prognostischer Tatbestand zu prüfen.

380 Im Ergebnis genauso *Lammel*, in: ders. (Hrsg.), Wohnraummietrecht 2007, § 543 BGB Rn. 57; auch *Hirsch*, Kündigung aus wichtigem Grund und Geschäftsgrundlage 2005, S. 63, folgert hieraus, die Kündigungsgründe müssten auch „für die Zukunft Gewicht haben“.

381 Vgl. *Duden-Online*, nachhaltig, 2021 (<https://www.duden.de/rechtschreibung/nachhaltig>) (geprüft am 17.07.2021).

382 So *Sternel*, NZM 2018, 473, 481 und *MüKo-BGB/Bieber*, § 543 BGB Rn. 24 in Fn. 62 (etwas widersprüchlich dann allerdings *MüKo-BGB/ders.*, § 543 BGB Rn. 6); für § 543 Abs. 2 Nr. 1 ebenso LG Frankfurt 16.03.2018 – 2-21 O 167/17, NZM 2018, 670 f.; *Scheffler*, NZM 2003, 17, 18; *Kluth/Böckmann*, NZM 2003, 882, 884 f.; ähnlich insoweit auch *Häublein*, ZMR 2005, 1, 4.

383 So die Terminologie bei *Kraemer*, NZM 2001, 553, 558 f.

Nach weit überwiegender Ansicht handelt es sich bei den entsprechenden Vorschriften jedoch um spezielle („typisierte“³⁸⁴) Kündigungsgründe, die eigenständig neben der so als Auffangtatbestand fungierenden Generalklausel³⁸⁵ des § 543 Abs. 1 S. 2 BGB stehen, sodass die zusätzliche Prüfung künftiger Unzumutbarkeit in derartigen Fällen grundsätzlich entbehrlich sei.³⁸⁶ Für letzteren Standpunkt lässt sich aus systematischer Sicht vor allem die Vorschrift des § 569 Abs. 2 BGB ins Feld führen, hätte es einer Wiederholung des Wortlautes von § 543 Abs. 1 S. 2 BGB doch bei ohnehin obligatorischer Prüfung künftiger Unzumutbarkeit ersichtlich nicht bedurft.³⁸⁷ Eine derartige Argumentation erscheint jedoch nur dann überzeugend vertretbar, wenn man die Entstehungsgeschichte der entsprechenden Vorschriften weitgehend unbeachtet lässt³⁸⁸: So ging die Bundesregierung ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien im Entwurf zur Mietrechtsreform³⁸⁹ ausdrücklich davon aus, der in § 569 Abs. 2 BGB enthaltene Verweis auf § 543 Abs. 1 BGB trage bereits das Erfordernis einer Unzumutbarkeitsprüfung in sich, sodass eine erneute Nennung dieses Tatbestandsmerkmals entbehrlich sei.³⁹⁰ Erst auf Empfehlung des Rechtsausschusses³⁹¹ wurde die fragliche Wiederholung Bestandteil des später beschlossenen Gesetzestextes, wobei der korrespondierenden Stellungnahme³⁹² eindeutig zu entneh-

384 So die Ausdrucksweise vor allem der Rechtsprechung vgl. BGH 29.04.2009 – VIII ZR 142/08, NJW 2009, 2297; BGH 04.02.2015 – VIII ZR 175/14, NJW 2015, 1296, 1297.

385 Den Begriff des Auffangtatbestands verwenden beispielsweise *Kraemer*, NZM 2001, 553, 558; *Blank*, NZM 2001, 9, 10.

386 Aus der Literatur *Kraemer*, NZM 2001, 553, 558 f.; *Lammel*, in: ders. (Hrsg.), Wohnraummietrecht 2007, § 543 BGB Rn. 60; *Bub/Treier/Fleindl*, Kapitel IV. Rn. 290; *Erman-BGB/Lützenkirchen*, § 543 BGB Rn. 11; *BeckOK-MietR/Schach*, § 543 BGB Rn. 10; *Blank/Börstinghaus*, in: dies. (Hrsg.), *Miete* 2020, § 543 BGB Rn. 5; *BeckOGK-BGB/Mehle*, § 543 BGB Rn. 6; *Lorenz*, WuM 2013, 202, 207; aus der Rspr. BGH 18.10.2006 – XII ZR 33/04, NZM 2006, 929; BGH 29.04.2009 – VIII ZR 142/08, NJW 2009, 2297; BGH 04.02.2015 – VIII ZR 175/14, NJW 2015, 1296, 1297.

387 *Kraemer*, NZM 2001, 553, 558.

388 Ähnlich MüKo-BGB/Bieber, § 543 BGB Rn. 24 in Fn. 62.

389 BT-Drs. 14/4553.

390 BT-Drs. 14/4553, S. 64, vgl. auch die so zunächst intendierte Formulierung der Vorschrift auf S. 16.

391 vgl. BT-Drs. 14/5663, S. 24.

392 BT-Drs. 14/5663, S. 82: „Es ergibt sich (...) bereits aus der Systematik, dass die nachhaltige Störung des Hausfriedens einer Vertragspartei allein die andere Vertragspartei noch nicht zur fristlosen Kündigung berechtigt. Vielmehr muss wegen der Verweisung auf § 543 Abs. 1 Satz 2 BGB-E stets noch hinzukommen, dass die

men ist, dass auch der Rechtsausschuss ebenjener Passage lediglich eine Klarstellungsfunktion zuweisen wollte und im Übrigen ebenfalls davon ausging, dass bereits (allein) der Verweis auf § 543 Abs. 1 BGB eine zusätzliche Prüfung künftiger Unzumutbarkeit erforderlich mache.³⁹³ Da sich der gleiche Verweis auf § 543 Abs. 1 BGB (ohne Ausnahme von S. 2) explizit auch in § 569 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2a S. 1 sowie implizit in § 543 Abs. 2 S. 1 BGB wiederfindet, mag der ermittelte Wille des historischen Gesetzgebers insoweit für die oben dargestellte Mindermeinung streiten, sodass die Prognoseabhängigkeit aller normierter Gründe zur außerordentlichen Kündigung von Mietverhältnissen angenommen werden könnte. Zuzugeben ist jedoch, dass der Gesetzgeber dieses Verständnis des Zusammenwirkens der besonderen Kündigungsgründe mit § 543 Abs. 1 S. 2 BGB in Wortlaut und Systematik der Vorschriften nur höchst unbefriedigend zum Ausdruck gebracht hat³⁹⁴, weshalb deren Formulierung mindestens als missglückt bezeichnet werden kann. Letztlich wären besonders hervorgehobene Kündigungsgründe gar per se überflüssig, wenn mit ihnen nicht zumindest die grundsätzliche Wertung der Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung verbunden wäre. Daher erscheint es im Ergebnis am überzeugendsten, den besonderen Kündigungsgründen der §§ 543 Abs. 2 S. 1, 569 Abs. 1 u. 3 BGB die grundsätzliche Präsomption der Unzumutbarkeit künftiger Vertragsfortsetzung abzugewinnen³⁹⁵ und nur in besonderen Einzelfällen eine zusätzliche Prüfung von § 543 Abs. 1 S. 2 BGB zu fordern.³⁹⁶ Letztlich kommt den benannten außerordentlichen Kündigungsgründen so der Charakter von Regelbeispielen zu³⁹⁷, die eine Zumutbarkeitsprognose jedenfalls nicht vollends entbehrlich machen. Im Zusammenhang mit § 573 Abs. 1 u. 2 BGB erübrigen sich

Fortsetzung des Mietverhältnisses unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere des Verschuldens des Störers, der kündigenden Vertragspartei auch unzumutbar ist“.

393 Diese Auffassung des Gesetzgebers folgt aus der Ausschuss-Stellungnahme zu Recht auch AK-BGB/*Klein-Blenkers*, § 543 BGB Rn. 44.

394 Ähnlich AK-BGB/*ders.*, § 543 BGB Rn. 44.

395 *Liebig*, Die Krankheit des Arbeitnehmers als Kündigungsgrund 1988, S. 71 geht zum alten Recht davon aus, dass sich die Kündigung wegen Zahlungsverzuges auf der Vermutung stützt, der Mieter werde auch künftig nicht zahlen.

396 Im Ergebnis ähnlich *Soergel/Heintzmann*, § 543 BGB Rn. 1 und *Kraemer*, NZM 2001, 553, 558 („All dies dürfte aber nicht ausschließen, das Grundsatzprogramm des § 543 I BGB n. F. in Grenzfällen der Einzeltatbestände mit zu berücksichtigen“).

397 Ebenso MüKo-BGB/*Häublein*, § 573 BGB Rn. 37; anders noch *ders.*, ZMR 2005, 1, 3, der in dieser Arbeit von „benannten Beispielen“ spricht, dann jedoch relativiert, der Gesetzgeber habe dieses Regelungsmodell nicht konsequent durchgehalten.

derartige Erwägungen, weil diese Vorschrift auf eine Legaldefinition des berechtigten Interesses verzichtet, sodass dieser Begriff selbst erst mithilfe der speziellen Kündigungsgründe konkretisiert werden kann.³⁹⁸ Hier kommt daher einer zweckorientierten Auslegung der benannten Kündigungsgründe eine besonders große Bedeutung zu.

(3) Zweck vermierterseitiger Mietvertragskündigungen

Auch im Wohnraummietrecht bildet so den Kern der hiesigen Problematik die Frage, ob vermierterseitige Vertragskündigungen nach abstrakt-objektiver Betrachtungsweise einen prognosenormtypischen Präventionszweck oder aber einen mit der Beurteilung vergangener Sachverhalte auskommenden Sanktionszweck verfolgen. Ebenso wie im Arbeitsrecht können auch hier zunächst die pathologischen von den weniger pathologischen Fällen unterschieden werden. So wird dem Vermieter durch die Anerkennung der Eigenbedarfskündigung (§ 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB) die Möglichkeit eingeräumt, einen Konflikt zwischen Eigennutzungsbedarf und der Wohnraumbesetzung durch den Mieter zu verhüten. Da der entsprechende Anpassungsbedarf – insoweit vergleichbar mit der betriebsbedingten Kündigung im Arbeitsrecht – aus der Sphäre des Vermieters rührt, fehlt es hier schon an einem sanktionsfähigen Tatbestand, sodass der Präventionszweck der Regelung kaum in Abrede gestellt werden kann. Sinngemäß lässt sich diese Argumentation unproblematisch auch auf die Verwertungskündigung (§ 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB) übertragen, der daher ebenfalls präventiver Charakter zugesprochen werden kann.

Als diffiziler erweisen sich dagegen die Fälle der Kündigung wegen Pflichtverletzung (§ 573 Abs. 2 Nr. 1 für die ordentliche, §§ 543 Abs. 2 Nr. 2, 3, 569 Abs. 2, 2a BGB für die außerordentliche (Vermieter-)Kündigung), denen im mietrechtlichen Kontext eine ähnliche Rolle wie der verhaltensbedingten Kündigung im Arbeitsrecht zugesprochen werden kann.

Vergleichbar mit dem dort aufgezeigten Meinungsstand wird teilweise davon ausgegangen, die Kündigung wegen Vertragspflichtverletzungen stelle eine Sanktion für vergangenes vertragswidriges Verhalten dar³⁹⁹, während andere auch hier den Präventionszweck der Kündigung in den Vor-

398 Vgl. MüKo-BGB/Häublein, § 573 BGB Rn. 37.

399 Blank/Börstinghaus, in: dies. (Hrsg.), *Miete* 2020, § 563 BGB Rn. 64.

dergrund rücken⁴⁰⁰. Im Rahmen dieser im mietrechtlichen Schrifttum kaum entwickelten Diskussion lassen sich eine Vielzahl der im arbeitsrechtlichen Kontext⁴⁰¹ erarbeiteten Argumente auch für die pflichtverletzungsbedingte Mietvertragskündigung fruchtbar machen. So gilt auch hier zum einen die Prämisse, dass strafrechtstypische Zwecke wie Sühne, Vergeltung oder Genugtuung der Mietrechtsdogmatik grundsätzlich fremd sind. Zum anderen lässt es auch der allgemeine Zweck der materiellen Kündigungskontrolle – der soziale Mieterschutz – wenig plausibel erscheinen, dass der Gesetzgeber dem Vermieter mit der Möglichkeit der Kündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB ein besonderes Sanktionsinstrument zur Verfügung stellen wollte. Zwar ist für die ordentliche Vermieterkündigung im Gegensatz zur Arbeitgeberkündigung stets und für die außerordentliche zum Teil⁴⁰² auf eine schuldhafte Pflichtverletzung durch den Mieter abzustellen, doch kann allein dieser Umstand die Theorie vom Sanktionscharakter der pflichtverletzungsbedingten Kündigung nicht tragen. Es erscheint daher auch im mietrechtlichen Kontext überzeugender, der Kündigung wegen Vertragspflichtverletzungen einzig präventive Zwecke zuzuordnen, sodass hier gleichsam eine Prognose über die künftige Entwicklung des Vertragsverhältnisses anzustellen ist.

(4) Deduktive Argumente

Die im arbeitsrechtlichen Kontext aufgegriffenen deduktiven Argumente der ex-nunc-Wirkung der Kündigung und der Prognoseabhängigkeit aus der Natur des Dauerschuldverhältnissen⁴⁰³ lassen sich gleichfalls problemlos auf die mietrechtliche Diskussion übertragen, wobei § 573 Abs. 1 S. 1 BGB die enge Verknüpfung zwischen Kündigungsgrund („berechtigtes Interesse“) und Rechtsfolge (Auflösung des Vertragsverhältnisses ex-nunc)

400 Vor allem *Sternel*, NZM 2018, 473, 481; für die fristlose Kündigung auch *Kraemer*, NZM 2001, 553, 555; *ders.*, WuM 2001, 163, 165.

401 Siehe oben C. II. 1. b) bb) (3).

402 Soweit nämlich Zahlungsverzug vorausgesetzt wird (§§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 u. 569 Abs. 2a BGB) ist nach § 286 Abs. 4 BGB ein (allerdings vermutetes) Vertretenmüssen des Schuldners erforderlich, vgl. *Häublein*, ZMR 2005, 1, 2; im Rahmen der übrigen Gründe zur außerordentlichen Kündigung ist das Verschulden allerdings lediglich als Abwägungsfaktor zu berücksichtigen, sodass theoretisch auch verschuldensunabhängige Kündigungsgründe denkbar sind.

403 Für eine Prognoseabhängigkeit von Kündigungen aufgrund des Charakters von Dauerschuldverhältnissen mit mietrechtlichem Beispiel auch *Birkner-Kuschyk/Tschöpe*, DB 1981, 264, 266.

gar dadurch zum Ausdruck bringt, dass das geltend gemachte Kündigungsinteresse gerade *an der* Beendigung (gleichbedeutend: Nichtfortsetzung) bestehen muss. Auch deduktive Argumente streiten daher für eine weitgehende Prognoseabhängigkeit der wohnraummietrechtlichen Kündigungskontrolle.

bb) Inhalt und Reichweite

Nach alledem lässt sich festhalten, dass Prognosen auch im wohnraummietrechtlichen Kündigungsschutzrecht eine gewichtige Rolle bei der Konkretisierung zulässiger Kündigungsgründe einnehmen. Auch in diesem Kontext ist nämlich nach dem soeben Gesagten davon auszugehen, dass die jeweils geltend gemachten Kündigungsgründe gerade für die Zukunft Gewicht haben müssen. Diese Wertung ist sodann vor allem bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe im Rahmen der materiellen Kündigungskontrolle heranzuziehen, während Inhalt und Bezugspunkt der jeweils zu treffenden Prognoseentscheidung in diesem Zusammenhang gleichfalls einer näheren Konkretisierung bedürfen. Auch hier sollen daher für den weiteren Verlauf der Arbeit bedeutsame Problemkonstellationen skizziert werden, wobei in Bezug auf die Vermieterkündigungsgründe – insoweit wiederum vergleichbar mit der im Arbeitsrecht vorgenommenen Differenzierung – kündigungsgrundübergreifend zwischen mieter- und vermieterbegünstigenden Prognosen unterschieden werden kann.

(1) Mieterbegünstigende Prognosen

Von einer mieterbegünstigenden Prognose kann dabei dann gesprochen werden, wenn dem Vermieter trotz Vorliegens aktueller Vertragsstörungen zusätzlich die Stabilitätsprognose⁴⁰⁴ einer über den status quo hinausgehenden Kontinuität der festgestellten Störung abverlangt wird.⁴⁰⁵ In der gleichen Weise wie im Arbeitsrecht kann hier wiederum zwischen Vertragsstörungen mit Dauerwirkung (Stabilitätsprognose i. e. S.) und solchen mit Wiederholungsgefahr (Stabilitätsprognose i. w. S.) differenziert werden, wo-

404 Zum Begriff siehe oben C. II. 1. b) cc).

405 Seier, Kündigungsbetrug 1989, S. 255 spricht in derartigen Fällen von „gemischt gegenwarts-/zukunftsbezogenen Kündigungen“.

bei Einzelheiten sich nur im Kontext der einzelnen Kündigungsgründe sinnvoll erschließen lassen.

So ist für die Eigenbedarfskündigung zu Recht anerkannt, dass ein bloß punktueller oder kurzzeitiges Eigennutzungsinteresse zur Erfüllung des Tatbestandsmerkmals des „Benötigens“ keinesfalls ausreichen kann, sondern der Nutzungsbedarf vielmehr für eine gewisse (wenn auch nicht für unbestimmte⁴⁰⁶) *Dauer* bestehen muss (Stabilitätsprognose i. e. S.).⁴⁰⁷ Die hierzu leitenden Erwägungen lassen sich ebenso auf die Verwertungskündigung übertragen.⁴⁰⁸ Eine mieterseitige Pflichtverletzung ist sodann nur „erheblich“ (so § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB) bzw. „nicht unerheblich“ (so § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB), wenn sie auch in Zukunft eine ungedeihliche Entwicklung des Mietverhältnisses erwarten lässt.⁴⁰⁹ Hiervon wiederum kann nur dann ausgegangen werden, wenn entweder die *Gefahr der Wiederholung* gleichartiger Pflichtverstöße besteht (Stabilitätsprognose i. w. S.)⁴¹⁰ oder aber das zwischen den Parteien bestehende Vertrauensverhältnis *dauerhaft* zerstört ist (Stabilitätsprognose i. e. S.).⁴¹¹ Nur unter denselben Be-

406 Ein vorübergehender Nutzungsbedarf kann ausreichen, vgl. nur *Fleindl*, NZM 2016, 289, 293; Bub/Treier/*ders.*, Kapitel IV. Rn. 126; Schmidt-Futterer/*Blank*, § 573 BGB Rn. 103; *Blank/Börstinghaus*, in: dies. (Hrsg.), *Miete* 2020, § 573 BGB Rn. 110 jeweils m. w. N.; die Frage, welche Länge der prognostizierte Nutzungsbedarf erreichen muss, wird unterschiedlich beurteilt, vgl. aus der Rechtsprechung nur BayObLG 23.03.1993 – REMiet 6/92, WuM 1993, 252, 254 (mehrere Jahre); LG München I 21.07.1993 – 14 S 11776/92, WuM 1993, 677, 678 (mindestens drei Jahre); AG Köln 19.09.1991 – 215 C 229/91, WuM 1992, 250, 251 (zwei Jahre nicht ausreichend); LG Landau 17.03.1992 – 1 S 243/91, WuM 1993, 678 (ein Jahr ausreichend); der BGH 04.03.2015 – VIII ZR 166/14, NZM 2015, 378 ff. spricht sich im Grundsatz für eine Nutzungsdauer von mindestens einem Jahr aus, erkennt aber gleichsam an, dass jeweils die Gesamtumstände des Einzelfalls zu werten sind, sodass eine abstrakte Grenze nicht gezogen werden kann (so auch *Milger*, NZM 2014, 769, 774; ähnlich BeckOGK-BGB/*Geib*, § 573 BGB Rn. 84).

407 BeckOGK-BGB/*Geib*, § 573 BGB Rn. 84; BeckOGK-BGB/*Hannappel*, § 573 BGB Rn. 55; Staudinger/*Rolfs*, § 573 BGB Rn. 110; *Lammel*, in: dies. (Hrsg.), *Wohnraummietrecht* 2007, § 573 BGB Rn. 77; *Eisenschmid*, WuM 1990, 129, 132; *Seier*, Kündigungsbetrug 1989, S. 255.

408 BeckOGK-BGB/*Geib*, § 573 BGB Rn. 111.

409 So ausdrücklich LG Krefeld 2 S 33/12, WuM 2013, 114, 115; *Streyl*, WuM 2013, 454, 458; sinngemäß auch AG Hamburg-Harburg 07.12.2010 – 642 C 271/10, ZMR 2011, 302, 303; Soergel/*Heintzmann*, § 573 BGB Rn. 16; *Wiek*, WuM 2016, 718, 722.

410 *Wolter*, Mietrechtlicher Bestandsschutz 1984, S. 255; MüKo-BGB/*Häublein*, § 573 BGB Rn. 62.

411 AG Köln 22.02.1988 – 207 C 550/87, WuM 1988, 126, 127; Bub/Treier/*Fleindl*, Kapitel IV. Rn. 111; Staudinger/*Rolfs*, § 573 BGB Rn. 40; BeckOGK-BGB/*Geib*, § 573 BGB Rn. 24.

dingungen kann schließlich auch eine Hausfriedensstörung als „nachhaltig“ i. S. d. § 569 Abs. 2 BGB bezeichnet werden.⁴¹² Die Parallelen zu den Voraussetzungen der verhaltensbedingten Kündigung im Arbeitsrecht treten in diesen Formulierungen nur allzu deutlich zu Tage.⁴¹³ Schlussendlich kann daher auch an dieser Stelle – vor dem Hintergrund des sozialen Schutzzwecks der mietrechtlichen Kündigungskontrolle allerdings wenig überraschend – festgehalten werden, dass mieterbegünstigende Prognosen einen zentralen Leitgedanken bei der Konkretisierung der Vermieterkündigungsgründe darstellen.

(2) Vermieterbegünstigende Prognosen

Nicht völlig unbeachtet bleiben darf jedoch auch im Mietrecht die vermieterbegünstigende Wirkung von Prognoseatbeständen, die dann hervortritt, wenn das Gesetz dem Vermieter eine Kündigung schon vorbeugend für den Fall erlaubt, dass eine zukünftige Entwicklung nur als hinreichend wahrscheinlich angesehen werden kann (Veränderungsprognose⁴¹⁴).⁴¹⁵ Im Wohnraummietrecht ist in diesem Zusammenhang zuvorderst der Tatbestand der Eigenbedarfskündigung angesprochen, der nach allgemeiner Auffassung gerade nicht verlangt, dass der Nutzungsbedarf des kündigenden Vermieters bereits im Zeitpunkt des Kündigungsausspruchs unmittelbar besteht.⁴¹⁶ Vielmehr soll es schon ausreichen, dass ein derartiger Bedarf mit Ablauf der Kündigungsfrist prognostiziert werden kann⁴¹⁷, wobei sich

412 Ausdrücklich BeckOGK-BGB/Geib, § 569 BGB Rn. 36; eine Zukunftsprognose fordern in diesem Zusammenhang beispielsweise auch jurisPK-BGB/Tiedemann, § 569 BGB Rn. 77 und Schmidt-Futterer/Blank, § 569 BGB Rn. 24.

413 Ähnlich Honstetter, Prognoseentscheidung 1994, S. 108.

414 Siehe oben C. II. 1. b) cc).

415 Seier, Kündigungsbetrug 1989, S. 357 spricht in diesem Kontext von „rein prognostische(n)“ Kündigungen.

416 BayObLG 02.03.1982 – Allg. Reg. 115/81, NJW 1982, 1159; OLG Düsseldorf 11.06.1992 – 10 U 168/91, NJW-RR 1992, 1489, 1490; Stebut, NJW 1985, 289, 293; Schopp, ZMR 1975, 97, 100; Bub/Treier/Fleindl, Kapitel IV. Rn. 138; BeckOGK-BGB/Geib, § 573 BGB Rn. 80; Staudinger/Rolfs, § 573 BGB Rn. 65; zunächst etwas missverständlich jurisPK-BGB/Tiedemann, § 573 BGB Rn. 119, der grundsätzlich einen gegenwärtigen Bedarfsgrund fordert, es hierzu aber ausreichen lässt, dass dessen Eintritt mit hinreichender Sicherheit absehbar ist.

417 Bub/Treier/Fleindl, Kapitel IV. Rn. 138; BeckOK-BGB/Hannappel, § 573 BGB Rn. 54; BeckOGK-BGB/Geib, § 573 BGB Rn. 80; Seier, Kündigungsbetrug 1989, S. 358 ff.

die Grenze zwischen zulässiger vorbeugender Eigenbedarfskündigung und unzulässiger Vorratskündigung nur durch Ermittlung eines hinreichenden Wahrscheinlichkeitsgrades bestimmen lässt.⁴¹⁸ Entsprechendes gilt auch hier für die Verwertungskündigung, bei der das Verwertungsinteresse des Vermieters gleichfalls erst alsbald nach Beendigung des Mietverhältnisses (also nach Ablauf der Kündigungsfrist) realisierbar sein muss.⁴¹⁹ Ähnlichkeiten zur rechtlichen Beurteilung der vorbeugenden betriebsbedingten Kündigung im Arbeitsrecht sind an dieser Stelle kaum von der Hand zu weisen.⁴²⁰ Schwieriger zu beantworten ist jedoch auch hier die Frage, ob eine vorbeugende Vermieterkündigung ebenso in Bezug auf Kündigungsgründe aus der Sphäre des Mieters in Betracht kommt, wobei diesbezüglich vor allem die Kündigung wegen bloß drohender verhaltensbedingter Pflichtverletzungen in den Blick genommen werden soll. Für die gesetzlich besonders normierten Kündigungsgründe mit Bezug zu Pflichtverletzungen lässt sich eine dahingehende Interpretation kaum mit dem Wortlaut der entsprechenden Vorschriften in Einklang bringen. Insbesondere für § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB wird man aufgrund der eindeutigen Gesetzesformulierung („verletzt hat“) davon ausgehen müssen, dass zur Bejahung dieses Kündigungsgrundes stets eine vergangene Pflichtverletzung als Prognosebasis für die in jedem Fall anzustellende Stabilitätsprognose herzuhalten hat.⁴²¹ Bereits hieraus nun jedoch den Schluss zu ziehen, eine vorbeugende verhaltensbedingte Kündigung komme im Wohnraummietrecht unter keinen Umständen in Betracht, erweist sich als voreilig, wird so doch das Potenzial der kündigungsrechtlichen Generalklauseln vollkommen ausgeblendet. Auch zur Konkretisierung des wichtigen Grundes bzw. des berechtigten Interesses im Mietrecht kann nämlich der in § 323 Abs. 4 BGB kodifizierte allgemeine Rechtsgedanke herangezogen werden, dass keiner Partei eine bereits vorhersehbare Pflichtverletzung zuzumuten ist.⁴²² Zu Recht geht daher beispielsweise der BGH davon aus, dass ein Vermieter zur außeror-

418 Bub/Treier/Fleindl, Kapitel IV. Rn.138; BeckOK-BGB/Hannappel, § 573 BGB Rn. 54; BeckOGK-BGB/Geib, § 573 BGB Rn. 80.

419 BayObLG 31.08.1993 – REMiet 2/93, NJW-RR 1994, 78, 79; BeckOGK-BGB/Geib, § 573 BGB Rn. 110; BeckOK-BGB/Hannappel, § 573 BGB Rn. 98; Staudinger/Rolls, § 573 BGB Rn. 144.

