

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 140

Die arbeitnehmerbedingten Kündigungsgründe

Von

Erwin Fromm



Duncker & Humblot · Berlin

ERWIN FROMM

Die arbeitnehmerbedingten Kündigungsgründe

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 140

Die arbeitnehmerbedingten Kündigungsgründe

Von
Erwin Fromm



Duncker & Humblot · Berlin

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungs- und Beihilfefonds
Wissenschaft der VG Wort sowie der Universität des Saarlandes.

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Fromm, Erwin:

Die arbeitnehmerbedingten Kündigungsgründe / von Erwin
Fromm. – Berlin : Duncker und Humblot, 1995

(Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht ; Bd. 140)

Zugl.: Saarbrücken, Univ., Diss., 1994

ISBN 3-428-08199-4

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten
© 1995 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Druck: Druckerei Gerike GmbH, Berlin
Printed in Germany
ISSN 0582-0227
ISBN 3-428-08199-4

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 

Für Maria

Vorwort

Wenn ein in der praktischen Rechtsanwendung tätiger Jurist etwas von „Theorie“ hört, so wird ihm am ehesten Goethes Bemerkung in Faust I (Vers 2038 f.) in den Sinn kommen: „Grau, teurer Freund, ist alle Theorie und grün des Lebens goldner Baum.“

Wenn er jedoch im Arbeitsrecht einige Erfahrungen bei der Anwendung des Kündigungsschutzrechts gesammelt hat, so wird unser Jurist die Berechtigung von Kants Bemerkung: „Es gibt nichts Praktischeres als eine gute Theorie“ schon eher nachvollziehen können.

In der Tat ist die Mannigfaltigkeit einer zu normierenden Wirklichkeit ohne die *ordnende Kraft von Strukturbildungen* nicht zu bewältigen. Deshalb wurde mir von Jahr zu Jahr, in dem ich als Richter in der Arbeitsgerichtsbarkeit mit Kündigungsschutzstreitigkeiten befaßt war, klarer, daß die Vielzahl der Wertungsprobleme des Kündigungsschutzrechts ohne einen *einheitlichen axiologischen Bezugsrahmen* nicht zu bewältigen ist.

Bedenkt man, daß heute im Anschluß an eine von Walter Wilburg-verwendete Metapher das Kündigungsschutzrecht als das „*Nervenzentrum des Individualarbeitsrechts*“ bezeichnet wird, so möchte man ein Unterfangen, das – um beim verwendeten Bild zu bleiben – einer „*Neurophysiologie*“ vergleichbar, den als notwendig empfundenen *axiologischen Bezugsrahmen* des materiellen Kündigungsschutzrechts herauszuarbeiten sucht, von vornherein als *aussichtslos* ansehen.

Wenn ich mich gleichwohl dieser Aufgabe gestellt habe, so leitete mich ursprünglich eine eigentümliche Mischung von Unterschätzung der Problematik und von Selbstüberschätzung. Letzteres mag Ausdruck einer Berufskrankheit sein. Die Unterschätzung der Problematik hatte viele Gründe. Einer bestand darin, daß *die betriebsbedingten Kündigungsgründe* nicht erörtert werden sollten.

An dieser Stelle möchte ich mich herzlich für die großzügigen Druckkostenzuschüsse des Förderungs- und Beihilfefonds Wissenschaft der VG Wort und der Universität des Saarlandes bedanken.

Dem Autor eines Werkes haben immer mehr Menschen geholfen als er bei seiner Danksagung berücksichtigen kann.

Stellvertretend für all jene, denen ich wegen ihrer Unterstützung Dank schulde, möchte ich hier einige anführen, die besondere Erwähnung verdienen. Voran ist *Herrn Prof. Dr. Günther Hönn, Präsident der Universität des Saarlandes*, zu

nennen, der mir mit der Annahme meines doch eher sonderbaren Vorhabens als Promotionsthema nicht nur Vertrauen „als riskante Vorleistung“ (vgl. § 13 B III 1) entgegenbrachte, sondern mich ohne Zeitdruck gewähren ließ und mir in allen Phasen des Promotionsverfahrens jede nur erdenkliche Unterstützung gewährte.

Prof. Dr. Johann Paul Bauer möchte ich herzlich danken, daß er trotz extremer Arbeitsbelastung sofort bereit war, das Amt des Zweitberichterstatters zu übernehmen.

Ohne die jahrelange Prägung meines juristischen Denkens als Student und später als Assistent durch meinen seit 1984 emeritierten Lehrer, *Herr Prof. Dr. Fritz Brecher*, hätte ich ein Werk mit einer so weit umfassenden Thematik wie das vorliegende nicht verfassen können.

Bei den zahllosen „Durststrecken“ im Verlaufe der mehrjährigen Arbeit an dem vorliegenden Werk war mir stets die Zielstrebigkeit, das Durchhaltevermögen und das Pflichtbewußtsein meines im August 1993 verstorbenen Vaters Erwin Fromm Vorbild und Antriebsfeder.

Saarbrücken, im Januar 1995

Erwin Fromm

Inhaltsverzeichnis*

I. Teil

Einführung und kritische Bestandsaufnahme

§ 1 Einleitung und einige methodische Vorbemerkungen	35
A. Einleitung	35
I. Die Bedeutung von „Universalien“ für die Interessenabwägung ...	36
II. Statt „Universalien“ allgemeine Sachgründe der Rahmenzuordnungen?	45
III. Der Begriff des „arbeitnehmerbedingten“ Kündigungsgrundes	47
IV. Ordnungsinteressen, die gemeinsamen Bezugspunkte von Störungsstrukturen und Maßnahmekonstrukten	49
1. Der Begriff „Interesse“	49
2. Methodische Probleme bei der Klassifikation von Ordnungsinteressen	50
3. Die rechtliche Bewertung der vorgegebenen Ordnungsinteressen	53
B. Methodische Klarstellungen	55
I. Gegenstand und Methode	55
II. Darstellungsform	57
1. Entdeckungszusammenhang und Begründungszusammenhang .	57
2. Die Auswirkungen der Wechselbezüglichkeit der Inhalte auf die Darstellungsform	57
3. Notwendigkeit der Beschränkung	58
4. Nominaldefinitionen und sprachliche Ästhetik	59
III. Die Gefahr perspektivisch bedingter Begriffsverwirrungen	59
IV. Das Verhältnis von Rechtsnorm und Lebenswirklichkeit	60
1. Rechtsnorm und Lebenswirklichkeit	61
a) Die Begriffe „Rechtsnorm“ und „Lebenswirklichkeit“	61
b) Rechtssoziologische Näherungsansätze	61
c) Rechtsphilosophische Näherungsansätze	63
d) Das unterschiedliche Erkenntnisinteresse von Rechtssoziologie und Rechtsphilosophie	64

* Das Inhaltsverzeichnis führt nur jene Gliederungszeichen auf, denen eine eigenständige Überschrift zugeordnet ist.

2. Das Verhältnis von Rechtsnormen und Lebenswirklichkeit bei Arbeitsverhältnissen	68
a) Die Offenheit der gesetzlichen Regelungen des Arbeitsrechts für die Berücksichtigung von Sitten, Bräuchen und sozialen Normen	68
b) Die Bedeutung der normativ relevanten Eigenheiten des konkreten Arbeitsverhältnisses	68
c) Die institutionelle Prägung von Arbeitsverhältnissen	69
d) Die konkrete Sollbeschaffenheit des Arbeitsverhältnisses – eine Synthese von Recht und Lebenswirklichkeit	72
3. Zusammenfassung und Konsequenzen für die weitere Untersuchung	74
V. Die Trias-Lehre von Hugo Sinzheimer	75
§ 2 Die Systematik und historische Entwicklung des deutschen Kündigungsschutzrechts im Lichte des Grundsatzes der Privatautonomie	81
A. Das Prinzip der Vertragsfreiheit als Ausgangspunkt der Überlegungen	81
B. Einschränkungen der Privatautonomie durch unabdingbare Sonderkündigungsschutznormen	82
C. Privatautonomie und allgemeiner Kündigungsschutz	84
I. Die Vorschriften des allgemeinen Kündigungsschutzes	84
II. Die Struktur des Kündigungsgrundes	86
1. Der Begriff des Sozialmäßigkeitgrundes i. S. von § 1 II 1 KSchG	86
a) Absolute Sozialmäßigkeitgründe	86
b) Relative Sozialmäßigkeitgründe	87
2. Der wichtige Grund i. S. von § 626 BGB	89
3. Vergleich von § 1 II 1 KSchG und § 626 BGB	90
4. Inhaltliche Gemeinsamkeiten von § 1 II 1 KSchG und § 626 I BGB auf der Diskursebene der Argumentation	91
a) Die Interessenabwägung	91
b) Kriterien der Unzumutbarkeit	92
c) Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	94
III. Die Entwicklung des allgemeinen Kündigungsschutzrechts in Gesetzgebung und Rechtsprechung	95
1. Die Entwicklung des allgemeinen Kündigungsschutzrechts bei ordentlichen Kündigungen des Arbeitsverhältnisses	96
a) Die gesetzliche Entwicklung	96
b) Die „Verstärkung“ des allgemeinen Kündigungsschutzes durch die Rechtsprechung	100

