Schriften des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht
der Universität zu Köln
Band 139

Marcel Holthusen

Das Prognoseprinzip im vertraglichen Dauerschuldverhältnis

Nomos

C.H.BECK

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

und bis 2021 mitherausgegeben von
Herbert Wiedemann

Band 139

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Marcel Holthusen

Das Prognoseprinzip im vertraglichen Dauerschuldverhältnis

Nomos

C.H.BECK

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

Zugl.: Osnabrück, Univ., Diss., 2022

ISBN 978-3-7560-0547-5 (Print)
ISBN 978-3-7489-3869-9 (ePDF)

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

Onlineversion
Nomos eLibrary

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

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Vorwort

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

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

Osnabrück im Juni 2023 Marcel Holthusen

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung 15

B. Prognosen als Untersuchungsgegenstand 17

I. Prognosen außerhalb des Privatrechts 17
1. Prognosen im allgemeinen Sprachgebrauch 17
2. Prognosen in anderen Wissenschaften 19
a) Begriff und Behandlung von Prognosen in anderen Fachwissenschaften 19
b) Begriff und logische Struktur von Prognosen in der Wissenschaftstheorie 21
3. Prognosen in anderen Rechtsgebieten 23
a) Prognosen im öffentlichen Recht 24
aa) Begriff der Prognose im öffentlichen Recht 24
bb) Prognosen im Staatsrecht: Legislativprognosen 26
cc) Prognosen im Verwaltungsrecht: Exekutivprognosen (Administrativprognosen) 27
b) Prognosen im Strafrecht 30
c) Zuordnung der Prognoseproblematik zum materiellen Recht 32
aa) Unterschiede bei der Feststellung vergangener und zukünftiger Sachverhalte 33
bb) Schwerpunkt der Problematik im materiellen Recht 34

II. Prognosen im Privatrecht 35
1. Begriff der Prognose im Privatrecht 35
a) Ausgangspunkt: Allgemeiner rechtlicher Prognosebegriff 35
b) Terminologie privatrechtlicher Prognosen 36
2. Privatrechtliche Prognosenormen 37
a) Typische privatrechtliche Prognosebegriffe 38
aa) Wahrscheinlichkeit 39
bb) Gefahr/Bedrohung/Besorgnis/Erwartung 39
cc) Erforderlichkeit 41

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b) Bedeutung der Auslegung zur Feststellung von Prognosetatbeständen 42
aa) Wortlaut/Systematik/Historie 42
bb) Zweckorientierte Auslegung 44
c) Typische Prognosenormzwecke im Privatrecht 45
aa) Störungs- und Konfliktvorbeugung 45
(1) Prävention im engeren Sinne/ Gefahrenabwehr 46
(2) Vorsorge 47
bb) Anpassung 47
III. Ziel und Gang der Untersuchung 48
1. Konkretisierung des Untersuchungsgegenstandes 49
a) Prognosenormen ohne Bezug zu vertraglichen Schuldverhältnissen 50
b) Prognosenormen im Kontext vertraglicher Schuldverhältnisse 50
aa) Schuldverhältnisse mit einmaligem Leistungsaustausch 51
bb) Dauerschuldverhältnisse 53
(1) Prognosen bei Vertragsbeendigung 55
(2) Prognosen bei Vertragsdurchführung 56
(3) Prognosen bei Vertragsschluss 57
2. Ziel der Untersuchung: Erarbeitung einer Prognosesystematik der Dauerschuldverhältnisse 59
3. Gang und Methodik der Untersuchung 60

C. Feststellung eines Prognoseprinzips im vertraglichen Dauerschuldverhältnis 61

I. Prinzipienbildung im Recht 61
1. Kategorisierung von Rechtsprinzipien 63
a) Formale (regulative) und materiale Prinzipien 63
b) Offene und rechtssatzförmige Prinzipien 64
2. Methodik der Prinzipienbildung 65
a) Induktive Verfahren 66
b) Deduktive Verfahren 67

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b) Prognoseprinzip bei der Befristung von Mietverträgen 153
aa) Entwicklung der wohnraummietrechtlichen Befristungskontrolle 154
bb) Herleitung des Prognoseerfordernisses 155
(1) Wortlaut 155
(2) Historie/Systematik/Telos 156
cc) Zwischenergebnis: Prognoseprinzip im wohnraummietrechtlichen Befristungsrecht 160
c) Verallgemeinerungsfähigkeit 160
d) Zwischenergebnis: Prognoseprinzip bei der sachgrundgebundenen Befristung von Dauerschuldverhältnissen 161
4. Möglichkeiten der Generalisierung 162
5. Ergebnis zu II: Prognoseprinzip im vertraglichen Dauerschuldverhältnis 165
III. Einordnung des Prognoseprinzips 165

D. Konkretisierung des Prognoseprinzips im vertraglichen Dauerschuldverhältnis 169

I. Methodischer Ausgangspunkt zur Erarbeitung von Prognoseleitlinien 170
1. Ambivalenz tatbestandlicher Unbestimmtheit von Prognosenormen 170
2. Typische Regelungskonflikte bei der Anwendung des Prognoseprinzips 171
3. Unsicherheit als Kernproblem rechtlicher Prognosen 173
II. Begriff der Wahrscheinlichkeit 173
1. Wahrscheinlichkeitsbegriffe außerhalb des Rechts 174
2. Wahrscheinlichkeit als Rechtsbegriff 176
III. Wahrscheinlichkeitsmaßstab 178
1. Wahrscheinlichkeitsmaßstab als tatbestandliche Kernfrage 178
2. Verbalisierung von Wahrscheinlichkeitsaussagen 179
3. Fehlen kohärenter Systematik im Recht der vertraglichen Dauerschuldverhältnisse 180

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

E. Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse in Thesen 309

Literaturverzeichnis 313

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

A. Einführung

Die Zukunft ist unsicher. Schon ein Abgleich der jüngsten Wetterprognose mit einem flüchtigen Blick aus dem Fenster bestätigt nur allzu oft die Binsenweisheit, dass Vorhersagen nicht in jedem Fall eintreffen.[1] Während aber die alltäglichen Auswirkungen von solcherlei Fehlprognosen[2] zumeist noch überschaubar sein werden, können rechtliche Fehlprognosen auch im Privatrecht deutlich gravierendere Konsequenzen nach sich ziehen. Die Entscheidung darüber, ob ein Unternehmen aufgrund einer negativen Fortführungsprognose zu liquidieren (§ 18 AktG), Eltern aufgrund der Prognose einer Kindeswohlgefährdung das Sorgerecht zu entziehen (§ 1666 BGB) oder ein Arbeitgeber aufgrund einer Unzumutbarkeitsprognose zur fristlosen Kündigung eines Arbeitnehmers berechtigt ist (§ 626 Abs. 1 BGB), lässt mitunter schwere Eingriffe in elementare Rechtspositionen der Betroffenen zu und verlangt allein deshalb nach möglichst klaren Entscheidungskriterien zur adäquaten Bewältigung der zweifellos bestehenden Unsicherheiten.

Der Umgang mit Unsicherheiten jedoch bereitet dem gerade auf die Eliminierung ebensolcher bedachten Juristen offenkundig Unbehagen.[3] Dies mag einer der Gründe dafür sein, dass Prognoseproblematiken insbesondere in der privatrechtlichen Rechtsdiskussion bisher eher kursorisch behandelt wurden und einer übergreifenden monografischen Aufarbeitung ermangeln.[4] Dieser Umstand ist deshalb besonders misslich, weil er die mit Prognoseproblemen verbundenen Unsicherheiten in unnötiger Weise potenziert: Ist die jeder Prognoseentscheidung inhärente Unsicherheit um eine zukünftige Entwicklung naturgemäß noch unvermeidlich (und daher vom Rechtsanwender in Grenzen hinzunehmen), so ist Unsicherheit doch

1 So erklärt sich auch zwanglos die gängige Redewendung „Prognosen sind schwierig, besonders wenn sie die Zukunft betreffen", welche in ihrer englischen Variante unter anderem Niels Bohr, George Bernard Shaw, Mark Twain und Winston Churchill, in der deutschen Fassung Bruno Kreisky, Kurt Tucholsky und Karl Valentin zugeschrieben wird, vgl. *Winker*, Empirische Wirtschaftsforschung, 4. Aufl. 2017, S. 289.

2 Man denke etwa an den Verzicht auf wetteradäquate Kleidung.

3 *Kühne*, NJW 1979, 617, 618 f.; *Nell*, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen 1983, S. 15.

4 So zutreffend *Bieder*, in: Kreutz/Renftle/Faber u.a. (Hrsg.), Realitäten des Zivilrechts, Grenzen des Zivilrechts 2012, S. 23, 25; ebenso *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 322: „bisher kaum gewürdigtes Prinzip".

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zumindest dort auf ein Minimum zu reduzieren oder gar gänzlich zu eliminieren, wo dies mit den Mitteln rechtswissenschaftlicher Methodik möglich erscheint. Über die in der Natur der Problematik begründete Unsicherheit hinaus herrscht mangels dezidierter Aufarbeitung jedoch bis dato nicht nur zusätzliche Unsicherheit in Bezug auf die Frage, welche privatrechtlichen Normen überhaupt prognostische Elemente aufweisen, sondern ebenso (und umso mehr) in Bezug auf die sich anschließende Frage, wie privatrechtliche Prognoseprobleme möglicherweise einer kohärenten Lösung zugeführt werden können. Erst diese dreifache Unsicherheit lässt den gerichtlichen Umgang mit Prognoseproblematiken zuweilen als reines Lotteriespiel erscheinen[5] – eine Beobachtung, die schon aufgrund des Postulats der Rechtssicherheit nach einer umfassenden Auseinandersetzung mit Prognoseproblematiken verlangt. Während diese Arbeit daher nicht den Anspruch erheben kann und will, Prognoseentscheidungen jegliche Unsicherheit zu nehmen, soll sie doch einen Beitrag dazu leisten, die beiden letztgenannten Unsicherheitsfaktoren (Anwendungsbereich von Prognosen, Behandlung von Prognosen) für einen ausgewählten Teilbereich privatrechtlicher Rechtsanwendung möglichst weitreichend auszuschalten und somit die „Vorhersehbarkeit von Vorhersagen" zu erhöhen.

5 Exemplarisch zu bestehender Rechtsunsicherheit in Bezug auf Prognosen im arbeitsrechtlichen Kündigungsrecht *Kraft*, ZfA 1994, 463, 475 f.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

B. Prognosen als Untersuchungsgegenstand

Gerade weil eine umfassende übergreifende Bearbeitung der hiesigen Problematik bisher ausgeblieben ist, bietet es sich dabei entgegen einer vereinzelt vertretenen Auffassung[6] aus methodischer Sicht an, den Untersuchungsgegenstand der privatrechtlichen Prognose ausgehend vom allgemeinen und sodann vom wissenschaftlichen Begriffsverständnis aus zu präzisieren und sich bereits zu Beginn der Arbeit freilich in gebotener Kürze vor Augen zu führen, welche Probleme Prognosen in anderen Wissenschafts- und Rechtsgebieten aufwerfen und mit welchen Mitteln diese gelöst werden.[7] Der Vorzug dieser Vorgehensweise liegt darin begründet, dass die beim „Blick über den Tellerrand" gewonnenen Erkenntnisse einerseits Ansatzpunkte für die spezielle privatrechtliche Auseinandersetzung mit Prognosen liefern, andererseits aber potenziell auch schon auf definitorischer Ebene Unterschiede aufzeigen können, die bei der später zu erwägenden Übertragung ebendieser Erkenntnisse auf den Bereich des Privatrechts zwingend zu berücksichtigen sind.

I. Prognosen außerhalb des Privatrechts

1. Prognosen im allgemeinen Sprachgebrauch

Dem allgemeinen Sprachgebrauch kann bei der (rechts-)wissenschaftlichen Begriffsbildung eine wegweisende Rolle als erstem Anhaltspunkt

6 *Gentges*, Prognoseprobleme im Kündigungsschutzrecht 1995, S. 24 befürwortet die eigenständige und offene Bildung eines juristischen Prognosebegriffs und lehnt eine Anknüpfung an einen tradierten alltagssprachlichen und wissenschaftstheoretischen Prognosebegriff von vornherein ausdrücklich ab. Problematisch hieran ist vor allem, dass sich *Gentges* so vorschnell der Möglichkeit beraubt, sich in anderen Disziplinen gewonnene Erkenntnisse zu Nutze zu machen und stattdessen in der Folge gezwungen ist, das „Rad neu zu erfinden". Freilich stimmt die später gefundene rechtliche Prognosedefinition mit den allgemeinen wissenschaftstheoretischen Erkenntnissen so weitgehend überein, dass eine Unterscheidung letztlich obsolet erscheint.

7 Die besondere Eignung von Prognoseproblemen für eine übergreifende Untersuchung erkennt namentlich auch *Nell*, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen 1983, S. 17 an.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zugeschrieben werden.[8] Der Begriff der Prognose wird dabei (auch) in der Laiensphäre in ganz unterschiedlichem Kontext verwendet: Da stellen Wirtschaftsweise Arbeitsmarktprognosen für das nächste Quartal, Meteorologen Wetterprognosen für den nächsten Tag, Mediziner Prognosen über den Heilungsverlauf bei bestimmter Krankheitstherapie oder Meinungsforschungsinstitute 18-Uhr-Prognosen für das Bundestagswahlergebnis an.[9] Als kleinster gemeinsamer Nenner kann bereits aus diesem Sprachgebrauch der Zukunftsbezug der Prognose extrahiert werden. Darüber hinaus ist wohl davon auszugehen, dass bereits ein durchschnittlich verständiger Mensch Prognosen als wissenschaftlich fundierte Voraussagen[10] intuitiv von Spekulationen, Prophezeiungen, Wahrsagungen und bloßem Tippen[11] unterscheidet. So erklärt auch der *Duden* die Prognose als „[wissenschaftlich begründete] Voraussage einer künftigen Entwicklung, künftiger Zustände, des voraussichtlichen Verlaufs (z. B. einer Krankheit)".[12] Eine solche Begriffsbildung kann auch vor dem Hintergrund einer etymologischen Wortanalyse – der Begriff ist entlehnt aus dem Griechischen *prógnōsis*, eigentlich „Vorherwissen"[13] – bestehen. Nicht übersehen werden darf jedoch der wichtige Hinweis, dass der Prognosebegriff seinem Ursprung nach ein fachsprachlicher Begriff war und dies nach sprachwissenschaftlicher Einschätzung auch geblieben ist.[14] Auch mit Blick auf die oben aufgeführten Beispiele eines vermeintlich alltäglichen Begriffsverständnisses (denen allensamt ein wissenschaftlicher Kontext mehr oder weniger gemein ist) erscheint es daher zweifelhaft, ob ein vom wissenschaftlichen Prognosebegriff

8 *Canaris*, Feststellung von Lücken, 2. Aufl. 1983, S. 15.

9 Beispiele angelehnt an Ausführungen in *Brockhaus Enzyklopädie Online*, Prognose, 2021 (https://brockhaus.de/ecs/permalink/DCB3ADC4ED5FBC07D4E8FBFEB72777F4.pdf) (geprüft am 17.07.2021); ob die 18-Uhr-Prognose ihren Namen verdient, kann aus wissenschaftstheoretischer Sicht mit guten Gründen bezweifelt werden, vgl. *Groß*, Prognose von Wahlergebnissen 2010, S. 64.

10 Voraussagen sei hier als Oberbegriff für rationale wie irrationale Äußerungen verstanden, vgl. *Stegmüller*, Erklärung, Voraussage, Retrodiktion, 2. Aufl. 1983, S. 195.

11 Zu dieser Abgrenzung *Becker*, Ordnungsgemäße Prognosebildung auf Basis der GoB 2018, S. 74.

12 *Duden-Online*, Prognose, 2021 (https://www.duden.de/rechtschreibung/Prognose) (geprüft am 17.07.2021), Klammersetzung im Original.

13 Prognose, in: Seebold (Hrsg.), Kluge Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, 25. Aufl. 2011.

14 Dieser Hinweis findet sich sowohl bei *Duden-Online*, Prognose, 2021 (https://www.duden.de/rechtschreibung/Prognose) (geprüft am 17.07.2021), als auch bei Prognose, in: Seebold (Hrsg.), Kluge Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, 25. Aufl. 2011.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

losgelöster allgemeinsprachlicher Prognosebegriff überhaupt anzuerkennen ist. Dies leitet schließlich zu der Erkenntnis, dass der Schluss von einem alltagssprachlichen auf einen wissenschaftlichen Prognosebegriff letztlich zirkulär und daher unzulässig ist[15]; durch die Analyse der alltagssprachlichen Bedeutung ist für die Herleitung eines (rechts-)wissenschaftlichen Prognosebegriffs daher im Ergebnis nichts gewonnen.[16]

2. Prognosen in anderen Wissenschaften

Zielführender erscheinen daher eine zumindest rudimentäre Analyse der umfangreichen spezialwissenschaftlichen und wissenschaftstheoretischen Literatur zum Prognosebegriff und ein Kurzüberblick über verwandte Probleme.[17]

a) Begriff und Behandlung von Prognosen in anderen Fachwissenschaften

In der Medizin – von wo aus der Prognosebegriff Einzug in den wissenschaftlichen und allgemeinen Begriffsfundus hielt[18] – wird unter Prognose die auf der Diagnose (erfasster aktueller Zustand zum Zeitpunkt der Untersuchung) basierende Voraussage über einen künftigen Krankheitsverlauf verstanden.[19] Ebenso definiert auch die Psychologie die Prognose (im engeren Sinne) als Vorhersage unbekannter zukünftiger Ereignisse.[20] Die

15 Dieselbe Prämisse liegt – allerdings beschränkt auf die juristische Begriffsbildung – stillschweigend auch der Erkenntnis von *Canaris*, Feststellung von Lücken, 2. Aufl. 1983, S. 15 zu Grunde, dass der allgemeine Sprachgebrauch bei der Begriffsbildung dann nicht maßgeblich sein kann, wenn es sich bei dem zu bestimmenden Begriff um einen spezifisch juristischen handelt.

16 Insoweit stellt sich der von *Gentges*, Prognoseprobleme im Kündigungsschutzrecht 1995, S. 24 geforderte Verzicht auf die alltagssprachliche Analyse im Nachhinein als unproblematisch dar.

17 Auch *Tettinger*, Rechtsanwendung und gerichtliche Kontrolle im Wirtschaftsverwaltungsrecht 1980, S. 433; *ders.*, DVBl 1982, 421, 423 hält die Einbeziehung fachfremder Erkenntnisse insbesondere aus Wissenschaftstheorie und Wirtschaftswissenschaften zur Durchdringung der rechtlichen Prognoseproblematik für „lohnend" und „unverzichtbar".

18 *Behrend*, Gegenwärtige Zukünfte 2005, S. 81, 84.

19 *Gross/Löffler*, Prinzipien der Medizin 1997, S. 341.

20 *Groeben/Westmeyer*, Kriterien psychologischer Forschung, 2. Aufl. 1981, S. 101.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Wirtschafts-[21] und Sozialwissenschaften[22] erkennen in der Prognose das auf theoretischen wissenschaftlichen Erkenntnissen und Erfahrungswissen fußende Bindeglied zwischen Gegenwart und Zukunft, wobei eine Prognose sich zwecks späterer Überprüfbarkeit stets auf einen begrenzten Zeitpunkt zu beziehen habe.[23] Die Ökonomik ist es auch, die aufbauend auf diesem Begriffsverständnis ausdrücklich eine ganze Reihe von Klassifikationen hervorgebracht hat: So werden Prognosen beispielsweise entsprechend ihres Prognosehorizonts in kurz-, mittel- und langfristige Prognosen kategorisiert oder in Abhängigkeit vom zu untersuchenden Sachverhalt in qualitative und quantitative bzw. in Punkt- oder Intervallprognose eingeteilt.[24] Resümierend lässt sich festhalten, dass in den Fachwissenschaften unter einer Prognose stets eine wissenschaftliche Voraussage über die Zukunft aufgrund von vergangenen oder gegenwärtigen Erkenntnissen verstanden wird.

Die dezidierte Auseinandersetzung mit Prognosebegriff und Prognoseproblemen in anderen Wissenschaften bringt es außerdem mit sich, dass diese ebenfalls mannigfaltige Verfahren und Methoden zur Erstellung von validen Prognosen hervorgebracht haben.[25] Die Werke über Prognoseverfahren in der Medizin füllen Bibliotheken, die synoptische Meteorologie – die sich unter anderem mit der Vorhersage von Wetter beschäftigt[26] – hat sich gar als eigene Teildisziplin der Geowissenschaften etabliert. Dass im juristischen Kontext dagegen zuweilen der Eindruck entstehen kann, dass die Auseinandersetzung mit Prognoseproblemen einige Rechtswissenschaftler „an Wahrsagerei erinnere“[27], erscheint vor diesem Hintergrund umso rätselhafter. Zwar kann man relativieren, dass die Ergebnisse der fachwissenschaftlichen Forschung zu Prognoseproblematiken durch Sachverständige vielfach auch in das (zivil-)rechtliche Verfahren transformiert

21 Vgl. nur *Becker*, Ordnungsgemäße Prognosebildung auf Basis der GoB 2018, S. 75 mit zahlreichen Nachweisen.

22 Vgl. nur *Stagl*, Empirische Prognoseverfahren in den Sozialwissenschaften 2016, S. 17 ff.; wegweisend die Ausführungen von *Schütz*, Gesammelte Aufsätze II - Studien zur soziologischen Theorie 1972, S. 259 ff.

23 Für die Wirtschaftswissenschaften stellvertretend *Becker*, Ordnungsgemäße Prognosebildung auf Basis der GoB 2018, S. 74.

24 Ausführlich hierzu *Winker*, Empirische Wirtschaftsforschung, 4. Aufl. 2017, S. 291 f.

25 Eine gute Übersicht zu Prognoseverfahren in den Wirtschaftswissenschaften gibt beispielsweise *Becker*, Ordnungsgemäße Prognosebildung auf Basis der GoB 2018, S. 80.

26 *Klose*, Meteorologie, 3. Aufl. 2016, S. 2.

27 So plastisch *Darnstädt*, Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge 1983, S. 8.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

werden[28], doch bleiben Versäumnisse bei der Systematisierung und Lösung von Prognoseproblematiken gerade im privatrechtlichen Bereich dennoch offenkundig. Für den weiteren Verlauf der Arbeit erscheint es deshalb zielführend, an passender Stelle neben rechtswissenschaftlichen auch andere fachwissenschaftliche Quellen zur Lösung einschlägiger Probleme[29] heranzuziehen, wenngleich stets die juristischen Besonderheiten erschöpfend zu berücksichtigen sein werden.

b) Begriff und logische Struktur von Prognosen in der Wissenschaftstheorie

Neben den jeweiligen spezialwissenschaftlichen Abhandlungen existieren auch in der überspannenden Wissenschaftstheorie als Teilgebiet der Philosophie zahlreiche Beiträge zur Untersuchung von Begriff und Struktur der Prognose, denen sich die Rechtswissenschaft erfreulicherweise zumindest nicht im selben Ausmaß verschließt.[30] Aufgrund ihrer zumindest im Grundsatz anzuerkennenden Universalität sollen die in der Wissenschaftstheorie gewonnenen Erkenntnisse kurz erläutert werden, um auch deren Wert für die rechtswissenschaftliche Diskussion einschätzen und die Ergebnisse schließlich juristisch nutzbar machen zu können.[31]

Im wissenschaftstheoretischen Kontext wird der Prognosebegriff stets in Relation zu den Begriffen der Erklärung und der Retrodiktion (oder: Retrognose) erläutert. Nach den Befürwortern der deduktiv-nomologischen Erklärungstheorie[32] ist diesen drei Erklärungsarten im Grundsatz eine gemeinsame logische Struktur zu eigen, die sich zwar anhand der jeweiligen

28 So werden für die Feststellung einer Negativprognose bei einer krankheitsbedingten Kündigung selbstverständlich medizinische Sachverständige zu Rate gezogen, die mit erprobten medizinischen Prognoseverfahren operieren.

29 Man denke nur an die Probleme des sogenannten Hindsight-Bias (Rückschaufehler) oder Self-fulfilling prophecy (selbsterfüllende Prophezeiung), die namentlich in den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften nur allzu geläufig und dort bereits dezidiert erforscht sind.

30 Positiv hervorgehoben seien hier die Werke von *Darnstädt*, Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge 1983, *Nell*, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen 1983 und *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre 1982.

31 Namentlich *Darnstädt*, Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge 1983, S. 1 hält die Anknüpfung an wissenschaftstheoretische Erkenntnisse letztlich für entscheidend.

32 Begründet von *Popper*, Logik der Forschung 1935; *Hempel/Oppenheim*, Philosophy of Science 15 (1948), 135 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

pragmatischen Modalitäten unterscheidet, aber doch einem einheitlichen Grundmuster folgt: Stets wird vom sogenannten *Explanans* (den erklärenden Sätzen) logisch auf das sogenannte *Explanandum* (den zu erklärenden Satz) geschlossen[33], wobei hinsichtlich der *Explanans*-Tatsachen zwischen speziellen singulären Sachverhalten (auch: *Antecedens*-Bedingungen) und allgemeingültigen Gesetzen (i. S. v. wissenschaftlichen Sätzen) zu unterscheiden ist.[34] So implizieren die *Explanans*-Tatsachen „Das Wasser hat eine Temperatur von 100 °C" (*Antecedens*-Bedingung) und „Die Normal-Siedetemperatur von Wasser beträgt 100 °C" (allgemeines Gesetz) deduktiv die logisch korrekte Aussage „Das Wasser kocht" (*Explanandum*). Bei derartigen Sachverhalten lassen sich Erklärung, Prognose und Retrodiktion sodann zunächst in pragmatischer Hinsicht unterscheiden:[35]

Ist das *Explanandum* gegeben, so bieten korrekt ausgewählte *Explanans*-Sätze seine *Erklärung* („Weil das Wasser eine Normal-Siedetemperatur von 100 °C hat und diese Temperatur erreicht ist, kocht es").

Ist zuerst das *Explanans* bekannt und wird das *Explanandum* daraus abgeleitet, so spricht man von einer deduktiv-nomologischen Voraussage (Oberbegriff). Von einem *prognostischen Argument* ist dann die Rede, wenn die *Antecedens*-Bedingung zeitlich vor dem *Explanandum*-Ereignis liegt, wobei es in diesem Kontext noch nicht darauf ankommt, ob das *Explanandum*-Ereignis seinerseits ein zukünftiges ist. Auch die Aussage „Wenn das Wasser eine Temperatur von 100 °C erreicht hatte, kochte es" hat hiernach prognostischen Charakter; von einer *Prognose* (im strengen Sinne) kann aus wissenschaftstheoretischer Sicht dagegen nur dann gesprochen werden, wenn das *Explanandum*-Ereignis vom Aussagezeitpunkt aus gesehen auch tatsächlich in der Zukunft liegt („Wenn das Wasser eine Temperatur von 100 °C erreicht, wird es kochen"). Einer *Retrodiktion* begegnet man demgegenüber dann, wenn das *Antecedens*-Ereignis aus der späteren Beobachtung des *Explanandum*-Ereignisses hergeleitet wird, der logische Schluss also in die entgegengesetzte Richtung erfolgt („Das Wasser hat gekocht und daher hatte es eine Temperatur von 100 °C erreicht").

33 *Popper*, Logik der Forschung 1935, S. 26; *Hempel*, Aspekte wissenschaftlicher Erklärung 1977, S. 6.

34 *Hempel*, Aspekte wissenschaftlicher Erklärung 1977, S. 5; dieses nomologisch-deduktive Modell ist auch als Hempel-Oppenheim-Schema bekannt.

35 Zu den folgenden Unterschieden anschaulich und mit Zeitstrahlen *Stegmüller*, Erklärung, Voraussage, Retrodiktion, 2. Aufl. 1983, S. 200 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Ansicht, dass Erklärung, Prognose und Retrodiktion sich lediglich hinsichtlich ihrer pragmatischen und zeitlichen Modalitäten unterscheiden, ist in der Wissenschaftstheorie als „*strukturelle Gleichheitsthese*“[36] bekannt und wird im dortigen Schrifttum bis heute kontrovers diskutiert.[37] Folgt man dieser These, so könnte aus jeder adäquaten Erklärung auch eine korrekte Voraussage (als Oberbegriff für Prognose und Retrodiktion) abgeleitet werden.[38]

An seine Grenzen stößt dieses rein nomologisch-deduktive Modell allerdings in solchen Fällen, in denen das allgemeine verknüpfende Gesetz lediglich ein statistisches ist, das *Explanandum*-Ereignis mithin bei Vorliegen bestimmter *Antecedens*-Bedingungen nicht sicher eintritt.[39] In diesen Fällen kommen selbst ausgewiesene Vertreter deduktiver Methodik nicht umher, induktiv-statistische Modelle anzuwenden, die ihrerseits vertiefte wahrscheinlichkeitstheoretische Erörterungen verlangen.

So lässt sich resümieren, dass die wissenschaftstheoretische Diskussion um den Begriff und die logische Struktur von Prognosen ebenso wie die Auseinandersetzungen mit dem Wahrscheinlichkeitsbegriff im Vergleich zur rechtswissenschaftlichen weit fortgeschritten ist. Dabei wird sich zeigen, dass die hierzu ausgeführten Erkenntnisse keineswegs nur belangloses Beiwerk sind, sondern konkrete Beiträge sowohl zur Eingrenzung des hiesigen Untersuchungsgegenstandes leisten als auch wichtige Impulse für die rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung liefern können. Daher erscheint es zielführend, auch diese im weiteren Fortgang der Arbeit an passender Stelle wieder aufzugreifen.

3. Prognosen in anderen Rechtsgebieten

Die rechtswissenschaftliche Diskussion von Prognoseproblemen ist bis dato vor allem außerhalb des Privatrechts verankert, sodass entsprechende Pro-

36 Diesen Begriff nutzt beispielsweise *ders.*, Erklärung, Voraussage, Retrodiktion, 2. Aufl. 1983, S. 191.

37 Siehe nur *ders.*, Erklärung, Voraussage, Retrodiktion, 2. Aufl. 1983, S. 191 ff., eine inhaltliche Auseinandersetzung mit dieser Diskussion muss an dieser Stelle mit Rücksicht auf den Umfang der Arbeit unterbleiben.

38 Vgl. nur *Hempel*, Aspekte wissenschaftlicher Erklärung 1977, S. 43.

39 Zu dieser Problematik der statistischen Erklärungen *ders.*, Aspekte wissenschaftlicher Erklärung 1977, S. 55 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

blembeschreibungen und Lösungsansätze im öffentlichen Recht[40] ebenso wie im Strafrecht zum Teil wesentlich weiter fortgeschritten sind als im zivilrechtlichen Kontext. Daher bietet es sich an, im Folgenden in gebotener Kürze zu erläutern, in welchem Gewand Prognoseprobleme in anderen Rechtsgebieten auftreten und welche Ansätze zu deren Behandlung potenziell der Übertragung auf das Privatrecht offen stehen.

a) Prognosen im öffentlichen Recht

Im öffentlichen Recht treten Prognoseprobleme sowohl im Staatsrecht als auch im Verwaltungsrecht auf, wobei bei letzterem vor allem das Planungsrecht und das Recht der öffentlichen Gefahrenabwehr[41] im Fokus der Betrachtung stehen.[42] Bevor den zwischen diesen Teilrechtsgebieten auftretenden Unterschieden mithilfe notwendiger Differenzierungen Rechnung getragen wird, sollen zunächst einige übergreifende Erkenntnisse zum Prognosebegriff aus dem öffentlichen Recht aufgegriffen werden.

aa) Begriff der Prognose im öffentlichen Recht

In Übereinstimmung mit den fachwissenschaftlichen und wissenschaftstheoretischen Erkenntnissen ist auch in der öffentlich-rechtlichen (Begriffs-)Diskussion anerkannt, dass jedweder Prognose eine Vorausschau in die Zukunft immanent ist, die ihrerseits notwendigerweise mit einer gewissen Unsicherheit verbunden ist.[43] Dementsprechend werden unter Prognosenormen hier solche Vorschriften verstanden, die Sachverhalte im Vorgriff auf deren zukünftige (d.h. hypothetische) Entwicklung regeln[44] und zu diesem Zwecke bereits auf Tatbestandsebene eine Beurteilung der

40 Hierauf weisen auch *Gentges*, Prognoseprobleme im Kündigungsschutzrecht 1995, S. 32 und *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 324 f. hin.

41 *Ossenbühl*, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz Band I 1976, S. 458, 497.

42 Eine zusammenfassende Übersicht zu besonders relevanten Anwendungsfeldern für Prognosen im öffentlichen Recht liefert *Loth*, Prognoseprinzip im befristeten Arbeitsverhältnis 2015, S. 92 ff.

43 *Breuer*, Der Staat 1977, 21, 22; *Ossenbühl*, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz Band I 1976, S. 458, 501; *ders.*, FS Menger 1985, S. 731, 732; *Mühl*, FS Lange 1992, S. 583, 591; *Tettinger*, Rechtsanwendung und gerichtliche Kontrolle im Wirtschaftsverwaltungsrecht 1980, S. 433; *Kral*, Polizeiliche Vorfeldbefugnisse 2012, S. 39.

44 *Nierhaus*, DVBl 1977, 19, 22.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Zukunft erfordern.[45] Dabei ist festzustellen, dass entsprechende Normen Rechtsfolgen nicht isoliert an Prognosen knüpfen, sondern diese zumeist in wechselseitiger Abhängigkeit zu anderen Entscheidungselementen relevant werden.[46]

Als Gegenbegriff zur Prognose wird in der öffentlich-rechtlichen Literatur häufig der Begriff der Diagnose benannt.[47] Diese beziehe sich auf die Feststellung, Unterscheidung und Bewertung gegenwärtiger und vergangener Tatsachen.[48] Übersetzt in die wissenschaftstheoretische Terminologie umfasst die öffentlich-rechtliche Diagnose bei diesem Begriffsverständnis sowohl den Vorgang der Erklärung als auch jenen der Retrodiktion, wobei die aus der Wissenschaftstheorie bekannte These der Strukturgleichheit von solcherlei „unsicheren Diagnosen" und Prognosen auch im öffentlich-rechtlichen Schrifttum Anhänger findet.[49] Es kann daher kaum verwundern, dass Prognoseprobleme maßgeblich innerhalb der Thematik der verwaltungs- oder verfassungsgerichtlichen Tatsachenfeststellung diskutiert werden.[50] Dabei ist vor allem der Umfang der gerichtlichen Kontrolldichte im Hinblick auf Prognoseentscheidungen Kern der jeweiligen Auseinandersetzungen[51] – eine Frage, die sich im privatrechtlichen Kontext in ähnlichem Gewand ebenfalls stellen dürfte. Während es nicht Ziel dieser

45 *Nell*, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen 1983, S. 12 f.; *Brunn*, NJOZ 2014, 361.

46 *Breuer*, Der Staat 1977, 21, 35; *Tettinger*, DVBl 1982, 421, 425; *Ossenbühl*, FS Menger 1985, S. 731, 734; *Schwabenhauer/Kling*, VerwArch 101 (2010), 231, 233.

47 *Nierhaus*, DVBl 1977, 19, 23; *Breuer*, Der Staat 1977, 21, 22; *Schwabenhauer/Kling*, VerwArch 101 (2010), 231, 233; *Kral*, Polizeiliche Vorfeldbefugnisse 2012, S. 38; *Tettinger*, DVBl 1982, 421, 423; dagegen hält *Gentges*, Prognoseprobleme im Kündigungsschutzrecht 1995, S. 52 die Feststellung, Prognose und Diagnose unterschieden sich hinsichtlich Vergangenheits/Gegenwarts- und Zukunftsbezug zumindest für „unbewiesen".

48 *Nierhaus*, DVBl 1977, 19, 23; *Tettinger*, DVBl 1982, 421, 423.

49 *Darnstädt*, Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge 1983, S. 10 möchte gar auch für die Ermittlung ungewisser vergangener und gegenwärtiger Sachverhalte den Prognosebegriff nutzen; demgegenüber wenden sich *Tettinger*, DVBl 1982, 421, 423; *ders.*, Rechtsanwendung und gerichtliche Kontrolle im Wirtschaftsverwaltungsrecht 1980, S. 434 und *Picot*, DB 1977, 2149 gegen die strukturelle Gleichheitsthese im Recht.

50 Vgl. hierzu die ausführlichen Darstellungen von *Philippi*, Tatsachenfeststellungen des BVerfG 1971; *Thierfelder*, JurA 1970, 879 ff.; *Ossenbühl*, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz Band I 1976, S. 458 ff.

51 Diese Frage korrespondiert letztlich mit dem Letztentscheidungsrecht über die Beurteilung der Zukunft, vgl. *Breuer*, Der Staat 1977, 21, 22, sodass die Beantwortung dieser Frage auch darüber entscheidet, ob im Einzelfall eine originäre Gerichtsprognose oder aber lediglich eine kontrollierende Zweitprognose durch die Rechtsprechung

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Arbeit sein kann, die öffentlich-rechtliche Diskussion um eine weitere Stellungnahme zu bereichern, soll doch zumindest die dahinterstehende Problematik kurz geschildert werden, um den Wert der aufzufindenden Argumente für den weiteren Fortgang dieser Untersuchung einschätzen zu können.

bb) Prognosen im Staatsrecht: Legislativprognosen

Von Verfassungs wegen ist zunächst die Legislative gehalten, im Gesetzgebungsverfahren (dabei vor allem im Kontext des rechtsstaatlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips) vielfältige Prognosen anzustellen.[52] Umstritten ist hierbei vor allem, ob dem Gesetzgeber bei der Beurteilung zukünftiger Sachverhalte ein kontrollfreier Prognosespielraum im Sinne einer weitreichenden Einschätzungsprärogative obliegt. Während eine Extremposition der Legislative unter Berufung auf den Grundsatz der Gewaltenteilung und das Demokratieprinzip einen umfassenden Prognosespielraum zugestehen möchte[53], hält die konträre Ansicht legislative Prognosen für vollumfänglich kontrollfähig.[54]

Das Bundesverfassungsgericht dagegen legt hinsichtlich der Prognosekontrolle differenzierte Maßstäbe an[55], was – obgleich diese Betrachtung

erfolgt, zu dieser Abgrenzung *Schwabenhauer/Kling*, VerwArch 101 (2010), 231, 234; *Ossenbühl*, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz Band I 1976, S. 458, 497.

52 Insbesondere bei der Prüfung von Geeignetheit und Erforderlichkeit eines Gesetzes ist eine Beurteilung der zukünftigen Entwicklung unabdingbar, vgl. nur *Seetzen*, NJW 1975, 429, 430 ff.; zur Kategorisierung verfassungsrechtlicher Prognosen eingehend *Philippi*, Tatsachenfeststellungen des BVerfG 1971, S. 28 ff.

53 Besonders großzügig insoweit *Menger*, VerwArch 66 (1975), 397, 401.

54 *Kloepfer*, NJW 1971, 1585.

55 Etabliert hat sich seit BVerfG 01.03.1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78, 1 BvL 21/78, NJW 1979, 699 ff. - *Mitbestimmungsurteil* ein Drei-Stufen-Modell, das von einer Evidenzkontrolle (so beispielsweise BVerfG 31.07.1973 – 2 BvF 1/73, NJW 1973, 1539, 1540 - *Grundlagenvertrag*; BVerfG 05.03.1974 – 1 BvL 27/72, NJW 1974, 1317, 1319 - *Stabilisierungsfonds*) über eine Vertretbarkeitskontrolle (so beispielsweise BVerfG 18.12.1968 – 1 BvL 5, 14/64, 11, 12/65, NJW 1969, 499, 501 - *Mühlengesetz*; BVerfG 09.03.1971 – 2 BvR 326, 327, 341-345/69, NJW 1971, 1603 - *Absicherungsgesetz*) bis hin zu einer intensivierten inhaltlichen Kontrolle (so beispielsweise BVerfG 11.06.1958 – 1 BvR 596/56, NJW 1958, 1035, 1039 - *Apothekengesetz*; BVerfG 21.06.1977 – 1 BvL 14/76, NJW 1977, 1525, 1531 - *Lebenslange Freiheitsstrafe* reicht, wobei der Übergang zwischen den Stufen fließend erscheint und eine deutliche Einordnung nicht in jedem Fall vorgenommen wird; übersichtlich und z.T. kritisch hierzu *Schlaich/Korioth*, Bundesverfassungsgericht, 11. Aufl. 2018, Rn. 532 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

letztlich auf deskriptiver Ebene verharrt – zu belegen scheint, dass die Behandlung von legislativen Prognosen nur innerhalb eines abgestuften und gleichfalls differenzierenden Kontrollsystems gelingen kann.[56] In der Folge treten sodann auch aus der Literatur gewichtige Stimmen dafür ein, die Kontrolldichte von Prognosen in Abhängigkeit von Sachinhalt, Wertigkeit der tangierten Grundrechte, Ziel der gesetzlichen Regelung und Legitimation der legislativen Entscheidung für jede Prognoseentscheidung separat zu bestimmen[57] – ein Weg, der auch im Zivilrecht jedenfalls potentiell gangbar erscheint.

cc) Prognosen im Verwaltungsrecht: Exekutivprognosen (Administrativprognosen)

Vergleichbar stellt sich das Meinungsbild bezüglich der Prognoseproblematik auch im Verwaltungsrecht dar, wo zwei Themenkomplexe die rechtswissenschaftliche Diskussion besonders dominieren: Erstens – insoweit parallel zum Staatsrecht – stellt sich auch hier die Frage, ob und wenn ja, in welchem Umfang administrative Prognosen der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle unterliegen; und zweitens erscheint – insoweit vor allem auf das Recht der öffentlichen Gefahrenabwehr bezogen – klärungsbedürftig, welche Wahrscheinlichkeitsmaßstäbe konkret zur Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen anzulegen sind.

In Bezug auf die erste Frage kann es kaum verwundern, dass der Meinungsstand zumindest strukturell demjenigen zur Reichweite eines gesetzgeberischen Beurteilungsspielraums gleicht:[58] Auch hier sehen sich Befürworter eines weiten Prognosespielraums kraft Natur der Sache oder

56 *Ossenbühl*, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz Band I 1976, S. 458, 504 ff.

57 Mustergültig differenzierend in dieser Hinsicht *ders.*, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz Band I 1976, S. 458, 504 ff.; in der Sache ähnlich *Seetzen*, NJW 1975, 429, 430 ff.; *Stettner*, NVwZ 1989, 806, 808 f.

58 Teilweise nehmen entsprechende Abhandlungen beide Fragenkomplexe differenzierend in den Blick, siehe nur *Breuer*, Der Staat 1977, 21 ff.; teilweise werden Argumente für einen legislativen Prognosespielraum jedoch auch weitgehend unbesehen auf die Problematik exekutiver Prognosen übertragen, so bei *Brohm*, DÖV 1982, 1, 6 mit Fn. 22; deutlich gegen letztere Vorgehensweise *Brunn*, NJOZ 2014, 361, 377; *Nierhaus*, DVBl 1977, 19, 21; *Tettinger*, DVBl 1982, 421, 424; übersichtliche Darstellung des Meinungsstandes bei *ders.*, Rechtsanwendung und gerichtliche Kontrolle im Wirtschaftsverwaltungsrecht 1980, S. 430 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aus Gründen der größeren Verwaltungssachnähe- und Verantwortlichkeit[59] solchen Stimmen gegenüber, die für eine differenzierende Betrachtungsweise bei der Begründung einer kontrollfreien Verwaltungssphäre eintreten.[60] Dabei werden als Differenzierungskriterien wahlweise die Kategorien von Ermessens- und gebundener Verwaltung[61] oder von komplexen (wertenden) und einfachen Verwaltungsprognosen[62] vorgeschlagen. Auch das Bundesverwaltungsgericht erkennt einen kontrollfreien exekutiven Prognosespielraum nur in Ausnahmefällen – insbesondere in Planungskonstellationen[63] – an, wobei zu erkennen ist, dass jeweils die Auslegung der konkret anzuwendenden Norm den Ausschlag hierüber geben soll.[64]

Weitgehend unabhängig hiervon[65] stellt sich als zweite Frage diejenige nach dem Grad an Sicherheit in Bezug auf die jeweilige künftige Entwicklung, der erreicht sein muss, um die Rechtsfolge der entsprechenden Prognosenorm auszulösen. Lehnt man das metaphysische Konzept des universellen Determinismus ab[66], so wird man in Übereinstimmung mit

59 *Ossenbühl*, DVBl 1974, 309, 313; *ders.*, DÖV 1976, 463, 467; *ders.*, FS Redeker 1993, S. 55, 68; davor schon *Bachof*, JZ 1955, 97, 100; gegen die Argumentation aus der Folgenverantwortlichkeit explizit *Nierhaus*, DVBl 1977, 19, 25; *Tettinger*, DVBl 1982, 421, 424.

60 *Nierhaus*, DVBl 1977, 19, 22 ff.; *Breuer*, AöR 101 (1976), 46, 76 f.; *ders.*, Der Staat 1977, 21, 48 ff.; *Tettinger*, DVBl 1982, 421, 425; *ders.*, Rechtsanwendung und gerichtliche Kontrolle im Wirtschaftsverwaltungsrecht 1980, S. 433 ff.; *Schwabenhauer/Kling*, VerwArch 101 (2010), 231, 244.

61 So *Breuer*, Der Staat 1977, 21, 48 ff.

62 *Nierhaus*, DVBl 1977, 19, 22 f.; in diese Richtung auch *Breuer*, AöR 101 (1976), 46, 76 f.

63 Beispielsweise BVerwG 25.07.1985 – 3 C 25/84, NJW 1986, 796 ff. - *Krankenhausbedarfsplan*; BVerwG 27.11.1981 – 7 C 57/79, NJW 1982, 1168 ff. - *Taxigewerbe*.

64 Diese Analyse der BVerwG-Rechtsprechung teilen auch *Brunn*, NJOZ 2014, 361, 376; *Gentges*, Prognoseprobleme im Kündigungsschutzrecht 1995, S. 36.

65 Es ist jedoch im Ergebnis nicht von der Hand zu weisen, dass die beiden Problematiken durchaus in gewisser Wechselwirkung zueinander stehen. Selbst wenn man nämlich einen weiten Prognosespielraum der Exekutive anerkennt und daher die gerichtliche Kontrolle auf eine Evidenzkontrolle beschränkt, stellt sich weiterhin die Frage, wie objektiv unwahrscheinlich eine Entwicklung sein muss, um als „evidente Fehlprognose" eingeordnet zu werden. Um eine Auseinandersetzung mit dem Wahrscheinlichkeitsbegriff werden daher auch diejenigen nicht umherkommen, die im Gefahrenabwehrrecht weitreichende Prognosespielräume der Verwaltung verorten, so namentlich beispielsweise *Ossenbühl*, DÖV 1976, 463, 467; dagegen *Nierhaus*, DVBl 1977, 19, 24 *Tettinger*, DVBl 1982, 421, 426, die die Gefahrprognose jeweils als „einfache" Prognose einordnen und diese daher richtigerweise für voll kontrollfähig halten.

66 Diese entspricht dem heutigen Weltbild der Physik und Medizin, nach dem von der objektiven Indeterminiertheit bestimmter Verläufe ausgegangen werden muss,

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

den erörterten wissenschaftstheoretischen Erkenntnissen – insbesondere bei dem Schluss auf zukünftige menschliche Verhaltensweisen[67] – nicht umherkommen, für öffentlich-rechtliche Prognosen in den weit überwiegenden Fällen lediglich auf statistische (oder: probabilistische) Gesetze zurückzugreifen.[68] Diese Erkenntnis ist es, die zwangsläufig zu vertieften Auseinandersetzungen mit dem Wahrscheinlichkeitsbegriff zwingt. Der Begriff der (Schadens-)Wahrscheinlichkeit wird dabei namentlich bei der Auslegung des zentralen Prognosebegriffs der öffentlichen Gefahr virulent, sodass es nicht überrascht, dass gerade hier die Auseinandersetzung mit dem Begriff der hinreichenden Wahrscheinlichkeit[69] und der Ermittlung derselben besonders weit fortgeschritten ist.[70]

Zweifellos bilden die in diesem Zusammenhang gewonnenen Erkenntnisse eine Blaupause auch für die zivilrechtliche Auseinandersetzung mit dem Wahrscheinlichkeitsbegriff bei Prognoseentscheidungen, sodass diese im Verlauf dieser Arbeit an passender Stelle und unter Berücksichtigung der zivilrechtlichen Besonderheiten wieder aufgegriffen werden sollen.

---

siehe aus rechtlicher Perspektive den Hinweis von *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß 2015, S. 103; für die hiesige Darstellung ändert sich jedoch auch nichts, wenn man davon ausgeht, dass das Prinzip des universellen Determinismus weder der empirischen Widerlegung noch der Bestätigung zugänglich ist, da auch in diesem Fall zumindest die theoretische Möglichkeit irreduzibler statistischer Gesetze mit rechtlicher Relevanz besteht, vgl. *Röckrath*, Kausalität, Wahrscheinlichkeit und Haftung 2004, S. 53 f.

67 Die Schwierigkeiten von Verhaltensprognosen im öffentlichen Recht deuten auch *Nierhaus*, DVBl 1977, 19, 25 und *Schwabenhauer/Kling*, VerwArch 101 (2010), 231, 243 an.

68 *Darnstädt*, Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge 1983, S. 41.

69 „Hinreichende Wahrscheinlichkeit" hier wörtlich verstanden im Sinne von „ausreichender Wahrscheinlichkeit zur Auslösung der Rechtsfolge"; zutreffend weist *Nell*, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen 1983, S. 126 darauf hin, dass diejenigen, die mit diesem Terminus abweichend von der hiesigen Verwendung einen bestimmten Wahrscheinlichkeitsgrad zu konkretisieren versuchen, letztlich tautologisch argumentieren: Wer die hinreichende Wahrscheinlichkeit zur ausreichenden Wahrscheinlichkeit erhebt, gewinnt nichts – „hinreichend" und „ausreichend" sind schlicht bedeutungsidentisch.

70 Besonders lesenswert hierzu *Darnstädt*, Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge 1983.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b) Prognosen im Strafrecht

Prognosen sind auch im Strafrecht von hoher Relevanz[71], sodass hier nicht der Versuch unternommen werden kann, die Anwendungsbereiche von Prognosen in diesem Kontext erschöpfend aufzuzählen oder gar eingehend zu untersuchen.[72] Diese Darstellung soll sich gemäß dem Ziel der Arbeit vielmehr darauf beschränken, in diejenigen straf- und strafprozessrechtlichen Gedanken einzuführen, die potenziell auch für die privatrechtliche Auseinandersetzung fruchtbar gemacht werden können.

Zunächst ist hinsichtlich des strafrechtlichen Prognosebegriffs festzustellen, dass dieser zumindest im Grundsatz demjenigen entspricht, der bereits den Betrachtungen zum öffentlichen Recht zugrunde gelegt wurde. Allerdings finden sich in Bezug auf die Feststellung strafprozessualer Verdachtsgrade auch Stimmen, die den Verdacht als „retrospektive Prognose" bezeichnen wollen.[73] Unabhängig vom rechtlichen Charakter des strafprozessualen Tatverdachts muss bei Zugrundelegung der wissenschaftstheoretischen Erörterungen schon diese Wortwahl verblüffen, wurde doch festgestellt, dass Retrodiktion und Prognose nicht nur aus zeitlicher, sondern auch aus pragmatischer Sicht (wenn auch strukturgleiche) Gegensätze darstellen. Auch wenn man geneigt ist, der Feststellung eines Tatverdachts insoweit einen „Doppelcharakter" zu attestieren[74], so ist diese Terminologie zumindest missverständlich, sodass auf derartige Begriffsschöpfungen verzichtet werden sollte.

Viel Raum nimmt in der strafrechtlichen Prognosediskussion sodann insbesondere das Problem der Prognose menschlichen Verhaltens ein, welches deshalb von großer Bedeutung ist, weil die entsprechenden strafrechtlichen und strafprozessualen Normen an eine (positive oder negative) Verhaltensprognose zuweilen Rechtsfolgen knüpfen, die – man denke nur an die Untersuchungshaft, § 112a Abs. 1 S. 1 StPO oder die Anordnung der Sicherungsverwahrung, § 66 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 StGB – mit ganz erheblichen Grundrechtseingriffen für die Betroffenen verbunden sind. Gleichzeitig ist

71 Allgemein zu Zukunftsbezügen im Strafrecht *Dahle*, Psychologische Kriminalprognose, 2. Aufl. 2010, S. 1 ff.

72 Wer an solcherlei Darstellung dennoch interessiert ist, dem sei die ausführliche Erörterung bei *Pollähne*, Kriminalprognostik 2011, S. 20 ff. ans Herz gelegt.

73 So *Kühne*, Strafprozessrecht, 9. Aufl. 2015, Rn. 327.

74 Zum einen den Schluss vom gegenwärtigen *Explanans* auf die mutmaßlich begangene vergangene Tat (Retrodiktion), zum anderen den Schluss vom gegenwärtigen *Explanans* auf die Erfolgsaussichten einer Anklage, vgl. § 170 StPO (Prognose).

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

auch unter Strafrechtswissenschaftlern anerkannt, dass derartige Prognosen besondere Schwierigkeiten aufwerfen.[75] Zur Erstellung solcherlei Kriminalprognosen[76] bietet die traditionelle Strafrechtswissenschaft aus methodischer Sicht grundsätzlich drei Verfahren (und unzählige Mischformen derselben) an: Das intuitive (auf Erfahrung basierende unwissenschaftliche Einschätzung[77]), das statistische (insbesondere mithilfe von Prognosetafeln[78]) und das klinische (individuelle Anamnese durch Exploration[79]).[80]

Selbst bei Anwendung der besten zur Verfügung stehenden Prognoseverfahren wird jedoch festzustellen sein, dass die zu prognostizierenden Täter mehrheitlich in einem Bereich zu finden sind, der mit einer Wiederholungswahrscheinlichkeit von ca. 50 % genau der Zufallswahrscheinlichkeit entspricht.[81] Zur Lösung dieser statistisch zwingenden[82] sogenannten *Mittelfeld-Problematik* werden normativ vorgegebene Lösungen erwogen[83], nach denen in derlei „Fraglich-Fällen" auf eine aufwändige Prognose zu verzichten sei.[84] Stattdessen sei durch Auslegung der einschlägigen Prognosenorm zu ermitteln, welche der möglichen Rechtsfolgen im Regelfall

75 Siehe nur *Dahle*, Psychologische Kriminalprognose, 2. Aufl. 2010, S. 19; *Dünkel*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), StGB 2017, § 57 StGB Rn. 108.

76 Dieser Begriff ist wohl am ehesten als Oberbegriff geeignet, siehe *Pollähne*, Kriminalprognostik 2011, S. 17 f.

77 *Dahle*, Psychologische Kriminalprognose, 2. Aufl. 2010, S. 39 f.; *Dünkel*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), StGB 2017, § 57 StGB Rn. 116; hierbei handelt es sich – sieht man die Wissenschaftlichkeit als Wesensmerkmal der Prognose an – nicht um eine Prognosemethode im strengen Sinne.

78 *Dahle*, Psychologische Kriminalprognose, 2. Aufl. 2010, S. 39; *Jost*, Gefährliche Gewalttäter?, 1. Aufl. 2012, S. 80.

79 *Dahle*, Psychologische Kriminalprognose, 2. Aufl. 2010, S. 40; *Dünkel*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), StGB 2017, § 57 StGB Rn. 120.

80 *Dahle*, Psychologische Kriminalprognose, 2. Aufl. 2010, S. 39; *Lange*, Die Kriminalprognose 2012, S. 85 ff.; *Dünkel*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), StGB 2017, § 57 StGB Rn. 115; *Jost*, Gefährliche Gewalttäter?, 1. Aufl. 2012, S. 79; zur Abgrenzung von statistischem und klinischem Verfahren auch *Endres*, ZfStrVo 2000, 67, 75; *Geisler*, GS Kaufmann 1986, S. 253, 255 ff.; insgesamt kritisch zu dieser Kategorisierung *Pollähne*, Kriminalprognostik 2011, S. 147.

81 *Streng*, Die Täter-Individualprognose 1995, S. 97, 109 ff.; *Dünkel*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), StGB 2017, § 57 StGB Rn. 113.

82 *Dünkel*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), StGB 2017, § 57 StGB Rn. 114.

83 „Bahnbrechend" (*Bock*, NStZ 1990, 457, 458) zu diesem Problemkomplex die Arbeit von *Frisch*, Prognoseentscheidungen im Strafrecht 1983, S. 39 ff.

84 *Frisch*, Prognoseentscheidungen im Strafrecht 1983, S. 55; *Dünkel*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), StGB 2017, § 57 StGB Rn. 114; kritisch insbesondere zur Anwendbarkeit dieser Lösung *Bock*, NStZ 1990, 457, 459 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(und daher auch für die Mittelfeld-Fälle) Anwendung finden soll.[85] Dieser problematische Aspekt der Verhaltensprognose stellt dabei ersichtlich kein strafrechtliches Spezifikum dar, sodass die entsprechenden Argumente einer späteren zivilrechtsdogmatischen Verwertung grundsätzlich offen stehen.

Zuletzt ist zu bedenken, dass auch im Strafrecht nicht ausschließlich originäre Gerichtsprognosen angestellt werden, sondern dass die Rechtsprechung zuweilen auch mit der Kontrolle von Fremdprognosen (beispielsweise durch den Täter bezüglich der Geeignetheit eines Mittels im Rahmen des Notwehrtatbestandes, § 32 Abs. 1 StGB) befasst ist.

c) Zuordnung der Prognoseproblematik zum materiellen Recht

Wurde hier festgestellt, dass Prognosen insbesondere im öffentlichen Recht zuvorderst als Probleme der Sachverhaltsfeststellung diskutiert werden, so scheint es zunächst naheliegend, die zur gerichtlichen Feststellung vergangener und gegenwärtiger Sachverhalte verfügbaren Instrumente auch auf zukünftige Sachverhalte anzuwenden und die mit Prognosen verbundenen Probleme als solche des Prozessrechts zu begreifen. Auch bei rechtlichen Retrodiktionen nämlich muss notwendigerweise aus aktuellen Ereignissen mithilfe allgemeiner Gesetze (*Explanans*) auf vergangene Ereignisse (*Explanandum*) geschlossen werden.[86] Dabei werden auch diese *Explanans*-Gesetze häufig nur statistischer Art sein, sodass juristische Retrodiktionen ebenso wie Prognosen jeweils durch eine logisch bedingte Unsicherheit gekennzeichnet sind.[87]

In dieselbe Richtung mag auch die wissenschaftstheoretische These der strukturellen Gleichheit von Erklärung, Prognose und Retrodiktion deuten, nach der es durchaus begründungsbedürftig erscheint, sich lediglich mit einer der drei zeitlichen und pragmatischen Modalitäten auseinanderzusetzen. Teils wird daher in der Tat davon ausgegangen, dass die Ausgangsfra-

85 *Frisch*, Prognoseentscheidungen im Strafrecht 1983, S. 61; ähnlich im Ergebnis auch *Montenbruck*, In dubio pro reo 1985, S. 105 ff.

86 Vgl. nur die Ausführungen von AK-ZPO/*Rüßmann*, § 286 ZPO Rn. 4; ausführlich zu diesem Themenkomplex mit dezidierter Bezugnahme auf die einschlägigen wissenschaftstheoretischen Erkenntnisse *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre 1982, S. 277 ff.

87 *Petzoldt*, Rechtskraft der Rentenurteile 1992, S. 188 m. w. N.; *Schwabenhauer/Kling*, VerwArch 101 (2010), 231, 242 in Fn. 76.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

gen, die die Rechtswissenschaft sowohl bei Retrodiktionen als auch bei Prognosen zu beantworten habe, derart eng miteinander verwandt seien, dass sich eine isolierte Betrachtung der Themenkomplexe jeweils verböte.[88] Die These, dass Prognosen lediglich prozessuale Probleme bereithalten und die für die prozessuale Ermittlung unsicherer Sachverhalte erarbeiteten „Retrodiktionsgrundsätze" gleichsam unbesehen auf Prognoseproblematiken übertragbar seien, erweist sich allerdings bei näherer Betrachtung als nicht tragfähig.

aa) Unterschiede bei der Feststellung vergangener und zukünftiger Sachverhalte

Um dies zu erkennen, hilft es bereits, die Wissenschaftstheorie streng beim Wort zu nehmen und sich bewusst zu machen, dass in diesem Kontext stets lediglich von „logischer Gleichheit" oder „Strukturgleichheit", nicht jedoch von umfassender inhaltlicher Gleichheit oder gar von Identität die Rede ist. So unterscheidet sich auch die rechtliche Prognose von der rechtlichen Retrodiktion in der Hinsicht, dass Behauptungen über künftige Tatsachen auch bei „perfekter" Beweisaufnahme im Prozess nicht abschließend verifizierbar sind, während im „idealen" (Zivil-)Prozess Retrodiktionen im Sinne eines einfachen Schließens von einer Tatsache auf ein vergangenes Ereignis (sogenannter mittelbarer Beweis; mitunter erleichtert durch die Zulassung des Anscheinsbeweises) theoretisch gerade dadurch obsolet gemacht werden können, dass möglichst genaue Nachforschungen in Bezug auf den Verfahrensgegenstand (unmittelbarer Beweis) angestellt werden.[89] Aus einer gegenwärtigen Krankheit eines Arbeitnehmers könnte ein Richter

88 So namentlich *Darnstädt*, Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge 1983, S. 9, der beispielsweise keinen Grund erkennt, sich nur mit „Prognosen im strengen Sinne" auseinanderzusetzen; auch die Darstellung von *Nell*, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen 1983 bezieht sich auf alle drei Modalitäten.

89 Auf diesen Unterschied weisen auch *Petzoldt*, Rechtskraft der Rentenurteile 1992, S. 189; *Schwabenhauer/Kling*, VerwArch 101 (2010), 231, 242 in Fn. 76; *Brunn*, NJOZ 2014, 361, 362; *Leber*, Dynamische Effizienzen 2018, S. 28; *Kokott*, Beweislastverteilung und Prognoseentscheidungen 1993, S. 30; *Philippi*, Tatsachenfeststellungen des BVerfG 1971, S. 126 hin; die Möglichkeit der Rekonstruktion bedingt jedoch nicht, dass im Zivilprozess ein genereller Vorrang des unmittelbaren Beweises anzuerkennen ist; so auch die h. M. BAG 25.03.1992 – 7 ABR 65/90, NZA 1993, 134 ff.; Musielak/Voit/*Foerste*, § 284 ZPO Rn. 22; *Stadler*, ZZP 1997, 137, 145 f. m. w. N.; a. A. beispielsweise *Bachmann*, ZZP 2005, 133, 140 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zwar (auch wenn ein diesen Schluss stützendes allgemeines Gesetz sicher nicht anzuerkennen ist) auf eine vergangene Krankheit eines Arbeitnehmers ebenso gut schließen wie auf eine zukünftige – für die Vergangenheit kann jedoch zumindest theoretisch auch der tatsächliche Krankheitsverlauf möglichst penibel (durch Eigen- oder Fremdwahrnehmung) rekonstruiert werden. Aus der Wissenschaftstheorie scheint für dieses von den jeweiligen Prozessordnungen intendierte Unterfangen der Rekonstruktion der (allerdings selten und mitunter auch missverständlich synonym mit der Retrodiktion genutzte) Begriff der *Epignose* besonders treffend.[90] Hieraus ergibt sich zwanglos, dass die rechtliche Retrodiktion im Hinblick auf die Feststellung vergangener Sachverhalte nach der Gesetzesintention lediglich eine von mehreren Alternativen bei der Sachverhaltsermittlung darstellt, während Prognosen bei der „Feststellung" zukünftiger Sachverhalte alternativlos erscheinen. Diesem Unterschied ist bei der Betrachtung von Prognosestrukturen stets Rechnung zu tragen, sodass eine isolierte Betrachtung privatrechtlicher Prognoseproblematiken – freilich jedoch auch unter kritischer Berücksichtigung der im Zusammenhang mit Retrodiktionen an anderer Stelle gewonnenen Erkenntnisse – sinnvoll und zielführend erscheint.

bb) Schwerpunkt der Problematik im materiellen Recht

Verstärkend ist zu bemerken, dass die Frage der Sachverhaltsfeststellung im Zusammenhang mit Prognosen zwar in der Praxis großes Gewicht haben mag, in der rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung aber lediglich eine zweitrangige Rolle einnehmen darf.[91] Bevor nämlich der Richter zur Feststellung eines zukünftigen Sachverhalts schreiten kann, muss er zunächst überprüfen, ob die von ihm anzuwendende Norm schlechterdings eine Prognose erfordert und welcher künftige Sachverhalt überhaupt festzustellen ist. Dies beides sind jedoch Fragen, die sich nur durch Untersuchung des materiellen Rechts valide beantworten lassen, sodass dieses

90 Maßgeblich für die hiesige Einordnung ist das Begriffsverständnis von *Clausen*, Krasser sozialer Wandel 1994, S. 170: „Man ist erstens epignostischer Wissenschaftler (…) indem man das Geschehene, die vielgestalten und uns unübersichtlichen Kausalkettenglieder dessen, was ist (und was wir in seiner Gänze ohnehin nicht kennen), so fleißig wie möglich auffindet und heraushebt".

91 So auch *Breuer*, Der Staat 1977, 21, 37 („Prozessuale Fragestellung (…) setzt zu spät an"); *Berg*, Die verwaltungsrechtliche Entscheidung bei ungewissem Sachverhalt 1980, S. 73; *Regenfus*, JR 2012, 137, 141 („Zunächst ist der Tatbestand der materiellrechtlichen Norm zu betrachten").

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

den aus dogmatischer Sicht bedeutenderen Teil der Prognoseproblematik bildet.

Nicht zuletzt ist darauf hinzuweisen, dass die beschriebene Nähe von Prognoseproblemen zu solchen der richterlichen Sachverhaltsfeststellung überhaupt nur dann zu beobachten ist, wenn für die anzustellende Prognose auf die Sicht der Richters zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz abzustellen ist und somit eine originäre Gerichtsprognose in Rede steht.[92]

Dies alles rechtfertigt es, die Untersuchung des materiellen Rechts in den Mittelpunkt der Bearbeitung zu rücken, obschon auch die prozessuale Dimension der Prognoseproblematik nicht vollständig ausgeblendet werden soll.

II. Prognosen im Privatrecht

Dieser Überblick über Begriff und Behandlung von Prognosen in anderen Wissenschaften und Rechtsgebieten soll ausreichen, um hinreichende Anknüpfungspunkte für die Bearbeitungen von Prognoseproblemen im Privatrecht zu liefern. Im Folgenden sollen die so gewonnen Erkenntnisse zunächst fruchtbar gemacht werden, um den Untersuchungsgegenstand mit Rücksicht auf das konkrete Thema dieser Arbeit weiter zu konkretisieren. Festzuhalten ist dabei, dass die bisher genutzten Erkenntnisquellen ganz unterschiedliche Ansatzpunkte für das weitere Vorgehen bereithalten, wobei einige (beispielsweise zur Verhaltensprognose und zur Bestimmung eines rechtlichen Wahrscheinlichkeitsmaßstabs) erst im späteren Verlauf der Bearbeitung wieder aufgegriffen werden sollen. Der Begriff der Prognose im Privatrecht als notwendiger Ausgangspunkt sämtlicher Konkretisierungsbemühungen ergibt sich dabei gar aus einer Gesamtschau aller bisher vorgestellten Prognosebegriffe.

1. Begriff der Prognose im Privatrecht

a) Ausgangspunkt: Allgemeiner rechtlicher Prognosebegriff

Dabei besteht über den grundlegenden Terminus der Prognose – zumindest dem Begriffskern nach – in allen untersuchten Gebieten weitgehende

92 In diese Richtung auch *Regenfus*, JR 2012, 137, 142.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Einigkeit, sodass – auch wenn man zivilrechtliche Besonderheiten in den Blick nimmt – auf dieser Ebene kaum Anlass besteht, einen abweichenden Prognosebegriff für das Privatrecht zu formulieren. Demnach ist unter einer Prognose auch im hier interessierenden privatrechtlichen Kontext eine Aussage zu verstehen, die aufbauend auf ausdrücklichen Bedingungen und in möglichst rationaler Weise den zukünftigen Eintritt eines Ereignisses oder eines Zustandes angibt.

Soweit in der rechtwissenschaftlichen Literatur teilweise ein Verzicht auf das Merkmal des Zukunftsbezugs vorgeschlagen (und damit die Abgrenzung zu Erklärung und Retrodiktion vollständig aufgegeben) wird,[93] ist diese Begriffsbildung derart weit vom tradierten alltäglichen und wissenschaftlichen Sprachverständnis entfernt, dass diese Praxis eher terminologische Verwirrung stiftet als zur konstruktiven Auseinandersetzung mit den entsprechenden Sachproblemen beizutragen. Mit dieser Feststellung soll hier noch keine vorschnelle Absage an die Idee einer „rechtlichen Gleichheitsthese" verbunden, sondern lediglich die missverständliche Bündelung aller pragmatischen Alternativen unter den Prognosebegriff verworfen werden. Klammert man diese vereinzelt gebliebenen Stimmen aus der Betrachtung aus, so kann aufgrund weit überwiegender Einigkeit in der Begriffsbildung nach hier vertretener Auffassung durchaus davon gesprochen werden, dass sich entsprechend der oben verwendeten Definition nunmehr auch ein allgemeiner juristischer Prognosebegriff herausgebildet hat, der nicht nur im öffentlichen- und im Strafrecht, sondern gleichsam auch im Zivilrecht als Ausgangspunkt entsprechender Untersuchungen herhalten kann.[94]

b) Terminologie privatrechtlicher Prognosen

Dieser Grundbegriff lässt sich auch für das Privatrecht wiederum in verschiedene Aspekte zerlegen, die ihrerseits jeweils einer eingehenden Untersuchung bedürfen. Unterscheiden lässt sich insoweit zunächst zwischen Prognosegrundlage, Prognoseereignis und Wahrscheinlichkeits-

93 *Darnstädt*, Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge 1983, S. 10; *Gentges*, Prognoseprobleme im Kündigungsschutzrecht 1995, S. 59.

94 Abweichend zur Feststellung eines allgemeinen juristischen Prognosebegriffs noch *Schwabenhauer/Kling*, VerwArch 101 (2010), 231, 232; *Leber*, Dynamische Effizienzen 2018, S. 28.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

maß.[95] Hierbei umschreibt die *Prognosegrundlage* die gegenwärtigen Tatsachen und Erfahrungssätze, auf denen die Prognose fußt und das *Prognoseereignis* den zukünftigen Sachverhalt, der vorhergesagt werden soll.[96] Von der wissenschaftstheoretischen Aufspaltung des Prognosebegriffs unterscheidet sich diese Trennung nur terminologisch; Der Sache nach fragt auch die Rechtswissenschaft nach *Explanandum* (Prognoseereignis) und *Explanans* (Prognosegrundlage), das *Prognoseergebnis* ist hier wie dort die Feststellung, dass das Prognoseereignis mit einer bestimmten Wahrscheinlichkeit eintreten wird.[97] Ob das ermittelte Prognoseergebnis nunmehr die fragliche Rechtsfolge gestattet und damit eine *Prognoseentscheidung* erlaubt, ist sodann eine Frage des erforderlichen *Wahrscheinlichkeitsmaßes*, das insoweit eine normativ zu konkretisierende Größe bildet.[98] Zusätzlich ist im privatrechtlichen Kontext danach zu fragen, welche Normen dem Rechtsanwender überhaupt Prognosen abverlangen (*Prognosenormen*) und welcher *Prognosezeitpunkt* maßgeblich sein soll. Den Ausgangspunkt zur Beantwortung all dieser Fragen kann nur das Gesetz bilden.[99] Hierbei ist festzustellen, dass sich der Gesetzgeber verkörpert in Gestalt der von ihm gesetzten Normen zu allen oben aufgeworfenen Fragen auch und gerade im Bereich der Privatrechts häufig nur vage äußert, sodass es von großer Bedeutung ist, sich ebendiesen Fragen unter Rückgriff auf die rechtswissenschaftliche Methodik zu nähern.

2. Privatrechtliche Prognosenormen

Dies gilt zuvorderst für die Feststellung, ob eine privatrechtliche Norm dem Rechtsanwender auf Tatbestandsebene[100] überhaupt eine Prognose abverlangt. Zivilrechtliche Normen, die in dieser Art Rechtsfolgen an ein

95 Übersichtlich und mit nahezu identischer Terminologie hierzu *Schwabenhauer/Kling*, VerwArch 101 (2010), 231, 232; ebenso *Leber*, Dynamische Effizienzen 2018, S. 30.

96 *Schwabenhauer/Kling*, VerwArch 101 (2010), 231, 232.

97 Ebenso *dies.*, VerwArch 101 (2010), 231, 232.

98 Ebd.

99 Insofern unterscheidet sich die juristische Auseinandersetzung elementar von Prognosefragen in anderen Wissenschaften: Während dort jeweils autonom (zumeist durch Auftraggeber) festgelegt werden kann, wie die Prognose im Einzelnen anzustellen ist, ist hier lediglich der Gesetzgeber „Auftraggeber" der Prognosen.

100 Prognosen zur Konkretisierung des Normgehalts an sich sollen dagegen nicht Gegenstand der weiteren Betrachtung sein, vgl. zu dieser Abgrenzung *Darnstädt*, Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge 1983, S. 12.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zukünftiges Ereignis knüpfen, seien als privatrechtliche *Prognosenormen*[101], deren Tatbestand als *Prognosetatbestand* und das maßgebliche Tatbestandsmerkmal als *Prognosebegriff*[102] bezeichnet. Der Terminus des Prognosebegriffs darf jedoch keinesfalls dahingehend missverstanden werden, dass die Einordnung einer Norm als Prognosenorm sich semantisch stets an einem bestimmten Wort festmachen ließe. Zwar gibt es auch in privatrechtlichen Tatbeständen durchaus Signalwörter, die regelmäßig als Prognosebegriffe klassifiziert werden können (dazu sogleich unter a), doch ist der Prognosenormcharakter einer Vorschrift in vielen (und den hier besonders interessierenden) Fällen erst durch Auslegung der Norm ausfindig zu machen (dazu unter b).[103]

a) Typische privatrechtliche Prognosebegriffe

Bei dem Begriff der Prognose handelt es sich nicht um einen privatrechtlichen Rechtsbegriff[104], sodass hier nur auf andere Umschreibungen und Begriffe zurückgegriffen werden kann, die in den weit überwiegenden Fällen und damit typischerweise Prognosecharakter aufweisen. Gleichwohl sei vor einem automatisierten Schluss von den nachfolgenden Begriffen auf die Eigenschaft einer Rechtsvorschrift als Prognosenorm bereits an dieser Stelle eindringlich gewarnt: Das Auffinden der entsprechenden Signalbegriffe kann zwar ein überaus gewichtiger Hinweis auf den Prognosecharakter einer Norm sein, von der weiteren Erforschung des Normgehalts durch Auslegung befreit es jedoch nicht zwangsläufig; eine stringente terminolo-

101 *Koller*, Theorie des Rechts, 2. Aufl. 1997, S. 208 f.; für das öffentliche Recht ebenso *Nierhaus*, DVBl 1977, 19, 21 f. sowie *Darnstädt*, Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge 1983, S. 12, der freilich wie bereits bemerkt auf den Zukunftsbezug als Merkmal verzichten will.

102 *Schwabenhauer/Kling*, VerwArch 101 (2010), 231, 232; *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre 1982, S. 206; *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 159; etwas abweichend *Darnstädt*, Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge 1983, S. 1, der das einzelne Tatbestandsmerkmal (also den Prognosebegriff) vereinfacht als Prognose-Tatbestand bezeichnet; kritisch zur Anerkennung einer eigenen Kategorie des Prognosebegriffs (für das öffentliche Recht) *Müller-Glöge*, Verwaltungsgerichtliche Kontrolle 1982, S. 15; *Ibler*, Rechtspflegender Rechtsschutz im Verwaltungsrecht 1999, S. 49.

103 Für das Strafrecht unterscheidet auch *Pollähne*, Kriminalprognostik 2011, S. 13 ff. zwischen Signalbegriffen und „versteckten Prognoseklauseln".

104 Und wohl auch ganz allgemein nicht um einen Rechtsbegriff, vgl. für das Strafrecht *ders.*, Kriminalprognostik 2011, S. 13.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

gische Systematik der Prognosebegriffe ist auch im Privatrecht nicht auszumachen.[105] Dabei soll sich die Betrachtung hier auf materiell-rechtliche Normen beschränken.

aa) Wahrscheinlichkeit

Wohl die engste terminologische Verbindung zur Prognose ist – wie sich bereits zwanglos aus den bisherigen Ausführungen ergibt – dem Begriff der „Wahrscheinlichkeit" zu eigen. Auch dieser findet sich im geschriebenen Privatrecht jedoch eher selten, am prominentesten wohl in § 19 Abs. 2 S. 1 InsO, bei dem zur Feststellung einer Überschuldung einhellig anerkannt ist, dass eine sog. Fortführungsprognose (oder: Fortbestehensprognose) anzustellen ist.[106] Erwähnenswert erscheint auch § 505a Abs. 1 S. 2 BGB, der einem Darlehensgeber den Abschluss eines Immobiliar-Verbraucherdarlehensvertrages nur erlaubt, wenn wahrscheinlich ist, dass der Darlehensnehmer seinen Verpflichtungen vertragsgemäß nachkommen wird. Auch in diesem Zusammenhang wird dem Darlehensgeber eine Prognose hinsichtlich der Vertragserfüllung abverlangt.[107] Ein mahnendes Gegenbeispiel wiederum bildet § 498 Abs. 2 S. 2 HGB, der zwar im Rahmen einer Beweiserleichterung im Frachtrecht den Wahrscheinlichkeitsbegriff enthält, allerdings keinerlei Zukunftsbezug aufweist und daher keine Prognose erfordert.[108]

bb) Gefahr/Bedrohung/Besorgnis/Erwartung

Besonders häufig werden Prognosen auch im Privatrecht jedoch im Zusammenhang mit den Begrifflichkeiten der „Gefahr" oder der „Gefährdung" relevant[109], was daher rührt, dass unter Gefahr auch im zivilrechtlichen Kontext die Wahrscheinlichkeit eines zukünftigen schädlichen Ereignis-

105 Für das Strafrecht ebenso *ders.*, Kriminalprognostik 2011, S. 14.
106 Vgl. nur Andres/Leithaus/*Leithaus*, § 19 InsO Rn. 6; BeckOK-InsO/*Wolfer*, § 19 InsO Rn. 10; *Schmidt*, in: ders. (Hrsg.), Insolvenzordnung 2016, § 19 InsO Rn. 46.
107 Dazu MüKo-BGB/*Weber/Schürnbrand*, § 505a BGB Rn. 6; *Artz*, in: Bülow/Artz (Hrsg.), Verbraucherkreditrecht 2019, § 505a BGB Rn. 10.
108 Vielmehr soll die entsprechende Regelung bei unsicherer Diagnose greifen.
109 Für das Strafrecht zum Charakter dieser Begriffe als Prognosebegriffe *Pollähne*, Kriminalprognostik 2011, S. 14 f. und *Walter*, JZ 2006, 340, 341 f.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ses verstanden wird.[110] Es kann daher kaum überraschen, dass der Prognosecharakter der (Auflistung bei weitem nicht abschließend) §§ 1666 Abs. 1, 1667 BGB (Gefährdung für Kindeswohl bzw. Kindesvermögen), § 1906 Abs. 1 Nr. 1 BGB (Gefahr für Betreutenwohl), § 908 BGB (Gefahr eines Gebäudeeinsturzes), § 1133 S. 1 BGB (Hypothekengefährdung) oder § 228 BGB (Notstand bei Gefahr für Rechtsgüter) einhellig anerkannt ist.[111] Eng verwandt hiermit sind die Begriffe der „Bedrohung", der „Besorgnis"[112] oder der „Befürchtung", die im Privatrecht unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der entsprechenden Regelungen faktisch synonym zum Gefahr-/Gefährlichkeitsbegriff verwendet werden.[113] Auch drohende, zu besorgende oder zu befürchtende Ereignisse sind solche, die nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit und nur in Zukunft auftreten können, sodass diese drei Begriffe ebenfalls typische Prognosebegriffe darstellen. Folglich besteht auch kein Streit darüber, dass § 18 Abs. 1 InsO (drohende Zahlungsunfähigkeit), § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB (drohender Gesundheitsschaden für Betreuten; die Austauschbarkeit mit dem Begriff der Gesundheitsgefahr ist hier aufgrund des direkten Vergleichs zu Nr. 1 besonders offensichtlich) genauso wie die §§ 1004 Abs. 1 S. 2, 862 Abs. 1 S. 2, 12 S. 2 BGB (jeweils Unterlassungsansprüche bei Besorgnis weiterer Beeinträchtigungen), § 2249 Abs. 1 S. 1 BGB (Besorgnis der Testierunfähigkeit) und § 1385 Nr. 2 BGB (Befürchtung von Handlungen zur Vereitelung des Ausgleichsanspruchs) jeweils als Prognosetatbestände zu qualifizieren sind.[114] Beispiele wie

110 *Nell*, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen 1983, S. 15.

111 Auf den Prognosenormcharakter dieser Vorschriften wird in der Literatur daher jeweils nur mehr oder weniger beiläufig hingewiesen, siehe *Kemper*, in: Schulze (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch 2019, § 1666 BGB Rn. 2; BeckOGK-BGB/*Burghart*, § 1666 BGB Rn. 90 (für § 1666 BGB); *Marschner*, in: Jürgens (Hrsg.), Betreuungsrecht 2019, § 1906 BGB Rn. 10 (für § 1906 BGB); BeckOGK-BGB/*Kiehnle*, § 1133 BGB Rn. 16 (für § 1133 BGB); Erman-BGB/*Wagner*, § 228 BGB Rn. 3 (für § 228 BGB; auch *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand 2002, S. 171 ff. spricht fortwährend von „Gefahrenprognose").

112 So auch *Nell*, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen 1983, S. 15.

113 Hierzu für das Strafrecht plastisch *Pollähne*, Kriminalprognostik 2011, S. 15: „Wo Gefahren umgehen, grassiert die Furcht".

114 Vgl. nur Andres/Leithaus/*Leithaus*, § 18 InsO Rn. 4; BeckOK-InsO/*Wolfer*, § 18 InsO Rn. 21; *Schmidt*, in: ders. (Hrsg.), Insolvenzordnung 2016, § 18 InsO Rn. 11 (für § 18 InsO); *Marschner*, in: Jürgens (Hrsg.), Betreuungsrecht 2019, § 1906 BGB Rn. 19 (für § 1906 BGB); für § 1004 BGB siehe nur BeckOK-BGB/*Fritzsche*, § 1004 BGB Rn. 87, die entsprechenden Ausführungen lassen sich hinsichtlich der Feststellung des Prognosecharakters der Norm auf andere insoweit wortgleich formulierte Unterlassungsansprüche übertragen; für § 2249 BGB deutlich *Regenfus*, JR 2012, 137.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

§ 908 BGB (drohender Gebäudeeinsturz) oder § 228 BGB (Notstand bei drohendem Schaden) zeigen gar, dass die entsprechenden Begriffe durchaus sogar in Kombination („drohende Gefahr") verwendet werden. Weniger negativ konnotiert kommt der Signalbegriff der „Erwartung" daher, der beispielsweise in § 1565 Abs. 1 S. 2 BGB (Scheitern der Ehe nur, wenn auch Wiederherstellung der Lebensgemeinschaft nicht erwartet werden kann) enthalten ist und ebenfalls eine Beurteilung der Zukunft, mithin eine Prognose impliziert.[115]

cc) Erforderlichkeit

Bereits zum öffentlichen Recht wurde festgehalten[116], dass Prognosen außerdem häufig im Zusammenhang mit Verhältnismäßigkeitserwägungen virulent werden. Die Feststellung, dass das Regulierungsinstrument des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes von Prognosen abhängig ist[117], ist derweil ohne Weiteres auch auf das Privatrecht übertragbar.[118] Daher lässt sich postulieren, dass insbesondere der Begriff der „Erforderlichkeit" – Teilgrundsatz des Verhältnismäßigkeitsprinzips – als typischer Prognosebegriff einzuordnen ist.[119] Dementsprechend sind beispielsweise Vorschriften wie die § 637 Abs. 1 BGB, § 670 BGB, § 1648 BGB, § 2124 Abs. 2 BGB, § 110 HGB (jeweils Ersatz erforderlicher Aufwendungen) oder die §§ 40 Abs. 2, 37 Abs. 2, Abs. 6 S. 1, 39 Abs. 3 BetrVG (jeweils Beschränkung der Übernahme von Kosten der betrieblichen Mitbestimmung auf ein erforderliches Maß) ganz zwanglos als Prognosenormen zu klassifizieren. Eine besondere Stellung nehmen insoweit Regelungen wie die § 1666 Abs. 1 BGB, § 1906

115 Vgl. nur *Kappler*, in: Henrich/Althammer (Hrsg.), Familienrecht 2020, § 1565 BGB Rn. 19; Jauernig/*Budzikiewicz*, § 1565 BGB Rn. 2; *Kemper*, in: Schulze (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch 2019, § 1565 BGB Rn. 4.

116 Siehe oben B. I. 3. a) .

117 Siehe nur *Clérico*, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit 2001, S. 46 ff., 109 ff.; *Dechsling*, Verhältnismäßigkeitsgebot 1989, S. 2; *Haverkate*, Rechtsfragen des Leistungsstaats 1983, S. 248; *Hirschberg*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit 1981, S. 51 ff.

118 Vor allem *Bieder*, Verhältnismäßigkeitsprinzip 2007, S. 82; *ders.*, in: Kreutz/Renftle/Faber u.a. (Hrsg.), Realitäten des Zivilrechts, Grenzen des Zivilrechts 2012, S. 23, 25; ebenso in der Sache *Holly*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit 1989, S. 57 ff. (für das Kündigungsrecht); *Kreuz*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit 1988, S. 124 ff. (für das Arbeitskampfrecht) und *Stubbe*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit 2002, S. 38, 40 (für den Gesellschafterausschluss).

119 So auch *Regenfus*, JR 2012, 137; für das Strafrecht ebenso *Pollähne*, Kriminalprognostik 2011, S. 16 f.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Abs. 1 BGB, § 908 BGB oder § 228 BGB ein, die bereits im Zusammenhang mit dem Gefahrbegriff genannt wurden, neben der Gefahrprognose aber zusätzlich auch das Tatbestandsmerkmal der Erforderlichkeit enthalten und daher im Ergebnis gar nach zwei (voneinander abzugrenzenden) Prognosen verlangen.

Auch die in der privatrechtlichen Terminologie weitgehend synonym verwendete Formulierung einer „Notwendigkeit“[120] weist regelmäßig auf das Vorliegen einer Prognosenorm hin. Derlei Vorschriften finden sich dabei vor allem im Recht des Verwendungsersatzes beispielweise in den §§ 536a Abs. 2, 590b BGB (notwendige Verwendungen des Mieters bzw. Landpächters), § 994 Abs. 1 BGB (notwendige Verwendungen des Besitzers) oder § 347 Abs. 2 S. 1 BGB (notwendige Verwendungen nach Rücktritt).

b) Bedeutung der Auslegung zur Feststellung von Prognosetatbeständen

Jenseits dieser verhältnismäßig unproblematischen Fälle kann sich der Rechtsanwender nicht damit begnügen, die mithilfe eines Signalbegriffs getroffene Feststellung einer Prognosenorm lediglich einer kritischen Überprüfung durch Auslegung zu unterziehen; er muss vielmehr durch dezidierte Anwendung der unterschiedlichen Auslegungsmethoden den Prognosetatbestand aus mehr oder weniger vagen Gesetzesformulierungen autonom extrahieren.[121]

aa) Wortlaut/Systematik/Historie

Eine solche Auslegung hat wie üblich vom Wortlaut der zu untersuchenden Norm auszugehen.[122] Hier ist zu berücksichtigen, dass die soeben exemplarisch genannten typischen Prognosebegriffe keine gleichsam abschließende

120 *Bieder*, Verhältnismäßigkeitsprinzip 2007, S. 212.

121 Der Hinweis von *Regenfus*, JR 2012, 137, die Notwendigkeit einer Prognose ergebe sich stets aus dem Normzusammenhang oder aus der Natur der Sache ist daher zu oberflächlich, es sind vielmehr zumindest alle vier traditionellen Auslegungscanones heranzuziehen.

122 *Larenz*, Methodenlehre, 6. Aufl. 1991, S. 320; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, 3. Aufl. 1995, S. 141; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 12. Aufl. 2022, Rn. 731; *Reimer*, Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 281.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Aufzählung darstellen, sondern weitere Begrifflichkeiten, Formulierungen und grammatikalische Besonderheiten auf den Prognosecharakter einer Norm schließen lassen können. So können Formulierungen im Konjunktiv[123] oder in einem Futur-Tempus als erster Anhaltspunkt durchaus für das zukunftsorientierte Konditionalprogramm einer Regelung und daher für deren Prognosecharakter sprechen. Begriffe, die eng mit den genannten Signalbegriffen verwandt sind oder einen ähnlichen Bedeutungsgehalt aufweisen, deuten ebenfalls regelmäßig auf das Vorliegen eines Prognosetatbestandes hin.