420 Die Parallele ziehen daher auch Honstetter, Prognoseentscheidung 1994, S. 108 und Gentges, Prognoseprobleme im Kündigungsschutzrecht 1995, S. 47 f.

421 So beiläufig und ohne nähere Begründung im Ergebnis auch BayObLG 31.08.1993 – REMiet 2/93, NJW-RR 1994, 78, 79; Seier, Kündigungsbetrug 1989, S. 254 f.

422 Für die außerordentliche Kündigung Soergel/Heintzmann, § 543 BGB Rn. 1.

dentlichen Kündigung eines Mietverhältnisses nicht den erstmaligen (und schon gar nicht den andauernden) Zahlungsverzug des Mieters abwarten muss, wenn dieser erklärt, er sei zur Zahlung der Miete künftig und auf unbestimmte Zeit nicht bereit.⁴²³ Für die ordentliche Kündigung kann – man bedenke nur den Fall, dass ein Mieter nach Ablauf einer arbeitsrechtlichen Kündigungsfrist seine Beschäftigung verlieren und daher mit Ablauf auch der mietrechtlichen Kündigungsfrist zur Zahlung der Miete nicht mehr in der Lage sein wird – erst recht nichts anderes gelten. Auf diesem Wege wird so auch der festgestellte Präventivzweck der wohnraummietrechtlichen Kündigung vollumfänglich und konsequent zur Entfaltung gebracht. Auch hier ist jedoch zum einen zu berücksichtigen, dass für eine vorbeugende verhaltensbedingte Kündigung aufgrund des sozialen Schutzzwecks der wohnraummietrechtlichen Kündigungskontrolle stets nur seltene Ausnahmekonstellationen in Betracht kommen werden. Zum anderen gilt hier ebenfalls, dass sich an die so zulässige vermietetbegünstigende Veränderungsprognose in einem zweiten Schritt zwingend in jedem Falle eine mieterbegünstigende Stabilitätsprognose anzuschließen hat. Steht im letztgenannten Beispielsfall nämlich bereits fest, dass der Arbeitnehmer nach einmonatiger Arbeitslosigkeit eine neue Arbeitsstelle antreten wird, die ihm die zukünftige Zahlung der Miete erlaubt, so kann ein berechtigtes Vermieterinteresse an der Kündigung nicht mehr angenommen werden. Auf Basis dieser Präzisierungen verliert im Ergebnis auch der soziale Schutzzweck der wohnraummietrechtlichen Kündigungskontrolle durch die Anerkennung vorbeugender Vermieterkündigungen keineswegs vollständig an Bedeutung.

cc) Zwischenergebnis: Prognoseprinzip bei der Kündigung von Wohnraummietverhältnissen

Nach alledem lässt sich festhalten, dass auch die Konkretisierung wohnraummietrechtlicher Kündigungsgründe in erheblichem Maße durch die Notwendigkeit rechtlicher Prognosen geprägt ist, wobei diese vor allem bei der Ausfüllung der kündigungsrechtlichen Generalklauseln eine gewichtige Rolle spielen. Es erscheint daher vor diesem Hintergrund nur allzu berechtigt, entgegen der allgemeinen Zurückhaltung in Rechtsprechung und

423 BGH 09.03.2005 – VIII ZR 394/03, NJW 2005, 2552, 2553; zustimmend beispielsweise Soergel/Heintzmann, § 543 BGB Rn. 1; BeckOGK-BGB/Mehle, § 543 BGB Rn. 93; Schmidt-Futterer/Blank, § 543 BGB Rn. 182.

Literatur auch von einem Prognoseprinzip bei der Kündigung von Wohnraummietverhältnissen zu sprechen. Stets hat der Vermieter so im Sinne einer Stabilitätsprognose vorzutragen, dass der jeweils geltend gemachte Kündigungsgrund auch für die Zukunft Gewicht haben wird, wobei freilich einige der besonders normierten Kündigungsgründe bereits die Vermutung für eine derartige Negativprognose in sich tragen. Als Kehrseite dieser Erkenntnis können sich Prognosen jedoch in verschiedenen Konstellationen auch vermierterbegünstigend auswirken, sodass das kündigungsrechtliche Prognoseprinzip im Wohnraummietrecht ebenso wie sein Pendant im Arbeitsrecht letztlich durchaus ideologische Neutralität für sich in Anspruch nehmen darf.

d) Prognoseprinzip bei Beendigungstatbeständen im
Personengesellschaftsrecht

Zum Abschluss der hier zunächst vorgenommenen Betrachtung einzelner Vertragstypen lohnt sich ein kurzer Blick in das Recht der Personengesellschaften.

Die zentrale Vorschrift zur Kündigung von Gesellschaften bürgerlichen Rechts bildet hier § 723 Abs. 1 BGB, der sowohl die ordentliche (Abs. 1 S. 1) als auch die außerordentliche Kündigung (Abs. 1 S. 2) derartiger Gesellschaften regelt. Auf unbestimmte Zeit eingegangene Gesellschaften können demnach ohne Kündigungsgrund und ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist jederzeit ordentlich gekündigt werden⁴²⁴, sodass zumindest insoweit ersichtlich keine Raum für etwaige Prognoseerwägungen verbleibt.

Die Möglichkeit zur sofortigen Beendigung befristeter Gesellschaften bürgerlichen Rechts ist vor Zeitablauf hingegen vom Bestehen eines „wichtigen Grundes“ abhängig, wobei § 723 Abs. 1 S. 2 BGB exemplarisch einen nicht abschließenden Katalog möglicher Kündigungsgründe benennt. Unter derselben Voraussetzung lässt das Gesetz bei einschlägiger gesellschaftsvertraglicher Regelung auch den Ausschluss einzelner Gesellschafter nach § 737 S. 1 BGB zu. Das so eingeräumte Gestaltungsrecht zur außerordentlichen Kündigung bzw. Ausschließung wird bei Personenhandelsgesellschaften

424 BeckOK-BGB/Schöne, § 723 BGB Rn. 12.

ten aus Gründen der Rechtssicherheit durch die Möglichkeit zur Auflösungs- bzw. Ausschließungsklage (§§ 133 HGB bzw. 140 HGB) ersetzt.⁴²⁵

Wenngleich von einem „Prognoseprinzip“ auch in diesen Zusammenhängen soweit ersichtlich bisher nicht explizit die Rede ist, lässt sich in Rechtsprechung und Literatur doch bereits seit geraumer Zeit die vermehrte Tendenz beobachten, den jeweils erforderlichen „wichtigen Grund“ als dezidiert prognostischen Tatbestand zu begreifen.⁴²⁶ Das Tatbestandsmerkmal soll demnach nur dann bejaht werden können, wenn sich gerade die künftige *Fortführung* der Gesellschaft als unzumutbar erweist.⁴²⁷ Mitunter wird dabei im Angesicht punktueller Störungen des Vertragsverhältnisses auch die Notwendigkeit einer Wiederholungsgefahr ausdrücklich betont.⁴²⁸

Fruchtbare Argumente für eine dergestalt zukunftsorientierte Auslegung des „wichtigen Grundes“ lassen sich Wortlaut und Systematik der ent-

425 Zum diesem Normzweck siehe Klöhn, in: Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht 2021, § 133 HGB Rn. 1; MüKo-HGB/Schmidt, § 133 HGB Rn. 2 (jew. zu § 133 HGB); BeckOK-HGB/Lehmann-Richter, § 140 HGB Rn. 1 (zu § 140 HGB).

426 Für § 723 BGB ausdrücklich Schulte/Hushahn, in: Gummert/Weipert (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts 2019, § 10 Rn. 59; für § 737 BGB BeckOK-BGB/Schöne, § 737 BGB Rn. 6; BeckOGK-BGB/Koch, § 737 BGB Rn. 16; Kilian, in: Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht 2021, § 737 BGB Rn. 5; zu den §§ 133, 140 HGB vor allem Schlegelberger/Schmidt, § 133 HGB Rn. 8; MüKo-HGB/ders., § 133 HGB Rn. 12; Schlegelberger/ders., § 140 HGB Rn. 10; MüKo-HGB/ders., § 140 HGB Rn. 18; dem folgend Klöhn, in: Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht 2021, § 133 HGB Rn. 7; ders., in: Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht 2021, § 140 HGB Rn. 10; EBS/Lorz, § 133 HGB Rn. 6; Kamanabrou, in: Oetker (Hrsg.), Handelsgesetzbuch 2021, § 133 HGB Rn. 5; Haas, in: Röhrich/Westphalen/Haas (Hrsg.), Handelsgesetzbuch 2019, § 133 HGB Rn. 4; Schulte/Hushahn, in: Gummert/Weipert (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts 2019, § 36 Rn. 36; Schöne, Gesellschafterausschluss 1993, S. 20; offenbar ebenso BGH 15.09.1997 – II ZR 97/96, NJW 1998, 146.

427 Aus der Rechtsprechung siehe nur BGH 17.12.1959 – II ZR 32/59, NJW 1960, 625, 627; aus der Literatur MüKo-BGB/Schäfer, § 723 BGB Rn. 28; BeckOK-BGB/Schöne, § 723 BGB Rn. 17; Staudinger/Habermeier, § 723 BGB Rn. 26; MüKo-HGB/Schmidt, § 133 HGB Rn. 11; Baumbach/Hopt/Roth, § 133 HGB Rn. 5; Klöhn, in: Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht 2021, § 133 HGB Rn. 7; Haas, in: Röhrich/Westphalen/Haas (Hrsg.), Handelsgesetzbuch 2019, § 133 HGB Rn. 4; Kamanabrou, in: Oetker (Hrsg.), Handelsgesetzbuch 2021, § 133 HGB Rn. 5; Schlegelberger/Schmidt, § 140 HGB Rn. 10; MüKo-HGB/ders., § 140 HGB Rn. 18.

428 BGH 31.03.2003 – II ZR 8/01, NZG 2003, 625, 626; BeckOGK-BGB/Lübke, § 723 BGB 69; BeckOK-BGB/Schöne, § 737 BGB Rn. 6; BeckOGK-BGB/Koch, § 737 BGB Rn. 16; Schulte/Hushahn, in: Gummert/Weipert (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts 2019, § 10 Rn. 59; dies., in: Gummert/Weipert (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts 2019, § 36 Rn. 36; vgl. auch BGH 18.10.1965 – II ZR 232/63, WM 1966, 29, 31.

sprechenden Normen freilich kaum abgewinnen. Im Gegenteil legt die Formulierung des konkretisierenden Beispielstatbestands des § 723 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 BGB („verletzt hat“) bei unbefangenen Blick zunächst eine ausschließlich retrospektive Interpretation zumindest dieses Beendigungstatbestandes nahe. Anders als im Falle des im wohnraummietrechtlichen Kontext thematisierten § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB spricht das Gesetz hier auch nicht von einer „erheblichen Pflichtverletzung“, sondern stattdessen von der „Verletzung einer wesentlichen Verpflichtung“, sodass auch dieser semantische Anknüpfungspunkt für etwaige Prognoseerwägungen entfällt. Anders als § 723 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 BGB ist das personenhandelsgesellschaftliche Spiegelbild der Vorschrift in § 133 Abs. 2 HGB jedoch im Präsens abgefasst, ohne dass sich aus der Entstehungsgeschichte Anhaltspunkte für eine in der Sache unterschiedliche Behandlung beider Tatbestände ergeben. Konsequenterweise sollte der Tempus der Vorschrift aus diesem Grunde nicht überinterpretiert werden, zumal das Regelbeispiel des § 723 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 BGB keinen absoluten Kündigungsgrund darstellt.⁴²⁹

Im Ergebnis ist es so überzeugend, die Voraussetzungen der außerordentlichen Kündigung bzw. Ausschließung im gesamten Recht der Personengesellschaften zukunftsorientiert zu interpretieren und die Existenz eines „wichtigen Grundes“ auch in diesem Zusammenhang stets von der Prognose zukünftiger Vertragsstörungen abhängig zu machen. Hierfür spricht in Übereinstimmung mit den zum Arbeits- und Wohnraummietrecht gewonnenen Erkenntnissen überzeugend der Zweck der entsprechenden Gestaltungs- bzw. Klagerechte: Nach richtiger Auffassung dient die Kündigung von Personengesellschaften aus wichtigem Grund dem Schutz der Gesellschafter vor der fortdauernden Bindung an eine unzumutbare Vertragsbeziehung⁴³⁰ und verfolgt somit den prognosenormtypischen Zweck der Konfliktprävention. Auch die Ausschließung eines Gesellschafter darf – hierfür spricht einmal mehr auch der gesetzgeberische Verzicht auf ein konstitutives Verschuldenserfordernis⁴³¹ – nicht als Mittel zur Bestrafung des betroffenen Gesellschafter für vergangene Pflichtwidrigkeiten fehlgedeutet werden.⁴³² Stattdessen bezweckt auch dieses Mittel nach weit überwiegender

429 MüKo-BGB/Schäfer, § 723 BGB Rn. 29.

430 BeckOGK-BGB/Lübke, § 723 BGB Rn. 4.

431 So auch *Schöne*, Gesellschafterausschluss 1993, S. 20 in Fn. 75.

432 *Ders.*, Gesellschafterausschluss 1993, S. 20; *Grunewald*, Der Ausschluss aus Gesellschaft und Verein 1987, S. 74; *Kilian*, in: Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht 2021, § 737 BGB Rn. 5; *Baumbach/Hopt/Roth*, § 140 HGB Rn. 6; *Schulte/Hushahn*,

und mit Blick auf die Gesetzgebungsmaterialien⁴³³ überzeugender Auffassung die Vermeidung zukünftiger Konflikte⁴³⁴ und lässt sich so in besonderer Weise als Verteidigungsrecht der übrigen Gesellschafter begreifen.⁴³⁵ Gegen abgeschlossene Sachverhalte indes ist eine Verteidigung schon ihrer Natur nach zwecklos⁴³⁶, sodass auch dieses Argument entscheidend für den Prognosenormcharakter der betrachteten Vorschriften streitet. Ebenso mag die besondere gesellschaftliche Treuepflicht dagegen sprechen, die Wirksamkeit tiefgreifender gesellschaftsrechtlicher Gestaltungsinstrumente allein auf punktuelle oder temporäre Störungen der Vertragsbeziehung zu stützen ohne gleichzeitig die wahrscheinliche zukünftige Entwicklung des Schuldverhältnisses entscheidend zu berücksichtigen.⁴³⁷ Zuletzt lassen sich auch die in Zusammenhang mit anderen Vertragstypen intensiv behandelten deduktiven Argumente (ex nunc-Wirkung der Kündigung bzw. Ausschließung, besondere Bedeutung des Zeitmoments im Dauerschuldverhältnis) für die Prognoseakzessorietät der untersuchten personengesellschaftsrechtlichen Vorschriften fruchtbar machen. Die außerordentliche Kündigung bzw. Ausschließung eines Gesellschafters ist daher stets nur dann gerechtfertigt, wenn die gesellschaftsrechtliche Rechtsbeziehung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit (auch) in Zukunft durch Störungen beeinträchtigt sein wird. Stehen Pflichtwidrigkeiten eines Gesellschafters als Kündigungs- oder Ausschließungsgrund in Rede, so rechtfertigen diese einer derartige Maßnahme auch im hiesigen Kontext nur dann, wenn entweder mit wiederholten Vertragsverletzungen zu rechnen (Stabilitätsprognose i. w. S.) oder aber das Vertrauensverhältnis zwischen den Gesellschaftern endgültig zerrüttet ist (Stabilitätsprognose i. e. S.).⁴³⁸

in: Gummert/Weipert (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts 2019, § 36 Rn. 36.

433 Grunewald, Der Ausschluß aus Gesellschaft und Verein 1987, S. 19 ff.

434 Schöne, Gesellschafterausschluß 1993, S. 19 f.; Stubbe, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit 2002, S. 39; Bieder, Verhältnismäßigkeitsprinzip 2007, S. 300 f.

435 Schöne, Gesellschafterausschluß 1993, S. 18 f.; Grunewald, Der Ausschluß aus Gesellschaft und Verein 1987, S. 19 ff.

436 Schöne, Gesellschafterausschluß 1993, S. 20; Grunewald, Der Ausschluß aus Gesellschaft und Verein 1987, S. 73 f.

437 Mit dem Hinweis auf die Treuepflicht begründet beispielsweise auch Kilian, in: Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht 2021, § 737 BGB Rn. 5 die Geltung des Ultima-ratio-Prinzips in diesem Kontext.

438 So im Ergebnis auch ders., in: Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht 2021, § 737 BGB Rn. 5; vgl. ebenfalls MüKo-HGB/Schmidt, § 140 HGB Rn. 18.

Ebenfalls in Parallele zum Arbeits- und Wohnraummietrecht kann in engen Grenzen zuletzt auch eine vorbeugende außerordentliche Kündigung oder ein Ausschluss im Angesicht bloß drohender Störungen des Vertragsverhältnisses statthaft sein.⁴³⁹ Vor diesem Hintergrund erscheint es berechtigt, von einem Prognoseprinzip auch bei der außerordentlichen Kündigung von Gesellschaftsverträgen und der Ausschließung von Gesellschaftern aus wichtigem Grund zu sprechen.

e) Verallgemeinerungsfähigkeit

Ist so die Existenz eines Prognoseprinzips im Hinblick auf die (ordentliche wie außerordentliche) Kündigung ausgewählter Vertragstypen überzeugend nachgewiesen, so stellt sich zuletzt die Frage, ob die gewonnenen Erkenntnisse auch ganz allgemein den Schluss auf ein Prognoseprinzip bei der Kündigung vertraglicher Dauerschuldverhältnisse erlauben. Nach dem für das induktive Verfahren zur Herleitung von Rechtsprinzipien vorgestellten Zweischritt⁴⁴⁰ ist hierfür nach der Feststellung eines verschiedenen Rechtsnormen innewohnenden Leitgedankens nunmehr zu fragen, ob es sich hierbei tatsächlich um ein allgemeines Prinzip handelt oder aber lediglich eine Mehrzahl von Sondertatbeständen in Rede steht. Anders gewendet gilt es daher zu klären, ob im Kontext der personengesellschafts-, arbeits- und wohnraummietrechtlichen Kündigungskontrolle aufgedeckte Leitgedanken einer Verallgemeinerung im Wege eines induktiven Schlusses überhaupt zugänglich sind.

Für die Untersuchung eines so zu formulierenden allgemeinen Prognoseprinzips bei der Kündigung vertraglicher Dauerschuldverhältnisse soll dabei eine getrennte Untersuchung von außerordentlicher und ordentlicher Kündigung erfolgen.

439 Vgl. *Schöne*, Gesellschafterausschluß 1993, S. 20: „Der Ausschluß kann (...) dazu dienen (...) künftig zu erwartenden Störungen vorzubeugen“; in diese Richtung wohl auch *EBJS/Lorz*, § 140 HGB Rn. 12; *Staub-HGB/Schäfer*, § 133 HGB Rn. 22.

440 Siehe oben C. I. 2. a) .

aa) Außerordentliche Kündigung

Der Grund für diese Differenzierung liegt in der Tatsache, dass die außerordentliche Kündigung von Dauerschuldverhältnissen im Gegensatz zur ordentlichen Kündigung in § 314 BGB eine übergreifende gesetzliche Regelung erfahren hat, die somit zwingend den normativen Anknüpfungstatbestand für verallgemeinernde Erwägungen bilden muss. Im Angesicht dieser allgemeinen Vorschrift muss es zunächst verwundern, dass das kündigungsrechtliche Prognoseprinzip auch für die außerordentliche Kündigung im Rahmen dieser Arbeit bislang ausgehend von den speziellen Kündigungsvorschriften für besondere Schuldverhältnisse hergeleitet wurde, hätte doch von Beginn an die Vorschrift des § 314 BGB als Ausgangspunkt eines derartigen allgemeinen Rechtsprinzips erhalten können. Zu bedenken ist jedoch, dass sich der erst im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung 2001 eingefügte § 314 BGB schon seinem Wortlaut nach an den älteren Vorschriften des Arbeits- und Mietrechts orientiert und letztlich – auch aus Sicht des historischen Gesetzgebers⁴⁴¹ – bloß die Kodifizierung eines zuvor unter anderem im Wege einer Gesamtanalogie (also mittels Induktion) hergeleiteten Rechtsinstituts darstellt⁴⁴², sodass die zum Arbeits-, Miet- und Personengesellschaftsrecht zusammengetragenen Ergebnisse weitgehend auf die nunmehr zu untersuchende Vorschrift übertragbar sind.

Hiernach ist die außerordentliche Kündigung von Dauerschuldverhältnissen stets nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes möglich, wenn der anderen Vertragspartei die *Fortsetzung* des Vertragsverhältnisses bis zur vereinbarten Beendigung oder bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Der insoweit mit § 626 Abs. 1 BGB und § 543 Abs. 1 S. 2 BGB übereinstimmende Wortlaut des § 314 Abs. 1 BGB deutet schon bei grammatikalischer Auslegung darauf hin, dass zur Konkretisierung des wichtigen Grundes stets eine negative Fortsetzungsprognose anzustellen ist. Auch das allgemeine Recht zur außerordentlichen Kündigung dient zudem – dafür spricht nicht zuletzt auch hier der Verzicht auf ein obligatorisches Verschuldenserfordernis – nicht der Sanktion der jeweils anderen Vertragspartei, sondern soll es dem Kündigenden lediglich ermöglichen,

441 Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 176 f.

442 Ausführlich zur Herleitung des Recht der außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund für sämtliche Dauerschuldverhältnisse beispielsweise *Oetker*, Dauerschuldverhältnis 1994, S. 264 ff.; zur Gesetzeshistorie des § 314 BGB vgl. nur BeckOGK-BGB/*Martens*, § 314 BGB Rn. 6 ff. m. w. N.

auf präventivem Wege unzumutbare Belastungen durch die Fortführung des Schuldverhältnisses in der Zukunft zu verhüten.⁴⁴³ Soweit insbesondere im arbeitsrechtlichen Kontext bereits ausführlich deduktive Argumente für die Prognoseabhängigkeit der außerordentlichen Kündigung erläutert wurden⁴⁴⁴, bieten auch diese besonders wertvolle Anhaltspunkte für die allgemeine Geltung eines Prognoseprinzips im Recht der außerordentlichen Kündigung. Ermöglicht die außerordentliche Kündigung nämlich die Beendigung eines zur zukünftigen (Weiter-)Geltung bestimmten Vertragsverhältnisses und zeitigt Rechtsfolgen nur und gerade für die Zukunft, so liegt es jedenfalls nahe, dass die hiermit korrespondierenden Lösungsgründe auch für die Zukunft tragen müssen. Namentlich die ex-nunc-Wirkung der Kündigung und die besondere Bedeutung des Zeitmoments im Dauerschuldverhältnis sprechen daher ebenfalls für die generelle Prognoseabhängigkeit der außerordentlichen Kündigung.

Genauso wie im Arbeits-, Miet- und Personengesellschaftsrecht müssen die zur außerordentlichen Kündigung geltend gemachten wichtigen Gründe somit bei sämtlichen von § 314 BGB erfassten Dauerschuldverhältnissen gerade für die Zukunft Gewicht haben. Diese Feststellung wiederum kann stets lediglich im Wege einer Prognoseentscheidung (i. S. e. Stabilitätsprognose) getroffen werden⁴⁴⁵, weshalb es berechtigt erscheint, auch ganz allgemein von einem Prognoseprinzip bei der außerordentlichen Kündigung von Dauerschuldverhältnissen zu sprechen. Besteht der wichtige Kündigungsgrund dabei in der Verletzung einer Vertragspflicht, so ergibt sich hieraus konsequenterweise auch, dass eine solche die außerordentliche Kündigung nur dann rechtfertigen kann, wenn entweder Wiederholungsgefahr (Stabilitätsprognosen i. w. S.) besteht oder aber das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien aufgrund der Pflichtverletzung dauerhaft zerstört ist (Stabilitätsprognose i. e. S.).⁴⁴⁶ Aus den im Zusammenhang mit der Ar-

443 So auch Soergel/Teichmann, § 314 BGB Rn. 29.

444 Siehe oben C. II. 1. b) bb) (4).

445 So im Ergebnis auch ausdrücklich jurisPK-BGB/Weth, § 314 BGB Rn. 13; AK-BGB/Krebs/Jung, § 314 BGB Rn. 33; BeckOGK-BGB/Martens, § 314 BGB Rn. 26; Soergel/Teichmann, § 314 BGB Rn. 29; Martinek, ZVertriebsR 2015, 207, 209.

446 Erstaunlicherweise wird dieser Schluss im Rahmen des § 314 BGB kaum einmal explizit gezogen (im Ansatz PWW/Stürner, § 314 BGB Rn. 11 und ders., JURA 2016, 163, 165, der aber zuvor ebenfalls vor allem auf das Rücktrittsrecht Bezug nimmt); häufig wird stattdessen lediglich auf die Wertungen des Rücktrittsrechts verwiesen, wobei beim Vorliegen von Rücktrittsgründen i. S. d. § 323 BGB (teilweise einschränkend lediglich Abs. 2) im Wege eines Erst-recht-Schlusses stets auch eine außerordentliche Kündigung gerechtfertigt sein soll, vgl. Erman-BGB/Böttcher, § 314 BGB

beitgeberkündigung näher erläuterten Gründen⁴⁴⁷ ist als Kehrseite der Präventivfunktion der Kündigung jedoch auch hier darauf hinzuweisen, dass in engen Ausnahmefällen schon bloß drohende schwere Vertragsstörungen (Veränderungsprognose) eine vorbeugende außerordentliche Kündigung rechtfertigen können⁴⁴⁸, wobei sich an die Feststellung einer solchen Erstbegehungsgefahr auch in diesem Fall stets zusätzlich eine Stabilitätsprognose im Hinblick auf die antizipierte Störung anzuschließen hat. Nach alledem ist ein Prognoseprinzip bei der außerordentlichen Kündigung von Dauerschuldverhältnissen daher grundsätzlich anzuerkennen.⁴⁴⁹

bb) Ordentliche Kündigung

Das Recht der ordentlichen Kündigung von Dauerschuldverhältnissen hat dagegen auch im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung keine allgemeine Regelung im Sinne einer *lex generalis* erfahren⁴⁵⁰, sodass hier zunächst eigens eine genaue Auseinandersetzung mit der Verallgemeinerungsfähigkeit der im Arbeits- und Wohnraummietrecht generierten Erkenntnisse zu erfolgen hat.

Rn. 7; MüKo-BGB/Gaier, § 314 BGB Rn. 18 m. w. N.; diese Auffassung verkennt jedoch den kategorialen Unterschied von Rücktritt und Kündigung, der insbesondere darin zum Ausdruck kommt, dass im Dauerschuldverhältnis ein besonderes Interesse an der zukünftigen Vertragsfortsetzung besteht, welches ggf. das Interesse an einer von einem Rücktritt betroffenen punktuellen Vertragsabwicklung übersteigen kann, vgl. dazu die zutreffenden Ausführungen von BeckOGK-BGB/Martens, § 314 BGB Rn. 31; siehe auch Oetker, Dauerschuldverhältnis 1994, S. 269: „Während die Unzumutbarkeit bei punktuellen Austauschverträgen auf die Gegenwart bezogen ist, tritt bei Dauerverträgen eine in die Zukunft weisende Dimension hinzu“.

