

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.

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.

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 Prognosystematik transferiert werden. Es ist dabei ein Gebot der Methodenklärheit und Methodenehrlichkeit, die der anschließenden Untersuchung zugrunde liegenden rechtlichen Wertungen an dieser Stelle jedenfalls übersichtsartig 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.

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 Schwebeszustände 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.

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 Prognoseterminologie⁶⁴³ zu orientieren und die einzelnen Prognosemerkmale (Prognosegrundlage, Wahrscheinlichkeitsmaß, Prognosezeitpunkt) jeweils einer separaten Untersuchung zu unterziehen.⁶⁴⁴ Obwohl 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).

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 nachweisen⁶⁴⁷, 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.

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 annähre.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 annähre, 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.

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 Prämisse einer Hypothese verliehen.⁶⁵⁸ Als anwendbare Prämisse 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 Prämisse bestimmt werden können.⁶⁶⁰ Durch Normativierung dieser Prämisse 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 Aussagegehalt⁶⁶³ 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“.

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.).

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 kann⁶⁶⁴, 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 röhrt 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“ seien⁶⁶⁷, 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 Wahrscheinlichkeitsverständnis 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.

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 wahrscheinlichkeits-theoretische, 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 eingängige Terminologie aus der Kriminalprognostik, vgl. Lange, Die Kriminalprognose 2012, S. 95 f.; Volkart, Kriminalprognose 1997, S. 40 f.

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 Prognosetabbestandsmerkmals 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.

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 zwangsläufig 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“ Wahrscheinlichkeit⁶⁷⁵) 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.

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 enttäuscht⁶⁷⁸: 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 Negativprognose⁶⁸⁰, 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).

ge(n) Wahrscheinlichkeit⁶⁸², streiten für einen flexiblen Wahrscheinlichkeitsmaßstab⁶⁸³ oder enthalten sich einer Präzisierung vollständig⁶⁸⁴.

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 Missverständnisses⁶⁸⁶ 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.

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 Anwendungsbereiche 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.

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 – I 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.

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 ausgesetzt⁷⁰³, 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 verbundenen 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.

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 herangezogen⁷⁰⁸, 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 abstehen 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.

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.

hen, dass Vorhersagen, denen ein derartig hoher Wahrscheinlichkeitsgrad zugrunde liegt, eine große Richtigkeitsgewähr bieten, sodass dem rechtsstaatlichen Grundsatz der materiellen Gerechtigkeit und dem bestandschützenden 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 erreichen⁷¹⁶, 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 unterbreiten⁷¹⁸, 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.

keinen inhaltlichen Unterschied, ob der Richter ein Ereignis selber für wahrscheinlich halte oder aber von der Wahrscheinlichkeit des Ereignisses überzeugt sei⁷²², 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.

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 abwägungsgleitete 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.

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 Prognosefordernisse 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 Prognosefordernisse durch eine mehr oder weniger stark ausgeprägte tatbestandliche Unbestimmtheit auszeichnet⁷³⁵, 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. 87f.; *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.

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-

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.

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 dem 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.

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.

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,

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.

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.

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 Befristungsin- teressenten 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).

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 erkennen 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 eliminieren versucht.

753 Dies, DÖV 2002, 326, 332.

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 tafbestandsrelevanter 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 lassen⁷⁵⁴, 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 generalklausartig formulierter Prognosetabbestände 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 tafbestandsrelevanten 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.

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 Betracht⁷⁵⁶ – 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“.

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 Prognosebasis⁷⁵⁸ 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).

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 Prognoseprinzips⁷⁶⁰, 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

Hinweis⁷⁶², dass die vorbeugende Durchbrechung prospektiven Bestandschutzes (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 Schriftum 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.

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 (eine seitige 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, I, II.

Rechtsgebiet (Stichwort: besondere Bestandsschutzkonzepte), zum anderen je nach Regelungskonstellation (Kündigungs-, Anpassungs- und Befristungsrecht) teils erheblich divergieren.

(1) Bedeutung besonderer Bestandsschutzkonzepte

Bereits an anderer Stelle⁷⁶⁸ wurde ausführlich darauf hingewiesen, dass bestimmten Rechtsgebieten – namentlich dem Arbeits- und Wohnraummiethrech – 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*“ hinausweisen der 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).

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 überholten⁷⁶⁹ 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 Bestandschutz 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-Glöe, § 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.

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 erkennen, 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.

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 gesetzestützte Anpassung von Dauerschuldverhältnissen dar. Divergenzen in der Bewertung können sich hierbei nicht nur im Hinblick auf die Unterscheidung von Anpassungsbestimmungs- und Anpassungserzwingungsrechten⁷⁷³ 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 milderer Mittel darstellen und folglich

773 Zur Terminologie siehe oben C. II. 2. .

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, I, 11.