Daran anschließend ist nach dem inneren Zusammenhang der Gesetzgebung[124], mithin nach systematischen Anhaltspunkten für das Vorliegen eines Prognosetatbestands zu fragen.[125] Schon die bisherigen rechtlichen Einblicke lassen jedoch insbesondere unter Verweis auf die von Norm zu Norm differierende „Prognoseterminologie" den Schluss zu, dass eine geschlossene gesetzliche Prognosesystematik in Bezug auf das gesamte Privatrecht nicht existiert.[126] Daher geht es jedenfalls nicht an, allein aufgrund des Fehlens eines typischen Prognosebegriffs – per argumentum e contrario[127] – vorschnell den Prognosecharakter einer Vorschrift zu verneinen. Dies schließt jedoch nicht aus, dass für bestimmte Normenkomplexe durchaus systematische Argumente die Feststellung eines Prognosetatbestandes erleichtern können. So ergibt sich beispielweise aus der Feststellung, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im geschriebenen Recht stets mit Prognosen verbunden ist, die Folgerung, dass auch solche Normen als Prognosenormen einzuordnen sind, deren Tatbestand ungeschrieben Verhältnismäßigkeitserwägungen erfordert.[128] Ob auch andere Teilbereiche

123 So für das Strafrecht auch *Pollähne*, Kriminalprognostik 2011, S. 17.

124 Allgemein zur systematischen Auslegung nur *Larenz*, Methodenlehre, 6. Aufl. 1991, S. 324 ff.; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 12. Aufl. 2022, Rn. 744 ff.

125 Für diese Reihenfolge der Methodenanwendung für Gesetzestexte in „mangelhaftem Zustand" – zu denen die als problematisch zu klassifizierenden Prognosetatbestände aufgrund ihrer insoweit festzustellenden Unbestimmtheit sicher zu rechnen sind – schon *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts Bd. 1 1840, S. 223 ff.; in neuerer Zeit beispielsweise *Larenz*, Methodenlehre, 6. Aufl. 1991, S. 343 ff.

126 Für das Strafrecht mit derselben Erkenntnis *Pollähne*, Kriminalprognostik 2011, S. 17.

127 Hierzu als Element der systematischen Auslegung nur *Reimer*, Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 319.

128 Ob dem so ist, ist eine hiervon unabhängige und im Einzelfall ebenfalls schwer zu beantwortende Frage, hierzu umfassend *Bieder*, Verhältnismäßigkeitsprinzip 2007, S. 183 ff., 259 ff., der das ungeschriebene Verhältnismäßigkeitsprinzip lediglich bei der Kollision mit absolut geschützten Rechten oder deliktisch geschützten Rahmen-

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

des Privatrechts in ähnlicher Weise von einer Prognosesystematik geprägt sind, wird noch zu untersuchen sein.

Weniger ergiebig erscheint zumindest im Regelfall die Erforschung der Gesetzeshistorie[129], hält sich der Gesetzgeber soweit ersichtlich doch insbesondere in den Gesetzesmaterialien[130] mit Äußerungen zum Prognosecharakter von Normen gerade in Zweifelsfällen weitreichend zurück. Dennoch erscheint es zumindest nicht ausgeschlossen, dass ausnahmsweise auch die historische Auslegung Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Prognosenorm liefern kann.

bb) Zweckorientierte Auslegung

Lässt sich nach grammatikalischer, systematischer und historischer Auslegung schließlich der Prognosecharakter einer Norm nicht mit hinreichender Gewissheit ermitteln, so sind zuletzt objektiv-teleologische Kriterien zur Bestimmung privatrechtlicher Prognosetatbestände hinzuzuziehen.[131]

Hierfür soll angenommen werden, dass es typische Gesetzeszwecke gibt, die in objektiv sinnvoller Weise nur erreicht werden können, wenn eine in der jeweiligen Vorschrift angeordnete Rechtfolge an zukünftige und überdies (bloß) wahrscheinliche Entwicklungen anknüpft. Eine solche Typisierung unterschiedlicher Prognosenormzwecke ist auch in anderen Rechtsgebieten zuweilen anzutreffen, im Privatrecht bisher jedoch weitgehend unbeachtet geblieben ist.[132] So werden nach dem Prognosezweck im öffentlichen Recht mal Planungs-, Gefahrenabwehr-, und Sicherungsprognosen[133], mal

rechten sowie bei Ausübung fremdnütziger Rechtspositionen vollumfänglich zur Anwendung bringen möchte.

129 Instruktiv zu dieser Auslegungsmethode beispielsweise *Reimer*, Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 347 ff.; *Larenz*, Methodenlehre, 6. Aufl. 1991, S. 328 ff.

130 Zu diesen als bedeutender Erkenntnisquelle der historischen (genauer: genetischen) Auslegung *Reimer*, Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 350; *Larenz*, Methodenlehre, 6. Aufl. 1991, S. 330.

131 *Larenz*, Methodenlehre, 6. Aufl. 1991, S. 333; allgemein zur teleologischen Auslegung beispielsweise *Reimer*, Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 357 ff. m. w. N.

132 Soweit ersichtlich knüpft lediglich *Gentges*, Prognoseprobleme im Kündigungsschutzrecht 1995, S. 42 f. für das Privatrecht teilweise an eine solche Typisierung an, wenngleich die von diesem vorgeschlagenen Differenzierungen in der Sache nicht vollends überzeugen können.

133 So *Leber*, Dynamische Effizienzen 2018, S. 29.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Verhältnismäßigkeits-, Beurteilungs- und Gefahrprognosen[134] voneinander unterschieden. Dass zumindest Verhältnismäßigkeitsprognosen auch im Privatrecht von besonderer Relevanz sind, wurde hier bereits festgestellt. Zwar ist es aufgrund der schier unendlich erscheinenden Vielzahl privatrechtlicher Prognosenormen nicht möglich, all diese Normen einem abschließenden und gleichsam übersichtlichen Katalog typischer Prognosezwecke zuzuordnen, doch sollen hier dennoch einige wiederkehrend anzutreffende Prognosenormzwecke für die weitere Untersuchung exemplarisch herausgegriffen werden. Dies erscheint sinnvoll, da eine solche Zwecktypisierung zum einen die Bestimmung von Prognosenormen erleichtern kann und zum anderen davon auszugehen ist, dass zweckähnliche Prognosenormen auch vergleichbare Problematiken aufweisen, die zumindest potenziell einer ähnlichen (und damit kohärenten) Lösung zugeführt werden können.

c) Typische Prognosenormzwecke im Privatrecht

aa) Störungs- und Konfliktvorbeugung

Als Musterbeispiel für einen typischen Prognosenormzweck kann zuvorderst auf die zivilrechtliche Störungs- und Konfliktvorbeugung (Prävention) verwiesen werden[135]: Verfolgt eine Norm den Zweck, eine bestimmte[136], zumeist rechtlich missbilligte[137], erstmalige oder wiederholte Veränderung zu verhüten oder deren Folgen zu begrenzen, so ist regelmäßig zunächst die hinreichende Wahrscheinlichkeit ebendieser Veränderung festzustellen. Kann in Bezug auf die zu untersuchende Regelung daher (zumindest auch)

134 *Koch/Rubel/Heselhaus*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2003, S. 230.

135 Auf diesen Zweck von Prognosen im Recht stellt beispielsweise auch *Bieder*, in: Kreutz/Renftle/Faber u.a. (Hrsg.), Realitäten des Zivilrechts, Grenzen des Zivilrechts 2012, S. 23, 24 vorrangig ab.

136 Nicht angesprochen werden soll hiermit die übergeordnete Präventionsfunktion einiger Normen und Normenkomplexe im Sinne einer (generellen oder individuellen) Verhaltenssteuerung wie sie beispielsweise für das Schadensrecht diskutiert wird, vgl. hierzu ausführlich *Möller*, Das Präventionsprinzip des Schadensrechts 2006, passim.

137 *Feuchte*, Die Verwaltung 1977, 291, 305 stellt richtigerweise heraus, dass es sich bei der Analyse von Prognosetatbeständen im Recht stets lohnt danach zu fragen, ob die vorhergesagte Zukunft von Gesetzes wegen gebilligt, in Kauf genommen oder verhindert werden soll; so im Anschluss daran auch *Hoppe*, FG 25 Jahre BVerwG 1978, S. 295, 309.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ein solcher Normzweck ermittelt werden, so wird in aller Regel davon auszugehen sein, dass die entsprechende Vorschrift eine Prognosenorm darstellt.[138] Dabei kann typologisch weiter zwischen Prävention im engeren Sinne und Vorsorge unterschieden werden.[139]

(1) Prävention im engeren Sinne/Gefahrenabwehr

Präventionszwecke im engeren Sinne verfolgen solche Normen, die auf Rechtsfolgenseite Maßnahmen zur zielgerichteten Verhinderung eines Prognoseereignisses zulassen oder vorsehen.[140] Dieser Prognosenormtypus findet sich vor allem im Bereich der „klassischen" privatrechtlichen Gefahrenabwehr[141] und ist durch die Besonderheit gekennzeichnet, dass die zugrunde liegenden Prognosen – zumindest wenn sich die daraufhin ergriffene Maßnahme als abwehrtauglich erweist – mittelbar einen selbstzerstörerischen Effekt[142] aufweisen. Prävention in diesem eng verstandenen Sinne ist jedoch nur in Bezug auf solche Prognoseereignisse denkbar, die durch rechtlich vorgesehene Maßnahmen überhaupt abwendbar sind: Ein Gesundheitsschaden kann durch eine Notstandshandlung (§ 228 BGB) verhindert, ein Gebäudeeinsturz (§ 908 BGB) durch das Ergreifen von Stabilisierungsmaßnahmen vereitelt werden.

138 Für das Tatbestandsmerkmal der Zuverlässigkeit im Verwaltungsrecht gehen auch *Schwabenhauer/Kling*, VerwArch 101 (2010), 231, 248 f. davon aus, dass bei teleologischer Betrachtung der Präventionszweck der untersuchten Norm auf das Vorliegen eines Prognosetatbestandes schließen lässt.

139 Diese Unterscheidung knüpft an die in der Präventionsforschung in der Sozialwissenschaft bekannte Differenzierung zwischen Risikovermeidung und Risikomanagement an, vgl. hierzu *Bröckling*, Behemoth. A Journal on Civilisation 1 (2008), 38, 41.

140 So für den Musterfall der Gefahrenprognose auch *Gentges*, Prognoseprobleme im Kündigungsschutzrecht 1995, S. 43.

141 Auf diesen Bereich weist auch *ders.*, Prognoseprobleme im Kündigungsschutzrecht 1995, S. 43 hin, der allerdings den Begriff der „Gefahrprognosen" pauschal für alle Arten von vorbeugenden Vermeidungsprognosen nutzt.

142 Zu selbstzerstörenden Prognosen *Picot*, DB 1977, 2149, 2151; *Nierhaus*, DVBl 1977, 19, 25; *Tettinger*, DVBl 1982, 421, 424; von einem bloß mittelbar selbstzerstörenden Effekt wird hier gesprochen, da genau genommen nicht die Prognose selbst, sondern lediglich die auf ihrer Basis durch die Prognosenorm gestatteten Maßnahmen unmittelbar zu einer Änderung der tatsächlichen Lage führen.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

(2) Vorsorge

Das Recht reagiert jedoch zusätzlich auf Situationen, in denen Maßnahmen zur Verhinderung eines bestimmten Ereignisses keinen Erfolg (mehr) versprechen, eine zukünftige, sich aus dem Zusammenspiel mehrerer Faktoren ergebende Veränderung aber dennoch rechtlich missbilligt ist. In derartigen Fällen können Normen lediglich eine präventive Adaption (Vorsorge) bezwecken[143] und halten daher Rechtsfolgen bereit, die vorbeugend eine bloße Anpassung an die als wahrscheinlich erkannte Veränderung ermöglichen. So kann zwar der Tod einer Person als solcher mit rechtlich vorgesehenen Mitteln oft nicht verhindert werden, doch sieht § 2249 Abs. 1 S. 1 BGB zur Anpassung die Möglichkeit eines Nottestaments vor dem Bürgermeister vor. Solcherlei Vorsorgeprognosen teilen den selbstzerstörenden Charakter der Abwehrprognosen nicht in gleichem Maße und werfen daher im Zusammenhang mit ihrer Überprüfung abweichende Fragen auf.

Freilich ist zu bemerken, dass je nach genauer Formulierung des Prognoseereignisses Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Prognosenormen mit Vorsorge- und solchen mit Gefahrenabwehrzweck auftreten können, weil sich die Abwehr letztlich nur als die schärfste Form der Vorsorge darstellt[144]; Für eine typologische Einordnung ist jedoch das Abstellen auf den übergeordneten Prognosenormzweck der Störungs- oder Konfliktvorbeugung vollkommen ausreichend.

bb) Anpassung

Zuweilen sind Rechtsnormen des Privatrechts jedoch nicht lediglich veränderungsorientiert formuliert, sondern knüpfen demgegenüber gerade an die Kontinuität bestimmter Faktoren für einen näher zu bestimmenden Zeitraum an.[145] Mit anderen Worten erlaubt oder verlangt das Recht in solchen Fällen eine Anpassung der Rechtslage an bestimmte Zustände nur un-

143 Ob auch *Leber*, Dynamische Effizienzen 2018, S. 29 diesen Vorsorgezweck von (öffentlich-rechtlichen) Prognosen meint, wenn er von der „Sicherung des Status Quo" spricht, wird aus dem Zusammenhang nicht zweifelsfrei deutlich.

144 Würde man im Kontext des § 2249 BGB beispielsweise nicht den „Tod", sondern den „Tod vor Testamentsabfassung" als maßgebliches Prognoseereignis betrachten, so könnte man die Vorschrift zwecktypologisch auch zwanglos der Prävention im engeren Sinne und damit der Gefahrenabwehr zuordnen.

145 *Meinel/Bauer*, NZA 1999, 575, 576 f. nutzen in diesem Zusammenhang den Begriff der Stabilitätsprognose.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ter der einschränkenden Voraussetzung, dass ebendiese Zustände für einen gewissen zukünftigen Zeitraum als wahrscheinlich konstant angenommen werden können. Leiharbeitnehmer sind im Betriebsverfassungsrecht nur dann wahlberechtigt, wenn eine Einsatzzeit im Entleiherbetrieb von mindestens drei Monaten prognostiziert werden kann (§ 7 S. 2 BetrVG), Ehescheidungen nur dann statthaft, wenn eine Wiederherstellung der Lebensgemeinschaft dauerhaft ausgeschlossen erscheint (§ 1565 Abs. 1 S. 2 BGB). Bezweckt eine Norm daher die dauerhafte oder zumindest zeitweilige Anpassung an zukünftige Zustände, so kann dies häufig ebenfalls als starkes Indiz für die Charakterisierung einer Norm als Prognosenorm gedeutet werden.

III. Ziel und Gang der Untersuchung

Die nunmehr vorgenommenen Typisierungen in Bezug auf Terminologie und Telos von Prognosenormen dürfen trotz ihres Wertes für die weitere Untersuchung nicht darüber hinwegtäuschen, dass eine gleichsam übergreifende wie erschöpfende Systematisierung von Prognosenormen im Privatrecht je nach Herangehensweise entweder utopisch oder aber sachwidrig erscheint[146]: Utopisch dann, wenn der Versuch unternommen würde, alle Prognosenormen des Privatrechts zu identifizieren und Gemeinsamkeiten, Unterschiede und Widersprüche in deren Anwendung differenzierend aufzudecken; Sachwidrig dann, wenn bei dem Versuch der Systematisierung der äußerst heterogenen Prognosenormen lediglich der größte gemeinsame Nenner gesucht und jede dezidierte Problemuntersuchung unterbleiben würde.[147]

Vor dem Hintergrund dieser Erkenntnis soll diese Arbeit den Spagat wagen zwischen der ausdifferenzierten Untersuchung einzelner privatrechtlicher Prognosenormen und der Suche nach übergreifenden und verallgemeinerungsfähigen Strukturen. Hierfür soll zunächst der Untersuchungsgegenstand in sinnvoller Weise final konkretisiert und sodann Gang und Methoden der weiteren Untersuchung vorgestellt werden.

146 Die von *Bieder*, in: Kreutz/Renftle/Faber u.a. (Hrsg.), Realitäten des Zivilrechts, Grenzen des Zivilrechts 2012, S. 23, 25 geäußerte Hoffnung auf eine „geschlossene Systematik oder umfassende Methodik privatrechtlicher Prognoseentscheidungen" lässt sich daher in dieser Absolutheit vermutlich (und in dieser Arbeit mit Rücksicht auf den Umfang ganz sicher) nicht vollends erfüllen.

147 Die Untersuchung strafrechtlicher Prognoseprobleme aus ähnlichen Gründen einschränkend *Frisch*, Prognoseentscheidungen im Strafrecht 1983, S. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

1. Konkretisierung des Untersuchungsgegenstandes

Die Konkretisierung des Untersuchungsgegenstandes durch nähere Kategorisierung von Prognosenormen könnte theoretisch anhand einer Vielzahl weiterer Trennlinien erfolgen. So wird im öffentlich-rechtlichen Schrifttum häufig nach dem Umfang einer Prognose zwischen Global-, General-, und Einzelfallprognose[148], nach dem Prognosegegenstand zwischen Verhaltens- und Zustandsprognose[149] und hinsichtlich des Prognostizierenden zwischen Legislativ-, Judikativ- und Administrativprognose[150] unterschieden.[151] Im Strafrecht wird teils auch eine Differenzierung entsprechend dem Prognosehorizont nach lang-, mittel- und kurzfristigen Prognosen vorgeschlagen.[152] Derartige Kategorisierungen, die an den unterschiedlichen Aspekten des Prognosetatbestands ansetzen, begegnen keinen grundsätzlichen Bedenken und lassen sich zumindest zum Teil auch für die privatrechtliche Rechtsdiskussion fruchtbar machen.[153]

Zum Zwecke der Konkretisierung des hiesigen Untersuchungsgegenstandes erscheinen die soeben vorgeschlagenen Kategorisierungen dennoch ungeeignet, knüpfen sie doch an Kriterien an, die in den pathologischen Fällen gerade der genaueren Untersuchung bedürfen. Sinnvoller erscheint es vielmehr, die weitere Verengung anhand einer systematischen Trennlinie vorzunehmen, die in anderen Rechtsgebieten nur eingeschränkt oder gar nicht möglich, im Privatrecht jedoch von herausgehobener Bedeutung ist:

148 *Breuer*, Der Staat 1977, 21, 32; *Ossenbühl*, FS Menger 1985, S. 731, 734.

149 Zu den besonderen Problemen der Verhaltensprognose nur *Schwabenhauer/Kling*, VerwArch 101 (2010), 231, 243.

150 Zwischen Legislativ- und Exekutivprognosen differenzieren für die Feststellung eines Prognosespielraums beispielsweise *Ossenbühl*, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz Band I 1976, S. 458, 504; *ders.*, FS Menger 1985, S. 731, 734; *Breuer*, Der Staat 1977, 21, 25; auf die Unterscheidung von originären Gerichtsprognosen und der Kontrolle fremder (v.a. administrativer) Prognosen weisen *Schwabenhauer/Kling*, VerwArch 101 (2010), 231, 234 und *Ossenbühl*, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz Band I 1976, S. 458, 497 hin.

151 Zusammenfassend *Schwabenhauer/Kling*, VerwArch 101 (2010), 231, 232; *Leber*, Dynamische Effizienzen 2018, S. 29.

152 *Pollähne*, Kriminalprognostik 2011, S. 7.

153 So lässt sich auch im Privatrechtrecht beispielsweise zwischen originären Gerichtsprognosen (exemplarisch § 1565 Abs. 1 S. 2 BGB) und der Überprüfung von Fremdprognosen durch ein Gericht unterscheiden, vgl. auch *Regenfus*, JR 2012, 137, 138.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Unterscheidung von Prognosenormen mit und ohne Bezug zu vertraglichen Schuldverhältnissen.[154]

a) Prognosenormen ohne Bezug zu vertraglichen Schuldverhältnissen

Die privatrechtlichen Prognosenormen ohne Bezug zu vertraglichen Schuldverhältnissen weisen dabei – wie sich aus den bisherigen Erkenntnissen bereits ganz zwanglos ergibt – eine hohe thematische Streubreite auf. Prognosen begegnen dem Rechtsanwender bei der Begründung gesetzlicher Schuldverhältnisse (beispielsweise § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB) genauso wie im Bereich der „klassischen" privatrechtlichen Gefahrenabwehr, im Nachbarschaftsrecht oder im Insolvenzrecht. Dabei zeigt sich ohne Weiteres, dass die entsprechenden Problemkonstellationen trotz der vorgenommenen Typisierungen als außerordentlich heterogen beschrieben werden können; die Entwicklung einheitlicher und gleichsam sachgerechter Lösungen zur Behandlung von Prognoseproblemen erscheint hier aus diesem Grunde kaum möglich.

b) Prognosenormen im Kontext vertraglicher Schuldverhältnisse

Auf den ersten Blick etwas übersichtlicher stellt sich dagegen der Bereich der Prognosen im Kontext vertraglicher Schuldverhältnisse dar, der sich zunächst je nach Art des entsprechenden Schuldverhältnisses weiter ausdifferenzieren lässt.

Eine solche differenzierende Behandlung von Prognoseproblemen nach Art des Schuldverhältnisses könnte dabei zunächst an den unterschiedlichen Vertragstypen des besonderen Schuldrechts ansetzen.[155] Einen derartigen Weg wählen beispielsweise diejenigen, die sich dezidiert und ausschließlich mit Prognoseproblematiken in unterschiedlichen Teilbereichen des Arbeitsrechts beschäftigen.[156] Eine auf einer solchen Einteilung basierende Verengung des Untersuchungsgegenstandes hat vor allem den Vor-

154 Zur Abgrenzung von privatrechtlichen Schuldverhältnissen nach ihrem Entstehungsgrund beispielsweise *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht AT, 21. Aufl. 2015, Rn. 51 ff.

155 Zur Differenzierung nach Art der Leistung auch *dies.*, Schuldrecht AT, 21. Aufl. 2015, Rn. 16.

156 Vor allem *Gentges*, Prognoseprobleme im Kündigungsschutzrecht 1995; *Honstetter*, Prognoseentscheidung 1994; *Nicklaus*, Das Prognoseprinzip im arbeitsrechtlichen

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zug, die Besonderheiten der unterschiedlichen Vertragstypen auch im Zusammenhang mit der Bearbeitung von Prognoseproblemen erschöpfend berücksichtigen und die Untersuchung dennoch in angemessenem Umfang halten zu können. Andererseits besteht – gleichsam als Kehrseite der Medaille – die Gefahr, dass bei einer derartig spezialisierten Untersuchung die systematische Kohärenz des Schuldrechts unter einer allzu einzelfallorientierten Bearbeitung leidet und übergreifende Wertungen übersehen werden. Im Dienste des oben beschriebenen Spagats soll eine Differenzierung hier daher gerade nicht bei den unterschiedlichen Vertragstypen sondern auf einer höher angeordneten Ebene ansetzen. Da rechtliche Prognosen stets einen Zukunfts- und damit unverkennbar einen zeitlichen Bezug aufweisen, erscheint es sinnvoll, auch die Abgrenzung der zu betrachtenden Schuldverhältnisse anhand zeitlicher Kriterien vorzunehmen. Hiernach lassen sich vor allem zwei Arten von Schuldverträgen unterscheiden: Solche, die sich in einem einmaligen Leistungsaustausch erschöpfen und solche, die eine dauerhafte Leistungsbeziehung zum Inhalt haben.[157]

aa) Schuldverhältnisse mit einmaligem Leistungsaustausch

Als vertragliche Schuldverhältnisse mit einmaligem Leistungsaustausch seien solche Schuldverhältnisse bezeichnet[158], die keine länger andauernde oder wiederholende Leistung zum Gegenstand haben, sondern bei denen der Leistungsumfang stattdessen von vornherein zeitunabhängig bestimmt werden kann.[159] Nicht von Belang ist in diesem Zusammenhang, ob die versprochene und von vornherein festgelegte Gesamtleistung in mehreren Teilen oder in Raten erbracht werden soll – eine solche Vertragsgestaltung

Kündigungsschutzrecht 2012; *Loth*, Prognoseprinzip im befristeten Arbeitsverhältnis 2015; *Oberthür*, DB 2001, 2246 ff.

157 Explizit zum Faktor der Zeit in vertraglichen Schuldverhältnissen mit weiteren Differenzierungen *Oetker*, Dauerschuldverhältnis 1994, S. 20 ff.; instruktiv auch *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht AT, 21. Aufl. 2015, Rn. 10 ff.

158 Tatsächlich erweist sich die Formulierung eines Komplementärbegriffs zum Dauerschuldverhältnis als schwierig, weshalb unterschiedliche Bezeichnungen kursieren, vgl. zusammenfassend *Gernhuber*, Schuldverhältnis 1989, S. 380; ob man den Begriff des „einfachen", „punktuellen" oder „vorübergehenden" Schuldverhältnisses der hier gewählten Terminologie vorzieht, ist letztlich eine bloße Geschmacksfrage solange nur klargestellt ist, dass im Ergebnis eine Negativabgrenzung zum Dauerschuldverhältnis erfolgen soll.

159 Vgl. *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht, 11. Aufl. 2017, Rn. 47.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

allein verleiht dem Schuldverhältnis demnach nicht den Charakter eines Dauerschuldverhältnisses.[160]

Auch in solchen Schuldverhältnissen mit einmaligem Leistungsaustausch kann dem Faktor Zeit jedoch nicht pauschal jegliche Bedeutung abgesprochen werden, weshalb rechtlich relevante Prognosen auch in diesem Bereich nicht vollkommen obsolet sind. Dies gilt zuvorderst für den Zeitabschnitt zwischen Vertragsschluss und Fälligkeit der Leistung, in welchem sich die Leistungsfähig- und/oder Willigkeit des Schuldners durchaus verändern kann. Als Reaktion auf eine so resultierende Erfüllungs*gefährdung*[161] erlaubt § 323 Abs. 4 BGB als Vorschrift des allgemeinen Schuldrechts einen Rücktritt bereits vor Fälligkeit, wenn offensichtlich ist, dass die Voraussetzungen des Rücktritts eintreten werden. Sowohl Wortlaut („werden"; Futur I) als auch Zweck (vorbeugende Störungsprävention) der Norm lassen zwanglos den Schluss zu, dass es sich bei dieser Vorschrift um eine Prognosenorm handelt.[162] Darüber hinausgehend setzen sich Stimmen dafür ein, den Rechtsgedanken des § 323 Abs. 4 BGB auf weitere (weniger „offensichtliche") Fälle des antizipierten Vertragsbruchs zu übertragen und so den strengen Wahrscheinlichkeitsmaßstab der Vorschrift aufzuweichen[163], sodass auch in diesem Zusammenhang durchaus interessante Prognoseprobleme auftauchen können. Dies gilt umso mehr, als vergleichbare Erwägungen im Zusammenhang mit Schadensersatzansprüchen vor Fälligkeit ebenfalls angestellt werden.[164] Ähnlich verhält es sich auch mit § 321 Abs. 1 S. 1 BGB, der dem Gläubiger bei einer Anspruchsgefährdung

160 *Dies.*, Schuldrecht, 11. Aufl. 2017, Rn. 47; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht AT, 21. Aufl. 2015, Rn. 10; die Abgrenzung zum Dauerschuldverhältnis bereitet im Detail Schwierigkeiten und ist daher nicht unumstritten (zusammenfassend zum Meinungsstand mit eigener Stellungnahme *Meier*, ZfPW 2016, 233 ff.) allerdings sind die praktischen Ergebnisse hinsichtlich der Zuordnung der unterschiedlichen Vertragsgestaltungen in vielen Bereichen letztlich unbestritten, sodass eine dezidierte Aufarbeitung des Meinungsstandes für die hiesigen Zwecke unterbleiben kann.

161 Diesen Begriff nutzen beispielsweise BeckOK-BGB/*Schmidt*, § 323 BGB Rn. 6, Soergel/*Gsell*, § 323 BGB Rn. 130.

162 Die Erforderlichkeit einer Prognose stellen im Ergebnis auch Soergel/*Gsell*, § 323 BGB Rn. 134; PWW/*Stürner*, § 323 BGB Rn. 8; BeckOK-BGB/*Schmidt*, § 323 BGB Rn. 6; MüKo-BGB/*Ernst*, § 323 BGB Rn. 136; *Schmidt-Kessel*, ZIP 2018, 2199, 2209 ausdrücklich fest.

163 So beispielsweise Staudinger/*Schwarze*, § 323 BGB Rn. B 168 ff.; BeckOGK-BGB/*Looschelders*, § 323 BGB Rn. 230 ff.

164 Für eine analoge Anwendung von § 324 Abs. 4 BGB in diesem Zusammenhang beispielsweise *Jaensch*, ZGS 2004, 134 ff.; *ders.*, NJW 2003, 3613, 3614; Grüneberg/*Grüneberg*, § 281 BGB Rn. 8a; *Heinrichs*, FS Derleder 2005, S. 87, 98; für eine Anbindung

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(Signalbegriff) die Unsicherheitseinrede gewährt und dem Rechtsanwender daher ebenso eine Prognose abverlangt. Für § 324 BGB (Rücktritt wegen Verletzung einer Rücksichtnahmepflicht) ist dagegen umstritten, ob dieser vorrangig präventive Zwecke verfolgt und deshalb zwecks Feststellung einer Wiederholungsgefahr zuweilen eine Prognose des zukünftigen Schuldnerverhaltens erfordert oder lediglich vergangene und gegenwärtige Pflichtverletzungen zu berücksichtigen sind.[165]

Abseits dieser recht speziellen Fälle erscheint jedoch wegen der dort ungleich größeren Bedeutung des Zeitmoments ein systematischer Zusammenhang zwischen Prognosen und vertraglichen Dauerschuldverhältnissen sachlich näherliegender[166], weshalb der Bereich der Schuldverhältnisse mit einmaligem Leistungsaustausch für die weitere Untersuchung jedenfalls insoweit außen vor bleiben soll, wie ihm keine verallgemeinerungsfähigen Gedanken abgewonnen werden können.

bb) Dauerschuldverhältnisse

Damit sei der Blick gelenkt auf die privatrechtlichen Dauerschuldverhältnisse, die nunmehr vor allem in § 314 BGB eine prominente Spezialregelung erfahren haben.[167] Weil sich der Gesetzgeber im Rahmen des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes aber nicht zu einer Legaldefinition dieser Kategorie von Schuldverhältnissen durchringen konnte[168], liegt ein auch im Detail einheitliches Begriffsverständnis bis heute in weiter Ferne. Zum Zwecke der Konkretisierung des Untersuchungsgegenstandes soll es an dieser Stelle ausreichen, das vertragliche Dauerschuldverhältnis dadurch zu charakterisieren, dass infolge einer unbestimmten oder vereinbarten Lauf-

---

an § 281 BGB Staudinger/*Schwarze*, § 281 BGB Rn. B 182; kritisch zum Ganzen MüKo-BGB/*Ernst*, § 281 BGB Rn. 71.

165 Bejahend im Zusammenhang mit lediglich drohenden Rücksichtnahmepflichtverletzungen Staudinger/*Schwarze*, § 324 BGB Rn. 47; ablehnend dagegen MüKo-BGB/*Ernst*, § 324 BGB Rn. 8.

166 Vgl. beispielsweise *Stürner*, JURA 2016, 163, der explizit auf den Zukunftsbezug von Dauerschuldverhältnissen hinweist.

167 *Meier*, ZfPW 2016, 233; schon bevor der Begriff des Dauerschuldverhältnisses Eingang in die Gesetzessprache fand, war er im Anschluss an die Arbeit von *Gierke*, JherJb 64 (1914), 355 ff. Gegenstand dogmatischer Untersuchungen.

168 In BT-Drs. 14/6040, 177 wird lediglich darauf verwiesen, der Begriff des Dauerschuldverhältnisses sei „von Rechtsprechung und Rechtslehre herausgearbeitet worden, [und] seit langem allgemein anerkannt".

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zeit fortwährend neue Pflichten für die Vertragsparteien begründet werden und dem Zeitelement daher eine besondere Bedeutung zukommt.[169] Ein besonderes persönliches Vertrauensverhältnis zwischen den Vertragsparteien ist dagegen anders als das Erfordernis der ständigen Pflichtenanspannung weder hinreichende noch notwendige Bedingung zur Feststellung eines Dauerschuldverhältnisses.[170] Der Begriffsinhalt wird besonders plastisch, wenn man sich exemplarisch[171] diejenigen Vertragstypen vor Augen führt, bei denen die Einordnung als Dauerschuldverhältnis allgemein anerkannt ist: Für Miete, Pacht, Leihe, Verwahrung, Darlehen, Leasing, Factoring und Franchising ist die Zuordnung ebenso unproblematisch möglich wie für Dienstvertrag, Arbeitsvertrag und Gesellschaft[172].[173] Der Umfang der geschuldeten Hauptleistung ist bei derartigen Schuldverträgen lediglich mithilfe der Zeit quantifizierbar[174], sodass zuweilen gar von einem jedem Dauerschuldverhältnis inhärenten „Prognoserisiko" gesprochen wird.[175] Gemeint ist hiermit – insofern terminologisch etwas irreführend – das „Zukunftsrisiko", das Dauerschuldverhältnissen aufgrund ihres Zeitbezugs notwendig anhaftet und das verständige Rechtssubjekte bei Vertragsschluss üblicherweise durch eigene (aber rechtlich meist unerhebliche[176]) Prognosen zu minimieren suchen. Es drängt sich so geradezu auf zu untersuchen, ob die rechtliche Behandlung von Dauerschuldverhältnissen auch nach

169 So die h. M. Grüneberg/*Grüneberg*, § 314 BGB Rn. 2; MüKo-BGB/*Gaier*, § 314 BGB Rn. 6; *Horn*, Gutachten Bd. I 1981, S. 551, 561; Erman-BGB/*Böttcher*, § 314 BGB Rn. 3a; Soergel/*Teichmann*, § 314 BGB Rn. 10.

170 AK-BGB/*Krebs/Jung*, § 314 BGB Rn. 8; Soergel/*Teichmann*, § 314 BGB Rn. 10; MüKo-BGB/*Gaier*, § 314 BGB Rn. 6; *Horn*, Gutachten Bd. I 1981, S. 551, 561; a. A. Staudinger/*Olzen*, § 241 BGB Rn. 365: „Berechtigung des Kriteriums vertrauensvollen Zusammenwirkens für ein Dauerschuldverhältnis kennzeichnend".

171 Aus dogmatischer Sicht können freilich die unterschiedlichsten Schuldinhalte Gegenstand von Dauerschuldverhältnissen sein, sodass eine abschließende Aufzählung weder möglich noch sinnvoll ist, vgl. *Gernhuber*, Schuldverhältnis 1989, S. 381 mit Fn. 13 unter Verweis auch auf *Gierke*, JherJb 64 (1914), 355, 394.

172 Beim Gesellschaftsvertrag kommt noch eine organisationsrechtliche Komponente hinzu, vgl. nur *Schäfer*, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2018, § 5 Rn. 11; *Windbichler*, Gesellschaftsrecht, 24. Aufl. 2017, § 6 Rn. 2; *Wiedemann*, ZGR 1996, 286.

173 Vgl. nur *Gernhuber*, Schuldverhältnis 1989, S. 381 f.; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht AT, 21. Aufl. 2015, Rn. 11 sowie MüKo-BGB/*Gaier*, § 314 BGB Rn. 7 f. mit zahlreichen weiteren Beispielen.

174 *Oetker*, Dauerschuldverhältnis 1994, S. 135; MüKo-BGB/*Gaier*, § 314 BGB Rn. 6.

175 MüKo-BGB/*Gaier*, § 314 BGB Rn. 6; BeckOGK-BGB/*Martens*, § 314 BGB Rn. 14; Erman-BGB/*Böttcher*, § 314 BGB Rn. 3a; *Stürner*, JURA 2016, 163; in der Sache ebenso *Paschke*, Dauerschuldverhältnis der Wohnraummiete 1991, S. 136.

176 Dazu sogleich B. III. 1. b) bb) (3) .

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

rechtserheblichen Prognosen verlangt, wobei hier gar noch weiter nach unterschiedlichen Phasen des Dauerschuldverhältnisses differenziert werden kann: Der Vertragsbeendigung, der Vertragsdurchführung und dem Vertragsschluss.

(1) Prognosen bei Vertragsbeendigung

Das Vertragsstadium, das bis dato besonders häufig und eng mit Prognoseproblematiken in Verbindung gebracht wird, ist zweifelsfrei jenes der Vertragsbeendigung, welche bei Dauerschuldverhältnissen in aller Regel durch (ordentliche oder außerordentliche) Kündigung erfolgt.[177] Im Zusammenhang mit der außerordentlichen Kündigung weist bereits die allgemeine Regelung des § 314 BGB[178] („Fortsetzung (…) nicht zugemutet werden kann", § 314 Abs. 1 S. 2 BGB) zur Konkretisierung des wichtigen (Kündigungs-)Grundes ihrem Wortlaut nach ganz zweifellos einen Zukunftsbezug auf[179], sodass deren Prognosenormcharakter zumindest naheliegt und sich eine nähere Untersuchung im Hinblick auf die hiesige Themenstellung geradezu aufdrängt.

Im Bereich des Arbeitsrechts wird seit geraumer Zeit gar ein „kündigungsrechtliches Prognoseprinzip" postuliert, wonach, im Kern, eine arbeitgeberseitige Kündigung lediglich dann sozial gerechtfertigt sein könne (§ 1 Abs. 2 S. 1 KSchG), wenn das Arbeitsverhältnis durch den Kündigungsgrund auch in Zukunft beeinträchtigt sein wird.[180] Diese Idee des Zukunfts-

177 Zu der engen Verbindung von Dauerschuldverhältnissen und Kündigung *Gernhuber*, Schuldverhältnis 1989, S. 390; Dauerschuldverhältnisse können darüber hinaus beispielsweise auch durch Zeitablauf (hierzu noch unten B. III. 1. b) bb) (3)) oder Parteivereinbarung enden, auch ein Rücktritt ist – vor allem bei nicht in Vollzug gesetzten Schuldverhältnissen – denkbar, vgl. hierzu BGH 25.03.1987 – VIII ZR 43/86, NJW 1987, 2004, 2006; BGH 19.02.2002 – X ZR 166/99, NJW 2002, 1870; BeckOGK-BGB/*Martens*, § 314 BGB Rn. 90; MüKo-BGB/*Gaier*, § 314 BGB Rn. 3; ausführlich *Oetker*, Dauerschuldverhältnis 1994, S. 349 ff.

178 Die freilich für zahlreiche und bedeutende Dauerschuldverträge durch Spezialregelungen im besonderen Teil des Schuldrechts verdrängt wird, vgl. nur Jauernig/*Stadler*, § 314 BGB Rn. 2.

179 BeckOGK-BGB/*Martens*, § 314 BGB Rn. 26; jurisPK-BGB/*Weth*, § 314 BGB Rn. 13; AK-BGB/*Krebs/Jung*, § 314 BGB Rn. 33.

180 Prägend insbesondere *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 322 ff. vor allem unter Bezugnahme der früheren Arbeiten von *Herschel*, FS G. Müller 1981, S. 191, 202 ff.; *ders.*, Anm. zu BAG AP Nr. 78 zu § 626 BGB; dazu ausführlich unten C. II. 1. b) .

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bezugs von Kündigungsgründen wird in der Folge teils auch im sozialen Mietrecht fruchtbar gemacht[181], sodass es durchaus lohnenswert erscheint zu untersuchen, inwieweit die in diesen Bereichen gewonnenen Erkenntnisse möglicherweise gar die Grundlage zur Destillation eines allgemeinen Rechtsgedankens im Kündigungsrecht der Dauerschuldverhältnisse bilden können. Die Untersuchung von Prognoseproblemen im Zusammenhang mit der Vertragsbeendigung soll aus diesen Gründen einen Schwerpunkt der weiteren Untersuchung darstellen.

(2) Prognosen bei Vertragsdurchführung

Im Stadium der Vertragsdurchführung können Prognosen insbesondere zum Zwecke der (auch vorbeugenden) Anpassung von Dauerschuldverhältnissen Bedeutung erlangen. Die Anpassung von Dauerschuldverhältnissen richtet sich dabei im Allgemeinen nach dem Recht der Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 Abs. 1, 2 BGB. Hiernach kann Vertragsanpassung dann verlangt werden, wenn sich Umstände, die zur Grundlage eines Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert haben und die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, § 313 Abs. 1 BGB. Gleiches gilt, wenn sich wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, als falsch herausstellen, § 313 Abs. 2 BGB.

Dabei erscheint es ohne Weiteres denkbar, dass gerade ein prognostiziertes Ereignis oder eine prognostizierte Entwicklung die „wesentlichen Vorstellungen" oder die „Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind" darstellt. Im häufig bemühten Fall der Geldentwertung beispielsweise stellen die Parteien bei Vertragsschluss in der Sache die hinreichende Wahrscheinlichkeit einer zukünftigen Geldwertstabilität für den avisierten Vertragszeitraum fest[182], sodass letztlich ein Prognoseereignis zur Geschäftsgrundlage erhoben wird. Nicht zu Unrecht wird § 313 BGB daher auch als „klassisches" Instrument der Prognosekorrektur im Dauerschuldverhältnis angesehen.[183] Dabei soll ein Anpassungsanspruch nach ganz überwiegender

181 *Stebut*, NJW 1985, 289, 293, auch dazu eingehend unten C. II. 1. c) .

182 Ähnlich MüKo-BGB/*Finkenauer*, § 313 BGB Rn. 15; richtigerweise kann auch in einer Kontinuitätserwartung ohne Weiteres eine relevante Fehlvorstellung erkannt werden, vgl. auch BeckOGK-BGB/*Martens*, § 313 BGB Rn. 55.1.

183 *Bieder*, in: Kreutz/Renftle/Faber u.a. (Hrsg.), Realitäten des Zivilrechts, Grenzen des Zivilrechts 2012, S. 23, 46.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Ansicht jedoch nur dann in Betracht kommen, wenn die Grundlagenstörung für die Parteien unvorhersehbar war, d. h. bei Vertragsschluss eine hinreichende Wahrscheinlichkeit für den zukünftigen Nichteintritt der Störung sprach.[184] Auch dieses einschränkende Tatbestandsmerkmal erfordert im Ergebnis daher eine Prognose.

Besonders lohnt es sich jedoch zu thematisieren, welche Rolle Prognosen bei der Feststellung der Wesentlichkeit[185] einer Grundlagenstörung als Voraussetzung des Anpassungsanspruchs spielen können. Dabei stellt sich zum einen die bisher kaum beachtete Frage, ob § 313 BGB auch eine vorbeugende Vertragsanpassung im Hinblick auf eine bloß drohende Grundlagenstörung erlaubt, sodass auch in diesem Zusammenhang eine Prognose erforderlich würde.

Zum anderen erscheint es denkbar, dass eine Grundlagenstörung im Dauerschuldverhältnis jedenfalls nur dann als wesentlich angesehen werden kann, wenn eine hinreichende Wahrscheinlichkeit für deren Fortdauer im Rahmen eines gewissen Zeithorizonts spricht. Auch insoweit ist daher möglicherweise eine Prognose der zukünftigen Entwicklung anzustellen, sodass sich hinsichtlich der Vertragsanpassung im Durchführungsstadium zahlreiche interessante Ansatzpunkte zur Untersuchung von Prognoseproblematiken bieten.

(3) Prognosen bei Vertragsschluss

In Bezug auf die Vertragsschlussphase ist wie bereits angedeutet weiter zwischen rein informatorischen und rechtserheblichen Prognosen zu unterscheiden.

Rein informatorische Prognosen sind solche, die die Parteien vor Vertragsschluss im Hinblick auf die Vertragsdurchführung anstellen und die vor allem dazu dienen, die Entscheidung zum Vertragsschluss vorzubereiten und etwaige Durchführungsrisiken durch eine adäquate Vertragsge-

184 BGH 09.01.2009 – V ZR 168/07, NJW 2009, 1348; BeckOGK-BGB/*Martens*, § 313 BGB Rn. 106; MüKo-BGB/*Finkenauer*, § 313 BGB Rn. 74; Jauernig/*Stadler*, § 313 BGB Rn. 24; Krit. zur insoweit unvollständigen Gesetzesformulierung auch *Henssler*, FS Huber 2006, S. 739, 748.

185 Der Begriff der „schwerwiegenden" Veränderung aus Abs. 1 ist synonym zu verstehen, MüKo-BGB/*Finkenauer*, § 313 BGB Rn. 58; BeckOK-BGB/*Lorenz*, § 313 BGB Rn. 23; BeckOGK-BGB/*Martens*, § 313 BGB Rn. 108.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

staltung prospektiv abzumildern oder auszuschießen.[186] Solche Prognosen sind rechtlich in aller Regel weder ausgeschlossen noch vorgeschrieben – sie sind lediglich empfehlenswert. So wird bereits jeder durchschnittlich vernünftige Mensch zumindest eine naive Rückgabeprognose[187] anstellen, wenn er einem Bekannten ein Buch ausleiht; verpflichtet ist er hierzu jedoch keineswegs.

Nur ganz ausnahmsweise ist eine vorvertragliche Prognose hinsichtlich einer störungsfreien Vertragsdurchführung gesetzlich angeordnet: Der bereits in anderem Kontext erwähnte § 505a Abs. 1 BGB schreibt dem Darlehensgeber bei Verbraucherdarlehensverträgen eine Pflicht zur Kreditwürdigkeitsprüfung vor. Zweck der damit konstituierten Prognosepflicht ist vor allem der Schutz des Verbrauchers (also des Vertragspartners!) vor den besonderen Risiken der finanziellen Überforderung[188], weshalb sich der Rechtsgedanke der Vorschrift nicht auf andere Dauerschuldverhältnisse (erst recht nicht auf solche außerhalb des Verbraucherschutzrechts) übertragen lässt[189] und die Norm letztlich eine Art Fremdkörper in der Zivilrechtsdogmatik darstellt. Regelmäßig überschreiten vorvertragliche Prognosen die Schwelle zur rechtlichen Relevanz dagegen erst dann, wenn das Prognoseereignis durch eine oder mehrere Parteien zur Geschäftsgrundlage i. S. v. § 313 BGB erhoben wird[190]; die damit verbundenen Prognoseprobleme gehören dann allerdings wie gezeigt in den Bereich der Vertragsdurchführung (siehe soeben).

Rechtliche Bedeutung erlangen Prognosen bei Vertragsschluss vor allem jedoch im Kontext der zeitlichen Befristung von Dauerschuldverhältnissen

186 Hierzu *Rittershaus/Teichmann*, Vertragsgestaltung, 2. Aufl. 2003, S. 113 f.; *Junker/Kamanabrou*, Vertragsgestaltung, 4. Aufl. 2014, Rn. § 1 Rn. 19; *Kunkel*, Vertragsgestaltung, 1. Aufl. 2016, S. 54, letzterer verweist gar auf die besondere Bedeutung dieses Aspekts im Dauerschuldverhältnis.

187 Zum Begriff der naiven Prognose *Winker*, Empirische Wirtschaftsforschung, 4. Aufl. 2017, S. 298.

188 BeckOGK-BGB/*Knops*, § 505a BGB Rn. 2; MüKo-BGB/*Weber/Schürnbrand*, § 505a BGB Rn. 1; kritisch zu dieser in der Tat recht paternalistisch daherkommenden Regelung *Schmolke*, Bankrechtstag 2016 2016, S. 45, 79; Erman-BGB/*Nietsch*, § 505a BGB Rn. 3.

189 Freilich ist die Anwendung von § 505a Abs. 1 BGB durch §§ 506 Abs. 1, 514, 515 BGB explizit auch für unentgeltliche Verbraucherdarlehensverträge und sowie entgeltliche wie unentgeltliche Finanzierungshilfen vorgesehen.

190 Ansonsten handelt es sich bei der vorvertraglichen Prognose lediglich um ein unbeachtetes einseitiges Motiv, vgl. zur Unterscheidung der Kategorien „Vertrag", „Motiv" und „Geschäftsgrundlage" nur BeckOGK-BGB/*Martens*, § 313 BGB Rn. 4 m. w. N.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

insbesondere im (Wohnraum)Miet- und Arbeitsrecht. Für das Arbeitsrecht ist inzwischen gar – insofern sind Parallelen zur Entwicklung im Kündigungsrecht unverkennbar – von einem „Prognoseprinzip im Befristungsrecht“[191] die Rede. Inwieweit die hierzu geführte Diskussion verallgemeinerungsfähige Argumente bereithält und ob die arbeits- und mietrechtlichen Erkenntnisse somit auch für die Befristung anderer Dauerschuldverhältnisse fruchtbar gemacht werden können, soll noch Gegenstand der weiteren Untersuchung sein.

2. Ziel der Untersuchung: Erarbeitung einer Prognosesystematik der Dauerschuldverhältnisse

Nach alledem ergeben sich auf der Ebene der vertraglichen Dauerschuldverhältnisse aufgrund der hier besonderen Bedeutung des Zeitmoments in allen Vertragsstadien vielseitige Ansatzpunkte zur Untersuchung von Prognoseproblematiken – der Versuch einer übergreifenden Systematisierung der hiermit verbundenen Fragen ist gleichwohl auch für diesen Teilbereich des Privatrechts bis dato nicht unternommen worden.[192] Dies ist schon deshalb besonders bedauerlich, weil sich das Erfordernis einheitlicher Rechtsanwendungsgrundsätze für vergleichbare Fragestellungen auch auf das Postulat der Rechtssicherheit stützt, sodass es gar von Verfassungs wegen geboten erscheint, Prognoseprobleme im vertraglichen Dauerschuldverhältnis einer möglichst kohärenten Lösung zuzuführen und damit willkürlich erscheinende Systembrüche zu beseitigen.[193] Daher widmet sich diese Arbeit im Folgenden dem Ziel, mittels Prinzipienbildung und darauf folgender Systematisierung einen Beitrag zur kohärenten Behandlung von Prognoseproblemen in vertraglichen Dauerschuldverhältnissen zu leisten. In diesem Zuge werden einerseits zahlreiche Spezialfragen zu Prognoseproblemen in besonderen Teilrechtsgebieten zu beantworten sein, andererseits aber auch Erkenntnisse generiert werden, die sich vom speziellen Untersuchungsgegenstand des Dauerschuldverhältnisses abstrahieren lassen und

191 Hierzu vor allem *Loth*, Prognoseprinzip im befristeten Arbeitsverhältnis 2015; *Oberthür*, DB 2001, 2246 ff.

192 Skeptisch zur Systembildung im Recht der Dauerschuldverhältnisse aufgrund divergierender legislatorischer Wertungen *Paschke*, Dauerschuldverhältnis der Wohnraummiete 1991, S. 138.

193 Dies stellt, allerdings beschränkt auf die arbeitsrechtlichen Kündigungsgründe, zu Recht auch *Honstetter*, Prognoseentscheidung 1994, S. 117 fest.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

so die Behandlung privatrechtlicher Prognoseprobleme im Allgemeinen voranzubringen geeignet sind.

3. Gang und Methodik der Untersuchung

In der Sache soll sodann zunächst überprüft werden, ob abseits der oben angeführten Beispiele möglicherweise gar übergreifend von einem „Prognoseprinzip im vertraglichen Dauerschuldverhältnis" die Rede sein kann (C.), bevor im Anschluss „Leitlinien" zum Umgang mit den aufgedeckten Prognosenormen in Bezug auf die einzelnen Prognoseaspekte entwickelt werden sollen (D.).

Dieser allgemeine Ansatz einer Systematisierung bzw. Prinzipienbildung ist aus methodischer Sicht allerdings nicht frei von Kritik geblieben.[194] So seien sowohl System- als auch Prinzipienbildung nahezu zwangsläufig mit der Formulierung rechtsfortbildender und vor allem selbstbestätigender Interpretationsergebnisse verbunden, sodass andere gesetzliche Aussagen möglicherweise zu Unrecht in den Hintergrund rückten.[195] Auch bestünde die Gefahr, entsprechende Erkenntnisgewinne durch eine Vielzahl von wechselwirkenden Systembegriffen und Prinzipien selbst zu relativieren.[196] Es wird sich indes schon im Zuge der begrifflichen Grundsteinlegung zur Prinzipientheorie zeigen, dass die Herleitung von Rechtsprinzipien der Anerkennung auch konkurrierender oder gar abweichender gesetzlicher Aussagen keineswegs entgegensteht, sodass sich erstgenannte Befürchtungen schon unter Hinweis auf die flexible und offene Handhabung von Rechtsprinzipien entkräften lassen. Der zweitgenannte Kritikpunkt geht vor diesem Hintergrund gar vollständig ins Leere: Nur weil sich gewonne Erkenntnisse durch anderweitige Überlegungen möglicherweise relativieren, sollte auf die übrigbleibenden Erkenntnisgewinne keinesfalls verzichtet werden.

194 Namentlich *Gentges*, Prognoseprobleme im Kündigungsschutzrecht 1995, S. 28 f. hält die Systembildung im Zusammenhang mit privatrechtlichen Prognosen für einen verfehlten Untersuchungsansatz.

195 *Ders.*, Prognoseprobleme im Kündigungsschutzrecht 1995, S. 28 f., 57 f.

196 *Ders.*, Prognoseprobleme im Kündigungsschutzrecht 1995, S. 29, 58 f.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

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 Prognose*prinzips* 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 Rechtstheorie[199], 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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: Grundsatz[203]) in Abgrenzung zur Regel[204] 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 beitragen[206], 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

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 rechnen[211], die gleichsam lediglich als Wegweiser zu einer in materieller Hinsicht auf anderen Gesichtspunkten beruhenden Rechtsfindung dienen.[212]

Demgegenüber sind unter materialen Prinzipien[213] solche Prinzipien zu verstehen, die eine bestimmte Wertentscheidung verkörpern und als zentrale Bezugspunkte des „inneren Systems" des Rechts herhalten können.[214] Sie bilden die Komplementärerscheinungen 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Regel[216]) 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,

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

während rechtssatzförmige Prinzipien aufgrund ihres erhöhten Konkretisierungsgrad bereits unmittelbar zur Subsumtion fähig seien.[221] Die Grenze zwischen beiden Kategorien verlaufe jedoch fließend[222] und sei teilweise gar nicht genau bestimmbar[223], 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 innewohne[225], 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 werden[228], 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

stehende ratio legis zurück.[232] Konkret kann sodann zweistufig vorgegangen werden[233]: Im ersten Schritt ist zunächst aus (regelmäßig[234]) 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 kann[241], 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 Sache[244] in Betracht[245], wobei man die hiermit in Verbindung stehenden Grundsätze als Bestandteil der Rechtsidee ansehen kann[246], 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

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, 571 f.; *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 beschrieben Sinne beschränkt, vgl. näher *Gernhuber*, Schuldverhältnis 1989, S. 390.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

hältnis um.[249] Bereits an anderer Stelle[250] 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 regelmäßig[251] 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 unangetastet[254], 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ist die außerordentliche Kündigung stets abhängig vom Vorliegen eines sogenannten wichtigen Grundes, der sich rechtsdogmatisch als materielle Kündigungsschranke begreifen lässt. Anders als die außerordentliche Kündigung[256] hat die ordentliche Kündigung zudem auch im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung keine übergreifende Regelung im allgemeinen Teil des Schuldrechts[257] 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 Kündigungsschutzrecht 1995, S. 63, der richtigerweise anerkennt, dass das arbeitsrechtliche Kündigungsschutzrecht letztlich den dogmatischen Ausgangspunkt aller Bemühungen zur Verankerung einer Prognoseprinzips im Zivilrecht darstellt.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aa) Entwicklung

Die Idee der Prognoseabhängigkeit arbeitgeberseitiger Kündigungen fand ihre Anfänge zu Beginn des 20. Jahrhunderts,[260] wobei die vorläufige Landarbeitsverordnung von 1919[261] 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 1920[263] 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 machte[266], 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), 111.
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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 polemische[272] Kritik hat in der Literatur seinerzeit ein ebenso scharfes Echo erfahren[273], 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 Gedankengut[275], 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 diente[278] oder *Herschel* ganz im Gegenteil gar einen „Kontrapunkt zur politisch-willkürlichen und rassenideologisch motivierten Entlassung" setzen wollte[279], 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 findet[281], sodass die zweite beschriebene Ebene im hiesigen Kontext weitaus größere Bedeutung erlangt. Über die Kritik an *Herschels* Begründung hinausgehende Argumentationsansätze zulasten des Prognoseprinzips sind in *Rüthers* Ausführungen indes vergleichsweise rar gesät[282], 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 verworfen[284] – 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Rechts[287], 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(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 Gesetzgeber[288] 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, sodass 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 *Weiter*beschäftigung 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

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 grammatikalischer 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 *Weiter*beschäftigungsmöglichkeit ebenfalls zur Voraussetzung jeder ordentlichen Arbeitgeberkündigung erhöben.[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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

keit der zukünftigen Entwicklung des Arbeitsverhältnisses durchaus auszumachen sind.[296]

(2) Systematik

Aus systematischer Sicht wird sodann teils die Abgrenzung des Kündigungsrechts vom Leistungsstörungsrecht des BGB ins Zentrum der Betrachtung gerückt.[297] In der Tat ist es primär das Leistungsstörungsrecht, 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 Leistungsstörungsrecht vergangene Störungen in den Blick nimmt, kann das Kündigungsrecht sich nur auf zukünftige beziehen – jedenfalls nicht ohne Weiteres zulässig. Nur weil das Leistungsstörungsrecht 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

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 Leistungsstörungsrecht 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 darstellt[303], 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 Leistungsstörungsrecht 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) .

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 sanktionsbedürftigten oder überhaupt sanktionsfähigen Tatbestand auch hier ersichtlich jeder Anhaltspunkt[308], 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").

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

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

(b) Verhaltensbedingte Kündigung

In diesem Zusammenhang nämlich vertritt eine beachtliche Anzahl von Autoren die Ansicht, die Kündigung diene dem Zweck der Sanktionierung pflichtwidrigen Arbeitnehmerverhaltens[309], 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 außerordentliche Kündigung) jeweils m. w. N. zur st. Rspr.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 ist[312], sodass es an dieser Stelle weder darauf ankommen kann, welches Motiv der konkrete Arbeitgeber mit einer im Einzelfall ausgesprochenen Kündigung tatsächlich verfolgt[313], 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 Enthaltsamkeit 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kündigung ein besonderes Sanktionsmittel an die Hand geben wollte.[317] Dies überzeugt umso mehr, als strafrechtstypische Zwecke wie Sühne, Genugtuung oder Generalprävention[318] 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 *nulla poena sine culpa* im privatrechtlichen Kontext keine unmittelbare Geltung[321], 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Zukunfts*bezogenheit*[326] 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 versprächen, 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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. Vergegenwärtigt 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 ist[332], 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

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) .

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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. 11, 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. 11; *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.),

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

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 ist[343] (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 wird[344] (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 *Dauer*wirkung 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

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 durfte[347], 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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. 1. 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. 1. b) .

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 befürwortet[360], 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Pflichtverletzungen als Prognosegrundlage verlangt[362], teils aber – letztlich im Sinne des 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 Problemstruktur[366] 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 Ausführung zur strukturellen Gleichheitsthese 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

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, obschon 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 genannten[370] § 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 mithin ohne systematische Brüche zu bestimmen, so sprechen die besseren Argumente entgegen der wohl überwiegenden Ansicht dafür, auch für personen- und verhaltensbedingte Kündigungen arbeitgeberbegünstigende Veränderungsprognosen anzuerkennen[373], 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) .

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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, Dauerschuldverhältnischarakter 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 Prognose*prinzips* 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Konzept[378] 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 Generalklausel[379] 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 Verschuldenser-

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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Mindermeinung[382] 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Generalklausel[385] 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 lässt[388]: So ging die Bundesregierung ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien im Entwurf zur Mietrechtsreform[389] 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 Rechtsausschusses[391] wurde die fragliche Wiederholung Bestandteil des später beschlossenen Gesetzestextes, wobei der korrespondierenden Stellungnahme[392] 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

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 hat[394], 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 Präsumtion der Unzumutbarkeit künftiger Vertragsfortsetzung abzugewinnen[395] 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 zu[397], 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 folgert 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 vermieterseitiger Mietvertragskündigungen

Auch im Wohnraummietrecht bildet so den Kern der hiesigen Problematik die Frage, ob vermieterseitige 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 Wohnraumbelegung 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 dar[399], 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

dergrund rücken[400]. Im Rahmen dieser im mietrechtlichen Schrifttum kaum entwickelten Diskussion lassen sich eine Vielzahl der im arbeitsrechtlichen Kontext[401] 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 Teil[402] 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 Dauerschuldverhältnissen[403] 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Stabilitätsprognose[404] 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".

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

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

So ist für die Eigenbedarfskündigung zu Recht anerkannt, dass ein bloß punktuelles oder kurzzeitiges Eigennutzungsinteresse zur Erfüllung des Tatbestandsmerkmals des „Benötigens" keinesfalls ausreichen kann, sondern der Nutzungsbedarf vielmehr für eine gewisse (wenn auch nicht für unbestimmte[406]) *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; BeckOK-BGB/*Hannappel*, § 573 BGB Rn. 55; Staudinger/*Rolfs*, § 573 BGB Rn. 110; *Lammel*, in: ders. (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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Prognosetatbeständen, 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 (Veränderungsprognose[414]).[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 kann[417], 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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/*Rolfs*, § 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 vermieterbegünstigende 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

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 vermieterbegünstigend 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 werden[424], 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 Personenhandelsgesellschaf-

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

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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

Wenngleich von einem „Prognose*prinzip*" 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; EBJS/*Lorz*, § 133 HGB Rn. 6; *Kamanabrou*, in: Oetker (Hrsg.), Handelsgesetzbuch 2021, § 133 HGB Rn. 5; *Haas*, in: Röhricht/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: Röhricht/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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

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 unbefangenem 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 Vertragsbeziehung[430] 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 Verschuldenserfordernis[431] – nicht als Mittel zur Bestrafung des betroffenen Gesellschafters 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*,

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und mit Blick auf die Gesetzgebungsmaterialien[433] überzeugender Auffassung die Vermeidung zukünftiger Konflikte[434] 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 zwecklos[436], sodass auch dieses Argument entscheidend für den Prognosenormcharakter der betrachteten Vorschriften streitet. Ebenso mag die besondere gesellschafterliche 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

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 Zweischritt[440] 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) .

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 herhalten 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 Gesetzgebers[441] – bloß die Kodifizierung eines zuvor unter anderem im Wege einer Gesamtanalogie (also mittels Induktion) hergeleiteten Rechtsinstituts darstellt[442], 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 wurden[444], 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 werden[445], 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

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

beitgeberkündigung näher erläuterten Gründen[447] 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 können[448], 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* erfahren[450], 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 anstellte.

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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(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 derartig 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 Betriebsvereinbarungen[454] – 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Kündigungsfreiheit[455] 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 können[457], kann auch von einer einstmals postulierten Freiheit zur „wertfreien" Kündigung[458] 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 Kündigungskontrolle[460] 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) .

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

solche Rechtsverhältnisse diskutiert, die aus unterschiedlichen Gründen nicht dem besonderen Schutz des Kündigungsschutzgesetzes unterfallen[461], 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 Motive[463] 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 § 1Abs. 1 KSchG und im Kleinbetreib i. S. d. § 23 KSchG; man kann den für diese Arbeitnehmer diskutierten Kündigungsschutz – je nachdem ob man besonders geschützte Personengruppen seperat 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die Tendenz erkennbar, schon der Generalklausel des § 138 Abs. 1 BGB das Erfordernis der sachlichen Rechtfertigung jeder Kündigung abzugewinnen[465], 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 überschreiten[467], würde man jedenfalls die Bedeutung kündigungsrechtlicher Prognoseerfordernisse deutlich überspannen, erhöbe 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 Glauben[468] 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

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Grundes[469], 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 müssen[471], 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dieses Standpunktes – der Einfluss der aus Art. 12 Abs. 1 GG resultierenden staatlichen Schutzpflicht[473] – 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 anwendbar[476], 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-

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nen[483], 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 erheben[485], die tatsächliche Entwicklung im Zeitverlauf jedoch in Widerspruch zur anfangs prognostizierten treten kann. Begehrt eine Partei (der Anpassungsinteressent) gegenüber der anderen (dem Anpassungspartner[486]) in einem solchen Fall nicht die Beendigung des Vertrages durch ordentliche oder außerordentliche Kündigung[487], 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 Anpassungsinteressen[488] 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 gesetzesgestützter 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 soeben C. II. 1. .

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

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 gesetzesgestützten 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

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 tragen[496], 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.;

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zusammenhang mit der Kündigung von Arbeitsverhältnissen erzielten Ergebnisse[497] 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 Ansicht[498] 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 entsprechen[499], 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-

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sozialen Rechtfertigung anzustellenden Prognosen beispielsweise hinsichtlich der Wahrscheinlichkeit zukünftiger Beeinträchtigungen des Arbeitsverhältnisses im Verhältnis zur Prüfung der schärferen Beendigungskündigung abzusenken[501], doch sind derartige Fragen eines möglicherweise modifizierten Prüfungs*maßstabs* 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 insoweit[502] – in Betracht, wie ohne die beabsichtigte Anpassung eine Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses für die Zukunft zu erwarten ist[503], 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 Prognose*maßstab* 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

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 geringer[505], doch können diese im Grundsatz auch für andere Dauerschuldverhältnisse vor allem im Miet-, Pacht-, oder Darlehensrecht virulent werden, wenn dem Anpassungsinteressenten 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 können[508], 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 schärfen 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

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 hat[511], kommt im Gegensatz zur Änderungskündigung allein die materielle *Änderungs*kontrolle 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 zeitigen[513], 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 Vergleichmiete im Zeitpunkt der Erhöhungsverlangens maßgeblich ist, für letzteres

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

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" Anpassungsrechte[515] 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-)Gründe[517] – 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 – RE-Miet 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Gesetzgebers[519] 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 Störungsereignis *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. Krankenversicherer[523] 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

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 unzweckmäßig wäre. So zeichnet sich § 313 BGB sowohl auf Tatbestands- als auch auf Rechtsfolgenseite zwangsläufig durch eine nicht unbeträchtliche inhaltliche Unbestimmtheit aus[527], 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 regelmäßig[528] 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 werden[531], 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 Störungen[532], wobei sich die zur vorbeugenden Kündigung von Dauerschuldverhältnissen herangezogenen Argumente zur Begründung[533] 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 Leistungserschwerung 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) .

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Prognosenormzwecken[534] 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) .

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Prognose*prinzip* geprägt, erst seit vergleichsweise neuerer Zeit[536] 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 Gründe[538], 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 RAG[539] und BAG[540] 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tober 1960[541] 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 wurde[544], 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 hatte[547], 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

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, verharrt 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 erfordern[553], 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 sind[555],

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/Renftle/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 Prognо-

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

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 Arbeitnehmers[558] 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 Induktion[560] 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 Prognosenormen[561] 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. .

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Prognosesignalbegriffen[562] 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 TzBfG[563], 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 abzusprechen[564], 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 Aufgaben[565] 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

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 endet[566], 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".

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mern[567] (verstanden als Interesse am Abschluss dauerhafter Arbeitsverhältnisse) und der Beendigungsfreiheit[568] von Arbeitgebern herzustellen.[569] Da diesen Interessen jeweils Verfassungsrang zugesprochen werden kann[570], 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 anerkennenswertes 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) .

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 1988[574] davon ausgeht, die Befristungsdauer selbst bedürfe nicht der Rechtfertigung durch einen sachlichen Grund[575], könnte man in der Tat bei unbefangenem 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*) steht[576], 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 MüHdb-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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Bestandsschutzanforderungen nach einer umfassenden und streng sachgrundorientierten Angemessenheitskontrolle[581], 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 präzisieren[583]: 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 22.11.1995 – 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

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 sinngemäß 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 Arbeitnehmers[587] 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 bestehen[590], 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 MüHdbArbR/*Wank*, § 103 Rn. 139 („In der Sache dürfte sich aber wenig geändert haben").

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

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

fristungsdauer nach der Rechtsprechung[591] (der die herrschende Literatur insoweit folgt[592]) 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 herleiten[593], die eine Prognose über den Zeitpunkt der zukünftigen Zweckerreichung erforderlich macht. Für die hier zu beantwortende Frage nach der Reichweise 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

(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 generieren[595], 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 verbleibt[596], 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

recht betroffenen Grundrechtspositionen darstellen, ist aber gleichwohl nicht schon von Verfassungs 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" verweisen[597] 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dd) Zwischenergebnis: Prognoseprinzip im arbeitsrechtlichen Befristungsrecht

Fasst man nunmehr die in diesem Unterabschnitt generierten Erkenntnisse zusammen, so bleibt zuvorderst 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 herleitete[603], 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

bb) Herleitung des Prognoseerfordernisses

Um dies festzustellen, ist es vielmehr auch hier notwendig, die konkreten Vorschriften nach bewährtem Verfahren[606] 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 BGB[607] 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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-

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

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 Rechtfolgen 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 vermieterseitige Verwendungswille weiterhin bestehen und zudem auch (schon bzw. noch) realisierbar sein muss[611], 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Verlängerungsanspruch geltend machen kann. Aus dieser rechtsrelevanten Betrachtung der Situation am Befristungsende[612] könnte nunmehr geschlossen werden, dass der Mieterschutz hiermit ausreichend gesichert und eine mittels Prognose bewirkte vorgreifende 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 Fortsetzungsanspruch[614], 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 will[615], 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 vermieterseitiges 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

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 vermengt; 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

cc) Zwischenergebnis: Prognoseprinzip im wohnraummietrechtlichen Befristungsrecht

Die Prognose eines zukünftigen Nutzungswillens ist daher nach zutreffender Auslegung für alle wohnraummietrechtlichen Befristungsgründe zwingende Tatbestandsvoraussetzung[621], sodass die Prognoseabhängigkeit als leitender Gedanke der befristungsrechtlichen Sachgrundkonkretisierung im Wohnraummietrecht bezeichnet werden kann. Obschon in Bezug auf deduktive Argumente das zum Arbeitsrecht Gesagte[622] sinngemäß auch im Mietrecht Geltung beansprucht und daher die zwingende Notwendigkeit oder gar die verfassungsmäßige Garantie[623] 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 Einordung des Wohnraummietrechts in die Verfassungsordnung *Paschke*, Dauerschuldverhältnis der Wohnraummiete 1991, S. 221 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Prognosen[625] 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tungen an sachliche Gründe ein besonderes Konzept legislativen Bestandsschutzes 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 Einschränkungs-, und Präzisierungsbedarf verbunden war. Zwar wurde herausgearbeitet, dass das Recht der außerordentlichen Kündigung und der gesetzesgestützten 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

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

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 zeit*raum*bezogenen 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 häufig[627] 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.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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-

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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-

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 zukunftsgrrichtetem 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 herleiten[629], 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 Relativierungshinweise[630] 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) .

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tatsächlicher Konstellation ganz verdrängen, einschränken oder ihrerseits konkretisieren können. Als prominentes Beispiel sei an dieser Stelle nur auf das Verschuldensprinzip im Kontext pflichtverletzungsbedingter Kündigungen[631] 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) .

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

D. Konkretisierung des Prognoseprinzips im vertraglichen Dauerschuldverhältnis

Nachdem nunmehr umfangreich erläutert wurde, in welchen Zusammenhängen Prognosen im Recht der vertraglichen Dauerschuldverhältnisse Bedeutung erlangen, soll im folgenden Abschnitt dieser Arbeit der Blick auf den rechtlichen Umgang mit ebenjenen Prognosen gelenkt werden. Mit anderen Worten soll nach dem „Ob" nun das „Wie" von Prognosen im Kontext vertraglicher Dauerschuldverhältnisse den Gegenstand der weiteren Untersuchung bilden. Dabei mag es kaum überraschen, dass privatrechtliche Prognosen sowohl rechtsgebiets- (beispielsweise in Bezug auf das Personengesellschafts-, Arbeits- oder Wohnraummietrecht), als auch sachgebietsübergreifend (mithin in Bezug auf die unterschiedlichen Regelungskonstellationen des Kündigungs-, Anpassungs-, und Befristungsrechts) vergleichbare Rechtsanwendungsprobleme hervorrufen, die aber entgegen dem Postulat der Rechtssicherheit einer kohärenten Lösung bisher weitgehend ermangeln.[633] Für die weitere Untersuchung ist darauf hinzuweisen, dass die adäquate Erfassung sämtlicher Rechtsanwendungsprobleme im Zusammenhang mit Prognosen einen steten Pendelblick zwischen materiellem Recht und gerichtlicher Prognosekontrolle notwendig macht, sodass im Folgenden auch immer wieder prozessuale Fragestellungen in den Blick genommen werden müssen. Auch sollen im Rahmen der weiteren Betrachtung nunmehr die in anderen Wissenschafts- und Rechtsgebieten

633 Schon innerhalb ähnlicher Regelungskonstellationen sind teilweise gravierende Unterschiede in der Behandlung von Prognoseproblemen festzustellen, vgl. für das Befristungsrecht *Persch*, Kernfragen des Befristungsrechts 2010, S. 262 und für das Kündigungsrecht *Honstetter*, Prognoseentscheidung 1994, S. 117, die ebenfalls auf das Erfordernis einer kohärenten Behandlung hinweisen; *Loth*, Prognoseprinzip im befristeten Arbeitsverhältnis 2015, S. 117 ff. befasst sich im arbeitsrechtlichen Kontext immerhin mit der Möglichkeit der Übertragung kündigungsrechtlicher Prognosegrundsätze auf das Befristungsrecht; zarte Ansätze finden sich auch bei *Feuerborn*, Sachliche Gründe 2003, S. 470, der darauf hinweist, dass der Maßstab für Prognosen im arbeitsrechtlichen Befristungsrecht „mit dem Maßstab für die Beurteilung von Prognoseentscheidungen im Allgemeinen und der kündigungsrechtlichen Prognose Negativprognose im Besonderen" übereinstimme.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

entwickelten Lösungen von Prognoseproblemen in die Betrachtung eingebunden werden.[634]

I. Methodischer Ausgangspunkt zur Erarbeitung von Prognoseleitlinien

Den Ausgangspunkt und Schlüssel zur Erarbeitung allgemeiner Prognoseleitlinien bildet die bereits mehrfach formulierte Erkenntnis, dass die untersuchten privatrechtlichen Prognosenormen stets durch die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe gekennzeichnet oder gar insgesamt als zivilrechtliche Generalklauseln ausgestaltet sind.[635] Schon die prinzipielle Prognoseakzessorietät der entsprechenden Vorschriften konnte aus diesem Grunde nur durch die dezidierte Auslegung und Konkretisierung der betreffenden Regelungen nachgewiesen werden.

1. Ambivalenz tatbestandlicher Unbestimmtheit von Prognosenormen

Die tatbestandliche Unbestimmtheit der untersuchten Normen erweist sich für die nun folgende Untersuchung sodann als zweischneidiges Schwert:

Auf der einen Seite ruft erst sie den Bedarf hervor, auch die bereits zuvor als solche identifizierten Prognoseerfordernisse ihrerseits noch einmal näher zu präzisieren. Zwar konnte gezeigt werden, dass das Prognoseprinzip als solches bereits zur Konkretisierung weitgehend unbestimmter Sachgrunderfordernisse im Recht der Dauerschuldverhältnisse beiträgt. Dennoch bliebe allein die Feststellung, *dass* der Eingriff in prospektiven Bestandsschutz häufig von Prognosen abhängt ohne weitere Präzisierung schlicht zu vage, als dass hiervon ein spürbarer Gewinn für die Rechtsanwendung ausgehen könnte. So setzt die Feststellung wertungsausfüllungsbedürftiger Normen eine „Konkretisierungskaskade" in Gang, in deren

634 Vgl. exemplarisch nur den Hinweis von *Feuerborn*, Sachliche Gründe 2003, S. 236 f. auf die Grundsätze der Prognoseerstellung im Verfassungs- und Verwaltungsrecht.

635 Ähnlich im Ergebnis *Bieder*, in: Kreutz/Renftle/Faber u.a. (Hrsg.), Realitäten des Zivilrechts, Grenzen des Zivilrechts 2012, S. 23, 31; die präzise rechtsmethodische Abgrenzung von unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln kann für die Zwecke dieser Arbeit unterbleiben, siehe hierzu näher beispielsweise *Kamanabrou*, AcP 202 (2002), 662, 663 ff. und *Feuerborn*, Sachliche Gründe 2003, S. 17 ff., der die genaue Einordnung bei der Konkretisierung sachlicher Gründe im Arbeitsrecht ebenfalls für entbehrlich hält; anders insoweit *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 97 ff., der der Abgrenzung im kündigungsrechtlichen Kontext Bedeutung beimisst.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Verlauf die prinzipielle Anerkennung weitreichender Prognoseerfordernisse nur eine Zwischenstufe, nicht aber das endgültige Ziel der Konkretisierung darstellt. Das Prognoseprinzip im vertraglichen Dauerschuldverhältnis kann so gleichzeitig als Mittel wie auch als Gegenstand tatbestandlicher Konkretisierung verstanden werden.

Auf der anderen Seite bildet die Unbestimmtheit der untersuchten Prognosenormen jedoch auch das methodische Einfallstor zur Erarbeitung übergreifender Leitlinien bei der Anwendung des Prognoseprinzips im vertraglichen Dauerschuldverhältnis, können doch überhaupt nur auf diesem Wege übergreifende gesetzliche Wertungen in die zu entwickelnde Prognosesystematik transferiert werden. Es ist dabei ein Gebot der Methodenklarheit und Methodenehrlichkeit, die der anschließenden Untersuchung zugrunde liegenden rechtlichen Wertungen an dieser Stelle jedenfalls überblicksartig transparent zu machen.[636]

2. Typische Regelungskonflikte bei der Anwendung des Prognoseprinzips

Durch die systematische Anbindung des Prognoseprinzips im vertraglichen Dauerschuldverhältnis an den typischen Regelungskonflikt zwischen zeitraumbezogenem Bestandsschutz und gegenläufigen Flexibilisierungs- oder Beendigungsinteressen und die hiermit bewirkte Abstraktion dieses Prinzips von den Spezialproblemen einzelner Anwendungsgebiete ist im Rahmen dieser Arbeit erst die Basis dafür geschaffen worden, Prognoseprobleme einer jedenfalls in ihren Grundstrukturen vergleichbaren Lösung zuzuführen. Zwar ist etwaigen normtypischen Besonderheiten auch im Rahmen der Entwicklung von Prognoseleitlinien stets Rechnung zu tragen, doch können auch unterschiedliche Ergebnisse in Bezug auf den Umgang mit Prognosen in verschiedenen Regelungskonstellationen jedenfalls den Blick auf die zur Entscheidungsfindung maßgeblichen rechtlichen Wertungen schärfen. Besondere Bedeutung bei der Entwicklung von Prognoseleitlinien kommt dabei auch den in der Verfassung verbürgten Werten und Prinzipien zu, die im Zuge der Auslegung und Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe und Generalklauseln auch in das Privatrecht ausstrahlen.[637] Jenseits der schon bei der Herleitung von Prognoseerforder-

636 Für die Konkretisierung des Begriffs des sachlichen Grundes ebenso *Feuerborn*, Sachliche Gründe 2003, S. 17.

637 *Larenz*, Methodenlehre, 6. Aufl. 1991, S. 339.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nissen ausführlich aufgegriffenen grundgesetzlichen Wertentscheidungen (Vertragsfreiheit, grundrechtlich abgesicherter Bestandsschutz) nimmt vor allem das Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 3 GG bei der Formulierung konkreter Anforderungen an privatrechtliche Prognosen eine zentrale Rolle ein. Diese resultiert daraus, dass die mit Prognoseerfordernissen wesensmäßig verbundene Unsicherheit rechtlicher Entscheidungen zwei mitunter gegenläufige Ausprägungen des insoweit „janusköpfigen“[638] Rechtsstaatsprinzips auf den Plan ruft: Die Rechtssicherheit und die materielle Gerechtigkeit.[639] Rechtliche Entscheidungen trotz bestehender Unsicherheiten im Vorgriff auf zukünftige Entwicklungen als verbindlich anzuerkennen, stellt zweifelsohne ein erhebliches Zugeständnis an den Rechtsfrieden dar, werden hierdurch doch unzumutbare rechtliche Schwebezustände wirksam vermieden.[640] Im Umkehrschluss nimmt der Rechtsanwender hierdurch in Kauf, dass die rechtliche Bewertung auf zukünftigen Sachverhalten beruht, die sich im Zeitablauf letztlich als irreal erweisen.[641] In diesem Spannungsfeld ist weder dem Grundsatz der Rechtssicherheit noch demjenigen der materiellen Gerechtigkeit stets ein absoluter Vorrang einzuräumen. Vielmehr sind beide Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips in Bezug auf die einzelnen Prognoseanforderungen durch wertende Abwägung in einen schonenden Ausgleich miteinander zu bringen.[642] Auf diese prägenden Regelungskonflikte im Zusammenhang mit Prognosen im vertraglichen Dauerschuldverhältnis wird daher im Folgenden wieder zurückzukommen sein.

638 Hierzu näher *Kunig*, Rechtsstaatsprinzip 1986, S. 278 ff.

639 Zu diesem Grundkonflikt auch *Bieder*, in: Kreutz/Renftle/Faber u.a. (Hrsg.), Realitäten des Zivilrechts, Grenzen des Zivilrechts 2012, S. 23, 26.

640 *Ders.*, in: Kreutz/Renftle/Faber u.a. (Hrsg.), Realitäten des Zivilrechts, Grenzen des Zivilrechts 2012, S. 23, 26.

641 *Ders.*, in: Kreutz/Renftle/Faber u.a. (Hrsg.), Realitäten des Zivilrechts, Grenzen des Zivilrechts 2012, S. 23, 26.

642 So hat die Rechtsprechung freilich in anderem Kontext jüngst betont, zur Auflösung einer Konfliktlage zwischen Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit sei „das jeweilige Gewicht, das diesen Prinzipien in der zu regelnden Konstellation zukommt, zu bemessen und darüber zu befinden, welchem der Vorzug gegeben werden muss“, vgl. BAG 22.11.2012 – 2 AZR 570/11, AP Nr. 17 zu § 580 ZPO; LAG Düsseldorf 05.06.2014 – 11 Sa 1484/13, NZA-RR 2014, 642, 646; *Kunig*, Rechtsstaatsprinzip 1986, S. 291 hält das Verfahren zur Herstellung praktischer Konkordanz für Konflikte innerhalb des Rechtsstaatsprinzips dagegen für unanwendbar.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

3. Unsicherheit als Kernproblem rechtlicher Prognosen

Aus Gründen der Übersichtlichkeit erscheint es auf den ersten Blick naheliegend, sich bei der Entwicklung rechtlicher Leitlinien zur Behandlung privatrechtlicher Prognoseprobleme strikt an der zu Beginn der Arbeit eingeführten Prognoseterminologie[643] zu orientieren und die einzelnen Prognosemerkmale (Prognosegrundlage, Wahrscheinlichkeitsmaß, Prognosezeitpunkt) jeweils einer separaten Untersuchung zu unterziehen.[644] Obschon ein derartiges Vorgehen keinen grundsätzlichen Bedenken begegnet, bleibt zu beachten, dass die Beantwortung unterschiedlicher Rechtsfragen im Kontext privatrechtlicher Prognosen von komplexen wechselseitigen Abhängigkeiten geprägt ist, die eine trennscharfe Abgrenzung der einzelnen Merkmale mitunter erschweren. Hier soll daher ein strukturell abweichender Ansatz gewählt werden, der zunächst das mit rechtlichen Prognosen verbundene Kernproblem tatsächlicher Unsicherheit dezidiert in den Blick nimmt. Bindet das Recht Rechtsfolgen an zukünftige Sachverhalte, so begnügt es sich zwangsläufig damit, dass es sich hierbei lediglich um (mehr oder weniger) „wahrscheinliche" Entwicklungen handelt. Der Terminus der Wahrscheinlichkeit erweist sich so als tatbestandliches Herzstück der zu untersuchenden Prognosenormen, sodass die nähere Auseinandersetzung mit diesem Begriff den strukturellen Ausgangspunkt der weiteren Arbeit bilden soll.

II. Begriff der Wahrscheinlichkeit

Der Redeweise von der „Wahrscheinlichkeit" bestimmter (vergangener, gegenwärtiger oder zukünftiger) Sachverhalte bedient sich die Rechtssprache immer wieder.[645] Trotz (oder gerade wegen) des häufigen Gebrauchs dieses Begriffs finden sich in der Rechtsdiskussion jedoch nur äußerst selten nähere Hinweise darauf, welches tatsächliche Phänomen mit dem Begriff der Wahrscheinlichkeit im rechtlichen Kontext konkret beschrieben werden

643 Siehe oben B. II. 1. b) .

644 So beispielsweise *Bieder*, in: Kreutz/Renftle/Faber u.a. (Hrsg.), Realitäten des Zivilrechts, Grenzen des Zivilrechts 2012, S. 23, 27 ff.

645 Bereits zu Beginn der Arbeit wurde darauf hingewiesen, dass der Begriff der „Wahrscheinlichkeit" sich sogar als Element der Gesetzessprache wiederfindet, vgl. oben B. II. 2. a) aa) .

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

soll.[646] Dieser Umstand wäre nur dann leicht verzeihlich, wenn es sich beim Wahrscheinlichkeitsbegriff um einen gänzlich unzweideutigen und insoweit nicht konkretisierungsbedürftigen Terminus handelte. Tatsächlich lässt sich jenseits der juristischen Sphäre jedoch eine Vielzahl unterschiedlicher Begriffsinterpretationen nachweisen[647], was geradezu zwangsläufig die nunmehr zu beantwortende Frage aufwirft, welcher Wahrscheinlichkeitsbegriff der Untersuchung von Prognosenormen im Recht der vertraglichen Dauerschuldverhältnisse zugrunde zu legen ist. Hierfür ist zunächst kurz auf die verschiedenen Wahrscheinlichkeitsbegriffe anderer Wissenschaftsdisziplinen einzugehen.

1. Wahrscheinlichkeitsbegriffe außerhalb des Rechts

Nach dem vor allem von *Laplace* geprägten „klassischen" Begriffsverständnis bezeichnet „Wahrscheinlichkeit" das Verhältnis der Anzahl „günstiger" Fälle (gemeint sind diejenigen Ereignisse, deren Wahrscheinlichkeit ausgedrückt werden soll) zur Gesamtzahl aller gleich möglichen Fälle.[648] Zur Veranschaulichung dieser Definition dient üblicherweise das Lehrbuchbeispiel eines regulären Würfels (Anzahl aller gleich möglichen Ereignisse: sechs), bei dem etwa die Wahrscheinlichkeit, bei einem Wurf eine bestimmte Zahl zu würfeln (Anzahl der günstigen Fälle: eins) ein Sechstel oder diejenige, eine gerade Zahl zu würfeln (Anzahl der günstigen Fälle: drei) drei Sechstel (sprich: 50 %) betrage. Vor allem auf die einflussreichen Untersuchungen *von Mises* lässt sich sodann der zutreffend erhobene Einwand der Zirkularität einer solchen Definition zurückführen:[649] Da die „gleiche Möglichkeit" aller Fälle als Grundbedingung des klassischen Wahrscheinlichkeitsbegriffs in entsprechendem Zusammenhang nichts anderes bedeuten kann als „gleiche Wahrscheinlichkeit" aller Ereignisse, erhebt diese Theorie genau denjenigen Begriff zur Voraussetzung, den sie eigentlich

646 So auch *Weitnauer*, Karlsruher Forum 1966 1968, 3, sowie *Nell*, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen 1983, S. 18, der mit selbigem Werk gleichzeitig einen der erhellendsten Beitrag zur notwendigen Begriffsklärung leistet.

647 Vgl. plastisch *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß 2015, S. 95: „füllt ganze Bibliotheken".

648 *Laplace*, Philosophischer Versuch über die Wahrscheinlichkeit 1932, S. 7 ff.; auf noch ältere Arbeiten zum Thema weist beispielsweise *Schurz*, Wahrscheinlichkeit 2015, S. 1 hin.

649 *Mises*, Wahrscheinlichkeit, Statistik und Wahrheit, 4. Aufl. 1972, S. 78 ff.; dies aufgreifend auch *Reichenbach*, Wahrscheinlichkeitslehre 1935, S. 339.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zu definieren sucht. Abgesehen von den Fällen einer statistischen Gleichverteilung aller möglichen Fälle liefert der klassische Wahrscheinlichkeitsbegriff daher kaum verwertbare Ergebnisse.[650]

Zur Überwindung dieser Problematik wird von den Vertretern eines objektiven statistischen (teils auch als „frequentistisch" bezeichneten) Wahrscheinlichkeitsbegriffs vorgeschlagen, die Wahrscheinlichkeit eines Ereignisses als relative Häufigkeit seines Eintretens in einem Kollektiv zu verstehen.[651] Von einer bestimmten „Wahrscheinlichkeit" eines Ereignisses könne demnach nur die Rede sein, wenn sich die relative Häufigkeit jenes Ereignisses im Rahmen eines beliebig oft wiederholbaren Zukunftsexperiments nach dem Gesetz der großen Zahl einem bestimmten Grenzwert annähere.[652] Diese objektive Wahrscheinlichkeit erlaube indes keinen Schluss auf die Wahrscheinlichkeit eines (bevorstehenden) singulären Ereignisses.[653] Der Feststellung, dass sich die relative Häufigkeit der mit einem regulären Würfel geworfenen geraden Zahlen bei (theoretisch) unendlicher Wiederholung einem (Grenz-)Wert von 0,5 annähere, könne daher beispielsweise keine Aussage über das Ergebnis gerade des nächsten Wurfes abgewonnen werden.