aa) Allgemeine Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Kündigung	100
(1) Anforderungen an die Mitteilungspflicht im Anhörungsverfahren	100
(2) Zugang von Kündigungen	102
(3) Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes	102
bb) Im Hinblick auf die Anforderungen an den Kündigungsgrund	103
(1) Beweislast für negative Tatsachen	103
(2) Auswirkungen des ultima-ratio-Prinzips	103
2. Die Entwicklung beim „wichtigen Grund“ der außerordentlichen Kündigung	106
a) Die Entwicklung des „wichtigen Grundes“ in der Gesetzgebung	107
aa) Mögliche Ausgestaltung des „wichtigen Grundes“	107
bb) Die verschiedenen Ausgestaltungsformen in der Rechtsgeschichte	108
b) Die Entwicklung des „wichtigen Grundes“ in der Rechtsprechung	110
aa) Allgemeiner Wertewandel	110
bb) Verschiebungen durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	110
IV. Inhalt des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und seine Auswirkungen auf den Grundsatz der Kündigungsfreiheit	113
1. Der Grundsatz der Erforderlichkeit als Konkretisierungsrichtlinie	113
a) Die Vielzahl möglicher Maßnahmen	114
b) Die Vielzahl möglicher Kündigungssachverhalte	114
2. Die logische Struktur des Erforderlichkeitsgrundsatzes	115
3. Die Maßstabsproblematik des Erforderlichkeitsgrundsatzes	116
a) Das Problem des Maßstabs des Ausmaßes der Abweichung bzw. des Ausprägungsgrades des Störungskonstrukts	116
b) Der zweifache Maßstab auf der Maßnahmensseite und das Erfordernis einer Rückkopplung mit dem Maßstab der Abweichung	116
4. Der Erforderlichkeitsgrundsatz als Verschiebung der Argumentationslast	118
a) Der Begriff der allgemeinen Argumentationslast	119
b) Die zusätzliche Verschiebung der Argumentationslast durch den Erforderlichkeitsgrundsatz	120
aa) Die Bildung von Rahmenduordnungen	121
(1) Die Perspektive der Zumutbarkeitsfragestellung	121
(2) Der Erforderlichkeitsgrundsatz als Fortschreibung einer perspektivischen Betrachtung der Zumutbarkeitsfrage	122

bb) Der notwendige Zusammenhang zwischen Störung und Maßnahme als Grund für die Fragwürdigkeit perspektivischer Zumutbarkeitsfragen	123
(1) Die Idee der Überwindung der Störung durch die Maßnahme	123
(2) Die Unangemessenheit perspektivischer Zumutbarkeitsfragen	124
c) Die Definitionsmacht der Entscheidungsinstanz	125
D. Die Realität des deutschen Kündigungsschutzrechts	126
I. Die Effizienz des Bestandsschutzes bei gekündigten Arbeitsverhältnissen	127
1. Vor Anerkennung eines allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruchs	127
2. Nach Anerkennung eines allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruchs	128
II. Ursachen der Ineffizienz des Bestandsschutzes gegenüber gekündigten Arbeitnehmern	129
1. Ausweitung der Abfindungspflicht de lege ferenda	130
a) Unzulänglichkeit der bisherigen verfahrensmäßigen Ausgestaltung des Bestandsschutzes?	130
b) These von der Grenze der faktischen Realisierbarkeit rechtlicher Regelungen	130
c) Der Zusammenhang zwischen der rechtsdogmatischen Stärkung und der rechtstatsächlichen Schwäche des Kündigungsschutzes	134
2. Beiderseits verursachte Zerrüttung des Arbeitsverhältnisses als Sonderfallgruppe	136
E. Zusammenfassung von § 2	138

2. Teil

Die prinzipielle Bedeutung des arbeitsrechtlichen Bestandsschutzes im System des Individualarbeitsrechts

§ 3 Sinn und Tragweite des Kündigungsschutzes	141
A. Die begriffliche Struktur von „Bestandsschutz“ und „Maßnahmefreiheit“	141
I. Arbeitsplatzinteresse und Maßnahmeinteresse	141
II. Ordnungsschema für grundsätzliche Aussagen über Sinn und Tragweite des Bestandsschutzes	143
III. Das Verhältnis von Maßnahmefreiheit und Maßnahmeinteresse sowie das Verhältnis von Bestandsschutz und Arbeitsplatzinteresse ..	144
1. Maßnahmeinteresse und Rechtskreis des Arbeitgebers	144

a) Das Maßnahmeinteresse als Reaktion auf eine Verletzung des Rechtskreises des Arbeitgebers	144
b) Der Unterschied zwischen arbeitgeberbedingten und arbeitnehmerbedingten Kündigungsgründen	147
c) Von keiner Vertragspartei zu vertretende Kündigungsgründe	150
d) Der Unterschied von Kündigungsgrund und den materiellen Wirksamkeitsvoraussetzungen sonstiger, auf Beendigung des Arbeitsverhältnisses gerichteter Gestaltungsrechte	151
2. Arbeitsplatzinteresse und Bestandsschutz	151
3. Der gemeinsame Bezugspunkt des berechtigten Maßnahme- und berechtigten Arbeitsplatzinteresses	152
B. Darstellung der Thesen zu Inhalt, Tragweite und Sinn des Bestandsschutzes	153
I. Begriffliche Klarstellungen	153
1. Bestandsschutz und Maßnahmefreiheit als Korrespondenzbegriffe	153
2. Notwendigkeit, auf die jeweils vom Bestandsschutz bzw. der Maßnahmefreiheit geschützten Rechtskreise abzustellen	153
II. Vorrang des Rechtskreises des Arbeitgebers und damit Vorrang der Maßnahmefreiheit	154
1. Die Art des rechtlichen Schutzes des Arbeitsplatzinteresses des Arbeitnehmers	155
a) Reflexwirkung des objektiven Rechts oder subjektives Recht?	155
aa) Reflexwirkung des objektiven Rechts?	155
bb) Schutz des Arbeitsplatzinteresses durch ein subjektives Recht?	155
b) Theorien, die das Arbeitsplatzinteresse nur mittels objektiver Rechtsnormen schützen	158
aa) Der Gedanke des Institutionenschutzes im Privatrecht .	158
bb) Der Bestandsschutz als innere Schranke eines rechtsvernichtenden Gestaltungsrechts	158
c) Der Rechtskreis des Arbeitnehmers als subjektives Recht? .	160
aa) Schutz des Arbeitsplatzinteresses durch das Verfassungsrecht	160
bb) Der Schutz des Arbeitsplatzinteresses durch das allgemeine Arbeitsrecht	162
(1) Der bisherige Diskussionsstand	162
(2) Versuch einer erschöpfenden juristischen Explikation des Rechtskreises des Arbeitnehmers	164
(a) Beschreibung der Rechtsstellung des Arbeitnehmers	164
(b) Die juristische Qualifikation der Rechtsstellung des Arbeitnehmers	168

2. Der Vorrang des Rechtskreises des Arbeitgebers	173
a) Die Auffassung von Peter Schwerdtner	173
b) Die Auffassung von Dieter Reuter	174
c) Stellungnahme zu der These von Schwerdtner und Reuter ..	177
III. Vorrang der Rechtsposition des Arbeitnehmers (= Vorrang des Bestandsschutzes)	179
1. Die eigene Kritik am stillschweigend begründeten Vorrang des Rechtskreises des Arbeitnehmers durch das Erforderlichkeitsprinzip	179
2. Dorndorfs These vom Bestandsschutz als Instrument der Vertragsdurchsetzung der Rechte des Arbeitnehmers	180
3. Stellungnahme zu Dorndorfs Theorie	182
IV. Gleichrang der Rechtskreise von Arbeitnehmer und Arbeitgeber ..	184
1. Die Lehre von der Interessenabwägung	184
2. Die Thesen von Wilhelm Herschel	186
a) Darstellung	186
b) Stellungnahme	188
3. Konkretisierung durch Prinzipien oder durch Typen?	190
a) Konkretisierung durch Prinzipien (Ulrich Preis)?	190
aa) Darstellung	190
bb) Stellungnahme	194
b) Konkretisierung durch Typisierung (Wilhelm König)?	196
aa) Darstellung	196
bb) Stellungnahme	199
4. Bisherige Erkenntnis hinsichtlich jener Thesen, die von einem Gleichrang der Rechtskreise ausgehen	200
§ 4 Eigene Auffassung zur Bestimmung der arbeitnehmerbedingten Kündigungsgründe	202
A. Der prinzipielle Gleichrang von Bestandsschutz und Maßnahmefreiheit	202
I. Rekapitulation der bisherigen Überlegungen und Absichten	202
II. Einzelargumente für den prinzipiellen Gleichrang der von Maßnahmefreiheit und Bestandsschutz geschützten Rechtspositionen ..	206
1. Ausschluß von Vorrangverhältnissen	207
2. Positiver Nachweis eines Gleichrangverhältnisses?	207
a) Hinsichtlich der arbeitgeberbedingten Kündigung?	207
b) Hinsichtlich der arbeitnehmerbedingten Kündigung?	208
3. Die Bedeutung der Einzelfallwürdigung	214
B. Die Ermittlung des arbeitnehmerbedingten Kündigungsgrundes durch ein Optimierungsverfahren	215