447 Siehe oben C. II. 1. b) cc) (2).

448 Siehe jeweils unter Verweis auf § 323 Abs. 4 BGB BeckOGKbeckogk-BGB/Martens, § 314 BGB Rn. 35; BeckOK-BGB/Schmidt, § 323 BGB Rn. 8; Weidt, Antizipierter Vertragsbruch 2008, S. 141 f.; im Ergebnis ebenso Schmidt-Kessel, ZIP 2018, 2199, 2209 f., der derartige Überlegungen im Kontext des (seinerzeit noch drohenden und nunmehr vollzogenen) Brexits anstellt.

449 Als solches erfasst dieses Rechtsprinzip auch weitere Ausprägungen spezieller gesetzlicher Rechte zur Lösung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund.

450 Zu den Gründen vgl. nur Horn, Gutachten Bd. I 1981, S. 551, 572 f.

(1) Unzulässiger Induktivschluss

Da Prognosen im Kontext der ordentlichen Kündigung von Arbeits- und Wohnraummietverhältnissen gerade für die Konkretisierung spezieller Sachgründe im Rahmen einer materiellen Kündigungskontrolle Bedeutung erlangen, sieht sich ein induktiver Schluss von diesen beiden Rechtsgebieten auf die Gesamtheit aller Dauerschuldverhältnisse erheblichen Bedenken ausgesetzt. Diese rühren daher, dass gerade dem Arbeits- und Wohnraummietrecht (auch) aufgrund des existenziellen Bedarfs an dauerhaftem Einkommen und Wohnraum besondere Konzepte sozialen Schutzes zugrunde liegen.⁴⁵¹ Diese sind jeweils manifestiert in zahlreichen Normierungen legislativen Bestandsschutzes, die insbesondere die Beendigungsfreiheit von Arbeitgebern und Vermietern zugunsten der jeweils strukturell unterlegenen Vertragspartner einschränken.⁴⁵² Verschiedentlich ist daher darauf hingewiesen worden, dass Ausprägungen derartiger spezieller Bestandsschutzkonzepte als Sondertatbestände einer Verallgemeinerung ausdrücklich nicht zugänglich seien.⁴⁵³ Derlei Ausführungen ist schon deshalb zuzustimmen, weil sich die arbeits- und wohnraummietrechtliche Kündigungskontrolle im Ergebnis als besonderes Instrument zur Erfüllung grundrechtlicher Schutzpflichten zugunsten des Arbeitnehmers und des Mieters darstellt, die wiederum für die große Mehrzahl anderer Dauerschuldverhältnisse schlichtweg nicht bestehen. Wo die Kündigungsfreiheit nämlich – wie beispielsweise im bereits aufgegriffenen Personengesellschaftsrecht oder bei der Beendigung von Betriebsvereinbarungen⁴⁵⁴ – nicht im Dienste vor derlei Bestandsschutzerwägungen beschränkt und die ordentliche Kündigung mithin ohne besondere Rechtfertigungserfordernisse zulässig ist, dort fehlt es auch ganz allgemein an normativen

451 Ders., Gutachten Bd. I 1981, S. 551, 565; Geißler, JuS 1991, 617, 621; Stebut, Der soziale Schutz als Regelungsproblem des Vertragsrechts 1982, S. 20; Oetker, Dauerschuldverhältnis 1994, S. 282; ähnlich Weitnauer, Schutz des Schwächeren im Zivilrecht 1975, S. 56, nach dem Wohnraummietrecht und Arbeitsrecht die „beiden sozial empfindlichsten Gebiete (...) des Zivilrechts“ darstellen.

452 Für das Arbeitsrecht in Bezug auf Kündigungsbeschränkungen eingehend Preis, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 52 ff.; für das Wohnraummietrecht Paschke, Dauerschuldverhältnis der Wohnraummiete 1991, passim; vergleichend Stebut, Der soziale Schutz als Regelungsproblem des Vertragsrechts 1982, passim.

453 So insbesondere Horn, Gutachten Bd. I 1981, S. 551, 572; ähnlich Geißler, JuS 1991, 617, 621; vgl. auch Oetker, Dauerschuldverhältnis 1994, S. 282; Ulmer, FS Möhring 1975, S. 295, 304.

454 Zu letzteren vgl. nur BAG 26.10.1993 – 1 AZR 46/93, AP Nr. 6 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung; ErfK/Kania, § 77 BetrVG Rn. 93.

Einfallstoren für die dargestellten Prognoseerwägungen. Hiernach wäre es im Kontext der ordentlichen Kündigung verfehlt, schuldverhältnisübergreifend und ohne weitere Differenzierung von einem allgemeinen Prognoseprinzip zu sprechen.

(2) Prognoseabhängigkeit der allgemeinen Kündigungskontrolle

Zu bedenken ist allerdings, dass auch außerhalb besonders regulierter Rechtsbereiche das Konzept einer absoluten Kündigungsfreiheit⁴⁵⁵ heute keine Anerkennung (mehr) verdient.⁴⁵⁶ Nachdem darüber hinaus nicht (mehr) bestritten wird, dass auch Kündigungen als einseitige Gestaltungsrechte den allgemeinen zivilrechtlichen Schranken für Rechtsgeschäfte unterliegen und gegebenenfalls für unwirksam erklärt werden können⁴⁵⁷, kann auch von einer einstmals postulierten Freiheit zur „wertfreien“ Kündigung⁴⁵⁸ keine Rede (mehr) sein.⁴⁵⁹ Dies leitet schließlich zu der Erkenntnis, dass letztlich alle Kündigungen einer – wenn auch nur minimalinvasiven – materiellen Kündigungskontrolle unterliegen. Würden nun die im arbeitsrechtlichen Zusammenhang dezidiert erläuterten und im Wohnraummietrecht aufgegriffenen deduktiven Erwägungen zur Prognoseakzessorietät der materiellen Kündigungskontrolle⁴⁶⁰ auch im Rahmen bloß allgemeiner privatrechtlicher Bindungen umfänglich zum Tragen kommen, so könnte über diesen „Umweg“ möglicherweise doch noch ein allgemeines Prognoseprinzip bei der ordentlichen Kündigung von Dauerschuldverhältnissen zu begründen sein. Daher erscheint es unumgänglich, zumindest kurz auf die in diesem Zusammenhang relevanten allgemeinen zivilrechtlichen Schranken der Kündigungsfreiheit einzugehen, um so schließlich auch deren Prognoseakzessorietät beurteilen zu können. Besonders kontrovers wird die Reichweite dieser Generalklauseln dabei wiederum im Arbeitsrecht für

455 Verstanden als Freiheit von materiellen wie auch von formellen Kündigungsschranken (v.a. Kündigungsfristen).

456 *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 54.

457 *Ders.*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 54 f.; *Oetker*, Dauerschuldverhältnis 1994, S. 287.

458 So die Terminologie von *Dietz*, NJW 1951, 941 für eine Kündigung, die bloß formellen Beschränkungen durch Kündigungsfristen- und Termine unterliegt.

459 Ebenso *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 54 f.; *Oetker*, Dauerschuldverhältnis 1994, S. 284 ff. spricht von der Kündigungsfreiheit als „gebundener“ Freiheit.

460 Siehe oben C. II. 1. b) bb) (4) .

solche Rechtsverhältnisse diskutiert, die aus unterschiedlichen Gründen nicht dem besonderen Schutz des Kündigungsschutzgesetzes unterfallen⁴⁶¹, sodass der dortige Meinungsstand unter Beachtung der arbeitsrechtlichen Besonderheiten als Anknüpfungspunkt für die hiesige Untersuchung dienen kann.

(a) Sittenwidrige Kündigungen, § 138 Abs. 1 BGB

Dass auch Kündigungen am Maßstab des § 138 Abs. 1 BGB zu messen sind, ist heute unbestritten und wird für Arbeitsverhältnisse im Übrigen auch durch § 13 Abs. 2 KSchG bestätigt.⁴⁶² Das Verdikt der Sittenwidrigkeit haftet einer Kündigung dabei nur an, wenn die ihr zugrunde liegende Zwecke oder Motive⁴⁶³ dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden in grober Weise widersprechen.⁴⁶⁴ Zwar ist im Arbeitsrecht ganz vereinzelt

461 Angesprochen sind vor allem Arbeitnehmer innerhalb der Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG und im Kleinbetrieb i. S. d. § 23 KSchG; man kann den für diese Arbeitnehmer diskutierten Kündigungsschutz – je nachdem ob man besonders geschützte Personengruppen separat berücksichtigt – auch als „Kündigungsschutz dritter“ (so *Wank*, FS Hanau 1999, S. 295, 298) bzw. „zweiter Klasse“ (so im Anschluss an *Hanau*, ZRP 1996, 349, 353 beispielsweise auch *Oetker*, AuR 1997, 41, 42; *Preis*, NZA 1997, 1256, 1264) bezeichnen.

462 Vgl. nur BAG 16.02.1989 – 2 AZR 347/88, AP Nr. 46 zu § 138 BGB; BAG 28.09.1972 – 2 AZR 469/71, AP Nr. 2 zu § 134 BGB; BAG 23.11.1961 – 2 AZR 301/61, AP Nr. 22 zu § 138 BGB; aus der allgemeinen privatrechtlichen Literatur beispielsweise *Oetker*, Dauerschuldverhältnis 1994, S. 287; aus dem arbeitsrechtlichen Schrifttum *ders.*, AuR 1997, 41, 47; *Urban*, Kündigungsschutz außerhalb des KSchG 2001, S. 118; *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 396; *APS/ders.*, Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes J. Rn. 35; *Löwisch*, BB 1997, 782, 784; früher freilich bestanden durchaus Vorbehalte gegen dieses Vorgehen, siehe nur *Molitor*, Kündigung, 2. Aufl. 1951, S. 221 ff. mit einer ausführlichen Übersicht über den Meinungsstand zum Erscheinungsdatum auf S. 222 in Fn. 4.

463 Auf die Zwecke und Motive ist abzustellen, weil die Gestaltungserklärung der Kündigung „an sich“ sittlich neutral ist, vgl. BAG 16.02.1989 – 2 AZR 347/88, AP Nr. 46 zu § 138 BGB; *Schwerdtner*, JZ 1973, 377, 378; erst unter Hinzuziehung weiterer Tatsachen kann daher davon ausgegangen werden, dass eine Kündigung im Ergebnis nicht mehr als „sittlich indifferent“ (vgl. *Otto*, Personale Freiheit und soziale Bindung 1978, S. 59 f.) bezeichnet werden kann.

464 BAG 16.02.1989 – 2 AZR 347/88, AP Nr. 46 zu § 138 BGB; BAG 23.11.1961 – 2 AZR 301/61, AP Nr. 22 zu § 138 BGB; *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 396; *APS/ders.*, Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes J. Rn. 36; *ErfK/Kiel*, § 13 KSchG Rn. 6; *MüKo-BGB/Hergenröder*, § 13 KSchG Rn. 32; *Bayreuther*, in: *Linck/Krause/Bayreuther* (Hrsg.), Kündigungsschutzgesetz 2019, § 13 KSchG Rn. 33; *Lakies*, DB 1997, 1078, 1081.

die Tendenz erkennbar, schon der Generalklausel des § 138 Abs. 1 BGB das Erfordernis der sachlichen Rechtfertigung jeder Kündigung abzugewinnen⁴⁶⁵, doch wird der tatbestandliche Anwendungsbereich der Vorschrift in Abgrenzung zur „bloßen“ Sozialwidrigkeit von Kündigungen nach ganz überwiegender und zutreffender Auffassung äußerst eng interpretiert.⁴⁶⁶

Unabhängig von der hier nicht zu diskutierenden Frage, wann eine Kündigung so im Einzelfall einmal Gefahr läuft, die Schwelle zur Sittenwidrigkeit zu überschreiten⁴⁶⁷, würde man jedenfalls die Bedeutung kündigungsrechtlicher Prognoseerfordernisse deutlich überspannen, erhöhe man sie im Allgemeinen zu einem unabdingbaren Teil des durch § 138 Abs. 1 BGB garantierten rechtsethischen Minimums. Führt man sich den zuvor betriebenen Begründungsaufwand zur Herleitung der Prognoseakzessorietät sachlicher Kündigungsgründe im Arbeits- und Wohnraummietrecht vor Augen, erscheint es abwegig, an dieser Stelle nunmehr anzunehmen, eine „prognosefreie Kündigung“ widerspreche bereits dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden. Die generelle Prognoseabhängigkeit ordentlicher Kündigungen ergibt sich somit jedenfalls nicht aus § 138 Abs. 1 BGB.

(b) Treuwidrige Kündigungen, § 242 BGB

Scheidet die Sittenwidrigkeit als Anknüpfungspunkt für die allgemeine Prognoseakzessorietät der ordentlichen Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus, kommt sodann der in einem Stufenverhältnis zu § 138 Abs. 1 BGB stehende und in seinem Anwendungsbereich somit weiter reichende Grundsatz von Treu und Glauben⁴⁶⁸ als Einfallstor für etwaige

465 Schwerdtner, JZ 1973, 377 ff.; Müller, ZfA 1982, 475, 479.

466 So ausdrücklich BAG 16.02.1989 – 2 AZR 347/88, AP Nr. 46 zu § 138 BGB; Preis, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 396; APS/ders., Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes J Rn. 37; Oetker, AuR 1997, 41, 47; Bayreuther, in: Linck/Krause/Bayreuther (Hrsg.), Kündigungsschutzgesetz 2019, § 13 KSchG Rn. 33; Urban, Kündigungsschutz außerhalb des KSchG 2001, S. 118; daher sollen auch „willkürliche Kündigungen“, d. h. solche, die ohne erkennbaren Grund ausgesprochen werden, noch nicht die Schwelle zur Sittenwidrigkeit überschreiten, vgl. nur BAG 23.11.1961 – 2 AZR 301/61, AP Nr. 22 zu § 138 BGB; MüKo-BGB/Hergenröder, § 13 KSchG Rn. 35 m. w. N.

467 Derartige Beispiele finden sich u. a. bei APS/Preis, Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes J Rn. 39; MüKo-BGB/Hergenröder, § 13 KSchG Rn. 36 ff.

468 Zum Stufenverhältnis der beiden Vorschriften im Kontext der arbeitsrechtlichen Kündigungskontrolle beispielsweise BAG 05.04.2001 – 2 AZR 185/00, AP Nr. 13 zu

Prognoseerwägungen in Betracht. Soweit nämlich im arbeitsrechtlichen Schrifttum vertreten wird, bereits § 242 BGB binde die Wirksamkeit der ordentlichen Kündigung stets an das Vorliegen eines sachbezogenen, im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehenden Grundes⁴⁶⁹, könnte man nach den bisherigen Ausführungen in der Tat auf die Idee kommen, zur Konkretisierung eines solchen Kündigungsgrundes seien auch auf ganz allgemeiner Ebene stets und notwendigerweise Prognoseentscheidungen zu treffen. Ein solch weitgehender Schluss ist jedoch gleich aus mehreren Gründen nicht gerechtfertigt:

Zuvorderst kann bereits der Ausgangspunkt dieser Überlegungen kaum überzeugen, verwischt ein Postulat der generellen Unwirksamkeit sachgrundloser Kündigungen doch in unzulässiger Weise die Grenzen zwischen treu- und sozialwidrigen Kündigungen und setzt sich so über eindeutige gesetzgeberische Wertentscheidungen im arbeitsrechtlichen Kündigungsrecht hinweg.⁴⁷⁰ Ohne auf weitere Details der Diskussion für die hiesigen Zwecke näher eingehen zu müssen⁴⁷¹, ist daher im Ergebnis der überwiegenden Auffassung dahingehend zuzustimmen, dass § 242 BGB neben § 1 KSchG nur in beschränktem Umfang anwendbar ist, wenn und soweit das Kündigungsschutzgesetz den Grundsatz von Treu und Glauben nicht in Bezug auf den Bestandsschutz von Arbeitsverhältnissen abschließend konkretisiert.⁴⁷² Selbst wenn man jedoch entgegen der hier vertretenen Auffassung noch geneigt ist, § 242 BGB statt der bloßen Missbrauchskontrolle die Funktion einer (abgeschwächten) Inhaltskontrolle arbeitsrechtlicher Kündigungen zuzusprechen, so bleibt weiter zu bedenken, dass die Begründung

§ 242 BGB Kündigung; *Urban*, Kündigungsschutz außerhalb des KSchG 2001, S. 118; *ErfK/Kiel*, § 13 KSchG Rn. 9; *MüKo-BGB/Hergenröder*, § 13 KSchG Rn. 32.

469 So *Oetker*, AuR 1997, 41, 51; *ders.*, RdA 1997, 9, 18; *Lakies*, DB 1997, 1078, 1081; *Kittner*, AuR 1997, 182, 190; nicht ganz so weitgehend („abgeschwächte Inhaltskontrolle“) auch *MüHdb-ArbR/Wank*, § 110 Rn. 33 f. und *ders.*, FS Hanau 1999, S. 295, 306; in diese Richtung auch *Otto*, FS Wiese 1998, S. 353, 366 ff.

470 Vgl. nur *Bayreuther*, in: *Linck/Krause/Bayreuther* (Hrsg.), Kündigungsschutzgesetz 2019, § 13 KSchG Rn. 48; *APS/Preis*, Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes J Rn. 56; *ders.*, NZA 1997, 1256, 1267; *Löwisch*, BB 1997, 782, 786.

471 Sehr ausführlich beispielsweise *Urban*, Kündigungsschutz außerhalb des KSchG 2001, S. 135 ff.

472 St. Rspr. vgl. BAG 08.10.1959 – 2 AZR 501/56, AP Nr. 1 zu § 620 BGB Schuldrechtliche Kündigungsbeschränkung; BAG 23.06.1994 – 2 AZR 617/93, AP Nr. 9 zu § 242 BGB Kündigung; BAG 05.04.2001 – 2 AZR 185/00, AP Nr. 13 zu § 242 BGB Kündigung; aus der Lit. siehe nur *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 398; *Stahlhacke*, FS Wiese 1998, S. 513, 523; *KR/Lipke*, § 242 BGB Rn. 7; *Löwisch*, BB 1997, 782, 785 ff.; *LSSW/ders.*, Vor § 1 KSchG Rn. 101; *Boemke*, WiB 1997, 617, 621 f.

dieses Standpunktes – der Einfluss der aus Art. 12 Abs. 1 GG resultierenden staatlichen Schutzpflicht⁴⁷³ – gerade auf Besonderheiten des Arbeitsrechts fußt und deshalb den induktiven Schluss auf andere Dauerschuldverhältnisse nicht ohne Weiteres erlaubt. Zuletzt bleibt außerdem zu konstatieren, dass auch die Vertreter dieser „verfassungsrechtlichen Schutzzwecklehre“⁴⁷⁴ die gesetzgeberischen Grundentscheidungen jedenfalls insoweit respektieren, als die von ihnen geforderte Sachgrundkontrolle in ihrer Reichweite deutlich hinter den Anforderungen des § 1 KSchG zurückzubleiben habe.⁴⁷⁵ Hält man dementsprechend schon das dem Regelungsanliegen von § 242 BGB besonders nahestehende Verhältnismäßigkeitsprinzip außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes allenfalls für beschränkt anwendbar⁴⁷⁶, so wird man auch von diesem Standpunkt aus erst recht nicht zu dem Ergebnis kommen können, schon eine „prognosefreie Kündigung“ widerspräche den Grundsätzen von Treu und Glauben.⁴⁷⁷ Auch aus § 242 BGB kann nach alledem somit ein allgemeines Prognoseprinzip bei der Kündigung von Dauerschuldverhältnissen nicht hergeleitet werden.

(c) Unbillige Kündigungen, § 315 BGB analog

Abschließend sei noch auf vereinzelte Versuche hingewiesen, in entsprechender Anwendung § 315 BGB für die Zwecke einer allgemeinen materiellen Kündigungskontrolle im Recht der Dauerschuldverhältnisse dienstbar zu machen.⁴⁷⁸ Derartige Ansätze sind hier deshalb von besonderem In-

473 Oetker, AuR 1997, 41, 51 f.; ders., RdA 1997, 9, 13 ff.; Lakies, DB 1997, 1078, 1081; MüHdb-ArbR/Wank, § 110 Rn. 28.

474 Derart bezeichnet von MüHdb-ArbR/Wank, § 110 Rn. 27.

475 Ausdrücklich MüHdb-ArbR/ders., § 110 Rn. 34 Oetker, AuR 1997, 41, 52; Lakies, DB 1997, 1078, 1081.

476 So Oetker, AuR 1997, 41, 52; vollständig gegen eine Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Rahmen von § 242 BGB Preis, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 398 f.; APS/ders., Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes J Rn. 57; Stahlhacke, FS Wiese 1998, S. 513, 523.

477 Vgl. auch Urban, Kündigungsschutz außerhalb des KSchG 2001, S. 172, nach der bei einer krankheitsbedingter Kündigung außerhalb des KSchG auch bei begrenzter Kontrolle nach § 242 BGB keine negative Gesundheitsprognose erforderlich sein soll.

478 So namentlich Paschke, Dauerschuldverhältnis der Wohnraummiete 1991, S. 141 ff.; für die arbeitsrechtliche Kündigung außerhalb des KSchG ähnlich weitgehend HK-KSchG/Dorndorf, § 13 KSchG Rn. 126 ff.; auch das BAG hat bei der Kündigungskontrolle mitunter – allerdings stets nur im Zusammenhang mit einer Sozi-

teresse, weil allgemeine Billigkeitserwägungen im Recht der ordentlichen Kündigung einen verglichen mit den §§ 138 Abs. 1, 242 BGB wesentlich größeren Spielraum für die zwingende Berücksichtigung von Negativprognosen bei jeder Kündigung zuließen. Zur Begründung derartiger Gedanken wird dabei zunächst angeführt, die einer Partei durch die Kündigungsmöglichkeit eingeräumte Rechtsmacht, die zeitliche Begrenzung eines Dauerschuldverhältnisses einseitig festlegen zu können, entspreche zumindest wertungsmäßig der einseitigen Gestaltungsmacht, die § 315 BGB zu kontrollieren bezwecke.⁴⁷⁹ Im arbeitsrechtlichen Kontext würde zudem allein die Möglichkeit zur Kündigung dem Arbeitgeber schon ein Druckmittel in die Hand geben, das in seinen verhaltenssteuernden Wirkungen einer faktischen Leistungsbestimmung gleichkomme.⁴⁸⁰ Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass § 315 BGB aufgrund seiner Bindung an die Verwirklichung des jeweiligen Vertragszwecks ausschließlich auf „ausfüllende“ Gestaltungsrechte Anwendung finden kann.⁴⁸¹ Zudem würde eine derart weitreichende allgemeine Kündigungskontrolle die gesetzgeberische Wertentscheidung zur Beschränkung materiellen Bestandsschutzes auf bestimmte Rechtsbereiche in nicht hinnehmbarer Weise unterlaufen.⁴⁸² Der Rückgriff auf § 315 BGB zur Etablierung einer allgemeinen Billigkeitskontrolle der ordentlichen Kündigung von Dauerschuldverhältnissen ist daher abzuleh-

alauswahl und freilich ohne nähere Auseinandersetzung – auf § 315 BGB Bezug genommen, vgl. zuletzt BAG 20.09.2012 – 6 AZR 253/11, AP Nr. 10 zu § 125 InsO; BAG 04.05.2006 – 8 AZR 299/05, AP Nr. 304 zu § 613a BGB und schon früher BAG 15.12.1994 – 2 AZR 320/94, AP Nr. 66 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; BAG 19.01.1995 – 8 AZR 914/93, AP Nr. 12 zu Art. 13 Einigungsvertrag; BAG 29.08.1996 – 8 AZR 35/95, AP Nr. 62 zu Einigungsvertrag Anlage I Kap. XIX; BAG 24.04.1997 – 8 AZR 117/95, AP Nr. 65 zu Einigungsvertrag Anlage I Kap. XIX; nunmehr scheint das Gericht aber jedenfalls im Rahmen einer betriebsübergreifenden Sozialauswahl zu einer analogen Anwendung des § 1 Abs. 3 KSchG zu tendieren, vgl. BAG 23.02.2012 – 2 AZR 45/11, AP Nr. 156 zu § 2 KSchG 1969; BAG 25.10.2012 – 2 AZR 552/11, AP Nr. 197 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; näher zu dieser in hiesigem Kontext nicht zu vertiefenden Problematik *Haas/Salomon*, NZA 2006, 1192, 1192 ff.

479 *Paschke*, Dauerschuldverhältnis der Wohnraummiete 1991, S. 142.

480 HK-KSchG/*Dorndorf*, § 13 KSchG Rn. 129.

481 *Oetker*, Dauerschuldverhältnis 1994, S. 295; *ders.*, AuR 1997, 41, 52 in Fn. 114; *Löwisch*, BB 1997, 782, 788; *Urban*, Kündigungsschutz außerhalb des KSchG 2001, S. 192.

482 Ähnlich *Otto*, FS Wiese 1998, S. 353, 370.

nen⁴⁸³, sodass dahinstehen kann, ob in einem derartigen Rahmen möglicherweise zwingend Prognoseerwägungen anzustellen wären.

f) Zwischenergebnis: Prognoseprinzip in der sachgrundgebundenen Kündigungskontrolle

So zeigt sich als Ergebnis dieses Abschnitts, dass hinsichtlich der Anerkennung eines kündigungsrechtlichen Prognoseprinzips letztlich zu differenzieren ist: In Bezug auf die außerordentliche Kündigung vertraglicher Dauerschuldverhältnisse stellt die Prognoseabhängigkeit des stets erforderlichen „wichtigen Grundes“ einen Leitgedanken der materiellen Kündigungskontrolle dar, sodass in diesem Zusammenhang das Postulat eines allgemeinen Prognoseprinzips Anerkennung verdient. Hinsichtlich der ordentlichen Kündigung ist dagegen festzuhalten, dass Prognoseerwägungen stets nur dort ihren Platz finden (können), wo die ordentliche Kündigung explizit an das Erfordernis sachlicher Rechtfertigungsgründe gebunden ist. Zusammengenommen erlauben diese Ergebnisse jedoch die Feststellung, dass Prognosen jedenfalls immer dann zentrale Bedeutung erlangen, wenn der Gesetzgeber Kündigungen zum Ausgleich von Bestands- und Beendigungsinteressen im Dauerschuldverhältnis an sachliche Gründe bindet. Es erscheint vor diesem Hintergrund gerechtfertigt, zumindest von einem Prognoseprinzip bei der sachgrundgebundenen Kündigung von Dauerschuldverhältnissen zu sprechen. Scheint hiermit aus rechtspraktischer Sicht zunächst noch wenig gewonnen, so bietet diese Feststellung doch zumindest einen terminologischen und dogmatischen Anhaltspunkt dafür, die später zu erarbeitenden Prognoseleitlinien anhand aller prognosegebundener Kündigungsgründe zu erarbeiten und sie zuletzt auch auf die Gesamtheit ebendieser anzuwenden.