775 MüKo-BGB/*Finkenauer*, § 313 BGB Rn. 102.

776 MüKo-BGB/*ders.*, § 313 BGB 90.

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 eingeschränkte 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 zukünftiger 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).

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.

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 Konstellationen⁷⁸¹ 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, II00; *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, II04). Darüber hinaus wird auch die verhaltensbedingte Kündigung nicht selten (siehe nur *dies.*, NZA 2015, 1098, II03; *Raab*, RdA 2000, 147, 153; *Boewer*, NZA 1999, II21, II30; *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,

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; *Hamitzer*, 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.

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 Wohnraummietrecht⁷⁸⁷ und auf vergleichbare Fragestellungen im befristungsrechtlichen Kontext⁷⁸⁸ 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. II 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.

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 Personalübergang, so legt schon die gesetzliche Risikoverteilung – der Arbeitgeber trägt stets das Wirtschaftsrisiko⁷⁹³ – einen strengerem 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.

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 erschien 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 schulhaft 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 tatbeständlicher 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.

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 können⁷⁹⁸, 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.

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 BGB⁸⁰⁰ 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/Loosholders*, § 323 BGB Rn. 232; *MüKo-BGB/Ernst*, § 323 BGB Rn. 136; *Soergel/Gsell*, § 323 BGB Rn. 134; *Jauernig/Stadler*, § 323 BGB Rn. 15.

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,

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 neu erlich 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.

element im Rahmen einer umfassenden Abwägung von Gestaltungs- und Bestandschutzinteresse 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 berücksichtigen⁸⁰⁴; 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 vermeiden⁸⁰⁵; 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.

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 Gesellschafterausschuss *Schöne*, Gesellschafterausschluß 1993, S. 20.

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 tatstandsrelevante 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 wurde⁸¹⁰, 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 aufgegriffen⁸¹¹, 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,

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 ist⁸¹⁶, 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.

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 Alltags⁸²⁰, 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 Sachverständes 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 machen⁸²⁴, 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.

weder im öffentlichen Recht⁸²⁵ 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 justitiable 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 Bestandschutzes 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.

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 tatsächenbasierten Prognosegrundlage sind demgegenüber bloße Wahrsagerei⁸³² 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/Renfertle/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.

Spekulation⁸³³ 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 (Prognosebasis) als auch für die jeweils maßgeblichen Erfahrungssätze verwendet werden, sodass sich aus der Prognosegrundlage insgesamt das Prognoseergebnis und damit die Wahrscheinlichkeit des Eintritts des Prognoseereignisses 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.

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.

Rechtsverhältnis zugetragen haben⁸³⁸ 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.

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 Prognosebasis herangezogenen Tatsachen in besonders engem Zusammenhang mit dem Schuldverhältnis stehen, sondern lediglich, ob das Prognoseergebnis 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. 122f.

844 So für den Gesellschafterausschuss auch Schöne, Gesellschafterausschluß 1993, S. 21.

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,

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 Kündigungegründe 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 ab⁸⁴⁸, 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. II01; Feudner, NZA 2000, 1136 ff.; Schrader/Siebert, NZA-RR 2013, II13, II6; 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.

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 Mietfläche) 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 Prognose⁸⁵² strukturell vorgelagert sind⁸⁵³, das Prognoseergebnis 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 zukunftsgerechteten 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.

(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 nur⁸⁵⁴ – 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.

hier auszuklammernden Frage, ob die Kategorie des Vertrauensverlustes zur Begründung der Verdachtskündigung überhaupt tragfähig oder gar als solche entbehrlich ist⁸⁵⁸, 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 fußen⁸⁵⁹ und darüber hinaus auch aus objektiver Sicht nachvollziehbar erscheinen muss⁸⁶⁰, 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.

b) Allgemeine Erfahrungssätze

Aus der logischen Zweistufigkeit des Prognoseprozesses⁸⁶¹ ergibt sich, dass nach der Erforschung der Prognosebasis in einem zweiten Schritt jene allgemeinen Gesetze⁸⁶² 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 Naturgesetzmäßigkeiten) 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 Anlasssachen 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.

misst⁸⁶⁶ oder stets besonders vorsichtig oder optimistisch agiert. Auch „gefühlte Zusammenhänge“ oder Vermutungen sind als Grundlage rechtlicher Entscheidungen schlachtweg 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 umstrittene 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.

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 gemeint sein, 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.

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.