C. Stillschweigende Prämissen der Idee der Optimierung auf allen Ebenen und der Bildung einer axiologischen Ordnung der arbeitnehmerbedingten Kündigungsgründe	218
I. Die Idee der „Heilungseignung“ – eine utilitaristische Vereinfachung?	218
II. Das Problem der Wahrheitsfähigkeit von Werturteilen und die Messung „qualitativer Größen“	218
III. Allgemeine Regeln und Einzelfall	219

3. Teil

Die Möglichkeit der Optimierung der Konkretisierung sowie der Bildung einer inneren Ordnung der arbeitnehmerbedingten Kündigungsgründe

§ 5 Die Bedeutung der Umstände des Einzelfalls im Kündigungsschutzrecht und in einer Ordnung der Sachgründe allgemeiner Rahmenzuweisungen	221
A. Hinreichend bestimmter Tatbestand und Einzelfall	222
I. Der Einzelfall als Ideal- und Realkumulation und die Technik der Bildung von Konstrukten	222
1. Konkretisierung durch Selektion mittels Elimination und Substitution mit neutralen Elementen	223
2. Die Konstruktion von Typen und typologischen Modellen (= bewegliche Systeme)	225
a) Die Unterscheidung zwischen der axiologischen, analogen und digitalen Erscheinungsform juristischer Aussagen	225
aa) Herausarbeitung des Unterschieds zwischen axiologischer, analoger und digitaler Erscheinungsform der Rechtsnormen	227
bb) Vergleichbare Konzepte in der Literatur	230
b) Der Zusammenhang von Wertung, Typus und Konkretisierungsmuster	232
II. Der Tatbestand – eine oftmals unzulässige Generalisierung	239
B. Der Einzelfall im Verhältnis zu Generalklauseln	244
C. Folgerungen für die Bestimmung des Kündigungsgrundes und die Herausbildung einer Ordnung der arbeitnehmerbedingten Kündigungsgründe	246
I. Norm und Fall bei der Bildung von „Beeinträchtigungsgegenständen“	246
1. Rechtsnormen als Bewertungsnormen	246
2. Wirklichkeitsorientierte Begriffsbildung	247
II. Die fallbezogen konkretisierten Sollvorgaben – einseitige Repräsentanten des Maßnahmeinteresses des Arbeitgebers?	250
III. Die Grenzen typisierter Betrachtungsweisen des Einzelfalls	252

IV. Das Allgemeine im Einzelfall	254
1. Die Idee des Allgemeinen im Konkreten	254
2. Typisierte Ordnungsinteressen als Strukturierungskriterien	255
3. Die Konstellationsabhängigkeit und Situationsabhängigkeit der Störungskonstrukte, die allgemeinen Rahmenzuweisungen zugrunde liegen	257
a) Die Konstellationsabhängigkeit der Störungskonstrukte bzw. fallbezogen konkretisierte Sollvorgaben	257
b) Die Bedeutung Genereller Gewichtungskriterien bzw. von Intensitätsmodulatoren	258
c) Möglichkeit und Grenzen „axiologisch einwertiger Störungskonstrukte“	258
4. Das Verfahren der Ermittlung jener Sachgründe, die den Wertungen zugrunde liegen, die den arbeitnehmerbedingten Kündigungsgrund betreffen	259
a) Gefahr einseitiger Betrachtungsweise	259
b) Die Methode der Analyse allgemeiner Rahmenzuordnungen	260
5. Die innere Ordnung der Wertungsgrundlagen der arbeitnehmerbedingten Kündigungsgründe und die Besonderheiten des Einzelfalls	262
D. Bemerkungen zur Methode der Ermittlung der Besonderheiten des Einzelfalls und zu deren rechtlicher Bewertung	264
I. Die Auflösung von rechtlichen Unsicherheiten aufgrund der Vielzahl von Ideal- und Realkumulativen des Einzelfalls	265
II. Zu einer „Logik der Situation“	269
III. Alltagswissen oder sozialwissenschaftliche Erkenntnis als kognitive Basis einer „Logik der Situation“	275
IV. Die Relativierung der Zurechnung bei den arbeitnehmerbedingten Kündigungen	277
V. Das Verhältnis einer „Logik der Situation“ zur Topik und zur klassischen juristischen Methodenlehre	283
E. Ergebnis und Konsequenzen für die weitere Untersuchung	288
§ 6 Komparative Werturteile und Messung	291
A. Die Kontinuität komparativer Werturteile – Szenario einer Monopolisierung der Entscheidungsinstanz	294
I. Umformung komparativer Wertprädikate in skalierbare Indikatoren	294
II. Die Bildung von End- und Gesamtindices	295
B. Die Intersubjektivität komparativer Werturteile	297
I. Das grundsätzliche Problem der Wahrheitsfähigkeit normativer Aussagen	297
II. Abhilfe durch Folgenorientierung	300

III. Die Konvergenztheorie der Wahrheit (Arthur Kaufmann)	301
IV. Folgerungen für die Bildung von Werturteilen bei der Bestimmung von Kündigungsgründen	305
§ 7 Beurteilungsspielraum und Rechtsstaatlichkeit	309
A. Möglichkeiten der Einschränkung des subjektiven Beurteilungsspielraums des Rechtsanwenders	310
I. Keine Freiheit zur Willkürentscheidung	310
II. Instrumente zur Sicherung von Intersubjektivität bei den erforderlichen juristischen Wertentscheidungen	312
1. Konsequente Optimierung	312
2. Die innere Ordnung der arbeitnehmerbedingten Kündigungsgründe als Grundlage der Optimierung	313
3. Das Phänomen der „Verdichtung“	313
B. Autonomer Beurteilungsspielraum für den Arbeitgeber?	314
I. Gründe gegen einen autonomen Beurteilungsspielraum des Arbeitgebers	314
1. Ungewißheit der ausreichenden Beurteilungskompetenz	314
2. Fehlen der Legitimation	315
II. Rechtfertigung der für den Arbeitgeber verbleibenden Rechtsunsicherheit	315

4. Teil

Die innere Ordnung der arbeitnehmerbedingten Kündigungsgründe als Bezugsrahmen des materiellen Kündigungsschutzrechts

§ 8 Die Entwicklung von Strukturbereichen als Teilaussagensysteme der inneren Ordnung der arbeitnehmerbedingten Kündigungsgründe	317
A. Die Unmöglichkeit kleinster Einheiten („Konstrukte“)	317
B. Folgen für den Optimierungsprozeß	318
C. Folgen für die Bildung der inneren Ordnung der arbeitnehmerbedingten Kündigungsgründe	319
D. Nicht zu behandelnde Aspekte des Kündigungsgrundes	323
§ 9 Die Ermittlung möglicher, konkreter Ordnungsinteressen des Arbeitgebers	324
A. Probleme bei der Bestimmung der rechtlich relevanten Ordnungsinteressen	324
I. Die rechtliche Überprüfung der faktischen Ordnungsinteressen des Arbeitgebers	324
II. Der Umfang der gebotenen Differenzierung von Ordnungsinteressen	327