483 So allgemein *Oetker*, Dauerschuldverhältnis 1994, S. 294 ff.; speziell für das Arbeitsrecht auch *ders.*, RdA 1997, 9, 18; *ders.*, AuR 1997, 41, 52 in Fn. 114; *Wank*, FS Hanau 1999, S. 295, 312; *Otto*, FS Wiese 1998, S. 353, 370; *Löwisch*, BB 1997, 782, 788; *Hanau*, ZRP 1996, 349, 353 in Fn. 25; *Urban*, Kündigungsschutz außerhalb des KSchG 2001, S. 191 f.; zur allgemeinen Abgrenzung von § 315 zur Kündigung auch *Soergel/Wolf*, § 315 BGB Rn. 67; *Staudinger/Rieble*, § 315 BGB Rn. 207 f.

2. Prognoseprinzip bei der Anpassung von Dauerschuldverhältnissen

Nachdem die Reichweite von Prognoseerwägungen im kündigungsrechtlichen Kontext nunmehr näher untersucht wurde, soll der Blick in einem zweiten Schritt induktiver Herleitung gerichtet werden auf ein mögliches Prognoseprinzip bei der Anpassung vertraglicher Dauerschuldverhältnisse. Während die Existenz eines derartigen Rechtsprinzips bis dato soweit ersichtlich noch nicht explizit in Erwägung gezogen wurde, besteht zumindest große Einigkeit darüber, dass unbefristete Dauerschuldverhältnisse aufgrund des ihnen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses immanenten Zukunftsrisikos regelmäßig einem besonderen Anpassungsdruck unterliegen.⁴⁸⁴ Dies rührt daher, dass die Parteien im Dauerschuldverhältnis regelmäßig Prognosen (häufig über die zukünftige wirtschaftliche oder politische Entwicklung, möglicherweise aber auch über persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse des Vertragspartners u. v. m.) jedenfalls implizit zur Grundlage des jeweiligen Vertrages erheben⁴⁸⁵, die tatsächliche Entwicklung im Zeitverlauf jedoch in Widerspruch zur anfangs prognostizierten treten kann. Begehrt eine Partei (der Anpassungsinteressent) gegenüber der anderen (dem Anpassungspartner⁴⁸⁶) in einem solchen Fall nicht die Beendigung des Vertrages durch ordentliche oder außerordentliche Kündigung⁴⁸⁷, sondern stattdessen eine Modifikation des Vertragsinhalts, so tritt dieses Verlangen in offenen Widerspruch zum Grundsatz „pacta sunt servanda“ und stellt damit den grundsätzlich bestehenden Inhaltsschutz des Vertrages in Frage. Im hiermit eröffneten und hochkomplexen Spannungsfeld zwischen Bestandsschutz, Inhaltsschutz und Anpassungsinteressen⁴⁸⁸ offenbart sich sodann eine kaum zu überblickende Vielzahl von Möglichkeiten zum vertraglichen oder gesetzlichen Interessenausgleich und zur damit verbundenen Vertragsstabilisierung. Für die Zwecke dieser Arbeit soll der Fokus im Folgenden auf die Instrumente gesetzestützter Vertragsanpassung gelegt werden, wobei auch in diesem Zusammenhang

484 Vgl. nur *Doralt*, Langzeitverträge 2018, S. 345; *Fastrich*, FS Wiedemann 2002, S. 251, 252; *Oetker*, Dauerschuldverhältnis 1994, S. 695.

485 Dazu schon oben B. III. 1. b) bb) (2) .

486 Zur Terminologie *Hau*, Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag 2003, S. 248.

487 Zu den hiermit verbundenen Prognoseproblemen siehe oben C. II. 1. .

488 Näher zu den in diesem Spannungsfeld entstehenden und dogmatisch äußerst interessanten Problemen beispielsweise *Böttcher*, FS Molitor 1962, S. 123, 123 ff.; *Fastrich*, FS Wiedemann 2002, S. 251, 254 ff.; *Hau*, Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag 2003, S. 262 ff.

aufgrund der schieren Fülle von Regelungen keineswegs jede spezielle Anpassungsnorm im Einzelnen betrachtet werden kann. Vielmehr gilt es überblicksartig zu untersuchen, in welchem Umfang ausgewählte gesetzliche Anpassungsmechanismen möglicherweise tatbestandliche Prognoseakzessorietäten aufweisen und ob sich hieraus im Ergebnis gar ein Prognoseprinzip bei der gesetzestützten Anpassung vertraglicher Dauerschuldverhältnisse herleiten lässt. Dabei wurde schon eingangs darauf hingewiesen, dass der Zweck der Anpassung einen geradezu typischen Prognosenormzweck darstellt.⁴⁸⁹ Zur näheren Betrachtung soll in diesem Zusammenhang der Übersichtlichkeit halber unterschieden werden zwischen sogenannten Anpassungsbestimmungsrechten auf der einen und Anpassungserzwingungsrechten auf der anderen Seite.

a) Anpassungsbestimmungsrechte

Ein Anpassungsbestimmungsrecht steht hier entsprechend gängiger Terminologie dann in Rede, wenn der Anpassungsinteressent zwar die Anpassung bestimmen, die Fortsetzung der Vertragsbeziehung mit dem modifizierten Inhalt aber gleichwohl nicht erzwingen kann.⁴⁹⁰ Gekennzeichnet sind derartige Rechte so durch die Besonderheit, dass dem Anpassungspartner auf der anderen Seite zwar die Beendigung, nicht aber die unveränderte Fortsetzung des Vertrages als Alternative zur vom Interessenten intendierten Anpassung verbleibt.⁴⁹¹ Rechtstechnisch kann dabei entweder dem Anpassungsinteressenten die Beendigung des Vertrages für den Fall der Ablehnung seines Anpassungsangebots gestattet, oder aber dem Anpassungspartner spiegelbildlich ein Lösungsrecht als Reaktion auf die für ihn andernfalls hinzunehmende Vertragsanpassung eingeräumt werden, wobei im ersten Fall von einer Interessenten- im zweiten Fall von einer Opponentenkündigung gesprochen werden soll.⁴⁹²

489 Siehe oben B. II. 2. c) bb) .

490 Ursprünglich *Hau*, Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag 2003, S. 248 ff.; aufgegriffen beispielsweise von *Staudinger/Emmerich*, § 561 BGB Rn. 4; *MüKo-BGB/Artz*, § 561 BGB Rn. 1.

491 *Hau*, Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag 2003, S. 251.

492 Zu dieser Unterscheidung ebenfalls *ders.*, Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag 2003, S. 252 ff.

aa) Interessentenkündigung

Die relevanteste Ausprägung der Interessentenkündigung stellt dabei die sogenannte Änderungskündigung dar, bei der der Anpassungsinteressent eine Beendigungskündigung unter dem Vorbehalt aussprechen kann, dass der Anpassungspartner der gewollten Modifizierung des Vertragsverhältnisses zustimmt.⁴⁹³ Diesem Instrument kommt dabei vor allem im Arbeitsrecht größere Bedeutung zu, wo die Änderungskündigung als *lex specialis* gegenüber der Vertragsanpassung nach § 313 BGB in Erscheinung tritt.⁴⁹⁴ Es bietet sich daher an, die Prognoseakzessorietät der Interessentenkündigung wiederum zunächst mit Blick auf das Arbeitsrecht zu untersuchen.

Ausgangspunkt von Prognoseüberlegungen im Zusammenhang mit der arbeitsrechtlichen Änderungskündigung kann nur die Norm des § 2 S.1 KSchG sein, über deren Aussagegehalt jedoch im arbeitsrechtlichen Schrifttum lebhaft gestritten wird.⁴⁹⁵ Stein des Anstoßes ist dabei vor allem der Prüfungsgegenstand der durch den Verweis auf § 1 Abs. 2 S.1-3 KSchG zu fordernden sozialen Rechtfertigung und damit namentlich die Frage, ob im Rahmen der Änderungskündigung die ausgesprochene (Beendigungs-)Kündigung oder aber die angebotene Änderung der Arbeitsbedingungen durch personen-, verhaltens- oder betriebsbedingte Gründe bedingt sein muss. Dieser im Einzelnen äußerst diffizilen Problematik braucht vor dem Hintergrund des hiesigen Untersuchungsziels jedoch nur insoweit nachgegangen werden, wie sich die unterschiedlichen Ansichten im Hinblick auf die Prognoseabhängigkeit der rechtfertigenden Sachgründe unterscheiden. Nähme man dabei mit den Vertretern der „Beendigungstheorie“ an, die sachlichen Rechtfertigungsgründe müssten die im Zuge der Änderungskündigung ausgesprochene (wenn auch hypothetisch bleibende) Beendigungskündigung tragen⁴⁹⁶, so ließen sich die im

493 Ders., Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag 2003, S. 253.

494 BAG 08.10.2009 – 2 AZR 235/08, AP Nr. 143 zu § 2 KSchG 1969; BAG 05.06.2014 – 2 AZR 615/13, AP Nr. 161 zu § 2 KSchG 1969; BAG 23.11.2017 – 6 AZR 683/16, AP Nr. 87 zu § 611 BGB Kirchendienst; MüKo-BGB/Finkenauer, § 313 BGB Rn. 172; MüHdb-ArbR/Rennpferdt, § 117 Rn. 38.

495 Annuß, Betriebsbedingte Kündigung und arbeitsvertragliche Bindung 2004, S. 263 spricht in diesem Zusammenhang nicht zu Unrecht von einem „recht diffusen Meinungsspektrum“.

496 So Schwerdtner, FS 25 Jahre BAG 1979, S. 555, 566; Herschel, FS G. Müller 1981, S. 191, 206 f.; Berkowsky, Änderungskündigung 2004, § 3 Rn. 13 ff.; ders., NZA 2000, 1129, 1131 ff.; ders., NZA-Beilage 2010, 50, 52; Kittner, NZA 1997, 968, 969; Boewer, BB 1996, 2618, 2620; Betz, Betriebsbedingte Änderungskündigung 2008, S. 40 ff.;

Zusammenhang mit der Kündigung von Arbeitsverhältnissen erzielten Ergebnisse⁴⁹⁷ vollkommen bruchlos auf den Sonderfall der Änderungskündigung übertragen, sodass ohne Weiteres auch in diesem Zusammenhang von einem Prognoseprinzip gesprochen werden könnte. Versteht man mit der heute überwiegenden Ansicht⁴⁹⁸ dagegen Kündigung und Änderungsangebot als rechtliche Einheit und unterwirft so das Änderungsangebot des Arbeitgebers der sozialen Rechtfertigung, so wird man jedenfalls hinsichtlich der grundsätzlichen Erforderlichkeit von Prognosen zu keinem anderen Ergebnis kommen können. Wie schon der explizite Verweis auf § 1 Abs. 2 S.1-3 KSchG klarstellt, darf die Änderung des Bezugspunktes der Rechtfertigungsprüfung nämlich nicht vorschnell verwechselt werden mit einer grundsätzlichen Änderung auch der Prüfungssystematik der sozialen Rechtfertigung. Weitgehende Einigkeit besteht so auch unter Vertretern der „Änderungstheorie“ darüber, dass auf der ersten Ebene der nach dieser Ansicht zweistufigen Rechtfertigungsprüfung die Anforderungen an die Vertragsänderungen bei Änderungskündigungen grundsätzlich denen einer Beendigungskündigung entsprechen⁴⁹⁹, sodass auch insoweit weitreichende Prognoseabhängigkeiten festgestellt werden können.⁵⁰⁰ Zwar erscheint es unter Umständen erwägenswert, die Anforderungen an die im Rahmen der

Ratajczak, Änderungskündigung 1984, S. 115 ff.; Kalf, Änderungskündigung 2013, S. 78 ff.; Schneider, Vertragsanpassung im bipolaren Dauerschuldverhältnis 2016, S. 306 ff.; in diese Richtung auch Annuß, Betriebsbedingte Kündigung und arbeitsvertragliche Bindung 2004, S. 263 ff.

497 Siehe oben C. II. 1. b) cc) .

498 So die st. Rspr. vgl. nur BAG 07.06.1973 – 2 AZR 450/72, AP Nr.1 zu § 626 BGB Änderungskündigung; BAG 06.03.1986 – 2 ABR 15/85, AP Nr.19 zu § 15 KSchG 1969; BAG 16.12.2010 – 2 AZR 576/09, AP Nr.150 zu § 2 KSchG 1969; BAG 22.10.2015 – 2 AZR 550/14, AP Nr.167 zu § 2 KSchG 1969; siehe aus der Literatur nur MüKo-BGB/Hergenröder, § 2 KSchG Rn. 83; APS/Künzl, § 2 KSchG Rn. 234; BeckOK-ArbR/Rolfs, § 2 KSchG Rn. 67 ff.; ErfK/Oetker, § 2 KSchG Rn. 39; KR/Kreft, § 2 KSchG Rn. 137 ff.; Krause, in: Linck/Krause/Bayreuther (Hrsg.), Kündigungsschutzgesetz 2019, § 2 KSchG Rn. 122 f.; Ascheid, Kündigungsschutzrecht 1993, Rn. 488 ff.; Walden, Änderungskündigung, unternehmerische Entscheidungsfreiheit und Prognoseprinzip 1993, S. 25 f.; Precklein, Änderungskündigung 1995, S. 25; Brenneis, Änderungskündigung 1998, S. 47 f.; Fischermeier, NZA 2000, 737, 738; Hromadka, NZA 1996, 1; Krois, ZfA 2009, 575, 597.

499 Vgl. nur BAG 06.03.1986 – 2 ABR 15/85, AP Nr.19 zu § 15 KSchG 1969; BAG 22.10.2015 – 2 AZR 550/14, AP Nr.167 zu § 2 KSchG 1969; APS/Künzl, § 2 KSchG Rn. 235.

500 Auch insofern ist daher die Feststellung gerechtfertigt, dass sich die unterschiedlichen Ansichten in ihren parktischen Auswirkungen kaum einmal voneinander unterscheiden werden, vgl. Annuß, Betriebsbedingte Kündigung und arbeitsvertrag-

sozialen Rechtfertigung anzustellenden Prognosen beispielsweise hinsichtlich der Wahrscheinlichkeit zukünftiger Beeinträchtigungen des Arbeitsverhältnisses im Verhältnis zur Prüfung der schärferen Beendigungskündigung abzusenken⁵⁰¹, doch sind derartige Fragen eines möglicherweise modifizierten Prüfungsmaßstabs erst im Zusammenhang mit den Anforderungen an die anzustellende Prognose im folgenden Kapitel der Arbeit zu beleuchten. So kommt auch eine Änderungskündigung nur dann – und letztlich auch nur insoweit⁵⁰² – in Betracht, wie ohne die beabsichtigte Anpassung eine Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses für die Zukunft zu erwarten ist⁵⁰³, wobei auch vorbeugende Änderungskündigungen im Grundsatz anzuerkennen sind.⁵⁰⁴ Unabhängig vom Streit um den Bezugspunkt der

liche Bindung 2004, S. 260; *Kalf*, Änderungskündigung 2013, S. 71; *Isenhardt*, FS Hanau 1999, S. 221, 233.

501 In diese Richtung wohl *Wallner*, Änderungskündigung 2001, S. 187, der die notwendige Wahrscheinlichkeit einer Wiedererkrankung bei der personenbedingten Änderungskündigung ins Verhältnis zum Ausmaß der Änderung setzen möchte; siehe weitergehend unten D. III. 5. d) cc) (3) .

502 Vgl. nur BAG 20.08.1998 – 2 AZR 84/98, AP Nr. 50 zu § 2 KSchG 1969, wonach Arbeitnehmer bei einem bloß vorübergehenden Betriebsverlust keine dauerhaften Einkommensminderungen hinzunehmen haben; zustimmend *Grobys*, NJW-Spezial 2004, 81; *Lindemann*, Flexible Gestaltung von Arbeitsbedingungen 2003, S. 202; die Problematik betrifft freilich erst die Verhältnismäßigkeitserwägungen im zweiten Prüfungsschritt.

503 Für die verhaltensbedingte Änderungskündigung explizit *Wallner*, Änderungskündigung 2001, S. 199 f. („Entscheidend sind die künftigen Auswirkungen“); *Hromadka*, NZA 1996, 1, 11 („Vertrauen zerstört oder weitere Störungen zu besorgen“); *Isenhardt*, FS Hanau 1999, S. 221, 235 („Vertrauen zerstört [...] oder Wiederholung zu befürchten“); *ErfK/Oetker*, § 2 KSchG Rn. 46 („erforderl. negative Zukunftsprognose“); für die krankheitsbedingte als wichtigster Ausprägung der personenbedingten Kündigung wird auch im Rahmen der Prüfung von Änderungskündigungen regelmäßig auf die Notwendigkeit einer Negativprognose hingewiesen, vgl. BAG 22.10.2015 – 2 AZR 550/14, AP Nr. 167 zu § 2 KSchG 1969; *APS/Künzl*, § 2 KSchG Rn. 241; *MüKo-BGB/Hergenröder*, § 2 KSchG Rn. 85; *BeckOK-ArbR/Rolfs*, § 2 KSchG Rn. 74a; abweichend aber ausdrücklich *Wallner*, Änderungskündigung 2001, S. 220, der zunächst auf eine negative Prognose verzichten will, in der Sache aber lediglich den Prognosemaßstab herabsetzt; für die betriebsbedingte Änderungskündigung siehe nur *Krause*, DB 1995, 574, 579.

504 Zu Prognosen im Rahmen einer vorbeugenden betriebsbedingten Änderungskündigung näher *Walden*, Änderungskündigung, unternehmerische Entscheidungsfreiheit und Prognoseprinzip 1993, S. 143 ff.; für die vorbeugende verhaltensbedingte Änderungskündigung *APS/Künzl*, § 2 KSchG Rn. 244 und *Isenhardt*, FS Hanau 1999, S. 221, 235 f. jeweils unter Verweis auf *Hromadka*, NZA 1996, 1, 11; ebenso *Wallner*, Änderungskündigung 2001, S. 181 f. unter besonderer Betonung der Präventivfunktion der Änderungskündigung; wenig überzeugend lehnt *Wallner* jedoch auf

Rechtfertigungsprüfung kann daher durchaus auch von einem Prognoseprinzip bei der arbeitsrechtlichen Änderungskündigung gesprochen werden.

Außerhalb des Arbeitsrechts ist zwar die rechtspraktische Bedeutung von Änderungskündigungen erheblich geringer⁵⁰⁵, doch können diese im Grundsatz auch für andere Dauerschuldverhältnisse vor allem im Miet-, Pacht-, oder Darlehensrecht virulent werden, wenn dem Anpassungsinteressen kein anderweitiger gesetzlicher oder vertraglicher Anpassungsmechanismus zur Verfügung steht.⁵⁰⁶ In Ermangelung einer dem § 2 KSchG vergleichbaren übergreifenden Regelung der Änderungskündigung fehlt es diesem Instrument gleichwohl bis dato an verallgemeinerungsfähigen Prüfungsmaßstäben.⁵⁰⁷ Auch wenn die im Arbeitsrecht gewonnenen Erkenntnisse zur Änderungskündigung aufgrund der genannten Sondervorschrift keineswegs unbesehen auf andere Dauerschuldverhältnisse übertragen werden können⁵⁰⁸, so wird man doch aus den obigen Ausführungen zumindest die Erkenntnis destillieren dürfen, dass die Prüfung der Änderungskündigung sich stets am Prüfungsprogramm der im jeweiligen Dauerschuldverhältnis anzustellenden materiellen Kündigungskontrolle zu orientieren hat.⁵⁰⁹ Wurde oben daher ein Prognoseprinzip bei der sachgrundgebunde-

S.181 die Möglichkeit vorbeugender personen- und betriebsbedingter Änderungskündigungen ab, wobei er dies in Bezug auf personenbedingte Gründe exemplarisch damit begründet, die bloße „Möglichkeit“, dass Erlaubnisse entzogen würden, könne es dem Arbeitgeber nicht erlauben „auf Vorrat Änderungskündigungen auszusprechen“; dieses *Ergebnis* vermag zwar wertungsmäßig zu überzeugen, jedoch kann es ohne Weiteres auch durch das Anlegen eines schärferen Prüfungsmaßstabs (erforderlich sein wird ein Wahrscheinlichkeitsmaß deutlich oberhalb einer bloßen „Möglichkeit“, siehe dazu unten D. III.) erzielt werden, ohne die grundsätzliche Möglichkeit vorbeugender Änderungskündigungen in Abrede zu stellen; für die vorbeugende betriebsbedingte Änderungskündigung BAG 20.08.1998 – 2 AZR 84/98, AP Nr.50 zu § 2 KSchG 1969, wonach der Arbeitgeber mit dem Ausspruch einer Änderungskündigung nicht warten muss, „bis sein Ruin unmittelbar bevorsteht“.

505 So auch *Schneider*, Vertragsanpassung im bipolaren Dauerschuldverhältnis 2016, S.312.

506 *Dies.*, Vertragsanpassung im bipolaren Dauerschuldverhältnis 2016, S.311 f.; *Horn*, Gutachten Bd. I 1981, S.551, 574; siehe auch *Haarmann*, Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Dauerrechtsverhältnissen 1979, S.141 ff.

507 *Schneider*, Vertragsanpassung im bipolaren Dauerschuldverhältnis 2016, S.313.

508 Richtig *dies.*, Vertragsanpassung im bipolaren Dauerschuldverhältnis 2016, S.313; ablehnend in Bezug auf die „Änderungstheorie“ auch *Horn*, Gutachten Bd. I 1981, S.551, 575.

509 So im Ergebnis auch *Schneider*, Vertragsanpassung im bipolaren Dauerschuldverhältnis 2016, S.313, die auf der ersten Stufe der von ihr ganz allgemein favorisierten

nen Kündigung von Dauerschuldverhältnissen postuliert, so lassen sich die dortigen Ausführungen doch zumindest entsprechend auf die Änderungskündigung übertragen, sodass ihre „Zwitterstellung“ zwischen Anpassung und Beendigung auch hier in aller Deutlichkeit hervortritt. Hängt schon die ordentliche Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses dagegen nicht von einer sachlichen Rechtfertigung ab, so kann dies nach alledem erst recht nicht für die ordentliche Änderungskündigung desselben Schuldverhältnisses gelten. Daher ist im Ergebnis von einem Prognoseprinzip bei der sachgrundgebundenen Änderungskündigung von Dauerschuldverhältnissen auszugehen.

bb) Opponentenkündigung

Eine abweichende Betrachtung erfordert dagegen die Vertragsanpassung mit der Möglichkeit der Opponentenkündigung, bei der dem Interessenten zwar zunächst der Rückgriff auf ein Anpassungsinstrument gestattet, dem Anpassungspartner aber gleichsam ein sofortiges Lösungsrecht hinsichtlich des gesamten Vertragsverhältnisses eingeräumt wird.⁵¹⁰ Hinsichtlich dieses Anpassungsbestimmungsrechts, dessen sich der Gesetzgeber vor allem im Wohnraummietrecht mit § 561 BGB bedient hat⁵¹¹, kommt im Gegensatz zur Änderungskündigung allein die materielle Änderungskontrolle als Einfallstor für etwaige Prognoseerwägungen in Betracht, stellt die korrespondierende Kündigungsmöglichkeit doch bloß ein einschränkendes Reaktionsinstrument zugunsten des Anpassungspartners dar. Im paradigmatischen Fall der Mieterhöhung vollzieht sich die materielle Änderungskontrolle dabei anhand der Tatbestände der §§ 558, 559 BGB, die Mieterhöhungen bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete und nach Modernisierungsmaßnahmen erlauben. Zu fragen ist in hiesigem Kontext daher, ob und inwieweit möglicherweise auch diese Vorschriften Prognosen über die zukünftige Entwicklung des Mietverhältnisses gebieten. Zweck des § 559 BGB

Zwei-Stufen-Prüfung stets die Wirksamkeit der Kündigung prüfen möchte; ähnlich wohl *Horn*, Gutachten Bd. I 1981, S. 551, 575.

510 *Hau*, Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag 2003, S. 252.

511 *Ders.*, Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag 2003, S. 252; *Staudinger/Emmerich*, § 561 BGB Rn. 4; *MüKo-BGB/Artz*, § 561 BGB Rn. 1; zu Zweck und Funktionsweise des § 561 BGB vgl. auch *BeckOGK-BGB/Schindler*, § 561 BGB Rn. 3; weitere Beispiele finden sich bei *Hau*, Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag 2003, S. 252 f.

ist dabei unter anderem die Wiederherstellung des Äquivalenzverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung, hat der Vermieter doch durch eine vom Mieter nach § 555d BGB zu duldende Modernisierungsmaßnahme den Wert seiner Leistung selbstständig erhöht.⁵¹² Lässt man den Blick nun auf die zur Anpassung der Miete berechtigenden Tatbestände baulicher Veränderungen (§ 555b Nr. 1, 3, 4, 5 oder 6 BGB) schweifen, so fällt auf, dass sich die entsprechenden Maßnahmen in der weit überwiegenden Anzahl der Fälle „nachhaltig“ auswirken müssen. Von nachhaltigen Veränderungen kann jedoch nur dann die Rede sein, wenn die entsprechenden Maßnahmen auch künftig *dauerhafte* Wirkung zeitigen⁵¹³, sodass insoweit eine Prognose über die zukünftige Wirksamkeit der Modernisierungsmaßnahmen zur Rechtfertigung einer Mietanpassung nach § 559 Abs. 1 i. V. m. § 555b BGB anzustellen ist. Insgesamt gelangt der Rechtsanwender im Kontext der Mietanpassung nach Modernisierungsmaßnahmen so zu dem auch wertungsmäßig überzeugenden Ergebnis, dass ein dauerhafter Eingriff in das Äquivalenzverhältnis durch Erhöhung der Miete im Allgemeinen auch nur bei nachhaltigen Veränderungen der Mietsache in Betracht kommt. § 558 BGB setzt dagegen bei näherem Hinsehen bereits die vom Gesetzgeber unterstellte Prognose stetig steigender Vergleichsmieten voraus und hält aus Gründen des Mieterschutzes sodann Begrenzungen des gleichsam gewährten Anpassungsanspruchs bereit, sodass zusätzliche Prognosen (beispielsweise zur Nachhaltigkeit des Anstiegs des Mietniveaus) hier nur eine vergleichsweise geringe Rolle spielen.⁵¹⁴ Aufgrund der Sondersituation be-

512 Siehe nur BeckOGK-BGB/Schindler, § 559 BGB Rn. 9; Lutz, in: Hannemann/Wiegner (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Mietrecht 2019, § 23 Rn. 190.

513 BGH 10.04.2002 – VIII ARZ 3/01, NZM 2002, 519, 520; BGH 03.03.2004 – VIII ZR 149/03, NZM 2004, 336, 338; BeckOGK-BGB/Schepers, § 555b BGB Rn. 17, 33, 51; MüKo-BGB/Artz, § 555b BGB Rn. 6; Schmidt-Futterer/Eisenschmid, § 555b BGB Rn. 26; Blank/Börstinghaus, in: dies. (Hrsg.), Miete 2020, § 555b BGB Rn. 21; so auch die bedeutungsgleiche Formulierung des § 555b Nr. 5 BGB, vgl. BeckOGK-BGB/Schepers, § 555b BGB Rn. 56; MüKo-BGB/Artz, § 555b BGB Rn. 23.