Vertreter eines subjektiven Wahrscheinlichkeitsbegriffs halten die Angabe einer bestimmten Eintrittswahrscheinlichkeit dagegen ausschließlich in Bezug auf ein konkretes singuläres Ereignis für möglich.[654] Hiernach nämlich sei unter „Wahrscheinlichkeit" der (rationale) „Grad des Glaubens" (degree of belief) eines Subjekts an den Eintritt eines bestimmten Ereignisses zu verstehen.[655]

Nicht selten ist sodann der Versuch unternommen worden, die starre Bipolarität zwischen objektivem und subjektivem Wahrscheinlichkeitsbegriff aufzubrechen und etwa statistische Erkenntnisse im Rahmen des subjektiven Wahrscheinlichkeitsbegriffs fruchtbar zu machen, wodurch es

650 *Mises*, Wahrscheinlichkeit, Statistik und Wahrheit, 4. Aufl. 1972, S. 79 f.

651 *Ders.*, Wahrscheinlichkeit, Statistik und Wahrheit, 4. Aufl. 1972, S. 12 ff.; *Reichenbach*, Wahrscheinlichkeitslehre 1935, S. 326.

652 *Mises*, Wahrscheinlichkeit, Statistik und Wahrheit, 4. Aufl. 1972, S. 18; *Reichenbach*, Wahrscheinlichkeitslehre 1935, S. 81, S. 357.

653 *Mises*, Wahrscheinlichkeit, Statistik und Wahrheit, 4. Aufl. 1972, S. 20; im Grundsatz genauso *Reichenbach*, Wahrscheinlichkeitslehre 1935, S. 388.

654 Prominenteste Vertreter dieses Wahrscheinlichkeitsbegriffs sind *de Finetti*, Wahrscheinlichkeitstheorie 1981, S. 89 ff. und *Ramsey*, in: Braithwaite (Hrsg.), The Foundations of Mathematics and other Logical Essays, 4. Aufl. 1965, S. 156, 166 ff.

655 *Ramsey*, in: Braithwaite (Hrsg.), The Foundations of Mathematics and other Logical Essays, 4. Aufl. 1965, S. 156, 166 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zumindest denkbar erschiene, jedenfalls eine partielle Verklammerung der beiden unterschiedlichen Wahrscheinlichkeitsbegriffe herbeizuführen.[656] Aufgrund der Bedeutung dieses Ansatzes für die weitere Untersuchung sei an dieser Stelle auf die vor allem von *Carnap* geprägte Lehre von der logischen (induktiven) Wahrscheinlichkeit hingewiesen, die sich kategorial dem subjektiven (epistemischen) Wahrscheinlichkeitsbegriff zuordnen lässt.[657] Hiernach bezeichne der Begriff der Wahrscheinlichkeit denjenigen Bestätigungsgrad, den bestimmte Prämissen einer Hypothese verliehen.[658] Als anwendbare Prämissen kommen dabei namentlich auch statistische Aussagen in Betracht, aus denen sodann die Wahrscheinlichkeit eines bestimmten singulären Ereignisses induktiv geschlossen werden könne.[659] Aus dieser Theorie ergibt sich insbesondere, dass Wahrscheinlichkeiten niemals „absolut", sondern stets nur in Relation zu den zugrunde gelegten Prämissen bestimmt werden können.[660] Durch Normativierung dieser Prämissen erscheint es denkbar, gerade diesen wahrscheinlichkeitstheoretischen Ansatz auch für juristische Zwecke nutzbar zu machen.

2. Wahrscheinlichkeit als Rechtsbegriff

Als Gegenstand der Rechtsdiskussion wird der Wahrscheinlichkeitsbegriff überwiegend im Rahmen von Problemen des (zivil-)prozessualen Beweismaßes aufgegriffen.[661] Die hier zu verortende Streitfrage, ob und in welchem Maße die Wahrscheinlichkeit des jeweils festzustellenden Sachverhalts die Gewinnung richterlicher Überzeugung i. S. v. § 286 Abs. 1 ZPO determiniert,[662] bedarf zwangsläufig einer vorgelagerten Auseinandersetzung mit dem Inhalt dieses Begriffs. Dabei können die in diesem Zusammenhang gewonnenen Erkenntnisse jedenfalls im Hinblick auf ihren wahrscheinlichkeitstheoretischen Aussagegehalt[663] auch für die hiesige Begriffs-

656 Vgl. zur Übersicht *Schurz*, Wahrscheinlichkeit 2015, S. 74 ff.
657 *Ders.*, Wahrscheinlichkeit 2015, S. 2.
658 *Carnap/Stegmüller*, Induktive Logik 1959, S. 40.
659 *Dies.*, Induktive Logik 1959, S. 21 bezeichnen diese als „Wahrscheinlichkeit$_1$".
660 So *dies.*, Induktive Logik 1959, S. 26; ferner *Keynes*, A treatise of probability 1973, S. 3 ff.
661 Vgl. hierfür nur die intensive Auseinandersetzung bei *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß 2015, S. 113 ff.
662 Näher MüKo-ZPO/*Prütting*, § 286 ZPO Rn. 32 ff. m. w. N.
663 Auf das nähere Verhältnis zwischen Beweismaß und den hier adressierten Prognoseproblemen wird noch zurückzukommen sein, siehe unten D. III. 5. a) .

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

klärung fruchtbar gemacht werden, weist die Bedeutung der dort erörterten Argumente doch über die konkrete Problematik hinaus.

Obschon danach auch dem objektiven Begriff der Wahrscheinlichkeit im rechtlichen Kontext nicht jegliche Bedeutung abgesprochen werden kann[664], wird man doch nicht umherkommen, in den weit überwiegenden Fällen normativer Bezugnahmen auf den Wahrscheinlichkeitsbegriff einen Rekurs auf Ausprägungen der subjektiven Wahrscheinlichkeitstheorie zu erblicken.[665] Dies rührt daher, dass zumeist nicht abstrakte statistische Aussagen, sondern stattdessen konkrete singuläre Ereignisse für die Rechtsanwendung von Interesse sind.[666] Stellte man sich mit dem einflussreichsten Vertreter eines „rein" objektiven Wahrscheinlichkeitsbegriffs jedoch auf den Standpunkt, dass Wahrscheinlichkeitsaussagen über singuläre Ereignisse „sinnlos" seien[667], so müsste man vor diesem theoretischen Hintergrund die Subsumtionsfähigkeit eines Großteils wahrscheinlichkeitsakzessorischer Tatbestände grundlegend in Zweifel ziehen. Betroffen wären hiervon auch sämtliche in dieser Arbeit identifizierten privatrechtlichen Prognosenormen, verlangen diese doch stets nach einer Aussage darüber, wie sich gerade ein konkretes Rechtsverhältnis in Zukunft „wahrscheinlich" entwickeln wird. Derlei Fragen können demnach nur dann sinnvoll beantwortet werden, wenn der Erforschung privatrechtlicher Prognoseprobleme ein Wahrscheinlichkeitsbegriff zugrunde gelegt wird, der ein valides Urteil gerade über die Wahrscheinlichkeit bestimmter zukünftiger Ereignisse er-

664 Beispiele finden sich bei *Nell*, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen 1983, S. 22.

665 So auch *ders.*, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen 1983, S. 47, der verdienstvoll ein normativ-subjektives Wahrscheinlichkeitsverständis herausarbeitet; ferner *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß 2015, S. 125; problematisch insoweit *Weitnauer*, Karlsruher Forum 1966 1968, S. 3, 4 ff., *Maassen*, Beweismaßprobleme im Schadensersatzprozeß 1975, S. 6 und *Musielak*, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß 1975, S. 112, die sich zwar als Vertreter eines objektiven Wahrscheinlichkeitsbegriffs zu verstehen scheinen, deren folgende Ausführungen allerdings nahelegen, dass sie in Wahrheit von einem logischen (subjektiven) Wahrscheinlichkeitsbegriff ausgehen, vgl. auch *Greger*, Beweis und Wahrscheinlichkeit 1978, S. 54 f.

666 *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß 2015, S. 101; *Greger*, Beweis und Wahrscheinlichkeit 1978, S. 53; *Evers*, Begriff und Bedeutung der Wahrscheinlichkeit für die richterliche Beweiswürdigung 1979, S. 66; *Gottwald*, Schadenszurechnung und Schadensschätzung 1979, S. 193 f.; *Nell*, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen 1983, S. 26; *Weber*, Der Kausalitätsbeweis im Zivilprozeß 1997, S. 36; *Brinkmann*, Beweismaß 2005, S. 24.

667 *Mises*, Wahrscheinlichkeit, Statistik und Wahrheit, 4. Aufl. 1972, S. 20.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

laubt. Hierfür eignet sich indes einzig der subjektive Wahrscheinlichkeitsbegriff, der aus diesem Grunde als Ausgangspunkt der weiteren Betrachtung herzuhalten hat und im Fortgang der Ausarbeitung an geeigneter Stelle näher zu präzisieren ist. Die mit dieser Erkenntnis verbundene Vielzahl von Folgefragen soll im Rahmen der weiteren Untersuchung Schritt für Schritt einer normativ angeknüpften Lösung zugeführt werden.

III. Wahrscheinlichkeitsmaßstab

Dies gilt zuvorderst für die nunmehr vorrangig zu klärende Frage, welche Wahrscheinlichkeit das jeweilige Prognoseereignis aufweisen muss, um die Rechtsfolge der fraglichen Prognosenorm auszulösen.[668] Die rechtliche Relevanz des so bezeichneten Wahrscheinlichkeitsmaßstabs ist dabei kaum zu überschätzen, wirft doch gerade dessen Feststellung elementare Fragen nach der Risikoverteilung im Umgang mit privatrechtlichen Prognosenormen auf.[669]

1. Wahrscheinlichkeitsmaßstab als tatbestandliche Kernfrage

Legt man für die Akzeptanz privatrechtlicher Prognosen ein strenges Wahrscheinlichkeitsmaß an, so vergrößert man im Umkehrschluss das Spektrum derjenigen Wahrscheinlichkeitsgrade, die zur Auslösung der jeweiligen Rechtsfolge nicht ausreichen. Von einer derartigen Vorgehensweise profitiert zwangsläufig diejenige Vertragspartei, die durch die entsprechende Rechtsfolge eine rechtliche Belastung erfahren würde. Setzt man den „Umschlagpunkt“[670] dagegen bei einem vergleichsweise niedrigen Grad der Wahrscheinlichkeit an, so weitet sich auch der tatbestandliche Anwendungsbereich der jeweiligen Prognosenorm und es steigt die Belastung für diejenige Vertragspartei, die die entsprechende Prognose-

668 *Nell*, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen 1983, S. 126 erkennt zutreffend, dass es sich hierbei nunmehr nicht (mehr) um eine wahrscheinlichkeitstheoretische, sondern um eine originär juristische Fragestellung handelt.

669 *Bieder*, in: Kreutz/Renftle/Faber u.a. (Hrsg.), Realitäten des Zivilrechts, Grenzen des Zivilrechts 2012, S. 23, 29.

670 So die eingängie Terminologie aus der Kriminalprognostik, vgl. *Lange*, Die Kriminalprognose 2012, S. 95 f.; *Volckart*, Kriminalprognose 1997, S. 40 f.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

entscheidung zu ihren Lasten als verbindlich hinzunehmen hat.[671] Dem Wahrscheinlichkeitsmaßstab kommt so letztlich gar die Funktion zu, die praktische Bedeutung des Prognoseerfordernisses im Verhältnis zu anderen Tatbestandsmerkmalen der jeweiligen Prognosenorm vorzuzeichnen: Ein großzügiger und damit leicht zu erreichender Wahrscheinlichkeitsgrad lässt die Bedeutung des Prognosetatbestandsmerkmals im Vergleich zu anderen möglicherweise relevanten Faktoren in den Hintergrund treten, während entsprechend hohe Hürden hinsichtlich des Wahrscheinlichkeitsmaßstabs dazu führen können, dass dem Tatbestandsmerkmal der Prognose im Ergebnis eine besonders große Bedeutung zukommt. Es erscheint vor diesem Hintergrund durchaus gerechtfertigt, die Postulierung geringer Anforderungen an den erforderlichen Wahrscheinlichkeitsgrad als Einräumung eines „Prognosespielraums" zu verstehen, wird doch so der Vertragspartner von der Formulierung eines präzisen Wahrscheinlichkeitsurteils entbunden, solange er sich bloß berechtigterweise auf das Erreichen des (niedrigen) Mindestwahrscheinlichkeitsgrades berufen kann.[672] Die Frage nach dem „richtigen" Wahrscheinlichkeitsmaßstab erweist sich so letztlich als die entscheidende Stellschraube zur Feststellung der Rigidität der hier untersuchten Prognoseerfordernisse und kann daher zu Recht als Kernfrage des Umgangs mit Prognosenormen bezeichnet werden.

2. Verbalisierung von Wahrscheinlichkeitsaussagen

Begibt man sich nunmehr auf die Suche nach diesem Maßstab, so kommt man nicht umher, sich vorab mit der Problematik der sprachlichen Erfassung von Wahrscheinlichkeitsaussagen an sich auseinanderzusetzen. Es kann dabei als Binsenweisheit bezeichnet werden, dass die adäquate Verbalisierung solcher Aussagen auch und gerade im juristischen Kontext mit großen Schwierigkeiten behaftet ist.[673] Diese stehen in engem Zusammenhang mit der auch hier zugrunde gelegten Entscheidung für einen subjek-

671 Pointiert *Bieder*, in: Kreutz/Renftle/Faber u.a. (Hrsg.), Realitäten des Zivilrechts, Grenzen des Zivilrechts 2012, S. 23, 29.

672 *Nell*, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen 1983, S. 223; diesen Prognosespielraum grenzt *Nell* von dem später zu behandelnden Prognosespielraum in Form einer Einschätzungsprärogative ab; so auch *Honstetter*, Prognoseentscheidung 1994, S. 149.

673 Siehe nur *Nell*, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen 1983, S. 224; *Gottwald*, Schadenszurechnung und Schadensschätzung 1979, S. 197; *Musielak*, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß 1975, S. 113.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tiven Wahrscheinlichkeitsbegriff, der Wahrscheinlichkeit nicht als relative Häufigkeit eines Ereignisses in einem Kollektiv, sondern als Bestätigungsgrad einer Hypothese begreift. Lassen sich relative Häufigkeiten als statistische Größen noch weitgehend unproblematisch zahlenmäßig ausdrücken („die Wahrscheinlichkeit, mit einem regulären Würfel eine gerade Zahl zu würfeln, beträgt 0,5"), wird eine numerische Erfassung subjektiver Überzeugungsgrade demgegenüber kaum einmal in Betracht kommen.[674] Auch für die Zwecke dieser Untersuchung soll daher von Versuchen Abstand genommen werden, subjektive Wahrscheinlichkeitsurteile umfänglich zu quantifizieren und durch die Zuordnung zu bestimmten Zahlenwerten mit einem „objektiveren" Antlitz zu versehen. Hieraus folgt ganz zwanglos die Erkenntnis, dass Wahrscheinlichkeitsurteile im Kontext privatrechtlicher Prognosen zumeist lediglich als qualitative Aussagen zu verstehen sind, wobei diesbezüglich im Grundsatz sowohl eine ordinale („überwiegende", „große", „an Sicherheit grenzende" Wahrscheinlichkeit[675]) als auch eine komparative („A ist wahrscheinlicher als B"[676]) Ausdrucksweise in Betracht kommt. Der hiermit zwangsläufig verbundene Präzisionsverlust ist unter Anerkennung der methodischen Grenzen eines subjektiven Wahrscheinlichkeitsverständnisses hinzunehmen.

3. Fehlen kohärenter Systematik im Recht der vertraglichen Dauerschuldverhältnisse

An dieser Stelle der Untersuchung kann es kaum mehr überraschen, dass die als solche identifizierten privatrechtlichen Prognosenormen ihrem Wortlaut nach kaum einmal explizite Vorgaben zum notwendigen Maß an Sicherheit der zu prognostizierenden Entwicklung enthalten.[677] Zur Ermittlung des maßgeblichen Wahrscheinlichkeitsgrades bedarf es daher einer eingehenden Untersuchung.

---

674 *Gottwald*, Schadenszurechnung und Schadensschätzung 1979, S. 197; *Huber*, Beweismaß im Zivilprozeß 1983, S. 110; *Greger*, Beweis und Wahrscheinlichkeit 1978, S. 44; *Nell*, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen 1983, S. 36; a. A. *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß 2015, S. 104 ff.; *Weber*, Der Kausalitätsbeweis im Zivilprozeß 1997, S. 37.

675 So beispielsweise die Einteilung von *Musielak*, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß 1975, S. 113.

676 Hierauf weist zum Beispiel *Greger*, Beweis und Wahrscheinlichkeit 1978, S. 44 hin.

677 *Bieder*, in: Kreutz/Renftle/Faber u.a. (Hrsg.), Realitäten des Zivilrechts, Grenzen des Zivilrechts 2012, S. 23, 31.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Wer nach den beinahe pathetischen Ausführungen zur Relevanz des Wahrscheinlichkeitsmaßstabs nunmehr die Hoffnung hegt, bei der Analyse der kündigungs-, anpassungs- und befristungsrechtlichen Rechtsprechung und Literatur auf eine kohärente Systematik prognosespezifischer Wahrscheinlichkeitsgrade oder doch jedenfalls auf eine rege Diskussion in Bezug auf diese Thematik zu treffen, der wird freilich gleich in doppelter Hinsicht enttäuscht[678]: Nicht nur steht die herausragende Bedeutung der Frage in krassem Missverhältnis zu der allenfalls geringen Aufmerksamkeit, die ihr in Rechtsprechung und Schrifttum regelmäßig zuteil wird, auch weisen die sprachlichen Formulierungen von Wahrscheinlichkeitsanforderungen – sofern sie denn überhaupt vorgenommen werden – zum Teil geradezu frappierende Ungenauigkeiten auf.

Zarte Ansätze einer näheren Behandlung dieser Frage sind lediglich im Kontext arbeitsrechtlicher Kündigungen erkennbar, obschon auch hier noch erheblicher Klärungsbedarf besteht.[679] Während in Bezug auf die jeweils anzustellenden Stabilitätsprognosen verbreitet davon ausgegangen wird, nur die „an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit" einer zukünftigen Störung erfülle das Tatbestandsmerkmal einer Negativprognose[680], begnügen sich andere mit einer „hohen"[681] oder gar einer „nicht gerin-

678 Ähnlich *ders.*, in: Kreutz/Renftle/Faber u.a. (Hrsg.), Realitäten des Zivilrechts, Grenzen des Zivilrechts 2012, S. 23, 31.

679 Vgl. *Honstetter*, Prognoseentscheidung 1994, S. 147; *Krause*, in: Linck/Krause/Bayreuther (Hrsg.), Kündigungsschutzgesetz 2019, § 1 KSchG Rn. 180.

680 *Krause*, in: Linck/Krause/Bayreuther (Hrsg.), Kündigungsschutzgesetz 2019, § 1 KSchG Rn. 181; *Feuerborn*, Sachliche Gründe 2003, S. 237; *Pfeiffer*, in: Gallner/Mestwerdt/Nägele u.a. (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht 2021, § 1 KSchG Rn. 174; HK-KSchG/*Dorndorf*, § 1 KSchG Rn. 316; *Greiner*, in: Boecken/Düwell/Diller u.a. (Hrsg.), Gesamtes Arbeitsrecht 2016, § 1 KSchG Rn. 243; *Deinert*, in: Däubler/Deinert/Zwanziger (Hrsg.), KSchR 2020, § 1 KSchG Rn. 56; HWK/*Quecke*, § 1 KSchG Rn. 62; *Nicklaus*, Das Prognoseprinzip im arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzrecht 2012, S. 35 f.; *Elz*, Wiedereinstellungsanspruch 2002, S. 86; im Grundsatz auch *Honstetter*, Prognoseentscheidung 1994, S. 149.

681 *Rinck/Kunz*, in: Tschöpe (Hrsg.), Arbeitsrecht Handbuch 2021, Außerordentliche Kündigung Rn. 25; auch *Steinacker*, Der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers 2017, S. 65 (für die verhaltensbedingte Kündigung).

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ge(n) Wahrscheinlichkeit“[682], streiten für einen flexiblen Wahrscheinlichkeitsmaßstab[683] oder enthalten sich einer Präzisierung vollständig[684].

In Bezug auf die Veränderungsprognose im Rahmen (vorbeugender) betriebsbedingter Kündigungen wird hingegen überwiegend darauf hingewiesen, die durch inner- oder außerbetriebliche Ursachen bedingten betrieblichen Wirkungen oder Maßnahmen müssten bereits „greifbare Formen“ angenommen haben.[685] Entgegen eines vielfach zu beobachtenden Missverständnisses[686] enthält eine derartige Formulierung indes bei näherer Betrachtung gar keine verwertbare Aussage über einen bestimmten Wahrscheinlichkeitsgrad, sondern präzisiert lediglich die Anforderungen an die entsprechende Prognosebasis.[687] Immerhin vereinzelt wird ergänzend darauf hingewiesen, der Eintritt eines die Entlassung rechtfertigenden Grundes müsse „mit einiger Sicherheit“ zu erwarten sein.[688] Letztgenannte Formulierung findet auch im Kontext befristungsrechtlicher Prognosen im

682 *Gamillscheg*, Beendigung des Arbeitsverhältnisses 2001, S. 88.

683 Insbesondere *Meyer*, Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses wegen Sicherheitsbedenken 1997, S. 177 ff. und *Bieder*, in: Kreutz/Renftle/Faber u.a. (Hrsg.), Realitäten des Zivilrechts, Grenzen des Zivilrechts 2012, S. 23, 35.

684 Stellvertretend seien die ansonsten besonders erhellenden Ausführungen von *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 337 ff. genannt, die der Frage des Wahrscheinlichkeitsmaßstabs keine besondere Aufmerksamkeit schenken.

685 St. Rspr., siehe nur BAG 20.11.2014 – 2 AZR 512/13, AP Nr. 207 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; BAG 20.02.2014 – 2 AZR 346/12, AP Nr. 46 zu § 17 KSchG 1969; aus der Literatur siehe nur *Deinert*, in: Däubler/Deinert/Zwanziger (Hrsg.), KSchR 2020, § 1 KSchG Rn. 306; *Krause*, in: Linck/Krause/Bayreuther (Hrsg.), Kündigungsschutzgesetz 2019, § 1 KSchG Rn. 180; Schaub-ArbR-Hdb/*Linck*, § 134 Rn. 26; ErfK/*Oetker*, § 1 KSchG Rn. 232.

686 Beispielsweise *Krause*, in: Linck/Krause/Bayreuther (Hrsg.), Kündigungsschutzgesetz 2019, § 1 KSchG Rn. 180; *Honstetter*, Prognoseentscheidung 1994, S. 148; HK-KSchG/*Dorndorf*, § 1 KSchG Rn. 309; *Meyer*, Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses wegen Sicherheitsbedenken 1997, S. 176; *Nicklaus*, Das Prognoseprinzip im arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzrecht 2012, S. 34.

687 Siehe hierzu eingehend unten D. IV. 3. a) .

688 BAG 19.05.1988 – 2 AZR 596/87, AP Nr. 75 zu § 613a BGB; *Deinert*, in: Däubler/Deinert/Zwanziger (Hrsg.), KSchR 2020, § 1 KSchG Rn. 306; jüngst hat das BAG 20.02.2014 – 2 AZR 346/12, AP Nr. 46 zu § 17 KSchG 1969 jedoch gar gefordert, ein Wegfall des Arbeitsplatzes müsse „sicher“ prognostiziert werden; die Formulierungen in der Rechtsprechung schwanken so erheblich, dass letztlich davon ausgegangen werden muss, dass Begriffe wie „sicher“, „hinreichend wahrscheinlich“ und „mit einiger Sicherheit“ trotz ihres objektiv unterschiedlichen Bedeutungsgehalts vollkommen synonym verwendet werden.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Arbeitsrecht breite Verwendung.[689] Eher zur Verwirrung denn zur Klärung trägt hingegen die Aussage bei, eine „bloße Wahrscheinlichkeit" reiche zur Annahme einer Negativprognose im arbeitsrechtlichen Kündigungsrecht nicht aus.[690] Die nur allzu häufig anzutreffende Redeweise von der „hinreichenden Wahrscheinlichkeit" ist aufgrund ihrer Unergiebigkeit bereits an anderer Stelle als Leerformel entlarvt worden.[691]

Diese „babylonische Maßstabsvielfalt"[692] – die Liste der unterschiedlichen Formulierungen ließe sich beinahe beliebig erweitern – lässt sich bei näherer Betrachtung kaum mehr als hinzunehmende Folge besonders differenzierter Herangehensweisen begreifen, sondern legt vielmehr den Verdacht fehlenden Problembewusstseins und mangelnder Präzision bei der Bestimmung des maßgeblichen Wahrscheinlichkeitsgrades nahe, zumal der Versuch einer normativen Herleitung des jeweils zugrunde gelegten Maßstabs kaum einmal explizit unternommen wird.

4. Ermittlung des Wahrscheinlichkeitsgrades in anderen Rechtsgebieten

So wenig befriedigend diese unübersichtliche Ausgangslage anmuten mag, so verlässlich durchzieht sie die Anwendungsgebiete von Prognosen in der gesamten Rechtsordnung: Auch im öffentlich-rechtlichen und im strafrechtlichen Kontext stellt gerade die Konkretisierung des Wahrscheinlichkeitsgrades eine der zentralen Herausforderungen im Umgang mit Prognosenormen dar.[693] Aufgrund ihrer möglichen Relevanz für die hiesige Untersuchung sollen nunmehr zunächst die in diesen Rechtsgebieten entwickelten Lösungsansätze nachskizziert werden.

---

689 *Loth*, Prognoseprinzip im befristeten Arbeitsverhältnis 2015, S. 126; *Persch*, Kernfragen des Befristungsrechts 2010, S. 266; *Oberthür*, DB 2001, 2246, 2247; *Boecken*, in: Boecken/Joussen (Hrsg.), Teilzeit- und Befristungsgesetz 2019, § 14 TzBfG Rn. 16; auch das BAG hat auf diese Formulierung bisweilen zurückgegriffen, vgl. BAG 10.01.1980 – 2 AZR 25/78, AP Nr. 56 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

690 So aber MüKo-BGB/*Hergenröder*, § 1 KSchG Rn. 124; *Honstetter*, Prognoseentscheidung 1994, S. 149, die sogleich aber doch auf eine „an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit" verweisen.

691 Siehe hierzu oben Fn. 69.

692 Treffend *Bieder*, in: Kreutz/Renftle/Faber u.a. (Hrsg.), Realitäten des Zivilrechts, Grenzen des Zivilrechts 2012, S. 23, 31.

693 Vgl. beispielsweise die Aufzählung unterschiedlicher Wahrscheinlichkeitsmaßstäbe für strafrechtliche Kriminalprognosen bei *Lange*, Die Kriminalprognose 2012, S. 96 f.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

a) Öffentliches Recht

Bereits zu Beginn der Arbeit wurde darauf hingewiesen, dass die Frage des maßgeblichen Wahrscheinlichkeitsgrades vor allem im öffentlichen Gefahrenabwehrrecht seit jeher besondere Aufmerksamkeit erfährt.[694] Dabei erscheint es weitgehend konsensfähig, dass der Wahrscheinlichkeitsmaßstab nicht abstrakt-generell bestimmt werden kann, sondern in Relation zu anderen Abwägungselementen innerhalb eines konkret-individuellen Bezugssystems ermittelt werden muss.[695] Besonders reüssiert hat in diesem Kontext die Formel der umgekehrten Proportionalität von Schadenswahrscheinlichkeit und potenziellem Schadensausmaß: Je höherrangiger das gefährdete Rechtsgut und je größer der zu erwartende Schaden, desto geringere Anforderungen seien an die Wahrscheinlichkeit eines zukünftigen Schadenseintritts zu stellen („Je-desto-Formel").[696] Stehe ein besonders großer Schaden für ein hochrangiges Rechtsgut (beispielsweise Leib und Leben) zu befürchten, so könnten danach Gefahrabwehrmaßnahmen mitunter gar bei der bloß „entfernten Möglichkeit eines Schadenseintritts" gerechtfertigt oder sogar geboten sein.[697]

Ausführungen zur rechtlichen Herleitung dieser griffigen Formel sind indes vergleichsweise rar gesät.[698] Lediglich vereinzelt wird in der Literatur darauf hingewiesen, der Grundsatz der umgekehrten Proportionalität folge „mit Evidenz aus dem Zusammenhang von Risiko und Verantwortung"[699] oder transferiere letztlich nur versicherungsmathematische Überlegungen ins Verwaltungsrecht.[700] Auch das BVerwG hat zuweilen recht apodiktisch

694 Hierauf weist zu Recht daher auch *Meyer*, Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses wegen Sicherheitsbedenken 1997, S. 183.

695 Ebenso *Hoffmann-Riem*, FS Wacke 1972, S. 327, 333.

696 St. Rspr. des BVerwG, BVerwG 26.06.1970 – IV C 99/67, NJW 1970, 1890 ff.; BVerwG 26.02.1974 – I C 31/72, NJW 1974, 807 ff. - *Präventivgewahrsam*; BVerwG 02.07.1991 – 1 C 4/90, NVwZ-RR 1992, 470 ff. - *Spielhallenauflagen*; BVerwG 03.07.2002 – 6 CN 8/01, NVwZ 2003, 95 ff. - *Gefahrtier-Verordnung*; aus der Literatur siehe nur *Götz/Geis*, POR, 17. Aufl. 2022, § 12 Rn. 7; *Gusy*, POR, 10. Aufl. 2017, Rn. 119; *Kingreen/Poscher*, POR, 11. Aufl. 2020, § 8 Rn. 7 jeweils m. w. N; die Je-desto-Formel wird teilweise auch für legislative Gefahrenprognosen verwandt, siehe nur *Ossenbühl*, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz Band I 1976, S. 458, 509; *Seetzen*, NJW 1975, 429, 430.

697 BVerwG 26.06.1970 – IV C 99/67, NJW 1970, 1890, 1892.

698 *Nell*, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen 1983, S. 172.

699 *Ossenbühl*, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz Band I 1976, S. 458, 509.

700 So *Leisner*, DÖV 2002, 326, 327 f., die die Je-desto-Formel im Ergebnis freilich ablehnt.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

judiziert, die Verwaltungspraxis gehe von der Formel der umgekehrten Proportionalität von Schadensausmaß und Wahrscheinlichkeit „mit Recht als selbstverständlich" aus.[701] Gleichzeitig finden sich in der Rechtsprechung bei näherer Betrachtung jedoch auch beachtenswerte Ansätze, die einen direkten Zusammenhang zwischen der Je-desto-Formel und dem rechtsstaatlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit herstellen.[702]

Die Formel sieht sich jedoch in ihrer Simplizität auch mannigfaltiger Kritik ausgesetzt[703], die insbesondere dafür streitet, neben dem Schadensausmaß weitere Relationsfaktoren zu berücksichtigen und den im jeweiligen Fall maßgeblichen Grad der Wahrscheinlichkeit letztlich im Wege einer umfassenden Gesamtabwägung zu ermitteln. Besonders häufig wird dabei die Forderung erhoben, auch die Intensität des mit der Gefahrenabwehrmaßnahme verbunden Eingriffs in grundrechtliche Positionen bei der Feststellung des maßgeblichen Wahrscheinlichkeitsgrades zu berücksichtigen.[704] Derartige Stimmen streiten bei Lichte betrachtet letztlich dafür, umfassende Verhältnismäßigkeitserwägungen bereits bei der Würdigung des Tatbestands der jeweiligen Prognosenormen anzustellen.[705] Dem wird zum Teil entgegengehalten, die Eingriffsintensität der durch die Prognosenorm gestatteten Gefahrenabwehrmaßnahme sei ausschließlich auf Rechtsfolgenseite im Rahmen der jeweils angezeigten Verhältnismäßigkeitsprüfung berücksichtigungsfähig.[706] In der Tat erscheint der Einwand berechtigt, Faktoren wie die Eingriffsintensität dürften nicht sowohl auf Tatbestands- als auch auf Rechtsfolgenseite und damit „doppelt" in die rechtliche Betrachtung einfließen. Diese Gefahr besteht indes überhaupt nur dann, wenn die jeweilige Prognosenorm auf Rechtsfolgenseite einen Ermessensspielraum

701 BVerwG 26.06.1970 – IV C 99/67, NJW 1970, 1890, 1892.

702 BVerwG 26.02.1974 – I C 31/72, NJW 1974, 807, 810.

703 Ausführlich *Leisner*, DÖV 2002, 326 ff.; besonders kritisch *Darnstädt*, Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge 1983, S. 75 ff.; mit Abweichungen im Detail beispielsweise *Nell*, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen 1983, S. 183; *Tettinger*, DVBl 1982, 421, 426; *Ossenbühl*, DÖV 1976, 463, 466; *Schenke*, POR, 11. Aufl. 2021, Rn. 82.

704 So *Ossenbühl*, DÖV 1976, 463, 466; *Tettinger*, DVBl 1982, 421, 426; *Schenke*, POR, 11. Aufl. 2021, Rn. 82; *Nell*, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen 1983, S. 203; *Hansen-Dix*, Die Gefahr im Polizeirecht 1982, S. 35 ff.

705 In diese Richtung *Schenke*, POR, 11. Aufl. 2021, Rn. 82 Fn. 148.

706 *Darnstädt*, Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge 1983, S. 76; *Götz/Geis*, POR, 17. Aufl. 2022, § 12 Rn. 8.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

hinsichtlich der zu treffenden Maßnahme gewährt.[707] Erlaubt sie hingegen nur eine bestimmte Maßnahme, so kann und muss die Eingriffsintensität bereits auf Tatbestandsseite im Rahmen des Abwägungsvorgangs Berücksichtigung finden.

b) Strafrecht

Auch im Strafrecht werden zur Bestimmung des zur Auslösung der Rechtsfolge von Prognosenormen hinreichenden Wahrscheinlichkeitsgrades Abwägungsformeln herangezogen[708], die jedenfalls in ihrem Ausgangspunkt der soeben im öffentlich-rechtlichen Kontext erläuterten Je-desto-Formel entsprechen. Noch deutlicher ist hier jedoch die Tendenz zu beobachten, neben dem drohenden Schaden vor allem den mit der Rechtsfolge verbundenen Eingriff in die Rechtssphäre des Prognosebetroffenen besonders zu gewichten.[709]

5. Ermittlung des Wahrscheinlichkeitsmaßstabs im vertraglichen Dauerschuldverhältnis

Während mithin im öffentlich-rechtlichen ebenso wie im strafrechtlichen Kontext einmündig für einen abwägungsgeleiteten und folglich flexiblen Grad der erforderlichen Wahrscheinlichkeit geworben wird, finden sich in Bezug auf Prognosenormen im Recht der vertraglichen Dauerschuldverhältnisse auch solche Stimmen, die einen weitgehend homogenen Wahrscheinlichkeitsmaßstab für sämtliche Prognoseentscheidungen befürworten. Besonders hervor tun sich dabei diejenigen, die in der arbeitsrechtlichen Kündigungskontrolle einheitlich auf die „an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit" zukünftiger Störungen des Arbeitsverhältnisses abstellen wollen.[710]

707 Zu Recht differenzierend daher *Nell*, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen 1983, S. 187.

708 *Exner*, ZStW 53 (1933), 629, 635; *Müller*, Anordnung und Aussetzung freiheitsentziehender Maßregeln 1981, S. 64; *Lange*, Die Kriminalprognose 2012, S. 96.

709 So *Pollähne*, Kriminalprognostik 2011, S. 142; *Exner*, ZStW 53 (1933), 629, 635.

710 Vgl. Nachweise in Fn. 680; die ausführlichsten Begründungen liefern hierbei *Krause*, in: Linck/Krause/Bayreuther (Hrsg.), Kündigungsschutzgesetz 2019, § 1 KSchG Rn. 181 und HK-KSchG/*Dorndorf*, § 1 KSchG Rn. 316.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

a) Keine Ableitung aus dem Beweismaß

Den Ausgangspunkt der dazu vorgebrachten Argumentation bildet stets § 286 ZPO, der im privatrechtlichen Kontext den Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung festschreibt.[711] Die im Kündigungsrecht erforderliche Negativprognose sei als Teil des Kündigungsgrundes nach § 1 Abs. 2 S. 4 KSchG stets vom Arbeitgeber zu beweisen und müsse folglich nach § 286 Abs. 1 ZPO zur Überzeugung des Gerichts feststehen.[712] Zur Bildung voller richterlicher Überzeugung genüge nach dem Regelbeweismaß dabei weder eine „gewisse" noch eine bloß „überwiegende" Wahrscheinlichkeit des Eintritts der fraglichen Tatsache.[713] Erforderlich sei stattdessen jene „an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit", die vernünftigen Zweifeln Schweigen gebiete ohne diese völlig auszuschließen.[714]

Eine solche Sichtweise birgt zunächst den erkennbaren Vorteil, jedenfalls im Grundsatz einheitliche Maßstäbe für alle privatrechtlichen Prognoseentscheidungen zu schaffen, sodass sie durchaus als Zugeständnis an den Grundsatz der Rechtssicherheit verstanden werden könnte. Gleichzeitig handelt es sich bei dem Maßstab der „an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit" um eine im Prozessrecht seit langem bewährte Formel, die geeignet scheint, Prognoseproblematiken bruchlos in den Alltag richterlicher Sachverhaltsfeststellung zu integrieren. Auch ist davon auszuge-

711 Im Arbeitsrecht über den „Umweg" des § 46 Abs. 2 ArbGG i.V.m.§ 495 Abs. 1 ZPO; auf die Vorschrift verweisen explizit beinahe sämtliche Befürworter dieses Wahrscheinlichkeitsgrades, vgl. *Krause*, in: Linck/Krause/Bayreuther (Hrsg.), Kündigungsschutzgesetz 2019, § 1 KSchG Rn. 181; HK-KSchG/*Dorndorf*, § 1 KSchG Rn. 316; *Pfeiffer*, in: Gallner/Mestwerdt/Nägele u.a. (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht 2021, § 1 KSchG Rn. 174; *Feuerborn*, Sachliche Gründe 2003, S. 237; MüKo-BGB/*Hergenröder*, § 1 KSchG Rn. 124; *Nicklaus*, Das Prognoseprinzip im arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzrecht 2012, S. 35 f.

712 *Krause*, in: Linck/Krause/Bayreuther (Hrsg.), Kündigungsschutzgesetz 2019, § 1 KSchG Rn. 181; *Feuerborn*, Sachliche Gründe 2003, S. 237; *Pfeiffer*, in: Gallner/Mestwerdt/Nägele u.a. (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht 2021, § 1 KSchG Rn. 174.

713 *Krause*, in: Linck/Krause/Bayreuther (Hrsg.), Kündigungsschutzgesetz 2019, § 1 KSchG Rn. 181; *Feuerborn*, Sachliche Gründe 2003, S. 237; HK-KSchG/*Dorndorf*, § 1 KSchG Rn. 313.

714 *Krause*, in: Linck/Krause/Bayreuther (Hrsg.), Kündigungsschutzgesetz 2019, § 1 KSchG Rn. 181; *Pfeiffer*, in: Gallner/Mestwerdt/Nägele u.a. (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht 2021, § 1 KSchG Rn. 174; *Deinert*, in: Däubler/Deinert/Zwanziger (Hrsg.), KSchR 2020, § 1 KSchG Rn. 56; HK-KSchG/*Dorndorf*, § 1 KSchG Rn. 313; verwiesen wird in diesem Zusammenhang häufig auf die „Anastasia-Entscheidung" des BGH 17.02.1970 – III ZR 139/67, NJW 1970, 946, 948, die zwar die genannte Formulierung enthält, sich aber nicht auf eine Prognoseproblematik bezieht.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

hen, dass Vorhersagen, denen ein derartig hoher Wahrscheinlichkeitsgrad zugrunde liegt, eine große Richtigkeitsgewähr bieten, sodass dem rechtsstaatlichen Grundsatz der materiellen Gerechtigkeit und dem bestandsschützenden Zweck der materiellen Kündigungskontrolle in besonderem Maße Rechnung getragen würde.[715] Dem naheliegenden Einwand, ein derart hohes Maß an Sicherheit sei in Bezug auf ihrem Wesen nach ungewisse zukünftige Sachverhalte kaum einmal zu erreichen[716], wird sodann mit dem Zugeständnis entgegengetreten, die Anforderungen an die richterliche Überzeugungsbildung dürften schlechterdings „nicht überspannt" werden.[717] Auch diejenigen, die zum Teil differenzierte Vorschläge für etwaige Senkungen des Beweismaßes unterbreiten[718], erkennen letztlich § 286 ZPO als methodischen Ausgangspunkt zur Bestimmung des erforderlichen Wahrscheinlichkeitsgrades an.

Indes kann bei näherem Hinsehen bereits diese Anknüpfung der Problematik an Fragen des prozessualen Beweismaßes nicht überzeugen, werden doch so in unzulässiger Weise prozessrechtliche und materiell-rechtliche Fragestellungen miteinander vermengt.[719] Zur Bestimmung des maßgeblichen Wahrscheinlichkeitsgrades ist vielmehr zunächst die materiell-rechtliche Prognosenorm dezidiert in den Blick zu nehmen.[720] Ergibt deren Betrachtung, dass die angeordnete Rechtsfolge schon bei einem bestimmten – auch unterhalb der Schwelle einer „an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit" angesiedelten – Grad der Gewissheit zukünftiger Störungen Platz greift, so erweist sich gerade diese (niedrigere) Wahrscheinlichkeit als Gegenstand der anschließenden richterlichen Überzeugungsbildung.[721] Der Richter muss jedenfalls in Fällen der Prognosekontrolle mithin nicht von der zukünftigen Tatsache selbst, sondern lediglich von der Wahrscheinlichkeit ihres Eintritts i. S. v. § 286 Abs. 1 ZPO überzeugt sein. Gegen die Tragfähigkeit dieses Einwandes wird sodann vorgebracht, es mache

715 In diesem Sinne auch *Honstetter*, Prognoseentscheidung 1994, S. 149; *Nicklaus*, Das Prognoseprinzip im arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzrecht 2012, S. 35.

716 *Steinacker*, Der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers 2017, S. 63; *Meyer*, Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses wegen Sicherheitsbedenken 1997, S. 177 f.

717 *Krause*, in: Linck/Krause/Bayreuther (Hrsg.), Kündigungsschutzgesetz 2019, § 1 KSchG Rn. 181; HWK/*Quecke*, § 1 KSchG Rn. 62; *Nicklaus*, Das Prognoseprinzip im arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzrecht 2012, S. 35.

718 *Meyer*, Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses wegen Sicherheitsbedenken 1997, S. 179 ff.; *Honstetter*, Prognoseentscheidung 1994, S. 150 ff.

719 So zu Recht *Bieder*, Verhältnismäßigkeitsprinzip 2007, S. 35 in Fn. 48.

720 Richtig *Regenfus*, JR 2012, 137, 141.

721 *Ders.*, JR 2012, 137, 141.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

keinen inhaltlichen Unterschied, ob der Richter ein Ereignis selber für wahrscheinlich halte oder aber von der Wahrscheinlichkeit des Ereignisses überzeugt sei[722], sodass es in diesem Zusammenhang zwangsläufig zu einer Verflechtung prozessrechtlicher und materiell-rechtlicher Fragestellungen käme.[723] Diese Gleichsetzung ist bei Lichte betrachtet jedoch nur dann zulässig, wenn es gerade der Richter ist, auf dessen Perspektive es bei der Prognoseerstellung ankommt.[724] Dass diese Voraussetzung in vielen Fällen der hier zu betrachtenden Prognoseerfordernisse keineswegs erfüllt ist, wird noch eingehend zu zeigen sein.[725] Der Rückschluss von § 286 Abs. 1 ZPO auf den in materiell-rechtlicher Hinsicht erforderlichen Wahrscheinlichkeitsgrad zukünftiger Störungen ist daher unzutreffend, sodass die hierauf gestützten Konkretisierungsversuche letztlich abzulehnen sind. Auch die Diskussion möglicher Absenkungen des Beweismaßes geht vor diesem Hintergrund jedenfalls in Bezug auf ihren dogmatischen Anknüpfungspunkt an der eigentlichen Problematik vorbei.

Die Suche nach dem maßgeblichen Wahrscheinlichkeitsgrad für Prognosen im vertraglichen Dauerschuldverhältnis muss daher bei der eingehenden Betrachtung der jeweiligen materiell-rechtlichen Norm ihren Anfang nehmen.[726] Weil neben dem Wortlaut auch systematische und historische Erwägungen bei der Erforschung dieser Frage nicht zum Ziel führen, kann im Ergebnis lediglich eine teleologische Annäherung an die Lösung der Problematik gelingen.[727]

b) Abwägungsgeleitete Bestimmung des Wahrscheinlichkeitsgrades

Der Gedanke, den maßgeblichen Wahrscheinlichkeitsgrad stattdessen im Wege eines Abwägungsvorgangs zu ermitteln, ist auch dem Privatrecht

722 *Kokott*, Beweislastverteilung und Prognoseentscheidungen 1993, S. 32.
723 *Dies.*, Beweislastverteilung und Prognoseentscheidungen 1993, S. 32; *Meyer*, Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses wegen Sicherheitsbedenken 1997, S. 180.
724 *Regenfus*, JR 2012, 137, 142.
725 Siehe unten vor allem D. IV. 5. a) .
726 *Regenfus*, JR 2012, 137, 141.
727 *Bieder*, in: Kreutz/Renftle/Faber u.a. (Hrsg.), Realitäten des Zivilrechts, Grenzen des Zivilrechts 2012, S. 23, 32.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nicht völlig fremd.[728] Exemplarisch sei an dieser Stelle hingewiesen auf § 1666 Abs. 1 BGB, der es Familiengerichten erlaubt, diejenigen Maßnahmen zu treffen, die zur Abwendung einer Kindeswohlgefährdung (Prognose) erforderlich sind. In diesem Zusammenhang wird ebenfalls dafür plädiert, den maßgeblichen Wahrscheinlichkeitsgrad zur Annahme einer Kindeswohlgefährdung in Relation zur Schwere des jeweils drohenden Schadens zu bestimmen.[729] Die aus anderen Rechtsgebieten bekannte Diskussion um die mögliche Einbeziehung weiterer Abwägungsfaktoren – vor allem der Schwere des Eingriffs in das Elternrecht – hat auch auf diesem Gebiet jüngst besondere Aufmerksamkeit erfahren.[730] Der BGH geht dabei davon aus, die Eingriffsintensität sei nicht schon auf der Ebene des Tatbestandes, sondern erst im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung auf Rechtsfolgenseite zu berücksichtigen.[731] Zum Teil weist das Gericht dabei explizit auf die Konkretisierung des Gefahrbegriffs im öffentlichen Recht hin.[732]

Derartige Querverweise sind es schließlich, die den Schluss nahelegen, die abwägungsgeleitete Ermittlung des maßgeblichen Wahrscheinlichkeitsgrades ließe sich als allgemeines Rechtsprinzip begreifen, das gleichsam sämtliche Teilbereiche des Rechts durchdringe und daher auch bei der Konkretisierung von Prognoseerfordernissen im Recht der vertraglichen Dauerschuldverhältnisse zwingend zu beachten sei.[733] Nichtsdestotrotz bleibt zu bedenken, dass sich die Situation bei der Anpassung, Kündigung oder Befristung von Dauerschuldverhältnissen in durchaus beachtlicher Weise von derjenigen in den bisher betrachteten Teilgebieten des Rechts unterscheidet: Steht hier das vertragliche Verhältnis zweier Privatrechtssub-

728 Mit einigen Beispielen auch *Meyer*, Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses wegen Sicherheitsbedenken 1997, S. 185 f. und *Nell*, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen 1983, S. 181 ff.

729 BGH 06.02.2019 – XII ZB 408/18, NJW 2019, 1435, 1436; BGH 23.11.2016 – XII ZB 149/16, NJW 2017, 1032, 1033; MüKo-BGB/*Lugani*, § 1666 BGB Rn. 50; BeckOK-BGB/*Veit*, § 1666 BGB Rn. 25; jurisPK-BGB/*Thormeyer*, § 1666 BGB Rn. 23.

730 Stein des Anstoßes war vor allem die Entscheidung des OLG Karlsruhe 03.08.2018 – 18 UF 91/18, NZFam 2018, 1027 ff.

731 BGH 06.02.2019 – XII ZB 408/18, NJW 2019, 1435, 1436; BGH 23.11.2016 – XII ZB 149/16, NJW 2017, 1032, 1033; für eine Einbeziehung der Eingriffsintensität hingegen Staudinger/*Coester*, § 1666 BGB Rn. 91; BeckOK-BGB/*Veit*, § 1666 BGB Rn. 26 (letztere auch unter Verweis auf die entsprechende Diskussion im öffentlichen Gefahrenabwehrrecht).

732 BGH 23.11.2016 – XII ZB 149/16, NJW 2017, 1032, 1033.

733 So für die Proportionalität von Schadensausmaß und Wahrscheinlichkeit *Meyer*, Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses wegen Sicherheitsbedenken 1997, S. 190.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

jekte in Rede, wurden dort stets die Voraussetzungen hoheitlicher Eingriffe in Grundrechtspositionen in den Blick genommen. Letztere sind dabei stets schon von Verfassungs wegen (auch) am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu messen, der Abwägungsprozesse (auch auf Tatbestandsebene) in besonderer Weise zu legitimieren vermag.

Trotz aller notwendigen Differenzierung ist es im Ergebnis gleichwohl angezeigt, den maßgeblichen Wahrscheinlichkeitsgrad auch im hiesigen Kontext mittels einer normativ strukturierten Interessenabwägung zu ermitteln.[734] Die Notwendigkeit einer solchen Vorgehensweise ergibt sich jedoch nicht schon ohne Weiteres aus der Geltung eines allgemeinen Rechtsprinzips der abwägungsgeleiteten Ermittlung prognosespezifischer Wahrscheinlichkeitsgrade, sondern lässt sich vielmehr überzeugend aus Zweck und Natur der hier betrachteten Prognosenormen ableiten. Verfolgen die beleuchteten Prognoseerfordernisse im Rahmen vertraglicher Dauerschuldverhältnisse regelmäßig den Zweck, einen schonenden Ausgleich zwischen Beendigungs- und Flexibilisierungsinteressen auf der einen und zukunftsgerichteten Bestandsschutzinteressen auf der anderen Seite herzustellen, so muss auch ihr jeweiliger Tatbestand stets unter Berücksichtigung dieses rechtlichen Spannungsfeldes interpretiert werden. Weil sich die überwiegende Anzahl der hier beleuchteten Prognoseerfordernisse durch eine mehr oder weniger stark ausgeprägte tatbestandliche Unbestimmtheit auszeichnet[735], ist es Aufgabe des Rechtsanwenders, diesen Interessenkonflikt bei der Konkretisierung der Vorschriften akribisch nachzuzeichnen.[736]

Treffen besonders gewichtige Beendigungs- oder Flexibilisierungsinteressen auf ein bloß geringes Interesse am zukünftigen (unbefristeten/unveränderten) Bestand des Dauerschuldverhältnisses, so wird man an den Grad der Wahrscheinlichkeit einer zukünftigen Beeinträchtigung der Vertragsbeziehung entsprechend geringe Anforderungen stellen und das Risiko einer Fehlprognose so in höherem Maße demjenigen aufbürden dürfen, der die Prognoseentscheidung zu seinen Lasten als verbindlich hinzunehmen hat. Andersherum ist ein besonders strenger Wahrscheinlichkeitsmaßstab dann anzusetzen, wenn sich aus der vorzunehmenden Interessenabwägung ein

734 Ohne Begründung im Ergebnis ähnlich *Gamillscheg*, Beendigung des Arbeitsverhältnisses 2001, S. 87 f.; *Walden*, Änderungskündigung, unternehmerische Entscheidungsfreiheit und Prognoseprinzip 1993, S. 132 (letzterer weist zudem in kaum nachvollziehbarer Weise darauf hin, die Wahrscheinlichkeitsquote könne „in das Ermessen des Gerichts" gestellt werden).

735 Siehe oben D. I. 1. .

736 *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 189 f.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gegenteiliges Verhältnis ergibt. Halten sich die Interessen hingegen die Waage, so wird man sich zur Anwendung der Prognosenorm im Regelfall damit begnügen dürfen, dass für die zu prognostizierende Entwicklung eine bloß überwiegende Wahrscheinlichkeit spricht.

In dieser Weise zeigt allein die abwägungsgeleitete Ermittlung des Wahrscheinlichkeitsgrades einen gangbaren Weg zu einer interessengerechten und damit normzweckorientierten Verteilung des Prognoserisikos auf.

c) Methodik der normativ strukturierten Interessenabwägung

Ließe man es bei diesen Einlassungen bewenden, so wäre für die Rechtsanwendung freilich wenig gewonnen. Im Gegenteil öffnete der bloße Hinweis auf eine „umfassende Interessenabwägung" unter dem täuschenden Schleier der Rationalität faktisch Tür und Tor für eine letztlich willkürliche Bestimmung des Wahrscheinlichkeitsmaßstabs. Um diese Gefahr wirksam zu begegnen, sind zunächst einige methodische Grundsteinlegungen im Hinblick auf den Vorgang einer normativ strukturierten Interessenabwägung erforderlich.

aa) Abstraktionsniveau der vorzunehmenden Interessenabwägung

Zu klären ist zunächst, auf welchem Abstraktionsniveau die nunmehr erforderliche Interessenabwägung durchzuführen ist. Dabei kommen grundsätzlich eine abstrakte, eine generell-konkrete und schließlich eine individuell-konkrete Sichtweise in Betracht.

(1) Abstrakte Ebene

Auf rein abstrakter Ebene erscheint es zunächst denkbar, die maßgeblichen Interessen vollkommen losgelöst von der jeweiligen Regelungskonstellation und dem konkret betrachteten Einzelfall zueinander ins Verhältnis zu setzen. Bei flüchtigem Blick erweist sich ein solcher Weg als durchaus attraktiv, rückte doch so ein homogener Wahrscheinlichkeitsmaßstab für sämtliche Prognosenormen im vertraglichen Dauerschuldverhältnis (wieder) in greifbare Nähe. Ein Abwägungsprozess allein auf dieser Ebene scheitert indes schon daran, dass eine feste und allgemein anerkannte Rangord-

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nung rechtlicher Interessen kaum auszumachen ist. Zwar erscheint es zulässig, aus der Verfassungssystematik gewisse Tendenzen zur Gewichtung bestimmter Interessen herzuleiten, doch lassen sich auch verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter im Ergebnis erst unter Berücksichtigung des Ausmaßes ihrer Betroffenheit sinnvoll zueinander in Beziehung setzen.[737] Eine rein abstrakte Abwägung der tangierten Interessen bei der Gestaltung vertraglicher Dauerschuldverhältnisse erscheint aus diesen Gründen weder sinnvoll noch möglich. Daher muss konsequenterweise auch von dem Versuch Abstand genommen werden, einen einheitlichen Wahrscheinlichkeitsmaßstab für alle hier untersuchten Prognosenormen zu formulieren.[738]

(2) Generell-konkrete Ebene

Die Ergänzung einer rein abstrakten Betrachtung durch eine generell-konkrete Sichtweise ermöglicht dagegen die Abwägung der maßgeblichen Interessen im Angesicht bestimmter Regelungskonstellationen. Dabei liegt es keineswegs fern, dass das Ergebnis eines Abwägungsprozesses in verschiedenen Regelungsbereichen aufgrund unterschiedlicher Normzwecke bei generalisierender Betrachtung unterschiedlich ausfällt. Die Untersuchung dieser Ebene ist auch deshalb essenziell, weil hier die vom Gesetzgeber vorgezeichneten normativen Wertungen in besonders klarer Weise zum Ausdruck kommen und sogleich zur Ermittlung des „richtigen" Wahrscheinlichkeitsmaßstabs vom Rechtsanwender nachgezeichnet werden können. Bliebe man an dieser Stelle stehen, so ließe sich in der Folge jeweils ein generalisierender Wahrscheinlichkeitsmaßstab für sämtliche unter eine bestimmte Rechtsnorm zu subsumierenden Einzelfälle ermitteln.

Mag ein solcher Weg bei der Betrachtung hinreichend konkret formulierter Prognosenormen noch gangbar erscheinen, führt er insbesondere im Angesicht tatbestandlich unbestimmter Generalklauseln allein nicht zum Ziel. Derartige Vorschriften sind letztlich darauf angewiesen, vom Rechtsanwender (auch) im Hinblick auf ihre Anwendung im Einzelfall konkretisiert zu werden. Dieser weitreichenden Konkretisierungsverpflichtung wird

737 *Bieder*, in: Kreutz/Renftle/Faber u.a. (Hrsg.), Realitäten des Zivilrechts, Grenzen des Zivilrechts 2012, S. 23, 32; vgl. auch *Hubmann*, Wertung und Abwägung im Recht 1977, S. 20 ff.

738 *Nell*, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen 1983, S. 121; *Bieder*, in: Kreutz/Renftle/Faber u.a. (Hrsg.), Realitäten des Zivilrechts, Grenzen des Zivilrechts 2012, S. 23, 32.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

jedoch nicht gerecht, wer auf der Ebene der generellen Regelungskonstellation verharrt und so eine Vielzahl wertungsmäßig unterschiedlicher Sachverhaltskonstellationen hinsichtlich der vorzunehmenden Interessenabwägung „über einen Kamm schert".

(3) Konkret-individuelle Ebene

So stellt sich die Frage, ob im Rahmen der Interessenabwägung zur Ermittlung des maßgeblichen Wahrscheinlichkeitsgrades stets ein konkret-individueller Maßstab anzulegen ist, der es gestattet, gezielt den jeweils streitgegenständlichen Einzelfall in den Blick zu nehmen. Jedenfalls im arbeitsrechtlichen Kündigungsrecht ist im Rahmen einer abwägungsorientierten Bestimmung des Wahrscheinlichkeitsmaßstabs regelmäßig die Tendenz zu beobachten, auf den einem Arbeitgeber im konkreten Arbeitsverhältnis drohenden Schaden abzustellen.[739] Ein solcher Blickwinkel ist in Bezug auf das arbeitsrechtliche Kündigungsrecht überwiegend zulässig und geboten, zeichnet sich dieses Teilrechtsgebiet doch in besonderem Maße durch die Verwendung großzügiger Generalklauseln aus, die stets eine große Bandbreite unterschiedlicher Sachverhalte erfassen und daher auch einer Konkretisierung im konkreten Einzelfall bedürfen. Dies rechtfertigt es, die betroffenen Interessen in diesem Kontext (auch) mit Blick auf den konkret betrachteten Einzelfall zu ermitteln. Ob sämtliche im Einzelfall kollidierende Interessen auch tatsächlich im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen sind, ist schließlich erst eine Frage der Bewertung dieser Interessen.

Ein ähnliches Bild zeichnet sich weitgehend rechtsgebietsübergreifend – und somit über die unmittelbare Parallelproblematik arbeitsrechtlicher Änderungskündigungen hinaus – hinsichtlich der materiellen Anpassungskontrolle ab, wo die einschlägigen Prognosenormen – man denke vor allem an § 313 Abs. 1 BGB – in Bezug auf den Anpassungsgrund ebenfalls stets ein weites Feld denkbarer Sachverhaltskonstellationen abdecken. Auch in diesem Kontext kann nicht die Rede davon sein, der Gesetzgeber habe das Tor zur Abwägung im Einzelfall bereits durch eine generalisierende Konkretisierung zugestoßen, sodass auch hier eine individuell-konkrete Perspektive zulässig erscheint.

739 So beispielsweise *Meyer*, Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses wegen Sicherheitsbedenken 1997, S. 183.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Betrachtet man dagegen die Kataloge geschriebener Befristungsgründe im Arbeits- und Wohnraummietrecht, so nährt deren Differenziertheit den Verdacht, dass hier kein Raum mehr für eine Interessenabwägung im Einzelfall bestehe. In der Tat ist die Spannbreite potenzieller Interessenkonflikte beim Abschluss befristeter Arbeitsverträge begrenzt: Muss ein Arbeitgeber einen Arbeitnehmer beispielsweise trotz fehlenden Bedarfs beschäftigen und vergüten, so lässt sich der daraus resultierende Interessenkonflikt durchaus in weitgehend generalisierender Weise erfassen. Gleichwohl mögen auch in diesem Zusammenhang die wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse der Parteien Einfluss auf die Interessenabwägung ausüben können, sodass hier ebenfalls ein Türspalt zur individuellen Konkretisierung der Befristungstatbestände offenstünde. Ob diese Interessen im Rahmen der Feststellung des Wahrscheinlichkeitsmaßstabs letztlich berücksichtigungsfähig sind, ist erneut erst eine Frage der Bewertung, nicht aber des grundsätzlichen Abstraktionsniveaus.

Weil die Mehrzahl der hier zu untersuchenden Prognosenormen somit als Generalklauseln eine hohe tatbestandliche Spannbreite aufweisen, muss der Blick jeweils auch auf die jeweilige Interessenkollision im konkreten Einzelfall gerichtet werden.

In die auf dieser Ebene stattfindende (Gesamt)Abwägung fließen sodann auch das abstrakte Gewicht der betroffenen Interessen und die vom Gesetzgeber für die einschlägige Regelungskonstellation vorgezeichneten Abwägungstendenzen mit ein, sodass letztlich alle drei benannten Ebenen gemeinsam die erforderliche Interessenabwägung prägen.

bb) Struktur der vorzunehmenden Interessenabwägung

Während so die Frage geklärt ist, „wo" (Abstraktionsniveau) die erforderliche Interessenabwägung vorzunehmen ist, harren die ebenso wichtigen Frage nach dem „Wie" (Struktur der Abwägung) und dem „Was" (maßgebliche Abwägungsfaktoren) bis dato einer eingehenden Klärung. Den verfassungsrechtlichen Anforderungen aus Art. 20 Abs. 3 GG in Bezug auf Rechtssicherheit und Gesetzesbindung jedenfalls kann eine Interessenabwägung nur dann genügen, wenn die ihr zugrunde liegenden rechtlichen Wertungen umfassend transparent gemacht werden.[740] Eine diesen Vor-

740 *Feuerborn*, Sachliche Gründe 2003, S. 103.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gaben entsprechende normativ strukturierte Interessenabwägung erfolgt nach allgemeiner Ansicht stets in drei Schritten: Dem Auffinden der einschlägigen Abwägungsfaktoren, deren Bewertung und einer abschließenden Abwägung.[741] Im Interesse der Übersichtlichkeit sollen die ersten beiden Aspekte (Auffinden und Bewertung) einer gebündelten Untersuchung unterzogen werden.

d) Faktoren der Interessenabwägung

Die obligatorische Suche nach den berücksichtigenden Interessen hat dabei stets von den zu konkretisierenden Normen auszugehen. Demnach ist zunächst derjenige Interessenkonflikt aufzuspüren, der den fraglichen Vorschriften jeweils zugrunde liegt.[742] Dieser Vorgang bereitet in hiesigem Kontext indes zunächst kaum Schwierigkeiten, wurde doch der den Prognoseerfordernissen im Rahmen vertraglicher Dauerschuldverhältnisse typischerweise zugrunde liegende Regelungskonflikt bereits eingehend aufgezeigt. Gleichwohl ist zu beachten, dass sich sowohl das Gestaltungsinteresse auf der einen, als auch das zukunftsgerichtete Bestandsschutzinteresse auf der anderen Seite des Konfliktfeldes ihrerseits als Konglomerat vielfältiger untergeordneter Einzelfaktoren begreifen lassen. Das Gestaltungsinteresse der einen Partei beispielsweise kann durch gegenwärtige oder zukünftige Umstände, das Bestandsschutzinteresse der anderen Partei durch besondere Bestandsschutzkonzepte oder die festzustellende Eingriffsintensität maßgeblich geprägt sein. Es ist daher ein Gebot der Methodenehrlichkeit, die beiderseitigen Interessen im Rahmen des folgenden Abwägungsvorgangs weiter zu dekonstruieren und die zur Bestimmung des Wahrscheinlichkeitsmaßstabs berücksichtigungsfähigen Wertungsfaktoren so möglichst exakt zu erfassen. Letztlich sind auf diesem Wege so genannte Präferenzregeln im Hinblick auf den zentralen Interessenskonflikt zwischen Gestaltungs- und Bestandsschutzinteresse aufzuspüren, die eine Abwägung dieser abstrakt gleichrangigen Interessen überhaupt erst ermöglichen.[743]

741 Eingehend *Hubmann*, FS Schnorr v. Carolsfeld 1972, S. 173, 177; aufgegriffen unter anderem von *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 222; *Feuerborn*, Sachliche Gründe 2003, S. 104 f.; *Hoyningen-Huene*, Billigkeit im Arbeitsrecht 1978, S. 116.

742 *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 188; *Kraft*, Interessenabwägung und gute Sitten im Wettbewerbsrecht 1963, S. 34 ff.

743 Hierzu eingehend *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 244 ff.; *Feuerborn*, Sachliche Gründe 2003, S. 111; *Hubmann*, Wertung und Abwägung im Recht 1977,

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Hier zahlt sich nunmehr auch der immer wieder betonte Hinweis darauf aus, dass das Prognoseprinzip bloß einen von mehreren Aspekten bei der tatbestandlichen Konkretisierung bestandsschützender Vorschriften im vertraglichen Dauerschuldverhältnis darstellt. Im Rahmen der vorzunehmenden Abwägung können vor diesem Hintergrund auch sonstige tatbestandskonkretisierende Faktoren und Prinzipien berücksichtigt werden, die den maßgeblichen Grad der Wahrscheinlichkeit und mit ihm die Bedeutung des Prognosekriteriums insgesamt je nach Abwägungsergebnis erhöhen oder herabsetzen können.

Die Untersuchung greift dabei zunächst die (wenigen) in der Literatur diskutierten Ansätze zur abwägungsorientierten Ermittlung des Wahrscheinlichkeitsmaßstabs auf, bevor schließlich auch unter Berücksichtigung zusätzlicher Abwägungsfaktoren umfassendere Leitlinien zur Lösung der Problematik erarbeitet werden sollen.

Dass die Ermittlung des Wahrscheinlichkeitsmaßstabs für Prognoseentscheidungen im vertraglichen Dauerschuldverhältnis allein im Wege eines solchen Abwägungsvorgangs gelingen kann, wird indes selten explizit ausgesprochen.[744] Zwar mag mancher Autor sein zunächst weitgehend intuitiv gewonnenes Ergebnis bei näherer Befassung auch auf diesem Wege herleiten können (was immerhin darauf hinwiese, dass die Ergebnisse der anzustellenden Interessenabwägung im Hinblick auf den so ermittelten Wahrscheinlichkeitsmaßstab dem Judiz vieler Rechtswissenschaftler entspräche), doch kann allein die stillschweigende Anwendung nebulöser Abwägungstechniken aus methodischer Sicht nicht überzeugen. Einzig im arbeitsrechtlichen Kündigungsrecht (und damit in demjenigen Teilrechtsgebiet, in dem die Anerkennung eines Prognoseprinzips auch im Übrigen am weitesten fortgeschritten ist) finden sich vereinzelt Ansätze, die den erforderlichen Grad der Wahrscheinlichkeit einer zukünftigen Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses ausdrücklich in Relation zu anderen (Abwägungs-)Faktoren feststellen möchten. Diese Ausführungen eignen sich daher als erster Anhaltspunkt zur weiteren Entfaltung der Problematik.

S. 20 ff., 69 ff.; *Meyer*, Grundzüge einer systemorientierten Wertungsjurisprudenz 1984, S. 104 ff.

744 Eine Ausnahme bildet vor allem *Bieder*, in: Kreutz/Renftle/Faber u.a. (Hrsg.), Realitäten des Zivilrechts, Grenzen des Zivilrechts 2012, S. 23, 35.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aa) Ausmaß potenzieller Beeinträchtigungen

Identifizieren lassen sich dabei vor allem Bezüge zur bereits eingehend erläuterten Formel der umgekehrten Proportionalität von Schadensausmaß und Wahrscheinlichkeit.[745] Nicht selten finden sich dabei gar explizite Hinweise auf den Ursprung dieser Je-desto-Formel im öffentlichen Recht.[746] Seien bei der Weiterbeschäftigung eines Arbeitnehmers danach beispielsweise schwere Schäden für bedeutende Sachwerte oder gar für Leib und Leben von Personen zu befürchten, so könnten an die zur Kündigung erforderliche Negativprognose vergleichsweise geringe Anforderungen gestellt werden.[747]

(1) Berücksichtigungsfähigkeit des Ausmaßes potenzieller Beeinträchtigungen

In der Tat ist kaum zu bestreiten, dass das Ausmaß der einem Arbeitgeber bei der Fortsetzung eines Arbeitsverhältnisses drohenden Schäden unmittelbaren Einfluss auf das Gewicht seines Beendigungsinteresses zeitigt.[748] Der Faktor des drohenden Schadensausmaßes erscheint daher grundsätzlich geeignet, das zur Ermittlung des Wahrscheinlichkeitsgrades maßgebliche Verhältnis von Bestandsschutz- und Beendigungsinteresse zugunsten des letzteren zu beeinflussen.[749]

Dieser Gedanke lässt sich weitgehend bruchlos auf andere Anwendungsfelder von Prognosen im Recht der vertraglichen Dauerschuldverhältnisse übertragen, wenngleich sich der Terminus des „Schadens" dabei nicht durchgängig als treffsicher erweist. Stattdessen bietet es sich in anderen Regelungskonstellationen mitunter an, die zu befürchtenden Einbußen an Rechten, Rechtsgütern oder Interessen auf Seiten der gestaltungsinteressier-

745 Ausführlich *Meyer*, Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses wegen Sicherheitsbedenken 1997, S. 186 ff. (der die Problematik allerdings unzutreffend bei der Frage einer Senkung des Beweismaßes verortet); *Plum*, NZA 2019, 497, 499; *Adam*, ZTR 2009, 569, 571; *ders.*, NZA 1998, 284, 285.

746 *Meyer*, Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses wegen Sicherheitsbedenken 1997, S. 190; *Adam*, NZA 1998, 284, 285 Fn. 14; *Plum*, NZA 2019, 497, 499 Fn. 30.

747 *Meyer*, Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses wegen Sicherheitsbedenken 1997, S. 142; vgl. auch *Adam*, NZA 1998, 284, 285.

748 So zu Recht *Meyer*, Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses wegen Sicherheitsbedenken 1997, S. 183.

749 *Ders.*, Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses wegen Sicherheitsbedenken 1997, S. 183.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

ten Vertragspartei mit Begriffen wie „Nachteil", „Störung" oder „Beeinträchtigung" zu bezeichnen.

So leuchtet in entsprechender Weise unmittelbar ein, dass das Anpassungsinteresse einer Vertragspartei im Dauerschuldverhältnis dann entsprechend höher zu bewerten ist, wenn bei unveränderter Vertragsfortführung eine Äquivalenzstörung besonders großen Ausmaßes droht. Auch in einem solchen Fall ist im Rahmen der vorzunehmenden Interessenabwägung demnach die relative Verschiebung des Wahrscheinlichkeitsmaßes zugunsten des Anpassungsinteressenten gerechtfertigt. Schließlich wird man bei Prognosen im Rahmen materieller Befristungskontrollen an den erforderlichen Wahrscheinlichkeitsgrad (des Wegfalls des Beschäftigungsbedarfs/der zukünftigen Nutzungsmöglichkeit etc.) umso geringere Anforderungen stellen dürfen, je größer die zu befürchtenden Nachteile im Falle eines unbefristeten Vertragsschlusses ausfallen. Auch in diesen Fall nämlich prägt das bestehende Nachteilspotenzial das Gestaltungsinteresse des Befristungsinteressenten in entscheidender Weise mit.

Hinsichtlich der Bewertung potenzieller Beeinträchtigungen ist darauf hinzuweisen, dass diese im Rahmen der durchzuführenden Interessenabwägung nach Sinn und Zweck der untersuchten Prognosenormen nur dann Berücksichtigung finden dürfen, wenn sie einen unmittelbaren Bezug zum fraglichen Schuldverhältnis aufweisen.[750] Fehlt einer drohenden Störung dieser spezifische Vertragsbezug – im Arbeitsrecht beispielsweise weil Schäden ausschließlich in der privaten Sphäre des Arbeitgebers zu besorgen sind – so darf sie sich auch nicht auf die Abwägungsentscheidung zur Konkretisierung streng vertragsbezogener Gestaltungsinstrumente auswirken. Besonderes Augenmerk ist im Hinblick auf die Schutzwürdigkeit bestimmter Interessen in diesem Kontext ferner auf die vertragliche und gesetzliche Risikoverteilung im fraglichen Dauerschuldverhältnis zu richten. Von den betrachteten Prognosenormen hebt § 313 Abs. 1 BGB die Bedeutung dieses Gesichtspunktes besonders deutlich hervor, der dahinterstehende Rechtsgedanke lässt sich jedoch problemlos auch auf andere Konstellationen im Anpassungs-, Kündigungs- und Befristungsrecht übertragen. Mögen die drohenden Beeinträchtigungen für eine Vertragspartei auch noch so schwerwiegend sein, so dürfen sie doch dann keine Berücksichtigung fin-

750 In anderem Kontext – nämlich für die allgemeine Interessenabwägung im Rahmen arbeitsrechtlicher Kündigungen – genauso *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 224; für das Verhältnis dieser Abwägung zur Abwägung zum Zwecke der Ermittlung des Wahrscheinlichkeitsmaßstabs siehe noch unten D. III. 5. f).

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

den, wenn sie von der Vertragspartei aufgrund wirksamer vertraglicher Bestimmungen oder verbindlicher gesetzlicher Wertungen hinzunehmen sind.[751]

Stets ist somit penibel zu prüfen, ob die potenziellen Beeinträchtigungen im Rahmen der Interessenabwägung nach den eben aufgezeigten Kriterien überhaupt berücksichtigungsfähig sind. Unter diesem Vorbehalt stellen sie jedoch einen durchaus relevanten Faktor bei der abwägungsorientierten Ermittlung des Wahrscheinlichkeitsmaßstabs dar.

(2) Das Prognoseereignis als Referenzpunkt des potenziellen Schadensausmaßes

Besondere Probleme bereitet jedoch die Beantwortung der Frage, welche Schäden, Nachteile, Störungen oder Beeinträchtigungen im fraglichen Schuldverhältnis konkret zu besorgen sind. Die Praxis, den notwendigen Wahrscheinlichkeitsgrad (auch) vom Ausmaß der drohenden Beeinträchtigungen abhängig zu machen, scheint auf den ersten Blick gar in einen definitorischen Zirkel zu münden: Soll die Prognose nicht gerade Aufschluss darüber geben, mit welchen Beeinträchtigungen zu rechnen ist? Ist es dann nicht widersinnig, das Ausmaß drohender Schäden zu einem bedeutsamen Faktor bei der Konkretisierung des Wahrscheinlichkeitsgrads zu erheben? Im öffentlich-rechtlichen Schrifttum zum Gefahrbegriff sind solcherlei Bedenken in der Tat vereinzelt vorgetragen worden.[752] Für die Ermittlung des drohenden Schadens müsse daher nach Adäquanzgesichtspunkten auf den „im Normalfall zu erwartenden Schaden" abgestellt werden.[753]

Derartige Ansätze verkennen indes, dass das Prognoseereignis (also diejenige zukünftige Entwicklung, an die die Regelung anknüpft) als normatives Element stets der jeweiligen Prognosenorm selbst zu entnehmen ist. Es stellt sich im rechtlichen Kontext gerade nicht die abstrakte Frage, wie sich das fragliche Schuldverhältnis wohl in Zukunft entwickeln mag, sondern es ist stattdessen allein zu prüfen, ob der Eintritt des tatbestandsrelevanten Prognoseereignisses mit hinreichender Wahrscheinlichkeit erwartet wer-

751 Hierauf weist auch *Meyer*, Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses wegen Sicherheitsbedenken 1997, S. 192; ebenfalls in diese Richtung *Feuerborn*, Sachliche Gründe 2003, S. 105 f.

752 *Leisner*, DÖV 2002, 326, 330 ff., die allerdings den Wahrscheinlichkeitsbegriff vollständig aus der Gefahrdefinition zu eleminieren versucht.

753 *Dies.*, DÖV 2002, 326, 332.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

den kann. Bezugspunkt für das abwägungsrelevante Schadensausmaß ist somit nicht die „wahrscheinlichste" oder „normale" Entwicklung, sondern schlicht das von der untersuchten Norm vorgegebene Prognoseereignis.

Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass sich die hier untersuchten Prognosenormen hinsichtlich der Präzision bei der Beschreibung tatbestandsrelevanter Prognoseereignisse mitunter stark unterscheiden. Lassen sich den befristungsrechtlichen Prognosenormen die auf ihre Wahrscheinlichkeit hin zu untersuchenden Prognoseereignisse zumeist recht eindeutig entnehmen (beispielsweise Wegfall des Vertretungsbedarfs im Arbeitsrecht, Wille und Möglichkeit der Eigennutzung der Mietsache), halten prognoseakzessorische Generalklauseln (insbesondere solche des Kündigungs- und Anpassungsrechts) diese Frage zumeist weitgehend offen. Während sich im ersten Fall die zu erwartenden Schäden recht unproblematisch bestimmen lassen[754], fällt eine solche Feststellung im zweiten Fall tatsächlich schwer. Ist die Praxis einer abwägungsorientierten Bestimmung des maßgeblichen Wahrscheinlichkeitsgrades in Bezug auf unbestimmte Prognosenormen also in Ermangelung eines konkret vorgegebenen Prognoseereignisses zum Scheitern verurteilt?

Die Lösung der Problematik gründet auf der Erkenntnis, dass die Festlegung eines bestimmten Prognoseereignisses bei der Prüfung generalklauselartig formulierter Prognosetatbestände weder möglich noch notwendig ist, soll durch derartige Regelungsinstrumente doch gerade eine Vielzahl möglicher Prognoseereignisse tatbestandsmäßig erfasst werden. Der Grad der hinreichenden Wahrscheinlichkeit ist sodann – jedenfalls gedanklich – für sämtliche tatbestandsrelevanten Prognoseereignisse zu ermitteln. Hieraus ergibt sich letztlich, dass „die jeweiligen Wahrscheinlichkeiten stärkerer oder weniger starker Beeinträchtigungen gleichzeitig zu berücksichtigen"[755] sind. Im Hinblick auf die Feststellung einer etwaigen Wiederholungsgefahr im Kontext verhaltensbedingter Kündigungen beispielsweise ist die Möglichkeit einer besonders schweren zukünftigen Pflichtverletzung (verbunden mit einer Herabsetzung des Wahrscheinlichkeitsmaßstabs) ebenso in

754 Ist das Prognoseereignis erst einmal spezifiziert, so wird man zur Ermittlung der drohenden Beeinträchtigung tatsächlich an Adäquanzgesichtspunkte anknüpfen können (welche Nachteile sind beispielsweise *bei gewöhnlichem Lauf der Dinge* zu erwarten, wenn ein Arbeitgeber einen Arbeitnehmer trotz Entfalls des Beschäftigungsbedarfs weiterbeschäftigen muss). Das ist aber ein völlig anderer Anknüpfungspunkt für derartige Erwägungen als die Frage, welches Prognoseereignis überhaupt zu erwarten ist.

755 *Nell*, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen 1983, S. 202.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Betracht zu ziehen wie diejenige einer bloß leichten Verfehlung (mit der Folge eines entsprechend strengen Wahrscheinlichkeitsmaßstabs). Selbst in einer konkreten Fallkonstellation kommt so eine ganze Bandbreite verschiedener Wahrscheinlichkeitsmaßstäbe in Betracht[756] – für die Auslösung der Rechtsfolge reicht es sodann aus, dass in einer dieser Kombinationen der tatsächlich ermittelte Wahrscheinlichkeitsgrad die jeweilige Wahrscheinlichkeitsschwelle überschreitet. In der Praxis wird man sich daher zumeist damit begnügen können, allein diejenigen Prognoseereignisse im Hinblick auf das hierdurch aufgerufene Wahrscheinlichkeitsmaß zu untersuchen, bei denen die tatsächliche Erfüllung des Tatbestandes nicht völlig fernliegt.

bb) Gewicht gegenwärtiger oder vergangener Umstände

Während das potenzielle Schadensausmaß als Abwägungsfaktor eine rein zukunftsbezogene Komponente darstellt und sich daher organisch in die privatrechtliche Prognosesystematik einfügt, erscheint der Blick auch auf gegenwärtige und vergangene Umstände bei der Gewinnung des Wahrscheinlichkeitsmaßstabs zunächst besonders begründungsbedürftig.

(1) Berücksichtigungsfähigkeit gegenwärtiger und vergangener Umstände

Vereinzelte Stimmen rechtfertigen die Berücksichtigung derartiger Umstände unter Hinweis auf die bereits in anderem Zusammenhang thematisierte Je-desto-Formel.[757] Dieser dogmatisch fragwürdige Begründungsansatz lässt sich allein dadurch erklären, dass bereits eingetretene Beeinträchtigungen eines Dauerschuldverhältnisses allzu häufig ohne nähere Auseinandersetzung in die Zukunft projiziert und dort als Gradmesser auch für zukünftige Störungen angesehen werden. Ginge man in dieser Weise davon aus,

756 Für öffentlich-rechtliche Prognosenormen ebenso *ders.*, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen 1983, S. 202 f.

757 Besonders deutlich im Kontext des arbeitsrechtlichen Kündigungsrechts *Adam*, NZA 1998, 284, 285 Fn. 14; *Enderlein*, RdA 2000, 325, 330 Fn. 58; ähnlich auch *Meyer*, Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses wegen Sicherheitsbedenken 1997, S. 188, der im Rahmen seiner Ausführungen zur umgekehrten Proportionalität von drohendem Schadensausmaß und Wahrscheinlichkeit bei der verhaltensbedingten Kündigung schlicht darauf hinweist, ein Teil des Schrifttums stelle „auf die Intensität des vergangenen und auch des zukünftigen Fehlverhaltens ab".

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

dass schwere Störungen der Vertragsbeziehung in der Vergangenheit ohne Weiteres den Schluss auf schwere Störungen auch in der Zukunft erlaubten, so legte in der Tat schon die Formel der umgekehrten Proportionalität von zukünftigem Schadensausmaß und Wahrscheinlichkeit eine Absenkung des Wahrscheinlichkeitsmaßstabs in solchen Fällen nahe.

Einer derartigen Vorgehensweise mangelt es indes nicht allein an Präzision bei der Differenzierung zwischen vergangenen und zukünftigen Beeinträchtigungen, sie verkennt gleichzeitig auch die Doppelrolle gegenwärtiger und vergangener Umstände als Abwägungsfaktoren bei der Ermittlung des maßgeblichen Wahrscheinlichkeitsgrades einerseits und als Elemente der tatsächlichen Prognosebasis[758] andererseits. So wenig der Verweis auf die Je-desto-Formel in diesem Zusammenhang überzeugt, so zutreffend ist freilich das hiermit begründete Ergebnis. Führt man sich nämlich einmal mehr vor Augen, dass das Prognoseelement in den hier untersuchten Problemkonstellationen regelmäßig lediglich einen von mehreren Faktoren zur Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe und Generalklauseln darstellt, so stellt sich die Berücksichtigung auch vergangenheits- und gegenwartsbezogener Komponenten bei der Tatbestandskonkretisierung jedenfalls als zulässig heraus. Sie erweist sich darüber hinaus als geboten, bedenkt man gleichzeitig, dass auch gegenwärtige und vergangene Umstände großen Einfluss auf das Verhältnis von Beendigungs- und Flexibilisierungsinteresse auf der einen und prospektivem Bestandsschutzinteresse auf der anderen Seite ausüben. Je einschneidender das Dauerschuldverhältnis bereits durch eingetretene Umstände beeinträchtigt ist, desto schwerer wiegt auch das Beendigungs- oder Anpassungsinteresse der betroffenen Vertragspartei und desto geringere Anforderungen sind an den Grad der Wahrscheinlichkeit zukünftiger Störungen zu stellen. Auf der anderen Seite sind verhältnismäßig strenge Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit zukünftiger Störungen zu stellen, wenn die bisherigen Beeinträchtigungen weniger schwer wiegen oder das Dauerschuldverhältnis bisher gar störungsfrei verlaufen ist.

(2) Stabilitätsprognosen

Auch dieser Gedanke lässt sich vor allem im arbeitsrechtlichen Kündigungsrecht wiederfinden, wo er besonders in der Diskussion um das

758 Dazu unten D. IV. 3. a) .

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Merkmal der Wiederholungsgefahr (Stabilitätsprognose i. w. S.) bei der verhaltensbedingten Kündigung reüssiert hat: Je gravierender die vom Arbeitnehmer begangene Pflichtverletzung, desto geringere Anforderungen seien an die Prognose künftigen Fehlverhaltens zu stellen.[759]

Derartige Überlegungen lassen auch die Anerkennung des Kündigungsgrundes eines dauerhaften Vertrauensfortfalls (Stabilitätsprognose i. e. S.) in neuem Licht erscheinen. In jener Konstellation nämlich erweist sich die gegenwärtige Beeinträchtigung der Arbeitsbeziehung als derart schwerwiegend, dass der notwendige Grad der Wahrscheinlichkeit einer zukünftigen Pflichtverletzung gen Null konvergiert, eine konkrete Wiederholungsgefahr mithin gerade nicht erforderlich ist. Aus diesem Blickwinkel führt der Verzicht auf das Merkmal der Wiederholungsgefahr in einem solchen Grenzfall nicht zu einer „Durchbrechung" des Prognoseprinzips[760], wohl aber zu einer weitreichenden Überlagerung durch gegenwarts- und vergangenheitsbezogene Erwägungen.

(3) Veränderungsprognosen

Das spiegelbildliche Extrem bildet die Veränderungsprognose, die sich gerade durch das Fehlen einer gegenwärtigen Beeinträchtigung der Vertragsbeziehung auszeichnet. Möchte ein Arbeitgeber einen Arbeitsvertrag im Vorgriff auf eine zukünftige Störung kündigen, ein Anpassungsinteressent eine Vertragsanpassung vorbeugend durchsetzen oder ein Vermieter ein Wohnraummietverhältnis aufgrund eines zukünftigen Nutzungswillens befristen, so fehlt es stets an einer aktuellen Beeinträchtigung des Dauerschuldverhältnisses. Das für die abwägungsorientierte Ermittlung des Wahrscheinlichkeitsmaßstabs relevante Beendigungs-, Anpassungs- oder Befristungsinteresse der jeweiligen Partei kann in diesen Fällen daher ausschließlich auf einer zukünftigen ungewissen Entwicklung gründen. Nach dem eben Gesagten geht dieser Befund zwangsläufig mit einer erheblichen Verschärfung der Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit zukünftiger Beeinträchtigungen einher.[761] So erklärt sich auch der wiederholt geäußerte

759 So explizit *Adam*, NZA 1998, 284, 285; ganz ähnlich argumentieren auch *Meyer*, Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses wegen Sicherheitsbedenken 1997, S. 188 und *Enderlein*, RdA 2000, 325, 330.

760 So offenbar MüKo-BGB/*Henssler*, § 626 BGB Rn. 118.

761 In ähnlicher Weise argumentiert für das IPR auch Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/*Fountoulakis*, Art. 73 CISG Rn. 23, die allerdings nicht scharf zwischen der

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Hinweis[762], dass die vorbeugende Durchbrechung prospektiven Bestandsschutzes (beispielsweise bei der krankheits- oder verhaltensbedingten Kündigung) nur in seltenen Ausnahmekonstellationen in Betracht kommt.[763] Mitunter lässt sich diese Wertung auch ausdrücklich am Wortlaut entsprechender Normen festmachen, erfordert doch beispielsweise der insoweit modellhafte § 323 Abs. 4 BGB die „Offensichtlichkeit" einer zukünftigen Pflichtverletzung und verlangt damit nach einhelliger Meinung einen besonders hohen Grad an Wahrscheinlichkeit.[764]

Veränderungsprognosen im Recht der vertraglichen Dauerschuldverhältnisse liegt daher stets ein besonders strenger Wahrscheinlichkeitsmaßstab zugrunde – ein Resultat, das auch mit den in Schrifttum und Rechtsprechung ohne Hinweis auf die hiesige Abwägungsmethodik gefundenen Ergebnissen harmoniert. Häufig wird man in derartigen Fällen gar eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit der in Frage stehenden Entwicklung verlangen dürfen – das Aufstellen einer allgemeinen Regel diesen Inhalts verbietet sich jedoch, ließe man so doch die übrigen Abwägungsfaktoren zur Ermittlung des maßgeblichen Wahrscheinlichkeitsgrades vollständig außer Betracht.

Im Ergebnis ist es somit angezeigt, auch gegenwärtige und vergangene Umstände bei der abwägungsorientierten Ermittlung des maßgeblichen Wahrscheinlichkeitsgrades zu berücksichtigen. Hier zeigt sich nochmals pointiert der Charakter des Wahrscheinlichkeitsmaßstabs als entscheidende Stellschraube beim Austarieren der konvergierenden Parteiinteressen im Zeitverlauf.

cc) Schwere des Eingriffs in zukunftsgerichteten Bestandsschutz

Fokussierte sich die Abwägung mit dem Blick auf das Ausmaß gegenwärtiger und zukünftiger Beeinträchtigungen des Dauerschuldverhältnis-

---

Bedeutung vergangener Umstände und der Intensität des Eingriffs in das Vertragsverhältnis (hierzu unten D. III. 5. d) cc) (3)) differenziert.