B. Phänomenologische Analyse zwecks Bildung von Ordnungsinteressen als gemeinsamem Bezugspunkt von Störung und Maßnahme	328
I. Gewährleistung rechtlich verbindlicher Zukunftsplanung (Leistungsinteresse)	329
1. Das Erfüllungsinteresse im normalen Austauschvertrag	329
2. Das Erfüllungsinteresse in Dauerschuldverhältnissen – eine Interessenanalyse	330
3. Eigenarten des Dauerschuldverhältnisses „Arbeitsverhältnis“	332
a) Modifikation des Synallagmas durch das Arbeitsrecht	332
b) Verlust der freien Kündigung im Arbeitsverhältnis	333
c) Das Arbeitsverhältnis – eine in eine Sozialeinheit eingebettete (Rechts)beziehung	334
aa) Das Stabilitätsbedürfnis der abstrakten Ordnung von Sozialeinheiten	334
bb) Die erhöhte Gefährdung der abstrakten Ordnung von Sozialeinheiten	335
(1) Der negative Bezugspersonen-Effekt	336
(2) Rivalität in Sozialeinheiten	338
II. Das Integritätsinteresse des Arbeitgebers	340
1. Die Unzulänglichkeit der Unterscheidung zwischen „Erfüllungsinteresse“ und „Integritätsinteresse“	340
2. Die verbleibende Bedeutung des Integritätsinteresses des Arbeitgebers	340
a) Instrumente und Personal als Verletzungsgegenstand	341
b) Der Bestand der Sozialeinheit als Verletzungsgegenstand	341
III. Zusammenfassung	341
§ 10 Erörterung von Maßnahmen, die geeignet erscheinen, jeweils beeinträchtigte Ordnungsinteressen zu „heilen“	342
A. Die Überwindung bereits eingetretener Störungen im Bereich des Leistungsaustausches und die von ihr ausgehende Präventivwirkung	344
I. Arbeitsvertragsbruch	344
II. Fälle der vorübergehenden Nichtleistung	345
1. Befreiung von der Lohnzahlungspflicht	345
2. Das Ausfallrisiko als Zusatzbelastung des Arbeitgebers	345
3. Ausreichende Präventivwirkung?	347
4. Sonderprobleme bei Verschleiern der Nichtleistung	348
III. Vorübergehende und dauerhafte Schlechtleistungen	349
1. Ansprüche des Arbeitgebers bei Schlechtleistungen	349
2. Rechtstatsächliche Beobachtungen	351

3. Versuch einer ersten Erklärung der tatsächlich unterbleibenden Ausschöpfung der rechtlichen Möglichkeiten	352
a) „Identitätsneutrale“ Schlechtleistungen	352
b) „Identitätsstörende“ Schlechtleistungen	353
IV. Leistungsstörungen infolge beschränkten Leistungswillens	354
1. Die Tendenz zur raschen Beendigungskündigung	354
2. Die Vielfalt milderer Alternativen	355
V. Die Sinnhaftigkeit von Abmahnungen bei nicht eindeutig erklärbaren Schlechtleistungen	357
VI. Zusammenfassung	358
B. Integritätsinteresse des Arbeitgebers	360
I. Der Begriff der betrieblichen Identität des Arbeitnehmers	360
1. Die betriebliche Identität des Arbeitnehmers	360
2. Basisvoraussetzungen als notwendige Voraussetzungen der betrieblichen Identität des Arbeitnehmers	364
II. Verletzung einzelner Integritätsinteressen des Arbeitgebers	364
1. Vorsätzliche Verletzung primärer Integritätsinteressen	364
2. Vorsätzliche Verletzung sekundärer und tertiärer Integritätsinteressen	366
3. Typische Idealkumulationen	366
4. Eigentum als Medium des Systemvertrauens (Luhmann) bzw. als Institution	368
a) Systemvertrauen in institutionalisierte Zusammenhänge und Einrichtungen	368
b) Exkurs: Systembezogene Kontinuitätsersparungen und Entschuldigungen	369
5. Das „betriebliche System“ als Gegenstand des Integritätsinteresses des Arbeitgebers	370
6. Gefährdungstatbestände im Hinblick auf das Integritätsinteresse des Arbeitgebers	372
C. Zusammenfassung und Ausblick	373
§ 11 Der Strukturbereich der abstrakten betrieblichen Ordnung	375
A. Die Eigenart betrieblicher Sozialeinheiten	375
I. Der Systemcharakter der betrieblichen Sozialeinheit	375
II. Die betriebliche Sozialeinheit – ein organisiertes System	377
III. Unterschiedlicher Organisationsgrad	377
B. Erarbeitung von Analyse Kriterien	379
I. Systemrelevante Ordnungsinteressen als Ausgangspunkt der Analyse	379

II. Betrachtungsmöglichkeiten betrieblicher Sozialeinheiten	381
1. Die instrumentelle Betrachtungsweise beim Organisieren als Prozeß	381
2. Die Regelhaftigkeit und Abgestimmtheit des Organisationsgeschehens	383
3. Reflexive und nichtreflexive (abstrakte) Sollvorgaben	389
III. Reflexive Sollvorgaben, Herrschaft und Legitimation	392
1. Reflexive Sollvorgaben als Artikulationsmedien von Herrschaft	392
2. Die Kontrollfunktion vor allem von reflexiven Normen	394
3. Die Bedeutung der sozialen Wertorientierungen einer Sozialeinheit	395
a) Legitimation als Akzeptanz von Herrschaft	395
b) Die Funktionen von sozialen Wertorientierungen	396
c) Der Einfluß von Leitbildern auf die Wertbildung von Sozialeinheiten und die Rechtsanwendung	398
aa) Das Arbeitsverhältnis – ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis?	399
bb) Vertragstheorie und Eingliederungstheorie	400
IV. Die Stabilisierung von Herrschaft	402
1. Institutionalisierung	402
2. Internalisierung	404
3. Der Zusammenhang zwischen Stabilisierungsgrad und der Störungssensibilität von Sollvorgaben	405
V. Gerichtliche Rechtskontrolle als Fremdbestimmung der Ausübung von Herrschaftsfunktionen	408
VI. Herrschaftsbezug als Kriterium für das Vorliegen einer reflexiven Sollvorgabe	409
C. Sanktionen als Maßnahmen bei Störungsstrukturen, denen reflexive Sollvorgaben korrespondieren	410
I. Die Zweckrichtung von Maßnahmen, die jeweils als zur „Heilung“ tauglich befunden worden sind	410
1. Die Unzulänglichkeit des Prognoseprinzips bei der Verletzung reflexiver Sollvorgaben	412
2. Die angebliche Unzulässigkeit „generalpräventiver Erwägungen“	417
II. Der Sanktionscharakter von Maßnahmen, die bei Verstößen gegen reflexive Sollvorgaben als „zur Heilung geeignet“ erscheinen	418
III. Faktischer Sanktionsbedarf und Zulässigkeit von Betriebsbußen ..	422
1. Die Unzulänglichkeit von Auffassungen, die den Gegenstandsbereich ausblenden	422
2. Abgrenzung zu sonstigen Rechtfertigungen einer Sanktionsbefugnis der Herrschaftsträger	427

3. Die drei Funktionen des Arbeitsvertrags im Rahmen einer gesamtwohlgebundenen Herrschaft	429
4. Kontraktrechtliche oder statusrechtliche Deutung des Arbeitsverhältnisses	435
IV. Probleme der Integration der Betriebsbußenlehre in das materielle Kündigungsschutzrecht	441
V. Verhinderung einer Privilegierung des Strukturbereichs der abstrakten betrieblichen Ordnung?	443
1. Leugnung des Sanktionscharakters von Beendigungskündigungen	443
2. Mitbestimmungspflichtigkeit sanktionierender Beendigungskündigungen?	445
3. Problemlösung nur de lege ferenda möglich	445
§ 12 Der Bereich der betrieblichen Verbundenheit	446
A. Die kündigungsrechtliche Eigenart des „Bereichs der betrieblichen Verbundenheit“	446
B. Die Bedeutung der „Arbeitsordnung“	448
C. Die kündigungsrechtliche Bedeutung des Betriebsfriedens	450
I. Die Relativität des Begriffs „Betriebsfrieden“	450
II. Aufzählung von nicht der Kategorie „Betriebsfrieden“ zuzuordnenden Fallgruppen	452
1. Meinungsäußerung und politische Betätigung im Betrieb	452
2. Die Vorschrift des § 104 BetrVG	453
3. Scheitern von Vermittlungsvorschlägen	453
III. Betriebsfrieden – ein regulatives Prinzip?	454
1. Die Idee der weitestmöglichen Trennung von Betriebs- und Privatsphäre	454
2. Das Postulat der verfahrenskonformen Konfliktaustragung	456
IV. Zusammenfassung	457
D. Zusammenfassung der §§ 9 – 12 und Ausblick	458
§ 13 Der Strukturbereich der Zuschreibung (= Zuschreibungsbereich)	464
A. Einleitung	464
I. Interpretatives Paradigma in der Rollentheorie und relativierende Zuschreibung im Kündigungsrecht zwei einander ähnelnde Konzepte der Sicherung relativer individueller Freiheit	465
II. Methodische Erläuterung des Konzepts der (betrieblichen) Identität des Arbeitnehmers	469
III. Weiterer Ausblick	471