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 ergibt⁸⁸³ – 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.

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, vermissen Vertreter dieser Argumentation jedoch in unzulässiger Weise unterschiedliche Dimensionen des maßgeblichen Wissenshorizonts miteinander.⁸⁸⁸ Bei der hier betrachteten Problematik des perspektivisch-personellen Beurteilungsmaßstabs⁸⁸⁹ nämlich geht es nicht um die Frage, ob die spätere tatsächliche Entwicklung im Wege einer ex-post-Betrachtung zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Prognose herangezogen werden kann⁸⁹⁰, 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 rechtfertigt⁸⁹², 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.

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 Vorschriften⁸⁹⁴ 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.II.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-

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/*Sieg mund*, § 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.

5. Zeitliche Dimension: Prognosezeitpunkt

Die letzte Dimension des Wissenshorizonts bildet die zeitliche Perspektive, die nach einer näheren Auseinandersetzung mit dem im jeweiligen Regelungskontext maßgeblichen *Prognosezeitpunkt* 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 bisheriger⁸⁹⁷) 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 Vorjahres⁸⁹⁹, 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 bewirkt⁹⁰⁰, 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.

am spätestmöglichen Prognosezeitpunkt⁹⁰¹, 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 Gerichtsprägnosen 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 Zusammenhang daher von einem drohenden „Lotteriespiel“.

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.

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 *Prognosezeitpunkts* 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 *contradiccio 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.

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 Kündigungsfrist⁹¹⁰ oder gar auf den Schluss der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz abstellen⁹¹¹, spricht sich die ganz überwiegende Auffassung stattdessen für den Zeitpunkt der Kündigung – genauer: den Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung⁹¹² – 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, 171f.; *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*-

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), mändert 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 heranziehen⁹¹⁷, 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.

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“ lassen⁹²¹, 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 werden* 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 Prognosezeitpunkts⁹²³ 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 Gegen teil 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* [Hervor. durch Verfasser] gesundheitl. Konstitution des gekündigten Arbeitnehmers“).

923 So zu Recht auch Elz, Wiedereinstellungsanspruch 2002, S. 23.

späteren Beurteilungszeitpunkts wesentlich⁹²⁴: 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 trate. Bezoige 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 bliebe allein die Möglichkeit einer Betrachtung der tatsächlichen Entwicklung. Konsequente Folge eines solchen Vorgehens (das typischerweise im Kontext von arbeitgeberbegünstigenden Veränderungsprognosen virulent wird⁹²⁵) 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 erübrigts 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.

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 könnte 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.

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 zu⁹⁴⁴, 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.

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 auswirkt⁹⁴⁹, 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 schwierigen Abschätzung der Erfolgsaussichten im Prozess.

enger Verbindung stehen⁹⁵⁰ – 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 Zivilprozess⁹⁵⁵ – 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 Vorgänger-norm des § 7 KSchG 1951; vgl. auch Wiesenecker, BB 2018, 2932, 2934 („Kündigungs- und Auflösungsgrund unterscheiden sich in Beurteilungszeitpunkt und in Beurtei-lungsmaßstab“).

952 Hierauf weist vor allem Denck, SAE 1984, 209, 210 hin; auch Hwang, Der maßgeb-liche Zeitpunkt für die Beurteilung der Wirksamkeit der Kündigung des Arbeitge-bers 1988, S. 104.

953 Kirchler/Stark, in: Wirtz (Hrsg.), Dorsch - Lexikon der Psychologie 2020, Rück-schaufehler.

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.

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 röhrt 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 zuwider⁹⁶¹, 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.

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 Verhandlung⁹⁶⁵, sondern die Frage, ob das Arbeitsverhältnis durch eine ganz bestimmte Kündigung zu einem bestimmten Zeitpunkt beendet wurde.⁹⁶⁶ Allein dieser (erweiterte⁹⁶⁷) punktuelle Streitgegenstandsbegriff entspricht der Systematik und dem Telos des geltenden Kündigungsschutzrechts⁹⁶⁸ 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; *Stahlhache*, 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/*Herrenröder*, § 4 KSchG Rn. 88; *APS/Hesse*, § 4 KSchG Rn. 134; *Boewer*, NZA 1997, 359, 360; *Boenke*, RdA 1995, 211, 213.

967 Insbesondere die Rechtsprechung bezieht das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses im Zeitpunkt des Kündigungszugangs in den Streitgegenstandsbegriff mit ein.

968 Näher *Stahlhache*, 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 Weiterbeschäftigungsspruchs *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.

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 Streiffall 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).