762 Siehe beispielsweise oben C. II. 1. b) cc) (2) .

763 Erschwerend kommt nämlich stets hinzu, dass auch die Prognosebasis im Fall von Veränderungsprognosen regelmäßig nur wenig belastbar sein wird, sodass die Verschärfung der Wahrscheinlichkeitsanforderungen durch eine gleichzeitige Schwächung der Beweissituation noch potenziert wird.

764 BeckOK-BGB/*Schmidt*, § 323 BGB Rn. 6; BeckOGK-BGB/*Looschelders*, § 323 BGB Rn. 237; MüKo-BGB/*Ernst*, § 323 BGB Rn. 136; Soergel/*Gsell*, § 323 BGB Rn. 134; PWW/*Stürner*, § 323 BGB Rn. 7; Jauernig/*Stadler*, § 323 BGB Rn. 15.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ses bis dato auf das Beendigungs-, Anpassungs- oder Befristungsinteresse der einen Vertragspartei, so soll nunmehr das gegenläufige prospektive Bestandsschutzinteresse der anderen Vertragspartei ins Zentrum der Aufmerksamkeit gerückt werden.

Zu diesem Zwecke ist stets zu untersuchen, in welcher Intensität die von der Prognosenorm gestatteten Rechtsfolgen in das prospektive Bestandsschutzinteresse der jeweils betroffenen Vertragspartei eingreifen. Die Bedeutung der so bezeichneten Eingriffsintensität für die Tatbestandskonkretisierung wurde bereits im Kontext öffentlich-rechtlicher und strafrechtlicher Prognosenormen angedeutet.[765] In der privatrechtlichen Rechtsdiskussion fristet indes auch dieser Abwägungsfaktor bisher allenfalls ein Schattendasein.[766] Dies lässt sich im Hinblick auf den hiesigen Untersuchungsgegenstand vor allem durch das Fehlen einer rechts- und sachgebietsübergreifenden Untersuchung von Prognosenormen im vertraglichen Dauerschuldverhältnis erklären, tritt doch die Bedeutung dieses Faktors bei der isolierten Betrachtung einzelner Prognosenormen allzu leicht in den Hintergrund. Begrenzt man den Untersuchungsgegenstand beispielsweise auf das arbeitsrechtliche Kündigungsrecht, so liegt es nahe, die Eingriffsintensität bei einer relativen Bestimmung des Wahrscheinlichkeitsmaßstabs vollständig außer Betracht zu lassen, weil die Schwere des Eingriffs (einseitige Beendigung eines Arbeitsverhältnisses) stets konstant ist.[767] Weitet man jedoch den Blick im Interesse einer umfassenden Gesamtbetrachtung von Prognosenormen im vertraglichen Dauerschuldverhältnis, so wird man nicht umher kommen, sich auch mit der Frage der durch Prognosenormen vermittelten Eingriffsintensität eingehend zu befassen. Zur Ermittlung derselben ist zunächst zu fragen, welche Bedeutung dem betroffenen Bestandsschutzinteresse im Kontext der zu untersuchenden Prognosenorm überhaupt zukommt, bevor im Anschluss die auf Rechtsfolgenseite jeweils gestattete „Eingriffstiefe" in Rechnung zu stellen ist.

Im Hinblick auf die erste Frage sind dabei zunächst Differenzierungen in zweierlei Richtungen angezeigt: Zum einen kann der vom Gesetzgeber eingeräumte prospektive Bestandsschutz in Abhängigkeit vom betrachteten

765 Siehe oben D. III. 4. .

766 Ausnahmen finden sich insoweit vor allem im IPR, wo beispielsweise Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/*Fountoulakis*, Art. 73 CISG Rn. 23 oder MüKo-BGB/*Huber*, Art. 73 CISG Rn. 13 diesen Faktor ausdrücklich in den Blick nehmen.

767 So daher explizit *Meyer*, Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses wegen Sicherheitsbedenken 1997, S. 183; dieses Problem erkennt bei einem Blick auf die Änderungskündigung zutreffend auch *Hromadka*, NZA 1996, 1, 11.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Rechtsgebiet (Stichwort: besondere Bestandsschutzkonzepte), zum anderen je nach Regelungskonstellation (Kündigungs-, Anpassungs- und Befristungsrecht) teils erheblich divergieren.

(1) Bedeutung besonderer Bestandsschutzkonzepte

Bereits an anderer Stelle[768] wurde ausführlich darauf hingewiesen, dass bestimmten Rechtsgebieten – namentlich dem Arbeits- und Wohnraummietrecht – besondere Konzepte legislativen Bestandsschutzes zugrunde liegen, die sich bei näherer Betrachtung jedenfalls auch als Instrumente der Erfüllung verfassungsrechtlicher Schutzpflichten begreifen lassen. Je stärker derartige verfassungsrechtliche Überlagerungen des prospektiven Bestandsschutzinteresses in den einzelnen Rechtsgebieten ausprägt sind, desto strengere Anforderungen sind mit Blick auf die dort aufzufindenden Prognosenormen auch an die Wahrscheinlichkeit zukünftiger Beeinträchtigungen des fraglichen Dauerschuldverhältnisses zu stellen. Im Umkehrschluss muss ein im Verhältnis geringerer Grad der Wahrscheinlichkeit dann ausreichen, wenn dem Bestandsschutz im fraglichen Rechtsverhältnis kein über den allgemeinen Grundsatz „pacta sunt servanda" hinausweisender Schutz zuteil wird.

Spezielle Bestandsschutzkonzepte sind so nicht allein für die Frage der grundsätzlichen Anerkennung von Prognoseerfordernissen im Kontext vertraglicher Dauerschuldverhältnisse von großer Bedeutung, sondern wirken gleichzeitig auch auf deren konkrete Ausgestaltung zurück, indem sie den Wahrscheinlichkeitsmaßstab und folglich die „Schärfe" des Prognoseerfordernisses zugunsten der besonders geschützten Vertragspartei beeinflussen. Hiernach sind beispielsweise an Prognosen im Kontext arbeitsrechtlicher Änderungskündigungen aufgrund des besonderen arbeitsrechtlichen Bestandsschutzkonzeptes regelmäßig strengere Wahrscheinlichkeitsanforderungen zu stellen als an vergleichbare Prognosen im Zusammenhang mit der Anpassung sonstiger Dauerschuldverhältnisse nach § 313 Abs. 1 BGB.

(2) Intensität des Bestandsschutzes in unterschiedlichen Regelungskonstellationen

Unabhängig von der Existenz besonderer Bestandsschutzkonzepte unterscheidet sich die Intensität zukunftsgerichteten Bestandsschutzes auch im

768 Siehe oben C. II. 1. e) bb) (1) .

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Hinblick auf die untersuchten Materien des Kündigungs-, Anpassungs- und Befristungsrechts teils erheblich.

Im Anpassungs- wie im Kündigungsrecht lässt sich der legislative Bestandsschutz (verstanden auch als Vertragsinhaltsschutz) als Ausprägung des allgemeinen privatrechtlichen Grundsatzes „pacta sunt servanda" begreifen. Geschützt ist hier der (unveränderte) Fortbestand einer zwischen den Vertragsparteien in Ausübung ihrer Privatautonomie vereinbarten dauerhaften Rechtsbeziehung, sodass das Bestandsinteresse der von einer Kündigung oder Anpassung betroffenen Vertragspartei mit ihrem Interesse am Erhalt des status quo korreliert.

Bei der erstmaligen Befristung eines Vertragsverhältnisses dagegen besteht noch gar keine schützenswerte schuldrechtliche Beziehung zwischen den Parteien, sodass sich das Bestandsschutzinteresse allein auf die gesetzgeberische Privilegierung unbefristeter gegenüber befristeten Verträgen in bestimmten Rechtsgebieten beziehen kann. Aus diesem Grunde wird man bei der Prüfung der Wirksamkeit einer erstmaligen Befristung im Arbeits- und Wohnraummietrecht regelmäßig einen im Vergleich zum Kündigungs- und Anpassungsrecht geringeren Wahrscheinlichkeitsgrad für den Eintritt des jeweiligen Prognoseereignisses ausreichen lassen dürfen. Hierzu passt es auch, dass sich Stimmen in der Literatur im Einklang mit der inzwischen überholten[769] Rechtsprechung des BAG weiterhin dafür aussprechen, die Anforderungen an weitere Prognosen – und damit an den maßgeblichen Wahrscheinlichkeitsgrad – bei der Prüfung wiederholter Befristungen mit jedem neuen Vertrag zu verschärfen.[770] In dieser Konstellation freilich kommt hinzu, dass das maßgebliche Prognoseereignis in der Vergangenheit bereits einmal (oder gar mehrfach) ausgeblieben ist, sich die Prognose folglich – untechnisch gesprochen – zuvor als „falsch" erwiesen hat.

(3) Rechtsfolgenorientierte Betrachtung

Wurde in Rechnung gestellt, in welcher Intensität prospektiver Bestandsschutz in Abhängigkeit von Rechtsgebiet und Regelungskonstellation über-

769 Vgl. nunmehr BAG 18.07.2012 – 7 AZR 443/09, AP Nr. 99 zu § 14 TzBfG; BAG 13.02.2013 – 7 AZR 225/11, AP Nr. 106 zu § 14 TzBfG.

770 ErfK/*Müller-Glöge*, § 14 TzBfG Rn. 10; KR/*Lipke*, § 14 TzBfG Rn. 144; Staudinger/*Preis*, § 620 BGB Rn. 63; *Loth*, Prognoseprinzip im befristeten Arbeitsverhältnis 2015, S. 318; zur früheren Rechtsprechung BAG 21.04.1993 – 7 AZR 376/92, AP Nr. 149 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

haupt anzuerkennen ist, so ist in einem weiteren Schritt zu erforschen, welche „Eingriffstiefe" die fragliche Prognosenorm im Hinblick auf den gewährten Bestandsschutz gestattet.

Hinweise auf die Berücksichtigungsfähigkeit dieses Faktors finden sich auch außerhalb des Rechts der vertraglichen Dauerschuldverhältnisse, wenn beispielsweise bei einer vergleichenden Betrachtung von § 323 Abs. 4 BGB und § 321 Abs. 1 S. 1 BGB für das Recht zum Rücktritt vor Fälligkeit wegen „der größeren Eingriffsintensität" (Aufhebung des gesamten Vertrages) ein höherer Grad der Wahrscheinlichkeit einer zukünftigen Pflichtverletzung verlangt wird als für die Unsicherheitseinrede bei Erfüllungsgefährdung (vorläufige Leistungsverweigerung).[771] In der Tat ist kaum zu verkennen, dass die Intensität des Eingriffs in zukunftsgerichteten Bestandsschutz den hier abwägungsleitenden Interessenkonflikt in besonderer Weise prägt und daher zwingend einer eigenständigen Gewichtung bedarf.[772]

Je gravierender der Eingriff in den prospektiven Bestandsschutz im Dauerschuldverhältnis, desto strengere Anforderungen sind daher auch an die Wahrscheinlichkeit zukünftiger Belastungen der Vertragsbeziehung zu stellen.

Lenkt man den Blick konkret auf die im Rahmen dieser Untersuchung betrachteten Gestaltungsinstrumente, so kommt im Regelfall dem Gestaltungsrecht der Kündigung die fundamentalste Eingriffswirkung zu, lässt sich die auf die Zukunft gerichtete Beendigung der Vertragsbeziehung

771 So deutlich BeckOK-BGB/*Schmidt*, § 323 BGB Rn. 7; im IPR wird dieser Befund für das Verhältnis von Art. 72 Abs. 1 CISG zu Art. 71 Abs. 1 CISG ebenfalls beinahe einhellig geteilt, vgl. Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/*Fountoulakis*, Art. 73 CISG Rn. 23; MüKo-BGB/*Huber*, Art. 73 CISG Rn. 13; Staudinger/*Magnus*, Art. 72 CISG Rn. 9; BeckOK-BGB/*Saenger*, Art. 72 CISG Rn. 4 jeweils m. w. N.; rechtsgebietsübergreifend – auf diese Parallele weist auch *Bieder*, in: Kreutz/Renftle/Faber u.a. (Hrsg.), Realitäten des Zivilrechts, Grenzen des Zivilrechts 2012, S. 23, 31 hin – lohnt sich in diesem Zusammenhang ein Blick auf das Strafprozessrecht, wo der Gesetzgeber je nach Intensität der gestatteten Eingriffe und Zwangsmaßnahmen unterschiedliche „Verdachtsstufen" (Wahrscheinlichkeit einer Tatbegehung) implementiert hat, vgl. nur *Volk/Engländer*, Grundkurs StPO, 9. Aufl. 2018, § 8 Rn. 3; freilich steht hier aufgrund des fehlenden Zukunftsbezugs letztlich keine Prognose in Rede.

772 Dies erkennt zutreffend auch *Bieder*, in: Kreutz/Renftle/Faber u.a. (Hrsg.), Realitäten des Zivilrechts, Grenzen des Zivilrechts 2012, S. 23, 33, der an dieser Stelle auch schon den Blick für mögliche Wechselwirkungen zwischen den unterschiedlichen Abwägungsfaktoren schärft; vgl. zur Folgenberücksichtigung auch *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 250 f.; *Feuerborn*, Sachliche Gründe 2003, S. 112.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

doch als vollständige Durchbrechung gewährten Bestandsschutzes verstehen. Angezeigt ist darüber hinaus eine Differenzierung zwischen ordentlicher und außerordentlicher Kündigung: Während das Schuldverhältnis bei einer ordentlichen Kündigung (beispielsweise eines Arbeits- oder Wohnraummietverhältnisses) zumindest noch für den Zeitraum der Kündigungsfrist intakt bleibt, bewirkt die außerordentliche Kündigung regelmäßig die sofortige Auflösung der Rechtsbeziehung und stellt sich so im Vergleich als das schärfere Schwert heraus. Unbeschadet der übrigen Abwägungsfaktoren (namentlich Ausmaß vergangener und potenzieller Störungen) erfordert eine außerordentliche Kündigung im Hinblick auf den hier zu untersuchenden Abwägungsfaktor der Eingriffsintensität mithin eine größere Wahrscheinlichkeit zukünftiger Beeinträchtigungen der Vertragsbeziehung als die ordentliche Kündigung.

Eine vergleichbare Eingriffsqualität wie die Kündigung weist auch die Befristung von Dauerschuldverhältnissen auf, hat doch auch diese nach Ablauf des Befristungszeitraums die endgültige Auflösung der in Rede stehenden Rechtsbeziehung zur Folge. Gleichwohl bleibt mit Blick auf das Befristungsrecht wie soeben gezeigt stets zu beachten, dass die Intensität des legislativen Bestandsschutzes bei der erstmaligen und konsentierten Befristung eines Vertrages in der Regel hinter derjenigen im bereits laufenden Dauerschuldverhältnis zurückbleibt. Faustformelartig lässt sich im Hinblick auf das Abwägungskriterium des Bestandsschutzinteresses daher bei rechtsgebietsspezifischer Betrachtung festhalten, dass die Wahrscheinlichkeitsanforderungen an Prognosen im Befristungsrecht regelmäßig hinter denjenigen im Kündigungsrecht zurückbleiben.

Noch diffiziler stellt sich die Problematik in Bezug auf die gesetzesgestützte Anpassung von Dauerschuldverhältnissen dar. Divergenzen in der Bewertung können sich hierbei nicht nur im Hinblick auf die Unterscheidung von Anpassungsbestimmungs- und Anpassungserzwingungsrechten[773] ergeben. Die einschlägigen Regelungen zeichnen sich auf Rechtsfolgenseite darüber hinaus durch eine beachtliche Flexibilität aus, die zwangsläufig eine Prüfung der Eingriffsintensität auch auf der konkret-individuellen Betrachtungsebene erforderlich macht.

Im Hinblick auf die erste Unterscheidung ist zunächst festzuhalten, dass Anpassungsbestimmungsrechte im Verhältnis zur Kündigung des jeweiligen Dauerschuldverhältnisses stets ein milderes Mittel darstellen und folglich

773 Zur Terminologie siehe oben C. II. 2. .

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

eine geringere Eingriffsintensität im Hinblick auf den zukunftsgerichteten Bestandsschutz aufweisen. Dies gilt namentlich für das in diesem Zusammenhang besonders relevante Instrument der Änderungskündigung, das es dem Anpassungspartner einerseits ermöglicht, die Kooperation zu geänderten Konditionen fortzusetzen, ihm aber andererseits auch die Option zur Beendigung der Vertragsbeziehung offenhält. Vor diesem Hintergrund überzeugt es beispielsweise, für die soziale Rechtfertigung einer Änderungskündigung im Arbeitsrecht regelmäßig einen im Verhältnis zur Beendigungskündigung geringeren Grad der Wahrscheinlichkeit zukünftiger Beeinträchtigungen des Arbeitsverhältnisses ausreichen zu lassen.[774]

Gesetzliche Anpassungserzwingungsrechte dagegen zeichnen sich dadurch aus, dass das Dauerschuldverhältnis bei Vorliegen der jeweiligen Tatbestandsvoraussetzungen unabhängig vom Willen des Anpassungspartners zu den geänderten Bedingungen fortbesteht. Auf diesem Wege ist es dem Anpassungsinteressenten folglich möglich, der anderen Vertragspartei von dieser nicht konsentierte Vertragsbedingungen auf Dauer „aufzuzwingen". Die Wirkung dieses Instruments kann den Anpassungspartner im Einzelfall sogar gravierender belasten als die Folgen einer vollständigen Beendigung der Kooperation (verbunden möglicherweise mit der Option, am Markt ein Ersatzgeschäft zu günstigeren Konditionen abzuschließen),[775] weshalb in derartigen Fallkonstellationen die Implementierung eines entsprechend strengen Wahrscheinlichkeitsmaßstabs gerechtfertigt erscheint.

Unabhängig von der Einordnung als Anpassungsbestimmungs- oder Anpassungserzwingungsrecht geht den Instrumenten zur gesetzesgestützten Anpassung von Dauerschuldverhältnissen darüber hinaus auch die im Kündigungsrecht festgestellte „Konstanz auf Rechtsfolgenseite" vollständig ab, sodass sich die Eingriffsintensität einzelner Anpassungsinstrumente allein unter Beachtung der konkret zu beurteilenden Fallkonstellationen näher qualifizieren lässt. Verdeutlichen lässt sich diese Erkenntnis mit einem Blick auf die zentrale Vorschrift des § 313 BGB, die sich nicht nur auf Tatbestands-, sondern auch auf Rechtsfolgenseite durch eine erhebliche begriffliche Unbestimmtheit auszeichnet und aus diesem Grunde eine große Bandbreite möglicher Anpassungsinhalte bereithält.[776] Je nach Umfang der vom Anpassungsinteressenten im Einzelfall beabsichtigten Modifikation des Dauerschuldverhältnisses wird sodann das Erhaltungsinteresse des

774 In diese Richtung offenbar auch *Hromadka*, NZA 1996, 1, 11.
775 MüKo-BGB/*Finkenauer*, § 313 BGB Rn. 102.
776 MüKo-BGB/*ders.*, § 313 BGB 90.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Anpassungspartners in unterschiedlicher Intensität berührt, sodass auch vor diesem Hintergrund eine relative Verschiebung des Wahrscheinlichkeitsmaßstabs angezeigt ist. Möchte der Anpassungsinteressent daher fundamentale und tiefgreifende Veränderungen der Vertragsbeziehung durchsetzen, so sind auch an die Wahrscheinlichkeit zukünftiger Belastungen entsprechend höhere Anforderungen zu stellen als bei der Verfolgung vergleichsweise marginaler Anpassungsziele. Nicht anders verfahren diejenigen Stimmen, die die Anforderungen an die soziale Rechtfertigung arbeitsrechtlicher Änderungskündigungen in Relation zum Ausmaß der intendierten Vertragsmodifikation bestimmen möchten:[777] Je geringfügiger die jeweilige Änderung, desto geringere Anforderungen seien hiernach an den Kündigungsgrund zu stellen. Dass hiermit auch eine eingriffsabhängige Flexibilisierung des Wahrscheinlichkeitsmaßstabs verbunden ist, wird zwar selten explizit ausgesprochen, erscheint vor dem Hintergrund der hiesigen Ausführungen jedoch nur konsequent.[778]

(4) Reversibilität des Eingriffs

Eine enge Verknüpfung zur Intensität des Eingriffs in das Bestandsschutzinteresse weist auch die Frage nach einer etwaigen Reversibilität der auf Grundlage einer Prognose gestatteten Rechtsfolgen auf. Erlaubt die betrachtete Prognosenorm zur Sicherung schützenswerter Interessen der einen Vertragspartei lediglich vorläufige Eingriffe in die entsprechende Vertragsbeziehung, so wird das entgegenstehende Bestandsschutzinteresse der anderen Vertragspartei in geringerer Weise tangiert als stünde die

777 So ursprünglich *Wiedemann*, RdA 1961, 1, 5; dem folgend auch *Moll*, DB 1984, 1346, 1350; *Müller*, NZA 1985, 307, 310; zwangsläufig sind derartige Tendenzen allein unter Vertretern der „Änderungstheorie" zu beobachten (überblicksartig zum Meinungsstand in Bezug auf den Prüfungsmaßstab der Änderungskündigung oben C. II. 2. a) aa)), zieht man für die Kontrolle der Änderungskündigung dagegen mit den Befürwortern der „Beendigungstheorie" den Prüfungsmaßstab der Beendigungskündigung heran, so erübrigen sich derartige Überlegungen.

778 Andeutungen hierzu finden sich allein bei *Hromadka*, NZA 1996, 1, 11 und *Wallner*, Änderungskündigung 2001, S. 187, die zur Verdeutlichung jeweils auf BAG 03.11.1977 – 2 AZR 277/76, AP Nr. 1 zu § 75 BPersVG verweisen: In diesem Urteil stellten die Richter an die Prognose künftiger Erkrankungen bei der intendierten Versetzung einer Näherin auf die Tätigkeit einer Küchenhilfe verbunden mit einer Gehaltseinbuße von 60 DM pro Monat denkbar geringe Anforderungen (nach *Hromadka*, NZA 1996, 1, 11 ist das Urteil gar so zu verstehen, dass das BAG bei derart geringfügigen Änderungen vollständig auf eine Prognose verzichtet).

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Schaffung irreversibler Zustände in Rede. Die Anforderungen an den maßgeblichen Grad der Wahrscheinlichkeit steigen folglich auch mit der Höhe der Hürden, die die Rechtsordnung zur nachträglichen Korrektur der jeweiligen Prognoseentscheidung aufstellt.[779] Vergleichbare Überlegungen liegen im öffentlichen Gefahrenabwehrrecht (wenn auch hier gestützt auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit) der Befugnis von Behörden zugrunde, „Gefahrerforschungseingriffe" – und damit lediglich vorläufige Maßnahmen – bereits bei Vorliegen einer abgeschwächten Schadenswahrscheinlichkeit (dem so genannten „Gefahrverdacht") zu ergreifen.[780]

Daher ist für die abwägungsgeleitete Ermittlung des Wahrscheinlichkeitsmaßstabs stets auch zu überprüfen, ob und inwieweit das Recht Instrumente zur nachträglichen Korrektur des durch die Rechtsfolgen der Prognosenorm geschaffenen Zustandes bereithält. Die so angestoßene Diskussion um rechtliche Möglichkeiten zur Korrektur von „Fehlprognosen" eröffnet ein denkbar weites Feld unterschiedlicher Rechtsfragen, die hier mit Blick auf den konkreten Untersuchungsgegenstand („Leitlinien") und den Umfang der Arbeit nur überblicksartig behandelt werden können.

So ist mit Blick auf die prognosebasierte Anpassung von Dauerschuldverhältnissen beispielsweise darauf hinzuweisen, dass die gesetzesgestützte Vertragsmodifikation ihrer normativen Grundkonzeption entsprechend (man beachte exemplarisch nur die zentrale Vorschrift des § 313 BGB) nicht selten „in beide Richtungen" erfolgen kann. Der zunächst in ihrem Inhaltsschutzinteresse beeinträchtigten Vertragspartei steht daher bei erneuter Änderung der Umstände regelmäßig die Möglichkeit offen, ihrerseits die Rolle des Anpassungsinteressenten zu bekleiden und bei Vorliegen der jeweiligen Tatbestandsvoraussetzungen eine neuerliche Modifikation des Dauerschuldverhältnisses durchzusetzen. Die Anpassung eines Dauerschuldverhältnisses stellt so im Regelfall keine unabänderliche Maßnahme dar, sodass die Wahrscheinlichkeitsanforderungen auf Tatbestandsebene entsprechend zu relativieren sind.

Sowohl bei der Kündigung als auch bei der Befristung von Dauerschuldverhältnissen steht dagegen mit der Beendigung der Vertragsbeziehung stets eine Rechtsfolge im Raum, die bei unbefangenem Blick in besonderer Weise den Eindruck der Endgültigkeit vermittelt. Die theoretische Möglichkeit zum Neuabschluss eines Vertrages bei nachträglicher Änderung

779 *Bieder*, in: Kreutz/Renftle/Faber u.a. (Hrsg.), Realitäten des Zivilrechts, Grenzen des Zivilrechts 2012, S. 23, 34.

780 Siehe hierzu *Kingreen/Poscher*, POR, 11. Aufl. 2020, § 8 Rn. 59 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Umstände jedenfalls erweist sich für den in seinem Bestandsinteresse beeinträchtigten Vertragspartner als denkbar stumpfes Schwert, kann doch die erneute Begründung einer Vertragsbeziehung nach allgemeinen privatrechtlichen Grundsätzen nicht ohne oder gar gegen den Willen der anderen Partei erfolgen.

Diese mit Blick auf das Postulat materieller Gerechtigkeit mitunter als unbefriedigend empfundene Erkenntnis ist es, die seit jeher die Rufe nach Instrumenten zur Rechtsfolgenkorrektur im Kontext prognosebasierter Vertragsbeendigungen befeuert. Am weitesten gediehen sind derartige Ansätze einmal mehr in der Auseinandersetzung mit dem kündigungsrechtlichen Prognoseprinzip im Arbeitsrecht: Als Reaktion auf Fehlprognosen soll dem Arbeitnehmer hier im Allgemeinen oder jedenfalls in bestimmten Konstellationen[781] ein Anspruch auf Wiederherstellung des Arbeitsverhältnisses zu identischen Bedingungen zustehen, der wahlweise oder in Kombination auf die arbeitsrechtliche Fürsorgepflicht, den Grundsatz von Treu und Glauben, das Verbot widersprüchlichen Verhaltens, den Gleichbehandlungsgrundsatz, den Grundsatz des Vertrauensschutzes, Art. 12 GG, den Schutzzweck des § 1 KSchG und/oder eine systemimmanente Rechtsfortbildung gestützt wird.[782] Nähme man die vorherigen Ausführungen zum

781 Hingewiesen sei nur auf die von der überwiegenden Ansicht (vgl. nur BAG 28.06.2000 – 7 AZR 904/98, AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Wiedereinstellung; BAG 16.05.2007 – 7 AZR 621/06, AP Nr. 14 zu § 1 KSchG 1969 Wiedereinstellung; BAG 19.10.2017 – 8 AZR 845/15, AP Nr. 16 zu § 1 KSchG 1969 Wiedereinstellung; *Vom Stein*, NZA 2018, 766, 767; *Aszmons/Beck*, NZA 2015, 1098, 1100; *Annuß*, BB 1998, 1582, 1587; *Zwanziger*, BB 1997, 42, 43; BeckOK-ArbR/*Rolfs*, § 1 KSchG Rn. 520; APS/*Kiel*, § 1 KSchG Rn. 746; differenzierter *Meinel/Bauer*, NZA 1999, 575, 580; zweifelnd insoweit BeckOGK-BGB/*Sutschet*, § 620 BGB Rn. 599; *Raab*, RdA 2000, 147, 154 f.) befürwortete (grundsätzliche) Begrenzung des Wiedereinstellungsanspruchs auf Konstellationen, in denen eine Änderung der Umstände bis zum Ablauf der Kündigungsfrist eintritt, sodass ein Wiedereinstellungsanspruch auch im Falle einer außerordentlichen Kündigung konsequenterweise nicht in Betracht käme (so daher beispielsweise *Aszmons/Beck*, NZA 2015, 1098, 1104). Darüber hinaus wird auch die verhaltensbedingte Kündigung nicht selten (siehe nur *dies.*, NZA 2015, 1098, 1103; *Raab*, RdA 2000, 147, 153; *Boewer*, NZA 1999, 1121, 1130; *Hambitzer*, NJW 1985, 2239, 2240; *Wank*, Anm. zu BAG AP Nr. 2 zu § 1 KSchG Soziale Auswahl; a. A. *Vom Stein*, RdA 1991, 85, 89; *Nägele*, BB 1998, 1686, 1687) aus dem Anwendungsbereich des Wiedereinstellungsanspruchs ausgeschieden; noch enger *Meinel/Bauer*, NZA 1999, 575, 577, die einen Wiedereinstellungsanspruch nur im Kontext von Veränderungsprognosen gewähren wollen.

782 Im Ergebnis nahezu einhellige Meinung, vgl. nur BAG 27.02.1997 – 2 AZR 160/96, AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Wiedereinstellung; BAG 04.12.1997 – 2 AZR 140/97, AP Nr. 4 zu § 1 KSchG 1969 Wiedereinstellung; BAG 28.06.2000 – 7 AZR 904/98,

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Einfluss der Reversibilität von Prognoseentscheidungen auf den maßgeblichen Wahrscheinlichkeitsgrad beim Wort, so müsste schon die grundsätzliche Anerkennung eines solchen Wiedereinstellungsanspruchs eine Verschiebung des Prognosemaßstabs zugunsten des kündigenden Arbeitgebers zur Folge haben.[783]

Derartige Schlussfolgerungen begegnen indes durchgreifenden Bedenken: Unabhängig von seiner konkreten Rechtsgrundlage lässt sich der rechtsfortbildend gewährte Wiedereinstellungsanspruch seinerseits als Konzession an das Bestandsschutzinteresse des gekündigten Arbeitnehmers begreifen, der einer „Übervorteilung" des Arbeitgebers im Kontext prognosebasierter Kündigungen entgegenwirken und so eine interessengerechte Verteilung des Prognoserisikos ermöglichen soll.[784] Diesem Zweck liefe es evident zuwider, wenn die Anerkennung eines derartigen Anspruchs ihrerseits zu einer Absenkung des prognosespezifischen Wahrscheinlichkeitsgrades führen würde. Billigt man dem Arbeitnehmer zur Abmilderung der Folgen prognosebedingter Unsicherheiten rechtsfortbildend einen Wiedereinstellungsanspruch zu, so überzeugt es nicht, den hiermit generierten Gewinn an materieller Gerechtigkeit durch eine gleichzeitige Absenkung des Wahrscheinlichkeitsmaßstabs zu konterkarieren.[785] Der Wiedereinstel-

---

AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Wiedereinstellung; BAG 16.05.2007 – 7 AZR 621/06, AP Nr. 14 zu § 1 KSchG 1969 Wiedereinstellung; BAG 20.10.2015 – 9 AZR 743/14, AP Nr. 15 zu § 1 KSchG 1969 Wiedereinstellung; BAG 19.10.2017 – 8 AZR 845/15, AP Nr. 16 zu § 1 KSchG 1969 Wiedereinstellung; aus der Literatur siehe beispielsweise APS/*Kiel*, § 1 KSchG Rn. 741; MüKo-BGB/*Hergenröder*, § 1 KSchG Rn. 84; *Aszmons/Beck*, NZA 2015, 1098, 1099; *Boewer*, NZA 1999, 1121, 1125; *Hambitzer*, NJW 1985, 2239, 2240; ablehnend (abgesehen vom Fall der Verdachtskündigung) *Otto*, Anm. zu BAG AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Wiedereinstellung; *Ricken*, NZA 1998, 460, 461–465; *Nicolai/Noack*, ZfA 2000, 87, 96; *Feuerborn*, Sachliche Gründe 2003, S. 244; insgesamt ablehnend beispielsweise *Adam*, ZTR 1999, 113, 114; *Kaiser*, ZfA 2000, 205, 235; der Streit um die „richtige" dogmatische Herleitung kann vor dem Hintergrund des Themas dieser Arbeit auf sich beruhen, vgl. hierzu die ausführlichen Untersuchungen von *Elz*, Wiedereinstellungsanspruch 2002, S. 31 ff. und *Steinacker*, Der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers 2017, S. 102 ff.

783 In diese Richtung wohl *Bieder*, in: Kreutz/Renftle/Faber u.a. (Hrsg.), Realitäten des Zivilrechts, Grenzen des Zivilrechts 2012, S. 23, 34.

784 So besonders deutlich BAG 20.10.2015 – 9 AZR 743/14, AP Nr. 15 zu § 1 KSchG 1969 Wiedereinstellung.

785 Im Ergebnis ebenso BAG 12.04.2002 – 2 AZR 256/01, AP Nr. 120 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung, das aber in der Begründung maßgeblich auf den im Vergleich zum KSchG „wesentlich geringeren Schutz" durch den Wiedereinstellungsanspruch abstellt.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lungsanspruch darf – mit anderen Worten – nicht die Härten verschärfen, zu deren Abmilderung er entwickelt wurde.[786]

Diese Vorbehalte lassen sich in entsprechender Weise auch auf die Parallelproblematik im Wohnraummietrecht[787] und auf vergleichbare Fragestellungen im befristungsrechtlichen Kontext[788] übertragen. Dienen Instrumente zur Fortführung eines aufgelösten Dauerschuldverhältnisses daher allein der Korrektur von Prognoseentscheidungen zugunsten der in ihrem Bestandsschutzinteresse beeinträchtigten Vertragspartei, so dürfen sie sich ihrerseits nicht belastend auf den der Prognoseentscheidung zugrunde liegenden Wahrscheinlichkeitsmaßstab auswirken. In derartigen Fällen ist der Faktor der Reversibilität der durch die Prognosenorm gestatteten Rechtsfolgen bei der abwägungsgerichteten Ermittlung des prognosespezifischen Wahrscheinlichkeitsgrades folglich nicht zu berücksichtigen.

dd) Sphäre des Prognosebedarfs

Für die Aufdeckung abwägungsrelevanter Faktoren soll der Blick abschließend gerichtet werden auf solche Aspekte, die zwar die objektive Interessenlage (also das Verhältnis von Gestaltungs- und Bestandsschutzinteresse) nicht direkt beeinflussen, möglicherweise aber die Schutzwürdigkeit jener Interessen im Einzelfall betreffen und daher bei einer abwägungsgerichteten Verteilung des Prognoserisikos – als „reine" Präferenzregeln – ebenfalls zu berücksichtigen sein könnten.

786 Hier bisse sich – bildlich gesprochen – „die Katze in den Schwanz".

787 Zum denkbaren Anspruch des Mieters auf Fortsetzung des Mietverhältnisses bei Wegfall des Kündigungsgrundes nach wirksamer Prognosekündigung siehe nur BGH 09.11.2005 – VIII ZR 339/04, NZM 2006, 50 ff.; *Stebut*, NJW 1985, 289, 292; *Seier*, NJW 1988, 1617 ff.; *ders.*, Kündigungsbetrug 1989, S. 363 ff.; *Fleindl*, NZM 2016, 289, 298; *Timme*, NZM 2006, 249, 250 f.; *Blank/Börstinghaus*, in: dies. (Hrsg.), Miete 2020, § 573 BGB Rn. 74; MüKo-BGB/*Häublein*, § 573 BGB Rn. 103 ff.; auf die Parallelität der Problematik weist auch *Kaiser*, ZfA 2000, 205, 207 hin.

788 Ganz überwiegend wird ein Wiedereinstellungsanspruch im Befristungsrecht aufgrund des schwächer ausgeprägten Bestandsschutzes ohnehin abgelehnt, vgl. BAG 20.02.2002 – 7 AZR 600/00, AP Nr. 11 zu § 1 KSchG 1969 Wiedereinstellung; MüKo-BGB/*Hesse*, § 15 TzBfG Rn. 4; APS/*Backhaus*, § 15 TzBfG Rn. 104; ErfK/*Müller-Glöge*, § 15 TzBfG Rn. 8; *Oberthür*, DB 2001, 2246, 2250; *Meinel/Bauer*, NZA 1999, 575, 578; *Dörner*, ZTR 2001, 485, 491; *ders.*, Der befristete Arbeitsvertrag, 2. Aufl. 2011, Rn. 772 ff.; a. A. KR/*Bader*, § 17 TzBfG Rn. 83 ff.; *Auktor*, ZTR 2003, 550, 551 f. *Hunold*, NZA-RR 2000, 505, 513 f.; zweifelnd BeckOGK-BGB/*Sutschet*, § 620 BGB Rn. 609 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Namentlich die Frage, aus wessen Verantwortungssphäre der Prognosebedarf resultiert, wird zuweilen ausdrücklich als relevanter Gesichtspunkt bei der Ermittlung des Prognosemaßstabs identifiziert.[789] So sollen die Prognoseanforderungen im arbeitsrechtlichen Kündigungsrecht beispielsweise für die personen- und verhaltensbedingte Kündigung mit dem Argument abgesenkt werden, der Prognosebedarf entstamme in diesen Konstellationen stets der Sphäre des Arbeitnehmers.[790] Bei einer betriebsbedingten Kündigung seien die Anforderungen an den maßgeblichen Wahrscheinlichkeitsgrad zukünftiger Beeinträchtigungen im Umkehrschluss entsprechend zu verschärfen.[791] Ganz ähnliche Tendenzen lassen sich auch im arbeitsrechtlichen Befristungsrecht beobachten.[792] Der hinter diesen Wertungen stehende Grundgedanke, die von der Rechtsfolge der Prognosenorm betroffene Vertragspartei bei der Ermittlung des Prognosemaßstabs zu begünstigen, wenn der Prognosebedarf allein der Verantwortungssphäre der profitierenden Vertragspartei entspringt, leuchtet unmittelbar ein. Gleichwohl lassen sich derartige Differenzierungen bereits durch die Berücksichtigung der vertraglichen und gesetzlichen Risikoverteilung bei der Bewertung zukünftig drohender Beeinträchtigungen des Dauerschuldverhältnisses hinreichend begründen. Liegen nämlich die zu erwartenden Beeinträchtigungen eines Arbeitsverhältnisses allein in einem zukünftigen Personalüberhang, so legt schon die gesetzliche Risikoverteilung – der Arbeitgeber trägt stets das Wirtschaftsrisiko[793] – einen strengeren Wahrscheinlichkeitsmaßstab für betriebsbedingte Kündigungen nahe. Der Sphärengedanke lässt sich so bereits über eine konsequente Ermittlung und Bewertung des Ausmaßes zukünftiger Beeinträchtigungen adäquat in den Abwägungsvorgang integrieren. Einer „schematisierten Ungleichbehandlung" der (arbeitsrechtlichen) Kündigungs- oder Befristungsgründe bedarf es in diesem Zusammenhang daher nicht. Im Übrigen wird auf den hinter solcherlei Erwägungen stehenden Sphärengedanken vor allem bei einem späteren Blick

789 *Bieder*, in: Kreutz/Renftle/Faber u.a. (Hrsg.), Realitäten des Zivilrechts, Grenzen des Zivilrechts 2012, S. 23, 35.

790 *Ders.*, in: Kreutz/Renftle/Faber u.a. (Hrsg.), Realitäten des Zivilrechts, Grenzen des Zivilrechts 2012, S. 23, 35.

791 *Ders.*, in: Kreutz/Renftle/Faber u.a. (Hrsg.), Realitäten des Zivilrechts, Grenzen des Zivilrechts 2012, S. 23, 35.

792 Vgl. beispielsweise die Ausführungen von APS/*Backhaus*, § 14 TzBfG Rn. 57; KR/*Lipke*, § 14 TzBfG Rn. 147.

793 Statt aller *Otto/Bieder*, Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 541; *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht, 19. Aufl. 2020, Rn. 292.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

auf den gerichtlichen Beweis einer anzustellenden Prognose noch einmal zurückzukommen sein.

ee) Verschulden einer Vertragspartei

Bisher unberücksichtigt geblieben ist zuletzt der Aspekt des möglichen Verschuldens einer Vertragspartei bei der Entstehung des Prognosebedarfs. Zwar erschiene es durchaus möglich, diesen Faktor bereits bei der Bewertung gegenwärtiger und vergangener Umstände in den Abwägungsvorgang zu integrieren, doch würde hiermit verdeckt, dass sich das Verschulden der einen Vertragspartei auf das objektive Gestaltungsinteresse der anderen Vertragspartei jedenfalls nicht in direkter Weise auswirkt. Ob ein Arbeitnehmer oder Mieter seinen Vertragspartner schuldhaft oder schuldlos in seinen Interessen beeinträchtigt, ist für eine objektive Bewertung des jeweiligen Beendigungsinteresses letztlich ohne Belang. Gleichwohl ist zu Recht allgemein anerkannt, dass derjenige, der in zurechenbarer Weise in die Interessen eines anderen eingreift, in der daraus entstehenden Konfliktlage eine „Zurücksetzung seiner Belange“[794] hinzunehmen hat. Vor diesem Hintergrund erscheint es gerechtfertigt, die Anforderungen an den prognosespezifischen Wahrscheinlichkeitsgrad auch in Abhängigkeit zum Grad des Verschuldens bei der Entstehung des Prognosebedarfs zu bestimmen. Im Bereich der verhaltensbedingten Arbeitgeberkündigung ist aus diesem Grunde zuweilen gar von einem „Ineinandergreifen von Prognose- und Verschuldensprinzip“ die Rede.[795] Insbesondere dann, wenn Prognosenormen auf tatbestandlicher Ebene ausdrücklich auf das Merkmal des Verschuldens abstellen (wie beispielsweise § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB), muss dieser Faktor zwingend auch bei der Konkretisierung des Prognosekriteriums entsprechende Berücksichtigung finden. Hier zeigt sich erneut überdeutlich, dass der im jeweiligen Fall anzulegende Wahrscheinlichkeitsmaßstab letztlich unmittelbar mit der Bedeutung des Prognosemerkmals im Vergleich zu den übrigen Tatbestandsmerkmalen einer Prognosenorm korreliert.

794 *Hubmann*, AcP 155 (1956), 85, 117; *ders.*, Wertung und Abwägung im Recht 1977, S. 84 f.; in der Sache ebenso *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 250; SPV/*ders.*, § 2 Die Sozialwidrigkeit der Kündigung Rn. 1209; *Feuerborn*, Sachliche Gründe 2003, S. 112.

795 So *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 336 f.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

e) Leitlinien der Abwägung

So lässt sich mit Bedacht auf die Vielzahl der untersuchten Abwägungsfaktoren unschwer erkennen, dass die Bestimmung des prognosespezifischen Wahrscheinlichkeitsgrades ein aufwändiges Abwägungsprozedere erfordert, das sich bei Lichte betrachtet keineswegs auf eine einzige prägnante Formel reduzieren lässt. Die Bedeutung der zukünftigen Entwicklung eines Dauerschuldverhältnis für die materielle Kündigungs-, Befristungs- und Anpassungskontrolle wächst und schwindet vielmehr in wechselseitiger Abhängigkeit zu anderen tatbestandskonkretisierenden Aspekten und lässt sich häufig erst mit Blick auf ein konkretes Rechtsproblem in Gestalt eines bestimmten Wahrscheinlichkeitsmaßstabs explizieren. Jede mit dem Anspruch der Allgemeingültigkeit kokettierende Formulierung eines prognosespezifischen Wahrscheinlichkeitsgrades sieht sich so dem berechtigten Einwand ausgesetzt, einzelne Abwägungsfaktoren in der Betrachtung zu wenig oder gar nicht zu berücksichtigen.[796] So entsteht das Bild eines flexiblen und multifaktoriellen Wertungssystems, dessen zutreffende Anwendung vor allem die Transparenz sämtlicher berücksichtigter Abwägungsfaktoren erfordert.[797] Die hier vorgenommene „Faktorisierung" bringt dabei die abwägungsleitenden Präferenzregeln bereits deutlich zum Ausdruck und kann für die Ermittlung des Wahrscheinlichkeitsmaßstabs im Einzelfall eine bedeutsame methodische Hilfestellung darstellen.

Obschon im Ergebnis daher keine allgemein oder auch nur für bestimmte Regelungskonstellationen gültigen Wahrscheinlichkeitsmaßstäbe postuliert werden können[798], lassen sich bei vergleichender und gleichzeitig typisierender Betrachtung doch immerhin gewisse Leitlinien formulieren, die zumindest einen geringfügigen Zugewinn an Rechtssicherheit versprechen.

So werden die im Gesamtvergleich aller hier untersuchten Prognosenormen schärfsten Wahrscheinlichkeitsanforderungen stets an vorbeugende Kündigungen im Arbeits- und Wohnraummietrecht zu stellen sein. Hier nämlich treffen ausgeprägte legislative Bestandsschutzkonzepte auf einen schwerwiegenden Eingriff in die Vertragsbeziehung und das Fehlen bishe-

796 *Bieder*, in: Kreutz/Renftle/Faber u.a. (Hrsg.), Realitäten des Zivilrechts, Grenzen des Zivilrechts 2012, S. 23, 35.

797 *Ders.*, in: Kreutz/Renftle/Faber u.a. (Hrsg.), Realitäten des Zivilrechts, Grenzen des Zivilrechts 2012, S. 23, 35.

798 *Ders.*, in: Kreutz/Renftle/Faber u.a. (Hrsg.), Realitäten des Zivilrechts, Grenzen des Zivilrechts 2012, S. 23, 35.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

riger Beeinträchtigungen des entsprechenden Schuldverhältnisses, sodass sich der Wahrscheinlichkeitsmaßstab (abhängig von den drohenden Beeinträchtigungen) in massiver Weise zugunsten des gekündigten Arbeitnehmers bzw. Mieters verschiebt. Hier wird man ganz regelmäßig davon ausgehen dürfen, dass eine Kündigung nur bei an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit einer zukünftigen Beeinträchtigung des entsprechenden Schuldverhältnisses überhaupt in Betracht kommt.[799] Allenfalls marginale Abstriche wird man für die vorbeugende Beendigung von sonstigen Schuldverhältnissen hinnehmen dürfen, sodass beispielsweise auch an den Rücktritt vor Fälligkeit nach § 323 Abs. 4 BGB[800] oder gar die vorbeugende außerordentliche Kündigung von Dauerschuldverhältnissen nach § 314 Abs. 1 BGB Wahrscheinlichkeitsanforderungen nahe der maximal erreichbaren Schärfe zu stellen sind.

In Relation zu dem Ausmaß, in dem vergangene, gegenwärtige und potenziell zukünftige Beeinträchtigungen des in Frage stehenden Dauerschuldverhältnisses das Gewicht des Beendigungsinteresses der kündigenden Vertragspartei erhöhen, reduziert sich sodann auch der erforderliche Wahrscheinlichkeitsgrad zukünftiger Störungen zulasten des Gekündigten. Sind so bei der Prüfung einer verhaltensbedingten Kündigung im Arbeitsrecht beispielsweise erhebliche (schuldhafte) Pflichtverletzungen eines Arbeitnehmers festzustellen und gleichzeitig schwere zukünftige Schäden an

799 Ebenso für die Kündigung wegen Sicherheitsbedenken *Meyer*, Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses wegen Sicherheitsbedenken 1997, S. 191, der bei besonders großen drohenden Schäden – nach hiesiger Auffassung zu Recht (allerdings von einem prozessual-rechtlichen Ansatz aus) – eine Reduzierung der Anforderungen befürwortet; etwas vorsichtiger im Zusammenhang mit einer vorbeugenden verhaltensbedingten Kündigung *Hoyningen-Huene*, DB 1995, 142, 143 („mit großer Wahrscheinlichkeit", „höchstwahrscheinlich"); deutlich zu niedrig erscheinen dagegen die Wahrscheinlichkeitsanforderungen („mit einiger Sicherheit"), die die st. Rspr. vgl. BAG 19.06.1991 – 2 AZR 127/91, AP Nr. 53 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; BAG 13.02.2008 – 2 AZR 543/06, AP Nr. 175 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; BAG 14.03.2013 – 8 AZR 154/12, AP Nr. 199 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung an die Veränderungsprognose für die vorbeugende betriebsbedingte Kündigung stellt; ihr folgend die h. Lit. APS/*Kiel*, § 1 KSchG Rn. 449; BeckOK-ArbR/*Rolfs*, § 1 KSchG Rn. 375; zunächst zu Recht zweifelnd, dann aber doch zustimmend *Steinacker*, Der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers 2017, S. 65; Beifall verdient insoweit die ablehnende Stellungnahme von *Honstetter*, Prognoseentscheidung 1994, S. 55, der wie hier eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit verlangt.

800 Vgl. die Anforderungen bei BeckOK-BGB/*Schmidt*, § 323 BGB Rn. 6; BeckOGK-BGB/*Looschelders*, § 323 BGB Rn. 232; MüKo-BGB/*Ernst*, § 323 BGB Rn. 136; Soergel/*Gsell*, § 323 BGB Rn. 134; Jauernig/*Stadler*, § 323 BGB Rn. 15.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

den Rechtsgütern oder Interessen des Arbeitgebers zu besorgen, so kann im Einzelfall bereits eine nicht geringe Wahrscheinlichkeit zukünftiger Beeinträchtigungen das Tatbestandsmerkmal der Negativprognose erfüllen.

Abgesehen von derartigen Extremfällen wird man in der Tendenz davon ausgehen dürfen, dass die Anforderungen an den Wahrscheinlichkeitsgrad im Anpassungs- und Befristungsrecht denen im Kündigungsrecht typischerweise nachstehen: Während im Befristungsrecht vor allem der vergleichsweise schwach ausgeprägte Bestandsschutz zugunsten des Befristungswilligen zu Buche schlägt, zeichnen sich Prognosenormen zur Anpassung von Dauerschuldverhältnissen häufig durch eine erhöhte Reversibilität der jeweiligen Rechtsfolgen aus. Darüber hinaus kommt hier der durch das Ausmaß der intendierten Anpassung verkörperten Eingriffsintensität erhöhte Bedeutung zu. Die bloß geringfügige Anpassung eines nicht speziell geschützten Dauerschuldverhältnisses im Angesicht erheblicher vergangener und drohender zukünftiger Beeinträchtigungen wird man so regelmäßig bereits bei der geringen Wahrscheinlichkeit einer entsprechenden Störung zulassen dürfen.

Diese Erkenntnisse decken sich ganz überwiegend mit den Wahrscheinlichkeitsmaßstäben, die in den einzelnen Rechtsgebieten, Regelungs- und Fallkonstellationen in der bisherigen Rechtsdiskussion angelegt wurden, sodass die abwägungsgeleitete Ermittlung des Wahrscheinlichkeitsgrades neben einem transparenten und methodisch abgesicherten Weg zur Entscheidungsfindung offenbar auch durchaus konsensfähige Ergebnisse verspricht. Um die Flexibilität des Wahrscheinlichkeitsmaßstabs sprachlich adäquat abbilden und trotzdem eine übergreifende Betrachtung von Prognosenormen gewährleisten zu können, soll im weiteren Verlauf dieser Arbeit auf den zuvor kritisierten Begriff der „hinreichenden" Wahrscheinlichkeit zurückgegriffen werden. Ein quantitatives Wahrscheinlichkeitsurteil ist hiermit indes jeweils nicht verbunden.

f) Einbettung der Wahrscheinlichkeit in umfassende Interessenabwägungen

Nicht wenige der im Rahmen dieser Arbeit näher beleuchteten Prognosenormen verlangen auf Tatbestandsseite ganz unabhängig vom untersuchten Prognosekriterium nach einer umfassenden Abwägung der gegenläufigen Parteiinteressen. So findet sich in den §§ 314 Abs. 1 S. 2, 573 Abs. 1 S. 2,

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

626 Abs. 1 BGB für die außerordentliche Kündigung von Dauerschuldverhältnissen stets die Wendung, der wichtige Grund sei unter „Berücksichtigung aller Umstände" und unter „Abwägung der beiderseitigen Interessen" zu ermitteln. Ebenso ist nach allgemeiner Ansicht bei der Beurteilung der Auflösung einer Personenhandelsgesellschaft nach § 130 HGB vorzugehen.[801] Ähnlich verfährt sodann auch § 313 Abs. 1 BGB, wonach ein Anspruch auf Vertragsanpassung stets „unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls" zu prüfen ist. Unter dem Merkmal der Unzumutbarkeit ist auch hier eine umfassende Interessenabwägung im Einzelfall vorzunehmen.[802] Überwiegend wird eine abschließende Interessenabwägung auch bei der Prüfung der Sozialwidrigkeit einer ordentlichen verhaltens- oder personenbedingten Kündigung im Arbeitsrecht befürwortet.[803]

In dem Zusammentreffen derartiger Abwägungserfordernisse mit der Notwendigkeit tatbestandlicher Prognosen liegen vor dem Hintergrund der hiesigen Ausführungen zugleich Chancen wie Risiken. Zunächst birgt die abwägungsgerichtete Ermittlung des Wahrscheinlichkeitsmaßstabs in derartigen Konstellationen zweifellos die latente Gefahr, bestimmte Abwägungsfaktoren in unzulässiger Weise mehrfach (nämlich zunächst bei der Bestimmung des prognosespezifischen Wahrscheinlichkeitsmaßstabs und sodann erneut bei der abschließenden „Gesamtabwägung") zu berücksichtigen. Wer unter Verweis auf eine gravierende schuldhafte Pflichtverletzung schon den Wahrscheinlichkeitsmaßstab zukünftiger Beeinträchtigungen zugunsten einer kündigenden Vertragspartei verschiebt und dieselbe Pflichtverletzung sodann auch im Rahmen einer abschließenden Abwägung neuerlich in Rechnung stellt, überbetont letztlich das Lösungsinteresse des Kündigenden und entfernt sich so möglicherweise unbemerkt von den gesetzlichen Wertungen des Kündigungsschutzrechts. Eine solche Doppelbewertung derselben Abwägungsfaktoren lässt sich indes vermeiden, wenn man die im Einzelfall ermittelte tatsächliche Wahrscheinlichkeit einer zukünftigen Störung (sprich: das Prognoseergebnis) schlicht als Abwägungs-

801 Baumbach/Hopt/*Roth*, § 133 HGB Rn. 5; BeckOK-HGB/*Lehmann-Richter*, § 133 HGB Rn. 6; *Klöhn*, in: Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht 2021, § 133 HGB Rn. 7; *Kamanabrou*, in: Oetker (Hrsg.), Handelsgesetzbuch 2021, § 133 HGB Rn. 6.

802 BGH 11.10.1994 – XI ZR 189/93, NJW 1995, 47, 48 BeckOK-BGB/*Lorenz*, § 313 BGB Rn. 31; MüKo-BGB/*Finkenauer*, § 313 BGB Rn. 76.

803 *Otto/Bieder*, Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 345; APS/*Preis*, Prinzipien H Rn. 48; *ders.*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 184 ff. m. w. N. auch zur Gegenmeinung.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

element im Rahmen einer umfassenden Abwägung von Gestaltungs- und Bestandsschutzinteresse auf Tatbestandsebene begreift. So sind bei derartigen Abwägungsvorgängen im Recht der außerordentlichen Kündigung stets auch der Grad der Wiederholungsgefahr und die zukünftigen Auswirkungen auf das Schuldverhältnis maßgeblich zu berücksichtigen[804]; Besteht der Tatbestand einer Prognosenorm daher ausschließlich aus einer Abwägung der gegenläufigen Interessen, so stellt die abwägungsgerichtete Ermittlung des prognosespezifischen Wahrscheinlichkeitsgrads letztlich bloß eine „Umformung der Abwägungsformel nach der Variable des Wahrscheinlichkeitsgrades" dar. In derartigen Fällen ermöglicht die Anerkennung eines insgesamt flexiblen Wertungssystems zur Konkretisierung begrifflich unbestimmter Tatbestände eine vollkommen bruchlose Integration der zur Bestimmung des Wahrscheinlichkeitsmaßstabs erarbeiteten Abwägungssystematik in das normative Grundgerüst der jeweiligen Prognosenorm.

Etwas komplexer stellt sich die Lage in Konstellationen dar, in denen die Prognose als vollkommen autonomes Tatbestandsmerkmal begriffen wird und die anschließenden Abwägungsvorgänge vor allem eine Korrektivfunktion zur Verhinderung unbilliger Ergebnisse wahrnehmen. Hier ist in jedem Fall penibel darauf zu achten, eine Mehrfachberücksichtigung einzelner Faktoren zu vermeiden[805]; die tatsächlich ermittelte Wahrscheinlichkeit zukünftiger Beeinträchtigung kann – sofern sie den ermittelten Mindestgrad übersteigt – aber auch hier mitunter als Abwägungsfaktor Bedeutung erlangen.[806]

804 So für das Arbeitsrecht beispielsweise BAG 28.01.2010 – 2 AZR 1008/08, AP Nr. 227 zu § 626 BGB; BAG 27.09.2012 – 2 AZR 955/11, AP Nr. 74 zu § 15 KSchG 1969; ErfK/*Niemann*, § 626 BGB Rn. 41; BeckOGK-BGB/*Günther*, § 626 BGB Rn. 214; BeckOK-ArbR/*Stoffels*, § 626 BGB Rn. 74; MüKo-BGB/*Henssler*, § 626 BGB Rn. 89; für das Mietrecht MüKo-BGB/*Bieber*, § 543 BGB Rn. 8; BeckOGK-BGB/*Mehle*, § 543 BGB Rn. 26; Erman-BGB/*Lützenkirchen*, § 543 BGB Rn. 5; *ders.*, in: ders. (Hrsg.), Mietrecht 2021, § 543 BGB Rn. 38; für den Gesellschafterausschluss bei Personenhandelsgesellschaften vgl. *Klöhn*, in: Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht 2021, § 140 HGB Rn. 21.

805 So für die krankheitsbedingte Kündigung zu Recht auch *Otto*, EzA Nr. 10 zu § 1 KSchG Krankheit.

806 In diese Richtung die Lösung von *Bieder*, in: Kreutz/Renftle/Faber u.a. (Hrsg.), Realitäten des Zivilrechts, Grenzen des Zivilrechts 2012, S. 23, 43, der die Wahrscheinlichkeit des Prognoseereignisses in die Angemessenheitserwägungen von Verhältnismäßigkeitsprüfungen integrieren möchte.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

IV. Ermittlung der Wahrscheinlichkeit

Ist auf diesem Wege ermittelt, welcher Wahrscheinlichkeitsmaßstab der jeweiligen Prognose zugrunde zu legen ist, so muss in einem zweiten Schritt festgestellt werden, ob der entsprechende Wahrscheinlichkeitsgrad in der konkret zu entscheidenden Fallkonstellation auch tatsächlich erreicht wird. Dies wirft zwangsläufig die nunmehr zu beleuchtende Frage auf, in welcher Weise die Wahrscheinlichkeit zukünftiger Entwicklungen im Recht der vertraglichen Dauerschuldverhältnisse zu ermitteln ist.

1. Allgemeine Anforderungen an Prognosen im vertraglichen Dauerschuldverhältnis

Bevor jedoch die einzelnen Elemente des Prognosevorgangs feingliedrig seziert werden können, sind zunächst die allgemeinen Anforderungen an Prognosen im vertraglichen Dauerschuldverhältnis zu beleuchten, die schließlich als übergeordnete Grundsätze die Entwicklung konkreter Prognoseleitlinien prägen. So macht es für die weitere Betrachtung des Prognosevorgangs einen erheblichen Unterschied, ob man die Vorhersage der zukünftigen Entwicklung allein der Einschätzung einer Vertragspartei überlässt, dieser zumindest einen kontrollfreien Prognosespielraum einräumt oder aber stattdessen die weitestgehende Objektivierung des Prognosevorgangs verlangt.

a) Keine rein subjektive Betrachtungsweise

Einigkeit besteht in Bezug auf alle untersuchten Regelungskonstellationen zunächst darüber, dass die bloß subjektive Einschätzung der zukünftigen Entwicklung eines Schuldverhältnisses durch einen Vertragspartner nicht geeignet ist, das Tatbestandsmerkmal einer Prognose zu erfüllen.[807] Dies

807 Exemplarisch für das arbeitsrechtliche Kündigungsrecht *Feuerborn*, Sachliche Gründe 2003, S. 236; SPV/*Preis*, § 2 Die Sozialwidrigkeit der Kündigung Rn. 1200; ErfK/*Oetker*, § 1 KSchG Rn. 114 (zur krankheitsbedingten Kündigung); *Otto*, EzA Nr. 10 zu § 1 KSchG Krankheit; für das arbeitsrechtliche Befristungsrecht *Feuerborn*, Sachliche Gründe 2003, S. 468; KR/*Lipke*, § 14 TzBfG Rn. 145; APS/*Backhaus*, § 14 TzBfG Rn. 56; *Dörner*, Der befristete Arbeitsvertrag, 2. Aufl. 2011, Rn. 276; für den Gesellschafterausschluss *Schöne*, Gesellschafterausschluß 1993, S. 20.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ist schon deshalb einleuchtend, weil die bestandsschützenden Sachgrunderfordernisse andernfalls ihre Wirkung beinahe vollständig einbüßten, sodass Befristungen, Anpassungen oder Kündigungen von Dauerschuldverhältnissen entgegen dem Zweck der entsprechenden Regelungen nahezu willkürlich möglich wären. Auch mit dem Postulat materieller Gerechtigkeit wäre die Anbindung einschneidender Rechtsfolgen an eine bloß subjektive Einschätzung der zukünftigen Entwicklung durch eine Vertragspartei nicht vereinbar. Diese Erkenntnis deckt sich im Übrigen auch mit dem allgemeinen Begriffsverständnis der Prognose als „wissenschaftlicher Vorhersage“[808], der das Merkmal der intersubjektiven Überprüfbarkeit geradezu wesensimmanent ist.

b) Kein Prognosespielraum

Ein Minus zur Anerkennung bloß subjektiver Einschätzungen als tatbestandsrelevante Prognosen bildet die Einräumung eines Prognosespielraums durch die bewusste Absenkung der gerichtlichen Kontrollintensität im rechtlichen Konfliktfall. Bereits an anderer Stelle ist darauf hingewiesen worden, dass Prognosespielräume grundsätzlich auf zwei Ebenen in Betracht kommen, die nicht immer in gebotener Deutlichkeit voneinander abgegrenzt werden: Erstens in Gestalt vergleichsweise geringer Anforderungen an den zur Auslösung der jeweiligen Rechtsfolge erforderlichen (Mindest-)Wahrscheinlichkeitsgrad, zweitens bei der Beantwortung der Frage, für wie wahrscheinlich das Prognoseereignis tatsächlich gehalten werden durfte (Prognoseergebnis).[809] Während die erste Ebene mit dem Wahrscheinlichkeitsmaß bereits in den Blick genommen wurde[810], ist mit der zweiten Ebene die an dieser Stelle nunmehr zu thematisierende Problematik einer Einschätzungsprärogative zugunsten der prognostizierenden Vertragspartei in Bezug auf das Prognoseergebnis angesprochen.

Derartige Gedanken werden vor allem im arbeitsrechtlichen Schrifttum zur Kündigungs- und Befristungskontrolle aufgegriffen[811], im Ergebnis je-

808 Siehe schon oben B. I. 1. .

809 *Nell*, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen 1983, S. 223.

810 Siehe oben D. III. .

811 Im Kündigungsrecht *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 337 f.; *Honstetter*, Prognoseentscheidung 1994, S. 118 ff.; *Feuerborn*, Sachliche Gründe 2003, S. 225 ff.; *Nicklaus*, Das Prognoseprinzip im arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzrecht 2012, S. 36 f.; *Loth*, Prognoseprinzip im befristeten Arbeitsverhältnis 2015,

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

doch fast einmündig wieder verworfen.[812] Eine Ausnahme vom Grundsatz voller gerichtlicher Prognosekontrolle wird vereinzelt immerhin für die unternehmerische Entscheidung im Rahmen der betriebsbedingten Kündigung erwogen.[813] Die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung, die sich mit der Frage nach der Anerkennung eines arbeitgeberseitigen Prognosespielraums vor allem im befristungsrechtlichen Kontext konfrontiert sah, hält einen solchen zwar grundsätzlich für ausgeschlossen, hat ihre ehemals strikten Aussagen („eröffnet dem Arbeitgeber keinen der gerichtl. Kontrolle verschlossenen Spielraum")[814] jedoch zuletzt zumindest relativiert („Prognosen sind einer gerichtl. Kontrolle nicht *völlig* [Hervorhebung durch Verf.] entzogen")[815].

Bereits zu Beginn der Arbeit wurde herausgearbeitet, dass die Diskussion um kontrollfreie Prognosespielräume im öffentlichen Recht, namentlich im Verwaltungs- und Verfassungsrecht, besonders ausgeprägt ist[816], sodass es nur folgerichtig erscheint, die in diesem Zusammenhang vorgebrachten Argumente zugunsten derartiger Einschätzungsprärogativen auf ihre Überzeugungskraft im Kontext privatrechtlicher Prognosen zu untersuchen.[817]

S. 100 f.; *Meyer*, Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses wegen Sicherheitsbedenken 1997, S. 172; im Befristungsrecht KR/*Lipke*, § 14 TzBfG Rn. 145; *Studt*, in: Boecken/Düwell/Diller u.a. (Hrsg.), Gesamtes Arbeitsrecht 2016, § 14 TzBfG Rn. 5; *Persch*, Kernfragen des Befristungsrechts 2010, S. 263 f.; *Feuerborn*, Sachliche Gründe 2003, S. 328; ErfK/*Müller-Glöge*, § 14 TzBfG Rn. 18.

812 Für das Kündigungsrecht *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 338; *Honstetter*, Prognoseentscheidung 1994, S. 122; *Feuerborn*, Sachliche Gründe 2003, S. 228; *Nicklaus*, Das Prognoseprinzip im arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzrecht 2012, S. 36 f.; *Loth*, Prognoseprinzip im befristeten Arbeitsverhältnis 2015, S. 100 f.; *Meyer*, Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses wegen Sicherheitsbedenken 1997, S. 172; für das Befristungsrecht KR/*Lipke*, § 14 TzBfG Rn. 145; *Studt*, in: Boecken/Düwell/Diller u.a. (Hrsg.), Gesamtes Arbeitsrecht 2016, § 14 TzBfG Rn. 5; *Persch*, Kernfragen des Befristungsrechts 2010, S. 264; *Feuerborn*, Sachliche Gründe 2003, S. 328; Laux/Schlachter/*Schlachter*, § 14 TzBfG Rn. 29; zweifelnd insoweit ErfK/*Müller-Glöge*, § 14 TzBfG Rn. 18, nach dem die Annahme einer „Einschätzungsprärogative" nahe liege.

813 *Honstetter*, Prognoseentscheidung 1994, S. 122; *Feuerborn*, Sachliche Gründe 2003, S. 228.

814 BAG 29.08.1979 – 4 AZR 863/77, AP Nr. 50 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; BAG 14.01.1982 – 2 AZR 254/81, AP Nr. 65 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; BAG 22.03.1985 – 7 AZR 487/84, AP Nr. 89 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

815 BAG 25.11.1992 – 7 AZR 191/92, AP Nr. 150 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

816 Siehe oben B. I. 3. a) .

817 So daher auch der zutreffende Ansatz bei *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 337 f.; *Honstetter*, Prognoseentscheidung 1994, S. 118 ff.; *Feuerborn*, Sachliche Gründe 2003, S. 225 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Dabei ist davon auszugehen, dass sich Prognosespielräume in Gestalt von Einschätzungsprärogativen vor allem durch funktionell-rechtliche Erwägungen begründen lassen.[818]

Weitgehende Einigkeit besteht zunächst in der Feststellung, dass sich legislative und administrative Prognosespielräume jedenfalls nicht allein aus der Natur der Sache selbst ergeben.[819] Zwar sind Prognosen geradezu wesensnotwendig mit gewissen Unsicherheiten verbunden, doch ist der Umgang mit Unsicherheiten Kernbestandteil justiziellen Alltags[820], sodass diese Erkenntnis einen Prognosespielraum jedenfalls nicht ohne Weiteres zu legitimieren vermag. Überdies liefe eine derartige Kapitulation vor den praktischen Problemen richterlicher Prognosekontrolle in nicht hinnehmbarer Weise dem verfassungsrechtlich garantierten Justizgewährungsanspruch (Rechtsstaatsprinzip i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG)[821] zuwider, würde diese Ansicht es der prognostizierenden Vertragspartei doch faktisch erlauben, sich letztlich zum „Richter in eigener Sache" aufzuschwingen.[822] Den Unwägbarkeiten richterlicher Sachverhaltsaufklärung ist demgegenüber grundsätzlich nicht durch Rücknahme der Kontrolldichte, sondern durch Hinzuziehung externen Sachverstandes zu begegnen.[823] Aus diesem Grunde vermag auch der Versuch nicht zu überzeugen, das „Unsicherheitsargument" unter Verweis auf die besondere Sachnähe des Prognostizierenden zumindest in Fällen besonders komplexer Prognoseentscheidungen fruchtbar zu machen[824], zumal für die Zuordnung zu dieser Fallgruppe

818 *Nell*, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen 1983, S. 225 im Anschluss an *Schneider*, NJW 1980, 2103, 2103 ff.

819 *Breuer*, Der Staat 1977, 21, 35; *Ossenbühl*, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz Band I 1976, S. 458, 502; *Nierhaus*, DVBl 1977, 19, 21; *Tettinger*, DVBl 1982, 421, 425; *Nell*, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen 1983, S. 219; für das arbeitsrechtliche Kündigungsrecht auch *Honstetter*, Prognoseentscheidung 1994, S. 121; aufgeschlossener in Bezug auf Legislativprognosen *Menger*, VerwArch 66 (1975), 397, 400.

820 Vgl. *Tettinger*, DVBl 1982, 421, 425; *Nell*, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen 1983, S. 220.

821 Im öffentlich-rechtlichen Kontext kann auf das Gebot effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG zurückgegriffen werden, vgl. *Tettinger*, DVBl 1982, 421, 424; *Nell*, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen 1983, S. 220.

822 So treffend *Honstetter*, Prognoseentscheidung 1994, S. 120 f.

823 Ebenso *ders.*, Prognoseentscheidung 1994, S. 121; für das Verwaltungsrecht *Tettinger*, DVBl 1982, 421, 424.

824 So aber *Nierhaus*, DVBl 1977, 19, 22 ff.; aufgeschlossen auch *Tettinger*, DVBl 1982, 421, 425.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

weder im öffentlichen Recht[825] noch im Privatrecht überzeugende Kriterien zur Verfügung stehen. Allein aus der Erkenntnis, dass es beispielsweise aus richterlicher Sicht schwerfällt zu beurteilen, ob die Vertrauensbasis im Mietverhältnis dauerhaft zerstört, die Änderung der allgemeinen Zinssituation nachhaltig oder der Arbeitskräftebedarf im Betrieb ein nur vorübergehender ist, darf eine Reduzierung der richterlichen Kontrollintensität daher nicht abgeleitet werden.

Sodann werden Prognosespielräume im öffentlichen Recht vor allem damit begründet, der jeweilige Entscheidungsträger weise eine spezielle rechtliche Prognoselegitimation auf. Dies galt beispielsweise für Entscheidungen pluralistisch besetzter Gremien, denen jedenfalls in der Vergangenheit eine besondere Richtigkeitsgewähr zuerkannt wurde.[826] Auch dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber sei schon aus Gründen der Gewaltenteilung ein nicht justitiabler Prognosespielraum zu gewähren.[827] Abgesehen davon, dass auf diesem Wege hergeleitete Entscheidungsspielräume letztlich keine prognosespezifische Besonderheit darstellen, sind solche besonderen Legitimationsmuster zugunsten der prognostizierenden Vertragspartei im privatrechtlichen Dauerschuldverhältnis regelmäßig nicht auszumachen.[828] Vielmehr verfolgen die hier behandelten Prognoseerfordernisse jedenfalls auch den Zweck, willkürliche Durchbrechungen prospektiven Bestandsschutzes im Dauerschuldverhältnis gegen die einseitige Durchsetzung von Flexibilisierungs- und Beendigungsinteressen der anderen Vertragspartei abzusichern. Die Anerkennung kontrollfreier Prognosespielräume würde dabei nicht nur diesem Zweck evident zuwiderlaufen, sondern gleichsam auch sämtliche Ausführungen zum maßgeblichen Wahrscheinlichkeitsgrad letztlich ad absurdum führen. Die im öffentlich-rechtlichen Kontext vorgebrachten Argumente zugunsten weitreichender Prognosespielräume sind daher entweder nicht überzeugend oder aber auf den privatrechtlichen Kontext nicht übertragbar, sodass ein kontrollfreier Prognosespielraum hier nach alledem abzulehnen ist.[829]

825 Vorschläge finden sich bei *Tettinger*, DVBl 1982, 421, 425.

826 Vgl. BVerwG 16.12.1971 – I C 31/68, NJW 1972, 596 ff. - *Jugendgefährdende Schriften*; dagegen nun aber überzeugend BVerwG 30.10.2019 – 6 C 18/18, NJW 2020, 785, 787.

827 Besonders weitgehend *Menger*, VerwArch 66 (1975), 397, 401.

828 Für das arbeitsrechtliche Kündigungsrecht *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 338; *Honstetter*, Prognoseentscheidung 1994, S. 122; *Feuerborn*, Sachliche Gründe 2003, S. 228.

829 So auch *Regenfus*, JR 2012, 137, 138.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Zusammenfassend bleibt daher festzuhalten, dass kontrollfreie Prognosespielräume in Gestalt von Einschätzungsprärogativen für die hier untersuchten Prognosen im Rahmen vertraglicher Dauerschuldverhältnisse nicht anzuerkennen sind.

c) Objektivierung des Prognosevorgangs

Stattdessen hat die Ermittlung der prognosespezifischen Wahrscheinlichkeit von dem Postulat der weitestgehenden Objektivierung des Prognosevorgangs auszugehen, das nur scheinbar im Widerspruch zum hier zugrunde gelegten subjektiven Wahrscheinlichkeitsbegriff steht: Während der Begriff der Objektivität in Bezug auf den Wahrscheinlichkeitsbegriff die Unabhängigkeit eines Wahrscheinlichkeitsurteils von bestimmten Prämissen beschreibt, dient die Objektivierung des Prognosevorgangs allein der Sicherstellung einer intersubjektiven Überprüfbarkeit des Wahrscheinlichkeitsurteils, stellt dessen Relativität zu einem bestimmten Wissenshorizont jedoch nicht grundsätzlich in Frage.[830]

Folgerichtig kann auch über den privatrechtlichen Horizont hinaus als gesicherte Erkenntnis gelten, dass die Anknüpfung von Rechtsfolgen an Prognosen aus rechtlicher Sicht überhaupt nur dann akzeptabel ist, wenn das Prognoseergebnis auf einer hinreichend sicheren Tatsachengrundlage basiert.[831] Die hiermit angesprochene Prognosegrundlage bildet als schlechterdings unabdingbare Voraussetzung der rechtlichen Anerkennung von Prognoseentscheidungen den Schlüssel zur Objektivierung von Prognosen im rechtlichen Kontext. Voraussagen in Ermangelung einer tatsachenbasierten Prognosegrundlage sind demgegenüber bloße Wahrsagerei[832] bzw.

830 Zu dieser begrifflichen Problematik sehr aufschlussreich auch *Poscher*, Gefahrenabwehr 1999, S. 125 ff.

831 Im privatrechtlichen Kontext siehe nur *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 338 f.; *Feuerborn*, Sachliche Gründe 2003, S. 236 und *Bieder*, in: Kreutz/Renftle/Faber u.a. (Hrsg.), Realitäten des Zivilrechts, Grenzen des Zivilrechts 2012, S. 23, 27 m .w. N.; für öffentlich-rechtliche Prognosen beispielsweise *Ossenbühl*, FS Menger 1985, S. 731, 744; *Hoppe*, FG 25 Jahre BVerwG 1978, S. 295, 309; im Strafrecht vgl. nur *Ostendorf*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), StGB 2017, § 56 StGB Rn. 24.

832 *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 339.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Spekulation[833] und schon deshalb von vornherein ungeeignet, den postulierten Anforderungen an die Objektivität privatrechtlicher Prognosen im vertraglichen Dauerschuldverhältnis zu genügen. Dies gilt im Übrigen grundsätzlich unabhängig davon, ob sich die „haltlosen Voraussagen" in der Realität später durch Zufall „bestätigen"[834].

Der Begriff der Prognosegrundlage soll dabei im hiesigen Kontext als Oberbegriff sowohl für die prognoserelevanten Tatsachen (Prognose*basis*) als auch für die jeweils maßgeblichen Erfahrungssätze verwendet werden, sodass sich aus der Prognosegrundlage insgesamt das Prognose*ergebnis* und damit die Wahrscheinlichkeit des Eintritts des Prognose*ereignisses* ableiten lässt. Übersetzt in die wissenschaftstheoretische Prognoseterminologie umfasst die Prognosegrundlage somit zum einen die *Antecedens*-Bedingungen als spezielle singuläre Sachverhalte, zum anderen aber auch die jeweils anwendbaren allgemeingültigen Gesetze, sodass letztlich das gesamte *Explanans* abgebildet wird.[835]

2. Implikationen des subjektiven Wahrscheinlichkeitsbegriffs

Zu klären ist sodann, welche singulären Sachverhalte und allgemeinen Erfahrungssätze konkret in die Prognosegrundlage einzubeziehen sind.[836] Die herausragende Bedeutung dieser Frage ergibt sich unmittelbar aus einem Verweis auf den subjektiven Wahrscheinlichkeitsbegriff, der explizit die Relativität von Wahrscheinlichkeitsurteilen zu den zugrunde liegenden Prämissen postuliert. In der Folge variiert auch die Wahrscheinlichkeit der zukünftigen Beeinträchtigung eines Dauerschuldverhältnisses in Abhängigkeit zu dem Wissenshorizont, der der entsprechenden Prognose zugrunde gelegt wird. Dieser Wissenshorizont wiederum umfasst unterschiedliche Dimensionen, die aus Gründen der dogmatischen Klarheit jeweils einer eigenständigen Betrachtung zu unterziehen sind. Unterschieden werden soll hier danach, welche Tatsachen und Erfahrungssätze überhaupt in

833 *Bieder*, in: Kreutz/Renftle/Faber u.a. (Hrsg.), Realitäten des Zivilrechts, Grenzen des Zivilrechts 2012, S. 23, 27, der zutreffend auch auf Parallelen im Bereich der richterlichen Schadensschätzung (§ 287 ZPO) verweist.

834 „Bestätigen" gemeint in dem Sinne, dass das Prognoseereignis tatsächlich eintritt.

835 Vgl. zu dieser Terminologie oben B. I. 2. b) .

836 Insofern ist jedenfalls der teils genutzte Begriff der „hinreichend sicheren" Tatsachengrundlage ebenso nichtssagend wie der von der „hinreichenden Wahrscheinlichkeit", siehe hierzu schon die Anmerkung in Fn. 69.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

die Prognosegrundlage aufzunehmen sind (sachliche Dimension), wessen Sichtweise für die Beurteilung der Prognosegrundlage maßgeblich ist (perspektivisch-personelle Dimension) und auf welchen Zeitpunkt für die Ermittlung der Wahrscheinlichkeit einer zukünftigen Entwicklung abzustellen ist (zeitliche Dimension).[837] Die so aufgeworfenen Fragen erscheinen in ihrer freilich erst auf den zweiten Blick erkennbaren Komplexität bisher kaum ausreichend gewürdigt.

3. Sachliche Dimension

In sachlicher Hinsicht ist zunächst zu ermitteln, welche Arten von Tatsachen und Erfahrungssätzen zur Bildung der Prognosebasis im vertraglichen Dauerschuldverhältnis einerseits berücksichtigt werden *dürfen* bzw. – gleichsam als Kehrseite der Medaille – berücksichtigt werden *müssen*. Zur Herleitung einer überzeugenden Antwort lohnt sich dabei stets auch ein Blick auf die wissenschaftstheoretischen Erkenntnisse zur Konturierung der Prognosegrundlage, die unter dem hier zugrunde gelegten Postulat der weitestgehenden Objektivierung des Prognosevorgangs auch im rechtswissenschaftlichen Kontext Bedeutung erlangen.

a) Prognoserelevante Tatsachen (Prognosebasis)

Entsprechend dem prognosetypischen Zweischritt – Anwendung der Erfahrungssätze auf die Prognosebasis – soll an dieser Stelle zunächst erforscht werden, welche Ausschnitte der Wirklichkeit in sachlicher Hinsicht als singuläre Sachverhalte in die Prognosebasis aufzunehmen sind.

aa) Keine Verengung der Prognosebasis auf Umstände innerhalb der konkreten Rechtsbeziehung

Dabei erscheint zunächst klärungsbedürftig, ob stets notwendigerweise solche Geschehensabläufe festzustellen sind, die sich gerade im fraglichen

837 Aufteilung angelehnt an *Poscher*, Gefahrenabwehr 1999, S. 113 f., der auch auf ähnliche Differenzierungsansätze von *Davy*, Gefahrenabwehr im Anlagenrecht 1990, S. 362 f. und *Deutsch*, FS Larenz 1973, S. 885, 390 ff. verweist.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Rechtsverhältnis zugetragen haben[838] und ob – noch weitergehend – außerhalb der vertraglichen Sphäre angesiedelte Sachverhalte der Prognosebasis möglicherweise gar allgemein nicht zugerechnet werden dürfen. Die Konsequenzen derartiger Verengungen der Prognosebasis erweisen sich dabei als immens: Während bei Bejahung der ersten Frage nur noch marginaler Raum für die Anerkennung privatrechtlicher Veränderungsprognosen verbliebe, führte die generelle Bejahung der zweiten Frage konsequenterweise gar dazu, dass sämtliche zurückliegende oder gegenwärtige Umstände außerhalb der konkreten Rechtsbeziehung – und sei deren Bedeutung für die zukünftige Entwicklung der Vertragsbeziehung noch so evident – bei der Prognoseerstellung unberücksichtigt bleiben müssten.

Zuzugeben ist, dass Tatsachen und Geschehensabläufen, die sich in der Vergangenheit (oder Gegenwart) gerade im fraglichen Vertragsverhältnis zugetragen haben, zur Ermittlung der Prognosebasis besonderes Gewicht zukommt.[839] Insbesondere wenn gar vergangene Beeinträchtigungen der Vertragsbeziehung (Pflichtverletzungen, Fehlzeiten o. ä.) in Rede stehen, die den konkreten Anlass zur Anwendung der fraglichen Prognosenorm gegeben haben (so regelmäßig bei Stabilitätsprognosen), kann die Notwendigkeit der Aufnahme derartiger Tatsachen (im Folgenden: *Anlasstatsachen*) in die Prognosebasis kaum ernsthaft bestritten werden. Hieraus nun den Schluss zu ziehen, derartige Anlasstatsachen seien stets für jede rechtmäßige Prognose zu fordern, engt den Anwendungsbereich privatrechtlicher Prognosen jedoch in unzulässiger Weise ein.[840] Insbesondere (Veränderungs-)Prognosen im Befristungsrecht (beispielsweise ein zukünftiger Wegfall des Beschäftigungsbedarfs oder die zukünftige Nutzungsmöglichkeit der Mietsache) wären vor dem Hintergrund derartiger Forderungen obsolet, können doch jedenfalls beim erstmaligen Abschluss eines befristeten Vertrages schon denklogisch noch keine Anlasstatsachen im soeben beschriebenen Sinne vorliegen. Auch der Weg für hier im Grundsatz anerkannte vorbeugende Kündigungen und Anpassungen von Dauerschuldverhältnissen aufgrund von Veränderungsprognosen wäre jedenfalls dann versperrt, wenn ausschließlich externe Faktoren (im Arbeitsrecht beispiels-

838 So *Bieder*, in: Kreutz/Renftle/Faber u.a. (Hrsg.), Realitäten des Zivilrechts, Grenzen des Zivilrechts 2012, S. 23, 27.

839 Zu den möglichen prozessualen Konsequenzen unten D. V. 2. b) cc) ; ähnlich für den Gesellschafterausschluss *Schöne*, Gesellschafterausschluß 1993, S. 21.

840 Freilich gibt es bestimmte Normen, die Veränderungsprognosen explizit ausschließen und für die anzustellende Prognose daher zwingend die Berücksichtigung von Anlasstatsachen verlangen, so beispielsweise § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

weise Auftragsrückgänge) oder das Parteiverhalten außerhalb der Vertragsbeziehung (beispielsweise außerdienstliches Verhalten) auf das Prognoseergebnis schließen ließen.

Aus wissenschaftstheoretischer Sicht kann eine Beschränkung der Prognosebasis auf einen engen Kreis ausgewählter Tatsachen ebenfalls nicht überzeugen – im Gegenteil: Mit der bisweilen vorzufindenden Forderung nach einem alles Erfahrungswissen einbeziehenden „Gesamtdatum“[841] wird hier die ebenso zutreffende wie einleuchtende Erkenntnis artikuliert, dass die Belastbarkeit von Prognoseergebnissen mit der Einbeziehung zusätzlichen (relevanten) Wissens in die Prognosebasis steigt. Je breiter die Prognosebasis, desto belastbarer das Prognoseergebnis.[842] Legt man dem Prognoseprinzip im vertraglichen Dauerschuldverhältnis daher das Postulat der weitestgehenden Objektivierung des Prognosevorgangs zugrunde, so kommt man letztlich nicht umher, für jede Verengung der Prognosebasis auf bestimmte Tatsachen eine überzeugende normative Rechtfertigung zu verlangen. Für einen Ausschluss von Tatsachen, die sich nicht gerade im fraglichen Vertragsverhältnis zugetragen haben, lässt sich eine derartige Rechtfertigung indes nicht ausmachen. Entscheidend für die Auslösung der Rechtsfolgen der hier betrachteten Prognosenormen ist nämlich nicht, ob die zur Ermittlung der Prognose*basis* herangezogenen Tatsachen in besonders engem Zusammenhang mit dem Schuldverhältnis stehen, sondern lediglich, ob das Prognose*ergebnis* die hinreichende Wahrscheinlichkeit zukünftiger Auswirkungen auf die konkrete Vertragsbeziehung ergibt. Daher kann Arbeitnehmern beispielsweise gar *allein* auf Grundlage außerbetrieblicher Verhaltensweisen (Prognosebasis) gekündigt werden, wenn sich hieraus die hinreichende Wahrscheinlichkeit einer zukünftig erheblichen Beeinträchtigung berechtigter Sicherheitsinteressen des Arbeitgebers (Prognoseergebnis) ableiten lässt.[843] Im Ergebnis ist daher anzuerkennen, dass der Kreis der in die Prognosebasis einzubeziehenden Tatsachen grundsätzlich alle (relevanten) Sachverhalte umfasst.[844] Hieraus ergibt sich nicht nur, dass jede Art von prognoserelevanten Tatsachen in die Prognosebasis aufgenommen werden *darf*, sondern vor allem, dass grundsätzlich auch sämtliche (relevanten) Tatsachen zwingend berücksichtigt werden *müssen*.

841 *Carnap/Stegmüller*, Induktive Logik 1959, S. 83.

842 Ähnlich auch *Honstetter*, Prognoseentscheidung 1994, S. 138.

843 So auch *Plum*, NZA 2019, 497, 499; *Meyer*, Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses wegen Sicherheitsbedenken 1997, S. 122 f.

844 So für den Gesellschafterausschluss auch *Schöne*, Gesellschafterausschluß 1993, S. 21.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bb) Subjektive Elemente im Rahmen der Prognosebasis

Ist insoweit erste Klarheit geschaffen, so stellt sich in einem weiteren Schritt vor dem Hintergrund des Postulats einer weitestgehenden Objektivierung des Prognosevorgangs die Frage, inwieweit auch „subjektive Tatsachen" bei der Ermittlung der Prognosebasis berücksichtigt werden können. Der Begriff der Prognose als „objektive Vorhersage" schließt die Berücksichtigung „subjektiver Tatsachen" im Rahmen der Prognosebasis dabei nicht von vornherein aus, auf Basis der Forderung nach maximaler Spezifizierung der Prognosebasis liegt es im Gegenteil gar nahe, auch subjektive Elemente im Rahmen der Prognosebasis umfassend zu berücksichtigen. Ob ein Fußballer beispielsweise in zwei Jahren noch bei seinem aktuellen Verein spielen wird, ist wesentlich valider zu beurteilen, wenn man auch einen im Prognosezeitpunkt bestehenden (subjektiven) Wechselwunsch in die Prognosebasis einbezieht – die Objektivität der Prognose als solche (z.B. Wechselwahrscheinlichkeit von 60 %) wird hierdurch keineswegs in Frage gestellt, sondern vielmehr noch verstärkt.

So handelt es sich bei der Thematik der Berücksichtigungsfähigkeit „subjektiver Tatsachen" letztlich um eine genuin normative Frage, die hier anhand der Problematiken subjektiver Entscheidungen des Vertragspartners und des Vertrauensverlustes als Prognosebasis näher thematisiert werden soll.