B. Die notwendigen Voraussetzungen der Identität des Arbeitnehmers (= Basisvoraussetzungen)	474
I. Eignung	474
1. Die kognitive, sprachliche und interaktive Grundkompetenz ...	474
2. Der Stellenwert körperlicher Eignungsmängel	475
3. Weitere Exemplifizierung der Idee der Basisvoraussetzungen ..	475
II. Vorsätzliche Mißachtung von Tabubereichen	477
1. Das Bedürfnis nach Bindung	477
2. Das Bedürfnis nach sozialer Anerkennung (Bestätigungsrituale)	477
3. Die Beachtung von körperlichen Distanzregeln	478
4. Die Bedeutung allgemeiner affektiv genährter Tabuzonen	479
5. Die Mißachtung erkennbarer individueller psycho-sozialer Tabu- zonen	480
a) Auslöser individueller Verdrängungsleistungen	480
aa) Identitätsstörungen	481
bb) Peinlichkeitserlebnisse und praktische Erklärungen	481
cc) Störungen des Gleichgewichts von Selbst und Situation	482
(1) Das Selbst und Räume	482
(2) Ausstattungsgegenstände als symbolische Identitäts- dokumente	483
(3) Einbringen untauglicher Requisiten in die Interaktion	483
(4) Unpassende Kleidung	483
(5) Körperliche Schwäche als Stigma?	483
dd) Zwischenergebnis	484
b) Abgrenzung von Tabubereichsverletzungen und der Verlet- zung von Höflichkeits- und Taktregeln	485
6. Vertrauen in den Fortbestand der Identität aus Sicht des Vertrau- ensempfängers	485
III. Personenbezogene Kontinuitätsersparungen	486
1. „Grundvertrauen“, „konkretes Vertrauen“ und Vertrauen als „ris- kante Vorleistung“	486
2. Die besondere Schutzwürdigkeit von Kontinuitätsersparungen ...	488
a) Gesamtgesellschaftlich begründete Kontinuitätsersparungen	488
b) Identitätsbegründete Kontinuitätsersparungen	489
3. Identitätsneutrale und identitätsrelevante personenbezogene Kon- tinuitätsersparungen	489
4. Gegenstände von personenbezogenen Kontinuitätsersparungen, die gesamtgesellschaftlich als schützenswert ausgewiesen sind ...	491
a) Können als Bezugspunkt	491
aa) Grundkompetenzen	491
bb) Fachkompetenzen	491

b) Wollen als Bezugspunkt	491
aa) Rollenidentifikation	491
(1) Basisvoraussetzungen und Abmahnungen	492
(2) Leistungsbereitschaft	494
(3) Bereitschaft zur Wahrung der Integritätsinteressen des Arbeitgebers	494
(4) Die Gehorsamsbereitschaft	495
(5) Die Loyalitätsbereitschaft	498
bb) Gesellungsbereitschaft	502
c) Zwischenbetrachtung	502
aa) Vertrauen und Verdachtskündigung	505
bb) Klassifikation der im einzelnen diskutierten Fälle	506
(1) Vorsätzliche Verletzungen von Integritätsinteressen	506
(2) Besondere Vertrauenspositionen	507
cc) Vorläufige Hypothese zum Anwendungsbereich von Ver- dachtskündigungen	508
(1) Zulässigkeit von Verdachtskündigungen?	508
(2) Einschränkende Meinungen	510
(3) Auseinandersetzung mit den Argumenten der die Verdachtskündigung ablehnenden Auffassungen ...	511
C. Identitätsverlust bei „Kontenüberziehung“ und die Bedeutung von „Ver- trauen“ im Arbeitsverhältnis	514
I. Einleitung und Zusammenfassung der bisherigen Überlegungen im 4. Teil	514
II. Die Bedeutung von Zuschreibungen und ihr Verhältnis zu Störungen und Störungsstrukturen	518
III. Das Erschließen von identitätsrelevanten Zuschreibungen und die Bedeutung der Abmahnung	523
1. Die Relativität von Zuschreibungen	523
2. Die Formalisierung des Zuschreibungsprozesses durch Ab- mahnungen	524
3. Gründe, weswegen bei Basisvoraussetzungen ersten Grades keine Abmahnung erforderlich ist	526
4. Der Grund für die Unterscheidung zwischen Basisvoraussetzungen ersten und zweiten Grades	526
5. Gründe für die unterschiedliche Behandlung von Basisvoraus- setzungen und sonstigen Zuschreibungen	528
6. Zu Begründungsversuchen, das Abmahnungserfordernis zu recht- fertigen!	529
7. Die rechtssoziologische Funktion der Abmahnung – Reduktion von Komplexität	530

IV. Der Mechanismus „Vertrauen“ – seine Bedeutung für den Umfang des „Guthaben-Saldos“ sowie für die Basisvoraussetzungen	531
1. Wiederholung bisheriger Einsichten zum topos „Vertrauen“ ...	531
2. Die Bedeutung des Arguments „Vertrauensstörung“ in der Praxis	532
3. Die Analyse des Vertrauensbegriffs	533
a) Vertrauen und Mißtrauen – Mechanismen zur Bewältigung von Situationen von doppelter Kontingenz	533
b) Recht und Vertrauen – zwei voneinander trennbare Mechanismen?	534
c) Die Angewiesenheit betrieblicher Organisationsstrukturen auf Zweckprogramme	535
d) Die Subsidiarität von Vertrauen als Kontingenzbeschränkungsmechanismus; Funktion der Treuepflicht	536
4. Vertrauensgewährung – ein Risikogeschäft	537
a) Begrenzung der Verdachtskündigung auf Risikogeschäfte ..	538
b) Die Aufspaltbarkeit sozialer Beziehungen in Vertrauens- und Rechtsbeziehungen	539
c) Die „Ausstrahlung“ unspezifischer Störungen auf Vertrauensbeziehungen	540
d) Die vorsätzliche Verletzung von Integritätsinteressen des Arbeitgebers als Grund zur Verdachtskündigung	541
e) Verweisung auf vertrauensfreie Arbeitsplätze?	542
5. Zusammenfassung	542
D. Vertrauen und der positive Mindestsaldo der Identität des Arbeitnehmers	543
I. Sinn und Grenzen der Deutung der Identität des Arbeitnehmers als Konto	543
1. Die Identität des Arbeitnehmers – ein bewegliches System (= Gegenstandssystem)	543
2. Das Konto negativer und positiver Zuschreibungen – eine didaktisch bedingte Vereinfachung	544
3. Die Verknüpfbarkeit früherer Störungskonstrukte mit neuen Störungskonstrukten im förmlichen negativen Feststellungsverfahren (= Pflichtwidrigkeitszusammenhang bei Abmahnungen)	545
4. Die Bedeutung des Zeitablaufs für das förmliche negative Feststellungsverfahren	547
5. Ermittlung des positiven Mindestsaldos durch ein sachliches und ein personales Kriterium	548
6. Das Konzept der (betrieblichen) Identität des Arbeitnehmers – ein lebensweltlich orientiertes Zurechnungsmodell	549
II. Auswirkungen von Idealkumulationen von sanktionsauslösenden und präventionsauslösenden Störungskonstrukten	551
1. Die Ermittlung des Schwerpunktes der Störungen	551
2. Die Beziehung von vorrangigem und nachrangigem Störungskonstrukt bzw. entsprechenden Gruppen von Störungskonstrukten ...	552

§ 14 Generelle Gewichtungskriterien (Intensitätsmodulatoren), Entschuldigungen und Billigkeitsargumente	553
A. Die Schwere der Störung bzw. eines Störungskonstrukts	553
I. Feststellung der Vertragswidrigkeit	553
II. Die Intensität der Störung verändernde Umstände des jeweiligen Einzelfalls, die generalisierungsfähig sind (= Generelle Gewichtungskriterien)	554
1. Generelle Gewichtungskriterien des Strukturbereichs der abstrakten betrieblichen Ordnung	555
a) Art der Stabilitätsgrundlagen der reflexiven Sollvorgaben ..	556
b) Vorsätzliche Begehungsform	556
c) Das Maß der Beharrlichkeit	556
d) Tätige Reue	556
e) Fremd- oder Eigennützigkeit	557
f) Der Aspekt der Betriebsöffentlichkeit	557
g) Das Ausmaß der Begehrenswürdigkeit des erlangten Vorteils bzw. des angesonnenen „Verzichtsopfers“	557
2. Generelle Gewichtungskriterien (Intensitätsmodulatoren) im Anwendungsbereich des Strukturbereichs der Zuschreibung	557
a) Geltung der für den Strukturbereich der abstrakten betrieblichen Ordnung erarbeiteten Generellen Gewichtungskriterien	558
b) Die konkreten Auswirkungen von Störungen	559
c) Der Grundsatz der hypothetischen Austauschbarkeit bzw. der funktionalen Äquivalenz	559
d) Die Bedeutung von Abweichungen ohne negative Realfolgen	561
B. Die Bedeutung von Entschuldigungen	563
I. Begriff und Auswirkungen von Entschuldigungen	563
II. Abgrenzung von Entschuldigungen und besonders gewichtetem Bestandsschutz	565
C. Die Bedeutung von Billigkeitserwägungen	566
§ 15 Der Strukturbereich der Äquivalenz	568
A. Das Ausfallrisiko	570
B. Die Modifikation des Synallagmas	571
I. Das Ausfallrisiko bei häufigen Kurzerkrankungen	571
II. Die durch Lohnfortzahlungskosten verursachte Äquivalenzstörung	572
1. Verneinung der Zurechenbarkeit von Lohnfortzahlungskosten ..	572
2. Bejahung der kündigungrechtlichen Verwertbarkeit von Lohnfortzahlungskosten	573
3. Stellungnahme	574
III. Kriterien der Äquivalenzstörung	575