514 Das heißt freilich noch nicht, dass nicht jedenfalls zarte Ansätze von Prognoseproblemen auch im Kontext der Anwendung dieser Vorschrift zum Tragen kommen können: Zum einen in Bezug auf einen heranzuziehenden Mietspiegel, wenn richtigerweise erkannt wird, der Einordnung einer Wohnung in eine stark vernachlässigte Wohnlage müsse die Feststellung zugrunde liegen, dass die Vernachlässigung keine nur vorübergehende sei, vgl. AG Neukölln 10.03.2004 – 19 C 214/03 – zit. nach juris; LG Berlin 06.07.2016 – 65 S 149/19, BeckRS 2016, 103577; zum anderen in Zusammenhang mit der Frage, ob die weitere Entwicklung der Vergleichsmiete bis zum Wirksamwerden der Erhöhungsverlangens zu prognostizieren oder aber die Vergleichsmiete im Zeitpunkt der Erhöhungsverlangens maßgeblich ist, für letzteres

ständig steigender Vergleichsmieten kann der hier geübte weitgehende Verzicht auf eine Einzelfallprognose allerdings nicht ohne Weiteres auf andere Dauerschuldverhältnisse übertragen werden.

b) Anpassungserzwingungsrechte

Abgesehen von der „nachgeschalteten“ Möglichkeit der außerordentlichen Kündigung des Anpassungspartners unterschieden sich die zuletzt betrachteten Anpassungsbestimmungsrechte in der Sache nicht von den sogenannten Anpassungserzwingungsrechten, sodass der Schritt zur Untersuchung dieser „echten“ Anpassungsrechte⁵¹⁵ kein weiter ist. Hierbei versetzt das Recht den Anpassungsinteressenten in die Lage, eine begehrte Vertragsänderung ohne oder gegen den Willen des Anpassungspartners durchzusetzen und so einseitig inhaltliche Änderungen des Vertrages bei gleichzeitiger Kontinuität der Kooperation zu erwirken.⁵¹⁶ Aufgrund dieses evidenten Eingriffs in den Grundsatz „pacta sunt servanda“ gestattet das Recht derlei Anpassungen stets nur beim Vorliegen bestimmter (Rechtfertigungs-)Gründe⁵¹⁷ – die so gebotene materielle Anpassungskontrolle kommt sodann wiederum als Einfallstor etwaiger Prognoseüberlegungen in Betracht. Der Fokus der Untersuchung soll dabei auf speziellen und allgemeinen Ausprägungen des Rechts von der Störung der Geschäftsgrundlage liegen.

unter Verweis auf sonst aufkommende praktische Prognoseprobleme die h. M. vgl. BGH 29.02.2012 – VIII ZR 346/10, NZM 2012, 339, 341; BayObLG 27.10.1992 – REMiet 3/92, NJW-RR 1993, 202; MüKo-BGB/Artz, § 558 BGB Rn. 19; BeckOK-BGB/Schüller, § 558 BGB Rn. 25; a. A. beispielsweise *Derleder*, WuM 1983, 221, 222.

515 So *Hau*, Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag 2003, S. 249.

516 *Ders.*, Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag 2003, S. 248 f.; ob die Anpassung rechtskonstruktiv durch einen Anpassungsanspruch des Interessenten letztlich im Wege einer Einigung, ohne Zutun des Anpassungspartners durch Gestaltungserklärung, ipso iure oder aber durch richterlichen Gestaltungsakt vollzogen wird, ist in hiesigem Kontext nicht von Belang, vgl. hierzu aber ausführlich *ders.*, Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag 2003, S. 277 ff.

517 Völlig zu Recht erkennt daher *Schneider*, Vertragsanpassung im bipolaren Dauerschuldverhältnis 2016, S. 359 das Erfordernis eines sachlichen Grundes als materielles Grundprinzip der Vertragsanpassung an.

aa) Besondere Anpassungserzwingungsrechte

Als für das Verständnis der rechtlichen Anforderungen an derlei Anpassungserzwingungsrechte besonders ertragreiche Konkretisierung der Störung der Geschäftsgrundlage erweist sich zunächst die landpachtrechtliche Norm des § 593 BGB.⁵¹⁸ Absatz 1 S.1 dieser Vorschrift vermittelt dabei jeder Vertragspartei einen Anspruch auf Änderung des Landpachtvertrages, wenn sich die bei Vertragsschluss maßgeblichen Verhältnisse *nachhaltig* so geändert haben, dass die gegenseitigen Verpflichtungen in ein grobes Missverhältnis zueinander geraten sind. Schon nach dem Willen des historischen Gesetzgebers⁵¹⁹ sollen demnach solche Störungen des Vertragsverhältnisses nicht zur Anpassung berechtigen, die nur eine vorübergehende oder nicht überschaubare Dauer fristen.⁵²⁰ Erforderlich ist demnach, dass die entsprechende Grundlagenstörung für die Zukunft Gewicht hat, entweder weil *Wiederholungsgefahr* besteht (Stabilitätsprognose i. w. S.), oder aber weil sie ein derart großes Ausmaß annimmt, dass das Äquivalenzverhältnis trotz bloß einmaligem Störungseignis *dauerhaft* beeinträchtigt bleiben wird (Stabilitätsprognose i. e. S.).⁵²¹ Vergleichbare Erfordernisse statuieren auch die versicherungsrechtlichen Vorschriften der §§ 163 Abs. 1 Nr. 1, 203 Abs. 2 S. 1 VVG, die systematisch ebenfalls konkretisierte *leges speciales* zur allgemeinen Störung der Geschäftsgrundlage darstellen.⁵²² Nach diesen Vorschriften ist der Lebens-, bzw. Krankenversicherer⁵²³ zu einer Prämienanpassung nur berechtigt, wenn sich die Änderung einer Berechnungsgrundlage als nicht nur *vorübergehend* erweist, mit anderen

518 So in anderem Kontext auch *dies.*, Vertragsanpassung im bipolaren Dauerschuldverhältnis 2016, S. 104; Köhler, FS Steindorff 1990, S. 611, 613; zum Verhältnis von § 593 zu § 313 BGB vgl. nur BeckOGK-BGB/Wiese, § 593 BGB Rn. 2; Staudinger/Bleckwenn/Jeinsen, § 593 BGB Rn. 7; Erman-BGB/Dickersbach, § 593 BGB Rn. 1; abweichend zur Einordnung als *lex specialis* MüKo-BGB/Harke, § 593 BGB Rn. 1.

519 BT-Drs. 10/509, S. 23.

520 BeckOGK-BGB/Wiese, § 593 BGB Rn. 6; Lüdtke-Handjery, in: ders. (Hrsg.), Landpachtrecht 1997, § 593 BGB Rn. 10; Staudinger/Bleckwenn/Jeinsen, § 593 BGB Rn. 13; Soergel/Heintzmann, § 593 BGB Rn. 3.

521 Aufgrund der zweiten Alternative zu eng BeckOGK-BGB/Wiese, § 593 BGB Rn. 6, nach dem einmalige Ereignisse zur Rechtfertigung eines Anpassungsanspruch *per se* nicht in Betracht kommen sollen; freilich wird diese strenge Sichtweise sogleich unter Hinweis auf dauerhafte Rentabilitätseinbußen relativiert.

522 MüKo-VVG/Wandt, § 163 VVG Rn. 16a; Prölss/Martin/Schneider, § 163 VVG Rn. 2; MüKo-VVG/Boetius, § 203 VVG Rn. 6.

523 Gleiches gilt aufgrund des Verweises in § 176 VVG auch in der Berufsunfähigkeitsversicherung.

Worten eine dauerhafte ist.⁵²⁴ Auch hier ist die materielle Anpassungskontrolle daher zwingend auf eine Prognose der künftigen Entwicklung angewiesen.⁵²⁵

bb) Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB

Die Formulierung des § 313 BGB als allgemeiner und so letztlich zentraler Vorschrift zur Störung der Geschäftsgrundlage dagegen enthält sich derartig deutlicher grammatikalischer Anhaltspunkte für die Prognoseakzessorietät der materiellen Anpassungskontrolle und stellt stattdessen in Abs. 1 maßgeblich auf eine „schwerwiegende“⁵²⁶ Veränderung der Umstände ab. Dies kann jedoch schon deshalb kaum verwundern, weil § 313 BGB für sämtliche Arten von Schuldverhältnissen gilt und das Kriterium einer „nachhaltigen“ Veränderung insbesondere für bloß punktuelle Austauschverhältnisse ersichtlich unzumutbar wäre. So zeichnet sich § 313 BGB sowohl auf Tatbestands- als auch auf Rechtsfolgenrechtsseite zwangsläufig durch eine nicht unbedeutende inhaltliche Unbestimmtheit aus⁵²⁷, die zwar einerseits Raum zur flexiblen Anwendung der Vorschrift im Kontext unterschiedlichster Vertragsstrukturen bietet, andererseits aber auch stets erheblichen Konkretisierungsbedarf hervorruft. Dabei erscheint es geboten, bei der Konkretisierung des Normgehalts auch die Ausgestaltung spezieller Regelungen zur Störung der Geschäftsgrundlage besonders zu berücksichtigen. Nach den bisherigen Ausführungen zu Anpassungsbestimmungs- und speziellen Anpassungserzwingungsrechten lässt sich dabei festhalten, dass derlei Vorschriften regelmäßig das Merkmal der „Nachhaltigkeit“ einer Störung zur Voraussetzung einer Vertragsanpassung im Dauerschuldverhältnis erheben, wenn die bezweckte Anpassung der Wiederherstellung des vertraglichen Äquivalenzverhältnisses dient. Dies erscheint schon deshalb einleuchtend, weil der Grundsatz „pacta sunt servanda“ in seiner Ausprägung

524 MüKo-VVG/Wandt, § 163 VVG Rn. 35; Prölss/Martin/Schneider, § 163 VVG Rn. 8; Langheid/Rixecker/Grote, § 163 VVG Rn. 7; MüKo-VVG/Boetius, § 203 VVG Rn. 782.

525 Ausdrücklich MüKo-VVG/Wandt, § 163 VVG Rn. 35 („Prognoseentscheidung“); MüKo-VVG/Boetius, § 203 VVG Rn. 786 („Prognose“); Langheid/Grote, VersR 2003, 1469, 1472 („Prognoseentscheidung“, zu § 178g VVG a. F.).

526 Der Begriff „wesentlich“ in Abs. 2 ist synonym zu verstehen.

527 Vgl. MüKo-BGB/Finkenauer, § 313 BGB Rn. 7; BeckOK-BGB/Lorenz, § 313 BGB Rn. 2.

als Vertragsinhaltsschutz im Dauerschuldverhältnis anders als bei Schuldverhältnissen mit einmaligem Leistungsaustausch stets eine zeitraum- und damit auch eine zukunftsbezogene Dimension aufweist. Zugleich werden sich auch die rechtlichen Wirkungen der Anpassung regelmäßig⁵²⁸ ausschließlich auf die Zukunft beziehen, sodass umso deutlicher hervortritt, dass rein punktuelle Störungen ohne Zukunftswirkung eine Vertragsanpassung im Dauerschuldverhältnis allein nicht tragen können. Hierzu passt, dass dem Anpassungsinteressenten nach dem Wortlaut des § 313 Abs. 1 BGB gerade das „Festhalten“ – im Dauerschuldverhältnis mithin die unveränderte *Fortsetzung* des Vertrages – unzumutbar sein muss.⁵²⁹ Vor diesem Hintergrund kann aus den Vorschriften der §§ 559, 593 BGB, 163 Abs. 1 Nr. 1, 203 Abs. 2 S. 1 VVG der allgemeine Rechtsgedanke destilliert werden, dass Vertragsanpassungen jedenfalls im Hinblick auf Äquivalenzstörungen grundsätzlich nur dann gerechtfertigt sind, wenn *Wiederholungsgefahr* besteht (Stabilitätsprognose i. w. S.), oder aber wenn das Schuldverhältnis *dauerhaft* beeinträchtigt sein wird (Stabilitätsprognose i. e. S.). Liegt der Zweck einer Vertragsanpassung nämlich darin, eine gedeihliche Vertragsbeziehung auch und gerade für die Zukunft zu gewährleisten, so müssen zukünftige Entwicklungen zwangsläufig auch im Rahmen des § 313 BGB Berücksichtigung finden. Der erstgenannte Fall betrifft dabei Störungen, die für sich genommen die Schwelle zur Erheblichkeit noch nicht überschreiten, in der zu prognostizierenden Summe aber eine unveränderte Vertragsfortsetzung unter Berücksichtigung der vertraglichen Risikoverteilung unzumutbar erscheinen lassen, weil sich die „Schere im Äquivalenzverhältnis“ ohne Anpassung stets weiter öffnen wird.⁵³⁰ Die zweite Konstellation meint dagegen Störungen, die trotz ihres punktuellen Charakters ein derart gravierendes Ausmaß annehmen, dass sie auch in die Zukunft hineinwirken, weil die so einmal geöffnete „Schere im Äquivalenzverhältnis“ zukünf-

528 Zur Sonderkonstellation der rückwirkenden Anpassung, die hier außer Betracht bleiben soll, vgl. nur *Loyal*, NJW 2013, 417, 420; MüKo-BGB/*Finkenauer*, § 313 BGB Rn. 98.

529 So hielt *Horn*, Gutachten Bd. I 1981, S. 551, 638 für seinen hinsichtlich der Zumutbarkeitsfrage wortgleichen Vorschlag zur Kodifizierung des Rechts der Störung der Geschäftsgrundlage auch fest, dass dieses Kriterium zur Berücksichtigung unter anderem der „in der Zukunft liegenden Zusammenarbeit der Parteien“ führe.

530 Hierzu ebenfalls verallgemeinernd *Larenz*, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, 3. Aufl. 1963, S. 90; zu Recht weist in diesem Sinne auch *Horn*, Gutachten Bd. I 1981, S. 551, 568 darauf hin, dass sich langsame aber stetige Veränderungen nur im Dauerschuldverhältnis zeitproportional in anpassungsrelevanter Weise auswirken.

tig nicht mehr wird geschlossen werden können. Im Ergebnis kann der zu erwartenden Dauer einer Störung im Dauerschuldverhältnis daher allgemeine Bedeutung für die materielle Anpassungskontrolle nach § 313 BGB kaum abgesprochen werden⁵³¹, sodass auch insoweit weitreichende Prognoseerfordernisse auszumachen sind. Gleichsam eröffnet § 313 BGB auch aufgrund seiner Unbestimmtheit die Möglichkeit der vorbeugenden Vertragsanpassung im Hinblick auf bloß drohende Störungen⁵³², wobei sich die zur vorbeugenden Kündigung von Dauerschuldverhältnissen herangezogenen Argumente zur Begründung⁵³³ sinngemäß auch auf die vorbeugende Anpassung übertragen lassen: Keine Partei muss es hinnehmen, sehenden Auges den Eintritt einer voraussagbaren Vertragsstörung abzuwarten, wenn der Gegenseite auch eine präventive Anpassung des Vertrages zumutbar ist. Die Prognoseabhängigkeit der materiellen Anpassungskontrolle kann so durchaus als *ein* leitender Gedanke zur Konkretisierung der Störung der Geschäftsgrundlage im Kontext vertraglicher Dauerschuldverhältnisse charakterisiert werden.

531 So auch explizit *Doralt*, Langzeitverträge 2018, S. 359; auf die besondere Bedeutung der Dauer einer Grundlagenstörung im Dauerschuldverhältnis zur Feststellung der Erheblichkeit weisen deutlich auch AK-BGB/*Krebs/Jung*, § 313 BGB Rn. 59 und MüKo-BGB/*Finkenauer*, § 313 BGB Rn. 58 hin; die Rechtsprechung stellt – freilich ohne sich mit entsprechenden Prognoseproblemen explizit auseinanderzusetzen – ebenfalls immer wieder darauf ab, dass eine Grundlagenstörung im Dauerschuldverhältnis nicht bloß vorübergehender Natur sein dürfe, vgl. BGH 25.05.1977 – VIII ZR 196/75, NJW 1977, 2262 („die Berufung auf eine Äquivalenzstörung [setzt] aber in aller Regel bei Dauerschuldverhältnissen ein Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung über einen längeren Zeitraum [voraus]“); BGH 19.01.2007 – V ZR 163/06, NJW 2007, 1884, 1886 („bei einem nur vorübergehenden subjektiven Ausübungshindernis fehlt es an dem Merkmal der schwerwiegenden Veränderung der Umstände“); auch im Kontext der aktuellen Problematik der Anpassung von Bausparverträgen an eine Niedrigzinsphase wird bei der Subsumtion unter die Vorschrift des § 313 BGB von *Hartlein*, BB 2018, 259, 265 auf eine „dauerhafte(...), andauernde(...) und voraussichtlich fortdauernde(...) Null- und Negativzinspolitik“ hingewiesen, womit der Zukunftsbezug der Erheblichkeitsprüfung ebenfalls implizit anerkannt wird; siehe zur im türkischen Recht bestehenden Kontroverse zu dieser Frage *Ince*, Der Wegfall der Geschäftsgrundlage nach deutschem und türkischem Recht 2015, S. 330 f.; für vertragliche Anpassungsrechte weist auch *Eckelt*, Vertragsanpassungsrecht 2008, S. 172 auf die Notwendigkeit einer dauerhaften Leistungerschwerung hin.

532 Ebenso *Schmidt-Kessel*, ZIP 2018, 2199, 2201, der in Fn. 17 zu Recht darauf hinweist, dass die drohende Grundlagenstörung kaum einmal explizit untersucht wird.

533 Siehe insbesondere oben C. II. 1. b) cc) (2) .

c) Zwischenergebnis: Prognoseprinzip bei der materiellen Anpassungskontrolle

Sowohl im Hinblick auf gesetzliche Anpassungsbestimmungs- wie auch auf Anpassungserzwingungsrechte im vertraglichen Dauerschuldverhältnis zeigt sich so, dass der Rechtsanwender im Rahmen der jeweils erforderlichen materiellen Anpassungskontrolle in der Mehrzahl der gesetzlich vorgesehenen Fälle auch Prognosen hinsichtlich der zukünftigen Vertragsdurchführung anzustellen hat. Im Ergebnis stellt sich die Vertragsanpassung daher ganz im Sinne der eingangs untersuchten Typisierung von Prognosenormzwecken⁵³⁴ als prädestiniertes Anwendungsfeld privatrechtlicher Prognoseerwägungen heraus, sodass es nur allzu gerechtfertigt erscheint, von einem Prognoseprinzip bei der materiellen Anpassungskontrolle im vertraglichen Dauerschuldverhältnis zu sprechen.

3. Prognoseprinzip bei der Befristung von Dauerschuldverhältnissen

Als dritter und letzter Ansatzpunkt des induktiven Vorgehens soll nunmehr die Befristung von Dauerschuldverhältnissen als mögliches Anwendungsgebiet von Prognoseerwägungen in den Blick genommen werden. Auch in Bezug auf das Befristungsrecht „an sich“ fällt auf, dass rechtsgebietsübergreifende wissenschaftliche Untersuchungen kaum auszumachen sind. Die weitergehende Frage, ob in diesem Zusammenhang Prognosen derart zentrale Bedeutung zukommt, dass gar von einem befristungsrechtlichen Prognoseprinzip gesprochen werden kann, ist in diesem globalen Kontext soweit ersichtlich bisher noch nicht thematisiert worden. Sucht man nunmehr dennoch diskursive Anknüpfungspunkte für ebendiese Frage, so fällt der Blick wiederum zwangsläufig auf das Arbeitsrecht, wo mitunter ein Prognoseprinzip bei der Befristung von Beschäftigungsverhältnissen postuliert wird. Auch im Wohnraummietrecht kann in diesem Zusammenhang zumindest von Ansätzen einer Problembeschreibung gesprochen werden, sodass sich diese beiden Rechtsgebiete erneut als Ausgangspunkte der folgenden Untersuchung anbieten.

534 Siehe oben B. II. 2. c) bb) .

a) Prognoseprinzip bei der Befristung von Arbeitsverhältnissen

Die gerichtliche Praxis, zur Überprüfung arbeitsrechtlicher Befristungsabreden auf Prognosen zurückzugreifen, ist alt.⁵³⁵ Dagegen reüssiert die wissenschaftliche These, die Befristungskontrolle sei gar durch ein so zu bezeichnendes Prognoseprinzip geprägt, erst seit vergleichsweise neuerer Zeit⁵³⁶ und der Versuch der methodengestützten Herleitung eines derartigen Rechtsprinzips ist gar erst jüngst unternommen worden.⁵³⁷

Untrennbar verknüpft ist der Prognosegedanke dabei mit der Bindung arbeitsrechtlicher Befristungsabreden an sachliche Gründe⁵³⁸, sodass die Entwicklung der so statuierten Befristungskontrolle durch die Rechtsprechung zumindest in ihren Grundzügen nachvollzogen werden sollte.

aa) Entwicklung der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung

Nach ersten zaghaften Annäherungsversuchen durch RAG⁵³⁹ und BAG⁵⁴⁰ nahm die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Befristungskontrolle mit dem Beschluss des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 12. Ok-

535 In der Sache nahm das BAG eine Prognose bereits in seiner ersten befristungsrechtlichen Entscheidung, BAG 21.10.1954 – 2 AZR 25/53, NJW 1955, 78, 80 („betriebliche Arbeit (kann) (...) in einer von vornherein absehbaren Zeit [Hervorhebung durch Verfasser] beendet sein“) vor; vgl. auch *Loth*, Prognoseprinzip im befristeten Arbeitsverhältnis 2015, S. 127.

536 Zutreffend ist zudem die Bemerkung von *Loth*, Prognoseprinzip im befristeten Arbeitsverhältnis 2015, S. 124, eine mit der kündigungsschutzrechtlichen Kontroverse um das Prognoseprinzip (siehe oben C. II. 1. b) aa)) vergleichbare Auseinandersetzung mit Prognosen habe im Befristungsrecht (bisher) nicht stattgefunden.

537 *Dies.*, Prognoseprinzip im befristeten Arbeitsverhältnis 2015, passim; von einem „Prognoseprinzip“ spricht nunmehr auch *Roth*, Tätigkeitsbezug als Sachgrund der Befristung des Arbeitsvertrags 2020, S. 113.

538 Erstmals für Kettenbefristung BAG 21.10.1954 – 2 AZR 25/53, NJW 1955, 78, 80; für die einmalige Befristung BAG 12.05.1955 – 2 AZR 23/54, NJW 1955, 1085, 1086; ähnlich in der Bewertung *Loth*, Prognoseprinzip im befristeten Arbeitsverhältnis 2015, S. 126.

539 Vgl. nur RAG 19.05.1928 – RAG 90/28, ARS 3, 3 ff., wo das RAG noch maßgeblich auf die subjektive Absicht der Parteien zur Umgehung zwingender Kündigungsschutzvorschriften abstellt; bereits in RAG 05.01.1938 – RAG 181/37, ARS 32, 174, 179 ist dagegen schon von „besondere(n) Gründen“ die Rede, die eine Befristung auch bei „Umgehung“ zwingender Kündigungsschutzvorschriften rechtfertigen könnten.

540 Vgl. vor allem die Urteile aus Fn. 538.

tober 1960⁵⁴¹ erstmalig Kontur an: Danach sei die nach § 620 BGB grundsätzlich mögliche Befristung von Arbeitsverträgen dann rechtsunwirksam, wenn bei Abschluss des Vertrages für die Befristung keine sachlichen Gründe vorgelegen haben.⁵⁴² Seine Rechtfertigung fand dieses Sachgrunderfordernis nach der Rechtsprechung in der sog. Theorie der objektiven Gesetzesumgehung, nach der die Wirksamkeit befristeter Arbeitsverträge unabhängig von subjektiven Absichten der Vertragsparteien nach dem Tatbestand der Gesetzesumgehung von Kündigungsschutzvorschriften zu beurteilen sein sollte.⁵⁴³ Danach stellten sich Kündigungsschutz und Befristungskontrolle ihrem Verhältnis nach als zwei Seiten derselben Medaille legislativen Bestandsschutzes zugunsten der Arbeitnehmer dar. Diese dogmatische Konstruktion, die auch im Schrifttum zumindest im Ergebnis überwiegend positiv aufgenommen wurde⁵⁴⁴, entwickelte das BAG in der Folge fort, wobei es zur Konkretisierung des Sachgrunderfordernisses fortlaufend auch Prognosen über die künftige Entwicklung des in Rede stehenden Beschäftigungsverhältnisses anstellte.⁵⁴⁵ Dabei ging das BAG zunächst davon aus, dass nicht lediglich die Befristung „an sich“, sondern auch deren konkrete Dauer durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt sein müsse, sodass jedenfalls eine Prognose über die Dauer des Befristungsgrundes anzustellen sei.⁵⁴⁶

Nachdem sich das BAG zwischenzeitlich von diesem Erfordernis der (strengen) Kongruenz zwischen zulässiger Befristungsdauer und Sachgrund distanziert hatte⁵⁴⁷, änderte sich die Rechtslage zu Beginn des Jahres 2001 tiefgreifend mit Inkrafttreten des neuen TzBfG, welches das Recht der befristeten Arbeitsverhältnisse erstmals in einer weitreichenden Kodifizierung zusammenfasste. Entbehrlich ist seither zuvorderst die separate Prüfung einer objektiven Gesetzesumgehung, wodurch nach ganz überwiegender

541 BAG 12.10.1960 – 3 AZR 65/59, AP Nr. 16 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

542 BAG 12.10.1960 – 3 AZR 65/59, AP Nr. 16 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

543 BAG 12.10.1960 – 3 AZR 65/59, AP Nr. 16 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

544 Dörner, Der befristete Arbeitsvertrag, 2. Aufl. 2011, Rn. 17 mit zahlreichen Nachweisen aus der (historischen) Kommentar und Aufsatzliteratur.

545 Siehe neben den bereits genannten Urteilen aus dieser Zeit exemplarisch auch BAG 29.08.1979 – 4 AZR 863/77, AP Nr. 50 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; BAG 30.09.1981 – 7 AZR 789/78, AP Nr. 61 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

546 BAG 30.09.1981 – 7 AZR 789/78, AP Nr. 61 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

547 Erstmals in BAG 26.08.1988 – 7 AZR 101/88, AP Nr. 124 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, seither st. Rspr. vgl. BAG 21.02.2001 – 7 AZR 200/00, AP Nr. 226 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; BAG 13.10.2004 – 7 AZR 654/03, AP Nr. 13 zu § 14 TzBfG; BAG 21.01.2009 – 7 AZR 630/07, AP Nr. 57 zu § 14 TzBfG.