Die heute weit überwiegende Auffassung im Schrifttum geht davon aus, dass nachträglich eintretende Umstände die Wirksamkeit einer Kündigung nicht mehr zu beeinflussen vermögen⁹⁷³, 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 kann-

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, 3491f., 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.

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 Negativprognose⁹⁷⁷ 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 Zahlungsfähigkeit- 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 Analogefähigkeit derartiger Ausnahmeverordnungen 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.II.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.

sodass auch etwaige Instrumente zur Prognosekorrektur (beispielsweise ein auf Neuabschluss des Mietvertrages gerichteter Schadensersatzanspruch bei Verletzung der Informationspflicht im Fall des Wegfalls von Eigenbedarf⁹⁸¹) 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 Urteil⁹⁸³ 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.

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 ist⁹⁸⁸, 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.

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 Befristungsabrede⁹⁹⁰) sein kann.⁹⁹¹ Abweichende Stimmen im Arbeitsrecht⁹⁹² 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 Entkopp lung 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.

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 Kündigungsrecht⁹⁹⁷ nicht vollends zu überzeugen vermag⁹⁹⁸, 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.

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“ rechtferdig. 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 unterscheiden.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.

Die Vertragsanpassung *ipso iure*, die der vor der Schuldrechtsreform herrschenden Rechtsauffassung zur Wirkungsweise einer Störung der Geschäftsgrundlage entsprach¹⁰⁰¹, 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 Anpassungsergebnisses, 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 BGB¹⁰⁰², 163 Abs. 1 Nr. 1¹⁰⁰³, 203 Abs. 2 S. 1¹⁰⁰⁴ VVG vorgesehen hat.¹⁰⁰⁵ Was im Kündigungsrecht galt¹⁰⁰⁶, 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.

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 Anpassungsergebnisses, 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 beispielsweise um die Möglichkeit der rückwirkenden Anpassung von Dauerschuldverhältnissen¹⁰¹¹ und die gerichtliche Durchsetzung des Anpassungsanspruchs¹⁰¹² 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,

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 Anpassungswirkungen¹⁰¹³ 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 Anpassungsergebnisses koinzidieren wird.

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 begehrte wird, hat das Gericht – unabhängig davon, in welcher Weise der Anpassungsanspruch gerichtlich durchzusetzen ist – eine originäre Gerichtsprägnose zur Störungsgeneigtheit der in Rede stehenden Vertragsbeziehung anzustellen. Diese Sichtweise deckt sich im Übrigen auch mit der zum allgemeinen zivilrechtlichen Unterlassungsanspruch 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.

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.

D. Konkretisierung des Prognoseprinzips im vertraglichen Dauerschuldverhältnis

Hinblick auf die Unterscheidung zwischen originären Gerichtsprägnosen 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? Inwie weit 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-

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 Gesagtem¹⁰²¹ 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 Kündigungsrecht 2012, S. 88; *Liebig*, Die Krankheit des Arbeitnehmers als Kündigungsgrund 1988, S. 171; *Lepke*, Kündigung bei Krankheit, 16. Aufl. 2018, Rn. 147; KR/

Gründe können die oben skizzierten Informationsbeschaffungspflichten jedenfalls nicht allein unter Hinweis auf prognosetypischen Rechtsanwendungsschwierigkeiten gerechtfertigt werden; ob im Einzelfall andere Herleitungsoptionen zur Verfügung stehen¹⁰²³, 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.

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 an¹⁰²⁶, 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.

menschlichen Verhaltens stellt dabei keineswegs ein privatrechtliches Spezifikum dar, sondern wird zwangsläufig auch in anderen Rechtsgebieten virulent. Beispielhaft sei hier auf die bereits eingangs gestreifte¹⁰³⁰ 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 ist¹⁰³², 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 ergiebigen¹⁰³³ 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 *Hereschel*, Anm. zu BAG AP Nr. 63 zu § 626 BGB hin.

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 verbessert 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 Verhalten¹⁰³⁶ 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

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 Abmahnerefordernis 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 bei¹⁰⁴³, 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. 1II; Staudinger/Rolfs, § 573 BGB Rn. 31, die freilich allesamt darauf hinweisen, dass eine erfolglose Abmahnung durchaus zur Verstärkung des Kündigunggrundes 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.

wo der Gesetzgeber von der ausdrücklichen Implementierung eines zwingenden Abmahnerefordernisses 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 – seltenen¹⁰⁴⁵ – verhaltensbedingten Änderungskündigung¹⁰⁴⁶) 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 zu gunsten 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 Abmahnerefordernis 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) .

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.