(1) Subjektive Entscheidungen des Vertragspartners

Die Anerkennung subjektiver Entscheidungen des Vertragspartners als Teil der Prognosebasis lässt sich dabei insbesondere mit Blick auf die Unternehmerentscheidung im Rahmen der betriebsbedingten Kündigung und auf die Eigentümerentscheidung im Rahmen von Eigenbedarfskündigungen und bei der Befristung von Wohnraummietverhältnissen diskutieren.

In diesem Zuge ist zunächst festzuhalten, dass die von rechtlichen Prognoseerfordernissen ausgehende objektive Schutzwirkung zugunsten der einen Vertragspartei durch die Berücksichtigung faktisch nur eingeschränkt justitiabler Entscheidungen der anderen Vertragspartei als Teil der Prognosebasis durchaus geschmälert würde. Verortet man den Zweck der hier betrachteten Prognosenormen richtigerweise im schonenden Ausgleich zwischen Beendigungs- und Flexibilisierungsinteressen auf der einen und prospektiven Bestandsschutzinteressen auf der anderen Seite, so ergibt sich,

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

dass subjektive Entscheidungen jedenfalls nicht ohne Weiteres als Teil der Prognosebasis anzuerkennen sind.

Sowohl Unternehmer (Art. 2 Abs. 1, 12, 14 GG)[845] als auch Eigentümer (Art. 14 Abs. 1 GG)[846] können sich in den betrachteten Konstellationen indes auf besondere Grundrechtspositionen berufen, denen durch eine „Versubjektivierung" der Prognosebasis in adäquater Weise Rechnung getragen werden kann. Es erscheint daher durchaus überzeugend, sowohl die Unternehmer-, als auch die Eigentümerentscheidung nur einer eingeschränkten gerichtlichen Prüfung zu unterziehen und sich insoweit mit einer in ihrer Intensität variierenden Missbrauchskontrolle zu begnügen. Vor diesem verfassungsrechtlichen Hintergrund lässt sich nachvollziehen, dass die „autonome Unternehmerentscheidung" als Prognosebasis im Recht der betriebsbedingten Kündigung weithin akzeptiert ist, sofern sie sich nicht als offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich erweist.[847] Auch die wohnraummietrechtlichen Befristungs- und Kündigungsgründe der § 575 Abs. 1 S. 1 Nr. 1-3 BGB bzw. § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB stellen in besonderer Weise auf subjektive Vorstellungen und Entschlüsse des Vermieters ab[848], wobei auch in diesem Zusammenhang anerkannt ist, dass als Sachgrund lediglich „ernsthafte"[849] bzw. „vernünftige, nachvollziehbare"[850] Nutzungsabsichten des Vermieters in Betracht kommen.

---

845 Aus der Rechtsprechung exemplarisch BAG 17.06.1999 – 2 AZR 522/98, AP Nr. 102 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; BAG 20.11.2014 – 2 AZR 512/13, AP Nr. 207 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; aus der Literatur siehe nur *Krause*, in: Linck/Krause/Bayreuther (Hrsg.), Kündigungsschutzgesetz 2019, § 1 KSchG Rn. 701; ErfK/*Oetker*, § 1 KSchG Rn. 239; APS/*Kiel*, § 1 KSchG Rn. 455; *Weber*, in: Boecken/Düwell/Diller u.a. (Hrsg.), Gesamtes Arbeitsrecht 2016, § 1 KSchG Rn. 1101; *Feudner*, NZA 2000, 1136 ff.; *Schrader/Siebert*, NZA-RR 2013, 113, 116; ausführlich *Finckenstein*, Freie Unternehmerentscheidung 2005, S. 177 ff.

846 Für die Eigenbedarfskündigung BVerfG 08.01.1985 – 1 BvR 792, 501/83, NJW 1985, 2633 ff.; BVerfG 14.02.1989 – 1 BvR 308/88 u.a., AP Nr. 35 zu Art. 14 GG; BGH 04.03.2015 – VIII ZR 166/14, NZM 2015, 378, 379 m. w. N.; aus der Literatur vgl. nur BeckOK-MietR/*Siegmund*, § 573 BGB Rn. 31; *Fleindl*, NZM 2016, 289, 292.

847 Vgl. hierzu auch die Nachweise in Fn. 845.

848 Siehe dazu schon oben vor allem C. II. 3. b) bb) (1) .

849 BGH 18.04.2007 – VIII ZR 182/06, NJW 2007, 2177, 2179; Grüneberg/*Weidenkaff*, § 575 BGB Rn. 5; BeckOK-MietR/*Theesfeld*, § 575 BGB Rn. 8; Schmidt-Futterer/*Blank*, § 575 BGB Rn. 9; MüKo-BGB/*Häublein*, § 575 BGB Rn. 18.

850 St. Rspr. seit BGH 20.01.1988 – VIII ARZ 4/87, NJW 1988, 904, 905; BGH 15.03.2017 – VIII ZR 270/15, NJW 2017, 1474, 1476; auch die Literatur folgt diesem Ansatz, vgl. nur BeckOK-MietR/*Siegmund*, § 573 BGB Rn. 29; BeckOGK-BGB/*Geib*, § 573 BGB Rn. 66; MüKo-BGB/*Häublein*, § 573 BGB Rn. 89.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Dass der Schutzzweck der untersuchten Prognoseerfordernisse hierdurch nicht vollständig leerläuft, bleibt zunächst dadurch gewährleistet, dass die Prognosebasis zusätzlich zu den entsprechenden subjektiven Entscheidungen auch objektive Merkmale enthalten kann. So sind im Wohnraummietrecht schon im Rahmen der Missbrauchskontrolle beispielsweise solche Nutzungsabsichten des Vermieters ausgeschlossen, die nach objektiver Prognose unmöglich zu realisieren sein werden.[851] Eine derartige Prognose wird indes nicht ohne objektive Tatsachen (z.B. Größe der Mietsache) als Element der Prognosebasis auskommen, sodass in diesem Kontext subjektive Entscheidungen jedenfalls nicht allein als Prognosebasis taugen.

Zudem bleibt klarstellend zu betonen, dass die jeweiligen Entscheidungen als Teil der Prognosebasis der eigentlichen Prognose[852] strukturell vorgelagert sind[853], das Prognose*ergebnis* als für die Auslösung der Rechtsfolge der Prognosenorm maßgeblicher Faktor mithin aus objektiver Sicht zu beurteilen bleibt: Zwar mag es sich bei dem Entschluss zu einer Umstrukturierung des Unternehmens als solchem um eine subjektive und nur begrenzt kontrollfähige Entscheidung handeln – ob der konkrete Arbeitsplatz des gekündigten Arbeitnehmers hierdurch aber mit Ablauf der Kündigungsfrist dauerhaft entfällt, bleibt eine genauso umfassend kontrollfähige und objektiv zu beantwortende Frage wie diejenige, ob im mietrechtlichen Kontext der subjektive Eigentümerwille zum Befristungsende tatsächlich wird realisiert werden können. Es sind indes gerade die auf der zweiten Ebene anzuerkennenden Erfordernisse eines objektiven Prognoseergebnisses, die den jeweiligen Vertragspartner letztlich doch vor einer willkürlichen Durchbrechung zukunftsgerichteten Bestandsschutzes schützen.

851 Insbesondere für das Merkmal des „Benötigens" im Rahmen der Eigenbedarfskündigung wird bisweilen explizit darauf hingewiesen, dass es sich um einen objektiven Rechtsbegriff handelt, siehe BeckOK-MietR/*Siegmund*, § 573 BGB Rn. 29; MüKo-BGB/*Häublein*, § 573 BGB Rn. 89; zur Befristungskontrolle im Wohnraummietrecht insoweit BeckOK-MietR/*Theesfeld*, § 575 BGB Rn. 10; Schmidt-Futterer/*Blank*, § 575 BGB Rn. 10.

852 Hierbei soll nicht verkannt werden, dass auch der Unternehmerentscheidung selber im Einzelfall durchaus prognostische Elemente zugrunde liegen *können*.

853 Für die Unternehmerentscheidung ebenso *Nicklaus*, Das Prognoseprinzip im arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzrecht 2012, S. 37; siehe ferner APS/*Kiel*, § 1 KSchG Rn. 455.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(2) Vertrauensverlust als Tatsache

Bisweilen kann sich sodann die Frage stellen, ob auch (oder gar allein) der gegenwärtige Vertrauensverlust einer Vertragspartei als zulässige Basis einer Negativprognose herhalten kann. Diese Frage wird vor allem – aber nicht nur[854] – im Kontext der arbeitsrechtlichen Verdachtskündigung virulent, wo der mit einem Verdacht verbundene Vertrauensverlust überwiegend als eigenständiger Kündigungsgrund anerkannt ist.[855] Eine kündigungsrelevante „Zerstörung" der Vertrauensbeziehung kommt dabei überhaupt nur dann in Betracht, wenn das Vertrauen des Arbeitgebers in den Arbeitnehmer zum Kündigungszeitpunkt erschüttert (Prognosebasis) und mit der zukünftigen Wiederherstellung des Vertrauens nicht mehr zu rechnen ist (Prognoseergebnis).[856] Nimmt man jene Formulierung des Kündigungsgrundes beim Wort, so lässt diese jedenfalls auch eine Interpretation dahingehend zu, dass in einem derartigen Fall das rein subjektive Vertrauensempfinden des Arbeitgebers als Tatsache den Anforderungen an die Bildung einer tauglichen Prognosebasis genügt.[857] Unabhängig von der

854 Man beachte beispielsweise das ausführliche Werk von *Otto*, Wegfall des Vertrauens 2000.

855 BAG 31.01.2019 – 2 AZR 426/18, AP Nr. 38 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; BAG 18.06.2015 – 2 AZR 256/14, AP Nr. 74 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung; aus der Literatur siehe nur *Krause*, in: Linck/Krause/Bayreuther (Hrsg.), Kündigungsschutzgesetz 2019, § 1 KSchG Rn. 432; MüKo-BGB/*Hergenröder*, § 1 KSchG Rn. 224; BeckOK-ArbR/*Rolfs*, § 1 KSchG Rn. 194; *Zimmermann*, in: Gallner/Mestwerdt/Nägele u.a. (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht 2021, § 1 KSchG Rn. 458; *Denecke*, in: Gallner/Mestwerdt/Nägele u.a. (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht 2021, § 1 KSchG Rn. 630; *Belling*, RdA 1996, 223, 226; besonders weit geht *Gilbert*, DB 2006, 1555 ff.; *ders.*, RdA 2015, 209 ff. mit dem Versuch, Tat- und Verdachtskündigung insgesamt durch das Institut der „Vertrauenskündigung" zu ersetzen; differenzierend *Zborowska*, Die außerordentliche Verdachtskündigung 2015, S. 35 ff.

856 In diesem Sinne auch BAG 12.03.2009 – 2 ABR 24/08, AP Nr. 59 zu § 103 BetrVG 1972: „Im Kern geht es also darum, ob mit einer Wiederherstellung des Vertrauens gerechnet werden kann oder nicht"; *Zborowska*, Die außerordentliche Verdachtskündigung 2015, S. 42; *Krause*, in: Linck/Krause/Bayreuther (Hrsg.), Kündigungsschutzgesetz 2019, § 1 KSchG Rn. 465 und BeckOK-ArbR/*Rolfs*, § 1 KSchG Rn. 194 beispielsweise sprechen insoweit zutreffend von einer „nachhaltigen" (Prognosebegriff) Vertrauensstörung.

857 Ähnlich in der Analyse *Enderlein*, RdA 2000, 325, 326; auch *Otto*, Wegfall des Vertrauens 2000, S. 42 weist darauf hin, dass mit dem Begriff des Vertrauens auch eine „*subjektiv* [Hervorh. im Original] gesicherte (…) Vorstellung" bezeichnet werden kann.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

hier auszuklammernden Frage, ob die Kategorie des Vertrauensverlustes zur Begründung der Verdachtskündigung überhaupt tragfähig oder gar als solche entbehrlich ist[858], verstehen jedoch auch diejenigen, die für eine besondere Bedeutung des Arbeitgebervertrauens zur Begründung der Verdachtskündigung streiten, den Begriff des Vertrauens gerade nicht im Sinne eines rein subjektiven Elements. Vielmehr besteht Einigkeit darüber, dass der Vertrauensverlust seinerseits auf objektiven Tatsachen fußen[859] und darüber hinaus auch aus objektiver Sicht nachvollziehbar erscheinen muss[860], sodass sich die Prognosebasis auf diesem „Umwege" ebenfalls auf objektive Tatsachen zurückführen lässt. In Bezug auf die Konstellation der Verdachtskündigung ergibt sich so, dass letztlich die verdachtsbegründenden Tatsachen als Basis für die Prognose einer zukünftigen Beeinträchtigung der Vertragsbeziehung herzuhalten haben.

cc) Umfassender Kreis der berücksichtigungsfähigen Tatsachen

Im Ergebnis lässt sich so festhalten, dass der Kreis der im Rahmen der Prognosebasis zu berücksichtigenden Tatsachen nicht von vornherein auf bestimmte Sachverhalte begrenzt ist. Weder müssen sich die entsprechenden Umstände gerade im entsprechenden Dauerschuldverhältnis zugetragen haben, noch scheiden „subjektive Tatsachen" von vornherein aus der Betrachtung aus. Dem Grundsatz einer weitestgehenden Objektivierung des Prognosevorgangs wird vielmehr durch eine in sachlicher Hinsicht umfassende Berücksichtigung aller relevanten Tatsachen im Rahmen der Prognosebasis am besten Rechnung getragen.

858 Für letzteres *Enderlein*, RdA 2000, 325, 329 f.; skeptisch insoweit auch *Berkowsky*, NZA-RR 2001, 449, 454.

859 BAG 31.01.2019 – 2 AZR 426/18, AP Nr. 38 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; BAG 18.06.2015 – 2 AZR 256/14, AP Nr. 74 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung; *Krause*, in: Linck/Krause/Bayreuther (Hrsg.), Kündigungsschutzgesetz 2019, § 1 KSchG Rn. 432; BeckOK-ArbR/*Rolfs*, § 1 KSchG Rn. 201; *Belling*, RdA 1996, 223, 226; *Gilbert*, DB 2006, 1555, 1559; *ders.*, RdA 2015, 209; *Eylert*, NZA-RR 2014, 393, 398; für Konstellationen außerhalb des Rechts der Verdachtskündigung auch *Mitterer*, NZA-RR 2011, 449, 451.

860 BAG 10.06.2010 – 2 AZR 541/09, AP Nr. 229 zu § 626 BGB (für eine Tatkündigung aufgrund von Störungen im Vertrauensbereich); *Zborowska*, Die außerordentliche Verdachtskündigung 2015, S. 42; *Krause*, in: Linck/Krause/Bayreuther (Hrsg.), Kündigungsschutzgesetz 2019, § 1 KSchG Rn. 465; *Belling*, RdA 1996, 223, 226; *Gilbert*, RdA 2015, 209; *Eylert*, NZA-RR 2014, 393, 398.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b) Allgemeine Erfahrungssätze

Aus der logischen Zweistufigkeit des Prognoseprozesses[861] ergibt sich, dass nach der Erforschung der Prognosebasis in einem zweiten Schritt jene allgemeinen Gesetze[862] zu ermitteln sind, die in struktureller Hinsicht das stets notwendige Bindeglied zwischen den festgestellten Sachverhalten der Vergangenheit und/oder Gegenwart auf der einen und der zukünftigen Entwicklung auf der anderen Seite bilden. In Betracht kommen neben deterministischen Gesetzen (vor allem zwingende Naturgesetzlichkeiten) im hiesigen Kontext vor allem statistische (probabilistische) Gesetze in Gestalt allgemeiner Erfahrungssätze.[863] Obschon in der rechtswissenschaftlichen Diskussion zumeist nur am Rande gewürdigt, steht die Frage nach der Auswahl der insoweit maßgeblichen Gesetze im Hinblick auf das Postulat der weitestgehenden Objektivierung des Prognosevorgangs gleichrangig neben jener nach dem Kreis der prognoserelevanten Tatsachen, ginge ohne die Formulierung konkreter Anforderungen an die anzuwendenden Gesetze doch jede noch so präzise Ermittlung der Prognosebasis ins Leere.[864]

Daher mag es kaum verwundern, dass sich die zur Prognosebasis gefundenen Ergebnisse sinngemäß auch auf die allgemeinen Gesetzmäßigkeiten übertragen lassen.[865] Dies gilt zunächst für die geradezu selbstverständlich anmutende Forderung, dass die zugrunde zu legenden generellen Sätze einer intersubjektiven Überprüfung standhalten müssen. Es kann daher für die rechtliche Anerkennung einer Prognosegrundlage beispielsweise nicht darauf ankommen, ob die prognostizierende Vertragspartei bestimmten Anlasstatsachen aus persönlichen Gründen besonders großes Gewicht bei-

861 Siehe oben B. I. 2. b) .

862 Im Strafrecht hat sich hierfür der durchaus treffende Begriff der „nomologischen Basis" eingebürgert, vgl. *Frisch*, Prognoseentscheidungen im Strafrecht 1983, S. 29.

863 Vgl. auch *Feuerborn*, Sachliche Gründe 2003, S. 236 für die kündigungsrechtlichen Prognosen im Arbeitsrecht.

864 Ähnlich im strafrechtlichen Kontext *Frisch*, Prognoseentscheidungen im Strafrecht 1983, S. 29.

865 Besonders deutlich wird dieser Gleichlauf bei ErfK/*Müller-Glöge*, § 14 TzBfG Rn. 18, der in diesem Zusammenhang von „Erfahrungstatsachen" spricht; die Nähe von Erfahrungssätzen und Tatsachen betont ferner *Risthaus*, Erfahrungssätze im Kennzeichenrecht, 2. Aufl. 2007, Rn. 833; auch die detaillierten gefahrenabwehrrechtlichen Untersuchungen von *Poscher*, Gefahrenabwehr 1999, S. 119 differenzieren in Bezug auf den Beurteilungsmaßstab zu Recht nicht zwischen Tatsachen und Erfahrungssätzen.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

misst[866] oder stets besonders vorsichtig oder optimistisch agiert. Auch „gefühlte Zusammenhänge" oder Vermutungen sind als Grundlage rechtlicher Entscheidungen schlichtweg ungeeignet. Weil insbesondere Erfahrungssätze anders als zwingende Naturgesetze mitunter aber nicht als vollkommen zweifelsfrei betrachtet werden können, ist gleichwohl klärungsbedürftig, welche Qualität derlei Gesetze aufweisen müssen, um als objektive Elemente der Prognosegrundlage rechtlich anerkannt werden zu können. Gerade in für hiesige Zwecke besonders relevanten Disziplinen wie der Medizin (man denke nur an die negative Gesundheitsprognose im Rahmen krankheitsbedingter Kündigungen) oder der Ökonomie wird man auf wissenschaftlich umstrittenem Terrain nicht selten auf eine geradezu babylonische Vielfalt unterschiedlicher und teils gar widersprüchlicher Erfahrungssätze stoßen. Sicher würden die Anforderungen an die anwendbaren Erfahrungssätze daher überspannt, akzeptierte man ausschließlich vollkommen unumstrittene Erfahrungssätze als Grundlage rechtlicher Prognosen. Andererseits verbietet es der bestandsschützende Zweck der hier untersuchten Prognosenormen im vertraglichen Dauerschuldverhältnis ebenso, Prognosen auf der Grundlage gänzlich zweifelhafter Gesetzeshypothesen anzuerkennen.[867] Zur Lösung der Problematik bietet sich auch ein Blick auf vergleichbare Fragestellungen abseits der Prognoseproblematik im Schadensrecht an, wo zur Feststellung von Kausalzusammenhängen zuweilen ebenfalls nur umstrittene Gesetzeshypothesen zur Verfügung stehen.[868] In diesem Zusammenhang wird bisweilen darauf hingewiesen, dass aus rechtlicher Sicht nur „hinreichend gesicherte" Erfahrungssätze als verknüpfendes Band zwischen Vergangenheit und Gegenwart akzeptabel seien.[869] Diese wenig aussagekräftige Formulierung wird für rechtliche Prognosen (wenn auch im strafrechtlichen Kontext) in überzeugender Weise dahingehend konkretisiert, dass es sich um solche Gesetzmäßigkeiten handeln muss, die „nach dem Stand der Erfahrungswissenschaften als bislang gestützt und nicht

866 Gewisse Ausnahmen von diesem Grundsatz mögen im Bereich des Tendenzschutzes angezeigt sein, vgl. hierzu in jüngerer Zeit BAG 10.04.2014 – 2 AZR 812/12, AP Nr. 2 zu § 2 KSchG 1969.

867 Für das Strafrecht genauso *Frisch*, Prognoseentscheidungen im Strafrecht 1983, S. 30.

868 Auf die Parallelproblematik der Kausalität weist auch *ders.*, Prognoseentscheidungen im Strafrecht 1983, S. 30 hin; nicht ohne Grund wird die Kausalitätsfrage daher vor allem im Medizinrecht besonders intensiv diskutiert, vgl. beispielsweise *Jenke*, Haftung für fehlerhafte Arzneimittel und Medizinprodukte 2004, S. 136 ff.

869 *Jenke*, Haftung für fehlerhafte Arzneimittel und Medizinprodukte 2004, S. 153 f.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

widerlegt gelten können".[870] Nur derartig klar konturierte Anforderungen bieten auf der einen Seite Gewähr für die größtmögliche Richtigkeit der anzustellenden Prognose und vermitteln auf der anderen Seite ein ausreichendes Maß an Rechtssicherheit in Bezug auf das Prognoseergebnis, sodass sie auch im hiesigen Kontext privatrechtlicher Prognosen im vertraglichen Dauerschuldverhältnis als maßgeblich zu betrachten sind. Lediglich solche hinreichend gesicherten Gesetze können daher gemeintsein, wenn hinsichtlich der Prognosemethode ohne nähere Ausführungen auf die „einschlägigen wissenschaftlichen Erkenntnisse und Erfahrungssätze"[871] verwiesen wird. Im Übrigen sind entsprechend dem Postulat der weitestgehenden Objektivierung des Prognosevorgangs grundsätzlich sämtliche jeweils relevanten Erfahrungssätze in die Prognosegrundlage einzubeziehen.[872]

4. Perspektivisch-personelle Dimension: Ideal-objektiver Beurteilungsmaßstab

Setzt sich die Prognosegrundlage so in sachlicher Hinsicht zusammen aus sämtlichen relevanten Tatsachen (Prognosebasis) und der Gesamtheit aller hinreichend gesicherten allgemeinen Gesetze, so stellt sich in einem zweiten Schritt die Frage, ob der Kreis der prognoserelevanten Tatsachen und Erfahrungssätze auf der perspektivisch-personellen Ebene durch den Wissenshorizont einer bestimmten Person begrenzt wird.

Schon in der Wissenschaftstheorie nämlich kann als weitgehend konsensfähig gelten, dass die Berücksichtigung *aller* relevanten Tatsachen und Erfahrungssätze bei der Bildung der Prognosegrundlage letztlich eine Utopie darstellt.[873] In Abkehr von jener „unhandlichen"[874] Theorie des Gesamtdatums wird dort stattdessen teils die weniger weitreichende Forderung nach „maximaler Spezifizierung induktiv-statistischer Erklärungen"[875] erhoben, die bisweilen auch im rechtswissenschaftlichen Schrifttum Anhän-

870 *Frisch*, Prognoseentscheidungen im Strafrecht 1983, S. 30.
871 *Feuerborn*, Sachliche Gründe 2003, S. 236.
872 Ebenso *Regenfus*, JR 2012, 137, 139.
873 Gegen die weitreichende Forderung von *Carnap/Stegmüller*, Induktive Logik 1959, S. 83 vor allem *Hempel*, Aspekte wissenschaftlicher Erklärung 1977, S. 79 ff. und *Stegmüller*, Erklärung, Voraussage, Retrodiktion, 2. Aufl. 1983, S. 664 ff.
874 *Stegmüller*, Erklärung, Voraussage, Retrodiktion, 2. Aufl. 1983, S. 664.
875 *Hempel*, Aspekte wissenschaftlicher Erklärung 1977, S. 83.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ger gefunden hat.[876] Zur Begrenzung der prognoserelevanten Tatsachen erscheint es in der Folge vor allem denkbar, für die Feststellung der Prognosebasis allein auf den Wissenshorizont einer bestimmten Person zum maßgeblichen Prognosezeitpunkt abzustellen.

Außerhalb des Privatrechts liegt vor allem der Anerkennung der sogenannten Anscheinsgefahr im Recht der öffentlichen Gefahrenabwehr ein derartig konturierter Beurteilungsmaßstab zugrunde: Hierbei soll eine behördliche Gefahrenprognose schon dann rechtmäßig sein, wenn ein pflichtgetreu handelnder Durchschnittsbeamter (insoweit gilt mithin ein normativierter Maßstab) in der konkreten Situation (insoweit wird die Betrachtung auf den Wissensstand des handelnden Beamten begrenzt) einen Schadenseintritt für hinreichend wahrscheinlich halten durfte, selbst wenn ein solcher nach objektiv-idealer Betrachtungsweise zum Prognosezeitpunkt in Wirklichkeit ausgeschlossen war.[877] Nach diesem „subjektiven Gefahrbegriff" dürfe beispielsweise ein behördliches Demonstrationsverbot allein auf der Grundlage vertretbarer geheimdienstlicher Erkenntnisse und damit vollkommen unabhängig von der Frage erlassen werden, ob der Betroffene auch *tatsächlich* (also bei ideal-objektiver Betrachtungsweise) möglicher Störer eines Staatsbesuchs war.[878] Übertragen auf die hiesige Thematik würde dies bedeuten, dass zur Bestimmung der Tatsachenbasis einer kündigungs-, anpassungs- oder befristungsrechtlichen Prognose stets das beim Arbeitgeber, Vermieter oder sonstigen Vertragspartner zum Prognosezeitpunkt verfügbare Wissen maßgeblich wäre.[879] Als besonders anschauliches Beispiel für die Konsequenzen einer derartigen Sichtweise mag die Situation bei der krankheitsbedingten Kündigung herhalten, für die es

876 *Darnstädt*, Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge 1983, S. 51.

877 Instruktiv *Hoffmann-Riem*, FS Wacke 1972, S. 327 ff.; für einen subjektiven Gefahrbegriff und die damit einhergehende Anerkennung der Anscheinsgefahr auch *Gusy*, POR, 10. Aufl. 2017, Rn. 122; *Schenke*, POR, 11. Aufl. 2021, Rn. 86 m. w. N.; hinsichtlich des subjektiven Gefahrbegriffs übereinstimmend *Schneider*, DVBl 1980, 406, 408; *Darnstädt*, Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge 1983, S. 85 ff.; Lisken/Denninger/*Bäcker*, D. Polizeiaufgaben und Regelungsmuster des polizeilichen Eingriffsrechts Rn. 95 ff., die aber die Kategorie der „Anscheinsgefahr" für entbehrlich halten; ablehnend dagegen *Kingreen/Poscher*, POR, 11. Aufl. 2020, § 8 Rn. 42; *Poscher*, Gefahrenabwehr 1999, S. 127; *Schwabe*, GS Martens 1987, S. 419, 430 ff.

878 So der Fall bei BVerwG 01.07.1975 – I C 35/70, NJW 1975, 2158 ff.; vorher zur Anscheinsgefahr bereits BVerwG 26.02.1974 – I C 31/72, NJW 1974, 807, 809.

879 Dieses Verständnis von einer subjektiven Betrachtungsweise legt beispielsweise HK-KSchG/*Dorndorf*, § 1 KSchG Rn. 298 seinen ablehnenden Ausführungen zu Grunde.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

so ausreichen würde, dass ein Arbeitgeber sich vertretbar auf das ärztliche Urteil einer dauerhaften Arbeitsunfähigkeit beruft, obschon sich wenig später herausstellt, dass schon zum Prognosezeitpunkt nur eine harmlose Kurzerkrankung in der Person des betroffenen Arbeitnehmers vorgelegen hat.[880]

Zur Legitimierung eines derart verstandenen eingeschränkt subjektiven Beurteilungsmaßstabs wird in der öffentlich-rechtlichen Diskussion teilweise angeführt, die Subjektivität zukunftsgerichteter Wahrscheinlichkeitsurteile ergebe sich bereits aus zwingenden wissenschaftstheoretischen Erkenntnissen.[881] Urteile über Wahrscheinlichkeiten seien notwendigerweise stets an einen bestimmten (unvollständigen) Wissenshorizont gebunden, sodass die Anerkennung objektiver Wahrscheinlichkeiten schon denklogisch ausgeschlossen sei.[882]

Die entsprechenden Stimmen aus dem öffentlich-rechtlichen Schrifttum vermögen im Ergebnis indes nicht zu überzeugen, legen sie doch ein grundlegendes Missverständnis der subjektiven Wahrscheinlichkeitstheorie nahe. Richtig ist zwar, dass sich aus der subjektiven Wahrscheinlichkeitstheorie die Relativität von Wahrscheinlichkeitsurteilen zu einem bestimmten Wissenshorizont ergibt[883] – wessen Wissenshorizont für eine rechtserhebliche Prognose schließlich zu Grunde zu legen ist, ist aber dennoch eine normative Frage, die durch wahrscheinlichkeitstheoretische Erkenntnisse keineswegs final beantwortet wird.[884] Zuzugeben bleibt jedoch, dass der Begriff der „Objektivität" vor dem Hintergrund derartiger Ausführungen einschränkend dahingehend zu präzisieren ist, dass er jedenfalls in der rechtlichen Praxis letztlich mangels praktischer Erreichbarkeit des „Weltwissens" mit dem (subjektiven) Wissensstand eines im Streitfall entscheidenden Gerichts gleichgesetzt werden muss.[885]

---

880 An diesem Beispiel erläutert auch *Ascheid*, Kündigungsschutzrecht 1993, Rn. 370 die Maßgeblichkeit der tatsächlichen Lage.

881 *Darnstädt*, Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge 1983, S. 87 ff.; *Schneider*, DVBl 1980, 406, 407 f.

882 *Schneider*, DVBl 1980, 406, 407; dagegen deutlich *Schwabe*, GS Martens 1987, S. 419, 430.

883 Dazu oben D. IV. 2. .

884 Ebenso *Poscher*, Gefahrenabwehr 1999, S. 87 f.; insoweit zutreffend auch *Nell*, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen 1983, S. 85; zum Scheinwiderspruch zwischen subjektivem Wahrscheinlichkeitsbegriff und objektiver Prognose siehe schon oben D. IV. 1. c) .

885 Dies entspricht allerdings dem im juristischen Kontext allgemein gängigen Begriffsverständnis von Objektivität, vgl. *Kingreen/Poscher*, POR, 11. Aufl. 2020, § 8 Rn. 42.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Andere wiederum ziehen das „Wesen der Gefahr" als Argumentationsmuster zur Begründung eines subjektiven Gefahrbegriffs im Recht der öffentlichen Gefahrenabwehr heran.[886] So liege es in der Natur von Wahrscheinlichkeitsurteilen, dass diese durch spätere Erkenntnisse „widerlegt" werden könnten.[887] Ein derartiger Begründungsweg weist ebenfalls keinerlei öffentlich-rechtliche Besonderheiten auf und steht daher einer Übertragung auf privatrechtliche Prognoseprobleme im Kontext vertraglicher Dauerschuldverhältnisse jedenfalls grundsätzlich offen. Abgesehen davon, dass allein ein Verweis auf das Wesen von Wahrscheinlichkeitsurteilen als argumentative Leerformel kaum Überzeugungskraft aufweist, vermischen Vertreter dieser Argumentation jedoch in unzulässiger Weise unterschiedliche Dimensionen des maßgeblichen Wissenshorizonts miteinander.[888] Bei der hier betrachteten Problematik des perspektivisch-personellen Beurteilungsmaßstabs[889] nämlich geht es nicht um die Frage, ob die spätere tatsächliche Entwicklung im Wege einer ex-post-Betrachtung zur Beurteilung der Rechtsmäßigkeit einer Prognose herangezogen werden kann[890], sondern lediglich darum, ob in der Person des Prognostizierenden nicht verfügbares (und möglicherweise erst später gewonnenes) Wissen über die objektive Lage *zum Prognosezeitpunkt* als Teil der Prognosegrundlage berücksichtigungsfähig ist. Ohne Weiteres könnte daher an einer ex-ante-Betrachtung auch unter Zugrundelegung eines objektiven Gefahrbegriffs festgehalten werden.

Es kann daher kaum verwundern, dass die Anerkennung eines eingeschränkt subjektiven Beurteilungsmaßstabs stattdessen bisweilen mit dem Grundsatz der Effektivität der Gefahrenabwehr begründet wird.[891] Unabhängig von der hier letztlich nicht zu beantwortenden Frage, ob diese Argumentation im Recht der öffentlichen Gefahrenabwehr die Anerkennung eines subjektiven Gefahrbegriffs rechtfertigt[892], lässt sie sich aufgrund

886 *Gusy*, POR, 10. Aufl. 2017, Rn. 122; *Schenke*, POR, 11. Aufl. 2021, Rn. 86.
887 *Schenke*, POR, 11. Aufl. 2021, Rn. 86; „widerlegt" hier in Anführungszeichen, da sich letztlich nicht das Wahrscheinlichkeitsurteil „an sich" als falsch herausstellt, sondern lediglich der unwahrscheinliche(re) Fall tatsächlich eintritt.
888 Zutreffend *Schwabe*, JuS 1996, 988, 990; *Poscher*, Gefahrenabwehr 1999, S. 87 f.; *Kingreen/Poscher*, POR, 11. Aufl. 2020, § 8 Rn. 44.
889 Begrifflichkeit nach *Poscher*, Gefahrenabwehr 1999, S. 118 ff.
890 Hierzu später D. IV. 5. sowie D. V. 2. b) cc) (3) .
891 So *Schenke*, POR, 11. Aufl. 2021, Rn. 86.
892 Kritisch beispielsweise *Schlink*, JURA 1999, 169, 170 ff.; *Kingreen/Poscher*, POR, 11. Aufl. 2020, § 8 Rn. 46.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

unterschiedlicher Schutzzwecke der fraglichen Regelungen jedenfalls nicht unbesehen auf privatrechtliche Prognosen im Rahmen vertraglicher Dauerschuldverhältnisse übertragen. Insbesondere das Argument eines unüberwindbaren Zeitdrucks des Prognostizierenden vermag mit Blick auf kündigungs-, befristungs- und anpassungsrechtliche Stabilitätsprognosen kaum zu verfangen. Führt man sich demgegenüber nochmals vor Augen, dass die hier untersuchten Prognosetatbestände allesamt dem schonenden Ausgleich zukunftsgerichteten Bestandsschutzes mit den legitimen Flexibilisierungs- und Beendigungsinteressen des Vertragspartners dienen, so ist festzustellen, dass letztere ohnehin nur dann als schutzwürdig angesehen werden können, wenn sie sich auch aus der objektiv bestehenden Sachlage ableiten lassen. Der Zweck der hier betrachteten Prognosetatbestände spricht daher gegen eine Verengung der Prognosegrundlage auf den Wissenshorizont der prognostizierenden Vertragspartei.[893] Auch vor dem Hintergrund des Wortlauts der untersuchten Vorschriften[894] überzeugt es daher im Ergebnis, die prognoserelevanten Tatsachen und Erfahrungssätze im vertraglichen Dauerschuldverhältnis grundsätzlich anhand eines objektiv-idealen Maßstabs festzustellen.[895]

---

893 So für das arbeitsrechtliche Kündigungsrecht auch HK-KSchG/*Dorndorf*, § 1 KSchG Rn. 299; *Enderlein*, RdA 2000, 325, 327.

894 Für § 1 KSchG HK-KSchG/*Dorndorf*, § 1 KSchG Rn. 299.

895 Für das arbeitsrechtliche Kündigungsrecht BAG 15.08.1984 – 7 AZR 536/82, AP Nr. 16 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; BAG 18.09.1997 – 2 AZR 36/97, AP Nr. 138 zu § 626 BGB; HK-KSchG/*Dorndorf*, § 1 KSchG Rn. 299; APS/*Vossen*, § 1 KSchG Rn. 202; *Bufalica*, in: Däubler/Hjort/Schubert u.a. (Hrsg.), Arbeitsrecht 2017, § 1 KSchG Rn. 58; *Pfeiffer*, in: Gallner/Mestwerdt/Nägele u.a. (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht 2021, § 1 KSchG Rn. 192; *Krause*, in: Linck/Krause/Bayreuther (Hrsg.), Kündigungsschutzgesetz 2019, § 1 KSchG Rn. 225; *Greiner*, in: Boecken/Düwell/Diller u.a. (Hrsg.), Gesamtes Arbeitsrecht 2016, § 1 KSchG Rn. 241; a. A. LAG Rheinland-Pfalz 16.11.2001 – 3 Sa 651/01, NZA-RR 2002, 354; dies gilt auch für die Betrachtung der verdachtsbegründenden Tatsachen bei der Verdachtskündigung, sodass insbesondere Entlastungstatsachen nicht im Rahmen der notwendigen Anhörung des Arbeitnehmers präkludiert sind, vgl. BAG 18.06.2015 – 2 AZR 256/14, AP Nr. 74 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung; a. A. beispielsweise *Toma/Reiter*, NZA 2015, 460, 465; ausführlich hierzu *Zborowska*, Die außerordentliche Verdachtskündigung 2015, S. 297 ff. m. w. N.; für das arbeitsrechtliche Befristungsrecht *Mestwerdt*, in: Gallner/Mestwerdt/Nägele u.a. (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht 2021, § 14 TzBfG Rn. 54a; die Argumentation lässt sich auch auf scheinbar problematische Konstellationen des Wohnraummietrechts übertragen – auch für die bei der Eigenbedarfskündigung notwendige Prognose eines zukünftigen Nutzungsbedarfs kommt es auf die objektive Sachlage zum Prognosezeitpunkt an: Hat der pflegebedürftige Angehörige, dessentwegen der Vermieter (zukünfti-

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Diese Erkenntnis steht der Anerkennung subjektiver Entscheidungen und Empfindungen als prognoserelevante „Tatsachen" nur scheinbar entgegen, enthält sie doch bei Lichte betrachtet gerade keine Aussage darüber, ob auch alle zu berücksichtigenden Tatsachen ihrerseits „objektive" sein müssen. In der Tat können – man denke etwa an die (objektive) Beurteilung subjektiver Tatbestände im Strafrecht – grundsätzlich auch „subjektive Tatsachen" aus objektiv-idealer Sicht beurteilt werden, obschon die Überprüfung derartiger Sachverhalte in der gerichtlichen Kontrollpraxis freilich erhebliche Probleme aufwirft.

Im Ergebnis ist die Forderung nach einer (all-)umfassenden Ermittlung der prognoserelevanten Tatsachen und Erfahrungssätze anhand eines objektiv-idealen Beurteilungsmaßstabs als Voraussetzung rechtmäßiger Prognosen im vertraglichen Dauerschuldverhältnis von allen denkbaren Alternativen zur Konturierung der Prognosegrundlage letztlich auch diejenige, die im Hinblick auf das Prognoseergebnis die größtmögliche Richtigkeitsgewähr verspricht und so ein wichtiges Zugeständnis an den Grundsatz materieller Gerechtigkeit darstellt. Nichts anderes kann im Kontext der Regulierung vertraglicher Dauerschuldverhältnisse durch Prognoseerfordernisse daher gemeint sein, wenn zur Ermittlung der Prognosegrundlage zu Recht eine „vollständige" Tatsachenermittlung verlangt wird.[896] Der Kreis der bei der Erstellung der Prognosebasis einzubeziehenden Tatsachen und Erfahrungssätze wird somit nicht durch den Wissenshorizont der prognostizierenden Vertragspartei zum Prognosezeitpunkt begrenzt. Maßgeblich ist vielmehr ein ideal-objektiver Beurteilungsmaßstab, der es erlaubt, auch erst später *bekannt werdende* Tatsachen noch als Elemente der Prognosegrundlage zur berücksichtigen.

---

gen) Eigenbedarf geltend macht, zum Prognosezeitpunkt bereits einen Heimplatz enthalten, so ist auf dieser Prognosegrundlage vom Fehlen eines zukünftigen Nutzungsbedarfs unabhängig davon auszugehen, ob der Vermieter um diesen Umstand weiß; Beispiel angelehnt an *Stebut*, NJW 1985, 289, 293, der freilich von einem Fall ausgeht, in dem auch der Vermieter die wahre Sachlage kennt; a. A. ohne nähere Begründung BeckOK-MietR/*Siegmund*, § 573 BGB Rn. 71; Entsprechendes gilt auch für die Beurteilung der wohnraummietrechtlichen Befristungsgründe.

896 Siehe nur *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 339; *Feuerborn*, Sachliche Gründe 2003, S. 236.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

5. Zeitliche Dimension: Prognosezeitpunkt

Die letzte Dimension des Wissenshorizonts bildet die zeitliche Perspektive, die nach einer näheren Auseinandersetzung mit dem im jeweiligen Regelungskontext maßgeblichen Prognose*zeitpunkt* verlangt. Auch eine Einbeziehung sämtlicher relevanter Tatsachen und Erfahrungssätze in die Prognosegrundlage und das Abstellen auf den Erkenntnishorizont eines objektiv-idealen Beobachters entbinden mitnichten von der Verständigung auf einen zeitlichen Fixpunkt zur Durchführung der Prognose.

a) Bedeutung des Prognosezeitpunkts

Die Wahrscheinlichkeit bestimmter zukünftiger Ereignisse nämlich kann durch die Gewinnung neuer (und theoretisch auch durch den Verlust bisheriger[897]) Erkenntnisse jederzeit unversehens zu- oder abnehmen und unterliegt so einem kontinuierlichen zeitlichen Wandel.[898] So lässt sich beispielsweise die Wahrscheinlichkeit eines verregneten Osterwochenendes an Karfreitag erheblich valider beurteilen als zu Weihnachten des Vorjahres[899], die Wahrscheinlichkeit einer langandauernden Krankheit nach der Operation entsprechend valider als davor. Aus wissenschaftstheoretischer Sicht kommt dem Prognosezeitpunkt daher vor allem Bedeutung für die Beurteilung der Qualität der Prognosegrundlage zu: Je mehr relevante Informationen zum Prognosezeitpunkt zur Verfügung stehen, desto valider ist auch das zukunftsgerichtete Wahrscheinlichkeitsurteil. So bewegt sich die Diskussion um den maßgeblichen Prognosezeitpunkt letztlich wie kein zweiter Aspekt des Wissenshorizonts im rechtlichen Spannungsfeld zwischen materieller Gerechtigkeit und dem Grundsatz der Rechtssicherheit: Legt man die Prämisse zugrunde, dass ein Hinauszögern des Wahrscheinlichkeitsurteils regelmäßig eine Verbesserung der Qualität des Prognoseergebnisses bewirkt[900], so gebietet die materielle Gerechtigkeit stets eine Orientierung

897 Auf diese vernachlässigbare Sonderkonstellation weist *Poscher*, Gefahrenabwehr 1999, S. 117 f. zu Recht hin.

898 *Darnstädt*, Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge 1983, S. 55; *Poscher*, Gefahrenabwehr 1999, S. 116 f.; siehe auch *Hwang*, Der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Wirksamkeit der Kündigung des Arbeitgebers 1988, S. 14.

899 Mit diesem eingängigen Beispiel *Poscher*, Gefahrenabwehr 1999, S. 114.

900 Anders nur in der Sonderkonstellation des Verlustes relevanten Wissens.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

am spätestmöglichen Prognosezeitpunkt[901], während der Grundsatz der Rechtssicherheit stattdessen mitunter die Festlegung auf einen früheren Zeitpunkt nahelegen kann.

Vom (prozess-)rechtlichen Standpunkt aus betrachtet zieht die Festlegung des Wissenshorizonts in zeitlicher Hinsicht zusätzliche Konsequenzen nach sich. Sie beeinflusst zum einen in ganz erheblichem Maße die Verteilung des „Zukunftsrisikos", das in der Praxis nur allzu häufig dem Risiko eines gerichtlichen Prozesses entsprechen wird. Das Hinauszögern des maßgeblichen Prognosezeitpunkts nämlich weist das Risiko von Veränderungen der Prognosegrundlage (mit der möglichen Folge, dass der maßgebliche Wahrscheinlichkeitsgrad nicht mehr erreicht wird) stets derjenigen Vertragspartei zu, die sich zunächst zu ihren Gunsten auf das Ergebnis einer (früheren) Prognose berufen konnte.[902] Besonders plastisch lässt sich diese Risikozuweisung am Beispiel des Kündigungsschutzprozesses im Arbeitsrecht illustrieren: Ergibt eine den zuvor dargestellten Anforderungen entsprechende Prognose zum Kündigungszeitpunkt zunächst die ausreichende Wahrscheinlichkeit zukünftiger Störungen des Arbeitsverhältnisses, so wird der Arbeitgeber einer gegen diese Kündigung angestrengten Klage zunächst mit Zuversicht entgegentreten. Verlagert man den Prognosezeitpunkt jedoch nach hinten, so können sich die tatsächlichen Umstände in einer Weise ändern, die die Wahrscheinlichkeit zukünftiger Beeinträchtigungen während des laufenden Gerichtsverfahrens unter den erforderlichen Wahrscheinlichkeitsgrad fallen lässt oder gar völlig ausschließt, sodass der Arbeitgeber den Prozess zuletzt doch zu verlieren droht. Andersherum erscheint auch denkbar, dass sich das Erreichen des maßgeblichen Wahrscheinlichkeitsgrads erst aus neuen Umständen im Laufe des Kündigungsschutzprozesses ergibt, sodass der zunächst siegesgewisse Arbeitnehmer vor Gericht letztlich doch unterliegt.[903]

Zum anderen stellt sich der Prognosezeitpunkt bei Lichte betrachtet als entscheidende Stellschraube für die Differenzierung zwischen originären Gerichtsprognosen und der (bloßen) gerichtlichen Kontrolle von Prognoseentscheidungen dar. Verlagert man nämlich den maßgeblichen Prognose-

901 Ähnlich in der Analyse *Frey*, AuR 1955, 140, 143.

902 Auf die „gerechte" Verteilung der Prozessrisiken weisen auch *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 342 f.; *Honstetter*, Prognoseentscheidung 1994, S. 128 f.; *Feuerborn*, Sachliche Gründe 2003, S. 238 f. hin.

903 Nicht zu Unrecht sprechen *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 340 und *Feuerborn*, Sachliche Gründe 2003, S. 238 in diesem Zusammenahang daher von einem drohenden „Lotteriespiel".

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

zeitpunkt auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung im Prozess und bedenkt zusätzlich, dass der objektiv-ideale Beobachter von den subjektiven Beschränkungen der prognostizierenden Vertragspartei befreit ist, so geht die tatbestandsrelevante Prognose letztlich vom erkennenden Gericht selbst aus. Wird dagegen ein früherer Zeitpunkt zugrunde gelegt, so haben die Richter sich in den objektiven Beobachter zum fraglichen Prognosezeitpunkt „hineinzuversetzen" und dessen Prognose auf die Erfüllung der erarbeiteten Anforderungen hin zu überprüfen.

b) Betrachtung ex-ante und ex-post

Nicht selten wird im Hinblick auf den maßgeblichen Prognosezeitpunkt zwischen einer Betrachtung des Sachverhalts ex-ante und ex-post unterschieden.[904] Der Gebrauch dieser Begriffe ist – so vertraut sie dem Rechtsanwender auch erscheinen mögen – keineswegs unproblematisch und bedarf daher einer näheren Erläuterung. Unter einer ex-ante-Betrachtung wird dabei die Beurteilung eines Sachverhalts „aus früherer Sicht" verstanden, während bei einer ex-post-Betrachtung („aus nachträglicher Sicht") auch „spätere" Geschehnisse zu berücksichtigen sein sollen.[905] Zur Konkretisierung des Prognosezeitpunkts trägt eine solche Abgrenzung aufgrund der Vagheit der verwendeten Begriffe („früher"/„später") freilich nur äußerst begrenzt bei.

Typischerweise bezieht sich eine ex-ante-Betrachtung dabei auf einen Zeitpunkt vor, eine ex-post-Betrachtung dagegen auf einen Zeitpunkt nach Eintritt (bzw. endgültigem Nichteintritt) des jeweiligen Prognoseereignisses. Exemplarisch übertragen auf die Konstellation eines Kündigungsschutzprozesses im Arbeitsrecht könnte danach von einer ex-post-Betrachtung nur dann die Rede sein, wenn die gerichtliche Entscheidung zu einem Zeitpunkt nach dem Eintritt des Prognoseereignisses (beispielsweise der endgültigen Stilllegung eines Betriebs) erfolgt. Eine derart verstandene ex-post-Perspektive eignet sich ersichtlich nicht als Ausgangspunkt einer Prognose, sondern kann allein im Rahmen einer (gerichtlichen) „Wirklich-

904 Siehe statt vieler *Feuerborn*, Sachliche Gründe 2003, S. 238 (für das Kündigungsschutzrecht); APS/*Backhaus*, § 14 TzBfG Rn. 55 (für das Befristungsrecht).

905 *Köbler*, in: Arloth/Tilch (Hrsg.), Deutsches Rechts-Lexikon 2001, Ex ante; *ders.*, in: Arloth/Tilch (Hrsg.), Deutsches Rechts-Lexikon 2001, Ex post.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

keitskontrolle“[906] Bedeutung erlangen: Wer weiß, ob das Prognoseereignis eingetreten ist oder nicht, der prognostiziert nicht (mehr), sondern gleicht allenfalls eine (frühere) Prognose mit der tatsächlich eingetretenen Entwicklung ab.[907] Fraglich bleibt dann allein, inwieweit der tatsächliche Eintritt oder Nichteintritt des Prognoseereignisses auf die Rechtmäßigkeit der ursprünglichen Prognose zurückwirkt.

Häufig wird der Begriff der „ex-post-Kontrolle“ jedoch auch in Konstellationen verwendet, in denen die (gerichtliche) Beurteilung nach dem „erstmöglichen“ Beurteilungszeitpunkt, jedoch noch vor dem Eintritt (bzw. endgültigen Nichteintritt) des Prognoseereignisses erfolgt.[908] Die Frage, ob eine langanhaltende Krankheit in absehbarer Zeit ausheilen wird beispielsweise kann mitunter bis zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz offenbleiben, sodass eine ex-post-Betrachtung in obigem (engen) Sinne ausscheidet. In derartigen Situationen kann die ursprüngliche (ex-ante-)Prognose zwangsläufig nur durch eine „neuere“ Prognose ersetzt werden, sodass tatsächlich mehrere Anknüpfungspunkte zur Bestimmung des *Prognose*zeitpunkts zur Verfügung stehen. Gleichwohl erscheint es populär, für den früheren Zeitpunkt der Kündigungserklärung den Begriff der ex-ante- und für den späteren Zeitpunkt der gerichtlichen Verhandlung denjenigen der ex-post-Betrachtung zu verwenden. Die beiden Begriffe weisen bei diesem Verständnis letztlich nicht mehr als die Relation zweier Zeitpunkte (ohne den Fixpunkt des Prognoseereignisses) aus – ob man den späteren tatsächlich mit dem zumindest missverständlichen Etikett der ex-post-Betrachtung versehen möchte, bleibt letztlich eine rein terminologische Frage.

c) Stand der Diskussion in ausgewählten Regelungskonstellationen

Wenig überraschend ist eine übergreifende Diskussion zum Prognosezeitpunkt bei Prognosen im vertraglichen Dauerschuldverhältnis bis dato nicht auszumachen. Ob die Frage nach dem maßgeblichen Prognosezeitpunkt

906 Der häufig verwendete Begriff der „Prognosekontrolle“ passt in diesem Kontext streng genommen nicht: Betrachtet wird letztlich nicht die Prognose, sondern die (spätere) Wirklichkeit höchstselbst.

907 Daher ist die Redeweise von einer „Ex-post-Prognose“ als *contradictio in adiecto* unzulässig, vgl. *Lepke*, Kündigung bei Krankheit, 16. Aufl. 2018, Rn. 145; *Honstetter*, Prognoseentscheidung 1994, S. 134; *Poscher*, Gefahrenabwehr 1999, S. 115.

908 In dieser Weise beispielsweise *Feuerborn*, Sachliche Gründe 2003, S. 238.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dennoch verallgemeinerungsfähige Antworten zulässt, lässt sich daher allein durch eine eigene Betrachtung nach Analyse der Rechtsdiskussion in einzelnen Regelungskonstellationen beurteilen.

aa) Kündigungsrecht

(1) Arbeitsrechtliche Diskussion

Besonders kontrovers diskutiert wird auch diese Frage im arbeitsrechtlichen Kündigungsrecht, wo vor allem drei unterschiedliche Möglichkeiten zur Bestimmung des maßgeblichen Beurteilungszeitpunktes in Erwägung gezogen werden. Weil die anzustellende Prognose hier originärer Bestandteil des Kündigungsgrundes ist, deckt sich die Diskussion mit derjenigen zum Beurteilungszeitpunkt arbeitgeberseitiger Kündigungen überhaupt.[909] Während Teile der Literatur hierfür auf den Zeitpunkt des Ablaufs der Kündigungsfrist[910] oder gar auf den Schluss der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz abstellen[911], spricht sich die ganz überwiegende Auffassung stattdessen für den Zeitpunkt der Kündigung – genauer: den Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung[912] – und damit die frühestmögliche aller Optionen aus.[913]

909 *Ders.*, Sachliche Gründe 2003, S. 237; *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 339.

910 *Hwang*, Der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Wirksamkeit der Kündigung des Arbeitgebers 1988, S. 129 ff.; *Henckel*, ZGR 1984, 225, 237; für Änderungen zugunsten des Arbeitnehmers auch *Gamillscheg*, AcP 164 (1964), 385, 393 f. und *ders.*, Arbeitsrecht I, 8. Aufl. 2000, S. 613 f.; für die betriebsbedingte Kündigung ebenso *Frey*, AuR 1955, 140, 142; *ders.*, AuR 1956, 159, 160.

911 *Kittner*, EzA Nr. 27 zu § 1 KSchG Krankheit, 15, 16; *Otto*, EzA Nr. 10 zu § 1 KSchG Krankheit; *Denck*, SAE 1984, 209, 211; *Schwerdtner*, BlStSozArbR 1981, 145, 152; *ders.*, ZIP 1984, 10, 12 insbesondere für die betriebsbedingte Kündigung; offen auch *Grunsky*, ZfA 1977, 167, 171 f.; *Sieg*, SAE 1984, 26, 27.

912 Lediglich vereinzelt wurde früher von *Herschel*, Anm. zu BAG AP Nr. 39 zu § 1 KSchG; *ders.*, Anm. zu BAG AP Nr. 1 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung und *Coen*, AuR 1984, 319 ein Abstellen auf die Abgabe der Kündigungserklärung befürwortet, eine Ansicht indes, der vor allem § 130 Abs. 1 BGB entgegensteht; dagegen daher zu Recht *Hwang*, Der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Wirksamkeit der Kündigung des Arbeitgebers 1988, S. 83; *Honstetter*, Prognoseentscheidung 1994, S. 123 Fn. 490.

913 *Honstetter*, Prognoseentscheidung 1994, S. 123 ff.; *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 339 ff.; *Feuerborn*, Sachliche Gründe 2003, S. 237 ff.; *Nicklaus*, Das Prognoseprinzip im arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzrecht 2012, S. 29; *Stein-*

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Auffassung der höchstrichterlichen Rechtsprechung mutet zwar auf den ersten Blick recht klar an („Maßgebliche Beurteilungsgrundlage für die Rechtmäßigkeit einer Kündigung sind die objektiven Verhältnisse im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung“[914]), mäandert bei näherer Betrachtung jedoch erheblich.[915]

Exemplarisch für die wenig konsequente Vorgehensweise des BAG steht dabei die Rechtsprechungswende betreffend die Prognose künftiger Fehlzeiten im Rahmen krankheitsbedingter Kündigungen.[916] Wollte der Zweite Senat die tatsächliche Entwicklung einer Krankheit bis zum Ende der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz zwischenzeitlich zur Bestätigung oder Korrektur von Prognosen heranziehen[917], gaben die Richter diese Auffassung auch auf Druck des Siebten Senats später wieder auf.[918] In jüngerer Zeit ruft vor allem der zuweilen auftauchende Hinweis auf die Berücksichtigungsfähigkeit der tatsächlichen Entwicklung nach Zu-

---

acker, Der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers 2017, S. 92 f.; *Loth*, Prognoseprinzip im befristeten Arbeitsverhältnis 2015, S. 101 f.; *Elz*, Wiedereinstellungsanspruch 2002, S. 28; *Lepke*, Kündigung bei Krankheit, 16. Aufl. 2018, Rn. 142 ff.; ErfK/*Oetker*, § 1 KSchG Rn. 91 f.; *Krause*, in: Linck/Krause/Bayreuther (Hrsg.), Kündigungsschutzgesetz 2019, § 1 KSchG Rn. 226; KR/*Rachor*, § 1 KSchG 248 ff.; HK-KSchG/*Dorndorf*, § 1 KSchG Rn. 300 f.; MüKo-BGB/*Hergenröder*, § 1 KSchG Rn. 81; BeckOK-ArbR/*Rolfs*, § 1 KSchG Rn. 74; *Pfeiffer*, in: Gallner/Mestwerdt/Nägele u.a. (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht 2021, § 1 KSchG Rn. 184; *Greiner*, in: Boecken/Düwell/Diller u.a. (Hrsg.), Gesamtes Arbeitsrecht 2016, § 1 KSchG Rn. 241; BeckOK-ArbR/*Stoffels*, § 626 BGB Rn. 51; *Kaiser*, ZfA 2000, 205, 211; *Vom Stein*, Fehleinschätzungen bei der Kündigung von Arbeitsverhältnissen 1989, S. 86; *ders*., RdA 1991, 85, 86.

914 BAG 24.03.2011 – 2 AZR 790/09, AP Nr. 33 zu § 1 KSchG 1969 Personenbedingte Kündigung; BAG 25.11.2010 – 2 AZR 984/08, AP Nr. 32 zu § 1 KSchG 1969 Personenbedingte Kündigung; ähnlich für die betriebsbedingte Kündigung BAG 09.09.2010 – 2 AZR 493/09, AP Nr. 185 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; BAG 10.10.1996 – 2 AZR 477/95, AP Nr. 81 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; für die verhaltensbedingte Kündigung BAG 10.06.2010 – 2 AZR 541/09, AP Nr. 229 zu § 626 BGB.

915 Ähnlich in der Beurteilung der BAG-Rechtsprechung zum Nachtatverhalten bei der verhaltensbedingten Kündigung *Husemann*, RdA 2016, 30, 34; weniger skeptisch *Steinacker*, Der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers 2017, S. 68 f. („Endgültig gefestigt“).

916 Hierzu auch *Steinacker*, Der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers 2017, S. 69 ff.

917 BAG 10.11.1983 – 2 AZR 291/82, AP Nr. 11 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit.

918 BAG 29.04.1999 – 2 AZR 431/98, AP Nr. 36 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit unter Verweis auf BAG 15.08.1984 – 7 AZR 536/82, AP Nr. 16 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

gang der Kündigungserklärung „in eng begrenzten Ausnahmefällen“[919] Klärungsbedarf hervor. Insbesondere wenn der Dritte Senat im Hinblick auf einer verhaltensbedingte Kündigung formuliert, durch gleichartige Pflichtverstöße nach Beginn des Kündigungsschutzprozesses könne die „für die Kündigung maßgebliche Wiederholungsgefahr bestätigt werden“[920], steht der Sache nach auch hier eine Verschiebung des Beurteilungszeitpunktes auf die letzte mündliche Verhandlung in der Tatsacheninstanz in Rede. Die befürwortete Beschränkung auf solche Entwicklungen, die den Kündigungsgrund „in einem neuen Licht erscheinen“ lassen[921], lässt den Rechtsanwender ebenfalls weitgehend ratlos zurück. Sofern das Gericht mit dieser Wendung lediglich zum Ausdruck bringen möchte, dass auch im Kündigungszeitpunkt bereits bestehende, aber erst später *bekannt werdende* Sachverhalte im Prozess zu berücksichtigen sind, hätte sich zumindest eine weniger missverständliche Formulierung angeboten.[922]

Die vom BAG im Kontext betriebsbedingter Kündigungen gebilligte Berücksichtigung späterer Entwicklungen im Rahmen der Darlegungs- und Beweislast dagegen führt in der Sache nicht zu einer Verschiebung des Prognosezeitpunkts[923] und soll daher an anderer Stelle näher thematisiert werden.

Der Streit um den richtigen Beurteilungszeitpunkt ist mit Blick auf seine (potenziellen) Auswirkungen auf die kündigungsrechtliche Prognosesystematik mitnichten rein akademischer Natur, sondern zeitigt ganz im Gegenteil beträchtliche (praktische) Konsequenzen. Während bei einem Abstellen auf den Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung im Kündigungsschutzprozess eine „echte Prognosekontrolle“ – die Betrachtung des Sachverhalts aus der (objektivierten) Perspektive des Kündigenden – in Rede stünde, wandelte sich die Rolle des Gerichtes bei der Zugrundelegung eines

919 BAG 24.03.2011 – 2 AZR 790/09, AP Nr. 33 zu § 1 KSchG 1969 Personenbedingte Kündigung; BAG 25.11.2010 – 2 AZR 984/08, AP Nr. 32 zu § 1 KSchG 1969 Personenbedingte Kündigung.

920 BAG 28.07.2009 – 3 AZN 224/09, NZA 2009, 859, 860.

921 BAG 10.06.2010 – 2 AZR 541/09, AP Nr. 229 zu § 626 BGB.

922 Klarer sind entsprechende Formulierungen zuweilen mit Blick auf die krankheitsbedingte Kündigung, vgl. BAG 15.08.1984 – 7 AZR 536/82, AP Nr. 16 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit („Fälle einer durch die weitere tatsächl. Entwicklung zu Tage getretenen Fehleinschätzung der *schon im Kündigungszeitpunkt vorhanden gewesenen* [Hervorh. durch Verfasser] gesundheitl. Konstitution des gekündigten Arbeitnehmers“).

923 So zu Recht auch *Elz*, Wiedereinstellungsanspruch 2002, S. 23.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

späteren Beurteilungszeitpunkts wesentlich[924]: Ist das Prognoseereignis in der Zwischenzeit weder eingetreten noch endgültig ausgeblieben, so hätte das Gericht für den zugrunde gelegten Zeitpunkt schlicht eine „neue" Prognose zu erstellen, die an die Stelle der Prognose des Kündigenden träte. Bezöge man eine solche Beurteilung auf den Schluss der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz, so erschiene es vor diesem Hintergrund gar gerechtfertigt, von einer „originären Gerichtsprognose" zu sprechen. Hat das Prognoseereignis dagegen schon stattgefunden, so erübrigten sich jedwede prognostischen Erwägungen und dem Gericht verbliebe allein die Möglichkeit einer Betrachtung der tatsächlichen Entwicklung. Konsequente Folge eines solchen Vorgehens (das typischerweise im Kontext von arbeitgeberbegünstigenden Veränderungsprognosen virulent wird[925]) wäre die faktische Verabschiedung des Prognoseprinzips „durch die Hintertür".[926] Denklogisch vorgegeben ist der Beurteilungszeitpunkt arbeitgeberseitiger Kündigungen durch derartige Erwägungen freilich noch nicht.[927]

Für den Ablauf der Kündigungsfrist als maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt wird ins Felde geführt, die Kündigung entfalte ihre Wirkung erst mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses und weise insofern einen „aufgeteilten Tatbestand" auf.[928] Dementsprechend müsse auch für die Beurteilung des Kündigungsgrundes auf denjenigen Zeitpunkt abgestellt werden, zu dem die Kündigung ihre Gestaltungswirkung erst vollständig entfalte. Es erscheine zudem „anstößig"[929], „wirklichkeitsfremd"[930] oder „nicht ver-

924 Vgl. auch *Gentges*, Prognoseprobleme im Kündigungsschutzrecht 1995, S. 97, der in diesem Zusammenhang von einer möglichen „Verschiebung der Entscheidungskompetenz" spricht.

925 Hier nämlich bezieht sich die Prognose auf den Zeitpunkt des Ablaufs der Kündigungsfrist. Ist das Prognoseereignis (der Wegfall des Arbeitsplatzes, die Haftstrafe des Arbeitnehmers) bis zu diesem Zeitpunkt nicht eingetreten, so erübrigt sich eine weitere Prognose.

926 Ähnlich *Ricken*, NZA 1998, 460, 463.

927 *Belling*, RdA 1996, 223, 236 f.; *Kaiser*, ZfA 2000, 205, 209; *Steinacker*, Der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers 2017, S. 68 ff.; a. A. offenbar *Krause*, in: Linck/Krause/Bayreuther (Hrsg.), Kündigungsschutzgesetz 2019, § 1 KSchG Rn. 226.

928 *Hwang*, Der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Wirksamkeit der Kündigung des Arbeitgebers 1988, S. 130; *Henckel*, ZGR 1984, 225, 237; wohl auch LAG Mannheim 10.01.1952 – Sa 79/51, DB 1952, 292.

929 *Gamillscheg*, AcP 164 (1964), 385, 393.

930 *Ders.*, Arbeitsrecht I, 8. Aufl. 2000, S. 613.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

ständlich“[931], wenn ein Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz verlöre, obwohl sich die kündigungsrechtliche Negativprognose noch vor der endgültigen Lösung der Vertragsbeziehung als „falsch“ herausstelle. Auch die bis zu diesem Termin fortbestehende Fürsorgepflicht des Arbeitgebers rechtfertige in derlei Konstellationen ein Abstellen auf den Zeitpunkt des Ablaufs der Kündigungsfrist.[932] De lege ferenda wird aus diesem Grunde teils auch die Anerkennung „bedingter Kündigungen“ befürwortet.[933]

Auch die Verfechter einer Berücksichtigung der tatsächlichen Entwicklungen bis zum Ende der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz berufen sich bei Lichte betrachtet vor allem auf Billigkeitserwägungen: Es könne nicht angehen, dass die entscheidenden Gerichte „sehenden Auges“ Urteile fällen müssten, die aufgrund einer „Falsifizierung“ der ursprünglichen Prognose „schlichtweg falsch“ seien.[934] Entsprechend judizierte auch das BAG selbst vor der erläuterten Rechtsprechungswende zur krankheitsbedingten Kündigung, es sei „sachl(ich) unvertretbar und für die Parteien nicht einsehbar, wenn sie aufgrund einer ärztl(ichen) Prognose den Prozeß verlören, die im Widerspruch zur tatsächl(ichen) späteren gesundheitl(ichen) Entwicklung des Arbeitnehmers stünde“[935] – Ausführungen, die seinerzeit durchaus auch auf fruchtbaren Boden fielen.[936] Besonders einleuchtend erscheint ein solches Ergebnis, wenn man mit einem Teil der Literatur davon ausgeht, Streitgegenstand eines Kündigungsschutzprozesses sei der Bestand des Arbeitsverhältnisses ohne Rücksicht auf eine bestimmte Kündigung oder auch nur einen bestimmten Beendigungstermin.[937] Dann nämlich fiele es leicht, die Prognose zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz zu „erneuern“

931 *Hwang*, Der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Wirksamkeit der Kündigung des Arbeitgebers 1988, S. 129.

932 *Ders.*, Der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Wirksamkeit der Kündigung des Arbeitgebers 1988, S. 129 f.; ähnlich wohl auch *Frey*, AuR 1955, 140, 143, der im Übrigen vor allem vom Streitgegenstandsbegriff her argumentiert.

933 *Adam*, DZWir 1997, 522 ff.; *ders.*, ZTR 1999, 113, 114.

934 *Kittner*, EzA Nr. 27 zu § 1 KSchG Krankheit, 15, 16; *Denck*, SAE 1984, 209, 210 spricht von „Fehlurteilen“; in ähnlicher Weise drückt auch *Otto*, EzA Nr. 10 zu § 1 KSchG Krankheit sein Unverständnis für die zu befürchtenden Ergebnisse aus.

935 BAG 10.11.1983 – 2 AZR 291/82, AP Nr. 11 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit.

936 *Denck*, SAE 1984, 209, 210.

937 Speziell im hiesigen Kontext *ders.*, SAE 1984, 209, 211; *Sieg*, SAE 1984, 26, 27; allgemeiner für eine derartige Konturierung des Streitgegenstandes *Bötticher*, RdA 1951, 81 ff.; *ders.*, BB 1959, 1032 ff.; *Lüke*, JZ 1960, 203, 205; *Zeuner*, MDR 1956, 257, 257 ff.; *Güntner*, AuR 1974, 97, 111.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

oder – sofern das Prognoseereignis bereits eingetreten oder endgültig ausgeblieben ist – gar allein die nunmehr bereits beobachtete Entwicklung (der Krankheit, der Auftragslage o. ä.) in den Blick zu nehmen.[938] Im Übrigen ergebe sich auch aus einem Vergleich mit dem Verwaltungsrecht, dass eine Berücksichtigung späterer Entwicklungen ursprünglich rechtmäßige Rechtsakte (hier Verwaltungsakte, dort die Kündigung) fehlerhaft werden lassen könne.[939]

Zustimmung verdient indes die Auffassung derjenigen, die den zeitlichen Bezugspunkt der kündigungsrechtlichen Prognose im Zugang der Kündigungserklärung verorten.[940] Hierfür werden zunächst nicht selten Argumente der Prozessgerechtigkeit fruchtbar gemacht.[941] Die Berücksichtigung von Entwicklungen, die dem Zugang der Kündigung zeitlich nachfolgten, ließe die Kündigungsschutzklage „endgültig zum Lotteriespiel"[942] verkommen. Dass die Festlegung des maßgeblichen Beurteilungszeitpunktes einen erheblichen Einfluss auf die Verteilung der Prozessrisiken zeitigt, wurde schon bei der Darlegung der Bedeutung des Prognosezeitpunkts deutlich herausgestellt.[943] Ließe man einen späteren Prognosezeitpunkt als den Zugang der Kündigungserklärung zu[944], so wäre es den Parteien auch unter Kenntnis sämtlicher relevanter Tatsachen in der Tat unmöglich, die Erfolgschancen eines Prozesses zum Zeitpunkt der Rechtshängigkeit der Kündigungsschutzklage verlässlich zu beurteilen.[945] Hielte man die letzte mündliche Verhandlung in der Tatsacheninstanz für den maßgeblichen

938 Offen dafür *Sieg*, SAE 1984, 26, 27; *Denck*, SAE 1984, 209, 211.

939 *Grunsky*, ZfA 1977, 167, 171; gegen eine Übertragbarkeit der Problematik indes zu Recht *Vom Stein*, Fehleinschätzungen bei der Kündigung von Arbeitsverhältnissen 1989, S. 89.

940 Nachweise oben Fn. 913913.

941 *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 341 ff.; *Lepke*, Kündigung bei Krankheit, 16. Aufl. 2018, Rn. 145; *Honstetter*, Prognoseentscheidung 1994, S. 128 f.; *Feuerborn*, Sachliche Gründe 2003, S. 239.

942 *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 340.

943 Siehe oben D. IV. 5. a) .

944 Gleichgültig ist es im Hinblick auf diesen Argumentationsstrang, ob man auf den Ablauf der Kündigungsfrist oder den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz abstellt – § 4 S.1 KSchG wird den Arbeitnehmer regelmäßig dazu drängen, über die Erhebung einer Klage zeutlich vor beiden genannten Zeitpunkten zu entscheiden.

945 Ähnlich *Honstetter*, Prognoseentscheidung 1994, S. 127; *Liebig*, Die Krankheit des Arbeitnehmers als Kündigungsgrund 1988, S. 78; vgl. auch BAG 15.08.1984 – 7 AZR 536/82, AP Nr. 16 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; BAG 29.04.1999 – 2 AZR 431/98, AP Nr. 36 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Beurteilungszeitpunkt, so hingen die Erfolgsaussichten der Prozessparteien im Ergebnis gar von der mehr oder minder zufälligen – und nicht selten langen – Dauer des Kündigungsschutzprozesses ab.[946] Im Dienste der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit lässt sich derartigen Risiken allein durch ein Abstellen auf den Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung wirksam begegnen.[947] Hinzu kommen überzeugende systematische Erwägungen, die insbesondere die kurze Klagefrist des § 4 S. 1 (i. V. m. § 7) KSchG in den Fokus der Betrachtung rücken: Zwingt diese Vorschrift den Arbeitnehmer anknüpfend an den Zugang der Kündigungserklärung zu einer raschen Entscheidung über eine Klageerhebung, so spricht vieles dafür, dass auch die Wirksamkeit der Kündigung bereits zu diesem Zeitpunkt feststellbar sein muss.[948] Ob und in welcher Weise sich die Festlegung eines bestimmten Beurteilungszeitpunkts womöglich auch auf die tatsächliche Klagebereitschaft der Arbeitnehmer auswirkt[949], bleibt dagegen Spekulation und darf die Entscheidungsfindung in dieser Streitfrage ohnehin nicht entscheidend beeinflussen.

Aus systematischer Sicht verdient darüber hinaus die Vorschrift des § 9 Abs. 1 S. 3 KSchG Beachtung, die es ermöglicht, nachträglich eintretende Umstände – auch sofern sie mit dem (erfolglosen) Kündigungsgrund in

946 *Honstetter*, Prognoseentscheidung 1994, S. 127 f.; *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 340; *Adam*, DZWir 1997, 522, 523; hingewiesen sei an dieser Stelle auch auf die systemfremde Konsequenz, dass in diesem Falle die materiell-rechtliche Wirksamkeit einer Kündigung letztlich von einem prozessrechtlich bestimmten Zeitpunkt abhinge, vgl. *Hwang*, Der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Wirksamkeit der Kündigung des Arbeitgebers 1988, S. 132.

947 *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 341 ff.; auf die Bedeutung von „Rechtssicherheit, Verläßlichkeit und Klarheit" stellt auch das BAG in ständiger Rechtsprechung ab, vgl. BAG 27.02.1997 – 2 AZR 160/96, AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Wiedereinstellung; BAG 04.12.1997 – 2 AZR 140/97, AP Nr. 4 zu § 1 KSchG 1969 Wiedereinstellung; BAG 28.06.2000 – 7 AZR 904/98, AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Wiedereinstellung.

948 So auch *Raab*, RdA 2000, 147, 152; *Steinacker*, Der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers 2017, S. 91; *Adam*, ZTR 1999, 113; *Liebig*, Die Krankheit des Arbeitnehmers als Kündigungsgrund 1988, S. 77 f.; ähnlich *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 341.

949 *Hwang*, Der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Wirksamkeit der Kündigung des Arbeitgebers 1988, S. 131 f. hält bei einer Verlagerung des Beurteilungszeitpunkts auf die letzte mündliche Verhandlung in der Tatsacheninstanz eine Zunahme von Kündigungsschutzverfahren für wahrscheinlich; gegenteilig beurteilen dagegen *Denck*, SAE 1984, 209, 210; *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 341 und *Honstetter*, Prognoseentscheidung 1994, S. 131 die Folgen der schwierigeren Abschätzung der Erfolgsaussichten im Prozess.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

enger Verbindung stehen[950] – bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz zum Gegenstand eines Auflösungsantrags zu machen. Auch wenn diese Regelung allein nicht den logischen Umkehrschluss gestattet, dass spätere Entwicklungen nicht auch Einfluss auf die Wirksamkeit der ursprünglichen Kündigung nehmen können, so deutet sie doch immerhin in diese Richtung.[951]

Den Kritikern einer Anknüpfung an den Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung ist indes zuzugeben, dass dem Richter die Billigung einer aus der Perspektive des Kündigungszeitpunkts erstellten Prognose im Falle einer „abweichenden" tatsächlichen Entwicklung in der Praxis durchaus schwerfallen dürfte.[952] Angesprochen ist hiermit das kognitionspsychologische Phänomen des so genannten Rückschaufehlers (*hindsight bias*), wonach Menschen dazu neigen, die (ex-ante-)Wahrscheinlichkeit inzwischen bereits eingetretener Entwicklungen im Nachhinein zu überschätzen.[953] Gleichwohl kann es mitnichten als kündigungsschutzrechtliche Besonderheit gelten, dass Gerichte die Wahrscheinlichkeit zurückliegender Ereignisse unter dem Eindruck der tatsächlichen Entwicklung beurteilen müssen. Auch bei der Prüfung von Fahrlässigkeitstatbeständen beispielsweise bildet das Merkmal der „Vorhersehbarkeit" einen elementaren Bestandteil des richterlichen Prüfprogramms.[954] Im Übrigen – man denke nur an die Unverwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess[955] – mutet es die Rechtsordnung den Gerichten an anderer Stelle durchaus zu, sehenden Auges „gegen ihre bessere Einsicht" zu entscheiden.[956] Bedenkt man darüber hinaus, dass die Prognose als bloße Wahrscheinlichkeitsaussage durch den Eintritt einer bestimmten Entwicklung technisch betrachtet gar nicht „falsifiziert" werden kann, so vermag

950 Siehe in neuerer Zeit insbesondere BAG 24.05.2018 – 2 AZR 73/18, AP Nr. 72 zu § 9 KSchG 1969.

951 Ähnlich schon LAG Mannheim 10.01.1952 – Sa 79/51, DB 1952, 292 zur Vorgängernorm des § 7 KSchG 1951; vgl. auch *Wiesenecker*, BB 2018, 2932, 2934 („Kündigungs- und Auflösungsgrund unterscheiden sich in Beurteilungszeitpunkt und in Beurteilungsmaßstab").

952 Hierauf weist vor allem *Denck*, SAE 1984, 209, 210 hin; auch *Hwang*, Der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Wirksamkeit der Kündigung des Arbeitgebers 1988, S. 104.

953 *Kirchler/Stark*, in: Wirtz (Hrsg.), Dorsch - Lexikon der Psychologie 2020, Rückschaufehler.

954 Vgl. nur MüKo-BGB/*Grundmann*, § 276 BGB Rn. 70.

955 Ausführlich zur Diskussion beispielsweise *Kiethe*, MDR 2005, 965 ff.; Stein/Jonas/*Thole*, § 286 ZPO Rn. 40 ff.; Thomas/Putzo/*Seiler*, § 286 ZPO Rn. 7 f.

956 *Schreiber*, SAE 1986, 74, 75.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

allein die theoretische Möglichkeit einer prozessualen Fehlbewertung eine Verschiebung des materiell-rechtlichen Prognosezeitpunkts nicht zu rechtfertigen.

Letztlich entscheidende Bedeutung kommt jedoch dem Charakter der Kündigung als einseitiges Gestaltungsrecht zu.[957] Diese rührt zunächst daher, dass sich die insbesondere bei der verhaltensbedingten Kündigung durch die Berücksichtigung späterer Entwicklungen vermittelte Möglichkeit des Arbeitnehmers, nach Zugang der Kündigungserklärung Einfluss auf die Wirksamkeit der Kündigung zu nehmen, nicht mit dem einseitigen Charakter dieses Rechtsgeschäfts verträgt.[958] Darüber hinaus verbietet auch der konsumtive Charakter von Gestaltungsrechten, die Wirksamkeit derartiger Erklärungen an Voraussetzungen zu knüpfen, die erst nach ihrem Zugangszeitpunkt tatsächlich eintreten.[959] Ausschlaggebend ist zuletzt der Grundsatz der Bedingungsfeindlichkeit von Gestaltungsrechten, der sich aus dem Bedürfnis nach Rechtsklarheit und Rechtssicherheit speist und richtigerweise auch im Kontext arbeitsrechtlicher Kündigungen Beachtung verdient.[960] Gerade diesem Grundsatz liefe indes die Verknüpfung der Wirksamkeit einer Kündigung mit dem Fortbestand eines unveränderten Prognoseergebnisses evident zuwider[961], zeigen doch die Ergebnisse der bisherigen Untersuchung nur allzu deutlich, dass sich der Eintritt oder Nichteintritt des Prognoseereignisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist

957 BAG 28.06.2000 – 7 AZR 904/98, AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Wiedereinstellung; *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 344 f.; *Steinacker*, Der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers 2017, S. 77 ff.; *Kaiser*, ZfA 2000, 205, 211 ff.; *Honstetter*, Prognoseentscheidung 1994, S. 131 f.; *Elz*, Wiedereinstellungsanspruch 2002, S. 23 f.; *Boewer*, NZA 1999, 1121, 1124 f.; *Vom Stein*, Fehleinschätzungen bei der Kündigung von Arbeitsverhältnissen 1989, S. 86; *Husemann*, RdA 2016, 30, 37; *Walker*, SAE 1998, 103, 104.

958 *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 345; *Honstetter*, Prognoseentscheidung 1994, S. 131 f.

959 *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 344; *Boewer*, NZA 1999, 1121, 1124.

960 Ausführlich hierzu *Gentges*, Prognoseprobleme im Kündigungsschutzrecht 1995, S. 311 ff.; *Kaiser*, ZfA 2000, 205, 211 f.; für die Zulassung bedingter Kündigungen de lege ferenda *Adam*, DZWir 1997, 522 ff.; *ders.*, ZTR 1999, 113, 114.

961 So auch *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 345; *Kaiser*, ZfA 2000, 205, 211 f.; *Honstetter*, Prognoseentscheidung 1994, S. 132; *Steinacker*, Der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers 2017, S. 78 ff.; *Elz*, Wiedereinstellungsanspruch 2002, S. 24; *Boewer*, NZA 1999, 1121, 1124 f.; *Nicolai/Noack*, ZfA 2000, 87, 90; *Nicklaus*, Das Prognoseprinzip im arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzrecht 2012, S. 28; *Vom Stein*, Fehleinschätzungen bei der Kündigung von Arbeitsverhältnissen 1989, S. 87.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

oder gar bis zum Abschluss des Kündigungsschutzprozesses ganz zwanglos als „zukünftiges, ungewisses Ereignis“[962] begreifen lässt.[963]

Zuletzt sei darauf hingewiesen, dass dem Kündigungsschutzprozess entgegen vereinzelt geäußerter Auffassung auch kein „bestandsrechtlicher Streitgegenstandsbegriff“[964] zugrunde liegt. Streitgegenstand der Kündigungsschutzklage ist demnach nicht der Bestand des Arbeitsverhältnisses zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung[965], sondern die Frage, ob das Arbeitsverhältnis durch eine ganz bestimmte Kündigung zu einem bestimmten Zeitpunkt beendet wurde.[966] Allein dieser (erweiterte[967]) punktuelle Streitgegenstandsbegriff entspricht der Systematik und dem Telos des geltenden Kündigungsschutzrechts[968] und streitet so entscheidend gegen eine Verlagerung des Prognosezeitpunktes auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz.[969] Anders als bei einer Gestaltungsklage wird das Arbeitsverhältnis bei der besonderen Feststellungsklage des Kündigungsschutzprozesses zudem allein durch die jeweilige Kündigung und nicht erst durch Urteil aufgelöst, sodass es auch aus diesem Blickwinkel überzeugt, auf den Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung abzuheben.[970]

Die überzeugenderen Argumente sprechen somit dafür, für die im Kontext arbeitsrechtlicher Kündigungen anzustellende Prognose ausschließlich

962 So die gängige Definition der Bedigung, vgl. *Brox/Walker*, BGB AT, 45. Aufl. 2021, § 21 Rn. 1; *Rüthers/Stadler*, BGB AT, 20. Aufl. 2020, § 20 Rn. 3.

963 *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 344.

964 Mit dieser Bezeichnung MüHdb-ArbR/*Rachor*, § 130 Rn. 105; *Stahlhacke*, FS Leinemann 2006, S. 389, 398.

965 So aber die in Fn. 937 genannten Autoren.

966 St. Rspr. vgl. nur BAG 13.11.1958 – 2 AZR 573/57, AP Nr. 17 zu § 3 KSchG; BAG 12.06.1986 – 2 AZR 426/85, AP Nr. 17 zu § 4 KSchG 1969; BAG 28.02.1995 – 5 AZB 24/94, AP Nr. 17 zu § 17a GVG; aus dem Schrifttum beispielsweise MüKo-BGB/*Hergenröder*, § 4 KSchG Rn. 88; APS/*Hesse*, § 4 KSchG Rn. 134; *Boewer*, NZA 1997, 359, 360; *Boemke*, RdA 1995, 211, 213.

967 Insbesondere die Rechtsprechung bezieht das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses im Zeitpunkt des Kündigungszugangs in den Streitgegenstandsbegriff mit ein.

968 Näher *Stahlhacke*, FS Leinemann 2006, S. 389, 398 ff.

969 *Honstetter*, Prognoseentscheidung 1994, S. 133; *Kaiser*, ZfA 2000, 205, 214.

970 Abweichend vor dem Hintergrund eines allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruchs *Stebut*, Der soziale Schutz als Regelungsproblem des Vertragsrechts 1982, S. 105 f.; *Denck*, SAE 1984, 209, 211; dagegen *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 345 ff.; *Honstetter*, Prognoseentscheidung 1994, S. 133 f.; *Vom Stein*, Fehleinschätzungen bei der Kündigung von Arbeitsverhältnissen 1989, S. 80 ff.; auf den Vergleich zur Gestaltungsklage rekurrieren auch *Belling*, RdA 1996, 223, 236; *Kaiser*, ZfA 2000, 205, 212.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

auf den Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung abzustellen. Später eintretende Entwicklungen dürfen – im Gegensatz zu erst später *bekanntwerdenden* Tatsachen – im Rahmen der gerichtlichen Überprüfung einer Kündigung mithin keinerlei Bedeutung mehr erlangen.[971] Im Ergebnis ist im Streitfall somit keine originäre Gerichtsprognose, sondern stattdessen allein eine gerichtliche Prognosekontrolle aus objektivierter Sicht ex ante vorzunehmen. Unbeschadet dieses Ergebnisses haben Literatur und Rechtsprechung freilich verschiedene Instrumente zur Korrektur von „Fehlprognosen" entwickelt, die an dieser Stelle indes nicht weiter vertieft werden sollen.[972]

(2) Wohnraummietrechtliche Diskussion

Eine Parallelproblematik lässt sich sodann im Recht der ordentlichen und außerordentlichen Kündigung von Wohnraummietverhältnissen nach den §§ 573 Abs. 1, 2, 543 Abs. 1, 2, 569 Abs. 1-2a BGB ausmachen. Auch hier kann eine auf den Zeitpunkt der Kündigungserklärung abstellende Prognose künftiger Beeinträchtigungen des Mietverhältnisses in Konflikt mit der tatsächlichen Entwicklung der Rechtsbeziehung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist (ordentliche Kündigung) oder bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz eines etwaigen Rechtsstreits geraten. In entsprechender Weise werden daher auch hier unterschiedliche Beurteilungszeitpunkte für die Prüfung der Wirksamkeit einer Vermieterkündigung vorgeschlagen. Das Hauptaugenmerk der bisherigen Diskussion auf diesem Gebiet gebührt dabei der Problematik eines nachträglichen Wegfalls des Eigenbedarfs (§ 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB) und betrifft damit in der Sache eine vorbeugende Kündigung aufgrund einer vermieterbegünstigenden Veränderungsprognose. Mit Bedacht auf die im Rahmen dieser Arbeit aufgedeckte Reichweite des Prognoseprinzips auch im wohnraummietrechtlichen Kündigungsrecht ist jedoch festzuhalten, dass das Ergebnis dieser Kontroverse eine Vielzahl vermieterseitiger Kündigungsgründe in ähnlicher Weise betrifft. Es überrascht dabei kaum, dass sich einige Kernaspekte der arbeitsrechtlichen Argumentation auch im Rahmen der wohnraummietrechtlichen Auseinandersetzung fruchtbar machen lassen.

971 Erfreulich deutlich auch *Husemann*, RdA 2016, 30, 38.
972 Siehe insbesondere zum Wiedereinstellungsanspruch oben D. III. 5. d) cc) (4) .

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die heute weit überwiegende Auffassung im Schrifttum geht davon aus, dass nachträglich eintretende Umstände die Wirksamkeit einer Kündigung nicht mehr zu beeinflussen vermögen[973], der maßgebliche Prognosezeitpunkt mit anderen Worten im Zeitpunkt der Kündigungserklärung zu verorten ist. Ob es hierfür entscheidend auf die Abgabe oder den Zugang der Kündigungserklärung ankommt, ist zwar durchaus umstritten, unter Berücksichtigung von § 130 Abs. 1 BGB jedoch (auch hier) zugunsten der zweitgenannten Auffassung zu entscheiden.[974] Für ein Abstellen auf den Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung spricht auch in diesem Zusammenhang vor allem die Rechtsnatur der Kündigung als einseitiges Gestaltungsrecht mit sämtlichen rechtlichen Folgen, die eine derartige Einordnung mit sich bringt.[975] Aus dogmatischer Sicht ist der mit einer Berücksichtigung späterer Tatsachen verbundene „Schwebezustand" der Kündigung mit deren Rechtscharakter schlicht unvereinbar.[976] Ausnahmen von diesem Grundsatz sind nur bei gesonderter gesetzlicher Anordnung anzuerkennen, wie sie der Gesetzgeber auf dem Gebiet des Wohnraummietrechts freilich ausdrücklich implementiert hat: So „wird" die außerordentliche Kündigung eines Mietverhältnisses wegen Zahlungsverzuges (§§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB) noch nach ihrem Zugangszeitpunkt „unwirksam", wenn sich der Mieter von seiner Schuld durch Aufrechnung befreien konn-

973 *Stebut*, NJW 1985, 289, 293; *Seier*, Kündigungsbetrug 1989, S. 365; *ders.*, NJW 1988, 1617, 1619; *Häublein*, NZM 2003, 970, 971; *Vom Stein*, Fehleinschätzungen bei der Kündigung von Arbeitsverhältnissen 1989, S. 88; Bub/Treier/*Fleindl*, Kapitel IV. Rn. 141; BeckOGK-BGB/*Geib*, § 573 BGB Rn. 81; *Blank/Börstinghaus*, in: dies. (Hrsg.), Miete 2020, § 573 BGB Rn. 74; Schmidt-Futterer/*Blank*, § 573 BGB Rn. 74; jurisPK-BGB/*Tiedemann*, § 573 BGB Rn. 122; a. A. *Lammel*, in: ders. (Hrsg.), Wohnraummietrecht 2007, § 543 BGB Rn. 58 unter unzutreffendem Verweis auf BGH 24.07.2000 – II ZR 320/98, NJW 2000, 3491 f., wo das Gericht lediglich feststellt, dass nach der Kündigung liegende Ereignisse und Verhaltensweisen Hinweise auf die eigentlichen Motive und Ziele *zum Zeitpunkt der Kündigung* sein können; die Rspr. geht zum Teil davon aus, eine Kündigung könne bei Änderung der Umstände im Nachhinein „rechtsmissbräuchlich und damit unwirksam" sein, vgl. BGH 09.07.2003 – VIII ZR 276/02, NZM 2003, 681, 682; BGH 13.10.2010 – VIII ZR 78/10, NZM 2011, 30; LG Lübeck 08.03.1999 – 14 S 386/98, WuM 1999, 336; wohl auch OLG Zweibrücken 15.07.1982 – 2 Ss 159/82, NJW 1983, 694.