Ansicht die vollständige Entkopplung von Kündigungs- und Befristungsrecht vollzogen wurde.⁵⁴⁸ Nach der nunmehr geschaffenen gesetzlichen Konzeption stellt das unbefristete Arbeitsverhältnis den normativen Regelfall, das befristete Arbeitsverhältnis dagegen die (zumeist) begründungsbedürftige Ausnahme dar, wobei mit § 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG erstmals auch ein beispielhafter Katalog zulässiger Befristungsgründe Eingang in das Gesetz gefunden hat.⁵⁴⁹ Das BAG stellt im Rahmen der Überprüfung ebendieser Sachgründe auch seither regelmäßig Prognosen an.⁵⁵⁰

Allein diese geübte Rechtsprechungspraxis ermöglicht indes noch keine Aussage darüber, ob die Redeweise vom befristungsrechtlichen Prognoseprinzip im Arbeitsrecht tatsächlich gerechtfertigt ist, verharret eine derartige Betrachtung ohne kritische Prüfung der zugrundeliegenden Argumentation doch auf rein deskriptiver Ebene. Erforderlich ist es vielmehr auch hier, Herkunft, Inhalt und Reichweite der beobachteten Prognosegedanken zu analysieren und so mögliche Anknüpfungspunkte für verallgemeinernde Schlussfolgerungen zu destillieren.

bb) Reichweite des Prognoseerfordernisses

Das Studium der ergangenen Rechtsprechung verdeutlicht zunächst, dass Prognosen im arbeitsrechtlichen Befristungsrecht stets im Zusammenhang mit der Sachgrundüberprüfung virulent werden. Dies rührt daher, dass es zulässigen sachgrundlosen Befristungen schon logisch an jeglichem Ein-

548 BAG 06.11.2003 – 2 AZR 690/02, AP Nr. 7 zu § 14 TzBfG; BAG 13.05.2004 – 2 AZR 426/03, BeckRS 2004, 30802380; aus der Literatur Dörner, Der befristete Arbeitsvertrag, 2. Aufl. 2011, Rn. 107; APS/Backhaus, § 14 TzBfG Rn. 11; ErfK/Müller-Glöge, § 14 TzBfG Rn. 7; Meinel, in: Meinel/Heyn/Herms (Hrsg.), Teilzeit- und Befristungsgesetz 2015, § 14 TzBfG Rn. 3; Sievers, RdA 2004, 291, 292; Sittard/Ulbrich, RdA 2006, 218, 222; Hanau, NZA 2000, 1045; Däubler, ZIP 2000, 1961, 1966; Schmitz, AuR 2001, 300, 301; einschränkend Loth, Prognoseprinzip im befristeten Arbeitsverhältnis 2015, S. 142; Feuerborn, Sachliche Gründe 2003, S. 323, S. 459; Oberthür, DB 2001, 2246; Persch, Kernfragen des Befristungsrechts 2010, S. 55; Hunold, NZA 2002, 255, 258, die allerdings in der Sache jeweils lediglich darauf hinweisen, dass zum früheren Recht entwickelte Wertungen auch nach dem „Paradigmenwechsel“ (so Hromadka, BB 2001, 621) weiter zu berücksichtigen seien.

549 Vgl. auch Dörner, Der befristete Arbeitsvertrag, 2. Aufl. 2011, Rn. 26.

550 Kurz nach Inkrafttreten des TzBfG beispielsweise BAG 14.01.2004 – 7 AZR 213/03, AP Nr. 10 zu § 14 TzBfG; aus neuerer Zeit siehe nur BAG 29.04.2015 – 7 AZR 310/13, AP Nr. 130 zu § 14 TzBfG; BAG 24.08.2016 – 7 AZR 41/15, AP Nr. 144 zu § 14 TzBfG; BAG 12.04.2017 – 7 AZR 436/15, AP Nr. 156 zu § 14 TzBfG.

fallstor für weitergehende Prognoseerwägungen mangelt, sodass es beinahe zwangsläufig und im Ergebnis überzeugend erscheint, Prognosen im Befristungsrecht – insofern vergleichbar mit den zum Kündigungsrecht gewonnenen Erkenntnissen – funktional der Sachgrundkonkretisierung zuzurechnen.⁵⁵¹ § 14 Abs. 1 TzBfG stellt so den (einzigen) normativen Anknüpfungspunkt für die mögliche Feststellung eines Prognoseprinzips im arbeitsrechtlichen Befristungsrecht dar; nur wenn dessen Auslegung ergibt, dass Prognosen einen leitenden Gedanken des befristungsrechtlichen Sachgrundkonkretisierung darstellen, dann kann berechtigterweise von einem derartigen Prinzip die Rede sein.⁵⁵²

Die für die weitere Untersuchung essenzielle Frage, welche der geschriebenen und ungeschriebenen Sachgründe der Befristungsregulierung eine Prognose erfordern⁵⁵³, wird indes nicht einheitlich beurteilt. Nach dem Anerkennungsgrad des Prognoseerfordernisses lassen sich im Wesentlichen drei Gruppen von Sachgründen unterscheiden: Diejenigen, bei denen die Notwendigkeit einer Prognose allgemein anerkannt ist, diejenigen, bei denen zur Herleitung eines solchen Erfordernisses jedenfalls ein erhöhter Begründungsaufwand erforderlich ist und schließlich diejenigen, bei denen Prognosen nach nahezu einhelliger Auffassung keine Relevanz zugesprochen werden kann. Vereinzelt geblieben sind bis dato Stimmen, die davon ausgehen, jeder denkbare Sachgrund sei stets von einer Prognose abhängig.⁵⁵⁴ Während zur ersten Gruppe dabei vor allem die geschriebenen Sachgründe des vorübergehenden betrieblichen Bedarfs (§ 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG), der Vertretung (Nr. 3) und (allerdings mit Einschränkungen) der Zweckbindung von Haushaltsmitteln (Nr. 7) zu rechnen sind⁵⁵⁵,

551 *Loth*, Prognoseprinzip im befristeten Arbeitsverhältnis 2015, S. 123; *Feuerborn*, Sachliche Gründe 2003, S. 327 f., S. 469 f.; *Persch*, Kernfragen des Befristungsrechts 2010, S. 222; *Laux/Schlachter/Schlachter*, § 14 TzBfG Rn. 18; *KR/Lipke*, § 14 TzBfG Rn. 144; auch nach dem BAG ist die „Prognose (...) Teil des Sachgrunds“ (st. Rspr. seit BAG 03.11.1999 – 7 AZR 846/98, AP Nr. 19 zu § 2 SR 2y BAT).

552 Hiervon geht ersichtlich beispielsweise *Bieder*, in: *Kreutz/Renfle/Faber u.a.* (Hrsg.), Realitäten des Zivilrechts, Grenzen des Zivilrechts 2012, S. 23, 25 aus, für den (allerdings ohne nähere Begründung) die Prognose „im Zentrum“ der Befristungskontrolle steht.

553 Für eine Unterscheidung von Sachgründen nach solchen mit und solchen ohne Prognosecharakter auch *Sievers*, RdA 2004, 291, 291 f.

554 *Persch*, Kernfragen des Befristungsrechts 2010, S. 222 f.; recht weitgehend offenbar auch *Dörner*, ZTR 2001, 485, 490 („fast ausnahmslos“).

555 *Eckert*, Vertretungsbefristung 2016, S. 118 („Typische Beispiele“); *Persch*, Kernfragen des Befristungsrechts 2010, S. 223 (hier ergebe „sich das Erfordernis einer Prognose“).

handelt es sich bei den Zweifelsfällen der zweiten Gruppe innerhalb des Katalogs des § 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG um die Sachgründe der Erstanstellung (Nr. 2), der Eigenart der Arbeitsleitung (Nr. 4), der Erprobung (Nr. 5), sowie der personenbedingten Befristung (Nr. 6).⁵⁵⁶ Der zulässigen Befristung aufgrund eines gerichtlichen Vergleichs (Nr. 8)⁵⁵⁷ und auf ausschließlichen Wunsch des Arbeitnehmers⁵⁵⁸ wird dagegen nach fast einhelliger Ansicht der Prognosenormcharakter abgesprochen.⁵⁵⁹

cc) Herleitung des Prognoseerfordernisses

Zur eigenständigen Positionierung in dieser Frage und damit mittelbar auch zu der These, das arbeitsrechtliche Befristungsrecht sei durch ein Prognoseprinzip geprägt, soll im Folgenden erneut stringent nach den bewährten Rezepten vorgegangen werden. Im Rahmen der prinzipienbildenden Induktion⁵⁶⁰ ist dabei zunächst der Prognosenormcharakter der einzelnen Alternativen des § 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG zu überprüfen, wobei hierfür wiederum jeweils das zu Beginn der Arbeit vorgestellte Prozedere zur Ermittlung von Prognosenormen⁵⁶¹ zur Anwendung gelangen soll. In diesem Zusammenhang sollen sodann an den methodisch passenden Stellen auch die in Rechtsprechung und Literatur zu diesen Fragen vorgebrach-

se (...) von selbst“); für ein Prognoseerfordernis im Rahmen von Nr. 1 und 3 auch *Loth*, Prognoseprinzip im befristeten Arbeitsverhältnis 2015, S. 145 f.; BeckOK-ArbR/*Bayreuther*, § 14 TzBfG Rn. 23; *Sievers*, RdA 2004, 291; *ErfK/Müller-Glöge*, § 14 TzBfG Rn. 17; *Mestwerdt*, in: Gallner/Mestwerdt/Nägele u.a. (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht 2021, § 14 TzBfG Rn. 54; *Thüsing/Fütterer/Thieken*, ZfA 2014, 3, 13; *Winzer/Abend/Fischels*, NZA 2018, 1025 f.; *Nicklaus*, Das Prognoseprinzip im arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzrecht 2012, S. 157 f.

556 Zweifelnd *Loth*, Prognoseprinzip im befristeten Arbeitsverhältnis 2015, S. 145 ff., die im Ergebnis (S. 148) nach Zeit- oder Zweckbefristungen differenzieren möchte.

557 *Eckert*, Vertretungsbefristung 2016, S. 118; *MüKo-BGB/Hesse*, § 14 TzBfG Rn. 15; *KR/Lipke*, § 14 TzBfG Rn. 144; *Loth*, Prognoseprinzip im befristeten Arbeitsverhältnis 2015, S. 148; *ErfK/Müller-Glöge*, § 14 TzBfG Rn. 17 („Eine Ausnahme bildet die Nr. 8“).

558 Ausdrücklich ablehnend *Laux/Schlachter/Schlachter*, § 14 TzBfG Rn. 18; *Meinel*, in: *Meinel/Heyn/Herms* (Hrsg.), Teilzeit- und Befristungsgesetz 2015, § 14 TzBfG Rn. 36; *MüKo-BGB/Hesse*, § 14 TzBfG Rn. 15; *Loth*, Prognoseprinzip im befristeten Arbeitsverhältnis 2015, S. 147; einschränkend *Oberthür*, DB 2001, 2246, 2248 („Prognoseentscheidung (...) nur in eingeschränktem Umfang zu fordern“).

559 Anders nur *Persch*, Kernfragen des Befristungsrechts 2010, S. 224 ff.

560 Hierzu siehe oben C. I. 2. a) .

561 Hierzu oben B. II. 2. .

ten Argumente aufgegriffen werden. Zuletzt sind auch mögliche deduktive Ansatzpunkte zur Herleitung eines Prognoseprinzips im arbeitsrechtlichen Befristungsrecht in den Blick zu nehmen.

(1) Wortlaut geschriebener Sachgründe

Nimmt man zuvorderst den Wortlaut der verschiedenen Sachgründe des § 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG in den Blick, so ist eine Suche nach den oben vorgestellten Prognosesignalbegriffen⁵⁶² zunächst nicht von Erfolg gekrönt. Gleichwohl hält der Katalog Sachgründe bereit, die bereits bei grammatikalischer Auslegung einen Zukunftsbezug aufweisen und daher die Notwendigkeit einer Prognose zumindest nahelegen. Besonders augenfällig erscheint diese Erkenntnis für § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG⁵⁶³, wonach eine Befristung dann durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist, wenn der betriebliche Bedarf an der Arbeitsleistung nur *vorübergehend* besteht. Ob ein zunächst bestehender betrieblicher Bedarf in Zukunft jedoch *vorübergeht* und damit gleichsam ein temporärer bleibt oder sich aber letztlich zu einem Dauerbedarf entwickelt (*Prognoseereignis*), kann zum Befristungszeitpunkt nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit (*Wahrscheinlichkeitsmaß*) auf der Basis vorhandener Erkenntnisse und Erfahrungssätze (*Prognosegrundlage*) beurteilt und mithin lediglich prognostiziert werden.

In etwas weniger offensichtlicher Form ist der Prognosebegriff des Vorübergehens auch dem Wortlaut des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG immanent, der die Befristung zur *Vertretung* eines anderen Arbeitnehmers gestattet. Zwar ist dem Begriff der Vertretung im Allgemeinen eine gewisse Bedeutungsambivalenz nicht abzusprechen⁵⁶⁴, doch kann kein vernünftiger Zweifel daran bestehen, dass im Kontext der fraglichen Vorschrift unter Vertretung die *vorübergehende* Besetzung der Stelle eines anderen unter Übernahme von dessen Aufgaben⁵⁶⁵ zu verstehen ist. Ob das Bedürfnis

562 Siehe B. II. 2. a) .

563 So auch APS/Backhaus, § 14 TzBfG Rn. 38.

564 Vgl. Bedeutungsübersicht *Duden-Online*, vertreten, 2021 (<https://www.duden.de/rechtschreibung/vertreten>) (geprüft am 17.07.2021); auch im juristischen Kontext ist die Bedeutungsbandbreite recht groß, man denke nur an die Vertretung i. S. d. Stellvertretung (§ 164 BGB), i. S. d. Repräsentation („Vertreter des ganzen Volkes“, Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG; „Arbeitnehmervertreter“, § 4 Abs. 1 DrittelbG) oder i. S. d. Vermittlung („Handelsvertreter“, § 84 Abs. 1 S. 1 HGB).

565 Vgl. auch *dass.*, vertreten, 2021 (<https://www.duden.de/rechtschreibung/vertreten>) (geprüft am 17.07.2021) Bedeutung 1a.

zur Besetzung der fraglichen Stelle durch einen „Ersatzarbeitnehmer“ jedoch zukünftig *vorübergeht* ist ebenso unsicher wie das Bestehen eines betrieblichen Bedarfs, sodass das zu Nr. 1 Gesagte hier ebenso Geltung beansprucht. Ganz Ähnliches gilt zuletzt auch für Nr. 7, der daran anknüpft, dass Haushaltsmittel für eine befristete Beschäftigung bestimmt, mithin für eine *vorübergehende* Dauer vorgesehen sind. Diese im Wortlaut der Normen angelegte Verknüpfung der drei genannten Sachgründe mit dem Prognosebegriff des Vorübergehens trägt nach alledem sicher dazu bei, dass der Prognosenormcharakter ebendieser Vorschriften nicht bestritten wird, wenngleich auch die anderen Auslegungsmethoden zur Absicherung dieses Befundes noch anzuwenden sein werden.

Hinsichtlich des Wortlauts bietet darüber hinaus einzig § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 TzBfG noch erste Ansatzpunkte zur Begründung eines Prognoseerfordernisses, knüpft er doch an den Begriff der *Erprobung* (vorübergehende Eignungsprüfung) an, dem ebenfalls ein gewisses temporäres Element nicht abgesprochen werden kann. Im Unterschied zu den drei zuvor behandelten Tatbeständen stellt sich bei der Erprobung jedoch nicht die Frage, *ob* der Erprobungsbedarf zukünftig endet⁵⁶⁶, sondern fraglich bleibt lediglich, *wann* dieses Ereignis zu erwarten ist. Folglich kann hiervon korrespondierend nicht die Frage abhängen, ob eine Befristung überhaupt zulässig ist, sondern nur, welche Befristungslänge angemessen erscheint. Ob die vereinbarte Befristungsdauer indes überhaupt eines sachlichen Grundes bedarf und damit eine derartige Prognose ebenfalls erforderlich ist, kann nur vor dem Hintergrund von Sinn und Zweck der einzelnen Sachgründe beurteilt werden.

(2) Zweck der Sachgründe

Hierbei bietet es sich an, jeweils zwischen dem Telos der Befristungskontrolle im Allgemeinen und den unterschiedlichen Normzwecken der einzelnen Befristungsgründe zu trennen.

Für ersteres ist unter Geltung des Teilzeit- und Befristungsgesetzes anerkannt, dass das Sachgrunderfordernis vorrangig den Zweck verfolgt, einen gerechten Ausgleich zwischen dem Bestandsschutzinteresse von Arbeitneh-

566 Deutlich *Persch*, Kernfragen des Befristungsrechts 2010, S. 224 f.: „eine unbefristete Erprobung macht keinen Sinn“.

mern⁵⁶⁷ (verstanden als Interesse am Abschluss dauerhafter Arbeitsverhältnisse) und der Beendigungsfreiheit⁵⁶⁸ von Arbeitgebern herzustellen.⁵⁶⁹ Da diesen Interessen jeweils Verfassungsrang zugesprochen werden kann⁵⁷⁰, bietet es sich an, die Auswirkungen dieser Interessenkollision auf das Erfordernis einer Prognose zur Sachgrundkonkretisierung auf deduktiver Ebene näher zu diskutieren.⁵⁷¹

Anderes gilt für die isolierte Betrachtung der Normzwecke der einzelnen Katalogtatbestände des § 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG, die insofern bereits eine gesetzgeberische Konkretisierung der bezeichneten Interessenkollision darstellen. Auch in diesem Zusammenhang bestätigt sich die schon anhand des Wortlauts erarbeitete Einordnung der Nr. 1, 3 und 7 als Prognosenormen: Alle drei genannten Sachgründe verfolgen unproblematisch den Zweck der Anpassung der Rechtslage an vorübergehende Zustände, welcher nach dem oben Gesagten einen geradezu klassischen Prognosenormzweck darstellt.⁵⁷² Die Mehrzahl der übrigen Sachgründe verfolgt dagegen Zwecke, die vom Gesetzgeber im Allgemeinen als billigenswert angesehen werden und die somit scheinbar unabhängig von einem Zeitelement in Richtung eines Übergewichts des Flexibilisierungsinteresses des Arbeitgebers über das Bestandsschutzinteresse des Arbeitnehmers deuten. Teilweise wird daher davon ausgegangen, dass Prognosen in diesem Zusammenhang allen-

567 Teilweise wird bezweifelt, dass bei der (erstmaligen) Befristung von Arbeitsverträgen ein über den Ausschluss der ordentlichen Kündigung im befristeten Arbeitsverhältnis (§ 15 Abs. 3 TzBfG) hinausgehendes aner kennenswertes Bestandsschutzinteresse auf Arbeitnehmerseite besteht, vgl. *Weber*, SAE 1985, 67, 70; allerdings berücksichtigt diese Ansicht nicht, dass in diesem Zusammenhang nicht ein individuelles Bestandsinteresse des konkreten Arbeitnehmers in Rede steht, sondern vielmehr ein übergeordnetes Interesse am sozialpolitisch erwünschten Dauerarbeitsverhältnis (vgl. BT-Drs. 14/4374, 12) anerkannt wird.

568 *Boemke*, NZA 1993, 532, 538 f.; *Persch*, Kernfragen des Befristungsrechts 2010, S. 57; teilweise wird die Wahl zwischen befristetem und unbefristetem Arbeitsverhältnis auch der Inhaltsfreiheit zugerechnet, vgl. *Weber*, SAE 1985, 67, 70, in der Sache ergeben sich dadurch jedoch keine Unterschiede, da Inhalts- und Beendigungsfreiheit jeweils Teilgrundsätze der verfassungsrechtlich geschützten Privatautonomie darstellen.

569 *Persch*, Kernfragen des Befristungsrechts 2010, S. 63 f.; *Oetker*, Dauerschuldverhältnis 1994, S. 492.

570 Ausführlich *Persch*, Kernfragen des Befristungsrechts 2010, S. 56 ff.; vgl. auch BVerfG 06.07.2010 – 2 BvR 2661/06, NZA 2010, 995, 996 – *Honeywell*.

571 Siehe unten C. II. 3. a) cc) (3).

572 Siehe oben B. II. 2. c) bb).

falls eine untergeordnete Bedeutung zukomme.⁵⁷³ Wie angedeutet wäre einer derartigen Argumentation jedenfalls dann zuzustimmen, wenn dem potenziellen Zeitpunkt der Zweckerreichung keinerlei Bedeutung für die Zulässigkeit der Befristung zukäme. Führt man sich vor Augen, dass das BAG in ständiger Rechtsprechung seit dem insoweit wegweisenden Urteil vom 26. August 1988⁵⁷⁴ davon ausgeht, die Befristungsdauer selbst bedürfe nicht der Rechtfertigung durch einen sachlichen Grund⁵⁷⁵, könnte man in der Tat bei unbefangenen Blick zu dem Ergebnis gelangen, die wahrscheinliche zukünftige Entwicklung des fraglichen Arbeitsverhältnisses sei für die Zulässigkeit solcher Zweckbefristungen vollkommen belanglos. Verlangt man im Zeitpunkt der Befristungsabrede jedoch zusätzlich, dass die Befristungsdauer in einem angemessenen Verhältnis zum wahrscheinlichen (*Wahrscheinlichkeitsmaß*) Zeitpunkt der Zweckerreichung (*Prognoseereignis*) steht⁵⁷⁶, so kann auch dies nur aufgrund einer Prognose auf Basis vorhandener Erkenntnisse und Erfahrungssätze (*Prognosegrundlage*) beurteilt werden.⁵⁷⁷ Die Frage, ob auch die Befristungsdauer zumindest in Grenzen einer sachlichen Rechtfertigung bedarf, stellt nach alledem eine der Kernfragen zur Bestimmung der Reichweite von Prognosen im arbeitsrechtlichen Befristungsrecht dar.

Für die weitgehende Entkopplung von Sachgrunderfordernis und Befristungsdauer ließe sich dabei zunächst der Wortlaut des § 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG anführen, der zumindest explizit keine Hinweise auf einen besonderen Rechtfertigungsbedarf der Befristungsdauer enthält.⁵⁷⁸ Besonders gewichtig erscheint zudem der Verweis auf die unternehmerische Entscheidungsfreiheit: Überlasse das Recht einem Arbeitgeber schon dem Grunde nach die

573 Loth, Prognoseprinzip im befristeten Arbeitsverhältnis 2015, S. 148 („in vielen Fällen nicht erforderlich, nicht möglich oder nicht sinnvoll“).

574 BAG 26.08.1988 – 7 AZR 101/88, AP Nr. 124 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

575 St. Rspr. vgl. BAG 21.02.2001 – 7 AZR 200/00, AP Nr. 226 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; BAG 13.10.2004 – 7 AZR 654/03, AP Nr. 13 zu § 14 TzBfG; BAG 21.01.2009 – 7 AZR 630/07, AP Nr. 57 zu § 14 TzBfG; dem zustimmend die h. Lit. Meinel, in: Meinel/Heyn/Herms (Hrsg.), Teilzeit- und Befristungsgesetz 2015, § 14 TzBfG Rn. 35; ErfK/Müller-Glöge, § 14 TzBfG Rn. 19; MüKo-BGB/Hesse, § 14 TzBfG Rn. 16; Laux/Schlachter/Schlachter, § 14 TzBfG Rn. 13.

576 So vor allem APS/Backhaus, § 14 TzBfG Rn. 52 („enge Orientierung“).

577 Im Ergebnis ebenso MúHdb-ArbR/Wank, § 103 Rn. 139.

578 So auch Laux/Schlachter/Schlachter, § 14 TzBfG Rn. 13 sowie Loth, Prognoseprinzip im befristeten Arbeitsverhältnis 2015, S. 215, die im Ergebnis allerdings von einer weitgehende zeitliche Kongruenz von Befristungsdauer und Befristungsgrund ausgeht.

Wahl, überhaupt einen befristeten Arbeitsvertrag abzuschließen, so müsse dieser erst recht entscheiden können, welchen Zeitraum er durch Einsatz eines befristet beschäftigten Arbeitnehmers überbücken wolle.⁵⁷⁹ Dieses Argument mag in Bezug auf Vertretungskonstellationen – anhand derer es freilich von der Rechtsprechung entwickelt wurde – sowie hinsichtlich der Befristungsgründe der Nummern 1 und 7 einer gewissen Berechtigung nicht entbehren, auf die übrigen Sachgründe erscheint es indes nur schwerlich übertragbar.

Die Gegenansicht, die für das Erfordernis einer sachlichen Rechtfertigung auch in Bezug auf die Befristungsdauer streitet, beruft sich zuvorderst auf den Zweck des befristungsrechtlichen Sachgrunderfordernisses an sich. Dieser liege insbesondere unter Beachtung der europarechtlichen Vorgaben in der Vermeidung des Missbrauchs von Befristungsvereinbarungen und der damit einhergehenden Verhinderung einer Prekarisierung von Beschäftigungsverhältnissen.⁵⁸⁰ Ebenso verlangten die grundrechtlichen Bestandschutzanforderungen nach einer umfassenden und streng sachgrundorientierten Angemessenheitskontrolle⁵⁸¹, während ein über die grundsätzliche Möglichkeit zum Abschluss befristeter Arbeitsverhältnisse hinausgehendes Flexibilisierungsinteresse der Arbeitgeberseite nicht anzuerkennen sei.⁵⁸²

Diese Zweckerwägungen weisen einen zutreffenden Kern auf und lassen sich gar für einzelne Sachgründe näher präzisieren⁵⁸³: So verfolgt § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TzBfG lediglich einen Überbrückungszweck, der bei allzu langer (aber auch bei unzureichend kurzer) Befristungsdauer ersichtlich nicht mehr zum Tragen kommen könnte.⁵⁸⁴ Ähnlich verhält es sich mit dem Sachgrund der Erprobung (Nr. 5), mit dem der Gesetzgeber dem berechtigten arbeitgeberseitigen Interesse an einer Eignungsprüfung des

579 St. Rspr. vgl. nur BAG 25.03.2009 – 7 AZR 34/08, NZA 2010, 34, 37; BAG 21.02.2001 – 7 AZR 200/00, AP Nr. 226 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; BAG 22.II.1995 – 7 AZR 252/95, AP Nr. 178 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

580 APS/Backhaus, § 14 TzBfG Rn. 52; für § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 TzBfG ebenso Preis/Greiner, RdA 2010, 148, 157.

581 APS/Backhaus, § 14 TzBfG Rn. 52; Loth, Prognoseprinzip im befristeten Arbeitsverhältnis 2015, S. 342; ähnlich in der Begründung wohl Persch, Kernfragen des Befristungsrechts 2010, S. 283 f., der allerdings in in diesem Zusammenhang kaum nachzuvollziehender Weise auf die Dauer der *bisherigen* Betriebszugehörigkeit abstellt.

582 Loth, Prognoseprinzip im befristeten Arbeitsverhältnis 2015, S. 215 f.

583 Ähnlich zum Folgenden auch Boemke/Jäger, RdA 2017, 20, 24.

584 APS/Backhaus, § 14 TzBfG Rn. 128; Boemke/Jäger, RdA 2017, 20, 24; KR/Lipke, § 14 TzBfG Rn. 124.

betreffenden Arbeitnehmers Rechnung trägt. Auch dieser Zweck stützt eine Befristung erkennbar nur für einen limitierten Zeitraum, sodass hier ebenfalls von einer sachgrundspezifisch begrenzten Befristungsdauer auszugehen ist.⁵⁸⁵ Auf die unter Nr. 4 zu subsumierenden Verschleißtatbestände lassen sich diese Ausführungen nach überzeugender Ansicht ebenfalls sinn gemäß übertragen.⁵⁸⁶ Allerdings sind auch befristungsrechtliche Rechtfertigungstatbestände anerkannt, bei denen eine derartige Zeitkongruenz nicht schon im Zweck des entsprechenden Sachgrundes angelegt ist. Dies gilt namentlich für die unter Nr. 6 zu subsumierende Befristung auf Wunsch des Arbeitnehmers⁵⁸⁷ und aufgrund eines gerichtlichen Vergleichs (Nr. 8)⁵⁸⁸, bei denen der Zweck jeweils nicht nur temporären Charakter aufweist.