C. Äquivalenzstörungen – Ungleichgewichtslagen zwischen zwei (beweglichen) Gegenstandssystemen	576
I. Der Schluß von vergangenen Krankheiten auf künftige Krankheiten – eine Scheinargumentation!	576
1. Der unausgesprochene Verdacht des „Krankfeierns“	577
2. Das Nichtausschöpfen der wirklich geeigneten Prognosekriterien	578
3. Der verdeckte Rückgriff auf die Identität des Arbeitnehmers ..	579
4. Die Unvermeidbarkeit eines Rückgriffs auf die Identität des Arbeitnehmers	580
II. Die Erheblichkeit betrieblicher Beeinträchtigungen – eine Abhängige der Identität des Arbeitnehmers	582
III. Die Interessenabwägung als die dritte Stufe der Prüfung krankheitsbedingter Kündigungen – das zweite (bewegliche) Gegenstandssystem im Optimierungsprozeß	583
IV. Preisgabe der Äquivalenzidee durch die Rechtsprechung des BAG?	586
V. Zusammenfassung	589
§ 16 Kündigungsgründe aus dem Strukturbereich der „System / Umwelt-Beziehung“	589
A. Die Offenheit der Systemgrenzen nach innen und außen	592
I. bei betriebsbedingten Kündigungen	592
II. Die Druckkündigung	593
1. Druckkündigung wegen privater Angelegenheiten	597
2. „Innendruckkündigung“	597
3. „Außendruckkündigungen“	598
III. Sicherheitsbedenken	599
IV. Mitarbeiter in Kirchen und sonstigen Tendenzbetrieben	600
V. Arbeitnehmer mit Leitungsfunktionen und hauptsächlich auf Erfolgsbasis vergütete Außendienstmitarbeiter	601
1. Arbeitnehmer mit Leitungsaufgaben	601
2. Hauptsächlich auf Erfolgsbasis tätige Außendienstmitarbeiter ..	605
VI. Die Gemeinsamkeit der angeführten Fallgruppen	605
B. Durchbrechung der Systemgrenzen von innen nach außen	606
C. Durchbrechung der Systemgrenzen von außen nach innen	612
D. Beeinträchtigung der Selbstdarstellung des Systems	617
I. Arbeitnehmer mit Repräsentationsfunktion	617
II. Arbeitnehmer ohne Repräsentationsfunktion	617

E. Gemeinsamkeit der Fallgruppen des Strukturbereichs der System/ Umwelt-Beziehung	618
I. Vergleichende Analyse	618
II. Besonderheiten bei den Generellen Gewichtungskriterien?	619
§ 17 Die innere Ordnung der arbeitnehmerbedingten Kündigungsgründe — zugleich eine Zusammenfassung	620
A. Näherungen zum arbeitnehmerbedingten Kündigungsgrund	620
I. Der arbeitnehmerbedingte Kündigungsgrund	620
1. Begriff des materiellen Kündigungsschutzrechts	620
2. Unzulänglichkeit der gesetzlichen Begriffsbildung	620
a) Der Begriff der Abweichung bzw. Störung	620
b) Unmöglichkeit einer isolierten Betrachtungsweise	621
II. Verknüpfung von Konstrukten	621
III. Die drei möglichen Erscheinungsformen rechtlicher Aussagen	622
1. Digitale Erscheinungsform	623
2. Analoge Erscheinungsform	623
3. Axiologische Erscheinungsform	623
IV. Folgerungen für die Bestimmung der arbeitnehmerbedingten Kündi- gungsgründe	624
B. Die Strukturbereiche der arbeitnehmerbedingten Kündigungsgründe ...	627
I. Allgemeines	627
II. Der Strukturbereich der abstrakten betrieblichen Ordnung	629
1. Reflexive Sollvorgaben	629
2. Sanktionen und Latenz	629
3. Sanktionen und Mitbestimmung	630
4. Gefahr von Scheinbegründungen	630
5. Keine Geltung des Erforderlichkeitsgrundsatzes bei sanktionie- renden Kündigungen	630
6. Generelle Gewichtungskriterien (= Intensitätsmodulatoren)	630
III. Der „Strukturbereich der Zuschreibung“	631
1. Begriff der (betrieblichen) Identität des Arbeitnehmers	631
2. Zuschreibung von positiven und negativen generellen Qualitäten (= positive bzw. negative Zuschreibung)	632
3. Verfahrensweisen der Zuschreibung	633
4. Die betriebliche Identität des Arbeitnehmers – ein (variables) Gegenstandssystem	634
5. Vertrauen und Treuepflicht	634
6. Würdigung des Zurechnungsmodells des „Zuschreibungs- bereichs“	635
7. Verhältnis des „Zuschreibungsbereichs“ zu den anderen Struktur- bereichen	635

IV. Der Strukturbereich der Äquivalenz	635
1. Ausfallrisiko	636
2. Zulässigkeit einer spezifisch kündigungrechtlichen Würdigung zu hoher „sozialer“ Leistungen des Arbeitgebers?	636
3. Synthese der Prinzipien des Zuschreibungsbereichs mit dem Äquivalenzprinzip	636
V. Der Strukturbereich der System / Umwelt-Beziehung	637
1. Der Sammelbegriff der System / Umwelt-Beziehung	637
2. Gemeinsamkeit der Fallgruppen	637
3. Erhöhung des Umwelteinflusses	637
4. Verletzung von Abschottungsmechanismen des Systems gegenüber der Umwelt	637
5. Druckkündigungen	638
6. Der Strukturbereich der System / Umwelt-Beziehung als eine besondere bestandsschutzrechtliche Risikoordnung	638
C. Prüfungsschema bei arbeitnehmerbedingten Kündigungsgründen	639
D. Bemerkungen zu möglichen kritischen Einwänden	642
I. Einwand gegen die Rechtsgewinnungsmethode	642
II. Zweifel am dogmatischen Aussagewert der Strukturbereiche	643
III. Einwand der Ideologie	643
Literaturverzeichnis	645
Sachregister	702

Abkürzungsverzeichnis

A. Nur mit Autorennamen zitierte Literatur

Die Einzelangaben ergeben sich aus dem Literaturverzeichnis. Hier wurden nur die Schlagworte aufgenommen, die erforderlich sind, um das jeweilige Werk im Literaturverzeichnis aufzufinden. Im Text wird bei der nur mit dem Autorennamen zitierten Literatur die nähere Angabe der Seitenzahl (und ähnliches) *nicht* durch ein Komma getrennt.

Berkowsky I	= Die betriebsbedingte Kündigung
Berkowsky II	= Die personen- und verhaltensbedingte Kündigung
Büschges	= Organisationssoziologie
Bydliniski ML	= Methodenlehre
Dietz / Richardi I;II	= Betriebsverfassungsrecht, Bd. 1 und 2
Dütz	= Arbeitsrecht
Endruweit	= Organisationssoziologie
Erman / Bearbeiter	= BGB, Handkommentar
Esser / Schmidt, SchR AT	= Schuldrecht, Allgemeiner Teil
Fichter	= Soziologie
Fikentscher, Methoden I-IV	= Methoden des Rechts, Bd. I-IV
Fikentscher, SchR	= Schuldrecht
Fitting / Auffarth / Kaiser / Heither	= Betriebsverfassungsrecht
Galperin / Löwisch	= Betriebsverfassungsrecht
GK-Bearbeiter	= Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsrecht
Hanau / Adomeit	= Arbeitsrecht
Henkel	= Rechtsphilosophie
Herberger / Simon	= Wissenschaftstheorie
Herschel / Löwisch	= Kündigungsschutzgesetz
Hueck / v. Hoyningen-Huene	= Kündigungsschutzgesetz
Hueck / Nipperdey I	= Arbeitsrecht, 1. Band
Hueck / Nipperdey II 1; II 2	= Arbeitsrecht, 2. Band, Halbband 1 und Halbband 2
Jauernig / Bearbeiter	= Bürgerliches Gesetzbuch
Kaufmann / Hassemer	= Rechtsphilosophie und Rechtstheorie
Kieser / Kubicek I; II	= Organisationstheorien, Band I und Band II
Knorr / Bichlmeier / Krehmelmer	= Die Kündigung und andere Formen der Beendigung
Koch / Rüßmann	= Juristische Begründungslehre
KR-Bearbeiter	= Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsrecht

Larenz, BGB AT	= Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts
Larenz ML	= Methodenlehre
Larenz, SchR AT	= Schuldrecht, Allgemeiner Teil
Löwisch	= Arbeitsrecht
Luhmann I; II	= Rechtssoziologie, Band 1 und 2
Mayntz	= Soziologie der Organisation
Medicus, BGB AT	= Allgemeiner Teil des BGB
Medicus, SchR AT	= Schuldrecht, Allgemeiner Teil
MH I-III-Bearbeiter	= Richardi / Wlotzke, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1-3
MK-Bearbeiter	= Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Nikisch I	= Arbeitsrecht, I. Band
Palandt / Bearbeiter	= Bürgerliches Gesetzbuch
Pawlowski ML	= Methodenlehre
Preis	= Prinzipien
Prisching	= Soziologie
Raiser	= Rechtssoziologie
Rehbinder	= Rechtssoziologie
Röhl	= Rechtssoziologie
Rudhardt	= Außerordentliche Kündigung
Schaub	= Arbeitsrechtshandbuch
Siebel	= Soziologie
Soergel / Bearbeiter	= Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen
Stahlhacke / Preis	= Kündigungsschutz
Staudinger / Bearbeiter	= Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Türk	= Soziologie der Organisation
Weber WuG	= Wirtschaft und Gesellschaft
Wössner	= Soziologie
Zippelius ML	= Methodenlehre
Zippelius RPh.	= Rechtsphilosophie
Zippelius RSoz.	= Rechtssoziologie
Zöllner / Loritz	= Arbeitsrecht

B. Sonstige Abkürzungen

a. A.	= anderer Ansicht, anderer Auffassung
a. a. O.	= am angegebenen Ort
AcP	= Archiv für civilistische Praxis
a. F.	= alte Fassung
Allgem.BergG	= Allgemeines Berggesetz
Anm.	= Anmerkung
AP	= Arbeitsrechtliche Praxis

AOG	= Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20. 1. 1934
AöR	= Archiv für öffentliches Recht
ArbG	= Arbeitsgericht
ArbGG	= Arbeitsgerichtsgesetz
AR-Blattei	= Arbeitsrechts-Blattei
ArbR der Geg.w.	= Arbeitsrecht der Gegenwart
ArbuR	= Arbeit und Recht, Zeitschrift für die arbeitsrechtliche Praxis
ARS	= Arbeitsrechtssammlung mit Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts, der Landesarbeitsgerichte und Arbeitsgerichte
ARSP	= Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	= Artikel
AT	= Allgemeiner Teil
Aufl.	= Auflage
BABL	= Bundesarbeitsblatt
BAG	= Bundesarbeitsgericht
BAT	= Bundesangestelltentarif
BB	= Betriebsberater
Bd.	= Band
Beil.	= Beilage
BetrAVG	= Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung
BetrVG	= Betriebsverfassungsgesetz
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	= Bundesgesetzblatt
BGH	= Bundesgerichtshof
BGHZ	= Entscheidungen des BGH in Zivilsachen
BinnSchG	= Binnenschiffahrtsgesetz
BlStSozArbR	= Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht
BT	= Besonderer Teil
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht
DB	= Der Betrieb
DDR	= Deutsche Demokratische Republik
DGB	= Deutscher Gewerkschaftsbund
d. h.	= das heißt
DJT	= Deutscher Juristentag
DÖV	= Die öffentliche Verwaltung
DtZ	= Deutsch-deutsche Rechtszeitschrift
EFZG	= Entgeltfortzahlungsgesetz
EG	= Europäische Gemeinschaft
Einf.	= Einführung
Einl.	= Einleitung

EzA	= Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht, herausgegeben von Eugen Stahlhacke
f., ff.	= folgend(e)
FAZ	= Frankfurter Allgemeine Zeitung
FG	= Festgabe
Fn.	= Fußnote
FS	= Festschrift
GewO	= Gewerbeordnung
GG	= Grundgesetz
GmbH	= Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GS	= Gedächtnisschrift
GWB	= Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
h. A.	= herrschende Ansicht
Hb.	= Halbband
Hg.	= Herausgeber (sofern im zitierten Werk ebenso abgekürzt)
HGB	= Handelsgesetzbuch
h. L.	= herrschende Lehre
h. M.	= herrschende Meinung
Hrsg.	= Herausgeber
hrsg.	= herausgegeben
i. d. F.	= in der Fassung
i. d. R.	= in der Regel
i. e. S.	= im engeren Sinne
insbes.	= insbesondere
i. V. m.	= in Verbindung mit
i. w. S.	= im weiteren Sinne
JA	= Juristische Arbeitsblätter
Jahrbuch für RSoz.u.RTh.	= Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie
JhJb	= Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JR	= Juristische Rundschau
JurA	= Juristische Ausbildung, Zeitschrift
JuS	= Juristische Schulung, Zeitschrift
JZ	= Juristenzeitung, Zeitschrift
Kap.	= Kapitel
Komm.	= Kommentar
krit.	= kritisch
KritV	= Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
LAG	= Landesarbeitsgericht
LAGE	= Entscheidungen des Landesarbeitsgerichts, herausgegeben von Eugen Stahlhacke
LAO	= Vorläufige Landarbeitsordnung
LFZG	= Lohnfortzahlungsgesetz
LG	= Landgericht

LM	= Lindenmaier-Möhring, Das Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
m. w. Nachw.	= mit weiteren Nachweisen
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
NS	= Nationalsozialismus
NZA	= Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
OLG	= Oberlandesgericht
OVG	= Obergerverwaltungsgericht
RAG	= Reichsarbeitsgericht
RdA	= Recht der Arbeit, Zeitschrift
RG	= Reichsgericht
RGBL.	= Reichsgesetzblatt
Rn.	= Randnummer
Rspr.	= Rechtsprechung
RTh.	= Rechtstheorie, Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts
RVO	= Reichsversicherungsordnung
RzK	= Rechtsprechung zum Kündigungsrecht
S.	= Seite
SAE	= Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
SchR	= Schuldrecht
Schwbg	= Schwerbehindertengesetz
SeuffArchiv	= Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten (Bd. u. Nr.)
SGB	= Sozialgesetzbuch
StGB	= Strafgesetzbuch
str.	= streitig
st.Rspr.	= ständige Rechtsprechung
Stud.Gen.	= Studium Generale, Zeitschrift für die Einheit der Wissenschaften
TV	= Tarifvertrag
TVG	= Tarifvertragsgesetz
u. a.	= unter anderem
usw.	= und so weiter
UWG	= Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
Verf.	= Verfasser
VerwG	= Verwaltungsgericht
vgl.	= vergleiche
VO	= Verordnung
VOBl.	= Verordnungsblatt
Vor	= Vorbemerkung
VwGO	= Verwaltungsgerichtsordnung
WRV	= Weimarer Reichsverfassung

z. B.	= zum Beispiel
ZfA	= Zeitschrift für Arbeitsrecht
Ziff.	= Ziffer
ZPO	= Zivilprozeßordnung
ZTR	= Zeitschrift für Tarifrecht
ZZP	= Zeitschrift für Zivilprozeß

1. Teil

Einführung und kritische Bestandsaufnahme¹

§ 1 Einleitung und einige methodische Vorbemerkungen

A. Einleitung

Nach einer alten Gelehrtenweisheit, für die meist Eugen Ehrlich² als Gewährsmann herangezogen wird, soll ein Buch so sein, daß „man seinen Sinn in einem einzigen Satz zusammenfassen könne“. Unterwirft man die vorliegende Untersuchung dieser Probe, so würde der fragliche Satz lauten:

„Es soll untersucht werden, ob den Universalien vergleichbare allgemeine Deutungsmuster der arbeitnehmerbedingten Kündigungsgründe eruiert sind und wenn nein, ob es nicht wenigstens allgemeingültige Sachgründe gibt, die jenen Wertungen zugrunde liegen, die den Rechtserkenntnisprozeß bei der Bestimmung von Kündigungsgründen steuern“.

Mit dieser Kurzbeschreibung ist noch nicht allzu viel gewonnen. Daher soll nunmehr, von den selbst auferlegten Formulierungszwängen befreit, das Programm der vorliegenden Abhandlung im folgenden etwas näher dargestellt werden. Eines dürfte dem Leser aber schon jetzt klargeworden sein. Mit dem angedeuteten Ziel wird der Versuch unternommen, jenes „dogmatisch abstrakte System“ der Kündigungsgründe zu entwerfen, von dem Günter Schaub noch jüngst³ vermerkte, bislang sei dieses weder von der Rechtsprechung noch von der Wissenschaft entwickelt worden. Bei dieser Ausgangslage braucht nicht weiter betont zu werden, daß sich die vorliegende Untersuchung lediglich als ein erster Versuch begreift, der nicht den Anspruch erheben kann, in jeder Hinsicht den „Stein der Weisen“ gefunden zu haben.

Andererseits wäre es angesichts der zentralen Bedeutung des Themas der Untersuchung für eine rationale Rechtsgewinnung im materiellen Kündigungsschutzrecht auch nicht gerade Ausdruck wissenschaftlichen Engagements, wenn

¹ Das Manuskript wurde am 31.3.1993 geschlossen, der Anmerkungsapparat aber in der Folgezeit weiter ergänzt.

² Grundlegung, Vorrede; vgl. auch Röhl, § 5, 2 = S. 28.