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 vergangener¹⁰⁵¹ oder gegenwärtiger¹⁰⁵² 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, II. 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, II. Aufl. 2020, § 22 Rn. 7; *Saenger*, in: ders. (Hrsg.), Zivilprozessordnung 2021, § 284 ZPO Rn. 26; *MüKo-ZPO/Pruetting*, § 284 ZPO Rn. 24.

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 müssen.

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 Beweislast-gesichtspunkten nämlich hat ein Gericht dann zu entscheiden, wenn eine beweisbedürftige Tatsache trotz Erschöpfung aller Auflärmungsmöglichkeiten 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.

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 überzeugen¹⁰⁶⁰ – 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/Hannapel, § 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.

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.

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 vermenkt 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 Indiziataschen 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 Bestandschutz 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).

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 verstanden¹⁰⁶⁹, 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.

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 besteht¹⁰⁷¹ – 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 Tatsachen¹⁰⁷³, 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 schlüssig 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.

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 zurechnen 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 schuldschwerer 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 Kündigunggrundes 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.

wendung mitunter diametral entgegensteht.¹⁰⁸¹ Mag es in gewissen Bereichen noch recht unproblematisch ammuten, die verschiedenen Verantwortungssphären voneinander abzugrenzen (beispielsweise betriebsbedingte Kündigungen auf der einen, personen- und verhaltensbedingte auf der anderen Seite¹⁰⁸²), 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 hat¹⁰⁸⁵, doch rechtfertigt allein dieser Umstand noch nicht die Durchbrechung der beweisrechtlichen Grundregel durch ein allgemeines Prinzip der Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen. 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 Anwendungsbereiche 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.

wenn spezielle legislative Bestandsschutzkonzepte in Rede stehen – kaum vertrüge, die bestandsschutzdurchbrechende Vertragspartei aufgrund von Sphärenengesichtspunkten 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 BGH¹⁰⁸⁷ freilich zieht für derartige Fälle mit verbreiteter Zustimmung des Schrifttums¹⁰⁸⁸ lediglich eine Abstufung der Darlegungs- und Beweislast durch Konstituierung einer sekundären Behauptungslast¹⁰⁸⁹ des Vermieters in Betracht. Im Ergebnis lässt sich ein solcher Weg in der Tat stringenter in das tradierte System der Beweislastverteilung integrieren, so dass eine Beweislastumkehr nach Sphärenengesichtspunkten 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, 581f.; 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).

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 widerlegliche¹⁰⁹¹ oder gar unwiderlegliche¹⁰⁹² 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 durch 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.

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 zeitigt¹⁰⁹⁵, 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 Kündigungrecht 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, II 53, II 55 f.

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 Tatsachengrundlage¹¹⁰¹, 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 Anscheinbeweis 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 Anscheinbeweis 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.

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 entwickelte¹¹⁰⁶ Möglichkeit, bei typischen Geschehensabläufen von bestimmten Tatsachen (der Anscheinsbasis) aufgrund besonders starker Erfahrungssätze (den so genannten Erfahrungsgrundsätzen¹¹⁰⁷) 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.

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 unangestastet 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.

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; *Ostholt*, 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“.

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 obliege es so dann, 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 röhrt 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 Medizin¹¹²⁰–, 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.II.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.II.1982 – 2 AZR 140/81, AP Nr. 7 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit.

1121 *Weller*, ArbRGeg 20 (1982), 77, 92.

1122 BAG 25.II.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;

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.

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 werden¹¹³⁰; ausgeschlossen erscheint dies freilich nicht.

Zu bedenken bleibt jedoch, dass das Merkmal der hinreichenden Wahrscheinlichkeit in der Sache einen weitgehend flexiblen Wahrscheinlichkeitsmaßstab beschreibt¹¹³¹, 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).

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 bejahendefalls 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 Erfahrungssatzes: 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

den kognitionspsychologischen Rückschaufehler¹¹³² 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 rechtfertigt¹¹³³, 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 Prognosebasis¹¹³⁴) 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.

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.

besteht¹¹³⁹, sodass über dieses Vehikel im Ergebnis vor allem der bereits an anderer Stelle aufgegriffene¹¹⁴⁰ 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 röhrt 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-

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.II.2002 – 2 AZR 599/01, AP Nr. 40 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; BAG 20.II.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.

c) Fehlen übergreifender prognosespezifischer Beweiserleichterungen

Zusammenfassend lässt sich so festhalten, dass die Rechtsordnung die legi lata kein übergreifendes Instrument zur Bewältigung spezifisch prognosespezifischer 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 Beweiskraft¹¹⁴⁹ 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“).

D. Konkretisierung des Prognoseprinzips im vertraglichen Dauerschuldverhältnis

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.