Freilich bleibt darauf hinzuweisen, dass die sachlichen Unterschiede zwischen den zuvor referierten Ansichten im Ergebnis nur von vergleichsweise geringem Gewicht sind.⁵⁸⁹ Während nämlich auch diejenigen, die einen sachlichen Grund eigens für die Befristungsdauer verlangen, überwiegend nicht auf einem absoluten zeitlichen Gleichlauf von Befristung und Sachgrund bestehen⁵⁹⁰, verzichten auf der anderen Seite auch die Kritiker eines solchen Sachgrunderfordernisses keineswegs vollständig auf eine Prognose hinsichtlich des Zeitpunktes der Zweckerreichung. So müsse sich die Be-

585 So auch KR/Lipke, § 14 TzBfG Rn. 124.

586 Persch, Kernfragen des Befristungsrechts 2010, S. 225; für Profisportler ebenso Boemke/Jäger, RdA 2017, 20, 25; a. A. Loth, Prognoseprinzip im befristeten Arbeitsverhältnis 2015, S. 147 („nicht zwingend erforderlich“); Oberthür, DB 2001, 2246, 2249.

587 Oberthür, DB 2001, 2246, 2248; a. A. allerdings Persch, Kernfragen des Befristungsrechts 2010, S. 224, der feststellt, dass sich der Wunsch des Arbeitnehmers auf die Prognose des künftigen Wegfalls seiner Beschäftigungsnachfrage bezieht. Das mag zwar zutreffen, doch handelt es sich bei einer derartigen Prognose lediglich um ein unbeachtliches inneres Motiv des Arbeitnehmers, das vom Arbeitgeber ohnehin nicht überprüft werden kann, vgl. zu letzterem auch Oberthür, DB 2001, 2246, 2248.

588 Loth, Prognoseprinzip im befristeten Arbeitsverhältnis 2015, S. 148; a. A. wiederum Persch, Kernfragen des Befristungsrechts 2010, S. 225 f., der postuliert, ein derartiger Vergleich werde „mit der Prognose geschlossen, dass das Arbeitsverhältnis zu einem in der Zukunft liegenden Zeitpunkt enden soll“. Zum einen ist jedoch die zukünftige Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht Voraussetzung sondern Rechtsfolge einer wirksamen Befristung, zum anderen weist eine zum Befristungszeitpunkt bestehende subjektive Wunschvorstellung noch keinen Prognosecharakter auf.

589 Ebenso Persch, Kernfragen des Befristungsrechts 2010, S. 284; ähnlich MüHdb-ArbR/Wank, § 103 Rn. 139 („In der Sache dürfte sich aber wenig geändert haben“).

590 Persch, Kernfragen des Befristungsrechts 2010, S. 285.

fristungsdauer nach der Rechtsprechung⁵⁹¹ (der die herrschende Literatur insoweit folgt⁵⁹²) zumindest am Sachgrund der Befristung orientieren und derart mit ihm in Einklang stehen, dass sie nicht gegen dessen Vorliegen spreche. Etwaige Mängel der Prognose hinsichtlich der Befristungsdauer führten so nur dann zur Unwirksamkeit der vereinbarten Befristung, wenn sie auf den Sachgrund der Befristung selbst durchschlugen. Dies sei vor allem dann anzunehmen, wenn die gewählte Befristungsdauer über den Zeitpunkt der prognostizierten Zweckerreichung deutlich hinausgehe und der in Rede stehende Sachgrund sich daher nur als „vorgeschoben“ erweise.

Auch auf diesem Wege lässt sich daher eine hinreichende Verbindung zwischen Befristungsdauer und Befristungsgrund herleiten⁵⁹³, die eine Prognose über den Zeitpunkt der zukünftigen Zweckerreichung erforderlich macht. Für die hier zu beantwortende Frage nach der Reichweite des Prognoseerfordernisses lässt sich daher festhalten, dass Prognosen nach telosorientierter Normanalyse bei der Konkretisierung einer Vielzahl gesetzlicher Befristungsgründe eine gewichtige Rolle spielen.

Fasst man nach alledem die aus der dezidierten Analyse des § 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG gewonnenen Erkenntnisse zusammen, so kann die Abhängigkeit der Sachgrundkonkretisierung von Prognosen durchaus mit Recht als leitender Gedanke des arbeitsrechtlichen Befristungsrechts bezeichnet werden, sodass bereits aus diesem Grunde hinreichende Anknüpfungspunkte zur Feststellung eines Prognoseprinzips in diesem Rechtsbereich festzustellen sind. Zuletzt soll der Blick jedoch auch hier gerichtet werden auf mögliche deduktive Argumente zur Herleitung eines derartigen Rechtsprinzips.

591 Auch für die nachfolgenden Erläuterungen BAG 26.08.1988 – 7 AZR 101/88, AP Nr. 124 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; BAG 15.03.1989 – 7 AZR 264/88, AP Nr. 126 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; BAG 31.08.1994 – 7 AZR 983/93, AP Nr. 163 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; BAG 22.11.1995 – 7 AZR 252/95, AP Nr. 178 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; BAG 13.10.2004 – 7 AZR 654/03, AP Nr. 13 zu § 14 TzBfG; BAG 21.01.2009 – 7 AZR 630/07, AP Nr. 57 zu § 14 TzBfG; BAG 14.12.2016 – 7 AZR 688/14, AP Nr. 148 zu § 14 TzBfG.

592 Vgl. nur ErfK/Müller-Glöge, § 14 TzBfG Rn. 19; KR/Lipke, § 14 TzBfG Rn. 121; Laux/Schlachter/Schlachter, § 14 TzBfG Rn. 13; Dörner, Der befristete Arbeitsvertrag, 2. Aufl. 2011, Rn. 152 ff.; Meinel, in: Meinel/Heyn/Herms (Hrsg.), Teilzeit- und Befristungsgesetz 2015, § 14 TzBfG Rn. 35; Hönn, SAE 1990, 141 ff.; MüKo-BGB/Hesse, § 14 TzBfG Rn. 16.

593 Ähnlich Persch, Kernfragen des Befristungsrechts 2010, S. 284.

(3) Deduktive Argumente

Lenkt man den Blick dabei auf höherrangige Rechtsprinzipien, so bleibt zunächst wie schon angedeutet festzuhalten, dass die arbeitsrechtliche Befristungskontrolle im Kern dem Ausgleich von Vertragsbeendigungsfreiheit als Ausprägung der grundrechtlich geschützten Privatautonomie (speziell im Arbeitsrecht Art. 12 Abs. 1 GG) sowie von legitimen Flexibilisierungsinteressen der Arbeitgeber (Art. 12 Abs. 1 GG) auf der einen und einem ebenfalls als Ausfluss der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und des Sozialstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG) verfassungsrechtlich geschützten Bestandsschutzinteresses der Arbeitnehmer auf der anderen Seite dient.⁵⁹⁴ So war es auch keinesfalls fernliegend, dass das BAG vor Inkrafttreten des TzBfG zwischenzeitlich dazu tendierte, das Erfordernis eines sachlichen Befristungsgrundes im Ergebnis aus einer Abwägung der unterschiedlichen Grundrechtspositionen unter besonderer Berücksichtigung des Sozialstaatsprinzips mittels praktischer Konkordanz zu generieren⁵⁹⁵, bevor es letztlich – allerdings ohne die maßgeblichen Wertungen in der Sache aufzugeben – der Theorie der objektiven Gesetzesumgehung den Vorzug einräumte. In der Tat spricht einiges dafür, dass sich ein Mindestmaß an gesetzlichem Bestandsschutz bereits aus den genannten verfassungsrechtlichen Prinzipien herleiten lässt. Selbst wenn man diesen ersten deduktiven Schritt jedoch noch mitzugehen geneigt ist, ist hiermit noch nichts darüber gesagt, ob die so verfassungsrechtlich gebotene Regulierung befristeter Arbeitsverhältnisse aufgrund übergeordneter Prinzipien nur oder zumindest auch durch die Bindung von Befristungsgründen an Prognosen zu erreichen ist. Stellt man in Rechnung, dass dem Gesetzgeber bei der Abwägung unterschiedlicher Grundrechtspositionen ein großer Gestaltungsspielraum verbleibt⁵⁹⁶, so wird man nur schwerlich zu dem weitergehenden deduktiven Schluss kommen können, dass sich ein Prognoseerfordernis unmittelbar aus der Kollision der genannten übergeordneten Verfassungsprinzipien destillieren lässt. Das vom Gesetzgeber in der aktuellen Gesetzesfassung für die Sachgründe verankerte Prognoseprinzip mag daher zwar ein überaus geeignetes Instrument zum Ausgleich der im arbeitsrechtlichen Befristungs-

594 So zuletzt in Bezug auf die Verfassungsmäßigkeit von § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG BVerfG 06.06.2018 – 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14, AP Nr. 170 zu § 14 TzBfG; im Anschluss daran nunmehr auch BAG 23.01.2019 – 7 AZR 733/16, NZA 2019, 700, 702.

595 So BAG 21.10.1954 – 2 AZR 25/53, NJW 1955, 78, 79 f.

596 Statt aller Maunz/Dürig/Walter, Art. 93 GG Rn. 104 f. m. w. N.

recht betroffenen Grundrechtspositionen darstellen, ist aber gleichwohl nicht schon von Verfassungen wegen geboten.

Zuletzt bleibt zu erwägen, ein derartiges Prinzip im Rahmen der Sachgrundkonkretisierung aus der Natur der Sache selbst herzuleiten. Einen derartigen Weg scheinen beispielweise jene zu beschreiten, die zunächst recht pauschal auf „befristungsrechtliche Besonderheiten“ verweisen⁵⁹⁷ oder gar explizit die „vorübergehende Natur der Sache“⁵⁹⁸ in den Blick nehmen. Auch wer für jeden sachlichen Grund verlangt, dass „die als geschuldeter Arbeitsinhalt zu erfüllende Aufgabe ihre zeitliche Begrenzung in sich trägt“⁵⁹⁹ nimmt zumindest implizit auf derartige Argumentationsmuster Bezug. Maßgeblich zur Kontrolle dieser Überlegungen muss letztlich die Frage sein, ob es aus logischen Gründen schlechterdings unmöglich erscheint, befristungsrechtliche Sachgründe ohne Rückgriff auf Prognosen zu konkretisieren. Dass dem nicht so sein kann, lässt sich indes bereits ganz zwanglos daraus ableiten, dass im Rahmen des induktiven Vorgehens mehrere zulässige Befristungsgründe ohne Prognoseakzessorietät herausgearbeitet werden konnten. Aus der Natur der Sache ergeben sich für das Prognoseprinzip im arbeitsrechtlichen Befristungsrecht daher ebenfalls kaum neue Anhaltspunkte.

So vermögen im Ergebnis die angestellten deduktiven Erwägungen die zuvor generierten Erkenntnisse zum Bestehen eines Prognoseprinzips im arbeitsrechtlichen Befristungsrecht zwar zu stützen, weitergehende Schlussfolgerungen insbesondere in Bezug auf eine etwaige verfassungsrechtliche Garantie eines derartigen Prinzips sind jedoch nach alledem nicht angezeigt.

597 Persch, Kernfragen des Befristungsrechts 2010, S. 222; ders., BB 2013, 629; ähnlich auch Loth, Prognoseprinzip im befristeten Arbeitsverhältnis 2015, S. 123 f.; die beiden genannten Autoren stellen dabei jeweils darauf ab, dass bei befristeten Arbeitsverträgen das Vertragsende bereits bei Vertragsschluss zu prognostizieren sei. Eine solche Ausdrucksweise ist jedoch mindestens missverständlich, führt eine zulässige Befristung doch gerade zur wirksamen Festlegung des Vertragsendes, sodass eine diesbezügliche Prognose obsolet ist.

598 So APS/Backhaus, § 14 TzBfG Rn. 38, der allerdings zu Recht relativiert, dass diese vorübergehende Natur der Sache nur „(d)en meisten – wenn auch nicht allen (...) anerkannten Befristungsgründen“ innewohnt.

599 Frohner/Pieper, AuR 1992, 97, 109.

dd) Zwischenergebnis: Prognoseprinzip im arbeitsrechtlichen
Befristungsrecht

Fasst man nunmehr die in diesem Unterabschnitt generierten Erkenntnisse zusammen, so bleibt zuallerst festzuhalten, dass Prognosen funktional der Sachgrundkonkretisierung im Rahmen der arbeitsrechtlichen Befristungskontrolle zugeordnet werden können. Die Wortlaut- und Zweckanalyse der geschriebenen Befristungsgründe des § 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG fördert dabei auch unter besonderer Beachtung der notwendigen Verbindung von Befristungsgrund und Befristungsdauer die Prognoseabhängigkeit einer weit überwiegenden Anzahl von Sachgründen zu Tage, sodass diese durchaus als Leitgedanke des arbeitsrechtlichen Befristungsrechts bezeichnet werden kann. Im Ergebnis kann daher zu Recht von einem Prognoseprinzip in der arbeitsrechtlichen Befristungskontrolle gesprochen werden. Deduktive Erwägungen fundieren zwar ebenfalls diese These, doch lässt sich weder aus übergeordneten Rechtsprinzipien noch aus der Natur der Sache die zwingende Notwendigkeit oder gar die verfassungsmäßige Garantie eines derartigen Prognoseprinzips herleiten.

b) Prognoseprinzip bei der Befristung von Mietverträgen

Die sachgrundgebundene Rechtskontrolle von Befristungsabreden ist jedoch kein rein arbeitsrechtliches Phänomen. Auch im Wohnraummietrecht erfordert eine wirksame Befristung die Rechtfertigung durch einen der (hier gar abschließenden) Sachgründe des § 575 Abs. 1 S. 1 BGB, sodass gewisse Parallelen zur arbeitsrechtlichen Befristungskontrolle wiederum kaum von der Hand zu weisen sind.⁶⁰⁰ In einem zweiten Schritt der induktiven Herleitung eines Prognoseprinzips bei der Befristung vertraglicher Dauerschuldverhältnisse sollen daher nunmehr auch die mietrechtlichen Regelungen in den Blick genommen werden, bevor sodann eine Prüfung der Verallgemeinerungsfähigkeit der im Arbeits- und Mietrecht gewonnenen Erkenntnisse erfolgen kann. In der mietrechtlichen Rechtsdiskussion ist soweit ersichtlich ein Prognoseprinzip in der Befristungskontrolle bis dato jedenfalls noch nicht explizit postuliert worden.

600 Auf diese Parallele weisen beispielsweise auch *Kühn/Stenzel*, NJOZ 2014, 1721 und *Paschke*, Dauerschuldverhältnis der Wohnraummiete 1991, S. 323 f. hin.

aa) Entwicklung der wohnraummietrechtlichen Befristungskontrolle

Ähnlich wie im Arbeitsrecht hielt der historische Gesetzgeber aufgrund der angenommenen Richtigkeitsgewähr privatautonomer Entscheidungen auch im Wohnraummietrecht die Regulierung befristeter Verträge ursprünglich nicht für erforderlich.⁶⁰¹ Auch hier jedoch ließen sich in der Rechtspraxis alsbald Tendenzen zur Umgehung zwingender wohnraummietrechtlicher Kündigungsschutzvorschriften durch den Einsatz befristeter Mietverträge erkennen.⁶⁰² Während im arbeitsrechtlichen Kontext in der Folge zunächst die Rechtsprechung korrigierend tätig wurde und ein Sachgrunderfordernis aus der Theorie der objektiven Gesetzesumgehung herleitete⁶⁰³, waren im Wohnraummietrecht schon früh und fortwährend legislative Regulierungstendenzen erkennbar, die sich in wechselvollen und differenzierten Vorschriften zum Erhalt von Bestandsschutz im Wohnraummietverhältnis manifestierten.⁶⁰⁴ Seit 2001 schließlich ist die Befristung eines Wohnraummietverhältnisses nach § 575 Abs. 1 S. 1 BGB nur noch zulässig, wenn der Vermieter nach Ablauf der Mietzeit die Räume als Wohnung für sich, seine Familienangehörigen oder Angehörige seines Haushalts nutzen will (Nr. 1), in zulässiger Weise die Räume beseitigen oder so wesentlich verändern oder instand setzen will, dass die Maßnahmen durch eine Fortsetzung des Mietverhältnisses erheblich erschwert würden (Nr. 2), oder die Räume an einen zur Dienstleistung Verpflichteten vermieten will (Nr. 3). Die mit der Neuregelung gleichsam erfolgte Abschaffung der Differenzierung von „einfachen“ und „qualifizierten“ Zeitmietverträgen (§ 564c BGB a. F.)⁶⁰⁵ führt nunmehr dazu, dass der wohnraummietrechtlichen Befristungskontrolle ausschließlich eine mit der arbeitsrechtlichen Praxis zumindest strukturell vergleichbare Sachgrundprüfung zugrunde liegt. Nichts gesagt ist damit freilich darüber, ob auch die wohnraummietrechtlichen Befristungsgründe maßgeblich durch eine etwaige Prognoseabhängigkeit geprägt werden.

601 *Paschke*, Dauerschuldverhältnis der Wohnraummiete 1991, S. 323.

602 *Ders.*, Dauerschuldverhältnis der Wohnraummiete 1991, S. 323.

603 Siehe oben C. II. 3. a) aa).

604 Ausführlich dazu *Paschke*, Dauerschuldverhältnis der Wohnraummiete 1991, S. 324 ff.; *Wolter*, Mietrechtlicher Bestandsschutz 1984, S. 328 f.

605 Vgl. nur jurisPK-BGB/Tiedemann, § 575 BGB Rn. 3.

bb) Herleitung des Prognoseerfordernisses

Um dies festzustellen, ist es vielmehr auch hier notwendig, die konkreten Vorschriften nach bewährtem Verfahren⁶⁰⁶ auf ihre Prognosenormeigenschaft hin zu untersuchen. Ebenso wie im Arbeitsrecht, kann auch ein im Wohnraummietrecht zu untersuchendes Prognoseprinzip funktional der Sachgrundkonkretisierung zugeordnet werden.

(1) Wortlaut

Nimmt man dabei zunächst den Wortlaut des § 575 Abs. 1 S. 1 BGB in den Blick, so deutet zunächst die Formulierung „nach Ablauf der Mietzeit“ auf ein zukunftsgerichtetes Konditionalprogramm der Regelung hin. Hieraus könnte dann ganz zwanglos auf die Prognoseabhängigkeit aller Sachgründe geschlossen werden, wenn beispielsweise ein am Befristungsende bestehendes (objektives) Interesse des Vermieters zum Bezugspunkt der Prüfung gemacht würde. Knüpfte die Regelung als Kehrseite von § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB⁶⁰⁷ an einen nach Ablauf der Mietzeit bestehenden Eigenbedarf des Vermieters an, so bestünden aufgrund des Wortlauts des Eingangssatzes kaum Zweifel, dass ein derartiger Bedarf bereits bei Vertragsschluss prognostiziert werden müsste. Stattdessen soll es nach dem insoweit eindeutigen Gesetzeswortlaut jedoch darauf ankommen, ob der Vermieter die Mietsache nach Ablauf der Mietzeit in näher konkretisierter Weise nutzen *will*, sodass das Gesetz für alle Sachgründe maßgeblich auf eine subjektive Vorstellung des Vermieters abstellt.⁶⁰⁸ Nun spricht nicht schon allein dieser Verweis auf ein subjektives Element gegen die prinzipielle Möglichkeit einer Prognoseabhängigkeit der fraglichen Vorschriften, handelt es sich doch auch bei subjektiven Absichten um zukünftige ungewisse Ereignisse (*Prognoseereignis*), die – wenn auch zweifellos nur mit erheblichen Schwierigkeiten – mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit (*Wahrscheinlichkeitsmaß*) auf Basis vorhandener Erkenntnisse und Erfahrungssätze (*Prognosegrundlage*) vorhergesagt werden können. Vielmehr stellt sich die vom Gesetzgeber konkret gewählte Formulierung (Präsens: „*will*“ statt dem

606 Siehe oben B. II. 2. .

607 Dazu schon oben C. II. 1. c) .

608 Allgemeine Meinung vgl. nur MüKo-BGB/Häublein, § 575 BGB Rn. 18; BeckOGK-BGB/Siegmund, § 575 BGB Rn. 14; BeckOK-BGB/Hannappel, § 575 BGB Rn. 9; BeckOK-MietR/Theesfeld, § 575 BGB Rn. 8; Staudinger/Rolfs, § 575 BGB Rn. 18.

ebenfalls möglichen Futur 1: „wollen wird“) in Bezug auf die Prüfung einer Prognoseabhängigkeit der Sachgründe vor diesem Hintergrund als durchaus problematisch dar, erweist sie sich doch bei näherem Hinsehen als mehrdeutig: Gemeint sein kann hiermit zum einen die *aktuelle* (und damit zeitpunktbezogene) Absicht zukünftiger Nutzung, zum anderen auch die *zukünftige* Nutzungsabsicht im Zeitpunkt des Ablaufs der Befristungsdauer – während die erste Auslegungsalternative für eine Prognose auf den ersten Blick kaum Raum zu lassen scheint, kann nach der zweiten die Prognoseabhängigkeit sämtlicher wohnraummietrechtlicher Befristungsgründe ganz zwanglos bejaht werden. Überraschenderweise ist eine dezidierte Auseinandersetzung mit dieser tatbestandlichen Kernfrage in der rechtswissenschaftlichen Literatur bislang ausgeblieben, wobei vielfach nicht einmal deutlich wird, welche Auslegungsvariante die jeweiligen Autoren ihren Ausführungen zu Grunde legen. So entstehende Ungenauigkeiten wären allerdings dann verzeihlich, wenn man (stillschweigend) entweder davon ausginge, der aktuelle (zukunftsbezogene) Nutzungswille sei mit dem Nutzungswillen im Zeitpunkt des Ablaufs der Befristungsdauer stets identisch oder aber umfasse zwangsläufig zumindest auch eine Prognose des zukünftigen Nutzungsbedarfs. Schon die allgemeine Lebenserfahrung zeigt indes, dass sich zum einen auch subjektive Vorstellungen im Zeitverlauf ändern können und dass sich Menschen zum anderen tatsächlich auch ohne Vorausschau in die Zukunft einen (auch zukunftsgerichteten) subjektiven Willen bilden, sodass sich derartige Thesen als jedenfalls unvollständig bzw. ungenau erweisen. Zudem ist jedenfalls die Frage, ob ein aktueller (zukunftsbezogener) Nutzungswille einen zukünftigen Nutzungswillen impliziert, eine Frage des „Wie“, nicht aber des an dieser Stelle zu untersuchenden „Ob“ einer derartigen Prognoseentscheidung. Nach alledem lässt der Wortlaut des § 575 Abs. 1 S. 1 BGB zumindest auch eine Auslegung dahingehend zu, dass ein (zum Zeitpunkt der Befristungsabrede) aktueller, zeitpunktbezogener und damit prognoseunabhängiger Wille zur Nutzung der Mietsache in der Zukunft eine wohnraummietrechtliche Befristung rechtfertigen kann. Daher ist es zur Herleitung eines Prognoseprinzips im wohnraummietrechtlichen Befristungsrecht zwingend erforderlich, sich in Bezug auf die erläuterten Auslegungsalternativen begründet zu positionieren.

(2) Historie/Systematik/Telos

Ergeben sich dabei aus dem Wortlaut der Vorschrift nur unzureichende Anhaltspunkte für die Prognoseabhängigkeit der Sachgründe, erlangen die üb-

rigen Auslegungsmethoden zur zutreffenden Ermittlung des Normgehalts umso größere Bedeutung, sodass auch hier nunmehr dezidiert auf historische, systematische und teleologische Aspekte des § 575 BGB eingegangen werden soll.

Dabei streiten zunächst die Gesetzesmaterialien für eine prognosegebundene Auslegung der Vorschrift, stellt die Gesetzesbegründung doch wörtlich auf die „spätere Verwendungsabsicht“ (nicht: die Absicht späterer Verwendung) ab.⁶⁰⁹ Wenngleich nach hier zu Grunde gelegtem Verständnis zwischen beiden Formulierungen in Bezug auf die Prognoseabhängigkeit der Tatbestände gewichtige Unterschiede bestehen, so bleibt doch zuzugeben, dass im Alltagssprachgebrauch verbreitet eine synonyme Verwendung dieser Begriffskonstruktionen anzutreffen ist. Da der Gesetzgeber auch im Wortlaut der Norm („will“) auf eine Formulierung zurückgreift, die bei grammatikalischer Auslegung sowohl gegenwärtige als auch zukünftige Absichten erfassen kann, kann die zunächst festgestellte Mehrdeutigkeit hier nicht schon allein unter Verweis auf die Gesetzesbegründung aufgelöst werden.

Aus systematischer Sicht liegt es nahe, den Blick auf § 575 Abs. 2 und Abs. 3 BGB schweifen zu lassen, die jeweils den Begriff des Befristungsgrundes wieder aufgreifen und besondere Rechtsfolgen für die Verzögerung (§ 575 Abs. 3 S. 1 BGB) oder den Wegfall des Befristungsgrundes (§ 575 Abs. 3 S. 2 BGB) vorsehen. Diese Vorschriften erscheinen allerdings schon deshalb missglückt, weil sie mit dem Begriff des Befristungsgrundes keine subjektive Absicht, sondern offenkundig die objektive Realisierbarkeit derselben in den Blick nehmen und daher mit dem absichtsorientierten Befristungsgrundbegriff aus Abs. 1 nur schwerlich in Einklang zu bringen sind.⁶¹⁰ Vor dem Hintergrund dieser gesetzgeberischen Ungenauigkeit erscheint es zumindest nicht vollends überzeugend, die Anknüpfung an eine rein punktuell verstandene (zukunftsbezogene) Nutzungsabsicht zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses allein deshalb abzulehnen, weil eine solche im Wortsinne später nicht mehr „entfallen“ kann. Sieht man über all dies hinweg, so ist der Kerngehalt der entsprechenden Vorschriften dahingehend zu verstehen, dass zum Zeitpunkt des Befristungsablaufs der vermieterteitige Verwendungswille weiterhin bestehen und zudem auch (schon bzw. noch) realisierbar sein muss⁶¹¹, wobei der Mieter andernfalls einen

609 BT-Drs. 14/4553, 69.

610 Hierauf weist zutreffend auch Staudinger/Rolfs, § 575 BGB Rn. 69 hin.

611 So auch treffend BeckOK-BGB/Hannappel, § 575 BGB Rn. 20.

Verlängerungsanspruch geltend machen kann. Aus dieser rechtsrelevanten Betrachtung der Situation am Befristungsende⁶¹² könnte nunmehr geschlossen werden, dass der Mieterschutz hiermit ausreichend gesichert und eine mittels Prognose bewirkte vorgegreifende Betrachtung bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses daher verzichtbar ist.⁶¹³ So würde jedoch verkannt, dass Abs. 1 und Abs. 3 in der Rechtspraxis durchaus relevante Unterschiede hinsichtlich der Rechtsfolge aufweisen: Während das Fehlen eines Befristungsgrundes zur Unwirksamkeit der Befristung und so ohne Weiteres zum Entstehen eines unbefristeten Mietverhältnisses führt (Abs. 1 S. 2), gibt Abs. 3 dem (möglicherweise rechtsunkundigen) Mieter lediglich einen nach überwiegender Ansicht fristgebundenen Fortsetzungsanspruch⁶¹⁴, sodass es hinsichtlich des Mieterschutzes einen durchaus gewichtigen Unterschied macht, ob ein Befristungsgrund nie bestand oder aber bloß später weggefallen ist. § 575 Abs. 3 BGB ist daher lediglich die Aussage zu entnehmen, dass die tatsächliche Situation zum Befristungsende von rechtlicher Relevanz ist – ob diese im Sinne einer Prognose *zusätzlich* auch für die Wirksamkeit der Befristung Bedeutung erlangt, ist dadurch jedoch noch nicht beantwortet.