³ Arbeitsrechtshandbuch, § 150 I 1 b = S. 1040; vgl. auch Wank, RdA 1993, 79 f. Ansätze zu einem solchen System nunmehr bei Ascheid Rn. 28 ff., 90 ff., 181 ff., der aber wohl letztlich die Möglichkeit eines solchen Systems leugnet (Rn. 132 ff.).

man vor der scheinbaren Unlösbarkeit der Aufgabe von vornherein kapitulieren würde.

I. Die Bedeutung von „Universalien“ für die Interessenabwägung

Wenn von „Universalien“ die Rede ist, so wird nicht selten mit Skepsis reagiert. Beziehen diese sich nicht auf ein bereits in der mittelalterlichen Philosophie gescheitertes⁴ Unterfangen? Mit „Universalien“ ist hier jedoch etwas anderes gemeint. Es geht weniger um ontologische und begriffslogische Fragestellungen als vielmehr um eine einfache Idee: Jeder Kündigungssachverhalt ist in aller Regel ein tatsächlich vielschichtiger Sachverhalt, der kündigungsrechtlich unter den verschiedensten Gesichtspunkten betrachtet werden kann. Herkömmlicherweise⁵ wird nun behauptet, die Frage, ob ein bestimmter komplexer Lebenssachverhalt eine Beendigungskündigung des Arbeitgebers entweder nach § 1 KSchG oder aber nach § 626 I BGB rechtfertigen könne, müsse durch *Interessenabwägung* ermittelt werden. Eine Interessenabwägung⁶ muß dreierlei beachten⁷.

Sie muß alle relevanten⁸ Interessen erfassen (1.), diese nicht nur faktisch erfassen, sondern auch rechtlich bewerten (2.) und bei Kollisionen die Interessen gegeneinander abwägen⁹ (3.).

Mit einem solchen Rechtsanwendungsprogramm sind dem Rechtsanwender Freiräume zugebilligt, die nicht nur bei den Parteien, die derartiger richterlicher Rechtsanwendung ausgesetzt sind, Argwohn auslösen müssen¹⁰. So hat Bötticher schon früh¹¹ die Neigung der Rechtsprechung kritisiert, eine Abwägung *nahezu*

⁴ Vgl. Anzenbacher, Philosophie, 4.5.2.4 = S. 180; Brunner, Philosophie, S. 48 ff.; Kaufmann, Analogie, S. 55 ff.; ders., in: Kaufmann/Hassemer 2.2.2.4 = S. 47; Heyde, Stud.Gen. V (1952), 235 (242 ff.); Wuchterl, Philosophie, Anhang B 4 c = S. 250; Stegmüller, Hauptströmungen I, S. 19 ff., S. 487 ff.; Popper, Logik der Forschung, Nr. 14, S. 35 ff.; Tugendhat/Wolf, Logisch-semantische Propädeutik, S. 127 ff.

⁵ Hueck, KSchG (10. Auflage), § 1 Rn. 67 m. w. Nachw. aus der dauernden Rechtsprechung des BAG; Müller, FS für Schmitz, S. 248 f.; Galperin, RdA 1966, 362 ff. (364); Dassau, Interessenabwägung, S. 2 f., S. 273 f.; KR-Becker § 1 KSchG Rn. 149; Schaub § 128 II 1 b S. 1029.

⁶ Vgl. dazu Larenz ML S. 405 ff.; ders., FS für Klingmüller, S. 235 ff.; Struck, FS für Esser, S. 171 ff.; Hubmann, Wertung und Abwägung, S. 50 ff., S. 145 ff.; Preis S. 184 ff.; Kraft, Interessenabwägung, S. 58 ff.; Meyer, Wertungsjurisprudenz, §§ 4-8 = S. 87 ff.; Auffermann, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 120; Ladeur, ARSP 1983, S. 483 ff.; Zippelius ML § 10 V = S. 53 ff.; § 11 II d = S. 64; Henkel § 27 IV 5 = S. 318.

⁷ Kraft, Interessenabwägung, S. 209 ff.; Teubner, Standards, S. 44 f.

⁸ Struck, a. a. O., S. 171 (S. 175).

⁹ Hubmann, Wertung und Abwägung, S. 245 ff.; Auffermann, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 125 ff.

¹⁰ Schwerdtner, DB 1990, 375 (377); Birk, JuS 1987, 113.

¹¹ FS für Molitor, S. 123 ff. (127 f.); zustimmend Herschel, FS für Gerhard Müller, S. 191 (205); ders., FS für Schnorr von Carolsfeld, S. 157 (163 f.); Preis S. 194 ff.,

beliebiger Interessen durchzuführen¹². Bei dieser Ausgangslage wäre es wünschenswert, wenn es ähnlich wie bei den Straftatbeständen des StGB ein abgeschlossenes und differenziertes System von Kündigungstatbeständen geben würde, das von Gesetzes wegen die maßgeblichen „Interessen“ festlegt.

Der Vergleich zum Strafrecht zeigt jedoch zugleich ein weiteres Problem der Interessenabwägung im Kündigungsrecht auf. Das Strafrecht ordnet den Straftatbeständen zwar nicht exakt quantifizierbare Rechtsfolgen, wohl aber Rahmengrößen zu (vgl. § 38 II StGB; § 40 II 3 StGB). Im Kündigungsrecht fehlt eine solche Zuordnung von Rechtsfolge-Rahmen. Auch diese sollen vielmehr durch eine Interessenabwägung erst noch ermittelt werden.

Der somit unvermeidlichen Unwägbarkeit des Interessenabwägungsprozesses sollte der Erforderlichkeitsgrundsatz¹³, in der Rechtsprechung und Literatur meist als Verhältnismäßigkeitsprinzip (i. e. S.) bzw. als *ultima-ratio*-Prinzip bezeichnet, entgegenwirken. Wenn dieses verlangt, der Arbeitgeber dürfe auf Vertragsverletzungen nur mit solchen Maßnahmen reagieren, die notwendig seien, um eine vertragsgemäße Abwicklung des Arbeitsverhältnisses zu gewährleisten, so wird damit dem Rechtsanwender der Auftrag erteilt, für jede Vertragsverletzung eine Maßnahme zu bestimmen, die zur „Heilung“ der eingetretenen Störung erforderlich ist. Nun geht es bei der arbeitnehmerbedingten Kündigung nicht nur um Vertragsverletzungen, sondern auch um Eignungsmängel und Äquivalenzstörungen. Auch diese fallen unter den hier verwendeten Begriff der „Störung“ bzw. der „Abweichung“. Diese beiden Begriffe sind hier so weit gefaßt, daß alle denkbaren Abweichungen und Vertragsstörungen von ihnen umfaßt werden.

S. 240 ff. (243); Güntner, *ArbuR* 1974, 135 (143 f.); Ide, *ArbuR* 1980, 225 (228); Joost, Anmerkung zu BAG *EzA* § 1 *KSChG* Krankheit Nr. 15; Oetker, Anmerkung zu BAG *EzA* § 1 *KSChG* Krankheit Nr. 28.

¹² Daß aus rechtstheoretischer Sicht die Tendenz zur Güterabwägung als unvermeidbare Folge der Einsicht, das Recht selbst sei als Kommunikationsmedium ein reflexiver Mechanismus der symbolischen Generalisierung des Rechtsbildungsprozesses, dargestellt wird und behauptet wird, an die Stelle der tradierten Vorstellung stabiler Ordnungen sei eine „Ordnung der Schwankungen“ getreten (Ladeur, *ARSP* 1983, 462 (469 ff.)), sei hier nur angedeutet. Nach Auffassung des Verfassers geht Ladeur von einem zu „funktionalistisch“ geprägten Rechtsverständnis aus. Bei aller sozialen Dynamik moderner Industriegesellschaften darf doch nicht übersehen werden, daß die Rechtsordnung nicht allein dem Prinzip einer totalen Situationsanpassungsfähigkeit und Flexibilisierung verpflichtet ist, sondern auch auf eine relativ stabile Wertordnung (zur Wertestabilisierungsfunktion der Rechtsordnung (Henkel § 28 VI, S. 354 f.) hinzuwirken hat. Dazu bedarf es neben abwägungsbedürftiger, zu optimierender Prinzipien vor allem auch eines Systems von Regeln, die durch „Begriffsarbeit“ handhabbar sind. So auch die Theorie des gemäßigten Konstitutionalismus (dazu Alexy, *RTh* 1987, 405 ff. [412 ff.]); Dreier, *FS für Maihofer*, S. 87 ff.).

¹³ Einzelheiten unten § 2 C. IV.; umfassend Preis S. 254 ff. (269 f.); auch Erman / Hanau § 626 Rn. 42; Stahlhacke / Preis Rn. 616; KR-Wolf, *Grundsätze* Rn. 280 ff.; BAG, Urteil vom 30.5.1978 – 2 *AZR* 630 / 76, AP Nr. 70 zu § 626 *BGB* = *EzA* § 626 *BGB* n. F. Nr. 66.