974 LG München I 09.12.2011 – 14 S 9823/11, ZMR 2012, 192–192; LG Berlin 20.06.2017 – 63 S 309/16, GE 2017, 890; Staudinger/*Rolfs*, § 542 BGB Rn. 118; a. A. KG 24.07.2008 – 8 U 26/08, GE 2008, 1327; differenzierend BeckOK-MietR/*Siegmund*, § 573 BGB Rn. 71.

975 Näher soeben D. IV. 5. c) aa) (1) .

976 *Stebut*, NJW 1985, 289, 291; *Seier*, Kündigungsbetrug 1989, S. 365; *ders.*, NJW 1988, 1617, 1619.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

te und unverzüglich nach der Kündigung die Aufrechnung erklärt (§ 543 Abs. 2 S. 3 BGB) oder – begrenzt auf Wohnraummietverhältnisse – wenn der Vermieter spätestens bis zum Ablauf einer Schonfrist von zwei Monaten nach Eintritt der Rechtshängigkeit des Räumungsanspruchs befriedigt wird (§ 569 Abs. 3 Nr. 2 S. 1 BGB). Die in dem aktuellen Zahlungsverzug angelegte Negativprognose[977] wird durch die nachträgliche Erfüllung der Vermieteransprüche in einer Weise erschüttert, die den Gesetzgeber dazu veranlasst hat, zum Schutze des Bestandsschutzinteresses des (Wohnraum)Mieters eine Ausnahme von den allgemeinen Grundsätzen über die Ausübung von Gestaltungsrechten vorzusehen, die richtigerweise auch auf die ordentliche Kündigung zu übertragen ist.[978] Derartiger Regelungen hätte es indes nicht bedurft, wenn eine nachträgliche Änderung der Umstände schon ohne Weiteres die Unwirksamkeit der Kündigung nach sich zöge, sodass ein entsprechender Umkehrschluss die Unbeachtlichkeit nachträglicher Änderungen der Sachlage für die Wirksamkeit der Kündigung nahelegt.[979] Der richterliche Blick auf derartige Sachverhalte wiederum wird auch hier entscheidend bestimmt durch den Streitgegenstand der jeweiligen Klage. Anders als im arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzprozess kann bei einem Streit wegen der Kündigung eines Mietverhältnisses im Rahmen einer Feststellungsklage nach § 256 ZPO nur dessen Bestand zum Gegenstand der begehrten Feststellung gemacht werden, nicht aber die Wirksamkeit einer bestimmten Kündigung, die sich als bloße Vorfrage hierzu darstellt.[980] Beurteilungszeitpunkt für die Frage des Bestandes eines Mietverhältnisses ist in diesem Fall typischerweise – ebenso wie im Räumungsprozess – der Schluss der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz,

977 Es handelt sich hierbei um einen derjenigen Fälle, in denen eine zusätzliche Prognose über die künftige Zahlunsgfähigkeit- und/oder Willigkeit grundsätzlich entbehrlich ist.

978 Schmidt-Futterer/*Blank*, § 569 BGB Rn. 65 m. w. N.

979 *Vom Stein*, Fehleinschätzungen bei der Kündigung von Arbeitsverhältnissen 1989, S. 88; gegen eine Analogiefähigkeit derartiger Ausnahmevorschriften zu Recht auch *Seier*, Kündigungsbetrug 1989, S. 363.

980 BGH 29.09.1999 – XII ZR 313/98, NJW 2000, 354, 356; BeckOK-MietR/*Bruns*, § 542 BGB Rn. 256; eine solche Feststellungsklage kann nach richtiger Auffassung sogar noch nach Rechtskraft eines Räumungsurteils zulässig sein, weil sich dessen Rechtskraft nicht auf die Feststellung erstreckt, dass das Mietverhältnis durch die vom Vermieter ausgesprochene Kündigung beendet bzw. nicht beendet ist, BGH 08.02.1965 – VIII ZR 121/63, NJW 1965, 693, 694; OLG Celle 14.11.1975 – 2 U 96/74, BB 1978, 576, 576 f.; BeckOK-MietR/*Bruns*, § 542 BGB Rn. 257; *Blank/Börstinghaus*, in: dies. (Hrsg.), Miete 2020, § 542 BGB Rn. 105.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sodass auch etwaige Instrumente zur Prognosekorrektur (beispielsweise ein auf Neuabschluss des Mietvertrages gerichteter Schadensersatzanspruch bei Verletzung der Informationspflicht im Fall des Wegfalls von Eigenbedarf[981]) bei der Entscheidung des Gerichts zu berücksichtigen sind. Auch dieser erweiterte Blick ändert indes technisch gesehen nichts daran, dass für die Wirksamkeit der ursprünglichen Kündigung allein auf deren Zugangszeitpunkt abzustellen ist. Maßgeblicher Zeitpunkt zur Beurteilung der Prognose zukünftiger Vertragsbeeinträchtigungen im Wohnraummietrecht ist somit stets der Zugang der Kündigung beim Kündigungsempfänger, sodass auch hier von einer Prognose aus objektivierter Sicht ex ante gesprochen werden kann.

(3) Verallgemeinerungsfähigkeit

Außerhalb des Arbeits- und Wohnraummietrechts stellt sich die Problematik des Beurteilungszeitpunkts prognoseakzessorischer Kündigungen vor allem im Rahmen außerordentlicher Kündigungen aus wichtigem Grund, denen wie aufgezeigt stets auch ein prognostisches Tatbestandselement innewohnt.[982] Dabei hat sich namentlich der BGH in einem häufig missverstandenen Urteil[983] zur außerordentlichen Kündigung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§ 723 Abs. 1 S. 2 BGB) für eine „Vorrangigkeit des der Kündigung vorausgegangenen Sachverhalts" ausgesprochen.[984] Die Bedeutung einer nach der Kündigung eingetretenen Entwicklung könne nur insoweit Bedeutung erlangen, wie sie „Hinweise auf die eigentlichen Motive und Ziele einer Kündigung", sprich: auf bereits *im Kündigungszeitpunkt bestehende* Tatsachen enthalte.[985] Das durchschlagende Argument des Charakters der Kündigung als einseitiges Gestaltungsrecht trägt unvermindert im gesamten Kündigungsrecht, sodass es ohne Weiteres statthaft ist, die im Rahmen der arbeitsrechtlichen und wohnraummietrechtlichen Rechtsdiskussion erzielten Ergebnisse bruchlos auf sämtliche prognoseakzessorischen Kündigungen zu übertragen und insbesondere auch im Kontext der

981 Vgl. Nachweise in Fn. 787.
982 Siehe oben C. II. 1. e) aa) .
983 Beispielsweise BeckOK-BGB/*Wiederhold*, § 543 BGB Rn. 48; BeckOGK-BGB/*Mehle*, § 543 BGB Rn. 26; *Lammel*, in: ders. (Hrsg.), Wohnraummietrecht 2007, § 543 BGB Rn. 58.
984 BGH 24.07.2000 – II ZR 320/98, NJW 2000, 3491, 3492.
985 BGH 24.07.2000 – II ZR 320/98, NJW 2000, 3491, 3492.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

allgemeinen Vorschrift des § 314 BGB fruchtbar zu machen. Die Zumutbarkeitsprognose außerordentlicher Kündigungen hat somit stets vom Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung auszugehen, sodass nachträglich eintretende Umstände (beispielsweise Verhaltensänderungen) für die Wirksamkeit der Kündigung an sich keinerlei Bedeutung mehr erlangen.[986] In derartigen Fällen bleibt eine gerichtliche Prüfung auf eine Prognosekontrolle aus objektivierter Sicht ex ante beschränkt.

Anders im Übrigen liegt die Sache, wenn der Gesetzgeber die Beendigung von Dauerschuldverhältnissen nicht durch die einseitige Ausübung von Gestaltungsrechten gestattet, sondern stattdessen eine Auflösung der Rechtsbeziehung per Gestaltungsurteil vorsieht.[987] Als besonders ergiebig erweist sich in diesem Zusammenhang ein Vergleich zwischen dem Ausschluss von Gesellschaftern aus einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§ 737 i. V. m. § 723 Abs. 1 S. 2 BGB) bzw. aus einer Personenhandelsgesellschaft (§ 140 Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 133 Abs. 1 HGB): Während der Ausschluss im ersten Fall durch einseitige Gestaltungserklärung erfolgt, sodass der erforderlichen Negativprognose der Beurteilungszeitpunkt des Zugangs der entsprechenden Erklärung zugrunde zu legen ist[988], hat das Gericht im zweiten Fall eine eigene Prognose zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz vorzunehmen.[989] Hier zeigt sich einmal mehr brennglasartig, dass die Rolle der Gerichte bei der Beurteilung prognoseakzessorischer Tatbestände ganz entscheidend von Streitgegenstand und gesetzlicher Ausgestaltung des entsprechenden Verfahrens abhängt.

986 Nichts anderes kann gemeint sein, wenn *Oetker*, Dauerschuldverhältnis 1994, S. 268 auf eine „Beurteilung ex-ante" abstellt.

987 Auf diese Unterscheidung weisen auch *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 346; *Vom Stein*, Fehleinschätzungen bei der Kündigung von Arbeitsverhältnissen 1989, S. 80; *Kaiser*, ZfA 2000, 205, 212 hin.

988 MüKo-BGB/*Schäfer*, § 723 BGB Rn. 27; BeckOK-BGB/*Schöne*, § 723 BGB Rn. 16; Staudinger/*Habermeier*, § 723 BGB Rn. 27.

989 BGH 15.09.1997 – II ZR 97/96, NJW 1998, 146; MüKo-HGB/*Schmidt*, § 133 HGB Rn. 12; Staub-HGB/*Schäfer*, § 133 HGB Rn. 15; EBJS/*Lorz*, § 133 HGB Rn. 6; *Haas*, in: Röhricht/Westphalen/Haas (Hrsg.), Handelsgesetzbuch 2019, § 140 HGB Rn. 3; *Klöhn*, in: Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht 2021, § 133 HGB Rn. 7; a. A. (allerdings ohne Begründung) *Wiedemann*, Sonderbeilage Nr. 7 zu WM 1992, 1, 52: Zeitpunkt der Klageerhebung.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bb) Befristungsrecht

Weitgehender Konsens im Hinblick auf die Frage des zeitlichen Beurteilungshorizonts von Prognosen besteht im Recht der Befristung von Dauerschuldverhältnissen. Wo hier das Prognoseprinzip Platz greift – mithin im Kontext sachgrundgebundener Befristungen insbesondere im Arbeits- und Wohnraummietrecht – gehen Literatur und Rechtsprechung heute übereinstimmend davon aus, dass maßgeblicher Anknüpfungspunkt für die anzustellende Prognose allein der Zeitpunkt des Vertragsschlusses (genauer: der Zeitpunkt der Befristungsabrede[990]) sein kann.[991] Abweichende Stimmen im Arbeitsrecht[992] beriefen sich noch auf die Rechtslage vor Inkrafttreten des TzBfG, die in den jeweiligen Stellungnahmen vorgebrachten Argumente sind nach Wegfall der objektiven Umgehungskontrolle und der Entkopplung von Kündigungs- und Befristungsrecht jedoch nunmehr hinfällig. Für die alleinige Maßgeblichkeit des Abschlusszeitpunkts kann zunächst

990 So zu Recht MüHdb-ArbR/*Wank*, § 103 Rn. 31.

991 Für die Sachgrundbefristung nach § 14 Abs. 1 TzBfG BAG 16.11.2005 – 7 AZR 81/05, AP Nr. 264 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; schon vor Inkrafttreten des TzBfG st. Rspr. seit BAG 12.10.1960 – 3 AZR 65/59, AP Nr. 16 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; BAG 31.10.1974 – 2 AZR 483/73, AP Nr. 39 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; BAG 08.09.1983 – 2 AZR 438/82, AP Nr. 77 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; BAG 24.10.2001 – 7 AZR 542/00, AP Nr. 229 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; aus der Literatur APS/*Backhaus*, § 14 TzBfG Rn. 13; APS/*ders.*, § 15 TzBfG Rn. 97; *Boecken*, in: Boecken/Joussen (Hrsg.), Teilzeit- und Befristungsgesetz 2019, § 14 TzBfG Rn. 16; ErfK/*Müller-Glöge*, § 14 TzBfG Rn. 16; Laux/Schlachter/*Schlachter*, § 14 TzBfG Rn. 8; *Dörner*, Der befristete Arbeitsvertrag, 2. Aufl. 2011, Rn. 155 f.; ArbR-BGB/*ders.*, § 620 BGB Rn. 87; MüKo-BGB/*Hesse*, § 14 TzBfG Rn. 15; KR/*Lipke*, § 14 TzBfG Rn. 126; BeckOK-ArbR/*Bayreuther*, § 14 TzBfG Rn. 22; Staudinger/*Preis*, § 620 BGB Rn. 46; Erman-BGB/*Riesenhuber*, § 620 BGB Rn. 22; MüHdb-ArbR/*Wank*, § 103 Rn. 31; *Loth*, Prognoseprinzip im befristeten Arbeitsverhältnis 2015, S. 121; *Roth*, Tätigkeitsbezug als Sachgrund der Befristung des Arbeitsvertrags 2020, S. 114; *Sievers*, RdA 2004, 291, 292 f.; *Oberthür*, DB 2001, 2246; *Däubler*, ZIP 2001, 217, 223; *Dassau*, ZTR 2001, 64, 69; vgl. auch *Persch*, Kernfragen des Befristungsrechts 2010, S. 263 mit zahlreichen weiteren Nachweisen; kritisch dagegen *Wroblewski*, in: Däubler/Deinert/Zwanziger (Hrsg.), KSchR 2020, § 14 TzBfG Rn. 40 f., der im Wege der Rechtsfortbildung für eine automatische Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bei Wegfall des Sachgrundes mit der Möglichkeit der Kündigung binnen eines Monats plädiert; für die Befristung von Wohnraummietverhältnissen nach § 575 BGB BeckOGK-BGB/*Siegmund*, § 575 BGB Rn. 51; Erman-BGB/*Lützenkirchen*, § 575 BGB Rn. 26.

992 LAG Bremen 17.03.1995 – 4 Sa 195/94, AP Nr. 175 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; *Kempff*, DB 1976, 1576, 1577; *Gamillscheg*, AcP 164 (1964), 385, 392; *Blomeyer*, RdA 1967, 406, 411.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

der Wortlaut von § 14 Abs. 1 S. 1 TzBfG ins Felde geführt werden, der die „Zulässigkeit" der Befristung an das Vorliegen eines sachlichen Grundes knüpft.[993] Befristungskontrolle bedeutet demnach Vertragskontrolle, sodass allein solche Umstände zu berücksichtigen sein können, die bereits bei Vertragsschluss vorgelegen haben.[994] Nur eine solche Vorgehensweise steht auch im Einklang mit dem allgemeinen zivilrechtlichen Grundsatz, die Wirksamkeit von Verträgen vom Zeitpunkt des Vertragsabschlusses aus zu beurteilen.[995] Entscheidend spricht auch der Grundsatz der Rechtssicherheit für eine Anknüpfung der befristungsrechtlichen Prognose an den Zeitpunkt des Vertragsschlusses.[996] Dass das Argument, das Befristungsrecht verlöre bei einem Abstellen auf einen späteren Beurteilungszeitpunkt seine eigenständige Bedeutung neben dem Kündigungsrecht[997] nicht vollends zu überzeugen vermag[998], ändert an der Belastbarkeit dieses Ergebnisses ebenfalls nichts.

Noch unproblematischer stellt sich die Lage im wohnraummietrechtlichen Befristungsrecht dar, wo für eine Anknüpfung der notwendigen Prognose an den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zunächst dieselben Ar-

993 APS/*Backhaus*, § 14 TzBfG Rn. 13; Laux/Schlachter/*Schlachter*, § 14 TzBfG Rn. 8; KR/*Lipke*, § 14 TzBfG 126.

994 *Dörner*, Der befristete Arbeitsvertrag, 2. Aufl. 2011, Rn. 156; APS/*Backhaus*, § 14 TzBfG Rn. 13; KR/*Lipke*, § 14 TzBfG Rn. 126; Schaub-ArbR-Hdb/*Koch*, § 40 Rn. 3; *Roth*, Tätigkeitsbezug als Sachgrund der Befristung des Arbeitsvertrags 2020, S. 113.

995 MüHdb-ArbR/*Wank*, § 103 Rn. 31; APS/*Backhaus*, § 14 TzBfG Rn. 13; allgemein zu diesem Grundsatz *Veelken/Winfried*, AcP 185 (1985), 46, 53; *Fischinger*, JZ 2012, 546, 548 jew. m.w.N.; anders gehen das BAG und die h. Lit. bei der Sittenwidrigkeitskontrolle von Entgeltabreden vor, BAG 26.04.2006 – 5 AZR 549/05, AP Nr. 63 zu § 138 BGB; BAG 22.04.2009 – 5 AZR 436/08, AP Nr. 64 zu § 138 BGB; ErfK/*Preis*, § 612 BGB Rn. 3; Schaub-ArbR-Hdb/*Linck*, § 34 Rn. 13; zustimmend im Ergebnis auch *Joussen*, SAE 2010, 95, 97 f., der zur Begründung gerade auf den Charakter des Arbeitsvertrages als Dauerschuldverhältnis abstellt; kritisch zum vom BAG gewählten Konstrukt dagegen zu Recht *Stoffels*, in: Lobinger/Piekenbrock/Stoffels (Hrsg.), Zur Integrationskraft zivilrechtlicher Dogmatik 2014, S. 1, 14 f.; *Fischinger*, JZ 2014, 546, 548 ff.; *Rieble/Picker*, ZfA 2014, 153, 201 ff.

996 So das zentrale Argument der Rechtsprechung BAG 31.10.1974 – 2 AZR 483/73, AP Nr. 39 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; BAG 08.09.1983 – 2 AZR 438/82, AP Nr. 77 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; aus der Literatur auch Staudinger/*Preis*, § 620 BGB Rn. 46; MüHdb-ArbR/*Wank*, § 103 Rn. 31; APS/*Backhaus*, § 15 TzBfG Rn. 97; *Roth*, Tätigkeitsbezug als Sachgrund der Befristung des Arbeitsvertrags 2020, S. 114.

997 So Staudinger/*Preis*, § 620 BGB Rn. 46.

998 Kritisch insoweit zu Recht *Wroblewski*, in: Däubler/Deinert/Zwanziger (Hrsg.), KSchR 2020, § 14 TzBfG Rn. 40.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gumente wie soeben fruchtbar gemacht werden können. Darüber hinaus billigt § 575 Abs. 3 BGB dem Mieter bei nachträglichem Wegfall eines sachlichen Befristungsgrundes i. S. v. § 575 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf (befristete) Verlängerung des Mietverhältnisses zu.[999] Einer derartigen Sonderregelung zur Berücksichtigung nachträglicher Entwicklungen hätte es indes nicht bedurft, wenn Änderungen der Sachlage schon ohne Weiteres zur Unwirksamkeit der Befristungsabrede führen würden. Diese Vorschrift erlaubt daher den Umkehrschluss, dass für die Wirksamkeit der Befristungsabrede allein auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen ist.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass befristungsrechtliche Prognosen im Kontext vertraglicher Dauerschuldverhältnisse stets vom Zeitpunkt der Befristungsabrede aus zu beurteilen sind. Dieses Ergebnis ist es freilich auch, dass in derartigen Regelungskonstellationen überhaupt erst die Redeweise vom „befristungsrechtlichen Prognoseprinzip" rechtfertigt. Die gerichtliche Kontrolle derartiger Prognosen – sei es im Rahmen einer arbeitsrechtlichen Entfristungs- oder aber einer mietrechtlichen Räumungsklage – hat folglich stets von einem objektivierten Standpunkt ex ante aus zu erfolgen.

cc) Anpassungsrecht

Die Bestimmung des maßgeblichen Prognosezeitpunkts für die Anpassung vertraglicher Dauerschuldverhältnisse erfordert dagegen eine differenzierte Herangehensweise, die nicht primär auf die Unterscheidung zwischen Anpassungsbestimmungs- und Anpassungserzwingungsrechten abhebt, sondern stattdessen die unterschiedlichen vom Gesetzgeber implementierten Modi der Vertragsanpassung in den Fokus rückt. Nach tradierter Auffassung ist dabei zwischen einer Anpassung der Rechtsbeziehung ipso iure, durch einseitige Gestaltungserklärung, durch richterlichen Gestaltungsakt und durch Vertrag zu unterschieden.[1000] Abhängig von der Eingruppierung eines gesetzlichen Anpassungsmechanismus in eine dieser vier Kategorien ergeben sich unterschiedliche Implikationen für die Feststellung des jeweils maßgeblichen Zeitpunktes zur Beurteilung der anpassungsrechtlichen Prognose.

---

999 Dazu schon oben C. II. 3. b) bb) (2) .

1000 Vgl. etwa *Hau*, Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag 2003, S. 277 ff.; *Lettl*, JuS 2001, 144; *Loyal*, AcP 214 (2014), 746, 747 f.; *Becker*, AcP 188 (1988), 24, 25.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Die Vertragsanpassung ipso iure, die der vor der Schuldrechtsreform herrschenden Rechtsauffassung zur Wirkungsweise einer Störung der Geschäftsgrundlage entsprach[1001], zeichnet sich gerade dadurch aus, dass die Modifizierung des Vertragsinhalts ohne Zutun der Vertragsparteien oder eines unbeteiligten Dritten erfolgt. Der Anpassungszeitpunkt koinzidiert in derartigen Konstellationen ganz unproblematisch mit dem Zeitpunkt des Anpassungsereignisses, sodass auch allein dieser Zeitpunkt als Referenzpunkt für eine im Einzelfall erforderliche Zukunftsprognose in Betracht kommt. Freilich hat der Gesetzgeber von der Möglichkeit einer Vertragsanpassung ipso iure nur vereinzelt Gebrauch gemacht, sodass es bei diesen knappen Ausführungen sein Bewenden haben soll.

Wenige Probleme bereitet auch der Mechanismus einer Vertragsanpassung mittels einseitiger Gestaltungserklärung, wie ihn der Gesetzgeber beispielsweise in den §§ 559 Abs. 1 BGB[1002], 163 Abs. 1 Nr. 1[1003], 203 Abs. 2 S. 1[1004] VVG vorgesehen hat.[1005] Was im Kündigungsrecht galt[1006], gilt auch hier: Die Wirksamkeit einseitiger Gestaltungserklärungen ist vom Zeitpunkt ihres Zugangs aus zu beurteilen, sodass auch den jeweils erforderlichen Prognosen ebenjener Beurteilungshorizont zugrunde zu legen ist. Bei der Überprüfung derartiger Anpassungsvorgänge ist daher stets eine objektivierte Betrachtung aus der Perspektive ex ante geboten.[1007] Hierher gehört auch das Instrument der arbeitsrechtlichen Änderungskündigung, deren Beurteilungszeitpunkt sich damit nicht von demjenigen einer Beendigungskündigung unterscheidet.[1008]

Eine Vielzahl komplexer Rechtsfragen wirft dagegen das sogenannte Anspruchsmodell auf, dessen sich der Gesetzgeber beispielsweise in § 593

1001 *Loyal*, AcP 214 (2014), 746, 747.

1002 MüKo-BGB/*Artz*, § 559 BGB Rn. 1; BeckOGK-BGB/*Schindler*, § 559 BGB Rn. 1; *Loyal*, AcP 214 (2014), 746, 747.

1003 Prölss/Martin/*Schneider*, § 163 VVG Rn. 5; MüKo-VVG/*Wandt*, § 163 VVG Rn. 1 m. w. N.

1004 MüKo-VVG/*Boetius*, § 203 VVG Rn. 740.

1005 Näher zum Gestaltungsmodell *Hau*, Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag 2003, S. 280 ff.

1006 Siehe oben insbesondere D. IV. 5. c) aa) (1) .

1007 So wohl auch MüKo-VVG/*Wandt*, § 163 VVG Rn. 35, der aber etwas missverständlich auf die „Sicht des (…) Richters" abstellt; mindestens ungenau insoweit MüKo-VVG/*Boetius*, § 203 VVG Rn. 791, der ohne weitere Begründung auf den Zeitpunkt der Überprüfung der Rechnungsgrundlagen und der Zustimmung des Treuhänders abhebt.

1008 APS/*Künzl*, § 2 KSchG Rn. 125.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Abs. 1 BGB, vor allem aber bei der gesetzlichen Kodifizierung des Instituts der Störung der Geschäftsgrundlage in § 313 BGB bedient hat.[1009] Liegen die Tatbestandsvoraussetzungen einer nach diesem Modell konzipierten Anpassungsregelung vor, so steht dem Anpassungsinteressenten gegenüber dem Anpassungspartner (nur) ein (verhaltener) Anspruch auf Modifizierung der jeweiligen Vertragsbeziehung zu.[1010] In derlei Konstellationen kommt mit dem Eintritt des Anpassungsereignisses, dem Zeitpunkt des Anpassungsverlangens (also der erstmaligen Geltendmachung des Anpassungsanspruchs), dem intendierten Beginn der Anpassungswirkungen und – im Streitfalle – gar dem Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz theoretisch eine reiche Palette unterschiedlicher Zeitpunkte zur Beurteilung der anzustellenden Prognose in Betracht. Massiv erschwert wird die Suche nach dem „richtigen" Zeitpunkt dadurch, dass eng mit der Thematik verwobene Diskussionen beispielswiese um die Möglichkeit der rückwirkenden Anpassung von Dauerschuldverhältnissen[1011] und die gerichtliche Durchsetzung des Anpassungsanspruchs[1012] von einer allgemein konsentierten Lösung weit entfernt sind. Detaillierte Unter-

1009 *Loyal*, AcP 214 (2014), 746, 748; *Hau*, Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag 2003, S. 285.

1010 Näher zum Anspruchsmodell *Hau*, Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag 2003, S. 283 ff.

1011 Für das Landpachtrecht ergibt sich diese Möglichkeit – worauf auch MüKo-BGB/*Finkenauer*, § 313 BGB Rn. 98 und *Köhler*, FS Steindorff 1990, S. 611, 613 hinweisen – schon aus § 593 Abs. 3 BGB; für § 313 BGB ist die Anerkennung indes nicht zweifelsfrei, vgl. MüKo-BGB/*Finkenauer*, § 313 BGB Rn. 96 ff.; *Köhler*, FS Steindorff 1990, S. 611, 615 ff.; ; *Loyal*, AcP 214 (2014), 746, 767 ff.; *ders.*, NJW 2013, 417, 420; *Haarmann*, Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Dauerrechtsverhältnissen 1979, S. 101 f.

1012 Nach der gesetzlichen Grundkonzeption hat der Anpassungsinteressent im Streitfall auf Zustimmung zu einer Vertragsänderung zu klagen, wobei die Zustimmung im Erfolgsfall nach § 894 S. 1 ZPO mit Rechtskraft des Urteils fingiert wird, vgl. MüKo-BGB/*Finkenauer*, § 313 BGB Rn. 127; *Schmidt-Kessel/Baldus*, NJW 2002, 2076; *Dauner-Lieb/Dötsch*, NJW 2003, 921, 923; *Loyal*, AcP 214 (2014), 746, 750; unter zutreffendem Hinweis auf die Gesetzesbegründung (BT-Drs. 14/6040, 176) wird jedoch allgemein auch eine (direkte, Eventual- oder Stufen-)Klage auf die angepasste Leistung für zulässig erachtet, vgl. BGH 30.09.2011 – V ZR 17/11, NJW 2012, 373, 376; MüKo-BGB/*Finkenauer*, § 313 BGB Rn. 127; BeckOK-BGB/*Lorenz*, § 313 BGB Rn. 84; *Schmidt-Kessel/Baldus*, NJW 2002, 2076, 2077; *Wieser*, JZ 2004, 654, 654 f.; *Lettl*, JuS 2001, 660, 663; *Massing/Rösler*, ZGS 2008, 374, 375 ff.; zum Teil wird das entsprechende Urteil auch als Gestaltungsurteil bezeichnet, wodurch letztlich die Grenzen der unterschiedlichen Anpassungsmodi verwässert werden, vgl. *Hey*, in: Hager/Hey/Koller u.a. (Hrsg.), Kontinuität im Wandel der Rechtsordnung 2002, S. 21, 35 f.; *Lettl*, JuS 2001, 660, 663; *Riesenhuber*, BB 2004, 2697,

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

suchungen, die über bloße Hinweise zur Auswirkung derartiger Streitstände auf den Beurteilungszeitpunkt einer anpassungsrechtlichen Prognose hinausgehen, versprechen unterdessen mit Rücksicht auf Umfang und Schwerpunkt dieser Arbeit nur wenig Erfolg und sollen daher entsprechenden Spezialuntersuchungen vorbehalten bleiben.

An dieser Stelle daher nur so viel: Hält man einen Anspruch auf rückwirkende Anpassung eines Dauerschuldverhältnisses in einzelnen Regelungskonstellationen oder allgemein für möglich – liegt mithin der Zeitpunkt des intendierten Beginns der Anpassungswirkungen[1013] zeitlich vor der Geltendmachung des Anpassungsanspruchs – so ist kein durchschlagender Grund dafür erkennbar, von einer retrospektiven Betrachtung der Entwicklung des Schuldverhältnisses zwischen diesen beiden Zeitpunkten abzurücken, sodass insoweit auf eine Prognose verzichtet werden kann. Fordert beispielsweise ein Landpächter die rückwirkende Anpassung des Pachtvertrags mit Wirkung zum Beginn des Pachtjahres (wie es § 593 Abs. 3 BGB ausdrücklich gestattet), so gebietet auch das Postulat der Rechtssicherheit keine Verschiebung des Prognosezeitpunkts auf ebendiesen Termin, wenn sich die eingetretene Veränderung der Verhältnisse zum Zeitpunkt des Anpassungsverlangens tatsächlich bereits als bloß (unbeachtliche) kurzfristige Schwankung herausgestellt hat. Begehrt der Anpassungsinteressent in einer derartigen Situation dagegen eine Anpassung des Pachtvertrages allein für die Zukunft, so ist für die erforderliche Nachhaltigkeitsprognose zunächst auf den Zeitpunkt des Anpassungsverlangens abzustellen. Fraglich ist sodann, wie es sich auf den zeitlichen Beurteilungshorizont einer solchen Prognose auswirkt, wenn der Anpassungspartner trotz Vorliegens einer aktuellen Grundlagenstörung die Kooperation verweigert und erst die tatsächlichen Entwicklungen während eines nachfolgenden gerichtlichen Verfahrens (vgl. beispielsweise § 593 Abs. 4 BGB) die Dauerhaftigkeit des Störungstatbestandes widerlegen. In einer solchen Konstellation mag es zunächst unbillig erscheinen, dem renitenten Anpassungspartner die aus seiner Sicht „glückliche Entwicklung" während des Prozesses zum Vorteil gereichen zu lassen. Gleichwohl ist nicht zu leugnen, dass sich die Grundlagenstörung im Ergebnis nicht als dauerhaft erwiesen hat und der Tatbestand der Anpassungsnorm somit schlicht nicht erfüllt ist. Weil

2698; für § 593 Abs. 4 BGB ist die Charakterisierung als Gestaltungsklage indes allgemein anerkannt, BeckOK-BGB/*Wagner*, § 593 BGB Rn. 9.

1013 Der seinerseits wiederum regelmäßig mit dem Eintritt des Anpassungsereignisses koinzidieren wird.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die in anderen betrachteten Regelungskonstellationen ausschlaggebenden Argumente für eine Vorverlagerung des Beurteilungszeitpunktes beim Anspruchsmodell nicht eingreifen, wird man das Bestehen oder Nichtbestehen eines solchen Anpassungsanspruchs den allgemeinen Regeln entsprechend nach der Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz beurteilen müssen. Nur soweit zu diesem Zeitpunkt eine Anpassung mit Wirkung für die Zukunft begehrt wird, hat das Gericht – unabhängig davon, in welcher Weise der Anpassungsanspruch gerichtlich durchzusetzen ist – eine originäre Gerichtsprognose zur Störungsgeneigtheit der in Rede stehenden Vertragsbeziehung anzustellen. Diese Sichtweise deckt sich im Übrigen auch mit der zum allgemeinen zivilrechtlichen Unterlassungs*anspruch* herrschenden Auffassung, wonach das Bestehen einer Wiederholungsgefahr vom Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz aus zu beurteilen ist.[1014]

d) Möglichkeiten und Grenzen der Verallgemeinerung

Die Gesamtschau aller betrachteten Rechts- und Regelungsgebiete illustriert deutlich, dass der Versuch der Festlegung eines für sämtliche Prognosenormen im Recht der vertraglichen Dauerschuldverhältnisse geltenden und insoweit einheitlichen Beurteilungszeitpunktes letztlich einer Schimäre gleicht. Anstatt umfassender schematischer Lösungen lassen sich aus den einzelnen Ausführungen daher allenfalls grobe Leitlinien und einzelne wiederkehrende Argumentationsstrukturen gewinnen: Erfolgt die Einwirkung auf das Dauerschuldverhältnis beispielsweise durch einseitige Gestaltungserklärung, so ist für eine im Einzelfall anzustellende Prognose stets auf den Zeitpunkt des Zugangs der jeweiligen Gestaltungserklärung abzustellen. Dieses schon aus dem Rechtscharakter der Gestaltungserklärung folgende Ergebnis wird vor allem im Kündigungsrecht virulent, erlangt aber wie gezeigt auch bei der Anpassung von Dauerschuldverhältnissen nach dem Gestaltungsmodell Bedeutung. Über den konkreten Untersuchungsgegenstand hinaus schlägt diese Erkenntnis in entsprechender Weise auf die Feststellung des maßgeblichen Beurteilungszeitpunkts von Veränderungsprognosen im Rücktrittsrecht durch: Auch für die Beantwortung der im Kontext des § 323 Abs. 4 BGB zu stellenden Frage, ob die Voraussetzungen eines

1014 Staudinger/*Thole*, § 1004 BGB Rn. 460 m. w. N.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Rücktritts „offensichtlich eintreten" werden, ist somit auf den Zeitpunkt des Zugangs der Rücktrittserklärung abzustellen.[1015] Für die Beantwortung der Frage, ob ein im Streitfall entscheidendes Gericht auf eine Prognosekontrolle aus der Perspektive ex ante beschränkt ist oder aber eine eigene (originäre Gerichts-)Prognose zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz vorzunehmen hat, kommt es vor allem auf den Charakter des konkreten Verfahrens und in besonderer Weise auf eine exakte Bestimmung des jeweiligen Streitgegenstandes an.

So zeigt sich, dass die Kategorisierung einer Norm als Prognosenorm *eo ipso* noch keine unmittelbaren Konsequenzen für die Bestimmung des jeweils maßgeblichen Beurteilungszeitpunktes zeitigt. Andersherum ist es nicht selten erst die Festlegung auf einen bestimmten Beurteilungszeitpunkt, die einem Tatbestandsmerkmal überhaupt erst seinen besonderen Prognosecharakter verleiht. In jedem Falle entbindet daher allein die Feststellung der Prognoseakzessorietät einer Norm nicht von der Notwendigkeit einer genauen Untersuchung des jeweils maßgeblichen Beurteilungszeitpunkts.

6. Ergebnis zu IV: Maßgeblicher Wissenshorizont

Prognosen im vertraglichen Dauerschuldverhältnis sind im Dienste einer weitgehenden Objektivierung des Prognosevorgangs nach alledem stets auf Grundlage sämtlicher relevanter Tatsachen und Erfahrungssätze (sachliche Dimension) aus der Sicht eines ideal-objektiven Beobachters (perspektivisch-personelle Dimension) zum jeweiligen Prognosezeitpunkt (zeitliche Dimension) zu erstellen und zu beurteilen. Während ein kontrollfreier Prognosespielraum damit grundsätzlich ausgeschlossen ist, kann die Prognosebasis in sachlicher Hinsicht durchaus auch „subjektive Tatsachen" umfassen. Die Beurteilung der Prognose erfolgt sodann frei von den Wahrnehmungslimitierungen der jeweils prognostizierenden Vertragspartei, sodass sämtliche bereits zum Prognosezeitpunkt bestehenden Tatsachen und Erfahrungssätze umfassend zu berücksichtigen sind. Jener Prognosezeitpunkt schließlich lässt sich nur im Kontext der konkreten Regelungskonstellation näher konkretisieren und zeitigt entscheidende Bedeutung vor allem im

1015 Ebenso („ex ante") MüKo-BGB/*Ernst*, § 323 BGB Rn. 136; BeckOGK-BGB/*Looschelders*, § 323 BGB 232; BeckOK-BGB/*Schmidt*, § 323 BGB Rn. 7; siehe auch Staudinger/*Magnus*, Art. 72 CISG Rn. 18; MüKo-HGB/*Mankowski*, Art. 72 CISG Rn. 12.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Hinblick auf die Unterscheidung zwischen originären Gerichtsprognosen und der Kontrolle fremder Prognosen im Gerichtsprozess.

V. Probleme bei der Ermittlung der Wahrscheinlichkeit

Nun dürfen auch diese theoretischen Ausführungen zur Ermittlung des maßgeblichen Wahrscheinlichkeitsgrades nicht darüber hinwegtäuschen, dass das Prognostizieren der zukünftigen Entwicklung eines Dauerschuldverhältnisses den Rechtsanwender in der Praxis vor erhebliche Probleme stellt: Existieren für die Beurteilung der konkreten Situation tragfähige wissenschaftliche Erfahrungssätze? Tragen diese die hinreichende Wahrscheinlichkeit zukünftiger Beeinträchtigungen der Rechtsbeziehung? Ist das künftige Verhalten eines Menschen überhaupt prognostizierbar? Inwieweit gestattet das Recht möglicherweise gar die typisierende Betrachtung bestimmter Störungskonstellationen? Obschon sich derartige Fragen in sämtlichen Rechts- und Regelungsgebieten im Recht der vertraglichen Dauerschuldverhältnisse in vergleichbarer Weise stellen, sind übergreifende Lösungsansätze bis dato kaum auszumachen. Versuche, prognosebedingten Schwierigkeiten durch eine obligatorische Stärkung der Prognosebasis oder zumindest auf prozessualem Wege Herr zu werden, blieben bislang ausschließlich fragmentarischer Natur. Gleichwohl bietet es sich an, derlei Ansätzen verstärkte Aufmerksamkeit zu widmen.

1. Stärkung der Prognosebasis

Je belastbarer die Prognosebasis, desto valider das Prognoseergebnis – diese ebenso zutreffende wie eingängige Formel lädt den Rechtsanwender dazu ein, den Unwägbarkeiten des Prognostizierens zuvorderst mit dem Versuch einer Stärkung der tatsächlichen Prognosebasis entgegenzutreten.

a) Informationsbeschaffungspflicht

Hierbei erscheint es zunächst naheliegend, den Hebel zur Problemlösung bei einer intensivierten Ermittlung der prognoserelevanten Tatsachen anzusetzen und der prognostizierenden Vertragspartei auf diesem Wege weit-

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

reichende Informationsbeschaffungspflichten im Vorfeld der Prognoseentscheidung aufzubürden.[1016]

Ganz in diesem Sinne wurde früher verbreitet angenommen, die Rechtmäßigkeit einer negativen Gesundheitsprognose zur Rechtfertigung einer krankheitsbedingten Kündigung gehe stets mit einer entsprechenden Erkundigungspflicht des kündigenden Arbeitgebers einher.[1017] Informiere sich der Arbeitgeber im Vorfeld der Kündigungsentscheidung nicht umfassend über den Gesundheitszustand des Arbeitnehmers, so sei die Kündigung schon aus diesem Grunde unwirksam.[1018] In der gleichen Weise erscheint es auch denkbar, die vorherige Anhörung des Gekündigten zum notwendigen Bestandteil der Prognosebasis einer im Einzelfall erforderlichen Verhaltensprognose zu erheben.[1019] Diskutiert wird eine solche Anhörungspflicht nicht zuletzt auch mit Blick auf die Rechtfertigung vorbeugender verhaltensbedingter Vertragsauflösungen.[1020]

Die Konstituierung derartiger Informationsbeschaffungspflichten verspricht indes nur vordergründig Erfolg, verbessert sich hierdurch doch einzig und allein der Wissensstand der prognostizierenden Vertragspartei selbst. Für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Prognosen im vertraglichen Dauerschuldverhältnis ist nach oben Gesagtem[1021] jedoch ohnehin auf den Wissensstand eines objektiv-idealen Beobachters abzustellen, sodass der limitierte Kenntnisstand einer Vertragspartei für die abschließende rechtliche Beurteilung ohne Relevanz bleibt.[1022] Aus diesem

1016 Im Ansatz ähnlich *Honstetter*, Prognoseentscheidung 1994, S. 138.

1017 Beispielsweise ArbG Berlin 25.03.1976 – 26 Ca 210/75, DB 1976, 2072; *Becker-Schaffner*, BlStSozArbR 1976, 97, 98; auch die früheren Ausführungen des BAG (insbes. BAG 12.03.1968 – 1 AZR 413/67, AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1951 Krankheit; BAG 02.02.1973 – 2 AZR 172/72, AP Nr. 1 zu § 626 BGB Krankheit) wurden überwiegend in diese Richtung interpretiert, vgl. *Lepke*, Kündigung bei Krankheit, 16. Aufl. 2018, Rn. 146 m. w. N.

1018 Siehe nur ArbG Berlin 25.03.1976 – 26 Ca 210/75, DB 1976, 2072; *Becker-Schaffner*, BlStSozArbR 1976, 97, 98.

1019 Hierzu BAG 23.03.1972 – 2 AZR 226/71, AP Nr. 63 zu § 626 BGB; ErfK/*Niemann*, § 626 BGB Rn. 47; APS/*Vossen*, § 626 BGB Rn. 130b; MüHdb-ArbR/*Rachor*, § 124 Rn. 97.

1020 *Plum*, NZA 2019, 497, 499 f.

1021 Siehe oben D. IV. 4. .

1022 So auch die heute h. M. für die Erkundigungspflicht bei krankheitsbedingten Kündigungen, vgl. BAG 10.03.1977 – 2 AZR 79/76, AP Nr. 4 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; *Nicklaus*, Das Prognoseprinzip im arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzrecht 2012, S. 88; *Liebig*, Die Krankheit des Arbeitnehmers als Kündigungsgrund 1988, S. 171; *Lepke*, Kündigung bei Krankheit, 16. Aufl. 2018, Rn. 147; KR/

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Grunde können die oben skizzierten Informationsbeschaffungspflichten jedenfalls nicht allein unter Hinweis auf prognosetypischen Rechtsanwendungsschwierigkeiten gerechtfertigt werden; ob im Einzelfall andere Herleitungsoptionen zur Verfügung stehen[1023], bedarf hier keiner näheren Erörterung. Zu bedenken bleibt jedoch, dass die umfassende Beschaffung von Informationen letztlich im wohlverstandenen Interesse der jeweils prognostizierenden Vertragspartei liegen dürfte, ist eine frühzeitige Ausdehnung des Wissenshorizonts doch in besonderer Weise geeignet, die Risiken eines bei nachträglichem Bekanntwerden prognoserelevanter Tatsachen drohenden Prozessverlustes zu minimieren.[1024] Es mag sich vor diesem Hintergrund anbieten, anstatt von einer Informationsbeschaffungspflicht von einer bloßen „Informationsbeschaffungsobliegenheit" zu sprechen. Von einer „echten" Stärkung der Prognosebasis kann dagegen in diesem Zusammenhang keine Rede sein.

Rachor, § 1 KSchG Rn. 351; *Krause*, in: Linck/Krause/Bayreuther (Hrsg.), Kündigungsschutzgesetz 2019, § 1 KSchG Rn. 353; Schaub-ArbR-Hdb/*Linck*, § 131 Rn. 35; *Berkowsky*, Die personen- und verhaltensbedingte Kündigung, 4. Aufl. 2005, § 4 Rn. 67; *ders.*, NZA-RR 2001, 393, 399; *Popp*, AuR 1979, 42, 45; *ders.*, DB 1981, 2611, 2615; *Weller*, ArbRGeg 20 (1982), 77, 79; *Hueck*, Anm. zu BAG AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; differenzierend *Honstetter*, Prognoseentscheidung 1994, S. 138 ff.; aus demselben Grund gegen eine Anhörungspflicht im Vorfeld außerordentlicher Kündigungen BAG 23.03.1972 – 2 AZR 226/71, AP Nr. 63 zu § 626 BGB; ErfK/*Niemann*, § 626 BGB Rn. 47; APS/*Vossen*, § 626 BGB Rn. 130b; MüHdb-ArbR/*Rachor*, § 124 Rn. 97.

1023 Für die besondere Konstellation der Verdachtskündigung ist eine Anhörungspflicht als Ausprägung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit heute beispielsweise ganz überwiegend anerkannt, vgl. nur BAG 20.03.2014 – 2 AZR 1037/12, AP Nr. 54 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung; BeckOK-ArbR/*Stoffels*, § 626 BGB Rn. 155; APS/*Vossen*, § 626 BGB Rn. 348; ErfK/*Niemann*, § 626 BGB Rn. 178c; MüKo-BGB/*Hergenröder*, § 1 KSchG Rn. 228; *Eylert*, NZA-RR 2014, 393, 400; *Hunold*, NZA-RR 2012, 399; a. A. *Preis*, DB 1988, 1444, 1448 f.; *Ascheid*, Kündigungsschutzrecht 1993, Rn. 163.

1024 So für die krankheitsbedingte Kündigung auch *Nicklaus*, Das Prognoseprinzip im arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzrecht 2012, S. 88; *Berkowsky*, Die personen- und verhaltensbedingte Kündigung, 4. Aufl. 2005, § 4 Rn. 67; *Krause*, in: Linck/Krause/Bayreuther (Hrsg.), Kündigungsschutzgesetz 2019, § 1 KSchG Rn. 353; *Popp*, AuR 1979, 42, 45; ebenso mit Blick auf verhaltensbedingte (außerordentliche) Kündigungen ErfK/*Niemann*, § 626 BGB Rn. 47; APS/*Vossen*, § 626 BGB Rn. 130b; MüHdb-ArbR/*Rachor*, § 124 Rn. 97.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b) Bedeutung der Abmahnung

Die zentrale praktische Herausforderung des Prognostizierens im vertraglichen Dauerschuldverhältnis liegt alsdann auch weniger in der umfassenden Aufdeckung der gegenwärtigen oder vergangenen Tatsachengrundlage an sich, als vielmehr in der Anwendung hinreichend gesicherter Erfahrungssätze auf den so ermittelten Sachverhalt. Nicht selten wird über die gegenwärtige Lage zum Prognosezeitpunkt zwischen den Vertragsparteien gar weitgehende Einigkeit herrschen, während die hieraus gezogenen Schlüsse in Ermangelung hinreichend konsentierter Erfahrungssätze höchst unterschiedlicher Natur sein können. Besonders deutlich wird diese Problematik im Zusammenhang mit der Prognose menschlicher Verhaltensweisen, die nach unwidersprochener Auffassung in der gesamten Rechtswissenschaft besonders große Schwierigkeiten bereitet.[1025] Lehnt man das metaphysische Konzept des universellen Determinismus ab und erkennt in diesem Zuge die Freiheit des menschlichen Willens an[1026], so ist zu konzedieren, dass auch das Recht diesem schwer beherrschbaren „Unsicherheitsfaktor" in adäquater Rechnung tragen muss. Volksweisheiten wie „Wer einmal lügt, dem glaubt man nicht" taugen so jedenfalls kaum zur Lösung der diffizilen Problematik.[1027] Statistische Erhebungen etwa zur (objektiven) Wahrscheinlichkeit zukünftiger Pflichtverletzungen eines Arbeitnehmers nach einmaligem Fehlverhalten mögen zwar das Bild etwas erhellen, doch bergen auch sie stets die Gefahr, den einzelnen Menschen und seine individuellen Motive aus dem Blick zu verlieren.[1028] Diesem Risiko ist zwar aus prognosetheoretischer Sicht grundsätzlich durch eine Spezifizierung der anzuwendenden Erfahrungssätze entgegenzutreten, doch werden sich in derart hohem Grade individualisierbare Sätze hinreichend verlässlicher Art kaum mehr ausfindig machen lassen.[1029] Die Schwierigkeit der Prognose

1025 *Nell*, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen 1983, S. 30, 82 f.; *Regenfus*, JR 2012, 137, 140; *Schwabenhauer/Kling*, VerwArch 101 (2010), 231, 243; *Bieder*, in: Kreutz/Renftle/Faber u.a. (Hrsg.), Realitäten des Zivilrechts, Grenzen des Zivilrechts 2012, S. 23, 42.

1026 Vgl. *Regenfus*, JR 2012, 137, 140 unter Hinweis u. a. auf *Braun*, JZ 2004, 610 ff.; *Wolf*, AcP 170 (1970), 181, 212 f.

1027 Weniger kritisch *Bieder*, in: Kreutz/Renftle/Faber u.a. (Hrsg.), Realitäten des Zivilrechts, Grenzen des Zivilrechts 2012, S. 23, 28; *Hirtz*, MDR 1988, 182, 185 („für sehr viele Bereiche [kann wohl] ein solcher Erfahrungssatz aufgestellt werden").

1028 Vgl. auch *Schwabenhauer/Kling*, VerwArch 101 (2010), 231, 243.

1029 Im Ergebnis ähnlich *dies.*, VerwArch 101 (2010), 231, 243.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

menschlichen Verhaltens stellt dabei keineswegs ein privatrechtliches Spezifikum dar, sondern wird zwangsläufig auch in anderen Rechtsgebieten virulent. Beispielhaft sei hier auf die bereits eingangs gestreifte[1030] Thematik der Sozialprognose im Strafrecht hingewiesen, wo unter dem Stichwort des „breiten Mittelfeldes" die Behandlung der zahlreichen „Fraglich-Fälle" diskutiert wird, bei denen eine klare Zuordnung zu einer positiven oder negativen Verhaltensprognose allein mithilfe bestehender Erfahrungssätze unmöglich erscheint.[1031]

Unabhängig von der Frage, wie mit einem derartigen *non liquet* im Kontext vertraglicher Dauerschuldverhältnisse umzugehen ist[1032], ist in solchen (und in ähnlichen) Konstellationen stets auch eine „echte" Stärkung der tatsächlichen Prognosebasis in Betracht zu ziehen. Hiervon soll im hiesigen Zusammenhang dann die Rede sein, wenn die Tatsachenbasis im Vorfeld des Prognosezeitpunktes in einer Weise angereichert wird, die die Anwendung eines im Vergleich zur vorherigen Lage besser gesicherten und zuverlässigeren Erfahrungssatzes erlaubt. Mit anderen Worten soll an dieser Stelle nunmehr der mögliche Austausch einer wenig ergiebigen[1033] durch eine mit Bedacht auf die Validität des Prognoseergebnisses „bessere" Tatsachengrundlage in den Blick genommen werden. Klassisches Mittel einer so verstandenen „echten" Stärkung der Prognosebasis im vertraglichen Dauerschuldverhältnis ist die Abmahnung.[1034]

Mit Ausübung dieses vertraglichen Rügerechts macht der Gläubiger den Schuldner auf eine Verletzung seiner vertraglichen Pflichten aufmerksam (Rüge/Hinweis/Beanstandungs- und Dokumentationsfunktion), fordert

1030 Siehe oben B. I. 3. b) .

1031 Das breite Mittelfeld bildet somit eine Gruppe von Personen, bei denen aufgrund eines strukturellen Mangels an Erfahrungssätzen keine eindeutigen (Legal-)Prognosen möglich sind; an den Rändern dagegen gebe es (kleine) Gruppen von Tätern, für die ein relativ gesichertes Erfahrungswissen bestehe (beispielsweise kriminelle Karriere auf der einen Seite, kurzzeitige Überforderung eines sonst Tadellosen auf der anderen Seite), vgl. nur *Frisch*, Prognoseentscheidungen im Strafrecht 1983, S. 39 ff.; *Terhorst*, MDR 1978, 973, 974 ff.

1032 Dazu sogleich D. V. 2. a) bb) .

1033 Nicht entscheidend ist an dieser Stelle die „Sicherheit" oder „Unsicherheit" der jeweiligen Tatsachenbasis (diese ist allein ein Problem der korrekten Sachverhaltsermittlung), es kommt vielmehr lediglich darauf an, welche Qualität den auf ebendiese Basis anwendbaren Erfahrungssätzen zukommt.

1034 Auf den so aufgedeckten Unterschied zwischen Anhörung (keine Änderung des objektiven Sachverhalts) und Abmahnung (Veränderung des objektiven Sachverhalts) weist im Kontext arbeitsrechtlicher Kündigungen beispielsweise auch *Herschel*, Anm. zu BAG AP Nr. 63 zu § 626 BGB hin.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

ihn für die Zukunft zu vertragsgerechtem Verhalten auf und warnt schließlich ausdrücklich davor, dass im Wiederholungsfalle weitergehende Konsequenzen bis hin zur einseitigen Beendigung der Vertragsbeziehung drohen (Warnfunktion).[1035] Setzt die gerügte Vertragspartei ihr vertragswidriges Verhalten im Anschluss an die Abmahnung fort oder kommt es wiederholt zu ähnlichen Pflichtverletzungen, so verbesserst sich die tatsächliche Grundlage einer negativen Verhaltensprognose merklich. Kaum jemand wird bestreiten können, dass allgemeine Erfahrungssätze eine Negativprognose auf Basis einer beharrlichen oder wiederholten Vertragsverletzung eher zu tragen vermögen, als stünde allein ein erstmaliges Fehlverhalten in Rede. Zugespitzt formuliert: Ein (fiktiver) Erfahrungssatz des Inhalts „Wer trotz deutlichen Hinweises mehrfach lügt, dem glaubt man nicht" begründet eine negative Verhaltensprognose zweifellos valider als die oben zitierte Volksweisheit. Steht ein steuerbares Verhalten[1036] als maßgebliches Prognoseereignis im Raum, so ist die Abmahnung daher grundsätzlich geeignet, die Aussagekraft einer auf ihrer Basis erstellten Negativprognose erheblich zu steigern.[1037] Dies muss gemeint sein, wenn in der arbeitsrechtlichen Rechtsprechung und Literatur davon ausgegangen wird, die Abmahnung diene (auch) der „Objektivierung" der kündigungsrechtlichen Negativprognose.[1038] Wenngleich kaum einmal explizit ausgesprochen, beanspruchen

1035 Diese unterschiedlichen Funktionen der Abmahnung werden vor allem im arbeitsrechtlichen Kündigungsrecht deutlich hervorgehoben, vgl. nur BAG 19.07.2012 – 2 AZR 782/11, AP Nr. 34 zu § 611 BGB Abmahnung m.w.N. aus der Rechtsprechung; APS/*Vossen*, § 1 KSchG Rn. 349; MüHdb-ArbR/*Zimmermann*, § 114 Rn. 21; ErfK/*Niemann*, § 626 BGB Rn. 29a.

1036 Bisweilen soll auch bei einer personenbedingten Kündigung eine Abmahnung erforderlich sein, wenn der Arbeitnehmer den Kündigungsgrund durch steuerbares Verhalten beseitigen kann, vgl. *Joussen*, NZA-RR 2016, 1, 2 f.

1037 Ebenso *Bieder*, in: Kreutz/Renftle/Faber u.a. (Hrsg.), Realitäten des Zivilrechts, Grenzen des Zivilrechts 2012, S. 23, 41 f.

1038 BAG 19.02.2009 – 2 AZR 603/07, AP Nr. 46 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung; BAG 10.06.2010 – 2 AZR 541/09, AP Nr. 229 zu § 626 BGB; BAG 23.06.2009 – 2 AZR 283/08, AP Nr. 5 zu § 1 KSchG 1969 Abmahnung; *Rinck/Kunz*, in: Tschöpe (Hrsg.), Arbeitsrecht Handbuch 2021, Außerordentliche Kündigung Rn. 26; MüKo-BGB/*Hergenröder*, § 1 KSchG Rn. 242; *Krause*, in: Linck/Krause/Bayreuther (Hrsg.), Kündigungsschutzgesetz 2019, § 1 KSchG Rn. 479; *Kerwer*, in: Boecken/Düwell/Diller u.a. (Hrsg.), Gesamtes Arbeitsrecht 2016, § 1 KSchG 767; APS/*Vossen*, § 1 KSchG Rn. 343; ErfK/*Oetker*, § 1 KSchG Rn. 199; *Ascheid*, Kündigungsschutzrecht 1993, Rn. 64; *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 330; begrifflich treffender BeckOK-ArbR/*Rolfs*, § 1 KSchG Rn. 235: „Die Abmahnung eines (erstmaligen) Fehlverhaltens dient zugleich dazu, eine sichere Prognosegrundlage für eine möglicherweise folgende Kündigung zu schaffen"; ähnlich

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

derartige Erwägungen auch für andere Abmahnungskonstellationen (vor allem mit Bedacht auf § 314 Abs. 2 S. 1 BGB) allgemeine Geltung.[1039]

Angesichts dieser evidenten Verbesserung der Prognosebasis durch das Instrument der Abmahnung erscheint es zumindest nicht abwegig, aus der übergreifenden Geltung des Prognoseprinzips im vertraglichen Dauerschuldverhältnis das allgemeine Erfordernis einer vorherigen Abmahnung bei steuerbarem Verhalten der anderen Vertragspartei herzuleiten zu versuchen. Vorschriften wie § 314 Abs. 2 S. 1 oder § 543 Abs. 3 S. 1 BGB legen beredtes Zeugnis darüber ab, dass der Gesetzgeber der Abmahnung jedenfalls im Recht der außerordentlichen Kündigung von Dauerschuldverhältnissen eine zentrale Rolle zuteilwerden lassen wollte. Auch für ordentliche Arbeitgeberkündigungen im Anwendungsbereich des KSchG ist allgemein anerkannt, dass eine negative Verhaltensprognose im Regelfall eine vorherige Abmahnung voraussetzt.[1040] Die in diesem Zusammenhang postulierten Ausnahmen vom Abmahnerfordernis harmonieren ebenfalls gut mit der Anerkennung des prognosestärkenden Charakters der Abmahnung.[1041] Vor diesem Hintergrund muss es durchaus überraschen, dass die Notwendigkeit einer vorherigen Abmahnung im Recht der (verhaltensbedingten) Vermieterkündigung im Wohnraummietrecht lebhaft umstritten ist.[1042] Zwar trägt auch das in § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB enthaltene Merkmal des Verschuldens durchaus zur Stärkung der Prognosebasis bei[1043], doch wird sich die Frage nach der (auch) durch eine Negativprognose festzustellenden Erheblichkeit einer Pflichtverletzung auch hier häufig erst bei Vorliegen einer erfolglosen Abmahnung hinreichend valide beantworten lassen. Auch dort,

---

APS/*Preis*, Prinzipien H Rn. 81; SPV/*ders.*, § 2 Die Sozialwidrigkeit der Kündigung Rn. 1209 („sicherere Prognosegrundlage").

1039 Nach BeckOGK-BGB/*Martens*, § 314 BGB Rn. 54 stellt die Abmahnung zumindest „eine gesicherte (…) Wertungsgrundlage für eine etwaige spätere fristlose Kündigung" dar.

1040 APS/*Vossen*, § 1 KSchG Rn. 343; MüHdb-ArbR/*Zimmermann*, § 114 Rn. 22; *Krause*, in: Linck/Krause/Bayreuther (Hrsg.), Kündigungsschutzgesetz 2019, § 1 KSchG Rn. 472; BeckOK-ArbR/*Rolfs*, § 1 KSchG Rn. 234.

1041 *Bieder*, in: Kreutz/Renftle/Faber u.a. (Hrsg.), Realitäten des Zivilrechts, Grenzen des Zivilrechts 2012, S. 23, 42.

1042 Dagegen beispielsweise BGH 28.11.2007 – VIII ZR 145/07, NJW 2008, 508, 510 f.; Bub/Treier/*Fleindl*, Kapitel IV. 111; Staudinger/*Rolfs*, § 573 BGB Rn. 31, die freilich allesamt darauf hinweisen, dass eine erfolglose Abmahnung durchaus zur Verstärkung des Kündigungsgrundes taugt; dafür MüKo-BGB/*Häublein*, § 573 BGB Rn. 66 f.; Schmidt-Futterer/*Blank*, § 573 BGB Rn. 13a; *Streyl*, WuM 2013, 454, 459 f.; ausführlich *Loof*, ZMR 2008, 680 ff.

1043 In der Sache ebenso BGH 28.11.2007 – VIII ZR 145/07, NJW 2008, 508, 510.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wo der Gesetzgeber von der ausdrücklichen Implementierung eines zwingenden Abmahnerfordernisses abgesehen hat, kann die Wahrscheinlichkeit zukünftiger Vertragsverletzungen durch steuerbares Verhalten somit in der Regel nur unter Hinweis auf eine vor dem Prognosezeitpunkt ausgesprochene Abmahnung ausreichend verlässlich ermittelt werden. Das Erfordernis einer vorherigen Abmahnung lässt sich so durchaus als allgemeines Zugeständnis an die oben aufgezeigten Schwierigkeiten bei der Prognose menschlicher Verhaltensweisen begreifen. Welche rechtstechnische Bedeutung der Abmahnung mit Bedacht auf ihre prognosespezifische Aussagekraft letztlich beigemessen werden kann, soll sogleich im Zusammenhang mit der prozessualen Behandlung privatrechtlicher Prognoseprobleme näher erörtert werden.[1044]

Innerhalb des untersuchten Themenkreises wird dieses Problem abseits des Kündigungsrechts (an dieser Stelle unter Einschluss der – seltenen[1045] – verhaltensbedingten Änderungskündigung[1046]) im Übrigen kaum einmal relevant, sodass auch die Bedeutung der Abmahnung hier entsprechend geringer ausfällt.[1047]

2. Prozessuale Behandlung

Die aufgezeigten Probleme bei der Ermittlung der Wahrscheinlichkeit zukünftiger Ereignisse kulminieren in besonderer Weise in der Situation einer gerichtlichen Auseinandersetzung zwischen den jeweiligen Vertragsparteien. Dass den hierbei zwangsläufig auftretenden (Beweis-)Schwierigkeiten nicht durch die Einräumung eines kontrollfreien Prognosespielraums zugunsten der prognostizierenden Vertragspartei begegnet werden kann, ist bereits an anderer Stelle ausführlich erörtert worden.[1048] Unabhängig von der Frage, ob im konkreten Verfahren eine originäre Gerichtsprognose oder aber eine gerichtliche Prognosekontrolle in Rede steht, erscheint es

1044 Unten D. V. 2. b) cc) (2) .

1045 Siehe nur *Berkowsky*, NZA-RR 2003, 449, 457.

1046 Zum Abmahnerfordernis hier beispielsweise BAG 21.11.1985 – 2 AZR 21/85, AP Nr. 12 zu § 1 KSchG 1969; LAG Nürnberg 06.08.2012 – 2 Sa 643/11, NZA-RR 2012, 631, 633; ErfK/*Oetker*, § 2 KSchG Rn. 46; APS/*Künzl*, § 2 KSchG Rn. 244; MüKo-BGB/*Hergenröder*, § 2 KSchG Rn. 86; SPV/*Preis*, § 2 Die Sozialwidrigkeit der Kündigung Rn. 1330.

1047 Exemplarisch zu § 313 BGB MüKo-BGB/*Finkenauer*, § 313 BGB Rn. 171: „Eine Abmahnung nach § 314 Abs. 2 wäre in den Grundlagenfällen ohnehin kaum je relevant".

1048 Siehe oben D. IV. 1. b) .

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gleichwohl nicht völlig ausgeschlossen, den (auch) im materiellen Recht wurzelnden Unwägbarkeiten des privatrechtlichen Prognostizierens auf prozessualem Wege Herr zu werden. Als Mittel der Wahl kommen hierbei Beweiserleichterungen durch die Anpassung der Darlegungs- und Beweislast oder durch die Absenkung des prozessualen Beweismaßes in Betracht.

a) Ausgangslage

Bedarfe, Möglichkeiten und Grenzen solcher Beweiserleichterungen erschließen sich derweil erst vor dem Hintergrund der allgemeinen prozessualen Ausgangslage, die aus diesem Grunde zunächst überblicksartig dargestellt werden soll. Hierfür sind in gebotener Kürze allgemeine Begriffe und Prinzipien des Beweisrechts im Zivilprozess in den Blick zu nehmen und zunächst unmodifiziert auf die Problematik des Prognoseprinzips im vertraglichen Dauerschuldverhältnis anzuwenden. Grundsätzlich obliegt es dabei nach dem Verhandlungs- oder Beibringungsgrundsatz den Prozessparteien, dem Gericht die aus ihrer Sicht relevanten Tatsachen darzulegen und diese im Bestreitensfalle auch zu beweisen.[1049]

aa) Gegenstand des Beweises

Einen tauglichen Beweisgegenstand bilden in erster Linie die tatbestandsrelevanten Tatsachen d. h. jene vergangenen, gegenwärtigen oder künftigen Geschehnisse und Zustände der Außenwelt (äußere Tatsachen) und des menschlichen Seelenlebens (innere Tatsachen), die den Tatbestand der in Streit stehenden Rechtsnorm ausfüllen.[1050]

1049 Siehe nur *Regenfus*, JR 2012, 137, 142; *Pohlmann*, Zivilprozessrecht, 4. Aufl. 2018, Rn. 331.

1050 *Pohlmann*, Zivilprozessrecht, 4. Aufl. 2018, Rn. 331a; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 112 Rn. 3; *Lüke*, Zivilprozessrecht I, 11. Aufl. 2020, § 22 Rn. 5; Musielak/Voit/*Foerste*, § 284 ZPO Rn. 2; *Saenger*, in: ders. (Hrsg.), Zivilprozessordnung 2021, § 284 ZPO Rn. 7; *Greger*, in: Zöller (Hrsg.), Zivilprozessordnung 2020, § 286 ZPO Rn. 9; Thomas/Putzo/*Seiler*, Vorbem. zu § 284 ZPO Rn. 13; die bloß im Ausnahmefall anzunehmende Beweisbedürftigkeit von Rechtsnormen ist hier nicht von Relevanz und soll daher nicht näher thematisiert werden, vgl. hierzu beispielsweise *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 112 Rn. 13 ff.; zur Bedeutung von Erfahrungssätzen sogleich.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Tatbestandsmerkmal der hier untersuchten Prognosenormen ist stets die hinreichende Wahrscheinlichkeit einer bestimmten Entwicklung des jeweiligen Dauerschuldverhältnisses. Bezugsobjekte jener Wahrscheinlichkeit sind so zwar stets künftige Ereignisse, doch können diese nicht selbst als tatbestandsausfüllende Tatsachen im soeben beschriebenen Sinne angesehen werden. Vor allem wenn die gerichtliche Kontrolle einer Prognose aus Sicht ex ante in Rede steht, wird nur allzu deutlich, dass allein die auf den Prognosezeitpunkt bezogene Wahrscheinlichkeit des Eintritts des Prognoseereignisses als Beweisgegenstand in Betracht kommt. Ebenjene lässt sich je nach Lage des Prognosezeitpunktes indes besser als vergangener[1051] oder gegenwärtiger[1052] Zustand beschreiben, den es im Prozess darzulegen und im Bestreitensfalle zu beweisen gilt.

Auch hiermit ist der Beweisgegenstand der Prognose derweil noch unzureichend beschrieben, fehlt es der festzustellenden Wahrscheinlichkeit einer zukünftigen Entwicklung doch am für die Beweistauglichkeit bedeutsamen Merkmal der sinnlichen Wahrnehmbarkeit.[1053] Der unmittelbare Beweis einer Prognose ist aus diesem Grunde schon denklogisch ausgeschlossen. Möglich erscheint stattdessen allein ein mittelbarer Beweis, bei dem der Richter von tatbestandsfremden (Indiz-)Tatsachen aufgrund von Erfahrungssätzen auf das Vorliegen der tatbestandsrelevanten Tatsache schließen kann.[1054] Gemünzt auf privatrechtliche Prognosen kommen als in diesem Sinne beweisfähige und beweisbedürftige Indiztatsachen allein die prognoserelevanten vergangenen und gegenwärtigen Sachverhalte und damit sämtliche *Antecedens*-Bedingungen in Betracht. Als tauglicher Beweisgegenstand ist mit anderen Worten zunächst die Prognosebasis anzusehen, wobei insbesondere auch die bisweilen anzuerkennenden „subjektiven Tatsachen" im Bestreitensfalle (ggf. wiederum durch Indizien) zu beweisen sind.

1051 Im Falle, dass der Prognosezeitpunkt vor dem Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz liegt.

1052 So, wenn die Wahrscheinlichkeit vom Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung aus zu beurteilen ist.

1053 Hierzu *Lüke*, Zivilprozessrecht I, 11. Aufl. 2020, § 22 Rn. 5.

1054 Zum Indizienbeweis *Hansen*, JuS 1992, 327 ff.; *Kopp/Schmidt*, JR 2015, 51 ff.; *Huber*, JuS 2016, 218, 219; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 111 Rn. 15; *Pohlmann*, Zivilprozessrecht, 4. Aufl. 2018, Rn. 365; *Lüke*, Zivilprozessrecht I, 11. Aufl. 2020, § 22 Rn. 7; *Saenger*, in: ders. (Hrsg.), Zivilprozessordnung 2021, § 284 ZPO Rn. 26; MüKo-ZPO/*Prütting*, § 284 ZPO Rn. 24.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Erforderlich ist darüber hinaus sodann stets ein Rückgriff auf jene allgemeinen Gesetze, die nach wissenschaftstheoretischer Terminologie gemeinsam mit den *Antecedens*-Bedingungen das *Explanans* bilden und so erst den Schluss auf die hinreichende Wahrscheinlichkeit einer bestimmten zukünftigen Entwicklung des Schuldverhältnisses erlauben.[1055] Die so angesprochenen Erfahrungssätze sollen im Prozess von Amts wegen zu berücksichtigen sein und sind gegebenenfalls durch Sachverständigenbeweis festzustellen.[1056]

Die Prognose als gesetzliches Tatbestandsmerkmal lässt sich folglich je nach Lage des maßgeblichen Prognosezeitpunktes als gegenwärtiger oder vergangener Zustand verstehen, der als entscheidungserhebliche Tatsache aufgrund seines Wahrscheinlichkeitscharakters allein einem mittelbaren (Indizien-)Beweis zugänglich ist. Konkreter Beweisgegenstand sind so stets die jeweiligen *Antecedens*-Bedingungen als Indiztatsachen, auf deren Basis durch die Anwendung allgemeiner Erfahrungssätze die hinreichende Wahrscheinlichkeit des Prognoseereignisses ermittelt werden können muss.

bb) Darlegungs- und Beweislast

Vor dem Hintergrund der immer wieder hervorgehobenen Unwägbarkeiten des Prognosevorgangs kommt sodann dem Gesichtspunkt der prozessualen Darlegungs- und Beweislast entscheidende Bedeutung zu. Nach Beweislastgesichtspunkten nämlich hat ein Gericht dann zu entscheiden, wenn eine beweisbedürftige Tatsache trotz Erschöpfung aller Aufklärungsmöglichkeiten bis zum Ende des Prozesses ungewiss bleibt (*non liquet*).[1057] Die (objektive wie subjektive) Beweislast für eine tatbestandsrelevante Tatsache trägt nach überkommener Auffassung im Zivilprozessrecht in Ermangelung

1055 Zu diesem Verfahren näher oben B. I. 2. b) .

1056 *Regenfus*, JR 2012, 137, 142; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 112 Rn. 11; Thomas/Putzo/*Seiler*, Vorbem. zu § 284 ZPO Rn. 15; kritisch *Kopp/Schmidt*, JR 2015, 51, 57; Musielak/Voit/*Foerste*, § 284 ZPO Rn. 4.

1057 *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast 1983, S. 14 ff.; *Musielak*, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß 1975, S. 19 ff.; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 116 Rn. 1 ff.; *Lüke*, Zivilprozessrecht I, 11. Aufl. 2020, § 23 Rn. 1; *Pohlmann*, Zivilprozessrecht, 4. Aufl. 2018, Rn. 352; *Musielak/Voit*, Grundkurs ZPO, 15. Aufl. 2020, Rn. 852; Thomas/Putzo/*Seiler*, Vorbem. zu § 284 ZPO Rn. 21; Musielak/Voit/*Foerste*, § 286 ZPO Rn. 32; MüKo-ZPO/*Prütting*, § 286 ZPO Rn. 96.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

spezieller gesetzlicher Regelungen grundsätzlich diejenige Prozesspartei, die sich zu ihren Gunsten auf selbige beruft.[1058] Übertragen auf die Prognoseproblematik folgt hieraus, dass der Beweis einer Prognose als Element der Sachgrundkonkretisierung im Grundsatz derjenigen Partei obliegt, die aus der hinreichenden Wahrscheinlichkeit zukünftiger Beeinträchtigungen des jeweiligen Schuldverhältnisses für sich günstige Rechtsfolgen herleiten möchte. Infolgedessen liegt die Beweislast für derlei Prognosen im Regelfall bei der gestaltungswilligen Vertragspartei (sprich: dem Kündigenden, dem befristenden Arbeitgeber/Vermieter, dem Anpassungsinteressenten).[1059] Gelingt der notwendige Beweis der Prognose im Prozess nicht – sei es, weil die tatsächliche Prognosebasis ungewiss bleibt oder weil die anwendbaren Erfahrungssätze das Gericht von der hinreichenden Wahrscheinlichkeit zukünftiger Störungen nicht im erforderlichen Maße überzeugen[1060] – so gilt der Tatbestand der entsprechenden Prognosenorm als nicht erfüllt. Für das arbeitsrechtliche Kündigungsschutzrecht hat der Gesetzgeber diese Beweislastverteilung in § 1 Abs. 2 S. 4 KSchG explizit klargestellt.[1061] Gleichwohl sei einschränkend darauf hingewiesen, dass die grundsätzliche Verteilung der Beweislast stets untrennbar mit dem konkreten Streitgegenstand des jeweiligen Verfahrens verbunden bleibt: Klagt beispielsweise ein Wohnraummieter auf Schadensersatz wegen unberechtigter Eigenbedarfskündigung,

1058 Siehe nur BGH 20.03.1986 – IX ZR 42/85, NJW 1986, 2426, 2427; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 116 Rn. 7; *Pohlmann*, Zivilprozessrecht, 4. Aufl. 2018, Rn. 352; *Lüke*, Zivilprozessrecht I, 11. Aufl. 2020, § 23 Rn. 4; *Musielak/Voit*, Grundkurs ZPO, 15. Aufl. 2020, Rn. 856; MüKo-ZPO/*Prütting*, § 286 ZPO Rn. 113 ff.; Musielak/Voit/*Foerste*, § 286 ZPO Rn. 34 ff.;Thomas/Putzo/*Seiler*, Vorbem. zu § 284 ZPO Rn. 23.

1059 Für das arbeitsrechtliche Befristungsrecht *Dörner*, Der befristete Arbeitsvertrag, 2. Aufl. 2011, Rn. 839 f.; *Plander/Witt*, DB 2002, 1002, 1005; Laux/Schlachter/*Schlachter*, § 14 TzBfG Rn. 27; ErfK/*Müller-Glöge*, § 17 TzBfG Rn. 14a; APS/*Backhaus*, § 14 TzBfG Rn. 113 f.; *Tillmanns*, in: Däubler/Hjort/Schubert u.a. (Hrsg.), Arbeitsrecht 2017, § 14 TzBfG Rn. 27; *Loth*, Prognoseprinzip im befristeten Arbeitsverhältnis 2015, S. 159; *Persch*, Kernfragen des Befristungsrechts 2010, S. 265; für das wohnraummietrechtliche Befristungsrecht BeckOK-BGB/*Hannappel*, § 575 BGB Rn. 41; *Feuerlein*, WuM 2001, 371, 372; für § 313 BGB MüKo-BGB/*Finkenauer*, § 313 BGB Rn. 135; BeckOGK-BGB/*Martens*, § 313 BGB Rn. 162; BeckOK-BGB/*Lorenz*, § 313 BGB Rn. 94.

1060 Zum Beweismaß sogleich.

1061 Zum (umstrittenen) Klarstellungscharakter der Norm näher *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast 1983, S. 296 ff.; *Ascheid*, Beweislastfragen im Kündigungsschutzprozeß 1989, S. 61 ff.; a. A. *Reinecke*, Beweislastverteilung im Bürgerlichen Recht und im Arbeitsrecht 1976, S. 166; vgl. auch *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 58 f.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

so hat dieser die Fehlerhaftigkeit der ursprünglichen Bedarfsprognose zu beweisen, weil er sich in diesem Fall zu seinen Gunsten (nämlich zur Begründung eines i. d. R. auf § 280 Abs. 1 BGB gestützten Schadensersatzanspruchs) auf ebenjenen Umstand beruft.[1062] In der Konstellation eines vom Vermieter angestrengten Kündigungs- bzw. Räumungsprozesses dagegen ist die Beweislast den obigen Ausführungen entsprechend umgekehrt verteilt.[1063]

Die Darlegungslast wiederum folgt der Beweislast in allen wesentlichen Punkten, sodass das eben Gesagte auch für deren Verteilung im Regelfall Geltung beansprucht.[1064]

cc) Beweismaß

Wann der Beweis einer Tatsache erbracht ist und somit eine Beweislastentscheidung unterbleiben kann, ergibt sich sodann aus § 286 ZPO: Eine Tatsache ist danach bewiesen, wenn der Richter von der Wahrheit der jeweiligen Tatsachenbehauptung *überzeugt* ist. Die Frage, in welcher Weise der Begriff der richterlichen Überzeugung näher zu konkretisieren ist, wird in Literatur und Rechtsprechung unter dem Stichwort des Beweismaßes seit jeher kontrovers diskutiert.[1065] Für die Zwecke dieser Untersuchung soll mit der herrschenden Meinung vom einheitlichen Regelbeweismaß der vollen richterlichen Überzeugung ausgegangen werden, wonach für die Wahrheit der jeweiligen Tatsache eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit streiten muss, die Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen.[1066] Vergegenwärtigt man sich noch einmal den Beweisgegenstand der hier untersuchten Prognosenormen, so ergibt sich hieraus, dass sich das Gericht im Rahmen der Beweisaufnahme die volle Überzeugung

1062 MüKo-BGB/*Häublein*, § 573 BGB Rn. 151; BeckOGK-BGB/*Geib*, § 573 BGB Rn. 189; Staudinger/*Rolfs*, § 573 BGB Rn. 239; *Milger*, NZM 2014, 769, 779.

1063 MüKo-BGB/*Häublein*, § 573 BGB Rn. 150; BeckOGK-BGB/*Geib*, § 573 BGB Rn. 189; *Milger*, NZM 2014, 769, 779; *Fleindl*, NZM 2016, 289, 295.

1064 Vgl. nur *Pohlmann*, Zivilprozessrecht, 4. Aufl. 2018, Rn. 341; *Lüke*, Zivilprozessrecht I, 11. Aufl. 2020, § 23 Rn. 1.

1065 Ausführlich zum Meinungsstand MüKo-ZPO/*Prütting*, § 286 ZPO Rn. 32 ff.

1066 St. Rspr. BGH 17.02.1970 – III ZR 139/67, NJW 1970, 946 ff.; BGH 16.04.2013 – VI ZR 44/12, NJW 2014, 71, 72; BGH 18.10.2017 – VIII ZR 32/16, NJW 2018, 150, 151; aus der Literatur siehe etwa *Musielak/Voit*, Grundkurs ZPO, 15. Aufl. 2020, Rn. 828; Musielak/Voit/*Foerste*, § 286 ZPO Rn. 19; Thomas/Putzo/*Seiler*, § 286 ZPO Rn. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

von der hinreichenden Wahrscheinlichkeit des Prognoseereignisses bilden muss. Pointiert formuliert: Der Richter muss mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit von der auf den Prognosezeitpunkt bezogenen (hinreichenden) Wahrscheinlichkeit des Prognoseereignisses ausgehen dürfen. Deutlich sei an dieser Stelle noch einmal herausgestellt, dass das flexible materiell-rechtliche Wahrscheinlichkeitsmaß privatrechtlicher Prognosen nicht vorschnell mit dem erforderlichen Beweismaß im Prozess vermengt werden darf.[1067] Lediglich im Fall originärer Gerichtsprognosen bewirkt ein abgeschwächter Wahrscheinlichkeitsmaßstab auf materiell-rechtlicher Ebene dann denselben Effekt wie eine Absenkung des Beweismaßes, wenn man statt des Prognoseergebnisses das Prognoseereignis selbst zum entscheidenden Tatbestandsmerkmal und somit zum Beweisgegenstand erhebt. Ein solches Vorgehen erzeugt indes vollkommen überflüssige Brüche in der Prognosesystematik und ist schon aus diesem Grunde abzulehnen.

dd) Ergebnis: In dubio pro conservatione

Allgemeinen prozessualen Grundsätzen entsprechend hat so im Regelfall die gestaltungswillige Vertragspartei die auf den Prognosezeitpunkt bezogene Wahrscheinlichkeit zukünftiger Beeinträchtigungen des Dauerschuldverhältnisses darzulegen und ggf. zur vollen Überzeugung des erkennenden Gerichts zu beweisen. Konkreter Beweisgegenstand sind dabei jene singulären Sachverhalte, die als *Antecedens*-Bedingungen die tatsächliche Basis der Prognose bilden. Ausgehend von diesen Indiztatsachen müssen sodann allgemeine Erfahrungssätze mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auf die vom Prognosezeitpunkt aus betrachtet hinreichende Wahrscheinlichkeit künftiger Vertragsstörungen schließen lassen. Gelingt dieser Beweis nicht, so scheitert der intendierte Eingriff in den prospektiven Bestandsschutz auf prozessualer Ebene: In dubio pro conservatione – im Zweifel für den Bestandsschutz, auf diese simple Formel lässt sich die Wirkungsweise allgemeiner Beweisgrundsätze bei der Anwendung des Prognoseprinzips im vertraglichen Dauerschuldverhältnis für den Regelfall herunterbrechen.

1067 Siehe schon oben D. III. 5. a) .

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b) Ansätze zur Beweiserleichterung

Dass der Beweis des Prognoseergebnisses mitunter eine große praktische Herausforderung darstellt, ist im Rahmen dieses Abschnitts bereits mehrfach angeklungen. Schon Darlegung und Beweis der Prognosebasis können sich als schwierig erweisen, wenn sich die beweiserheblichen Indiztatsachen beispielsweise gänzlich außerhalb der Einfluss- und Kenntnissphäre der beweisbelasteten Partei befinden. Große Unsicherheit besteht sodann in vielen Fällen über die (empirische) Belastbarkeit der möglicherweise anwendbaren Erfahrungssätze. Nicht selten wird – selbst unter Hinzuziehung externen Sachverstands – gar völlig offenbleiben, ob bestimmte Erfahrungssätze überhaupt anzuerkennen sind und ob diese auch im konkreten Fall zu Anwendung gelangen dürfen. Derart evidente Beweisprobleme stets und allein der gestaltungswilligen Vertragspartei aufzubürden, mag vor dem Hintergrund einer letztlich strukturbedingten Unsicherheit mitunter unbillig erscheinen.[1068]

Zur Bekämpfung solch überwiegend prognosespezifischer Beweisnöte haben Rechtsprechung und Literatur bereits in der Vergangenheit ein beträchtliches Arsenal möglicher Beweiserleichterungen in Stellung gebracht. Es bietet sich aus diesem Grunde an, die Möglichkeiten und Grenzen derartiger Konzepte nicht „im luftleeren Raum" zu eruieren, sondern die bestehenden und zum Teil in jahrzehntelanger Übung praktizierten Vorschläge stattdessen kritisch zu analysieren, einzuordnen und schließlich auf verallgemeinerungsfähige Gedanken hin zu untersuchen.

aa) Anpassungen der Beweislastverteilung

Obschon nicht immer als Beweiserleichterungen im strengen Sinne verstanden[1069], kommen zur Korrektur prognosespezifischer Beweisnöte zunächst Anpassungen der Beweislastverteilung in Betracht.

So finden sich beispielsweise mancherorts Vorschläge, die kündigungsrechtliche Negativprognose im Arbeitsrecht im Falle einer neuerlichen

1068 Zu typischen Bedürfnissen für Beweiserleichterungen vgl. *Greger*, in: Zöller (Hrsg.), Zivilprozessordnung 2020, Vorbem. zu § 284 ZPO Rn. 25.

1069 So *ders.*, in: Zöller (Hrsg.), Zivilprozessordnung 2020, Vorbem. zu § 284 ZPO Rn. 27; offener MüKo-ZPO/*Prütting*, § 286 ZPO Rn. 132; Stein/Jonas/*Thole*, § 286 ZPO Rn. 124.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Pflichtverletzung trotz vorheriger Abmahnung „praktisch zu fingieren".[1070] Zwar fällt die korrekte Deutung einer derartigen Formulierung nicht eben leicht, vieles spricht jedoch dafür, dass eine echte Fiktion im Rechtssinne – d. h. die unwiderlegliche Annahme eines Sachverhalts, der in Wirklichkeit nicht besteht[1071] – eher nicht gemeint ist. Auch für die Annahme einer gesetzlichen Vermutung der Negativprognose i. S. v. § 292 ZPO fehlt es im materiellen Recht (mit Ausnahme der Sondervorschrift des § 1 Abs. 5 S. 1 KSchG) ersichtlich an Anhaltspunkten.

Noch am vielversprechendsten erscheint es in diesem Kontext, für Prognosen im vertraglichen Dauerschuldverhältnis eine Abweichung von der allgemeinen Grundregel der Beweislastverteilung in Form einer Umkehr der Beweislast in Betracht zu ziehen. Von konkretem Interesse ist dabei die Theorie einer Verteilung der Beweislast nach Gefahrenbereichen, die sich vor allem im Haftungsrecht einiger Beliebtheit erfreut.[1072] Hiernach trage jede Partei die Beweislast für die ihrem Gefahrenbereich entstammenden Tatsachen[1073], wobei unter dem Begriff des „Gefahrenbereichs" die räumlich-gegenständliche Herrschaftssphäre der betroffenen Person zu verstehen sei.[1074] Für ein derartiges Vorgehen im Haftungsrecht spreche zunächst, dass der Schädiger zur Aufklärung von Sachverhalten in seiner Herrschaftssphäre schlicht besser in der Lage („näher dran") sei als der Geschädigte, der den Gefahrenbereich regelmäßig kaum übersehen könne.[1075] Gerade dieser offenkundige Antagonismus zwischen der Beweisnot des Geschädigten auf der einen und der Beweisnähe des Schädigers auf der anderen Seite rechtfertige eine Delegation des Beweisrisikos an den Schädiger, wenn feststehe, dass streitige Tatsachen aus dessen Gefahrenbereich stammten.[1076]

1070 So *Preis*, NZA 1997, 1073, 1077; *Pfeiffer*, in: Gallner/Mestwerdt/Nägele u.a. (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht 2021, § 1 KSchG Rn. 175.

1071 *Groh*, in: Weber (Hrsg.), Creifelds, Rechtswörterbuch 2020, Fiktion; *Köbler*, in: Arloth/Tilch (Hrsg.), Deutsches Rechts-Lexikon 2001, Fiktion.

1072 Instruktiv *Prölss*, Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozeß 1966, S. 65 ff.; *ders.*, VersR 1964, 901 ff..; vgl. auch *Larenz*, FS Hauß 1978, S. 225 ff.

1073 *Prölss*, Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozeß 1966, S. 65; *Larenz*, Schuldrecht I, 14. Aufl. 1987, S. 374.

1074 *Prölss*, Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozeß 1966, S. 83; *ders.*, VersR 1964, 901.

1075 *Prölss*, Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozeß 1966, S. 75 f.; *ders.*, VersR 1964, 901, 903; *Larenz*, Schuldrecht I, 14. Aufl. 1987, S. 374 ff.