So verbleibt zuletzt die Möglichkeit, den Telos der wohnraummietrechtlichen Befristungskontrolle in den Blick zu nehmen und hieraus weitere Rückschlüsse für eine mögliche Prognoseabhängigkeit der zu betrachtenden Sachgründe zu ziehen. Dieser lässt sich vorrangig dahingehend konkretisieren, dass die Vorschrift einen Ausgleich zwischen den legitimen Flexibilisierungsinteressen des Vermieters und den prospektiven Bestandsschutzinteressen des Mieters bezwecken will⁶¹⁵, wobei dem sozialen Mieterschutz bei der Schaffung dieser Regelungen besonderes Gewicht beigemessen werden sollte.⁶¹⁶ Hieraus lassen sich für die Interpretation der Befristungsgründe zweierlei Rückschlüsse ziehen: Zum einen erscheint ein vermietereitiges Flexibilisierungsinteresse nur dann schützenswert, wenn auch (aufgrund einer so erforderlichen Prognose) von dessen Fortbestand bis zum Befristungsende ausgegangen werden kann. Es liefe dem Zweck

612 MüKo-BGB/Häublein, § 575 BGB Rn. 3 spricht insoweit von „Interessenausgleich bei Prognoseänderung“, wobei mit „Prognoseänderung“ in der Sache schlicht die Situation gemeint ist, bei der das Prognoseereignis tatsächlich nicht eintritt.

613 In diese Richtung wohl Erman-BGB/Lützenkirchen, § 575 BGB Rn. 9.

614 BGH 18.04.2007 – VIII ZR 182/06, NJW 2007, 2177, 2179; Erman-BGB/Lützenkirchen, § 575 BGB Rn. 26; BeckOK-MietR/Theesfeld, § 575 BGB Rn. 4; Schmidt-Futterer/Blank, § 575 BGB Rn. 7.

615 MüKo-BGB/Häublein, § 575 BGB Rn. 1.

616 BeckOK-BGB/Hannappel, § 575 BGB Rn. 3.

des Mieterschutzes evident zuwider, wenn es für eine zulässige Befristung ausreichte, dass der Vermieter unabhängig von allen (vorhersehbaren) Entwicklungen in der Zukunft nur im Zeitpunkt des Vertragsschlusses den Willen zur zukünftigen Nutzung gebildet hat. In der Sache wird dieses Ergebnis auch in Rechtsprechung und Literatur geteilt, wenn jeweils eine „ernsthafte Absicht“⁶¹⁷ des Vermieters verlangt und in diesem Zusammenhang auf eine zumindest nicht ausgeschlossene (zukünftige) Realisierbarkeit des Vorhabens abgestellt wird.⁶¹⁸ Zum anderen legt der Zweck der Vorschrift jedoch auch nahe, dass *allein* ein in Zukunft entstehender und damit zu prognostizierender Nutzungswille nicht zur Wirksamkeit einer Befristungsabrede ausreichen kann, würde andernfalls doch die Gefahr einer Aufzählung von Befristungsgründen „auf Vorrat“ geradezu heraufbeschworen.⁶¹⁹

Daher ist für die Wirksamkeit einer Befristung nach alledem im Ergebnis zu verlangen, dass ein (zukunftsbezogener) Nutzungswille bereits bei Vertragsschluss vorliegt *und* (auch unter Beachtung der zukünftigen Nutzungsmöglichkeit und des Nutzungsbedarfs) prognostiziert werden kann, dass dieser Nutzungswille bis zum Befristungsende fortbesteht.⁶²⁰

617 So statt vieler BGH 18.04.2007 – VIII ZR 182/06, NJW 2007, 2177, 2179; BeckOK-MietR/Theesfeld, § 575 BGB Rn. 8; Schmidt-Futterer/Blank, § 575 BGB Rn. 7.

618 BeckOK-MietR/Theesfeld, § 575 BGB Rn. 10 und Schmidt-Futterer/Blank, § 575 BGB Rn. 10 lehnen eine ernsthafte Absicht jeweils ab, wenn diese auf „ganz und gar unrealistische(n) Vorstellungen“ basiert, wobei hiervon wohl dann gesprochen werden kann, wenn die Vorstellungen des Vermieters von der *prognostizierten* Nutzungsmöglichkeit in außergewöhnlichem Maße abweichen; ähnlich mit freilich sehr geringen Anforderungen an die erforderliche Prognose auch BeckOK-BGB/Hannappel, § 575 BGB Rn. 9.

619 Ähnlich Feuerlein, WuM 2001, 371, 372.

620 Unzutreffend dagegen ders., WuM 2001, 371, der davon ausgeht die Wirksamkeit der Befristung hänge davon ab, dass der Verwendungszweck bei Vertragsende noch bestehe. In der gewählten Formulierung werden jedoch die Voraussetzungen einer wirksamen Befristung mit den Rechtsfolgen des § 575 Abs. 3 BGB in unzulässiger Weise vermenget; in diesem Sinne ebenfalls missverständlich BeckOK-BGB/Hannappel, § 575 BGB Rn. 7, die allerdings in Rn. 19 schließlich klarstellt, dass der Wegfall des Befristungsgrundes lediglich einen Fortsetzungsanspruch nach sich zieht.

cc) Zwischenergebnis: Prognoseprinzip im wohnraummietrechtlichen Befristungsrecht

Die Prognose eines zukünftigen Nutzungswillens ist daher nach zutreffender Auslegung für alle wohnraummietrechtlichen Befristungsgründe zwingende Tatbestandsvoraussetzung⁶²¹, sodass die Prognoseabhängigkeit als leitender Gedanke der befristungsrechtlichen Sachgrundkonkretisierung im Wohnraummietrecht bezeichnet werden kann. Obschon in Bezug auf deduktive Argumente das zum Arbeitsrecht Gesagte⁶²² sinngemäß auch im Mietrecht Geltung beansprucht und daher die zwingende Notwendigkeit oder gar die verfassungsmäßige Garantie⁶²³ eines derartigen Regelungskonzepts nicht anzunehmen ist, erscheint es vor diesem Hintergrund legitim, von einem Prognoseprinzip bei der Befristung von Wohnraummietverhältnissen zu sprechen.

c) Verallgemeinerungsfähigkeit

Ist hiernach nunmehr die Geltung eines Prognoseprinzips bei der Befristung sowohl von Arbeits-, als auch von Wohnraummietverhältnissen nachgewiesen, so stellt sich erneut die Frage, ob sich die gewonnenen Erkenntnisse möglicherweise auf die Gesamtheit aller vertraglichen Dauerschuldverhältnisse übertragen lassen.

Ein solcher induktiver Schluss begegnet indes den gleichen Bedenken, die zuvor schon bei der Ablehnung eines allgemeinen Prognoseprinzips im Recht der ordentlichen Kündigung geäußert wurden: Sowohl die arbeits- als auch die wohnraummietrechtlichen Befristungsvorschriften entspringen dem besonderen Konzept eines auch als Wahrnehmung grundrechtlicher Schutzpflichten zu verstehenden legislativen Bestandsschutzes, sodass die entsprechenden Regelungen als Sondertatbestände einer Verallgemeine-

621 So wohl im Ergebnis auch MüKo-BGB/Häublein, § 575 BGB Rn.18; BeckOGK-BGB/Siegmund, § 575 BGB Rn.11 und 14; Emmerich/Sonnenschein/Haug, § 575 BGB Rn. 9; Staudinger/Rolfs, § 575 BGB Rn. 19; a. A. wohl Erman-BGB/Lützenkirchen, § 575 BGB Rn. 9.

622 Siehe oben C. II. 3. a) cc) (3).

623 Allgemein zur Einordnung des Wohnraummietrechts in die Verfassungsordnung Paschke, Dauerschuldverhältnis der Wohnraummiete 1991, S. 221 ff.

rung jedenfalls nicht ohne Weiteres zugänglich sind.⁶²⁴ Ist für die Befristung eines Dauerschuldverhältnisses nämlich keine gesetzliche Rechtfertigung gefordert und verbleibt es also beim Grundsatz der Befristungsfreiheit als Ausprägung der Vertragsbeendigungsfreiheit, so fehlt auch zwangsläufig jeglicher normative Anknüpfungspunkt für etwaige Prognoseerwägungen. Prognosen dienen im Befristungsrecht ebenso wie im Kündigungsrecht der Sachgrundkonkretisierung – wo ein sachlicher Grund zur Befristung nicht erforderlich ist, ist daher auch für Prognosen schlichtweg kein Raum.

Die in den Blick genommenen Prognosenormen des Arbeits- und Wohnraummietrechts stellen sich somit letztlich als Sondertatbestände innerhalb des Befristungsrechts dar, sodass es vor diesem Hintergrund im Ergebnis nicht gerechtfertigt erscheint, ganz allgemein von einem Prognoseprinzip bei der Befristung vertraglicher Dauerschuldverhältnisse zu sprechen.

Stellt sich ein induktiver Schluss hinsichtlich der Gesamtheit aller Dauerschuldverhältnisse nach alledem als unzulässig dar, so kann ein solcher jedoch auch hier möglicherweise zumindest in Bezug auf eine Teilmenge dieser Verträge erfolgen. Nach dem eben Gesagten bietet sich als größter gemeinsamer Nenner hierfür der Aspekt der Befristungskontrolle als Destillat der Kollision von Vertragsfreiheit und besonderem (sozialen) Bestandsschutz an. Zumindest im Hinblick auf die Bindung sachlicher Befristungsgründe an Prognosen⁶²⁵ sind die Gemeinsamkeiten der behandelten Regelungsgebiete hier unverkennbar, sodass es durchaus legitim erscheint, zumindest von einem Prognoseprinzip bei der sachgrundgebundenen Befristung vertraglicher Dauerschuldverhältnisse zu sprechen.

d) Zwischenergebnis: Prognoseprinzip bei der sachgrundgebundenen Befristung von Dauerschuldverhältnissen

Ein Prognoseprinzip liegt somit sowohl der arbeitsrechtlichen als auch der wohnraummietrechtlichen Befristungskontrolle zugrunde. Da eben jenen Rechtsgebieten jedoch unter anderem in Gestalt der Bindung von Befris-

624 Vgl. dazu die Ausführungen oben C. II. 1. e) bb) (1) und die Nachweise insbesondere in Fn. 453.

625 Diese Einschränkung ist notwendig, weil auch die Kategorie von Schuldverhältnissen mit sozialer Schutzwirkung bei einer Gesamtbetrachtung sehr heterogenen Regelungen unterliegt, vgl. *Horn*, Gutachten Bd. I 1981, S. 551, 627 unter Verweis auch auf die Arbeit von *Stebut*, Der soziale Schutz als Regelungsproblem des Vertragsrechts 1982.

tungen an sachliche Gründe ein besonderes Konzept legislativen Bestandschutzes zugrunde liegt, kann hieraus im Ergebnis nicht geschlossen werden, dass die Prognoseabhängigkeit einen allgemeinen Leitgedanken bei der Befristung aller Dauerschuldverhältnisse darstellt. Prognosen werden daher nur dort relevant, wo der Gesetzgeber Befristungen zur Schaffung eines Ausgleichs von Vertragsbeendigungsfreiheit und Bestandsschutz einer sachgrundgebundenen Befristungskontrolle unterzieht – in ebendiesen Fällen kann jedoch *de lege lata* auch übergreifend von einem Prognoseprinzip gesprochen werden.

4. Möglichkeiten der Generalisierung

Die vorangegangenen Ausführungen zum Kündigungs-, Anpassungs-, und Befristungsrecht haben bereits verdeutlicht, dass Prognosen im Recht der vertraglichen Dauerschuldverhältnisse in ganz unterschiedlichen Regelungskonstellationen prinzipielle Bedeutung erlangen. Entsprechend dem Konzept zur induktiven Herleitung von Rechtsprinzipien mag dies bei flüchtigem Blick dazu verleiten, dem Recht der vertraglichen Dauerschuldverhältnisse eine derart weitreichende Prognoseakzessorietät zuzuerkennen, dass die Redeweise von einem allgemeinen Prognoseprinzip im vertraglichen Dauerschuldverhältnis ohne Weiteres berechtigt erscheint. Allerdings darf in diesem Zusammenhang keineswegs übersehen werden, dass die Herleitung eines Prognoseprinzips in den unterschiedlichen Regelungskonstellationen zum Teil mit erheblichem Einschränkung-, und Präzisierungsbedarf verbunden war. Zwar wurde herausgearbeitet, dass das Recht der außerordentlichen Kündigung und der gesetzestützten Anpassung von Dauerschuldverhältnissen ganz allgemein durch Prognosenormen geprägt ist – die Existenz eines Prognoseprinzips im Kündigungs- und im Befristungsrecht konnte unter Berücksichtigung arbeits- und wohnraummietrechtlicher Besonderheiten dagegen lediglich mit Blick auf die Sachgrundkonkretisierung im Rahmen einer materiellen Kündigungs- bzw. Befristungskontrolle anerkannt werden. Die hierdurch eingeführten Differenzierungen müssen sich zwangsläufig auch auf der nunmehr zu betrachtenden allgemeineren Ebene widerspiegeln, soll an dieser Stelle nicht unangemessen weitreichenden und letztlich unsachgemäßen Verallgemeinerungen Vorschub geleistet werden. Es lohnt daher zu untersuchen, ob sich die unterschiedlichen Anwendungsfelder von Prognosen im Kontext vertraglicher Dauerschuldverhältnisse nicht auch unter Berücksichtigung der im Einzelnen anerkannten Einschränkungen auf einen „gemeinsamen

dogmatischen Nenner“ bringen lassen, der auch ohne das Postulat eines einschränkungslosen Prognoseprinzips im vertraglichen Dauerschuldverhältnis einen wissenschaftlichen und praktischen Mehrwert vermittelt und so auch die Anwendung einheitlicher Leitlinien zur Lösung der jeweils entstehenden Prognoseprobleme gestattet. Zu diesem Zwecke ist zu fragen, ob den genannten Anwendungskonstellationen für Prognosen möglicherweise vergleichbare Interessenkonflikte zugrunde liegen, sodass die Existenz von Prognosenormen systematisch mit dem Auftreten einheitlicher Regelungskonflikte verknüpft werden könnte.

Wiederholt wurde diesbezüglich darauf hingewiesen, dass privatrechtliche Prognosen gerade dann besonders virulent werden, wenn der Gesetzgeber einen angemessenen Ausgleich von Vertragsänderungs- oder Beendigungsfreiheit und gewährtem Bestandsschutz im Dauerschuldverhältnis zu verwirklichen sucht, indem er Gestaltungsfaktoren an das Vorliegen eines sachlichen Grundes knüpft und so gleichsam eine materielle Kündigungs-, Änderungs- oder Befristungskontrolle implementiert. Dies rührt daher, dass gesetzlicher Bestandsschutz im Dauerschuldverhältnis anders als bei bloß einmaligem Leistungsaustausch stets nur in einem *zeitraumbezogenen* Sinne verstanden werden kann und so notwendigerweise auch eine zukunftsgerichtete Komponente beinhaltet. Diesen zukunftsgerichteten Bestandsschutz lässt das Gesetz sodann regelmäßig nur dann und auch nur insoweit zurücktreten, wie eine (fortdauernde/unveränderte/unbefristete) Vertragsdurchführung in Zukunft störungsbelastet sein wird.⁶²⁶ Sowohl die Einräumung als auch die Voraussetzungen zur Durchbrechung gesetzlichen Bestandsschutzes lassen sich dabei häufig⁶²⁷ ein und derselben Norm entnehmen, Prognosen erlangen ihre Relevanz jedoch lediglich im Rahmen der entsprechenden Bestandsschutzbeschränkung. Soweit der Bestand eines Vertragsverhältnisses dagegen nicht in zukunftsgerichteter Weise geschützt ist, kann auch eine Stabilitätsprognose hinsichtlich der störungsfreien Vertragsdurchführung nicht verlangt werden. Besonders deutlich tritt diese Bestandsschutzakzessorietät des Prognoseprinzips dabei im Kündigungsrecht hervor: Im nicht gesondert regulierten Dauerschuldver-

626 Weitgehend deckungsgleicher Zweck der sodann zugelassenen Regelungsinstrumente ist demnach auch die Störungs- und Konfliktvorbeugung – ein typischer Prognosenormzweck, vgl. oben B. II. 2. c) aa).

627 Beispiele hierfür sind § 1 KSchG oder § 14 TzBfG, während § 314 BGB selber keinen Bestandsschutz implementiert, sondern nur die Voraussetzungen zur Durchbrechung des durch die Existenz von Kündigungsfristen gewährten Bestandsschutzes regelt.

hältnis besteht zeitraumbezogener Bestandsschutz regelmäßig nur bis zum Ablauf der gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfrist, sodass eine über diesen Zeitpunkt hinausgehende Prognose hinsichtlich der zukünftigen Vertragsbeziehungen nicht verlangt werden kann. Möchte die kündigungswillige Vertragspartei jedoch auch den so vermittelten Bestandsschutz überwinden, so muss sie im Rahmen einer außerordentlichen Kündigung vorbringen, dass gerade für diesen überschaubaren zukünftigen Zeitraum zwischen Kündigungserklärung und Ablauf einer Kündigungsfrist die unzumutbare Belastung der Vertragsbeziehung droht, sodass hier gar das Erfordernis zeitlicher Kongruenz zwischen zukunftsgerichtetem Bestandsschutz und Bezugszeitraum der Negativprognose besteht. Handelt es sich demgegenüber um ein Dauerschuldverhältnis mit besonderer materieller Kündigungskontrolle und hat der Gesetzgeber dem Grundsatz „*pacta sunt servanda*“ demnach eine über den Ablauf der Kündigungsfrist hinausweisende Zukunftsdimension zugewiesen, so sind zur Feststellung eines Überwiegens der Beendigungsinteressen des Kündigungsinteressenten auch die maßgeblichen Kündigungsgründe weiterreichend zukunftsbezogen zu interpretieren. Ähnlich verhält es sich im Befristungsrecht, wo mit dem Begriff des Bestandsschutzes nur der generelle Vorrang des unbefristeten vor dem befristeten Vertragsverhältnis umschrieben sein kann. Auch dieser Schutz besteht zukunftsgerichtet und hat wiederum zumeist nur insoweit zurückzutreten, wie ein ebenfalls zeitraumbezogener (vorübergehender) Befristungsgrund zur Rechtfertigung bereitsteht. Belässt es der Gesetzgeber dagegen bei dem Grundsatz der Befristungsfreiheit als Ausprägung der Vertragsbeendigungsfreiheit, besteht diesbezüglich auch kein prospektiver Bestandsschutz und etwaige Prognosen können unterbleiben. Im Recht der Vertragsanpassung zuletzt soll der Begriff des Bestandsschutzes für hiesige Zwecke im Sinne eines Vertragsinhaltsschutzes verstanden werden, der schon bei klassischer Interpretation des Grundsatzes „*pacta sunt servanda*“ zeitlich bis zur – zukünftigen – Beendigung des Dauerschuldverhältnisses fortwirkt und daher regelmäßig auch nur durch zukunftsgerichtete und damit prognoseakzessorische Gründe durchbrochen werden darf. Summa summarum erfordert der Eingriff in prospektiven Bestandsschutz im Dauerschuldverhältnis daher prinzipiell auch eine zukunftsgerichtete Rechtfertigung, sodass das Prognoseprinzip im vertraglichen Dauerschuldverhältnis letztlich eine besondere Bestandsschutzakzessorietät aufweist.

Als zweites großes Anwendungsfeld von Prognosen im Dauerschuldverhältnis kann zuletzt die Störungs- und Konfliktvorbeugung angesehen werden, ist doch im Zuge der verschiedenen Regelungskonstellationen regel-

mäßig anerkannt worden, dass Beendigungen und Anpassungen von Dauerschuldverhältnissen trotz grundsätzlicher Einräumung eines zukunftsgerichteten Bestandsschutzes ausnahmsweise auch schon im Hinblick auf bloß drohende Störungen oder Konfliktlagen zulässig sein können. Diese Feststellung entsprang dabei freilich keiner gerade für Dauerschuldverhältnisse typischen Interessenlage, sondern dem allgemeinen Rechtsgedanken, dass keiner Partei das Abwarten einer vorhersehbaren Störung zuzumuten ist. Auch im Dauerschuldverhältnis beansprucht dieser Grundsatz jedoch Geltung zur Konkretisierung der materiellen Kündigungs-, Anpassungs- und Befristungskontrolle, sodass Prognosen nunmehr in der Ausprägung von Veränderungsprognosen auch in diesem Zusammenhang besondere Bedeutung erlangen.

5. Ergebnis zu II: Prognoseprinzip im vertraglichen Dauerschuldverhältnis

So lässt sich feststellen, dass Prognosen in Gestalt sowohl von Stabilitäts-, als auch von Veränderungsprognosen nach aktueller gesetzlicher Konzeption eine ganz erhebliche Rolle bei der Konkretisierung bestandsschutzdurchbrechender Vorschriften im Dauerschuldverhältnis einnehmen, die es nach hier vertretener Ansicht erlaubt, unter steter Berücksichtigung der aufgedeckten Einschränkungen des Anwendungsbereichs letztlich auch von einem Prognoseprinzip im vertraglichen Dauerschuldverhältnis zu sprechen. Der nach alledem prognosenormtypische Regelungskonflikt zwischen zukunftsgerichtetem Bestandsschutz auf der einen und Flexibilisierungs- und Beendigungsinteressen auf der anderen Seite, gibt dabei bereits wichtige Anhaltspunkte zur Aufdeckung allgemeiner Leitlinien für den Umgang mit Prognosenormen im Dauerschuldverhältnis vor, sodass sich der zur Untersuchung gewählte Abstraktionsgrad zum Zwecke der Systematisierung bereits zu diesem Zeitpunkt als durchaus fruchtbar erweist.

III. Einordnung des Prognoseprinzips

Bevor allerdings Leitlinien zum Umgang mit bestandsschutzakzessorischen Prognosenormen im vertraglichen Dauerschuldverhältnis erarbeitet werden sollen, ist es hilfreich, sich in gebotener Kürze mit der prinzipientheo-

retischen Einordnung des hergeleiteten Prognoseprinzips im vertraglichen Dauerschuldverhältnis zu beschäftigen.⁶²⁸

Hinsichtlich der graduellen Unterscheidung zwischen formalen und materialen Rechtsprinzipien ist dabei festzuhalten, dass das Prognoseprinzip im vertraglichen Dauerschuldverhältnis vor allem rechtstechnischen Charakter aufweist, indem es die prinzipielle Bedeutung von Prognosen bei der Konkretisierung bestandsschutzdurchbrechender Vorschriften betont und dem Rechtsanwender so ein Mittel zur praktischen Lösung der Interessenkollision von zukunftsgerichtetem Bestandsschutz und Flexibilisierungs- bzw. Beendigungsinteressen vorgibt. Nicht zu leugnen ist jedoch, dass das Prognoseprinzip schon aufgrund bei der Herleitung vorgenommener Wertungen auch durchaus materiale Elemente aufweist. So tritt, rückt man Prognoseentscheidungen insbesondere bei der materiellen Kündigungs- und Anpassungskontrolle in den Vordergrund, zwangsläufig spiegelbildlich die Bedeutung vergangener und gegenwärtiger Sachverhalte zurück. Den entsprechenden bestandsschutzdurchbrechenden Normen wird auf diesem Wege tendenziell eine präventive Funktion beigemessen – sachliche Kündigungs-, Anpassungs- und Befristungsgründe sollen vor allem die Störungs- und Konfliktvorbeugung im Dauerschuldverhältnis in den Blick nehmen. Dies lässt sich wie gezeigt zwar für besonders betrachtete Teilanwendungsgebiete überzeugend herleiten⁶²⁹, beinhaltet aber dennoch zweifelsfrei eine rechtliche Wertung, die im Rahmen der Anwendung des Prognoseprinzips aufgrund des Gebots der Methodenehrlichkeit stets offenzulegen ist.

Dem konkreten Untersuchungsthema ist es sodann geschuldet, dass zuweilen trotz wiederholter Relativierungshinweise⁶³⁰ der Eindruck entstehen mag, Prognoseerfordernisse seien stets als *das* bestimmende Element der Tatbestände bestandsschutzdurchbrechender Normen einzuordnen. Dieser Wahrnehmung soll auch unter Inkaufnahme einer Schmälerung der Bedeutung dieser Arbeit mit Verweis auf den offenen Charakter des hergeleiteten Prognoseprinzips an dieser Stelle erneut vehement widersprochen werden. Das Prognoseprinzip tritt bei der Konkretisierung der von ihm im Grundsatz adressierten Vorschriften jeweils in ein offenes Wechselspiel mit einer Vielzahl anderer Rechtsprinzipien, die es je nach normativer und

628 Zu den Grundlagen siehe oben C. I. 1. .

629 Siehe insbesondere für den Präventivzweck der Arbeitgeberkündigung oben C. II. 1. b) bb) (3) .

630 Immer wieder wurde darauf hingewiesen, dass das Prognoseprinzip nur *eines* unter vielen ist, siehe oben C. II. 1. b) bb) (4) .

tatsächlicher Konstellation ganz verdrängen, einschränken oder ihrerseits konkretisieren können. Als prominentes Beispiel sei an dieser Stelle nur auf das Verschuldensprinzip im Kontext pflichtverletzungsbedingter Kündigungen⁶³¹ hingewiesen, welches trotz der vordergründigen Konkurrenz zum Prognoseprinzip möglicherweise einen Beitrag zur Konkretisierung desselben leisten kann.⁶³² Erst das Zusammenspiel verschiedener Prinzipien und Werte ermöglicht folglich überhaupt die sogleich vorzunehmende Entwicklung von Leitlinien im Umgang mit Prognoseproblemen im Dauerschuldverhältnis.

Das Prognoseprinzip im vertraglichen Dauerschuldverhältnis kann somit im Ergebnis als offenes, vorrangig regulatorisches Rechtsprinzip mit materialen Elementen bezeichnet werden.

631 Vgl. zum Ineinandergreifen von Prognose- und Verschuldensprinzip bei der verhaltensbedingten Arbeitgeberkündigung beispielsweise *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 336 f.

632 Siehe unten D. III. 5. d) ee) .