1076 *Prölss*, Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozeß 1966, S. 75 f.; *ders.*, VersR 1964, 901, 903; *ders.*, ZZP 82 (1969), 468, 471; *Larenz*, Schuldrecht I, 14. Aufl. 1987, S. 374 ff.; zustimmend offenbar auch *Dubischar*, JuS 1971, 385, 393.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

In diese Richtung deute darüber hinaus auch der Präventionsgedanke des Haftungsrechts.[1077] Im Ergebnis erweise sich die Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen gar als „zwingendes Gebot der Gerechtigkeit".[1078]

Auf der Grundlage derartiger Erwägungen erscheint es jedenfalls denkbar, die Beweislast für Prognosen im Recht der vertraglichen Dauerschuldverhältnisse stets derjenigen Vertrags- und Prozesspartei aufzubürden, deren Verantwortungsbereich das konkrete Prognoseereignis zuzurechnen ist. In konsequenter Anwendung einer solchen Formel läge es beispielsweise nahe, vom verhaltens- oder personenbedingt gekündigten Arbeitnehmer den Beweis zu verlangen, dass eine hinreichende Wahrscheinlichkeit zukünftiger Vertragsstörungen zum Zeitpunkt der Kündigung nicht bestand. Schließlich steht dieser den prognoserelevanten Tatsachen in derlei Konstellationen in der Regel deutlich näher als der kündigende Arbeitgeber, sodass die von Vertretern der Gefahrenbereichstheorie zum entscheidenden Faktor erhobene Beweisnähe ohne Weiteres zu bejahen wäre.[1079] Auch der Wohnraummieter müsste demnach im Falle einer Kündigung wegen schuldhafter Pflichtverletzung beweisen, dass eine Negativprognose im Hinblick auf sein zukünftiges Verhalten nicht berechtigt war. Ebenso erginge es dem Gekündigten im Falle der außerordentlichen Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses, sofern der Bezugspunkt der anzustellenden Negativprognose nur aus dessen Gefahrenbereich herrührte.

Auch unbeschadet der speziellen Problematik hat das Prinzip der Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen jedenfalls mit dem zuweilen postulierten allgemeinen Geltungsanspruch indes kaum Anhänger gefunden.[1080] Kritiker bemängeln zunächst zu Recht die weitgehende Konturlosigkeit des Begriffs des Gefahrenbereichs, der einer verlässlichen Rechtsan-

1077 *Prölss*, Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozeß 1966, S. 76; *ders.*, VersR 1964, 901, 904.

1078 *Prölss*, Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozeß 1966, S. 74.

1079 A. A. offenbar *Reinecke*, Beweislastverteilung im Bürgerlichen Recht und im Arbeitsrecht 1976, S. 170, der aber freilich nicht zwischen verschiedenen Bestandteilen des Kündigungsgrundes differenziert.

1080 Besonders ausführlich die Kritik von *Musielak*, AcP 176 (1976), 465 ff. und *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast 1983, S. 217 ff.; ablehnend auch MüKo-ZPO/*ders.*, § 286 ZPO Rn. 124; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 116 Rn. 15; zumeist wird der Anwendungsbereich dieses Prinzips auf ausgewählte Fallgruppen begrenzt, siehe beispielsweise Thomas/Putzo/*Seiler*, Vorbem. zu § 284 ZPO Rn. 25 ff.; BeckOK-ZPO/*Bacher*, § 284 ZPO Rn. 83 auch mit Beispielen aus der Rechtsprechung.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

wendung mitunter diametral entgegensteht.[1081] Mag es in gewissen Bereichen noch recht unproblematisch anmuten, die verschiedenen Verantwortungssphären voneinander abzugrenzen (beispielsweise betriebsbedingte Kündigungen auf der einen, personen- und verhaltensbedingte auf der anderen Seite[1082]), fällt eine Zuordnung in anderen Zusammenhängen – man denke nur an Prognosen bei der Vertragsanpassung nach § 313 BGB – deutlich schwerer und kommt zumeist erst nach eingehender Analyse der gesamten Vertragsbeziehung überhaupt in Betracht.[1083]

Der Anerkennung eines allgemeinen Prinzips der Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen stehen jedoch vor allem durchgreifende methodische Bedenken entgegen.[1084] So trifft es zwar durchaus zu, dass der Gesetzgeber den Sphärengedanken bei der Schaffung spezieller Beweislastnormen im Haftungsrecht zuweilen berücksichtigt hat[1085], doch rechtfertigt allein dieser Umstand noch nicht die Durchbrechung der beweisrechtlichen Grundregel durch ein allgemeines Prinzip der Beweislastverteilung nach Gefahrbereichen. Vielmehr wäre aus methodischer Sicht zunächst das Bestehen einer Regelungslücke in Bezug auf die Beweislastverteilung festzustellen, die es in einem zweiten Schritt sodann unter Beachtung sämtlicher allgemeiner Voraussetzungen einer Rechtsfortbildung auszufüllen gälte. Einem solchen Vorgehen steht für das arbeitsrechtliche Kündigungsrecht zunächst die spezielle Beweislastnorm des § 1 Abs. 2 S. 4 KSchG entgegen, die für die Anwendung eines anderslautenden Rechtsprinzips schlicht keinen Raum lässt. Auch für andere Anwendungsgebiete des Prognoseprinzips im vertraglichen Dauerschuldverhältnis wird sich eine verdeckte Regelungslücke im Hinblick auf die Beweislastverteilung kaum begründen lassen. Der (alleinigen) Verteilung der Beweislast nach Gefahrenbereichen steht überdies die besondere Bedeutung des Bestandsschutzes bei der Anwendung des Prognoseprinzips entgegen, mit der es sich – insbesondere

1081 *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast 1983, S. 217 ff.; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 116 Rn. 15; *Stoll*, FS v. Hippel 1967, S. 517, 521; *Musielak*, AcP 176 (1976), 465, 475 ff.

1082 Schon hier sind Zuordnungen indes nicht immer zweifelsfrei möglich.

1083 So auch die durchgreifende Kritik bei *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast 1983, S. 218; siehe auch *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 116 Rn. 15; *Stoll*, AcP 176 (1976), 145, 154.

1084 *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast 1983, S. 224.

1085 Beispiele bei *Prölss*, Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozeß 1966, S. 79 ff.; *ders.*, VersR 1964, 901, 904; *Reinecke*, Beweislastverteilung im Bürgerlichen Recht und im Arbeitsrecht 1976, S. 50 f.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wenn spezielle legislative Bestandsschutzkonzepte in Rede stehen – kaum vertrüge, die bestandsschutzdurchbrechende Vertragspartei aufgrund von Sphärengesichtspunkten großflächig von der grundsätzlich auf sie entfallenden Beweislast zu befreien. Vor diesem Hintergrund kann eine Ausnahme allenfalls dort Platz greifen, wo die Beweislast aufgrund der besonderen Streitkonstellation derjenigen Vertragspartei zugewiesen ist, die sich ihrerseits einer Durchbrechung des Grundsatzes pacta sunt servanda ausgesetzt sieht. Namentlich bei der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen wegen unberechtigter Eigenbedarfskündigungen erscheint es aufgrund der Beweisnähe des Vermieters und des Präventionsgedankens des Schadensersatzrechts durchaus naheliegend, dem Vermieter die Beweislast für die Rechtmäßigkeit der Bedarfsprognose zum Zeitpunkt der Kündigung aufzubürden.[1086] Hiermit kehrte die Idee der Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen letztlich zum Ort ihres Ursprungs – dem Haftungsrecht – zurück. Der BGH[1087] freilich zieht für derartige Fälle mit verbreiteter Zustimmung des Schrifttums[1088] lediglich eine Abstufung der Darlegungs- und Beweislast durch Konstituierung einer sekundären Behauptungslast[1089] des Vermieters in Betracht. Im Ergebnis lässt sich ein solcher Weg in der Tat stringenter in das tradierte System der Beweislastverteilung integrieren, sodass eine Beweislastumkehr nach Sphärengesichtspunkten auch für diesen Fall unstatthaft erscheint.

Auf der Ebene der Beweislastverteilung ist den prognosespezifischen Beweisproblemen nach alledem nicht beizukommen.

1086 LG Bochum 16.09.1996 – 9 S 148/96, NJWE-MietR 1997, 50, 51 („Die Richtigkeit dieser Auffassung ergibt sich daraus, daß die insoweit erheblichen Umstände allein in der Sphäre des Vermieters liegen, die dem Mieter nicht zugänglich sind"); LG Hamburg 06.11.1992 – 311 S 180/91, NJW-RR 1993, 333; LG Saarbrücken 19.12.1988 – 13 B S 117/88, WuM 1989, 251 ff.; *Harke*, ZMR 1991, 81, 93; *Ostermann*, WuM 1992, 342, 347.

1087 BGH 18.05.2005 – VIII ZR 368/03, NZM 2005, 580, 581 f.; BGH 29.03.2017 – VIII ZR 44/16, NZM 2017, 521, 522 (jeweils zum Eigenbedarf); BGH 11.10.2016 – VIII ZR 300/15, NZM 2017, 23, 25 f. (zum Betriebsbedarf).

1088 Staudinger/*Rolfs*, § 573 BGB Rn. 239; BeckOGK-BGB/*Geib*, § 573 BGB Rn. 189; Schmidt-Futterer/*Blank*, § 573 BGB Rn. 87; BeckOK-MietR/*Siegmund*, § 573 BGB Rn. 74; Grüneberg/*Weidenkaff*, § 573 BGB Rn. 58; Jauernig/*Teichmann*, § 573 BGB Rn. 12.

1089 Hierzu näher D. V. 2. b) dd).

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bb) Tatsächliche Vermutung

Ein beliebtes Alternativmodell zur Bekämpfung prognosespezifischer Beweisnöte stellt die Anerkennung einer „tatsächlichen Vermutung" zugunsten einer bestimmten zukünftigen Entwicklung dar. Das im Prognosekontext wohl prominenteste Beispiel für eine solche Vorgehensweise bildet die in Rechtsprechung und Literatur geradezu mantraartig wiederholte „Vermutung der Wiederholungsgefahr" im Rahmen zivilrechtlicher Unterlassungsansprüche.[1090] Doch auch im Kontext vertraglicher Dauerschuldverhältnisse ist der „Vermutungsgedanke" bereits implizit wie auch ausdrücklich aufgegriffen worden. So gehen manche davon aus, eine wiederholte Pflichtverletzung trotz vorheriger Abmahnung rechtfertige die widerlegliche[1091] oder gar unwiderlegliche[1092] Vermutung künftiger Vertragsverletzungen im arbeitsrechtlichen Kündigungsrecht. Vereinzelt wurde ein solches Vorgehen in der Vergangenheit auch für die Negativprognose im Rahmen der krankheitsbedingten Kündigung befürwortet.[1093] Gemein ist diesen Konstellationen, dass allein ein begrenzter Ausschnitt der Prognosebasis den Schluss auf eine bestimmte zukünftige Entwicklung zulassen soll, sodass die Akzeptanz solcher Vermutungen im Ergebnis schlicht die Komplexität der jeweils vorzunehmenden Stabilitätsprognose reduzierte.

Im Befristungsrecht hingegen soll ebenso wie bei vorbeugenden betriebsbedingten Kündigungen stattdessen die tatsächliche Entwicklung des Schuldverhältnisses zwischen Prognosezeitpunkt und dem Zeitpunkt der

1090 Aus der Rechtsprechung siehe nur BGH 30.10.1998 – V ZR 64-98, NJW 1999, 356, 358 f.; BGH 15.09.2003 – II ZR 367/02, NJW 2003, 3702; BGH 18.12.2015 – V ZR 160/14, NJW 2016, 863, 865; aus der Literatur beispielsweise MüKo-BGB/*Raff*, § 1004 BGB Rn. 305; Erman-BGB/*Ebbing*, § 1004 BGB Rn. 77; zum Ganzen ausführlich *Fritzsche*, Unterlassungsanspruch 2000, S. 154 ff.

1091 *Bieder*, in: Kreutz/Renftle/Faber u.a. (Hrsg.), Realitäten des Zivilrechts, Grenzen des Zivilrechts 2012, S. 23, 42; in diese Richtung lassen sich wohl auch am ehesten die bereits oben thematisierten Aussagen von *Preis*, NZA 1997, 1073, 1077 und *Pfeiffer*, in: Gallner/Mestwerdt/Nägele u.a. (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht 2021, § 1 KSchG Rn. 175 interpretieren; auch die von *Herschel*, FS G. Müller 1981, S. 191, 203 gewählte Formulierung („Dazu genügt regelmäßig der Nachweis, daß eine derartige Störung stattgefunden hat, *es sei denn* [Hervorhebung duch Verfasser], es seien Umstände ersichtlich, die eine Wiederholung unwahrscheinlich machen") deutet in diese Richtung.

1092 *Adam*, NZA 1998, 284, 285, dessen Argument („Natur der Sache") jedoch nicht zu überzeugen vermag; dagegen zu Recht auch *Enderlein*, RdA 2000, 325, 328.

1093 ArbG Berlin 25.03.1976 – 26 Ca 210/75, DB 1976, 2072.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gerichtlichen Kontrolle eine Vermutung für die Richtigkeit der ursprünglichen Veränderungsprognose begründen.[1094]

Die Überzeugungskraft derartiger Konzepte steht und fällt derweil mit der Antwort auf die vorrangig zu untersuchende Frage, welche Rolle die Figur der tatsächlichen Vermutung in der Systematik der Beweiserleichterungen einnimmt und welche rechtdogmatische Bedeutung ihr vor diesem Hintergrund beizumessen ist. Nicht selten nämlich bleibt weitgehend unklar, welche Voraussetzungen an die Annahme einer tatsächlichen Vermutung zu stellen sind und welche beweisrechtlichen Wirkungen diese zeitigt[1095], wobei vor allem die Rechtsprechung eine stringente Verwendung des Terminus vollständig vermissen lässt.[1096] Weitgehende Einigkeit besteht lediglich in der Erkenntnis, dass § 292 ZPO auf die tatsächliche Vermutung weder direkt noch analog anwendbar ist.[1097] Auch ohne konkreten gesetzlichen Anknüpfungspunkt hat die Rechtsprechung der tatsächlichen Vermutung in der Vergangenheit in einigen Fällen dennoch Einfluss auf die Verteilung der objektiven Beweislast attestiert.[1098] Dem tritt die überwiegende Ansicht im Schrifttum indes zu Recht entgegen, bedürfte eine von der

1094 Für das Befristungsrecht BAG 12.09.1996 – 7 AZR 790/95, AP Nr. 182 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; BAG 03.11.1999 – 7 AZR 846/98, AP Nr. 19 zu § 2 SR 2y BAT; aufgegriffen für das Kündigungsrecht erstmals in BAG 27.11.2003 – 2 AZR 48/03, AP Nr. 64 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl, wo das BAG zwar nicht explizit von einer „Vermutung" zugunsten der Richtigkeit spricht, durch den Hinweis auf die befristungsrechtliche Rechtsprechung aber implizit hierauf Bezug nimmt; weitergeführt in BAG 16.02.2012 – 8 AZR 693/10, AP Nr. 188 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

1095 *Hirtz*, MDR 1988, 182.

1096 Diese Einschätzung teilt beispielsweise auch *Völzmann-Stickelbrock*, FS Schilken 2015, S. 539, 545; zahlreiche Beispiele finden sich bei *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast 1983, S. 50 ff.; *Baumgärtel*, FS Schwab 1990, S. 43, 45 ff.; *Musielak*, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß 1975, S. 157 f.

1097 BGH 09.10.2009 – V ZR 178/08, NJW 2010, 363, 364; *Völzmann-Stickelbrock*, FS Schilken 2015, S. 539, 544; *Laumen*, MDR 2015, 1, 3; *Greger*, in: Zöller (Hrsg.), Zivilprozessordnung 2020, Vorbem. zu § 284 ZPO Rn. 33; Musielak/Voit/*Huber*, § 292 ZPO Rn. 1; MüKo-ZPO/*Prütting*, § 292 ZPO Rn. 29; *Baumgärtel*, FS Schwab 1990, S. 43, 47 f.; *Hutschneider/Stieglitz*, NZKart 2019, 363, 365; a. A. *Bruns*, Zivilprozeßrecht, 2. Aufl. 1979, S. 255; *Hirtz*, MDR 1988, 182, 185 (Analogie zu § 292 ZPO).

1098 Vgl. nur BGH 17.01.1966 – II ZR 8/64, NJW 1966, 826, 827; BGH 19.03.1980 – VIII ZR 183/79, NJW 1980, 1680, 1681; BGH 12.05.2009 – XI ZR 586/07, NJW 2009, 2298, 2300; zur Entwicklung der Einordnung der „Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens" in der Rechtsprechung des BGH vgl. die Rechtsprechungsanalyse bei *Dieckmann*, WM 2011, 1153, 1155 f.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gesetzlichen Grundregel abweichende Beweislastverteilung durch Rechtsfortbildung aus dogmatischer Sicht doch auch in diesem Zusammenhang einer überzeugenden normativen Rechtfertigung.[1099] Jedenfalls im Kontext von Prognosen im vertraglichen Dauerschuldverhältnis ist jedoch nicht ersichtlich, durch welche Erwägungen sich eine Erhebung allgemeiner Erfahrungssätze in den Rang von beweislastverschiebendem Gesetzesrecht begründen ließe.[1100] Hinter dem Begriff der tatsächlichen Vermutung verbirgt sich letztlich nicht mehr als die Anwendung besonders starker Erfahrungssätze auf eine bestimmte Tatsachengrundlage[1101], sodass sich die Figur systematisch nicht der Beweislastverteilung, sondern stattdessen dem Feld der Beweiswürdigung zuordnen lässt.[1102] Hier jedoch tritt sie in Konkurrenz zu den etablierten Kategorien des Anscheins- und des Indizienbeweises, die ebenfalls die Aussagekraft verschiedener Arten allgemeiner Erfahrungssätze für die Beweiswürdigung in den Blick nehmen: Während der Anscheinsbeweis an so genannte Erfahrungsgrundsätze anknüpft, bezieht sich der Indizienbeweis auf einfache Erfahrungssätze des täglichen Lebens. Wo sich zwischen diesen beiden Instituten Raum für die Anwendung einer auf Erfahrungssätzen basierenden tatsächlichen Vermutung auftun soll, konnte bisher nicht überzeugend dargelegt werden.[1103] Stattdessen lassen sich die bisweilen zu einer tatsächlichen Vermutung verdichteten Erfahrungssätze in Abhängigkeit von ihrem Aussagegehalt stets einer der beiden genannten Kategorien zuschlagen, sodass diese Rechtsfigur insgesamt entbehrlich erscheint.[1104] Weil er die zutreffende Einordnung bestimmter Erfahrungssätze

1099 *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast 1983, S. 54; *Völzmann-Stickelbrock*, FS Schilken 2015, S. 539, 545; *Laumen*, MDR 2015, 1, 4.

1100 Für andere Bereiche mögen Anknüpfungspunkt zur normativen Legitimation einer Beweislastumkehr möglicherweise auszumachen sein, vgl. hierzu *Piekenbrock*, WM 2012, 429, 438 f. (für die Vermutung aufklärungsgerechten Verhaltens).

1101 *Völzmann-Stickelbrock*, FS Schilken 2015, S. 539, 545; *Laumen*, MDR 2015, 1, 3; *Musielak*, JA 2010, 561, 562; *Schreiber*, FS Wank 2014, S. 559, 563.

1102 *Völzmann-Stickelbrock*, FS Schilken 2015, S. 539, 545; *Laumen*, MDR 2015, 1, 4; *Musielak*, JA 2010, 561, 564; *Hirtz*, MDR 1988, 182, 185; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 113 Rn. 35; *Gruber*, WRP 1991, 368, 376.

1103 *Hirtz*, MDR 1988, 182, 185 befürwortet jedoch ein Vier-Stufen-Schema der Erfahrungssätze, an dessen Spitze die tatsächliche Vermutungen stünden, „die mehr als nur den Anscheinsbeweis oder vollen Beweis führen, nämlich sogar dem Gegner den Beweis des Gegenteils auferlegen"; freilich bleibt *Hirtz* die normative Legitimation der angenommenen Anlogie zu § 292 ZPO schuldig.

1104 *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast 1983, S. 57; MüKo-ZPO/*ders.*, § 292 ZPO Rn. 30; *Völzmann-Stickelbrock*, FS Schilken 2015, S. 539, 546; *Laumen*, MDR 2015, 1, 6; *Baumgärtel*, FS Schwab 1990, S. 43, 48 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nicht selten völlig vernebelt, sollte auf die Nutzung des Terminus der tatsächlichen Vermutung schlechterdings verzichtet werden.[1105] Eine nähere Auseinandersetzung mit den oben genannten Ansätzen zur Anerkennung tatsächlicher Vermutungen für Prognosen im vertraglichen Dauerschuldverhältnis erübrigt sich daher an dieser Stelle. Stattdessen sollen die entsprechenden Konzepte sogleich im dogmatisch passenden Zusammenhang mit dem Anscheins- und dem Indizienbeweis ausführlich diskutiert werden.

cc) Anscheinsbeweis

Der Anscheinsbeweis bezeichnet die zunächst von der Rechtsprechung entwickelte[1106] Möglichkeit, bei typischen Geschehensabläufen von bestimmten Tatsachen (der Anscheinsbasis) aufgrund besonders starker Erfahrungssätze (den so genannten Erfahrungsgrundsätzen[1107]) ohne Weiteres auf das Vorliegen tatbestandsrelevanter Tatsachen zu schließen.[1108] Ist die Anscheinsbasis bewiesen, so obliegt es dem Prozessgegner, den Anscheinsbeweis zu erschüttern, indem er andere Tatsachen behauptet und im Bestreitensfall beweist, aus denen sich die ernsthafte Möglichkeit eines

1105 *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast 1983, S. 58; MüKo-ZPO/*ders.*, § 292 ZPO Rn. 30; *Völzmann-Stickelbrock*, FS Schilken 2015, S. 539, 546; *Piekenbrock*, WM 2012, 429, 439; *Laumen*, MDR 2015, 1, 6; im Ergebnis ebenso *Musielak*, JA 2010, 561, 566; *Greger*, in: Zöller (Hrsg.), Zivilprozessordnung 2020, Vorbem. zu § 284 ZPO Rn. 32; nachsichtiger *Baumgärtel*, FS Schwab 1990, S. 43, 51, der aber stets die Klarstellung verlangt, welches Phänomen (Anscheins- oder Indizienbeweis) die tatsächliche Vermutung im konkreten Fall beschreiben soll.

1106 Zur Entstehungsgeschichte siehe *Stück*, JuS 1996, 153.

1107 MüKo-ZPO/*Prütting*, § 286 ZPO Rn. 60; *Stück*, JuS 1996, 153, 155; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 114 Rn. 16; *Doukoff*, SVR 2015, 245, 247.

1108 BGH 11.12.2018 – KZR 26/17, NJW 2019, 661, 664; BGH 19.01.2010 – VI ZR 33/09, NJW 2010, 1072, 1072 f. m. w. N.; *Greger*, in: Zöller (Hrsg.), Zivilprozessordnung 2020, Vorbem. zu § 284 ZPO Rn. 29; *Saenger*, in: ders. (Hrsg.), Zivilprozessordnung 2021, § 286 ZPO Rn. 38; Stein/Jonas/*Thole*, § 286 ZPO Rn. 214; Musielak/Voit/*Foerste*, § 286 ZPO Rn. 23; BeckOK-ZPO/*Bacher*, § 284 ZPO Rn. 94; Thomas/Putzo/*Seiler*, § 286 ZPO Rn. 12; *Musielak/Voit*, Grundkurs ZPO, 15. Aufl. 2020, Rn. 832; *Pohlmann*, Zivilprozessrecht, 4. Aufl. 2018, Rn. 379; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 114 Rn. 17; *Stück*, JuS 1996, 153, 154.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

atypischen Geschehensablaufs ergibt.[1109] Gelingt dies nicht, so steht die fragliche Tatsache zur vollen Überzeugung des Gerichtes fest.[1110] Den Beweis des Gegenteils hat der Prozessgegner indes nicht zu erbringen, sodass die prozessuale Beweislastverteilung durch den Anscheinsbeweis unangetastet bleibt.[1111] Man kann den Anscheinsbeweis vor diesem Hintergrund durchaus als „typisierte Form des Indizienbeweises" bezeichnen.[1112] Die beweiserleichternde Wirkung dieses Instituts im Rahmen der Beweiswürdigung ergibt sich schließlich daraus, dass die festgestellte Typizität des Geschehens eine detaillierte Erforschung des Einzelfalls und die Anwendung zusätzlicher Erfahrungssätze entbehrlich machen soll.[1113]

Übertragen auf die Problematik privatrechtlicher Prognosen führte die Zulassung des Anscheinsbeweises praktisch zu einer Abkehr vom postulierten Erfordernis der vollständigen Ermittlung der Prognosegrundlage: Ließe sich der zu betrachtende Sachverhalt aufgrund seiner Typizität einer Gruppe gleichgelagerter Fälle zuordnen, bei der aufgrund eines starken Erfahrungssatzes regelmäßig auf die hinreichende Wahrscheinlichkeit einer bestimmten Entwicklung geschlossen werden könnte, so wäre der Beweis der Prognose zunächst ungeachtet der Besonderheiten des Einzelfalls erbracht. Es läge sodann am Prozessgegner, im Rahmen des Gegenbeweises Tatsachen vorzubringen, aus denen sich die ernsthafte Möglichkeit einer atypischen Entwicklung im konkreten Fall ergäbe. Anstatt der Wahrscheinlichkeit des Prognoseereignisses im konkreten Einzelfall wäre in einem ersten Schritt so zunächst die Wahrscheinlichkeit des Prognoseereignisses

1109 BGH 11.12.2018 – KZR 26/17, NJW 2019, 661, 664; *Greger*, in: Zöller (Hrsg.), Zivilprozessordnung 2020, Vorbem. zu § 284 ZPO Rn. 29 Musielak/Voit/*Foerste*, § 286 ZPO Rn. 23; *Saenger*, in: ders. (Hrsg.), Zivilprozessordnung 2021, § 286 ZPO Rn. 40; Thomas/Putzo/*Seiler*, § 286 ZPO Rn. 13; Stein/Jonas/*Thole*, § 286 ZPO Rn. 227; *Pohlmann*, Zivilprozessrecht, 4. Aufl. 2018, Rn. 381; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 114 Rn. 39.

1110 *Greger*, in: Zöller (Hrsg.), Zivilprozessordnung 2020, Vorbem. zu § 284 ZPO Rn. 29a; *Pohlmann*, Zivilprozessrecht, 4. Aufl. 2018, Rn. 380.

1111 *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 114 Rn. 36, 39; Stein/Jonas/*Thole*, § 286 ZPO Rn. 226; *Laumen*, in: Prütting/Gehrlein (Hrsg.), Zivilprozessordnung 2021, § 286 ZPO Rn. 31; Thomas/Putzo/*Seiler*, § 286 ZPO Rn. 13; MüKo-ZPO/*Prütting*, § 286 ZPO Rn. 67.

1112 BGH 11.12.2018 – KZR 26/17, NJW 2019, 661, 664; MüKo-ZPO/*Prütting*, § 286 ZPO Rn. 50; BeckOK-ZPO/*Bacher*, § 284 ZPO Rn. 94.

1113 BGH 11.12.2018 – KZR 26/17, NJW 2019, 661, 664; MüKo-ZPO/*Prütting*, § 286 ZPO Rn. 66; Musielak/Voit/*Foerste*, § 286 ZPO Rn. 25; Stein/Jonas/*Thole*, § 286 ZPO Rn. 224; *Laumen*, in: Prütting/Gehrlein (Hrsg.), Zivilprozessordnung 2021, § 286 ZPO Rn. 28.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

in einer typischen Sachverhaltskonstellation in den Blick zu nehmen. Zu prüfen ist dabei stets, ob sich der jeweilige Sachverhalt erstens einer Gruppe gleichgelagerter Fälle zuordnen lässt, deren Typizität die Besonderheiten des Einzelfalls in den Hintergrund treten lässt, und zweitens, ob tatsächlich ein gesicherter Erfahrungsgrundsatz besteht, der in derartigen Konstellationen den Schluss auf die hinreichende Wahrscheinlichkeit einer bestimmten zukünftigen Entwicklung zulässt. Schon diese hohen Hürden zeigen deutlich, dass Universalformeln à la „Der erste Anschein streitet stets für die Richtigkeit einer Prognose" von vornherein eine Absage zu erteilen ist. Nicht nur bezieht sich der Beweis auf völlig unterschiedliche Tatbestandsmerkmale (mal ist eine höhere, mal eine niedrigere Wahrscheinlichkeit zu beweisen), auch sind die der hiesigen Thematik zuzuordnenden Sachverhaltskonstellationen derart vielgestaltig, dass eine umfassend typisierende Betrachtung ausscheiden muss. Wenig überraschend hat sich mit Blick auf die Akzeptanz des Anscheinsbeweises daher auch im allgemeinen Zivilrecht im Laufe der Zeit eine umfangreiche Einzelfallkasuistik herausgebildet.[1114] Es lohnt daher zu untersuchen, ob auch bestimmte Anwendungsfelder des Prognoseprinzips im vertraglichen Dauerschuldverhältnis eine Erleichterung der Beweisführung durch die Anerkennung eines Anscheinsbeweises erlauben. In diesem Zusammenhang sollen vor allem die soeben unter der überflüssigen Kategorie der tatsächlichen Vermutung vorgestellten Ansätze zur Beweiserleichterung näher diskutiert werden.

(1) Bedeutung vergangener Fehlzeiten bei der krankheitsbedingten Kündigung

Insbesondere im Kontext krankheitsbedingter Kündigungen wird zuweilen erwogen, allein aus erheblichen krankheitsbedingten Fehlzeiten des Arbeitnehmers in der Vergangenheit *prima facie* eine negative Gesundheitsprognose für die Zukunft herzuleiten.[1115] Wäre auf Grundlage der bisherigen Ausführungen zunächst die körperliche Konstitution des betroffenen Ar-

1114 Ein umfangreiches Repertoire an Beispielen findet sich bei Stein/Jonas/*Thole*, § 286 ZPO Rn. 229 ff.

1115 *Birkner-Kuschyk/Tschöpe*, DB 1981, 264, 267; *Osthold*, BB 1982, 1306, 1308; *Tschöpe*, DB 1987, 1042, 1043; auch *Meisel*, DB 1981, 1722, 1724, der zwar zunächst von „Indiz" spricht, dann aber doch eine Erschütterung durch den Prozessgegner verlangt, vgl. auch *ders.*, Anm. zu BAG AP Nr. 7 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit: „höheren Stellenwert als den eines bloßen Indizes".

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

beitnehmers gründlich zu untersuchen und auf deren Basis mithilfe medizinischer Erfahrungssätze die Wahrscheinlichkeit zukünftiger Erkrankungen zu ermitteln, sollen nach diesem Verständnis schon erhebliche Fehlzeiten in der Vergangenheit dem Richter die volle Überzeugung von der Wahrscheinlichkeit zukünftiger krankheitsbedingter Beeinträchtigungen des Arbeitsverhältnisses vermitteln können.[1116] Dem Arbeitnehmer obläge es sodann, diesen Anscheinsbeweis nach allgemeinen Regeln zu entkräften.[1117] Hierfür mag zwar sprechen, dass dem Arbeitgeber abgesehen von den bisherigen Fehlzeiten regelmäßig kaum prognoserelevante Informationen zur Verfügung stehen.[1118]

Eine solche Auffassung verdient dennoch keinen Beifall.[1119] Dies rührt schon daher, dass der menschliche Gesundheitszustand einer umfänglich typisierenden Betrachtung schlicht nicht zugänglich ist: Es gibt nicht *den* kranken Menschen. Stattdessen ist die wahrscheinliche gesundheitliche Entwicklung einer Person abhängig von einer schier unüberschaubaren Vielzahl individueller Faktoren – das BAG nennt beispielhaft die Art der Krankheit, Konstitution, Therapie und Entwicklungsstand der Medizin[1120]–, die einer umfassenden Typisierung derartiger Sachverhalte diametral entgegensteht.[1121] Aus diesem Grunde ist auch kein Erfahrungs(grund)satz anzuerkennen, nach dem allein die lang anhaltende oder wiederholte Arbeitsunfähigkeit einer Person in der Vergangenheit auf eine negative gesundheitliche Konstitution in der Zukunft schließen ließe.[1122]

1116 *Birkner-Kuschyk/Tschöpe*, DB 1981, 264, 267.

1117 *Dies*., DB 1981, 264, 267.

1118 Mit diesem Argument *dies*., DB 1981, 264, 267.

1119 Ablehnend ebenso BAG 25.11.1982 – 2 AZR 140/81, AP Nr. 7 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; aus der Literatur beispielsweise *Gentges*, Prognoseprobleme im Kündigungsschutzrecht 1995, S. 193; *Honstetter*, Prognoseentscheidung 1994, S. 31; *Nicklaus*, Das Prognoseprinzip im arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzrecht 2012, S. 90; *Lepke*, Kündigung bei Krankheit, 16. Aufl. 2018, Rn. 282; APS/*Vossen*, § 1 KSchG Rn. 216; ErfK/*Oetker*, § 1 KSchG Rn. 179; *Deinert*, in: Däubler/Deinert/Zwanziger (Hrsg.), KSchR 2020, § 1 KSchG Rn. 156; *Popp*, AuR 1979, 42, 47; *ders*., BB 1980, 684, 684 f.; *Weller*, ArbRGeg 20 (1982), 77, 92; *Roos*, NZA-RR 1990, 617, 621.

1120 BAG 25.11.1982 – 2 AZR 140/81, AP Nr. 7 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit.

1121 *Weller*, ArbRGeg 20 (1982), 77, 92.

1122 BAG 25.11.1982 – 2 AZR 140/81, AP Nr. 7 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; ErfK/*Oetker*, § 1 KSchG Rn. 179; *Lepke*, Kündigung bei Krankheit, 16. Aufl. 2018, Rn. 282; *Ascheid*, Beweislastfragen im Kündigungsschutzprozeß 1989, S. 87; *Honstetter*, Prognoseentscheidung 1994, S. 31; *Nicklaus*, Das Prognoseprinzip im arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzrecht 2012, S. 90; *Roos*, NZA-RR 1990, 617, 621;

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die generelle Zulassung des Prima-facie-Beweises im Recht der krankheitsbedingten Kündigung verkennt folglich die Heterogenität möglicher Krankheitserscheinungen und lässt die Krankheit letztlich in sachwidriger Weise per se als „unentrinnbare Schicksalhaftigkeit“[1123] erscheinen. Dies schließt freilich nicht aus, dass bestimmte Krankheitsbilder – man denke beispielsweise an chronische oder aus aktueller medizinischer Warte unheilbare Leiden – dem Anscheinsbeweis aufgrund ihrer besseren Typisierbarkeit zugänglich sein können; Anscheinsbasis ist jedoch auch dann nicht die Summe krankheitsbedingter Fehlzeiten in der Vergangenheit, sondern die körperliche Konstitution des Arbeitnehmers zum Prognosezeitpunkt.[1124]

(2) Bedeutung vergangener Pflichtverletzungen bei der verhaltensbedingten Kündigung

Deutlich stärker noch als im Recht der krankheitsbedingten Kündigung ist die Zurückhaltung in Bezug auf verhaltensbedingte Kündigungen ausgeprägt: Zwar werden hier insbesondere aus dem wiederholten Fehlverhalten nach Abmahnung bisweilen „Vermutungen“[1125] bzw. „praktische Fiktionen“[1126] abgeleitet oder hierin jedenfalls „handfeste Indizien“[1127] erkannt – den Begriff des Anscheinsbeweises meiden Rechtsprechung und Schrifttum indes wie der Teufel das Weihwasser. Dies lässt sich wohl am ehesten damit erklären, dass die wohl überwiegende Auffassung dem Anscheinsbeweis im Hinblick auf menschliche Verhaltensweisen in bestimmten Lebenslagen äußerst skeptisch gegenübersteht.[1128] Daran ist richtig, dass sich auf individuellen Willensentschlüssen beruhende Handlungen nur selten in einer zur

besonders deutlich für häufige Kurzerkrankungen *Popp*, AuR 1979, 42, 47; *ders.*, BB 1980, 684, 684 f.

1123 So *Popp*, AuR 1979, 42, 47.

1124 So zu Recht *Gentges*, Prognoseprobleme im Kündigungsschutzrecht 1995, S. 193.

1125 *Bieder*, in: Kreutz/Renftle/Faber u.a. (Hrsg.), Realitäten des Zivilrechts, Grenzen des Zivilrechts 2012, S. 23, 42; *Adam*, NZA 1998, 284, 285.

1126 *Preis*, NZA 1997, 1073, 1077; *Pfeiffer*, in: Gallner/Mestwerdt/Nägele u.a. (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht 2021, § 1 KSchG Rn. 175.

1127 *Ascheid*, Kündigungsschutzrecht 1993, Rn. 64; *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 330.

1128 BeckOK-ZPO/*Bacher*, § 284 ZPO Rn. 96; *Saenger*, in: ders. (Hrsg.), Zivilprozessordnung 2021, § 286 ZPO Rn. 43; Stein/Jonas/*Thole*, § 286 ZPO Rn. 266; Thomas/Putzo/*Seiler*, § 286 ZPO 15; *Doukoff*, SVR 2015, 245, 252; speziell für privatrechtliche Prognosen *Regenfus*, JR 2012, 137, 140.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Annahme eines Anscheinsbeweises hinreichenden Weise typisieren lassen werden. Ebenso wenig wie von *dem* kranken Menschen, kann in zulässiger Weise von *dem* (typischen) pflichtvergessenen Menschen gesprochen werden. Insofern lässt sich auch kein Erfahrungsgrundsatz dergestalt formulieren, dass ein einmal verhaltensbedingt vertragsbrüchiger Arbeitnehmer auch in Zukunft seine Pflichten vernachlässigen wird. Jedenfalls bei erstmaligem Fehlverhalten ist der Anscheinsbeweis einer negativen Verhaltensprognose daher nicht anzuerkennen. Gleichwohl überzeugt der generelle Ausschluss des Anscheinsbeweises in Bezug auf (zukünftige) menschliche Verhaltensweisen in seiner Pauschalität nicht.[1129] Gerade das zusätzliche Merkmal der erfolglosen Abmahnung mag dazu beitragen, dass sich eine zur Typisierung ausreichend homogene Gruppe gleichgelagerter Fälle (nämlich diejenige der trotz Abmahnung beharrlich vertragsbrüchigen Arbeitnehmer) durchaus bilden ließe. Ob sodann ein die Besonderheiten des Einzelfalls in den Hintergrund drängender Erfahrungsgrundsatz besteht, nach dem trotz Abmahnung wiederholt vertragsbrüchige Arbeitnehmer in der Regel mit hinreichender Wahrscheinlichkeit auch zukünftig Pflichtverletzungen begehen werden, kann hier in Ermangelung ausreichend valider empirischer Daten nicht letztgültig beantwortet werden[1130]; ausgeschlossen erscheint dies freilich nicht.

Zu bedenken bleibt jedoch, dass das Merkmal der hinreichenden Wahrscheinlichkeit in der Sache einen weitgehend flexiblen Wahrscheinlichkeitsmaßstab beschreibt[1131], sodass sich ein derartiger Anscheinsbeweis letztlich auf unterschiedlich konturierte materiell-rechtliche Voraussetzungen bezöge.

(3) Bedeutung der tatsächlichen Entwicklung des Schuldverhältnisses

Fallen Prognosezeitpunkt und Zeitpunkt der gerichtlichen Beurteilung einer privatrechtlichen Prognose (wie zumeist) auseinander, so lässt sich fragen, ob die tatsächliche Entwicklung des Schuldverhältnisses in der

1129 So im Allgemeinen auch Musielak/Voit/*Foerste*, § 286 ZPO Rn. 30; MüKo-ZPO/*Prütting*, § 286 ZPO Rn. 82; *Laumen*, in: Prütting/Gehrlein (Hrsg.), Zivilprozessordnung 2021, § 286 ZPO Rn. 46; *ders.*, MDR 2015, 1, 5.

1130 Deutlich weitergehend beispielsweise KR/*Fischermeier*, § 626 BGB Rn. 119: „Nichtbeachtung einer Abmahnung rechtfertigt regelmäßig bereits die *sichere* [Hervorhebung durch Verfasser] negative Prognose der Wiederholungsgefahr"; vorsichtiger zu Recht BeckOK-ArbR/*Stoffels*, § 626 BGB Rn. 72 („regelmäßig").

1131 Siehe dazu näher oben D. III. 5. b) .

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zwischenzeit möglicherweise als Anscheinsbasis eines Prima-facie-Beweises für oder wider die Rechtmäßigkeit der ursprünglichen Prognose in Betracht kommt. Begründet mit anderen Worten beispielsweise die wiederholte Pflichtverletzung (denkbar beispielsweise während des Laufes der Kündigungsfrist), eine negative Gesundheitsentwicklung oder die tatsächliche Betriebsschließung zwischen Zugang einer Kündigung und letzter mündlicher Verhandlung in der Tatsacheninstanz einen Anscheinsbeweis für die Rechtmäßigkeit der ursprünglichen Negativprognose? Spricht der erste Anschein in der umgekehrten prozessualen Situation – man denke beispielsweise an die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen wegen unberechtigter Eigenbedarfskündigung – für die Fehlerhaftigkeit der ursprünglichen Bedarfsprognose, wenn der erklärte Nutzungswille bis zum Ende der Kündigungsfrist tatsächlich nicht umgesetzt wurde?

Die Besonderheit dieser Konstellation besteht darin, dass bejahendenfalls nicht ein besonders gewichtiger Aspekt der Prognosebasis als Anknüpfungspunkt des Anscheinsbeweises diente, sondern stattdessen allein von zeitlich nachfolgenden Ereignissen auf die Rechtmäßigkeit der Prognose geschlossen würde. Eine Verschiebung des Prognosezeitpunkts „durch die Hintertür" wäre hiermit indes nicht verbunden, stünde es dem Prozessgegner doch – wenn auch oft nur unter großem praktischen Aufwand – offen, den Anscheinsbeweis nach allgemeinen Regeln zu erschüttern und so die beweisrechtliche Ausgangslage (Vollbeweis für sämtliche Prognosegrundlagen) wieder herzustellen.

Für die Beantwortung der aufgeworfenen Fragen kommt es entscheidend darauf an, ob die tatsächliche Entwicklung eines Schuldverhältnisses typischerweise die hinreichende Wahrscheinlichkeit ebendieses Ablaufs zum Prognosezeitpunkt impliziert. Mag man intuitiv noch geneigt sein, diese Frage zu bejahen, so sprechen bei genauerem Hinsehen doch gleich mehrere Argumente gegen die allgemeine Anerkennung eines derartigen Erfahrungsgrundsatzes: Zum einen sei jedenfalls kurz auf die wahrscheinlichkeitstheoretische Selbstverständlichkeit hingewiesen, nach der sich einerseits auch zunächst völlig unwahrscheinliche Ereignisse realisieren, andererseits aber auch ursprünglich höchstwahrscheinliche Geschehensabläufe tatsächlich ausbleiben können. Eine Anerkennung des Anscheinsbeweises in diesem Kontext beschwört dagegen die akute Gefahr herauf, letztlich

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

den kognitionspsychologischen Rückschaufehler[1132] in die Stellung eines zivilprozessualen Grundsatzes zu erheben.

Zum anderen verkompliziert gerade die Flexibilität des anwendbaren Wahrscheinlichkeitsmaßstabs die Bewertung derartiger Konstellationen erheblich: Wurde beispielsweise festgestellt, dass auch die bloß geringe Wahrscheinlichkeit eines bestimmten Prognoseereignisses die Auslösung der Rechtsfolge der jeweiligen Prognosenorm im Einzelfall rechtfertigt[1133], so wird richtigerweise kaum jemand auf die Idee kommen, die tatsächliche Realisierung der schon zum Prognosezeitpunkt deutlich wahrscheinlicheren Alternativentwicklung lasse typischerweise den Schluss auf die Fehlerhaftigkeit der ursprünglichen Prognose zu. Verlangt die Prognosenorm dagegen nach einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit des Prognoseereignisses, so wird selbst die tatsächliche Realisierung der Entwicklung nicht typischerweise auf die Rechtmäßigkeit der Prognose schließen lassen. Ein Erfahrungsgrundsatz, wonach die tatsächliche Entwicklung eines Schuldverhältnisses typischerweise die hinreichende Wahrscheinlichkeit ebendieses Ablaufs zum Prognosezeitpunkt impliziert, ist daher allenfalls in bestimmten Sachverhaltskonstellationen anzuerkennen.

Dementsprechend taugt ein in unzulässiger Weise hierauf gestützter Anscheinsbeweis keineswegs zur allgemeinen Verbesserung der prozessualen Beweissituation bei Prognosen im vertraglichen Dauerschuldverhältnis.

Gesondert zu betrachten sind darüber hinaus Sachverhaltskonstellationen, in denen subjektive Entscheidungen des Prognostizierenden (als zulässiger Teil der Prognosebasis[1134]) einer tatsächlichen Umsetzung im Zeitverlauf ermangeln. Hier befürworten beispielsweise Teile der arbeitsrechtlichen Literatur einen Anscheinsbeweis gegen die Ernsthaftigkeit der ursprünglichen Stilllegungsabsicht des Arbeitgebers im Falle einer zwischenzeitlichen Betriebsveräußerung.[1135] In vergleichbarer Weise möchten beachtliche Stimmen aus dem Schrifttum auch für die Nichtumsetzung des (vorgeblichen) Eigennutzungswunsches bei Eigenbedarfskündigungen im Mietrecht verfahren.[1136] Die obergerichtliche Rechtsprechung indes spricht sich unter überwiegender Zustimmung der Literatur in unterschiedlicher

1132 Siehe dazu schon oben D. IV. 5. c) aa) (1) .
1133 Siehe zu dieser Möglichkeit oben D. III. 5. e) .
1134 Siehe oben D. IV. 3. a) bb) .
1135 *Baumgärtel*, FS Schwab 1990, S. 43, 49; offen wohl auch *Wank*, SAE 1986, 151, 153.
1136 Staudinger/*Rolfs*, § 573 BGB Rn. 239; MüKo-BGB/*Häublein*, § 573 BGB Rn. 151; so auch AG Gießen 21.02.1991 – 48 C 3313/90, WuM 1991, 271.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Deutlichkeit auch hier gegen eine solche Vorgehensweise aus und hält zur prozessualen Berücksichtigung nachfolgender Entwicklungen stattdessen grundsätzlich allein den Weg der Statuierung einer sekundären Behauptungslast des Kündigenden für gangbar.[1137]

dd) Modifizierungen der Darlegungslast

Derartige Ansätze distanzieren sich endgültig von der Idee einer möglichen Modifizierung der zivilprozessualen Beweislastverteilung und nehmen stattdessen allein die Darlegungslast der Prozessparteien dezidiert in den Blick. Diese folgt zwar regelmäßig den Grundsätzen der Beweislastverteilung, zuweilen erkennen Rechtsprechung und Literatur jedoch auch explizit Abweichungen vom Gleichlauf beider Institute an. So soll die nach allgemeinen Grundsätzen nicht darlegungspflichtige Partei dann substantiiert vortragen müssen, wenn ihr nähere Angaben zur fraglichen Tatsache zumutbar sind, während die an sich beweisbelastete Gegenpartei hiervon keine Kenntnis besitzt, weil sie außerhalb des entsprechenden Geschehensablaufs steht.[1138] Die Annahme einer derart konstruierten sekundären Behauptungslast ist demnach stets dann zu erwägen, wenn zwischen den Prozessparteien ein besonders gravierendes Informationsgefälle

1137 Das BAG 27.09.1984 – 2 AZR 309/83, AP Nr. 39 zu § 613a BGB; BAG 21.06.2001 – 2 AZR 137/00, AP Nr. 50 zu § 15 KSchG 1969; BAG 16.02.2012 – 8 AZR 693/10, AP Nr. 188 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung kleidet seine Aussage freilich in den Schleier der „tatsächlichen Vermutung", statuiert in der Sache aber eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast; zustimmend beispielsweise APS/*Kiel*, § 1 KSchG Rn. 496; MüKo-BGB/*Hergenröder*, § 1 KSchG Rn. 389; ablehnend dagegen MüHdb-ArbR/*Wank*, § 142 Rn. 25; insgesamt zweifelnd auch *Honstetter*, Prognoseentscheidung 1994, S. 58; für das Wohnraummietrecht ausdrücklich BGH 18.05.2005 – VIII ZR 368/03, NZM 2005, 580, 582; BeckOGK-BGB/*Geib*, § 573 BGB Rn. 189; näher zu dieser Konstruktion sogleich.

1138 St. Rspr. siehe nur BGH 13.06.2002 – VII ZR 30/01, NJW-RR 2002, 1309, 1310; BGH 18.01.2018 – I ZR 150/15, NJW 2018, 2412, 2414; aus dem Schrifttum beispielsweise MüKo-ZPO/*Prütting*, § 286 ZPO Rn. 106; Stein/Jonas/*Thole*, § 286 ZPO Rn. 101; *Greger*, in: Zöller (Hrsg.), Zivilprozessordnung 2020, Vorbem. zu § 284 ZPO Rn. 34; *Laumen*, in: Prütting/Gehrlein (Hrsg.), Zivilprozessordnung 2021, § 286 ZPO Rn. 89; *ders.*, MDR 2019, 193, 193 f.; *Magnus*, ZZP 120 (2007), 347, 353.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

besteht[1139], sodass über dieses Vehikel im Ergebnis vor allem der bereits an anderer Stelle aufgegriffene[1140] Sphärengedanke auf die Verteilung der prozessualen Darlegungslast zurückwirkt. Seine dogmatische Stütze findet das Rechtsinstitut der sekundären Behauptungslast nach überwiegender und richtiger Auffassung in § 138 Abs. 2 ZPO und dem Grundsatz von Treu und Glauben.[1141] Kommt die Partei der ihr auferlegten sekundären Behauptungslast nicht nach, so greift in der Regel die Geständnisfiktion des § 138 Abs. 3 ZPO in analoger Anwendung ein.[1142]

Bezogen auf die hiesige Thematik kommt ein derartiges Vorgehen namentlich dann in Betracht, wenn und soweit subjektive Entscheidungen oder Motive der nach allgemeinen Grundsätzen nicht darlegungspflichtigen Vertragspartei als tauglicher Bestandteil der Prognosegrundlage akzeptiert werden. Dies rührt daher, dass sich solche inneren Tatsachen der Kenntnis der an sich beweisbelasteten Partei schon ihrer Natur nach vollständig entziehen.[1143] Zur Abwehr eines Schadensersatzanspruchs wegen unberechtigter Eigen- oder Betriebsbedarfskündigung ist es einem Vermieter so beispielsweise zuzumuten, substantiiert und plausibel darzulegen, aus welchem Grund der mit der Kündigung vorgebrachte Eigenbedarf nachträglich entfallen sein soll, wenn er den behaupteten Selbstnutzungswillen nach dem Auszug des Mieters nicht in die Tat umsetzt.[1144] Anders herum ist es einem verhaltensbedingt gekündigten Arbeitnehmer oder Wohnraummieter zumutbar, im Prozess substantiiert solche inneren Motive vorzutragen, die eine zunächst allein auf vergangene Pflichtverletzungen gestützte Negativprognose des Kündigenden als fehlerhaft erscheinen lassen.[1145] Ab-

1139 MüKo-ZPO/*Prütting*, § 286 ZPO Rn. 106; *Meyke*, NJW 2000, 2230, 2232; *Beckhaus*, Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung 2010, S. 139.

1140 Siehe oben D. V. 2. b) aa) .

1141 Vgl. auch zu anderen Herleitungsversuchen *Laumen*, MDR 2019, 193, 195.

1142 BGH 18.01.2018 – I ZR 150/15, NJW 2018, 2412, 2414; *Laumen*, in: Prütting/Gehrlein (Hrsg.), Zivilprozessordnung 2021, § 286 ZPO Rn. 89; MüKo-ZPO/*Prütting*, § 286 ZPO Rn. 106; *Greger*, in: Zöller (Hrsg.), Zivilprozessordnung 2020, Vorbem. zu § 284 ZPO Rn. 34c.

1143 Vgl. auch *Gomille*, Informationsproblem und Wahrheitspflicht 2016, S. 56.

1144 BGH 11.10.2016 – VIII ZR 300/15, NZM 2017, 23, 25; BGH 29.03.2017 – VIII ZR 44/16, NZM 2017, 521, 522; *Schüller*, NZM 2017, 26; Schmidt-Futterer/*Blank*, § 573 BGB Rn. 87; *Blank/Börstinghaus*, in: dies. (Hrsg.), Miete 2020, § 573 BGB Rn. 86; siehe auch *Gomille*, Informationsproblem und Wahrheitspflicht 2016, S. 56.

1145 In ähnlicher Weise – wenn auch ohne expliziten Bezug zur kündigungsrechtlichen Negativprognose – weist das BAG 16.07.2015 – 2 AZR 85/15, AP Nr. 255 zu § 626 BGB dem verhaltensbedingt gekündigten Arbeitnehmer auch eine sekundäre Be-

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

stufungen der Darlegungs- und Beweislast sind darüber hinaus auch im Recht der krankheitsbedingten Kündigung anerkannt, wo der an sich beweisbelastete Arbeitgeber regelmäßig keine detaillierte Kenntnis über den Gesundheitszustand des Arbeitnehmers zum Prognosezeitpunkt hat und sich diese auch nicht ohne Weiteres verschaffen kann.[1146] Weil jedoch auch dem Arbeitnehmer in solchen Konstellationen zumeist die notwendige Sachkenntnis zur zutreffenden Beurteilung des Sachverhaltes fehlen wird, genügt dieser seiner insofern eingeschränkten sekundären Behauptungslast in der Regel schon dann, wenn er die Behauptung des Arbeitgebers bestreitet und zusätzlich die behandelnden Ärzte von ihrer Schweigepflicht entbindet.[1147]

Auch wenn zugunsten des betriebsbedingt kündigenden Arbeitgebers zunächst die Vermutungswirkung eines Interessenausgleichs (§ 1 Abs. 5 S. 1 KSchG) eingreift, kann ihm unter Umständen eine sekundäre Darlegungslast im Hinblick auf die betriebliche Negativprognose obliegen.[1148]

Schon diese Beispiele verdeutlichen in hinreichender Weise, dass an den Sphärengedanken anknüpfende Modifizierungen der Darlegungslast im Einzelfall durchaus geeignet sein können, Beweisnöten im Kontext privatrechtlicher Prognosen jedenfalls in begrenztem Maße entgegenzuwirken. Freilich trägt die Annahme einer sekundären Behauptungslast nicht in spezifischer Weise den prognoseimmanenten Unwägbarkeiten der Vorhersage unsicherer zukünftiger Entwicklungen Rechnung, sodass anzumerken bleibt, dass das beschriebene Vorgehen letztlich keine prozessuale Besonderheit gerade des privatrechtlichen Prognoseprinzips darstellt.

---

hauptungslast beispielsweise für denkbare Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe zu.

1146 BAG 23.06.1983 – 2 AZR 15/82, AP Nr. 10 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; BAG 06.09.1989 – 2 AZR 19/89, AP Nr. 21 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; BAG 07.11.2002 – 2 AZR 599/01, AP Nr. 40 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; BAG 20.11.2014 – 2 AZR 755/13, AP Nr. 52 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; ErfK/*Oetker*, § 1 KSchG Rn. 180; MüKo-BGB/*Hergenröder*, § 1 KSchG 194; *Deinert*, in: Däubler/Deinert/Zwanziger (Hrsg.), KSchR 2020, § 1 KSchG Rn. 153 f.; *Krause*, in: Linck/Krause/Bayreuther (Hrsg.), Kündigungsschutzgesetz 2019, § 1 KSchG Rn. 359.

1147 Vgl. die Nachweise in der vorherigen Fußnote; kritisch insoweit jedoch *Krause*, in: Linck/Krause/Bayreuther (Hrsg.), Kündigungsschutzgesetz 2019, § 1 KSchG Rn. 364.

1148 BAG 23.10.2008 – 2 AZR 163/07, AP Nr. 18 zu § 1 KSchG 1969 Namensliste; BAG 27.09.2012 – 2 AZR 516/11, AP Nr. 24 zu § 1 KSchG 1969 Namensliste; hierzu auch *Gomille*, Informationsproblem und Wahrheitspflicht 2016, S. 53 f.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

c) Fehlen übergreifender prognosespezifischer Beweiserleichterungen

Zusammenfassend lässt sich so festhalten, dass die Rechtsordnung de lege lata kein übergreifendes Instrument zur Bewältigung spezifisch prognoseimmanenter Beweisnöte bereithält. Während einer Verteilung der prozessualen Beweislast nach Gefahrenbereichen und der häufig in Stellung gebrachten Figur der tatsächlichen Vermutung für die Rechtmäßig- oder Rechtswidrigkeit einer Prognose schon allgemeine methodische Bedenken entgegenstehen, scheitert die generelle Zulassung eines Anscheinsbeweises zugunsten der Wahrscheinlichkeit einer bestimmten zukünftigen Entwicklung an der Heterogenität der anzuwendenden Wahrscheinlichkeitsmaßstäbe oder dem Fehlen ausreichend gesicherter Erfahrungsgrundsätze. Zwar können Informationsdefizite der im Hinblick auf die Prognose beweisbelasteten Prozesspartei zuweilen durch die Statuierung einer sekundären Behauptungslast abgemildert werden – ein Spezifikum zur Behandlung gerade von privatrechtlichen Prognoseproblemen stellt dieses Mittel indes nicht dar. So bleibt es dabei, dass den tatsächlichen Elementen der Prognosegrundlage zumeist allein die prozessuale Rolle von Indizien für oder wider eine bestimmte Wahrscheinlichkeit des Prognoseereignisses zum Prognosezeitpunkt zufällt. Die in diesem Zusammenhang mitunter geläufige Kategorisierung von Indizien anhand ihrer Beweiskraft[1149] erweist sich vor dem Hintergrund des § 286 ZPO als entbehrlich.

3. Fazit

Während die Wahrscheinlichkeit zukünftiger Vertragsverletzungen durch steuerbares Verhalten in der Regel nur unter Hinweis auf eine vor dem Prognosezeitpunkt ausgesprochene Abmahnung hinreichend sicher ermittelt werden kann, trägt die Annahme einer Informationsbeschaffungspflicht nicht zur tatsächlichen Verbesserung der Prognosebasis bei. Auch auf prozessualer Ebene lässt sich prognosespezifischen Beweisnöten nur in äußerst begrenztem Umfang beikommen. In der Folge wird die praktische Ermittlung prognosespezifischer Wahrscheinlichkeiten den Rechtsanwender daher auch weiterhin vor große Herausforderungen stellen und letztlich in besonderer Weise nach genauer Analyse der Umstände des jeweiligen Ein-

1149 Vgl. beispielsweise *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts 1987, S. 330 (wiederholte Vertragspflichtverletzungen als „handfestes Indiz für kündigungsbegründende Wiederholungsgefahr").

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zelfalls verlangen – ein Ergebnis freilich, das am Ende dieser Arbeit kaum mehr zur Überraschung taugt: So sehr sich die Rechtswissenschaft nämlich auch bemüht, einheitliche Grundsätze zur systematischen Behandlung von Prognoseproblemen im Recht zu entwickeln, so machtlos steht sie dem tatsächlichen Kernproblem des Prognostizierens gegenüber: Die Zukunft ist unsicher.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

E. Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse in Thesen

Rechtliche Prognosen in Gestalt von Stabilitäts- und Veränderungsprognosen prägen die Konkretisierung bestandsschutzdurchbrechender Vorschriften im vertraglichen Dauerschuldverhältnis in einer Weise, die es erlaubt, von einem Prognoseprinzip im vertraglichen Dauerschuldverhältnis zu sprechen.

1. Aufgrund der besonderen Bedeutung des Zeitmoments im vertraglichen Dauerschuldverhältnis kann der Begriff des Bestandsschutzes hier stets nur in einem zeitraumbezogenen Sinne verstanden werden. Den in dieser Weise auch zukunftsgerichteten Bestandsschutz lässt das Gesetz regelmäßig nur dann und auch nur insoweit zurücktreten, wie eine (fortdauernde/unveränderte/unbefristete) Vertragsdurchführung in Zukunft störungsbelastet sein wird.
2. Im Kündigungsrecht greifen Prognosen dort Platz, wo der Gesetzgeber zum Ausgleich von Bestands- und Beendigungsinteressen eine materielle Kündigungskontrolle im Recht der vertraglichen Dauerschuldverhältnisse implementiert hat.
   a) Einer generalisierenden Betrachtung zugänglich ist dabei das Instrument der außerordentlichen Kündigung, weil die Prüfung des „wichtigen Grundes" nach eingehender Analyse der maßgeblichen Vorschriften stets auch prognostische Erwägungen erforderlich macht.
   b) Im Hinblick auf die ordentliche Kündigung sind Prognoseerwägungen dagegen nur dort anzustellen, wo dieses Gestaltungsrecht explizit an das Erfordernis sachlicher Rechtfertigungsgründe gebunden ist.
   c) Namentlich die materielle Kündigungskontrolle im Arbeits- und Wohnraummietrecht verlangt dem Rechtanwender stets (auch) Stabilitätsprognosen hinsichtlich der künftigen Entwicklung des jeweiligen Rechtsverhältnisses ab, sodass die Redeweise von einem kündigungsrechtlichen Prognoseprinzip hier auch ganz allgemein überzeugt.
3. Weil der Tatbestand gesetzlicher Anpassungsbestimmungs- und Anpassungserzwingungsrechte regelmäßig eine fundierte Beurteilung der zukünftigen Entwicklung des jeweiligen Schuldverhältnisses erfordert,

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

kann ebenfalls von einem Prognoseprinzip bei der materiellen Anpassungskontrolle im vertraglichen Dauerschuldverhältnis gesprochen werden.

4. In Parallele zur normativen Situation im Kündigungsrecht stellt die Notwendigkeit von Prognosen einen Leitgedanken der Konkretisierung sachlicher Befristungsgründe dar, sodass zuletzt auch die Redeweise vom Prognoseprinzip bei der sachgrundgebundenen Befristung von Dauerschuldverhältnissen berechtigt erscheint.
   a) Die Analyse der geschriebenen arbeitsrechtlichen Befristungsgründe fördert auch unter besonderer Beachtung der notwendigen Verbindung von Befristungsgrund und Befristungsdauer die Prognoseabhängigkeit einer weit überwiegenden Anzahl von Sachgründen zu Tage.
   b) Die Prognose eines zukünftigen Nutzungswillens ist Tatbestandsvoraussetzung sämtlicher wohnraummietrechtlicher Befristungsgründe, sodass Prognosen in diesem Zusammenhang ebenfalls prinzipielle Bedeutung zukommt.
5. Das Prognoseprinzip im vertraglichen Dauerschuldverhältnis lässt sich als offenes, vorrangig regulatorisches Rechtsprinzip mit materialen Elementen begreifen.
6. Bei der Anwendung des Prognoseprinzips ist auf einen subjektiven Wahrscheinlichkeitsbegriff abzustellen, der es erlaubt, Wahrscheinlichkeitsaussagen auch im Hinblick auf singuläre zukünftige Ereignisse zu treffen.
7. Die Suche nach dem maßgeblichen Wahrscheinlichkeitsgrad für Prognosen im vertraglichen Dauerschuldverhältnis hat von der jeweiligen materiell-rechtlichen Norm auszugehen, sodass sich ein Rückschluss von § 286 Abs. 1 ZPO auf den erforderlichen Wahrscheinlichkeitsgrad zukünftiger Störungen verbietet.
8. Dem Normzweck der untersuchten Vorschriften entsprechend kann der prognosespezifische Wahrscheinlichkeitsgrad allein mithilfe einer normativ strukturierten Interessenabwägung innerhalb eines flexiblen und multifaktoriellen Wertungssystems ermittelt werden.
   a) Die Bedeutung der zukünftigen Entwicklung eines Dauerschuldverhältnis für die materielle Kündigungs-, Befristungs- und Anpassungskontrolle wächst und schwindet in wechselseitiger Abhängigkeit zu anderen tatbestandskonkretisierenden Aspekten und lässt sich häufig erst mit Blick auf ein konkretes Rechtsproblem in Gestalt eines bestimmten Wahrscheinlichkeitsmaßstabs explizieren.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b) Maßgebliche Wertungsfaktoren sind insbesondere das Ausmaß potenzieller Beeinträchtigungen, das Gewicht gegenwärtiger oder vergangener Umstände, das Verschulden einer Vertragspartei sowie die Schwere des Eingriffs in den zukunftsgerichteten Bestandsschutz, wobei letzterer vor allem durch die Bedeutung besonderer Bestandsschutzkonzepte, die betrachtete Regelungskonstellation, die Eingriffstiefe und die Reversibilität des Eingriffs bestimmt wird.

9. Prognosen im vertraglichen Dauerschuldverhältnis sind im Dienste einer weitgehenden Objektivierung des Prognosevorgangs stets auf Grundlage sämtlicher relevanter Tatsachen und Erfahrungssätze aus der Sicht eines ideal-objektiven Beobachters zum jeweiligen Prognosezeitpunkt zu erstellen und zu beurteilen.
   a) Die Annahme eines kontrollfreien Prognosespielraums einer Vertragspartei lässt sich im Recht der vertraglichen Dauerschuldverhältnisse nicht begründen.
   b) Im Interesse der Objektivierung des Prognosevorgangs setzt sich die Prognosegrundlage in sachlicher Hinsicht zusammen aus sämtlichen relevanten Tatsachen (Prognosebasis) und der Gesamtheit aller hinreichend gesicherten allgemeinen Erfahrungssätze.
   c) Die Beurteilung der Prognose erfolgt in perspektivisch-personeller Hinsicht frei von den Wahrnehmungslimitierungen der jeweils prognostizierenden Vertragspartei, sodass sämtliche bereits zum Prognosezeitpunkt bestehenden Tatsachen und Erfahrungssätze umfassend zu berücksichtigen sind.
   d) Der Prognosezeitpunkt lässt sich nur im Kontext der konkreten Regelungskonstellation näher konkretisieren und zeitigt entscheidende Bedeutung vor allem für Unterscheidung zwischen originären Gerichtsprognosen auf der einen und der Kontrolle fremder Prognosen im Gerichtsprozess auf der anderen Seite.

10. Während die Wahrscheinlichkeit zukünftiger Vertragsverletzungen durch steuerbares Verhalten in der Regel nur unter Hinweis auf eine vor dem Prognosezeitpunkt ausgesprochene Abmahnung ausreichend verlässlich ermittelt werden kann, trägt die Annahme einer Informationsbeschaffungspflicht nicht zur tatsächlichen Verbesserung der Prognosebasis bei.

11. Die Wirkungsweise allgemeiner prozessualer Beweisgrundsätze bei der Anwendung des Prognoseprinzips im vertraglichen Dauerschuldverhältnis lässt sich für den Regelfall mit der Formel „in dubio pro conservatione“ beschreiben.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

a) Allgemeinen prozessualen Grundsätzen entsprechend hat im Regelfall die gestaltungswillige Vertragspartei die auf den Prognosezeitpunkt bezogene Wahrscheinlichkeit zukünftiger Beeinträchtigungen des Dauerschuldverhältnisses darzulegen und ggf. zur vollen Überzeugung des erkennenden Gerichts zu beweisen.
b) Konkreter Beweisgegenstand sind dabei jene singulären Sachverhalte, die als *Antecedens*-Bedingungen die tatsächliche Basis der Prognose bilden.
c) Ausgehend von diesen Indiztatsachen müssen allgemeine Erfahrungssätze mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auf die vom Prognosezeitpunkt aus betrachtet hinreichende Wahrscheinlichkeit künftiger Vertragsstörungen schließen lassen.

12. Die Rechtsordnung hält de lege lata kein übergreifendes Instrument zur Bewältigung spezifisch prognoseimmanenter Beweisnöte bereit.
a) Einer Verteilung der prozessualen Beweislast nach Gefahrenbereichen und der häufig bemühten Figur der tatsächlichen Vermutung für die Rechtmäßig- oder Rechtswidrigkeit einer Prognose stehen schon allgemeine methodische Bedenken entgegen.
b) Die generelle Zulassung eines Anscheinsbeweises zugunsten der Wahrscheinlichkeit einer bestimmten zukünftigen Entwicklung scheitert entweder an der Heterogenität der anzuwendenden Wahrscheinlichkeitsmaßstäbe oder dem Fehlen ausreichend gesicherter Erfahrungsgrundsätze.
c) Zwar können Informationsdefizite der im Hinblick auf die Prognose beweisbelasteten Prozesspartei zuweilen durch die Statuierung einer sekundären Behauptungslast abgemildert werden. Dieses Mittel stellt indes kein Spezifikum zur Behandlung gerade von privatrechtlichen Prognoseproblemen dar.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Literaturverzeichnis

Adam, Jürgen/Schmidt, Karsten/Schumacher, Jörg, Nulla poena sine culpa – Was besagt das verfassungsrechtliche Schuldprinzip?, NStZ 2017, S. 7–13.

Adam, Roman F., Welcher Zeitpunkt soll für die Beurteilung der Wirksamkeit arbeitsrechtlicher Kündigungen de lege ferenda maßgeblich sein?, DZWir 1997, S. 522–524.

—, Sanktion, Prognoseprinzip und Vertragsstörung bei der verhaltensbedingten Kündigung im Arbeitsrecht, NZA 1998, S. 284–287.

—, Die zweifelhafte Wirkung der Prognose im Kündigungsrecht, ZTR 1999, S. 113–115.

—, Die Kündigung wegen Sicherheitsbedenken, ZTR 2009, S. 569–574.

Alexy, Robert, Zum Begriff des Rechtsprinzips, in: Krawietz, Werner/Opałek Kazimierz u. a. (Hrsg.), Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz – Rechtstheorie Beiheft 1, Berlin 1979, S. 59–87 (zit. *Alexy*, Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz).

—, Theorie der Grundrechte, 1. Aufl., Baden-Baden 1985.

—, Zur Struktur der Rechtsprinzipien, in: Schilcher, Bernd/Koller, Peter/Funk, Bernd-Christian (Hrsg.), Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts, Wien 2000, S. 31–52.

Andres, Dirk/Leithaus, Rolf/Dahl, Michael (Hrsg.), Insolvenzordnung (InsO) – Kommentar, 4. Aufl., München 2018 (zit. Andres/Leithaus/*Bearbeiter*).

Annuß, Georg, Der Betriebsübergang in der neuesten Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, BB 1998, S. 1582–1587.

—, Betriebsbedingte Kündigung und arbeitsvertragliche Bindung, Köln 2004 (zit. *Annuß*, Betriebsbedingte Kündigung und arbeitsvertragliche Bindung).

Arloth, Frank/Tilch, Horst (Hrsg.), Deutsches Rechts-Lexikon – Band 1: A-F, 3. Aufl. München 2001.

Ascheid, Reiner, Beweislastfragen im Kündigungsschutzprozeß, Pfaffenweiler 1989 (zit. *Ascheid*, Beweislastfragen im Kündigungsschutzprozeß).

—, Kündigungsschutzrecht – Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses, Stuttgart, Berlin, Köln 1993 (zit. *Ascheid*, Kündigungsschutzrecht).

Aszmons, Mattis/Beck, Alexander, Der Wiedereinstellungsanspruch auf einen Blick – Rechtlicher Umgang und praktische Umsetzung, NZA 2015, S. 1098–1106.

Auktor, Christian, Wiedereinstellungsanspruch bei Wegfall des Befristungsgrundes? – Zugleich Anmerkung zum Urteil des BAG vom 20. 2. 2002 – 7 AZR 600/00, ZTR 2003, S. 550–552.

Bachmann, Gregor, »Allgemeines Prozessrecht« - Eine kritische Untersuchung am Beispiel von Videovernehmung und Unmittelbarkeitsgrundsatz, ZZP 2005, S. 133–159.

Bachof, Otto, Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, JZ 1955, S. 97–102.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Bader, Peter/Fischermeier, Ernst/Gallner, Inken/Klose, Oliver/Kreft, Burghard/Kreutzberg-Kowalczyk, Matthias/Krumbiegel, Markus/Link, Christian/Lipke, Gert-Albert/Rachor, Stephanie/Rinck, Ursula/Rost, Friedhelm/Spelge, Karin/Spilger, Andreas Michael/Treber, Jürgen/Vogt, Norbert/Weigand, Horst (Hrsg.), KR – Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 12. Aufl., Köln 2019 (zit. KR/*Bearbeiter*).

Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert/Hau, Wolfgang/Poseck, Roman (Hrsg.), BeckOK BGB, 58. Edition (Stand: 01.05.2021), München 2021.

Baumbach, Adolf (Begr.), Handelsgesetzbuch – Mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Kapitalmarktrecht, Transportrecht (ohne Seerecht), Hopt, Klaus J.; Kumpan, Christoph u. a. (Bearb.), 40. Aufl. München 2021 (zit. Baumbach/Hopt/*Bearbeiter*).

Baumgärtel, Gottfried, Die Bedeutung der sog. „tatsächlichen Vermutung" im Zivilprozeß, in: Gottwald, Peter (Hrsg.), Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburtstag, München 1990, S. 43–51 (zit. *Baumgärtel*, FS Schwab).

Becker, Michael, Gestaltungsrecht und Gestaltungsgrund, AcP 188 (1988), S. 24–68.

Becker, Roberto, Die Entwicklung von Grundsätzen ordnungsmäßiger Prognosebildung auf Basis der GoB, Wiesbaden 2018 (zit. *Becker*, Ordnungsgemäße Prognosebildung auf Basis der GoB).

Becker-Schaffner, Reinhard, Die Krankheit als Kündigungsgrund in der Rechtsprechung, BlStSozArbR 1976, S. 97–101.

Beckhaus, Gerrit Marian, Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung – Die Enforcement-Richtlinie als Ausgangspunkt für die Einführung einer allgmeinenen Informationsleistungspflicht in das deutsche Zivilrecht, Tübingen 2010.

Behrend, Olaf, Forschen und Wetten – zum Verhältnis von Diagnose und Prognose, in: Hitzler, Ronald/Pfadenhauer, Michaela (Hrsg.), Gegenwärtige Zukünfte – Interpretative Beiträge zur sozialwissenschaftlichen Diagnose und Prognose, Wiesbaden 2005, 81–94 (zit. *Behrend*, Gegenwärtige Zukünfte).

Belling, Detlev W., Die Kündigung wegen verdachtsbedingten Vertrauenswegfalls, RdA 1996, S. 223–240.

Berg, Wilfried, Die verwaltungsrechtliche Entscheidung bei ungewissem Sachverhalt, Berlin 1980.

Berkowsky, Wilfried, Die betriebsbedingte Änderungskündigung und ihr Streitgegenstand, NZA 2000, S. 1129–1136.

—, Die personenbedingte Kündigung - Teil 1, NZA-RR 2001, S. 393–405.

—, Die personenbedingte Kündigung - Teil 2, NZA-RR 2001, S. 449–461.

—, Die Änderungskündigung, NZA-RR 2003, S. 449–458.

—, Die Änderungskündigung – Eine umfassende Darstellung unter Berücksichtigung des neuen Betriebsverfassungsrechts und des Arbeitsgerichtsverfahrens, München 2004 (zit. *Berkowsky*, Änderungskündigung).

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

—, Die personen- und verhaltensbedingte Kündigung – Eine umfassende Darstellung unter Berücksichtigung des Betriebsverfassungs- und Sozialrechts sowie des Arbeitsgerichtsverfahrens, 4. Aufl. München 2005 (zit. *Berkowsky*, Die personen- und verhaltensbedingte Kündigung).

—, Die betriebsbedingte Kündigung – Eine umfassende Darstellung unter Berücksichtigung des Betriebsverfassungsrechts und des Arbeitsgerichtsverfahrens, 6. Aufl. München 2008 (zit. *Berkowsky*, Betriebsbedingte Kündigung).

—, Möglichkeiten und Grenzen der Änderungskündigung, NZA-Beilage 2010, S. 50–60.

Betz, Christoph, Die betriebsbedingte Änderungskündigung – Mittel oder Hindernis bei der Umsetzung freier unternehmerischer Entscheidungen?, München 2008 (zit. *Betz*, Betriebsbedingte Änderungskündigung).

Bieder, Marcus, Das ungeschriebene Verhältnismäßigkeitsprinzip als Schranke privater Rechtsausübung, München 2007 (zit. *Bieder*, Verhältnismäßigkeitsprinzip).

—, Das Prognoseprinzip im Zivil- und Wirtschaftsrecht – der Versuch einer Antizipation künftiger Realitäten, in: Kreutz, Peter/Renftle, Norbert u. a. (Hrsg.), Realitäten des Zivilrechts, Grenzen des Zivilrechts – Augsburger Tagung, 7.- 10. September 2011, Stuttgart 2012, S. 23–50.

Birkner-Kuschyk, Monika/Tschöpe, Ulrich, Neue Aspekte zur krankheitsbedingten Kündigung, DB 1981, S. 264–271.

Blank, Hubert, Die geplanten Neuregelungen im Kündigungsrecht, NZM 2001, S. 9–10.

Blank, Hubert/Börstinghaus, Ulf P. (Hrsg.), Miete – Kommentar, 6. Aufl. München 2020.

Blomeyer, Wolfgang, Der befristete Arbeitsvertrag als Problem der Gesetzesinterpretation, RdA 1967, S. 406–415.

Bock, Michael, Zur dogmatischen Bedeutung unterschiedlicher Arten empirischen Wissens bei prognostischen Entscheidungen im Strafrecht, NStZ 1990, S. 457–463.

Boecken, Winfried/Düwell, Franz Josef/Diller, Martin/Hanau, Hans (Hrsg.), Gesamtes Arbeitsrecht – Band 3, 1. Aufl. Baden-Baden 2016.

Boecken, Winfried/Joussen, Jacob (Hrsg.), Teilzeit- und Befristungsgesetz – Handkommentar, 6. Aufl. Baden-Baden 2019.

Boemke, Burkhard, Privatautonomie im Arbeitsvertragsrecht, NZA 1993, S. 532–538.

—, Kündigungsschutzklage (§ 4 KSchG) und allgemeine Feststellungsklage (§ 256 ZPO), RdA 1995, S. 211–229.

—, Kündigungsschutz in Kleinbetrieben, WiB 1997, S. 617–622.

Boemke, Burkhard/Jäger, Jan-David, Befristung wegen Eigenart der Arbeitsleistung – unter besonderer Berücksichtigung des Profisports, RdA 2017, S. 20–26.

Boewer, Dietrich, Krankheit als Kündigungsgrund - Betriebliche Auswirkungen und Prognose, NZA 1988, S. 678–687.

—, Streitgegenstand und Prüfungsmaßstab bei der Änderungsschutzklage, BB 1996, S. 2618–2622.

—, Der Streitgegenstand des Kündigungsschutzprozesses, NZA 1997, S. 359–365.

—, Der Wiedereinstellungsanspruch - Teil 1, NZA 1999, S. 1121–1132.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Bork, Reinhard/Roth, Herbert (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung – Band 4, §§ 271-327, 23. Aufl., Tübingen 2018 (zit. Stein/Jonas/*Bearbeiter*).

Bötticher, Eduard, Zum Regierungsentwurf des Kündigungsschutzgesetzes, RdA 1951, S. 81–87.

—, Der Streitgegenstand des Kündigungsschutzprozesses, BB 1959, S. 1032–1036.

—, Bestandsschutz und Vertragsinhaltsschutz im Lichte der Änderungskündigung, in: Nipperdey, Hans Carl (Hrsg.), Festschrift für Erich Molitor zum 75. Geburtstag, München 1962, S. 123–141 (zit. *Bötticher*, FS Molitor).

Braun, Johann, Meine Freiheit ist deine Freiheit, JZ 2004, S. 610–613.

Brenneis, Dieter, Der Maßstab der sozialen Rechtfertigung einer Änderungskündigung im Lichte legislativen Wollens und kündigungsschutzrechtlicher Prinzipien, Bonn 1998 (zit. *Brenneis*, Änderungskündigung).

Breuer, Rüdiger, Direkte und indirekte Rezeption technischer Regeln durch die Rechtsordnung, AöR 101 (1976), S. 46–88.

—, Legislative und administrative Prognoseentscheidungen, Der Staat 1977, S. 21–54.

Brinkmann, Moritz, Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht, Köln 2005 (zit. *Brinkmann*, Beweismaß).

Brockhaus Enzyklopädie Online, Prognose, 2021, https://brockhaus.de/ecs/permalink/DCB3ADC4ED5FBC07D4E8FBFEB72777F4.pdf (geprüft am 17.07.2021).

Bröckling, Ulrich, Vorbeugen ist besser… Zur Soziologie der Prävention, Behemoth. A Journal on Civilisation 1 (2008), S. 38–48.

Brohm, Winfried, Verwaltungsgerichtsbarkeit im modernen Sozialstaat, DÖV 1982, S. 1–10.

Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich, Allgemeiner Teil des BGB, 45. Aufl. München 2021 (zit. *Brox/Walker*, BGB AT).

Brunn, Bernd, Prognosen mit rechtlicher Bedeutung, NJOZ 2014, S. 361–380.

Bruns, Rudolf, Zivilprozeßrecht – Eine systematische Darstellung, 2. Aufl., München 1979.

Bub, Wolf-Rüdiger/Kraemer, Hans-Jörg (Hrsg.), Handbuch Geschäfts- und Wohnraummiete, 5. Aufl., München 2019 (zit. Bub/Treier/*Bearbeiter*).

Bülow, Peter/Artz, Markus (Hrsg.), Verbraucherkreditrecht – Entgeltliche und unentgeltliche Darlehen und Finanzierungshilfen, Widerruf und verbundene Geschäfte, Kreditvermittlung; IPR (Rom I-VO), Mahnverfahren; Art. 17 EuGVVO, 10. Aufl. München 2019.

Bydlinski, Franz, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. Wien 1991 (zit. *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre).

—, System und Prinzipien des Privatrechts, Wien 1996 (zit. *Bydlinski*, System und Prinzipien).

Canaris, Claus-Wilhelm, Die Feststellung von Lücken im Gesetz – Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem, 2. Aufl. Berlin 1983 (zit. *Canaris*, Feststellung von Lücken).

—, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz – Entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, 2. Aufl. Berlin 1983 (zit. *Canaris*, Systemdenken).

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Canaris, Claus-Wilhelm/Habersack, Mathias/Schäfer, Carsten (Hrsg.), Handelsgesetzbuch Großkommentar – Dritter Band §§ 105-160, 5. Aufl., Berlin 2009 (zit. Staub-HGB/*Bearbeiter*).

Carnap, Rudolf/Stegmüller, Wolfgang, Induktive Logik und Wahrscheinlichkeit, Wien 1959 (zit. *Carnap/Stegmüller*, Induktive Logik).

Clausen, Lars, Krasser sozialer Wandel, Wiesbaden 1994.

Clérico, Laura, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, Baden-Baden 2001.

Coen, Martin, Anmerkung zu BAG v. 23.06.1983 – 2 AZR 15/82, AuR 1984, S. 319–320.

Coing, Helmut, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 5. Aufl., Berlin/New York 1993.

Dahle, Klaus-Peter, Psychologische Kriminalprognose – Wege zu einer integrativen Methodik für die Beurteilung der Rückfallwahrscheinlichkeit bei Strafgefangenen, 2. Aufl. Freiburg 2010 (zit. *Dahle*, Psychologische Kriminalprognose).

Darnstädt, Thomas, Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge – Eine Untersuchung über Struktur und Bedeutung der Prognose-Tatbestände im Recht der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, Frankfurt a.M. 1983 (zit. *Darnstädt*, Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge).

Dassau, Anette, Das Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge, ZTR 2001, S. 64–70.

Däubler, Wolfgang, Das geplante Teilzeit- und Befristungsgesetz, ZIP 2000, S. 1961–1969.

—, Das neue Teilzeit- und Befristungsgesetz, ZIP 2001, S. 217–225.

Däubler, Wolfgang/Deinert, Olaf/Zwanziger, Bertram (Hrsg.), KSchR – Kündigungsschutzrecht; Kündigungen und andere Formen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, 11. Aufl. Frankfurt am Main 2020.

Däubler, Wolfgang/Hjort, Jens Peter/Schubert, Michael/Wolmerath, Martin (Hrsg.), Arbeitsrecht – Individualarbeitsrecht mit kollektivrechtlichen Bezügen, 4. Aufl. Baden-Baden 2017.

Dauner-Lieb, Barbara/Dötsch, Wolfgang, Prozessuale Fragen rund um § 313 BGB, NJW 2003, S. 921–927.

Dauner-Lieb, Barbara/Langen, Werner (Hrsg.), Schuldrecht – Band 2/1: §§ 241-487, 4. Aufl., Baden-Baden 2021 (zit. AK-BGB/*Bearbeiter*).

— (Hrsg.), Schuldrecht – Band 2/2: §§ 488-661s, 4. Aufl., Baden-Baden 2021 (zit. AK-BGB/*Bearbeiter*).

Davy, Benjamin, Gefahrenabwehr im Anlagenrecht, Wien, New York 1990.

de Finetti, Bruno, Wahrscheinlichkeitstheorie – Einführende Synthese mit kritischem Anhang, Wien, München 1981.

Dechsling, Rainer, Das Verhältnismäßigkeitsgebot, München 1989 (zit. *Dechsling*, Verhältnismäßigkeitsgebot).

Denck, Johannes, Anmerkung zu BAG v. 10.11.1983 – 2 AZR 291/82, SAE 1984, S. 209–211.

Derleder, Peter, Strukturfragen der ortsüblichen Vergleichsmiete, WuM 1983, S. 221–226.

Dernburg, Heinrich, Pandekten Erster Band – Allgemeiner Teil und Sachenrecht, 7. Aufl. Berlin 1902 (zit. *Dernburg*, Pandekten I).

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Deutsch, Erwin, Gefahr, Gefährdung, Gefahrerhöhung, in: Paulus, Gotthard/Diederichsen, Uwe/Canaris, Claus-Wilhelm (Hrsg.), Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München 1973, S. 885–904 (zit. *Deutsch*, FS Larenz).

Dieckmann, Andreas, Die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens bei Beratungsfehlern von Banken, WM 2011, S. 1153–1159.

Dietz, Rolf, Das neue Kündigungsschutzgesetz, NJW 1951, S. 941–946.

Doralt, Walter, Langzeitverträge, Tübingen 2018.

Dorndorf, Eberhard/Hauck, Friedrich/Kriebel, Volkart/Höland, Armin/Neef, Klaus (Hrsg.), Heidelberger Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 4. Aufl., Heidelberg 2001 (zit. HK-KSchG/*Bearbeiter*).

Dörner, Hans-Jürgen, Die Befristung von Arbeitsverträgen nach § 620 BGB und § 1 BeschFG 1996 – Rückblick und Ausblick, ZTR 2001, S. 485–491.

—, Der befristete Arbeitsvertrag – Eine systematische Darstellung des Befristungsrechts, 2. Aufl. München 2011 (zit. *Dörner*, Der befristete Arbeitsvertrag).

Dörner, Klemens, Die Verdachtskündigung im Spiegel der Methoden zur Auslegung von Gesetzen, NZA 1992, S. 865–873.

Doukoff, Norman, Grundlagen des Anscheinsbeweises, SVR 2015, S. 245–253.

Dreier, Ralf, Zum Begriff der „Natur der Sache", Münster/Berlin 1965.

Drescher, Ingo/Fleischer, Holger/Schmidt, Karsten (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch – Band 5: §§ 343-406 HGB, CISG, 5. Aufl., München 2021 (zit. MüKo-HGB/*Bearbeiter*).

Dubischar, Roland, Grundsätze der Beweislastverteilung im Zivil- und Verwaltungsprozeß, JuS 1971, S. 385–394.

Duden-Online, nachhaltig, 2021, https://www.duden.de/rechtschreibung/nachhaltig (geprüft am 17.07.2021).

—, Prognose, 2021, https://www.duden.de/rechtschreibung/Prognose (geprüft am 17.07.2021).

—, vertreten, 2021, https://www.duden.de/rechtschreibung/vertreten (geprüft am 17.07.2021).

Dworkin, Ronald, The Model of Rules, The University of Chicago Law Review 35 (1967), S. 14–46.

—, Taking rights seriously, Cambridge, Mass. 1977.

—, Bürgerrechte ernstgenommen, Frankfurt am Main 1990.

Ebenroth, Carsten Thomas/Boujong, Karlheinz/Joost, Detlev (Begr.), Handelsgesetzbuch – Band 1: §§ 1-342e, Joost, Detlev; Strohn, Lutz (Hrsg.), 4. Aufl. München 2020 (zit. EBJS/*Bearbeiter*).

Eckelt, Matthias, Vertragsanpassungsrecht – Vertragliche Vereinbarungen zur Erleichterung einer Vertragsänderung, Berlin 2008 (zit. *Eckelt*, Vertragsanpassungsrecht).

Eckert, Niklas, Die Vertretungsbefristung – Ein Befristungsgrund zur dauerhaften Beschäftigung?, Baden-Baden 2016 (zit. *Eckert*, Vertretungsbefristung).

Eisenschmid, Norbert, Die Eigenbedarfskündigung im Spiegel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofes, WuM 1990, S. 129–134.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Elz, Dirk, Der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers nach Wegfall des Kündigungsgrundes, Köln 2002 (zit. *Elz*, Wiedereinstellungsanspruch).

Emmerich, Jost/Emmerich, Volker/Haug, André/Rolfs, Christian (Hrsg.), Miete – Handkommentar. §§ 535 bis 580a des Bürgerlichen Gesetzbuches. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 11. Aufl., Berlin 2013 (zit. Emmerich/Sonnenschein/*Bearbeiter*).

Enderlein, Wolfgang, Das erschütterte Arbeitgebervertrauen im Recht der verhaltensbedingten Tat- und Verdachtskündigung, RdA 2000, S. 325–330.

Endres, Johann, Die Kriminalprognose im Strafvollzug: – Grundlagen, Methoden und Probleme der Vorhersage von Straftaten, ZfStrVo 2000, S. 67–83.

Erman, Walter (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, LPartG, ProdHaftG, VBVG, VersAusglG und WEG. Band II, Westermann, Harm Peter; Grunewald, Barbara; Maier-Reimer, Georg (Hrsg.), 16. Aufl. Köln 2020 (zit. Erman-BGB/*Bearbeiter*).

— (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, LPartG, ProdHaftG, VBVG, VersAusglG und WEG. Band I, Westermann, Harm Peter; Grunewald, Barbara; Maier-Reimer, Georg (Hrsg.), 16. Aufl. Köln 2020 (zit. Erman-BGB/*Bearbeiter*).

Esser, Josef, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts – Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre, 4. Aufl. Tübingen 1990 (zit. *Esser*, Grundsatz und Norm).

Evers, Andreas, Begriff und Bedeutung der Wahrscheinlichkeit für die richterliche Beweiswürdigung, Freiburg 1979.

Exner, Franz, Das System der sichernden und bessernden Maßregeln nach dem Gesetz v. 24. November 1933, ZStW 53 (1933), S. 629–655.

Eylert, Mario, Die Verdachtskündigung, NZA-RR 2014, S. 393–408.

Fastrich, Lorenz, Bestandsschutz und Vertragsinhaltsschutz im Arbeitsrecht, in: Wank, Rolf/Hirte, Heribert u. a. (Hrsg.), Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag, München 2002, S. 251–268 (zit. *Fastrich*, FS Wiedemann).

Feuchte, Paul, Prognose, Vorsorge und Planung bei der Genehmigung industrieller Anlagen – Gesichtspunkte zum Beuteilungsspielraum der Exekutive, Die Verwaltung 1977, S. 291–311.

Feudner, Bernd W., Betriebsbedingte Kündigung quo vadis?, NZA 2000, S. 1136–1143.

Feuerborn, Andreas, Sachliche Gründe im Arbeitsrecht – Konkretisierung eines normativen Rechtsbegriffs zwischen Vertragsfreiheit und Arbeitnehmerschutz, München 2003 (zit. *Feuerborn*, Sachliche Gründe).

Feuerlein, Albrecht, Nichts Neues beim Zeitmietvertrag?, WuM 2001, S. 371–373.

Fikentscher, Wolfgang/Heinemann, Andreas, Schuldrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil, 11. Aufl., Berlin, Boston 2017.

Finckenstein, Barbara von, Freie Unternehmerentscheidung und dringende betriebliche Erfordernisse bei der betriebsbedingten Kündigung, Berlin 2005 (zit. *Finckenstein*, Freie Unternehmerentscheidung).

Fischermeier, Ernst, Die betriebsbedingte Änderungskündigung, NZA 2000, S. 737–744.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Fischinger, Philipp S., Vom richtigen Zeitpunkt: Sittenwidrigkeitskontrolle arbeitsvertraglicher Lohnabreden, JZ 2012, S. 546–553.

—, Vom richtigen Zeitpunkt: Sittenwidrigkeitskontrolle arbeitsvertraglicher Lohnabreden, JZ 2014, S. 546–553.

Fleindl, Hubert, Die Eigenbedarfskündigung: Tatbestand und Rechtsmissbrauch – Gefestigte Rechtsprechung oder offene Baustellen?, NZM 2016, S. 289–302.

Frey, Erich, Der Beurteilungszeitpunkt tatsächlicher Umstände beim Kündigungsschutz, AuR 1955, S. 140–143.

—, Anmerkung zu BAG v. 15.12.1955 – 2 AZR 228/54, AuR 1956, S. 159–160.

Fridgen, Alexander/Geiwitz, Arndt/Göpfert, Burkard (Hrsg.), BeckOK InsO, 23. Edition (Stand: 15.04.2021), München 2021.

Frisch, Wolfgang, Prognoseentscheidungen im Strafrecht – Zur normativen Relevanz empirischen Wissens und zur Entscheidung bei Nichtwissen, Heidelberg 1983 (zit. *Frisch*, Prognoseentscheidungen im Strafrecht).

Fritzsche, Jörg, Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage, Berlin, Heidelberg 2000 (zit. *Fritzsche*, Unterlassungsanspruch).

Frohner, Siegfried/Pieper, Rainer, Befristete Arbeitsverhältnisse, AuR 1992, S. 97–110.

Fromm, Erwin, Die arbeitnehmerbedingten Kündigungsgründe, Berlin 1995.

Gallner, Inken/Mestwerdt, Wilhelm/Nägele, Stefan/Böhm, Annett (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht – Handkommentar, 7. Aufl. Baden-Baden 2021.

Gamillscheg, Franz, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, AcP 164 (1964), S. 385–445.

—, Arbeitsrecht I – Arbeitsvertrags- und Arbeitsschutzrecht, 8. Aufl., München 2000.

Gamillscheg, Katharina, Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses – Bestandsschutz und Mobilitätsinteresse des Arbeitnehmers in Abwägung zum Organisationsinteresse des Arbeitgebers, Berlin 2001 (zit. *Gamillscheg*, Beendigung des Arbeitsverhältnisses).

Garrn, Heinrich, Die „Natur der Sache" als Grundlage juristischer Argumentation, ARSP 68 (1982), S. 60–71.

Geisler, Werner, Prognoseentscheidungen - ein empirisches und entscheidungstheoretisches Problem, in: Hirsch, Hans J./Kaiser, Günther/Marquardt, Helmut (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann, Berlin, New York 1986, S. 253–265 (zit. *Geisler*, GS Kaufmann).

Geißler, Markus, Die Privatautonomie im Spannungsfeld sozialer Gerechtigkeit, JuS 1991, S. 617–623.

Gentges, Peter, Prognoseprobleme im Kündigungsschutzrecht, Baden-Baden 1995 (zit. *Gentges*, Prognoseprobleme im Kündigungsschutzrecht).

Gernhuber, Joachim, Das Schuldverhältnis – Begründung und Änderung, Pflichten und Strukturen, Drittwirkungen, Tübingen 1989 (zit. *Gernhuber*, Schuldverhältnis).

Gierke, Otto von, Dauernde Schuldverhältnisse, JherJb 64 (1914), 355-411.

Gift, Emil, Rezension zu Kittner/Trittin, Kündigungsschutzrecht, Köln, 1993, RdA 1994, S. 306–307.

Gilbert, Dirk, Statt Tat- und Verdachtskündigung: Die Vertrauenskündigung, DB 2006, S. 1555–1562.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

—, Die Vertrauenskündigung, RdA 2015, S. 209–214.

Gomille, Christian, Informationsproblem und Wahrheitspflicht, Tübingen 2016.

Gottwald, Peter, Schadenszurechnung und Schadensschätzung – Zum Ermessen des Richters im Schadensrecht und im Schadensersatzprozeß, München 1979.

Götz, Volkmar/Geis, Max-Emanuel, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht – Ein Studienbuch, 17. Aufl. München 2022 (zit. *Götz/Geis*, POR).

Greger, Reinhard, Beweis und Wahrscheinlichkeit – Das Beweiskriterium im Allgemeinen und bei den sogenannten Beweiserleichterungen, Köln 1978.

Grobys, Marcek, Änderungskündigung zur Entgeltreduzierung, NJW-Spezial 2004, S. 81–82.

Groeben, Norbert/Westmeyer, Hans, Kriterien psychologischer Forschung, 2. Aufl., München 1981.

Groß, Jochen, Die Prognose von Wahlergebnissen – Ansätze und empirische Leistungsfähigkeit, Wiesbaden 2010 (zit. *Groß*, Prognose von Wahlergebnissen).

Gross, Rudolf/Löffler, Markus, Prinzipien der Medizin – Eine Übersicht ihrer Grundlagen und Methoden, Berlin, Heidelberg 1997 (zit. *Gross/Löffler*, Prinzipien der Medizin).

Gruber, Michael, Die tatsächliche Vermutung der Wiederholungsgefahr als Beweiserleichterung, WRP 1991, S. 368–376.

Grüneberg, Christian (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch – Mit Nebengesetzen insbesondere mit Einführungsgesetz (Auszug) einschließlich Rom I-, Rom II- und Rom III-Verordnungen sowie EU-Güterrechtsverordnungen, Haager Unterhaltsprotokoll und EU-Erbrechtsverordnung, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (Auszug), Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz, Unterlassungsklagengesetz, Produkthaftungsgesetz, Erbbaurechtsgesetz, Wohnungseigentumsgesetz, Versorgungsausgleichsgesetz, Lebenspartnerschaftsgesetz, Gewaltschutzgesetz, 81. Aufl., München 2022 (zit. Grüneberg/*Bearbeiter*).

Grunewald, Barbara, Der Ausschluß aus Gesellschaft und Verein, Köln 1987.

Grunsky, Wolfgang, Die Verdachtskündigung, ZfA 1977, S. 167–186.

Gsell, Beate/Krüger, Wolfgang/Lorenz, Stephan/Reymann, Christoph (Begr.), beck-online.GROSSKOMMENTAR BGB – BGB §§ 80–89, 705–758, Geibel, Stefan Johannes (Hrsg.), Stand: 01.10.2020, München 2020.

— (Begr.), beck-online.GROSSKOMMENTAR BGB – BGB §§ 1297-1362, 1568a, 1568b, 1588, 1616-1625, 1626-1711; GewSchG; KKG; LPartG; RelKErzG; SGB VIII §§ 1-105, Wellenhofer, Marina (Hrsg.), Stand: 01.04.2021, München 2021.

— (Begr.), beck-online.GROSSKOMMENTAR BGB – BGB §§ 311–361, Lorenz, Stephan (Hrsg.), Stand: 01.01.2021, München 2021.

— (Begr.), beck-online.GROSSKOMMENTAR BGB – BGB §§ 481–487, 516–534, 581–606, 651a–674, 688–704; BGB-InfoV; Busfahrgastrechte-VO; EGBGB Art. 1, 2, 50–218; Eisenbahnfahrgastrechte-VO; Fluggastrechte-VO; VO (EU) 1177/2010 über Passagierrechte im Schiffsverkehr, Harke, Jan Dirk (Hrsg.), Stand: 01.05.2021, München 2021.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

— (Begr.), beck-online.GROSSKOMMENTAR BGB – BGB §§ 488–515, 607–610, 655a–655e, 675–676c, 765–778, 780–808; SchVG, Köndgen, Johannes (Hrsg.), Stand: 01.06.2021, München 2021.

— (Begr.), beck-online.GROSSKOMMENTAR BGB – BGB §§ 535–580a; BetrKV; HeizkostenV; WärmeLV; WBVG, Schmidt, Hubert (Hrsg.), Stand: 01.04.2021, München 2021.

— (Begr.), beck-online.GROSSKOMMENTAR BGB – BGB §§ 611–630h; GewO §§ 105–110, Benecke, Martina (Hrsg.), Stand: 01.04.2021, München 2021.

— (Begr.), beck-online.GROSSKOMMENTAR BGB – BGB §§ 985–1296, Reymann, Christoph (Hrsg.), Stand: 01.05.2021, München 2021.

Gummert, Hans/Weipert, Lutz (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts – Band 1: BGB-Gesellschaft, Offene Handelsgesellschaft, Partnerschaftsgesellschaft, Partenreederei, EWIV, 5. Aufl. München 2019.

— (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts – Band 2: Kommanditgesellschaft, GmbH & Co. KG, Publikums-KG, Stille Gesellschaft, 5. Aufl. München 2019.

Güntner, Hans, Der Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses und seine Rechtsverwirklichung – (I. Teil), AuR 1974, S. 97–117.

Gusy, Christoph, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl. Tübingen 2017 (zit. *Gusy*, POR).

Haarmann, Wilhelm, Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Dauerrechtsverhältnissen, Berlin 1979.

Haas, Hermann H./Salomon, Erwin, Die Auswahlentscheidung bei der Besetzung von (freien) Arbeitsplätzen in anderen Betrieben gemäß § 1 II 2 KSchG, NZA 2006, S. 1192–1195.

Hambitzer, Ulrich M., Wiedereinstellungsanspruch nach wirksamer betriebsbedingter Kündigung?, NJW 1985, S. 2239–2242.

Hanau, Peter, Reformbedarf im Arbeitsvertragsrecht, ZRP 1996, S. 349–354.

—, Ist Wilhelm Herschel mit schuld an der Massenarbeitslosigkeit?, NJW 1998, S. 1895.

—, Was ist wirklich neu in der Befristungsrichtlinie?, NZA 2000, S. 1045.

Hannemann, Thomas/Wiegner, Michael (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Mietrecht, 5. Aufl. München 2019.

Hansen, Udo, Der Indizienbeweis, JuS 1992, S. 327–330.

Hansen-Dix, Frauke, Die Gefahr im Polizeirecht, im Ordnungsrecht und im technischen Sicherheitsrecht, Köln 1982 (zit. *Hansen-Dix*, Die Gefahr im Polizeirecht).

Harke, Dietrich, Die Vermieterkündigung wegen Eigenbedarfs, ZMR 1991, S. 81–97.

Hartlein, Lutz, Kündigung von Bausparverträgen wegen Störung der Geschäftsgrundlage, BB 2018, S. 259–266.

Hase, Friedhelm, Versicherungsprinzip und sozialer Ausgleich – Eine Studie zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen des deutschen Sozialversicherungsrechts, 1. Aufl. Tübingen 2000 (zit. *Hase*, Versicherungsprinzip und sozialer Ausgleich).

Hau, Wolfgang, Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag, Tübingen 2003.

Häublein, Martin, Alternativwohnungen im Eigenbedarfsrecht - Zeitlicher Umfang nachwirkender Vermieterpflichten, NZM 2003, S. 970–972.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

—, Die fristlose Kündigung im Mietrecht nach Miet- und Schuldrechtsreform, ZMR 2005, S. 1–8.

Häublein, Martin/Hoffmann-Theinert, Roland (Hrsg.), BeckOK HGB, 32. Edition (Stand: 15.04.2021), München 2021.

Haverkate, Görg, Rechtsfragen des Leistungsstaats – Verhältnismäßigkeitsgebot und Freiheitsschutz im leistenden Staatshandeln, Tübingen 1983 (zit. *Haverkate*, Rechtsfragen des Leistungsstaats).

Hefermehl, Wolfgang/Hildebrandt, Wolfgang/Schröder, Georg (Hrsg.), Handelsgesetzbuch – Band III/1. Halbband: §§ 105-160, 5. Aufl., München 1992 (zit. Schlegelberger/*Bearbeiter*).

Heinold, Alexander, Die Prinzipientheorie bei Ronald Dworkin und Robert Alexy, Berlin 2011 (zit. *Heinold*, Prinzipientheorie bei Dworkin und Alexy).

Heinrich, Christian, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit – Die Grundlagen der Vertragsfreiheit und Vertragskontrolle am Beispiel ausgewählter Probleme des Arbeitsrechts, 1. Aufl. Tübingen 2000 (zit. *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit).

Heinrichs, Helmut, Die Transformation des Erfüllungsanspruchs in einen Schadensersatzanspruch – Eine Skizze der Neuregelung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, in: Bub, Wolf-Rüdiger/Knieper, Rolf u. a. (Hrsg.), Zivilrecht im Sozialstaat – Festschrift für Professor Dr. Peter Derleder, Baden-Baden 2005, S. 87–108 (zit. *Heinrichs*, FS Derleder).

Hempel, Carl Gustav, Aspekte wissenschaftlicher Erklärung, Berlin 1977.

Hempel, Carl Gustav/Oppenheim, Paul, Studies in the Logic of Explanation, Philosophy of Science 15 (1948), S. 135–175.

Henckel, Wolfram, Die Anpassung des Rechts der Betriebsübernahme (§ 613 a BGB) an die Insolvenzsituation de lege lata und de lege ferenda, ZGR 1984, S. 225–257.

Henkel, Heinrich, Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Prinzip, in: Engisch, Karl/Maurach, Reinhart (Hrsg.), Festschrift für Edmund Mezger – zum 70. Geburtstag 15.10.1953, München, Berlin 1954, S. 249–309 (zit. *Henkel*, FS Mezger).

Henrich, Dieter/Althammer, Christoph (Hrsg.), Familienrecht – Scheidung, Unterhalt, Verfahren. Kommentar, 7. Aufl. München 2020.

Henssler, Martin, Material Adverse Change-Klauseln in deutschen Unternehmenskaufverträgen – ®eine Modeerscheinung?, in: Baums, Theodor/Wertenbruch, Johannes u. a. (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Huber – Zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2006, S. 739–756 (zit. *Henssler*, FS Huber).

Henssler, Martin/Strohn, Lutz (Hrsg.), Gesellschaftsrecht – BGB, HGB, PartGG, GmbHG, AktG, GenG, UmwG, InsO, AnfG, IntGesR, 5. Aufl. München 2021.

Henssler, Martin/Willemsen, Heinz Josef/Kalb, Heinz-Jürgen (Hrsg.), Arbeitsrecht Kommentar, 9. Aufl., Köln 2020 (zit. HWK/*Bearbeiter*).

Herberger, Maximilian/Martinek, Michael/Rüßmann, Helmut/Weth, Stephan/Würdinger, Markus (Hrsg.), juris Praxiskommentar BGB – Band 2 - Schuldrecht, Junker, Markus; Beckmann, Roland Michael; Rüßmann, Helmut (Bandhrsg.), 9. Aufl. Saarbrücken 2020 (zit. jurisPK-BGB/*Bearbeiter*).

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

— (Hrsg.), juris Praxiskommentar BGB – Band 4 - Familienrecht, Viefhues, Wolfram (Bandhrsg.), 9. Aufl. Saarbrücken 2020 (zit. jurisPK-BGB/*Bearbeiter*).

Herschel, Wilhelm, Anmerkung zu BAG v. 04.11.1957 – 2 AZR 57/56, AP Nr. 39 zu § 1 KSchG.

—, Anmerkung zu BAG v. 23.03.1972 – 2 AZR 226/71, AP Nr. 63 zu § 626 BGB.

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

—, Anmerkung zu BAG v. 29.11.1983 – 1 AZR 469/82, AP Nr. 78 zu § 626 BGB.

—, Die Gründe zu außerordentlicher Kündigung, namentlich bei Krankheit, im Entwurf eines Arbeitsverhältnisgesetzes, DJ 1939, S. 410–412.

—, Beschränkung der Befugnis zur außerordentlichen Kündigung, in: Bötticher, Eduard (Hrsg.), Festschrift für Arthur Nikisch – zum 70. Geburtstag am 25.11.1958, Tübingen 1958, S. 49–62 (zit. *Herschel*, FS Nikisch).

—, Gedanken zur Theorie des arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzes, in: Mayer-Maly, Theo (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Müller – Arbeitsleben und Rechtspflege, Berlin 1981, S. 191–207 (zit. *Herschel*, FS G. Müller).

Herzog, Roman/Herdegen, Matthias/Scholz, Rupert/Klein, Hans H. (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar – Band VI: Art. 87a-Art. 106b, München 93. EL, Oktober 2020 (zit. Maunz/Dürig/*Bearbeiter*).

Hey, Felix Christopher, Die Kodifizierung der Grundsätze über die Geschäftsgrundlage durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, in: Hager, Johannes/Hey, Felix Christopher u. a. (Hrsg.), Kontinuität im Wandel der Rechtsordnung – Beiträge für Claus-Wilhelm Canaris zum 65. Geburtstag, München 2002, 21-46.

Hirsch, Christian, Kündigung aus wichtigem Grund und Geschäftsgrundlage – Eine Untersuchung am Schnittpunkt von Miet- und Schuldrechtsreform, Berlin 2005 (zit. *Hirsch*, Kündigung aus wichtigem Grund und Geschäftsgrundlage).

Hirschberg, Lothar, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Göttingen 1981 (zit. *Hirschberg*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit).

Hirtz, Bernd, Der Nachweis der Wiederholungsgefahr bei Unterlassungsansprüchen oder: Was vermögen Erfahrungssätze bei der Beweiswürdigung?, MDR 1988, S. 182–186.

Hoffmann-Riem, Wolfgang, „Anscheinsgefahr" und „Anscheinsverursachung" im Polizeirecht, in: Vogel, Klaus (Hrsg.), Verfassung, Verwaltung, Finanzen – Festschrift für Gerhard Wacke zum 70. Geburtstag, Köln 1972, S. 327–342 (zit. *Hoffmann-Riem*, FS Wacke).

Holly, Hans G., Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und Ultima-ratio-Prinzip im arbeitsvertraglichen Kündigungsrecht, Bielefeld 1989 (zit. *Holly*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit).

Holthusen, Marcel, Die Betriebsstilllegung durch den Arbeitgeber im Arbeitskampf, RdA 2019, S. 216–223.

Hönn, Günther, Anmerkung zu BAG v. 26.08.1988 – 7 AZR 101/88, SAE 1990, S. 141–144.

Honstetter, Johannes A., Die Prognoseentscheidung des Arbeitgebers im Kündigungsrecht, Frankfurt am Main 1994 (zit. *Honstetter*, Prognoseentscheidung).

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Hoppe, Werner, Gerichtliche Kontrolldrichte bei komplexen Verwaltungsentscheidungen – Ein Beitrag zu „zieldiktierten" Planungs- und komplexen Prognoseentscheidungen, in: Bachof, Otto/Heigl, Ludwig/Redeker, Konrad (Hrsg.), Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung – Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts, München 1978, S. 295–312 (zit. *Hoppe*, FG 25 Jahre BVerwG).

Horn, Norbert, Die Vertragsdauer als schuldrechtliches Regelungsproblem – Empfiehlt sich eine zusammenfassende Regelung der Sonderprobleme von Dauerschuldverhältnissen und langfristigen Verträgen?, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts Band I, Köln 1981, S. 551–645 (zit. *Horn*, Gutachten Bd. I).

Hoyningen-Huene, Gerrick von, Die Billigkeit im Arbeitsrecht – Ein Beitrag zur rechtsdogmatischen Präzisierung der Billigkeit im Zivilrecht, dargestellt am Beispiel des Arbeitsrechts, München 1978 (zit. *Hoyningen-Huene*, Billigkeit im Arbeitsrecht).

—, Alkoholmißbrauch und Kündigung, DB 1995, S. 142–147.

—, Muß das Kündigungsschutzrecht reformiert werden?, in: Schmidt, Klaus (Hrsg.), Arbeitsrecht und Arbeitsgerichtsbarkeit – Bilanz und Perspektiven an der Schwelle zum Jahr 2000. Festschrift zum 50-jährigen Bestehen der Arbeitsgerichtsbarkeit in Rheinland-Pfalz, Neuwied 1999, S. 215–244 (zit. *Hoyningen-Huene*, FS 50 Jahre LAG Rheinland-Pfalz).

Hromadka, Wolfgang, Möglichkeiten und Grenzen der Änderungskündigung, NZA 1996, S. 1–14.

—, Befristete und bedingte Arbeitsverhältnisse neu geregelt, BB 2001, S. 621–627.

Huber, Michael, Das Beweismaß im Zivilprozeß, Köln, Berlin, Bonn, München 1983 (zit. *Huber*, Beweismaß im Zivilprozeß).

—, Grundwissen - Zivilprozess- und Strafprozessrecht: Indizienbeweis, JuS 2016, S. 218–221.

Hubmann, Heinrich, Grundsätze der Interessenabwägung, AcP 155 (1956), S. 85–134.

—, Die Methode der Abwägung, in: Hubmann, Heinrich/Hübner, Heinz (Hrsg.), Festschrift für Ludwig Schnorr von Carolsfeld zum 70. Geburtstag, 26. Januar 1973, Köln, Berlin, Bonn, München 1972, S. 173–197 (zit. *Hubmann*, FS Schnorr v. Carolsfeld).

—, Wertung und Abwägung im Recht, Köln, Berlin, Bonn, München 1977.

Hueck, Götz, Anmerkung zu BAG v. 22.02.1980 – 7 AZR 295/78, AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit.

Hunold, Wolf, Die Rechtsprechung zur Befristung von Arbeitsverträgen, NZA-RR 2000, S. 505–514.

—, Aktuelle Fragen des Befristungsrechts unter Berücksichtigung von §§ 14, 16 TzBfG, NZA 2002, S. 255–261.

—, Anhörung des Mitarbeiters vor Ausspruch einer Verdachtskündigung, NZA-RR 2012, S. 399–403.

Husemann, Tim, Zur Berücksichtigungsfähigkeit des Arbeitnehmerverhaltens nach außerordentlicher Kündigung, RdA 2016, 30-38.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Hutschneider, Markus/Stieglitz, Robert, Die tatsächliche Kartellschadensanscheinsbeweisvermutung – Eine Bestandsaufnahme zu den Beweiserleichterungen im Kartellschadensersatzprozess, NZKart 2019, S. 363–371.

Hwang, Cheng-Guan, Der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Wirksamkeit der Kündigung des Arbeitgebers, Göttingen 1988.

Ibler, Martin, Rechtspflegender Rechtsschutz im Verwaltungsrecht – Zur Kontrolldichte bei wertenden Behördenentscheidungen; vom Preußischen Oberverwaltungsgericht bis zum modernen Gerichtsschutz im Prüfungsrecht, Tübingen 1999 (zit. *Ibler*, Rechtspflegender Rechtsschutz im Verwaltungsrecht).

Ince, Nurten, Der Wegfall der Geschäftsgrundlage nach deutschem und türkischem Recht, Berlin 2015.

Isay, Hermann, Rechtsnorm und Entscheidung, Aalen 1970.

Isenhardt, Udo, Individualrechtliche Flexibilisierung von Arbeitsbedingungen, in: Isenhardt, Udo/Preis, Ulrich (Hrsg.), Arbeitsrecht und Sozialpartnerschaft – Festschrift für Peter Hanau, Köln 1999, S. 221–245 (zit. *Isenhardt*, FS Hanau).

Jaensch, Michael, Der Gleichlauf von Rücktritt und Schadensersatz, NJW 2003, S. 3613–3615.

—, Schadensersatz beim vorweggenommenen Vertragsbruch und relativen Fixgeschäft, ZGS 2004, S. 134–141.

Jenke, Nina, Haftung für fehlerhafte Arzneimittel und Medizinprodukte – Eine vergleichende Untersuchung des deutschen und US-amerikanischen Rechts, Berlin/Heidelberg 2004 (zit. *Jenke*, Haftung für fehlerhafte Arzneimittel und Medizinprodukte).

Jost, Klaus, Gefährliche Gewalttäter? – Grundlagen und Praxis der Kriminalprognose, 1. Aufl. Stuttgart 2012 (zit. *Jost*, Gefährliche Gewalttäter?).

Joussen, Jacob, Das BAG und der Lohnwucher: Der Versuch einer Grenzziehung, SAE 2010, S. 95–104.

—, Abmahnung und Krankheit – Das Abmahnerfordernis bei Therapieverweigerung, NZA-RR 2016, S. 1–6.

Junker, Abbo, Grundkurs Arbeitsrecht, 19. Aufl., München 2020.

Junker, Abbo/Kamanabrou, Sudabeh, Vertragsgestaltung – Ein Studienbuch, 4. Aufl. München 2014 (zit. *Junker/Kamanabrou*, Vertragsgestaltung).

Jürgens, Andreas (Hrsg.), Betreuungsrecht – Kommentar, 6. Aufl. München 2019.

Kaiser, Dagmar, Wegfall des Kündigungsgrundes - Weder Unwirksamkeit der Kündigung noch Wiedereinstellungsanspruch, ZfA 2000, S. 205–235.

—, Verschuldensunabhängige verhaltensbedingte Kündigung, in: Krause, Rüdiger/Schwarze, Roland (Hrsg.), Festschrift für Hansjörg Otto zum 70. Geburtstag am 23. Mai 2008, Berlin 2008, S. 173–208 (zit. *Kaiser*, FS Otto).

Kalf, Martin, Die Änderungskündigung im Lichte des Verhältnismäßigkeitsprinzips – Tatsächliches Potential und rechtliche Grenzen, Frankfurt am Main 2013 (zit. *Kalf*, Änderungskündigung).

Kamanabrou, Sudabeh, Die Interpretation zivilrechtlicher Generalklauseln, AcP 202 (2002), S. 662–688.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kempff, Gilbert, Befristetes Arbeitsverhältnis und zwingender Kündigungsschutz, DB 1976, S. 1576–1577.

Keynes, John Maynard, A treatise of probability, London 1973.

Kiel, Heinrich/Lunk, Stefan/Oetker, Hartmut (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht – Band 2 Individualarbeitsrecht II, 4. Aufl., München 2018 (zit. MüHdbArbR/*Bearbeiter*).

Kiethe, Kurt, Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess, MDR 2005, S. 965–970.

Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen (Hrsg.), StGB – Band 1: Allgemeiner Teil, §§ 1-79b, 5. Aufl. Baden-Baden 2017.

Kingreen, Thorsten/Poscher, Ralf, Polizei- und Ordnungsrecht – Mit Versammlungsrecht, 11. Aufl. München 2020 (zit. *Kingreen/Poscher*, POR).

Kittner, Michael, Gemeinsame Anmerkung zu den Entscheidungen des BAG vom 6. September 1989 – 2 AZR 19/89 und 2 AZR 118/89, EzA Nr. 27 zu § 1 KSchG Krankheit, S. 15–21.

—, Das neue Recht der Sozialauswahl bei betriebsbedingten Kündigungen und die Ausdehnung der Kleinbetriebsklausel, AuR 1997, S. 182–192.

—, Leichter kündigen als änderungskündigen?, NZA 1997, S. 968–975.

Kloepfer, Michael, Das Geeignetheitsgebot bei wirtschaftslenkenden Steuergesetzen – Zum Beschluss des BVerfG über die Verfassungsmäßigkeit des Absicherungsgesetzes, NJW 1971, S. 1585–1588.

Klose, Brigitte, Meteorologie – Eine interdisziplinäre Einführung in die Physik der Atmosphäre, 3. Aufl. Berlin, Heidelberg 2016 (zit. *Klose*, Meteorologie).

Kluth, Peter/Böckmann, Julius, Zugangsbeeinträchtigung auf Grund staatlicher Baumaßnahmen – Risikoverteilung bei der Gewerberaummiete, NZM 2003, S. 882–885.

Koch, Hans-Joachim/Rubel, Rüdiger/Heselhaus, Sebastian, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., München 2003.

Koch, Hans-Joachim/Rüßmann, Helmut, Juristische Begründungslehre – Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft, München 1982 (zit. *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre).

Köhler, Helmut, Rückwirkende Vertragsanpassung bei Dauerschuldverhältnissen?, in: Baur, Jürgen F./Hopt, Klaus J./Mailänder, K. Peter (Hrsg.), Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990, Berlin, New York 1990, S. 611–641 (zit. *Köhler*, FS Steindorff).

Kokott, Juliane, Beweislastverteilung und Prognoseentscheidungen bei der Inanspruchnahme von Grund- und Menschenrechten – The burden of proof in proceedings involving basic constitutional rights and human rights, Berlin 1993 (zit. *Kokott*, Beweislastverteilung und Prognoseentscheidungen).

Koller, Peter, Theorie des Rechts – Eine Einführung, 2. Aufl. Wien, Köln, Weimar 1997 (zit. *Koller*, Theorie des Rechts).

Kopp, Thomas/Schmidt, Johannes, Die richterliche Überzeugung von der Wahrheit und der Indizienbeweis im Zivilprozess, JR 2015, S. 51–59.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kraemer, Hans-Jörg, Die Kündigung aus wichtigem Grund nach altem und neuem Recht, NZM 2001, S. 553–563.

—, Die Kündigung aus wichtigem Grund nach altem und neuem Recht – Überarbeitete und aktualisierte Fassung des Referats zum deutschen Mietgerichtstag 2001 am 16. März 2001, WuM 2001, S. 163–171.

Kraft, Alfons, Interessenabwägung und gute Sitten im Wettbewerbsrecht, München 1963.

—, Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses; Lohn ohne Arbeit - Überlegungen zur Reduzierung der Regelungsdichte des Arbeitsrechts und zur Wiederherstellung der Äquivalenz im Arbeitsverhältnis, ZfA 1994, S. 463–486.

Kral, Sebastian, Die polizeilichen Vorfeldbefugnisse als Herausforderung für Dogmatik und Gesetzgebung des Polizeirechts – Begriff, Tatbestandsmerkmale und Rechtsfolgen, Berlin 2012 (zit. *Kral*, Polizeiliche Vorfeldbefugnisse).

Krause, Rüdiger, Die Änderungskündigung zum Zweck der Entgeltreduzierung, DB 1995, S. 574–579.

Kreuz, Harald, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Arbeitskampfrecht, Berlin 1988 (zit. *Kreuz*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit).

Krois, Christopher, Die Änderungskündigung zum Zwecke der Entgeltsenkung, ZfA 2009, S. 575–616.

Krüger, Wolfgang/Rauscher, Thomas (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung – Mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen Band 1, §§ 1-354, 6. Aufl., München 2020 (zit. MüKo-ZPO/*Bearbeiter*).

Kühn, Thomas/Stenzel, Igor, Zur Wirkung unwirksamer Befristungsvereinbarungen, NJOZ 2014, S. 1721–1727.

Kühne, Hans-Heiner, Die Definition des Verdachts als Voraussetzung strafprozessualer Zwangsmaßnahmen, NJW 1979, S. 617–622.

—, Strafprozessrecht – Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts, 9. Aufl. Heidelberg 2015 (zit. *Kühne*, Strafprozessrecht).

Kunig, Philip, Das Rechtsstaatsprinzip – Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen 1986 (zit. *Kunig*, Rechtsstaatsprinzip).

Kunkel, Carsten, Vertragsgestaltung – Eine methodisch-didaktische Einführung, 1. Aufl. Berlin, Heidelberg 2016 (zit. *Kunkel*, Vertragsgestaltung).

Lakies, Thomas, Änderung des Kündigungsschutzgesetzes und allgemeiner Kündigungsschutz nach § 242 BGB - Verfassungsrechtliche Fragen, DB 1997, S. 1078–1083.

—, Änderung des Kündigungsschutzgesetzes und allgemeiner Kündigungsschutz nach § 242 BGB – Verfassungsrechtliche Fragen, DB 1997, S. 1078–1083.

Lammel, Siegbert (Hrsg.), Wohnraummietrecht, 3. Aufl. Bonn 2007.

Lange, Julian, Die Kriminalprognose im Recht der Sicherungsverwahrung – Bedeutung der Prognoseabhängigkeit für Anordnung, Vollstreckung und Rechtskraft, Berlin 2012 (zit. *Lange*, Die Kriminalprognose).

Langheid, Theo/Grote, Joachim, Bedingungsanpassung nach Rechtsprechungswechsel, VersR 2003, S. 1469–1475.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Langheid, Theo/Wandt, Manfred (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz – Band 2: §§ 100-216, 2. Aufl., München 2017 (zit. MüKo-VVG/*Bearbeiter*).

Laplace, Pierre Simon (1814), Philosophischer Versuch über die Wahrscheinlichkeit, Leipzig 1932.

Larenz, Karl, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung – Die Bedeutung „veränderter Umstände" im Zivilrecht, 3. Aufl. München, Berlin 1963 (zit. *Larenz*, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung).

—, Zur Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen, in: Caemmerer, Ernst von/Fischer, Robert u. a. (Hrsg.), Festschrift für Fritz Hauß zum 70. Geburtstag, Karlsruhe 1978, S. 225–239 (zit. *Larenz*, FS Hauß).

—, Richtiges Recht – Grundzüge einer Rechtsethik, München 1979.

—, Lehrbuch des Schuldrechts – Band I Allgemeiner Teil, 14. Aufl. München 1987 (zit. *Larenz*, Schuldrecht I).

—, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. Berlin, Heidelberg, New York 1991 (zit. *Larenz*, Methodenlehre).

Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. Berlin, Heidelberg 1995 (zit. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre).

Laumen, Hans-Willi, Die sog. tatsächliche Vermutung, MDR 2015, S. 1–6.

—, Die sekundäre Behauptungslast, MDR 2019, S. 193–197.

Laux, Helga/Schlachter, Monika (Hrsg.), Teilzeit- und Befristungsgesetz – Kommentar, 2. Aufl., München 2011 (zit. Laux/Schlachter/*Bearbeiter*).

Leber, Marius, Dynamische Effizienzen in der EU-Fusionskontrolle – Zum Prognoseproblem im Kartellrecht am Beispiel von Mobilfunkfusionen, Baden-Baden 2018 (zit. *Leber*, Dynamische Effizienzen).

Leisner, Anna, Die polizeiliche Gefahr zwischen Eintrittswahrscheinlichkeit und Schadenshöhe, DÖV 2002, S. 326–334.

Lepke, Achim, Kündigung bei Krankheit – Handbuch für die betriebliche, anwaltliche und gerichtliche Praxis, 16. Aufl., Berlin 2018.

Lettl, Tobias, Die Anpassung von Verträgen des Privatrechts – 1. Teil. Das gesetzliche Instrumentarium, JuS 2001, S. 144–148.

—, Die Anpassung von Verträgen des Privatrechts – 6. Teil. Unwirksamkeit, Zweckverfehlung und Wegfall vertraglicher Anpassungsregelungen, Prozessuales, JuS 2001, S. 660–663.

Liebig, Detlef, Die Krankheit des Arbeitnehmers als Kündigungsgrund, Nürnberg 1988.

Linck, Rüdiger/Krause, Rüdiger/Bayreuther, Frank (Hrsg.), Kündigungsschutzgesetz – Kommentar, 16. Aufl. München 2019.

Linck, Rüdiger/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (Hrsg.), Kündigungsrecht – Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, 6. Aufl., München 2021 (zit. APS/*Bearbeiter*).

Lindemann, Viola, Flexible Gestaltung von Arbeitsbedingungen nach der Schuldrechtsreform, Köln 2003 (zit. *Lindemann*, Flexible Gestaltung von Arbeitsbedingungen).

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Lingemann, Stefan/Ludwig, Gero, Die „krankheitsbedingte Kündigung " – Rechtfertigung der Kündigung wegen lang anhaltender Erkrankung, ArbRAktuell 2010, S. 385–387.

Lisken, Hans/Denninger, Erhard (Begr.), Handbuch des Polizeirechts – Gefahrenabwehr, Strafverfolgung, Rechtsschutz, Bäcker, Matthias; Denninger, Erhard; Graulich, Kurt (Hrsg.), 7. Aufl. München 2021 (zit. Lisken/Denninger/*Bearbeiter*).

Loof, Franziska, Abmahnerfordernis bei der Kündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB – zugleich Besprechung des Urteils des BGH vom 28.11.2007 - VIII ZR 145/07 - ZMR 2008, 196, ZMR 2008, S. 680–687.

Lorenz, Stephan, Zahlungsverzug und Verschulden, WuM 2013, S. 202–209.

Loth, Katharina, Prognoseprinzip und Vertragskontrolle im befristeten Arbeitsverhältnis, Berlin 2015 (zit. *Loth*, Prognoseprinzip im befristeten Arbeitsverhältnis).

Löwisch, Manfred, Grenzen der ordentlichen Kündigung in kündigungsschutzfreien Betrieben, BB 1997, S. 782–790.

—, Löwisch, Wilhelm Herschel und die Wurzeln von Ultima-ratio-Grundsatz und Prognoseprinzip, BB 1998, S. 1793–1795.

Löwisch, Manfred/Schlünder, Guido/Spinner, Günter/Wertheimer, Frank (Hrsg.), Kommentar KSchG, 11. Aufl., Frankfurt am Main 2018 (zit. LSSW/*Bearbeiter*).

Loyal, Florian, Vertragsaufhebung wegen Störung der Geschäftsgrundlage, NJW 2013, S. 417–422.

—, Ansprüche auf Vertragsanpassung – eine Dekonstruktion, AcP 214 (2014), S. 746–791.

Lüdtke-Handjery, Christian (Hrsg.), Landpachtrecht – Landwirtschaftliches Pachtrecht des BGB und Landpachtverkehrsgesetz, 4. Aufl. München 1997.

Lüke, Gerhard, Zum Streitgegenstand im arbeitsgerichtlichen Kündigungsschutzprozeß, JZ 1960, S. 203–209.

Lüke, Wolfgang, Zivilprozessrecht I – Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, Europäisches Zivilprozessrecht, 11. Aufl., München 2020.

Lützenkirchen, Klaus (Hrsg.), Mietrecht – Kommentar, 3. Aufl. Köln 2021.

Maassen, Bernhard M., Beweismaßprobleme im Schadensersatzprozeß – Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum Problem des Beweismaßes im deutschen und anglo-amerikanischen Prozeßrecht unter besonderer Berücksichtigung des Schadensersatzprozesses, Köln 1975.

Magnus, Dorothea, Beweislast und Kausalität bei ärztlichen Behandlungsfehlern - Die jüngste Rechtsprechung des BGH zur Haftung für HIV-kontaminierte Bluttransfusionen, ZZP 120 (2007), S. 347–365.

Martinek, Michael, Die Wichtigkeit des Grundes für die fristlose Kündigung von Vertriebsverträgen – Zur Konkretisierung des § 314 BGB, ZVertriebsR 2015, S. 207–214.

Massing, Dominik/Rösler, Hannes, Verfahrensrechtliche Probleme des Anpassungsanspruchs nach § 313 BGB, ZGS 2008, S. 374–379.

Medicus, Dieter/Lorenz, Stephan, Schuldrecht I – Allgemeiner Teil, 21. Aufl. München 2015 (zit. *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht AT).

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Meier, Patrick, Zur Abgrenzung zwischen Dauerschuldverhältnis und Ratenvertrag, ZfPW 2016, S. 233–256.

Meinel, Gernod/Bauer, Thorsten, Der Wiedereinstellungsanspruch, NZA 1999, S. 575–581.

Meinel, Gernod/Heyn, Judith/Herms, Sascha (Hrsg.), Teilzeit- und Befristungsgesetz – Kommentar, 5. Aufl. München 2015.

Meisel, Peter G., Anmerkung zu BAG v. 25.11.1982 – 2 AZR 140/81, AP Nr. 7 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit.

—, Kündigung wegen Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit, DB 1981, S. 1722–1726.

Menger, Christian-Friedrich, Das verfassunsggerichtliche Urteil zu § 218 StGB – Gesetzgebung durch das BVerfG?, VerwArch 66 (1975), S. 397–403.

Meyer, Ernst, Grundzüge einer systemorientierten Wertungsjurisprudenz, Tübingen 1984.

Meyer, Uwe, Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses wegen Sicherheitsbedenken, Berlin 1997.

Meyke, Rolf, Plausibilitätskontrolle und Beweis, NJW 2000, S. 2230–2235.

Milger, Karin, Die Kündigung des Vermieters wegen Eigenbedarfs, NZM 2014, S. 769–780.

Mises, Richard von, Wahrscheinlichkeit, Statistik und Wahrheit, 4. Aufl., Wien 1972.

Mitterer, Lorenz S., Arbeitgeberseitige Kündigung wegen außerdienstlichen strafrechtsrelevanten Verhaltens des Arbeitnehmers, NZA-RR 2011, S. 449–454.

Molitor, Erich, Die Kündigung – unter besonderer Berücksichtigung der Kündigung des Arbeitsvertrages, 2. Aufl. Mannheim 1951 (zit. *Molitor*, Kündigung).

Moll, Wilhelm, Die außerordentliche betriebsbedingte (Änderungs-)Kündigung zwischen unternehmerischer Organisationsfreiheit und Arbeitsplatzschutz, DB 1984, S. 1346–1350.

Möller, Reinhard, Das Präventionsprinzip des Schadensrechts, Berlin 2006.

Montenbruck, Axel, In dubio pro reo – Aus normtheoretischer, straf- und strafverfahrensrechtlicher Sicht, Berlin 1985 (zit. *Montenbruck*, In dubio pro reo).

Mühl, Otto, Wahrscheinlichkeitsurteile, Prognosen und Kausalitätsfragen im privaten und öffentlichen Recht, in: Medicus, Dieter/Mertens, Hans-Joachim u. a. (Hrsg.), Festschrift für Hermann Lange zum 70. Geburtstag am 24. Januar 1992, Stuttgart, Berlin, Köln 1992, S. 583–597 (zit. *Mühl*, FS Lange).

Müller, Bernd, Anordnung und Aussetzung freiheitsentziehender Maßregeln der Besserung und Sicherung, Berlin 1981 (zit. *Müller*, Anordnung und Aussetzung freiheitsentziehender Maßregeln).

Müller, Gerhard Maria, Gedanken zum arbeitsrechtlichen Kündigungsrecht, ZfA 1982, S. 475–504.

Müller, Holger, Möglichkeiten und Grenzen der Gehaltsabsenkung in insolvenzbedrohten Unternehmen zur Meldung von Massenentlassungen, NZA 1985, S. 307–311.

Müller-Glöge, Rudi, Die verwaltungsgerichtliche Kontrolle administrativer Immissionsprognosen, Göttingen 1982 (zit. *Müller-Glöge*, Verwaltungsgerichtliche Kontrolle).

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 21. Aufl., München 2021 (zit. ErfK/*Bearbeiter*).

Musielak, Hans-Joachim, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß, Berlin 1975.

—, Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen – Eine kritische Betrachtung der Gefahrenkreistheorie des Bundesgerichtshofs, AcP 176 (1976), S. 465–486.

—, Die sog. tatsächliche Vermutung, JA 2010, S. 561–566.

Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang, Grundkurs ZPO – Eine Darstellung zur Vermittlung von Grundlagenwissen im Zivilprozessrecht (Erkenntnisverfahren und Zwangsvollstreckung) mit Fällen und Fragen zur Lern- und Verständniskontrolle sowie mit Übungsklausuren, 15. Aufl. München 2020 (zit. *Musielak/Voit*, Grundkurs ZPO).

— (Hrsg.), Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz – Kommentar, 18. Aufl., München 2021 (zit. Musielak/Voit/*Bearbeiter*).

Nägele, Stefan, Die Renaissance des Wiedereinstellungsanspruchs, BB 1998, S. 1686–1689.

Nell, Ernst Ludwig, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen, Berlin 1983.

Nicklaus, Christina, Das Prognoseprinzip im arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzrecht, Hamburg 2012.

Nicolai, Andrea/Noack, Stefanie, Grundlagen und Grenzen des Wiedereinstellungsanspruchs nach wirksamer Kündigung des Arbeitsverhältnisses, ZfA 2000, S. 87–114.

Nierhaus, Michael, Zur gerichtlichen Kontrolle von Prognoseentscheidungen der Verwaltung, DVBl 1977, S. 19–26.

Oberthür, Natalie, Das Prognoseprinzip im Befristungsrecht, DB 2001, S. 2246–2250.

Oetker, Hartmut, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung – Bestandsaufnahme und kritische Würdigung einer tradierten Figur der Schuldrechtsdogmatik, Tübingen 1994 (zit. *Oetker*, Dauerschuldverhältnis).

—, Arbeitsrechtlicher Bestandsschutz und Grundrechtsordnung, RdA 1997, S. 9–21.

—, Gibt es einen Kündigungsschutz außerhab des Kündigungsschutzgesetzes?, AuR 1997, S. 41–54.

— (Hrsg.), Handelsgesetzbuch – Kommentar, 7. Aufl. München 2021.

Ossenbühl, Fritz, Vom unbestimmten Gesetzesbegriff zur letztverbindlichen Verwaltungsentscheidung, DVBl 1974, S. 309–313.

—, Der polizeiliche Ermessens- und Beurteilungsspielraum, DÖV 1976, S. 463–471.

—, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, in: Starck, Christian (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz: Festgabe aus Anlaß des 25-jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts – Band 1: Verfassungsgerichtsbarkeit, Tübingen 1976, S. 458–518 (zit. *Ossenbühl*, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz Band I).

—, Die richterliche Kontrolle von Prognoseentscheidungen der Verwaltung, in: Erichsen, Hans-Uwe/Hoppe, Werner/Mutius, Albert von (Hrsg.), System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes – Festschrift für Christian-Friedrich Menger zum 70. Geburtstag, Köln 1985, S. 731–746 (zit. *Ossenbühl*, FS Menger).

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

—, Gedanken zur Kontrolldichte in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, in: Bender, Bernd (Hrsg.), Rechtsstaat zwischen Sozialgestaltung und Rechtsschutz – Festschrift für Konrad Redeker zum 70. Geburtstag, München 1993, S. 55–70 (zit. *Ossenbühl*, FS Redeker).

Ostermann, Stefan, Vorgetäuschter Eigenbedarf - Zum Mißbrauch des Kündigungsrechts nach § 564b ABs. 2 Nr. 2 BGB, WuM 1992, S. 342–348.

Osthold, Ernst August, Die Beweislage bei Kündigung wegen Krankheit in Betrieben privaten Rechts, BB 1982, S. 1306–1308.

Otto, Alexander, Der Wegfall des Vertrauens in den Arbeitnehmer als wichtiger Grund zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses, Berlin 2000 (zit. *Otto*, Wegfall des Vertrauens).

Otto, Hansjörg, Anmerkung zu BAG v. 25.11.1982 – 2 AZR 140/81, EzA Nr. 10 zu § 1 KSchG Krankheit.

—, Anmerkung zu BAG v. 28.06.2000 – 7 AZR 904/98, AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Wiedereinstellung.

—, Personale Freiheit und soziale Bindung – Zur Kontrolle und Gewährleistung personal motivierten Verhaltens im Privatrecht, München 1978 (zit. *Otto*, Personale Freiheit und soziale Bindung).

—, Schranken der Kündigungsfreiheit außerhalb des allgemeinen Kündigungsschutzes, in: Hanau, Peter (Hrsg.), Festschrift für Günther Wiese zum 70. Geburtstag, Neuwied 1998, S. 353–375 (zit. *Otto*, FS Wiese).

Otto, Hansjörg/Bieder, Marcus, Arbeitsrecht, 5. Aufl., Berlin, Boston 2020.

Paschke, Marian, Das Dauerschuldverhältnis der Wohnraummiete – Grundfragen der privatautonomen Gestaltung des Wohnraummietverhältnisses, Berlin 1991 (zit. *Paschke*, Dauerschuldverhältnis der Wohnraummiete).

Pawlik, Michael, Der rechtfertigende Notstand – Zugleich ein Beitrag zum Problem strafrechtlicher Solidaritätspflichten, Berlin 2002 (zit. *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand).

Pelke, Christian, Die Systematik der krankheitsbedingten Kündigung, Hamburg 2004 (zit. *Pelke*, Krankheitsbedingte Kündigung).

Persch, Sven, Kernfragen des Befristungsrechts – Die arbeitsrechtliche Befristungskontrolle zwischen Vertragsfreiheit und Bestandsschutz, Hamburg 2010 (zit. *Persch*, Kernfragen des Befristungsrechts).

—, Bestandsaufnahme zur Vertretungsbefristung nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG – zugleich Besprechung des Urteils des BAG vom 18.7.2012 - 7 AZR 443/09, BB 2013, S. 629–634.

Petzoldt, Thomas Martin, Die Rechtskraft der Rentenurteile des § 258 ZPO und ihre Abänderung nach § 323 ZPO, Köln 1992 (zit. *Petzoldt*, Rechtskraft der Rentenurteile).

Philippi, Klaus Jürgen, Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts – Ein Beitrag zur rational-empirischen Fundierung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, Köln 1971 (zit. *Philippi*, Tatsachenfeststellungen des BVerfG).

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Picker, Eduard, Das Arbeitsrecht zwischen Marktgesetz und Marktansprüchen – Zur Kritik und Korrektur gesetzlicher, »richterrechtlicher« und korporativer Fehlentwicklungen am Beispiel von Betriebsverfassungs-, Kündigungs- und Tarifvertragsrecht, ZfA 2005, S. 353–403.

Picot, Arnold, Prognose und Planung - Möglichkeiten und Grenzen, DB 1977, S. 2149–2153.

Piekenbrock, Andreas, Der Kausalitätsbeweis im Kapitalanlegerprozess – ein Beitrag zur Dogmatik der „ungesetzlichen" tatsächlichen Vermutungen, WM 2012, S. 429–440.

Plander, Harro/Witt, Alexander, Der nur vorübergehende Arbeitsbedarf als Befristungsgrund, DB 2002, S. 1002–1005.

Plum, Martin, Die Kündigung von (mutmaßlichen) „Gefährdern" wegen Sicherheitsbedenken, NZA 2019, S. 497–502.

Pohlmann, Petra, Zivilprozessrecht, 4. Aufl., München 2018.

Pollähne, Helmut, Kriminalprognostik – Untersuchungen im Spannungsfeld zwischen Sicherheitsrecht und Rechtssicherheit, Berlin 2011 (zit. *Pollähne*, Kriminalprognostik).

Popp, Klaus, Häufige Kurzerkrankungen als Kündigungsgrund, AuR 1979, S. 42–50.

—, Zur Darlegungs- und Beweislast bei krankheitsbedingter Kündigung, BB 1980, S. 684–685.

—, Materiell- und prozeßrechtliche Probleme der krankheitsbedingten Kündigung, DB 1981, S. 2611–2618.

Popper, Karl, Logik der Forschung – Zur Erkenntnistheorie der Modernen Naturwissenschaft, Wien 1935 (zit. *Popper*, Logik der Forschung).

Poscher, Ralf, Gefahrenabwehr – Eine dogmatische Rekonstruktion, Berlin 1999 (zit. *Poscher*, Gefahrenabwehr).

Precklein, Tizia-Berit, Prüfungsmaßstab bei der Änderungskündigung, Berlin 1995 (zit. *Precklein*, Änderungskündigung).

Preis, Ulrich, Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen – Eine Untersuchung zum Recht des materiellen Kündigungsschutzes, insbesondere zur Theorie der Kündigungsgründe, München 1987 (zit. *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts).

—, Neuere Tendenzen im arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz (I), DB 1988, S. 1387–1396.

—, Neuere Tendenzen im arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz (II), DB 1988, S. 1444–1451.

—, Aktuelle Tendenzen im Kündigungsschutzrecht, NZA 1997, S. 1073–1089.

—, Der Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, NZA 1997, S. 1256–1270.

—, Arbeitsrecht und „unbegrenzte Auslegung", NJW 1998, 1889-1894.

Preis, Ulrich/Greiner, Stefan, Befristungsrecht – Quo vadis?, RdA 2010, S. 148–162.

Preis, Ulrich/Vossen, Reinhard (Hrsg.), Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 11. Aufl., München 2015 (zit. SPV/*Bearbeiter*).

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Prognose, in: Seebold, Elmar (Hrsg.), Kluge Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, 25. Aufl., Berlin, Boston 2011 (zit. , Etymologisches Wörterbuch).

Prölss, Jürgen, Die Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen, VersR 1964, S. 901–906.

—, Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozeß, Karlsruhe 1966.

—, Anmerkung zu BGH v. 11.06.1968 – VI ZR 116/67 u. v. 17.12.1968 – VI ZR 212/67, ZZP 82 (1969), S. 468–475.

Prölss, Jürgen/Martin, Anton (Hrsg.), Versicherungsvertragsgesetz – Mit Nebengesetzen, Vermittlerrecht und Allgemeinen Versicherungsbedingungen, 31. Aufl., München 2021 (zit. Prölss/Martin/*Bearbeiter*).

Prütting, Hanns, Gegenwartsprobleme der Beweislast – Eine Untersuchung moderner Beweislasttheorien und ihrer Anwendung insbesondere im Arbeitsrecht, München 1983.

Prütting, Hanns/Gehrlein, Markus (Hrsg.), Zivilprozessordnung – Kommentar, 13. Aufl. Köln 2021.

Prütting, Hanns/Wegen, Gerhard/Weinreich, Gerd (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch – Kommentar, 16. Aufl., Köln 2021 (zit. PWW/*Bearbeiter*).

Raab, Thomas, Der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers bei Wegfall des Kündigungsgrundes, RdA 2000, S. 147–165.

Radbruch, Gustav, Die Natur der Sache als juristische Denkform, in: Hernmarck, Gustaf C. (Hrsg.), Festschrift zu Ehren von Prof. Dr. jur. Rudolf Laun, Rektor der Universität Hamburg – anlässlich der Vollendung seines 65. Lebensjahres am 1. Januar 1947, Hamburg 1948, S. 157–176 (zit. *Radbruch*, FS Laun).

Ramsey, Frank Plumpton, Truth and Probability, in: Braithwaite, R. B. (Hrsg.), The Foundations of Mathematics and other Logical Essays, 4. Aufl., London 1965, S. 156–198.

Ratajczak, Thomas, Die Änderungskündigung des Arbeitgebers, Heidelberg 1984 (zit. *Ratajczak*, Änderungskündigung).

Regenfus, Thomas, Prognoseentscheidungen im Zivilrecht, JR 2012, S. 137–145.

Reichenbach, Hans, Wahrscheinlichkeitslehre – Eine Untersuchung über die logischen und mathematischen Grundlagen der Wahrscheinlichkeitsrechnung, Leiden 1935.

Reichold, Klaus/Hüßtege, Rainer/Seiler, Christian (Hrsg.), Zivilprozessordnung – FamFG, EGZPO, GVG, EGGVG, EU-Zivilverfahrensrecht, 42. Aufl., München 2021 (zit. Thomas/Putzo/*Bearbeiter*).

Reimer, Franz, Verfassungsprinzipien – Ein Normtyp im Grundgesetz, Berlin 2001 (zit. *Reimer*, Verfassungsprinzipien).

—, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. Baden-Baden 2020 (zit. *Reimer*, Methodenlehre).

Reinecke, Gerhard, Die Beweislastverteilung im Bürgerlichen Recht und im Arbeitsrecht als rechtspolitische Regelungsaufgabe, Berlin 1976 (zit. *Reinecke*, Beweislastverteilung im Bürgerlichen Recht und im Arbeitsrecht).

Ricken, Oliver, Grundlagen und Grenzen des Wiedereinstellungsanspruchs, NZA 1998, S. 460–465.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Rieble, Volker/Picker, Christian, Lohnwucher, ZfA 2014, S. 153–214.

Riesenhuber, Karl, Vertragsanpassung wegen Geschäftsgrundlagenstörung - Dogmatik, Gestaltung und Vergleich, BB 2004, S. 2697–2702.

Risthaus, Stefan, Erfahrungssätze im Kennzeichenrecht, 2. Aufl., Köln, München 2007.

Rittershaus, Gerald/Teichmann, Christoph, Anwaltliche Vertragsgestaltung – Methodische Anleitung zur Fallbearbeitung im Studium, 2. Aufl. Heidelberg 2003 (zit. *Rittershaus/Teichmann*, Vertragsgestaltung).

Röckrath, Luidger, Kausalität, Wahrscheinlichkeit und Haftung – Rechtliche und ökonomische Analyse, München 2004 (zit. *Röckrath*, Kausalität, Wahrscheinlichkeit und Haftung).

Röhl, Klaus F./Röhl, Hans Christian, Allgemeine Rechtslehre – Ein Lehrbuch, 3. Aufl. Köln 2008 (zit. *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre).

Röhricht, Volker/Westphalen, Friedrich Graf von/*Haas, Ulrich* (Hrsg.), Handelsgesetzbuch – Kommentar zu Handelsstand, Handelsgesellschaften, Handelsgeschäften, besonderen Handelsverträgen und internationalem Vertragsrecht (ohne Bilanz-, Transport- und Seerecht), 5. Aufl. Köln 2019.

Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Kreikebohm, Ralf/Udsching, Peter (Hrsg.), BeckOK Arbeitsrecht, 60. Edition (Stand: 01.06.2021), München 2021.

Römer, Wolfgang/Langheid, Theo (Begr.), Versicherungsvertragsgesetz – Mit Einführungsgesetz und VVG-Informationspflichtenverordnung: Kommentar, Langheid, Theo; Rixecker, Roland u. a. (Hrsg.), 6. Aufl. München 2019 (zit. Langheid/Rixecker/*Bearbeiter*).

Roos, Bernd, Die Rechtsprechung zur Kündigung wegen Krankheit, NZA-RR 1990, S. 617–622.

Rosenberg, Leo/Schwab, Karl Heinz/Gottwald, Peter, Zivilprozessrecht, 18. Aufl., München 2018.

Roth, Christian, Tätigkeitsbezug als Sachgrund der Befristung des Arbeitsvertrags, Baden-Baden 2020.

Rüthers, Bernd, Arbeitsrecht und Ideologie, in: Die Arbeitsgerichtsbarkeit – Festschrift zum 100jährigen Bestehen des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes, Neuwied 1994, S. 39–57 (zit. *Rüthers*, FS zum 100jährigen Bestehen des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes).

—, 35 Jahre Arbeitsrecht in Deutschland, RdA 1995, S. 326–333.

—, Beschäftigungskrise und Arbeitsrecht – Zur Arbeitsmarktpolitik der Arbeitsgerichtsbarkeit, Bad Homburg 1996 (zit. *Rüthers*, Beschäftigungskrise).

—, Arbeitsrecht und ideologische Kontinuitäten? Am Beispiel des Kündigungsschutzrechts, NJW 1998, S. 1433–1440.

Rüthers, Bernd/Fischer, Christian/Birk, Axel, Rechtstheorie – und juristische Methodenlehre, 12. Aufl. München 2022 (zit. *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie).

Rüthers, Bernd/Müller, Gregor, Anmerkung zu BAG v. 16.08.1991 – 2 AZR 604/90, EzA Nr. 41 zu § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung, S. 13–28.

Rüthers, Bernd/Stadler, Astrid, Allgemeiner Teil des BGB, 20. Aufl. München 2020 (zit. *Rüthers/Stadler*, BGB AT).

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Band 2: Schuldrecht – Allgemeiner Teil I, Krüger, Wolfgang (Red.), 8. Aufl. München 2019 (zit. MüKo-BGB/*Bearbeiter*).

— (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Band 3: Schuldrecht – Allgemeiner Teil II, Krüger, Wolfgang (Red.), 8. Aufl. München 2019 (zit. MüKo-BGB/*Bearbeiter*).

— (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Band 4: Schuldrecht – Besonderer Teil I, §§ 433-534, Finanzierungsleasing, CISG, Westermann, Harm Peter (Red.), 8. Aufl. München 2019 (zit. MüKo-BGB/*Bearbeiter*).

— (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Band 10: Familienrecht II, §§ 1589-1921, SGB VIII, Schwab, Dieter (Red.), 8. Aufl. München 2020 (zit. MüKo-BGB/*Bearbeiter*).

— (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Band 5: Schuldrecht - Besonderer Teil II, §§ 535 - 630h, BetrKV, HeizkostenV, WärmeLV, EFZG, TzBfG, KSchG, MiLoG, Henssler, Martin; Krüger, Wolfgang (Red.), 8. Aufl. München 2020 (zit. MüKo-BGB/*Bearbeiter*).

— (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Band 7: Schuldrecht – Besonderer Teil IV, §§ 705-853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz, Habersack, Mathias (Red.), 8. Aufl. München 2020 (zit. MüKo-BGB/*Bearbeiter*).

— (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Band 8: Sachenrecht §§ 854-1296, WEG, ErbbauRG, Gaier, Reinhard (Red.), 8. Aufl. München 2020 (zit. MüKo-BGB/*Bearbeiter*).

Saenger, Ingo (Hrsg.), Zivilprozessordnung – Familienverfahren, Gerichtsverfassung, Europäisches Verfahrensrecht : Handkommentar, 9. Aufl. Baden-Baden 2021.

Savigny, Friedrich Carl von, System des heutigen Römischen Rechts – Erster Band, Berlin 1840 (zit. *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts Bd. 1).

Schach, Klaus/Schultz, Michael/Schüller, Peter (Hrsg.), BeckOK Mietrecht, 24. Edition (Stand: 01.05.2021), München 2021.

Schäfer, Carsten, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., München 2018.

Schaub, Günter (Hrsg.), Arbeitsrechts-Handbuch – Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis, 18. Aufl., München 2019 (zit. Schaub-ArbR-Hdb/*Bearbeiter*).

Scheffler, Karl-Friedrich, Flächenabweichungen des Gewerbeobjekts als wichtiger Kündigungsgrund, NZM 2003, S. 17–19.

Schenke, Wolf-Rüdiger, Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Aufl. Heidelberg 2021 (zit. *Schenke*, POR).

Schlaich, Klaus/Korioth, Stefan, Das Bundesverfassungsgericht – Stellung, Verfahren, Entscheidungen : ein Studienbuch, 11. Aufl. München 2018 (zit. *Schlaich/Korioth*, Bundesverfassungsgericht).

Schliemann, Harald (Hrsg.), Das Arbeitsrecht im BGB – Kommentar, Hrsg.: *Ascheid*, Reiner, 2. Aufl., Berlin 2002 (zit. ArbR-BGB/*Bearbeiter*).

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Schlink, Bernhard, Das Objektive und das Subjektive beim polizeirechtlichen Gefahrbegriff, JURA 1999, S. 169–172.

Schmidt, Karsten (Hrsg.), Insolvenzordnung – InsO mit EuInsVO, 19. Aufl. München 2016.

— (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch – Band 2: §§ 105-160, 4. Aufl., München 2016 (zit. MüKo-HGB/*Bearbeiter*).

Schmidt-Futterer, Wolfgang (Begr.), Mietrecht – Großkommentar des Wohn- und Gewerberaummietrechts: Bürgerliches Gesetzbuch (§§ 535 - 580a, 138, 1568a BGB), Verordnung über die verbrauchsabhängige Abrechnung der Heiz- und Warmwasserkosten, Wirtschaftsstrafgesetz (§§ 4, 5 WiStG) und Zivilprozessordnung (§§ 283a, 712, 721, 765a, 794a, 885, 885a, 940a ZPO), Blank, Hubert (Hrsg.), 14. Aufl. München 2019 (zit. Schmidt-Futterer/*Bearbeiter*).

Schmidt-Kessel, Martin, Vorwirkungen des drohenden Brexits? – Zur Anwendbarkeit von §§ 321, 323 Abs. 4 BGB, ZIP 2018, S. 2199–2210.

Schmidt-Kessel, Martin/Baldus, Christian, Prozessuale Behandlung des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nach neuem Recht, NJW 2002, S. 2076–2078.

Schmitz, Michael, Rechtfolgen formunwirksamer Befristungsabreden, AuR 2001, S. 300–301.

Schmolke, Klaus Ulrich, Neue Informations- und Beratungspflichten (einschließlich Kreditwürdigkeitsprüfung) durch das Wohnimmobilienkreditrichtlinie-Umsetzungsgesetz, in: Mülbert, Peter O. (Hrsg.), Bankrechtstag 2016, Berlin, Boston 2016, S. 45–91 (zit. *Schmolke*, Bankrechtstag 2016).

Schneider, Angie, Vertragsanpassung im bipolaren Dauerschuldverhältnis, Tübingen 2016.

Schneider, Hans-Peter, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung – Zur Funktionsgerechtigkeit von Kontrollmaßstäben und Kontrolldichte verfassungsrechtlicher Entscheidung, NJW 1980, S. 2103–2111.

Schneider, Otmar, Grundsätzliche Überlegungen zur polizeilichen Gefahr, DVBl 1980, S. 406–409.

Schöne, Torsten, Gesellschafterausschluß bei Personengesellschaften – Hinauskündigung, Ausschluß aus absoluten und sachlichen Gründen, Köln 1993 (zit. *Schöne*, Gesellschafterausschluß).

Schopp, Heinrich, Das Zweite Wohnraumkündigungsschutzgesetz, ZMR 1975, S. 97–105.

Schrader, Peter/Siebert, Jens, Angriff auf die Unternehmerentscheidung?, NZA-RR 2013, S. 113–117.

Schrank, Franz, Der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses als Schutzobjekt der Rechtsordnung – Eine Untersuchung zum geltenden Recht, Wien 1982 (zit. *Schrank*, Fortbestand des Arbeitsverhältnisses).

Schreiber, Klaus, Anmerkung zu BAG v. 15.08.1984 – 7 AZR 536/82, SAE 1986, S. 74–75.

—, Zur tatsächlichen Vermutung im arbeitsgerichtlichen Verfahren, in: Henssler, Martin/Joussen, Jacob u. a. (Hrsg.), Moderne Arbeitswelt – Festschrift für Rolf Wank, München 2014, S. 559–570 (zit. *Schreiber*, FS Wank).

Schüller, Peter, Anmerkung zu BGH v. 11.10.2016 – VIII ZR 300/15, NZM 2017, S. 26.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Schulze, Reiner (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar, 10. Aufl. Baden-Baden 2019.

Schurz, Gerhard, Wahrscheinlichkeit, Berlin, Boston 2015.

Schütz, Alfred, Tiresias oder unser Wissen von zukünftigen Ereignissen, in: Brodersen, Arvid (Hrsg.), Gesammelte Aufsätze II – Studien zur soziologischen Theorie, Den Haag 1972, S. 259–278 (zit. *Schütz*, Gesammelte Aufsätze II - Studien zur soziologischen Theorie).

Schwabe, Jürgen, Fürmöglichhalten und irrige Annahme von Tatbestandsmerkmalen bei Eingriffsgesetzen, in: Selmer, Peter/Münch, Ingo von (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens, Berlin, New York 1987, S. 419–444 (zit. *Schwabe*, GS Martens).

—, Die Hausarbeit zur Anscheinsgefahr und die Nöte des Studenten S, JuS 1996, S. 988–992.

Schwabenhauer, Thomas/Kling, Michael, Gerichtliche Kontrolle administrativer Prognoseentscheidungen am Merkmal der «Zuverlässigkeit», VerwArch 101 (2010), S. 231–256.

Schweizer, Mark, Beweiswürdigung und Beweismaß – Rationalität und Intuition, Tübingen 2015.

Schwenzer, Ingeborg/Schroeter, Ulrich G. (Hrsg.), Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG) – Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf, 7. Aufl., München 2019 (zit. Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/*Bearbeiter*).

Schwerdtner, Peter, Anmerkung zu BAG v. 28.09.1972 – 2 AZR 469/71, JZ 1973, S. 377–381.

—, Kündigungsschutzrechtliche und betriebsverfassungsrechtliche Probleme der Änderungskündigung, in: Gamillscheg, Franz/Hueck, Götz/Wiedemann, Herbert (Hrsg.), 25 Jahre Bundesarbeitsgericht, München 1979, S. 555–581 (zit. *Schwerdtner*, FS 25 Jahre BAG).

—, Nachschieben von Kündigungsgründen, BlStSozArbR 1981, S. 145–154.

—, Offene Probleme des Kündigungsschutzes bei betriebsbedingten Kündigungen – Anmerkungen zum Urteil des BAG v. 24. 3. 1983 - 2 AZR 21/82, ZIP 1984, S. 10–22.

Seetzen, Uwe, Der Prognosespielraum des Gesetzgebers, NJW 1975, S. 429–434.

Seier, Jürgen, Kündigungsbetrug durch Verschweigen des Wegfalls von Eigenbedarf, NJW 1988, S. 1617–1624.

—, Der Kündigungsbetrug – Zum Schutz der Wohnraummiete aus zivil- und strafrechtlicher Sicht, Köln 1989 (zit. *Seier*, Kündigungsbetrug).

Sieg, Karl, Anmerkung zu BAG v. 23.06.1983 – 2 AZR 15/82, SAE 1984, S. 26–27.

Sievers, Jochen, Befristungsrecht, RdA 2004, S. 291–303.

Sittard, Ulrich/Ulbrich, Martin, Die Prozessbeschäftigung und das TzBfG, RdA 2006, S. 218–223.

Soergel, Hans Theodor (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – Band 2: Schuldrecht I, §§ 241 - 432, Mertens, Hans-Joachim (Red.), 12. Aufl. Stuttgart, Berlin, Köln 1990 (zit. Soergel/*Bearbeiter*).

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

— (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – Band 5/2: Schuldrecht 3/2, §§ 320-327, Wolf, Manfred (Red.), 13. Aufl. Stuttgart 2005 (zit. Soergel/*Bearbeiter*).

— (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – Band 8: Schuldrecht 6, §§ 535 - 610 BGB, Eckert, Hans-Werner (Red.), 13. Aufl. Stuttgart 2007 (zit. Soergel/*Bearbeiter*).

— (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – Band 5/1a: Schuldrecht 3/1a, §§311, 311a-c, 313, 314, Gsell, Beate (Red.), 13. Aufl. Stuttgart 2014 (zit. Soergel/*Bearbeiter*).

Stadler, Astrid, Schriftliche Zeugenaussagen und pre-trial discovery im deutschen Zivilprozess, ZZP 1997, S. 137–165.

Stagl, Justin, Zur Prognostik und ihrer Geschichte, in: Bachleitner, Reinhard/Weichbold, Martin/Pausch, Markus (Hrsg.), Empirische Prognoseverfahren in den Sozialwissenschaften – Wissenschaftstheoretische und methodologische Problemlagen, Wiesbaden 2016, S. 17–33 (zit. *Stagl*, Empirische Prognoseverfahren in den Sozialwissenschaften).

Stahlhacke, Eugen, Grundrechtliche Schutzpflichten und allgemeiner Kündigungsschutz, in: Hanau, Peter (Hrsg.), Festschrift für Günther Wiese zum 70. Geburtstag, Neuwied 1998, S. 513–533 (zit. *Stahlhacke*, FS Wiese).

—, Zum Problemfeld der Klage nach § 4 KSchG, in: Düwell, Franz Josef/Stückemann, Wolfgang/Wagner, Volker (Hrsg.), Bewegtes Arbeitsrecht – Festschrift für Wolfgang Leinemann zum 70. Geburtstag, Neuwied 2006, S. 389–408 (zit. *Stahlhacke*, FS Leinemann).

Staudinger, Julius von (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 705-740 (Gesellschaftsrecht), Reuter, Dieter (Red.), Bearbeitung Berlin 2003 (zit. Staudinger/*Bearbeiter*).

— (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – Buch 4: Familienrecht, §§ 1638-1683 (Elterliche Sorge 2 – Vermögenssorge, Kindesschutz, Sorgerechtswechsel), Coester, Michael (Red.), Neubearbeitung Berlin 2016 (zit. Staudinger/*Bearbeiter*).

— (Begr.), Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – Wiener UN-Kaufrecht (CISG), Kaiser, Dagmar (Red.), Neubearbeitung Berlin 2018 (zit. Staudinger/*Bearbeiter*).

— (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 581-606 (Pacht, Landpacht, Leihe), Herrler, Sebastian (Red.), Neubearbeitung Berlin 2018 (zit. Staudinger/*Bearbeiter*).

— (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungsrecht 1), Löwisch, Manfred (Red.), Neubearbeitung Berlin 2019 (zit. Staudinger/*Bearbeiter*).

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

— (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 620-630 (Beendigung von Dienst- und Arbeitsverhältnissen), Rolfs, Christian (Red.), Neubearbeitung Berlin 2019 (zit. Staudinger/*Bearbeiter*).

— (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, Einleitung zum Schuldrecht, §§ 241-243 (Treu und Glauben), Looschelders, Dirk; Olzen, Dirk; Schiemann, Gottfried (Bearb.), Neubearbeitung Berlin 2019 (zit. Staudinger/*Bearbeiter*).

— (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – Buch 3: Sachenrecht, §§ 985-1011 (Eigentumsschutz und Eigentümer-Besitzer-Verhältnis), Kaiser, Dagmar (Red.), Neubearbeitung Berlin 2019 (zit. Staudinger/*Bearbeiter*).

— (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 315-326 (Leistungsstörungsrecht 2), Löwisch, Manfred (Red.), Neubearbeitung Berlin 2020 (zit. Staudinger/*Bearbeiter*).

— (Begr.), Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 557-580a; Anhang AGG (Mietrecht 2 – Miethöhe und Beendigung des Mietverhältnisses), Artz, Markus; Emmerich, Jost u. a. (Bearb.), Neubearbeitung Berlin 2021 (zit. Staudinger/*Bearbeiter*).

— (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 535-556g (Mietrecht 1 – Allgemeine Vorschriften; Wohnraummiete), Artz, Markus; Emmerich, Jost u. a. (Bearb.), Neubearbeitung Berlin 2021 (zit. Staudinger/*Bearbeiter*).

Stebut, Dietrich von, Der soziale Schutz als Regelungsproblem des Vertragsrechts – Die Schutzbedürftigkeit von Arbeitnehmern und Wohnungsmietern, Berlin 1982 (zit. *Stebut*, Der soziale Schutz als Regelungsproblem des Vertragsrechts).

—, Der Wegfall von Kündigungsgründen des Vermieters, NJW 1985, S. 289–296.

Stegmüller, Wolfgang, Erklärung Begründung Kausalität Band I – Teil B: Erklärung, Voraussage, Retrodiktion. Diskrete Zustandssysteme und diskretes Analogon zur Quantenmechanik Das ontologische Problem Naturgesetze und irreale Konditionalsätze Naturalistische Auflösung des Goodman-Paradoxons, 2. Aufl. Berlin, Heidelberg 1983 (zit. *Stegmüller*, Erklärung, Voraussage, Retrodiktion).

Steinacker, Ursula Lina, Der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers – Die adäquate Lösung des Konflikts zwischen Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit, Baden-Baden 2017.

Sternel, Friedemann, Ist der duale Kündigungsschutz nach §§ 573, § 574 BGB noch zeitgemäß?, NZM 2018, S. 473–482.

Stettner, Rupert, Verfassungsbindungen des experimentierenden Gesetzgebers, NVwZ 1989, S. 806–812.

Stoffels, Markus, Zivilrechtliche Dogmatik und Individualarbeitsrecht, in: Lobinger, Thomas/Piekenbrock, Andreas/Stoffels, Markus (Hrsg.), Zur Integrationskraft zivilrechtlicher Dogmatik, Tübingen 2014, S. 1–16.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Stoll, Hans, Die Beweislastverteilung bei positiven Vertragsverletzungen, in: Esser, Josef/Thieme, Hans (Hrsg.), Festschrift für Fritz von Hippel zum 70. Geburtstag, Tübingen 1967, S. 517–559 (zit. *Stoll*, FS v. Hippel).

—, Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel, AcP 176 (1976), S. 145–196.

Streng, Franz, Strafrechtliche Folgenorientierung und Kriminalprognose, in: Dölling, Dieter (Hrsg.), Die Täter-Individualprognose – Beiträge zu Stand, Problemen und Perspektiven der kriminologischen Prognoseforschung, Heidelberg 1995, S. 97–127 (zit. *Streng*, Die Täter-Individualprognose).

Streyl, Elmar, Zu gering? – Zu den Anforderungen an eine Kündigung in der neueren Rechtsprechung des BGH, WuM 2013, S. 454–460.

Stubbe, Andrea, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht – Dargestellt anhand des Ausschlusses von Gesellschaftern aus Personengesellschaften 2002 (zit. *Stubbe*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit).

Stück, Volker, Der Anscheinsbeweis, JuS 1996, S. 153–158.

Stückmann, Roland/Kohlepp, Christina, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und ultima-ratio-Prinzip im Kündigungsrecht – Richterliche Praxis ohne dogmatische Begründung, RdA 2000, S. 331–341.

Stürner, Michael, Die Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund nach § 314 BGB, JURA 2016, S. 163–167.

Stürner, Rolf (Hrsg.), Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch – Mit Rom-I-, Rom-II-VO, EuUnthVO/HUntProt und EuErbVO: Kommentar, 18. Aufl., München 2021 (zit. Jauernig/*Bearbeiter*).

Terhorst, Bruno, Bewährungsprognosen und der Grundsatz „in dubio pro reo", MDR 1978, S. 973–977.

Tettinger, Peter J., Rechtsanwendung und gerichtliche Kontrolle im Wirtschaftsverwaltungsrecht, München 1980 (zit. *Tettinger*, Rechtsanwendung und gerichtliche Kontrolle im Wirtschaftsverwaltungsrecht).

—, Überlegungen zu einem administrativen »Prognosespielraum«, DVBl 1982, S. 421–433.

Thierfelder, Hans, Zur Tatsachenfeststellung durch das Bundesverfassungsgericht, JurA 1970, S. 879–903.

Thüsing, Gregor/Fütterer, Johannes/Thieken, Jan, Prognosesicherheit und Befristung – Zur Zulässigkeit einer Befristung nach § 2 ABbs. 2 WissZeitVG, ZfA 2014, S. 3–27.

Timme, Michael, Vermieters Reaktionspflichten nach Wegfall des Eigenbedarfs, NZM 2006, S. 249–251.

Toma, Josef/Reiter, Heiko, Präklusion von Entlastungstatsachen? – Das Schweigen des Arbeitnehmers während der Anhörung zu einer Verdachtskündigung, NZA 2015, S. 460–465.

Tschöpe, Ulrich, Die krankheitsbedingte Kündigung in der Rechtsprechung des BAG – Eine kritische Bestandsaufnahme, DB 1987, S. 1042–1045.

— (Hrsg.), Arbeitsrecht Handbuch, 12. Aufl. Köln 2021.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Ulmer, Peter, Kündigungsschranken im Handels- und Gesellschaftsrecht – Zum Einfluß der Treuepflicht auf die einseitige Vertragsbeendigung, in: Hefermehl, Wolfgang/Nirk, Rudolf (Hrsg.), Festschrift für Philipp Möhring zum 75. Geburtstag – 4. September 1975, München 1975, S. 295–317 (zit. *Ulmer*, FS Möhring).

Urban, Sandra, Der Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes – Das Arbeitsverhältnis im Spannungsfeld zwischen Kündigungsfreiheit und Kündigungsschutz, Berlin 2001 (zit. *Urban*, Kündigungsschutz außerhalb des KSchG).

Veelken/Winfried, Bindungen des Revisionsgerichts bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit von Rechtsgeschäften nach § 138 BGB, AcP 185 (1985), S. 46–72.

Volckart, Bernd, Praxis der Kriminalprognose – Methodologie und Rechtsanwendung, München 1997 (zit. *Volckart*, Kriminalprognose).

Volk, Klaus/Engländer, Armin, Grundkurs StPO, 9. Aufl., München 2018.

Völzmann-Stickelbrock, Barbara, Beweiserleichterungen durch tatsächliche Vermutungen — Eine Analyse der aktuellen Rechtsprechung zur Darlegungs- und Beweislast bei Urheberrechtsverletzungen via Internetanschluss, in: Meller-Hannich, Caroline/Haertlein, Lutz u. a. (Hrsg.), Rechtslage, Rechtserkenntnis, Rechtsdurchsetzung – Festschrift für Eberhard Schilken zum 70. Geburtstag, München 2015, S. 539–552 (zit. *Völzmann-Stickelbrock*, FS Schilken).

Vom Stein, Jürgen, Fehleinschätzungen bei der Kündigung von Arbeitsverhältnissen – unter besonderer Berücksichtigung der Verdachtskündigung, Köln 1989 (zit. *Vom Stein*, Fehleinschätzungen bei der Kündigung von Arbeitsverhältnissen).

—, Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers bei Fehlprognose des Arbeitgebers?, RdA 1991, 85-94.

—, Aktuelles aus Erfurt zum Wiedereinstellungsanspruch, NZA 2018, 766-768.

Vorwerk, Volkert/Wolf, Christian (Hrsg.), BeckOK ZPO, 40. Edition (Stand: 01.03.2021), München 2021.

Walden, Jörg, Änderungskündigung, unternehmerische Entscheidungsfreiheit und Prognoseprinzip, Münster 1993.

Walker, Wolf-Dietrich, Anmerkung zu BAG v. 27.02.1997 – 2 AZR 160/69, SAE 1998, S. 103–107.

Wallner, Franz Xaver, Die ordentliche Änderungskündigung des Arbeitgebers, Berlin 2001 (zit. *Wallner*, Änderungskündigung).

Walter, Tonip, Die Beweislast im Strafprozeß, JZ 2006, S. 340–349.

Wank, Rolf, Anmerkung zu BAG v. 15.03.1984 – 2 AZR 24/83, AP Nr. 2 zu § 1 KSchG Soziale Auswahl.

—, Anmerkung zu BAG v. 27.09.1984 – 2 AZR 309/83, SAE 1986, S. 151–157.

—, Tendenzen der BAG-Rechtsprechung zum Kündigungsrecht, RdA 1993, S. 79–88.

—, Die Kündigung außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, in: Isenhardt, Udo/Preis, Ulrich (Hrsg.), Arbeitsrecht und Sozialpartnerschaft – Festschrift für Peter Hanau, Köln 1999, S. 295–315 (zit. *Wank*, FS Hanau).

Wassermann, Rudolf (Hrsg.), Alternativkommentar zur ZPO, Neuwied, Darmstadt 1987 (zit. AK-ZPO/*Bearbeiter*).

Weber, Hansjörg, Anmerkung zu BAG v. 06.06.1984 – 7 AZR 458/82, SAE 1985, S. 67–71.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Weber, Helmut, Der Kausalitätsbeweis im Zivilprozeß – Kausalität, Beweiswürdigung und Beweismaß, Beweiserleichterungen ; vornehmlich im Blick auf den Schadensersatzprozeß wegen unerlaubter Handlungen, Tübingen 1997.

Weber, Klaus (Hrsg.), Creifelds, Rechtswörterbuch, 24. Aufl. München 2020.

Weidt, Heinz, Antizipierter Vertragsbruch – Eine Untersuchung zum deutschen und englischen Recht, Tübingen 2008 (zit. *Weidt*, Antizipierter Vertragsbruch).

Weitnauer, Hermann, Wahrscheinlichkeit und Tatsachenfeststellung, in: Klingmüller, Ernst (Hrsg.), Beweisfragen im Schadenersatzrecht – Karlsruher Forum 1966, Karlsruhe 1968, S. 3–20 (zit. *Weitnauer*, Karlsruher Forum 1966).

—, Der Schutz des Schwächeren im Zivilrecht – Vortrag 27. Februar 1975, Karlsruhe 1975 (zit. *Weitnauer*, Schutz des Schwächeren im Zivilrecht).

Weller, Bernhard, Kündigung bei Krankheit, ArbRGeg 20 (1982), S. 77–93.

Wiedemann, Herbert, Subjektives Recht und sozialer Besitzstand nach dem KSchG, RdA 1961, S. 1–8.

—, Rechte und Pflichten des Personengesellschafters, Sonderbeilage Nr. 7 zu WM 1992, S. 1–54.

—, Die Personengesellschaft – Vertrag oder Organisation?, ZGR 1996, S. 286–299.

Wiek, Karl Friedrich, Der gekündigte vertragstreue Mitmieter, WuM 2016, S. 718–723.

Wiesenecker, Philipp, Der auf Kündigungsgründe gestützte Auflösungsantrag des Arbeitgebers – zugleich Anmerkung zu BAG vom 24.5.2018 – 2 AZR 73/18, BB 2018, 1971, BB 2018, S. 2932–2936.

Wieser, Eberhard, Der Anspruch auf Vertragsanpassung wegen Störung der Geschäftsgrundlage, JZ 2004, S. 654–656.

Willemsen, Heinz Josef, Verhaltensbedingte Kündigung: Fünf Thesen und fünf Fragezeichen, RdA 2017, S. 115–137.

Windbichler, Christine, Gesellschaftsrecht – Ein Studienbuch, 24. Aufl., München 2017.

Winker, Peter, Empirische Wirtschaftsforschung und Ökonometrie, 4. Aufl. Berlin 2017 (zit. *Winker*, Empirische Wirtschaftsforschung).

Winzer, Thomas/Abend, Tobias/Fischels, André, Projektbefristung am Maßstab von § 14 I 2 Nr. 1 TzBfG – Wenn die Zusatzaufgabe keine Daueraufgabe ist, NZA 2018, S. 1025–1030.

Wirtz, Markus Antonius (Hrsg.), Dorsch - Lexikon der Psychologie, 19. Aufl. Bern 2020.

Wolf, Ernst, Die Lehre von der Handlung, AcP 170 (1970), S. 181–229.

Wolter, Udo, Mietrechtlicher Bestandsschutz – Historische Entwicklung seit 1800 und geltendes Wohnraum-Kündigungsschutzrecht, Frankfurt am Main 1984 (zit. *Wolter*, Mietrechtlicher Bestandsschutz).

Zborowska, Katarzyna, Die außerordentliche Verdachtskündigung, Berlin 2015.

Zeuner, Albrecht, Wiederholung der Kündigung und Rechtskraft im Kündigungsschutzstreit – Zum Verhältnis von Rechtskraft und neuen Tatsachen im Zivilprozess, MDR 1956, S. 257–261.

Zitscher, Wolfram, Der „Grundsatz der Verhältnismäßigkeit" im Arbeitsvertragsrecht als Blankettformel, BB 1983, S. 1285–1291.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zöller, Richard (Hrsg.), Zivilprozessordnung – Mit FamFG (§§ 1-185, 200-270) und Gerichtsverfassungsgesetz, den Einführungsgesetzen, mit Internationalem Zivilprozessrecht, EuGVVO und weiteren EU-Verordnungen, Kostenanmerkungen, 33. Aufl. Köln 2020.

Zöllner, Wolfgang, Sind im Interesse einer gerechteren Verteilung der Arbeitsplätze Begründung und Beendigung der Arbeitsverhältnisse neu zu regeln? – Gutachten D für den 52. Deutschen Juristentag, München 1978 (zit. *Zöllner*, Gutachten D für den 52. DJT).

Zwanziger, Bertram, Neue Tatsachen nach Zugang einer Kündigung – Rückwirkung auf Kündigung oder Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers, BB 1997, S. 42–46.

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748938699 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY