

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 377

**Die Mitverantwortung
des Arbeitgebers im Kündigungsschutz**

Von

Lisa Kraayvanger



Duncker & Humblot · Berlin

LISA KRAAYVANGER

Die Mitverantwortung des Arbeitgebers
im Kündigungsschutz

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 377

Die Mitverantwortung des Arbeitgebers im Kündigungsschutz

Von

Lisa Kraayvanger



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover
hat diese Arbeit im Jahre 2021 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2023 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpf
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0582-0227
ISBN 978-3-428-18851-2 (Print)
ISBN 978-3-428-58851-0 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2022 von der Juristischen Fakultät der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover als Dissertation angenommen. Sie ist zum größten Teil während meiner Zeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Zivilrecht, Arbeitsrecht und Zivilprozessrecht entstanden. Rechtsprechung und Literatur wurden bis Oktober 2021 berücksichtigt.

Meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Roland Schwarze, bin ich für die engagierte Betreuung meiner Doktorarbeit sehr dankbar. Er hat mich nicht nur bei der Themenwahl unterstützt, sondern er hat mit seinen wertvollen Anregungen und Hinweisen zum Gelingen der Arbeit beigetragen. Darüber hinaus danke ich ihm für die Mitarbeit an vielen spannenden Forschungsprojekten, die mein Interesse für Arbeitsrecht bestärkt haben. Die Zugehörigkeit zum Lehrstuhl hat die Zeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin zu einem erfahrungsreichen Lebensabschnitt gemacht, den ich nicht missen möchte.

Herrn Professor Dr. Felipe Temming danke ich herzlich für die freundliche Übernahme des Zweitgutachtens sowie Herrn Professor Dr. Sascha Ziemann für die zügige Abwicklung des Promotionsverfahrens.

Danken möchte ich auch der Dr. Giesing-Stiftung aus Hannover für die großzügige Übernahme des Druckkostenbeitrags.

Mein Dank gilt ebenso meinem Freundeskreis sowie meinen Kolleginnen und Kollegen der juristischen Fakultät für die anregenden Diskussionsrunden und den wohltuenden Ausgleich neben der Arbeit und Promotion. Nennen möchte ich Jana Baberske, Dina Sonnemann, Andreas Dieckmann, Gregor Grimm und Christoph Sorge. Ganz herzlich möchte ich mich auch bei Frau Birgit Ilbasan bedanken, die während meiner gesamten Zeit am Lehrstuhl immer ein offenes Ohr für mich hatte.

Schließlich möchte ich mich bei meinen Eltern bedanken, die mich während dieser Zeit vorbehaltlos unterstützt haben und die mir durch ihren steten Rückhalt meinen Bildungsweg einschließlich der Promotion ermöglicht haben. Ihnen ist die vorliegende Arbeit gewidmet.

Hannover, im November 2022

Lisa Kraayvanger

Inhaltsverzeichnis

Erster Teil

Problemstellung	23
§ 1 Ausgangspunkt und Intention der Arbeit	23
A. Fälle aus der Rechtsprechung als Anlass der Arbeit	24
B. Von einer auf „Treu und Glauben“ basierenden Interessenabwägung	27
C. ... zu einem nach Verantwortungsanteilen differenzierenden Maßstab	29
D. Zusammenfassung	32

Zweiter Teil

Die Verantwortung für Störungen im Arbeitsverhältnis	33
§ 2 Die Bedeutung der Verantwortung im arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz	33
A. Begriff der Zurechnung	33
I. Im allgemeinen Sprachgebrauch	33
II. Angst vor Zufällen als Hintergrund von Zurechnung	34
III. Zurechnung im Schuldverhältnis	35
IV. Prinzipien der Zurechnung	39
1. Ursächlichkeit	39
2. Der Verschuldensgrundsatz	40
3. Verschuldensunabhängige Verantwortung	42
a) Verantwortung für Dritte	43
b) Gefährdungshaftung	44
c) Verantwortung für Vertrauen	45
d) Verantwortung für die Primärleistung	49
e) Verantwortung für die Beendigung des Vertrags	52
V. Ergebnis	55
B. Das Zurechnungsproblem als Folge der im Arbeitsrecht eingeschränkten Kündigungsfreiheit	56
I. Kündigungsfreiheit als Ausdruck der Privatautonomie	56
II. Legitimität des Kontinuitätsinteresses aufgrund des Vertrauen erweckenden Vertragsschlusses	57

III. Umgekehrtes Verhältnis von Kündigungsfreiheit und Bestandsschutz im Arbeitsrecht	58
C. Störung zur Legitimierung der Kündigung	60
I. Regelungsinhalt des Leistungsstörungsrechts	60
II. Regelungsinhalt des Kündigungsrechts	62
1. Die „Störung“ als Kern des personen- und verhaltensbedingten Kündi- gungsgrundes	62
a) Äquivalenzstörung im engeren Sinne	63
b) Äquivalenzstörung im weiteren Sinne	64
c) Nichtleistungsbezogene Störungen (Vertrauensverhältnis)	65
d) Ergebnis	66
2. Die soziale Rechtfertigung der Kündigung	66
D. Zurechnung als Teil des arbeitsrechtlichen Kündigungsgrundes	70
I. Begriffliche Bedeutung der Zurechnung	70
II. Zurechnung aufgrund sozialstaatlicher bzw. grundrechtlicher Wertungen ...	71
III. Zurechnung nach zivilrechtlichen Kategorien	74
1. Zurechnung bei der verhaltensbedingten Kündigung	75
2. Zurechnung bei der personenbedingten Kündigung	75
IV. Zurechnung als ausschlaggebendes Kriterium der Interessenabwägung ...	77
V. Ergebnis	78
E. Verantwortung als Oberbegriff für Vertretenmüssen und andere Zurechnungs- gründe	78
F. Besondere Legitimierungsgründe der betriebsbedingten Kündigung	80
I. Vertragsdogmatische Einordnung	80
II. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit	90
III. Folgen für die Berücksichtigung von arbeitgeberseitiger Verantwortung ...	92
1. Eingeschränkte gerichtliche Überprüfbarkeit	93
a) Kontrollfreiheit der unternehmerischen Entscheidung als Ausprägung von Art. 12 I GG	93
b) Begriff der unternehmerischen Entscheidung	96
c) Erforderlichkeitsprüfung	97
2. Eingeschränkte Berücksichtigung der arbeitgeberseitigen Verantwortung	98
a) Rechtsmissbräuchliche Kündigungen	100
b) Betriebsverfassungsrechtliches Beschäftigungsverbot	100
c) Betriebswirtschaftliches Fehlverhalten	101
d) Änderung der Arbeitsanforderungen	103
G. Ergebnis	104
§ 3 Mitverantwortung des Arbeitgebers	105
A. Allgemeine Gläubigerverantwortung	105
I. Verantwortung für Pflichtverletzungen	106

II. Verantwortung für die Verletzung von Obliegenheiten	106
III. Verantwortung für übernommenes Risiko	107
IV. Verantwortung nach der Sphärentheorie	108
B. Verantwortung bezüglich der Vermeidung personenbedingter Störungen	109
I. Gesundheit und Leben	110
1. Schutzpflichten	110
a) Pflicht zu Schutzmaßnahmen, § 618 I BGB	111
b) Sicherer Arbeitsplatz	113
c) Sicherheit der Arbeitsmittel	115
d) Arbeitsschutz und Arbeitssicherheit	115
aa) Arbeitsorganisation	116
bb) Technischer Arbeitsschutz	118
e) Schutz vor Lendenwirbelsäulenerkrankungen bei der manuellen Handhabung von Lasten	119
f) Ergebnis	120
2. Informationspflichten zur Vermeidung von Selbstschädigungen durch den Arbeitnehmer	122
3. Beschäftigung auf leidensgerechtem Arbeitsplatz, § 167 II 1 SGB IX ...	123
4. Weiterreichende Schutzmaßnahmen	126
5. Risikoverantwortung	127
a) Nicht vorhandene Gesundheit des Arbeitnehmers als Betriebsrisiko?	128
b) Arbeitsbedingte Erkrankungen als Betriebsrisiko	131
c) Arbeitsrechtliche Gefährdungshaftung?	134
d) Verantwortung entsprechend dem Gedanken zur Enthftung des Ar- beitnehmers	136
e) Sozialrechtliche Risikozuweisung	140
aa) Hintergrund der öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung	141
bb) Schlussfolgerungen	144
f) Ergebnis	144
II. Schutz der Persönlichkeit	145
1. Präventive Maßnahmen	148
a) Organisationspflichten	148
b) Mitwirkungsobliegenheiten	150
2. Repressive Maßnahmen	151
a) Interventionspflicht	151
b) Arbeitsrechtliche Maßnahmen	152
c) Deliktische Sorgfaltspflichten	153
3. Grenze der arbeitgeberseitigen Verantwortung	154
4. Ergebnis	154

III. Verantwortung für Eignung und Fähigkeiten	155
1. Die Arbeitsmarktverantwortung des Arbeitgebers nach § 2 II SGB III ...	155
2. Weiterbildungspflicht des Arbeitgebers nach § 1 II 3 KSchG	156
IV. Ergebnis	158
C. Verantwortung bezüglich der Vermeidung einer verhaltensbedingten Störung ..	159
I. Arbeitsorganisation	159
II. Ausübung des Weisungsrechts	162
1. Arbeitszeit	163
2. Änderung des Aufgabenbereichs (Versetzung)	164
a) Rechtswidrige Weisung	165
b) Unbillige Weisung	167
c) Rechtsmissbräuchliche Weisung	169
3. Ergebnis	171
III. Weiterbildungsmaßnahmen	171
IV. Rechtswidriges Vorverhalten des Arbeitgebers	172
1. Provokation durch „Lockspitzel“	172
2. Whistleblowing	173
3. Provokation durch rechtsmissbräuchliche Abmahnungen	175
4. Verletzung betriebsverfassungsrechtlicher Normen – „wilder“ Streik ...	176
V. Compiencesystem	178
1. Beispiel für Unterlassen	179
2. Beispiel für aktives Tun	180
VI. Ergebnis	182
D. Verantwortung bezüglich der Vermeidung einer betriebsbedingten Störung ...	182
I. Verantwortung für rechtsmissbräuchliches Verhalten	183
1. Betriebliches Erfordernis	184
2. Fehlende Weiterbeschäftigungsmöglichkeit	185
II. Verantwortung für das betriebliche Erfordernis durch fehlerhafte Personal- planung	187
1. Bedarfswidrige Neueinstellungen	187
2. Einstellungen unter Verstoß gegen § 99 BetrVG	188
III. Verantwortung für das betriebliche Erfordernis durch wirtschaftliche Fehl- entscheidungen	188
1. Durch rechtswidriges Verhalten	189
2. Durch strategisch nachteilhaftes Verhalten	190
a) Rationale Entscheidungen	191
b) Technologischer Fortschritt	191
c) Wachstumsstrategien	192
d) Wettbewerbsstrategien	193
e) BCG-Portfolio-Modell	193

- f) Sonstige Strategiefehler 194
- 3. Durch fehlerhafte Finanzplanung 194
- 4. Durch fehlerhaftes Risikomanagement 195
- 5. Fallbeispiel 198
- IV. Verantwortung für das betriebliche Erfordernis durch Änderung des Arbeitskräftebedarfs 200
- V. Verantwortung für eine fehlerhafte Sozialauswahl 201
- VI. Ergebnis 201
- E. Verantwortung für Fehlervermeidung bei allen Kündigungsarten 202
 - I. Anhörungspflicht, § 102 BetrVG 202
 - II. Pflicht zur Weiterbeschäftigung 204
- F. Ergebnis 204

Dritter Teil

Auswirkungen der arbeitgeberseitigen Mitverantwortung auf die Kündigungsbefugnis 206

- § 4 Allgemeine Lösungswege zur Berücksichtigung von Mitverantwortung 206
 - A. Rechtsausschluss 206
 - I. Fortfall des Tatbestandes 207
 - II. Die Kulpakompensation 207
 - III. Überwiegende Verantwortung, § 323 VI BGB 208
 - B. Erschwerung der Rechtsausübung 213
 - I. Gleichbehandlungsgebot bei der Schadensverursachung, § 254 I BGB 213
 - II. Unzumutbarkeit der Leistung 215
 - III. Umfassende Interessenabwägung bei der Kündigung 217
 - 1. Kündigung eines Handelsvertretervertrags 217
 - 2. Kündigung eines Lieferungs- und Abnahmevertrags 219
 - 3. Kündigung eines Mietverhältnisses 220
 - 4. Ergebnis 223
 - IV. Gedanke der Vertragsanpassung 224
 - C. Keine Einschränkungen in der Rechtsausübung 225
 - I. Unerheblichkeit der Mitverantwortung 225
 - 1. Umkehrschluss aus § 323 VI BGB 225
 - 2. Zerrüttungsprinzip 226
 - 3. Differenzierung nach der Schwere der Pflichtverletzung 227
 - II. Beachtung der Mitverantwortung auf der Sekundärebene 227
 - D. Ergebnis 228

§ 5 Übertragbarkeit auf das Recht zur ordentlichen Kündigung nach dem KSchG? . . .	229
A. Bedeutung des persönlichen Näheverhältnisses	229
B. Strukturierung nach Verantwortung	235
C. Bedeutung der Arbeitnehmerschutzgesetze	236
D. Einmalleistungen als Bezugspunkt des allgemeinen zivilrechtlichen Maßstabs	236
E. Vergleich der außerordentlichen Kündigung mit der ordentlichen Kündigung	
eines Arbeitsvertrags	237
I. Gegenstand der Zumutbarkeit	238
1. Zumutbarkeit der Fortsetzung des Vertragsverhältnisses	238
a) Gesellschaftsvertrag	238
b) Sonstige Dauerschuldverhältnisse	242
2. Zumutbarkeit der dauerhaften Vertragsfortsetzung	242
II. Der Kündigungsgrund	244
1. Bei der Auflösung einer Gesellschaft	244
2. Bei der Ausschließung eines Gesellschafters	246
3. Beim Mietvertrag	246
4. Bei sonstigen Dauerschuldverhältnissen	248
5. Vergleich mit dem Grund einer ordentlichen Kündigung nach dem Kün-	
digungsschutzgesetz	248
III. Eigene Pflichtverletzungen jenseits von § 254 I BGB	250
F. Ergebnis	251
§ 6 Mitverantwortung für die Entstehung des personenbedingten Kündigungsgrundes	253
A. Der Normalfall: Vom Arbeitnehmer zu tragendes Krankheitsrisiko	255
B. Rechtsausschluss	258
I. Vorsatz	258
II. Überwiegende Verantwortung beim Arbeitgeber	261
1. Schuldhafte Schutzgesetzverletzung	261
2. Schuldhafte Verursachung eines Arbeitsunfalls durch Arbeitgeber und	
Arbeitnehmer	268
C. Erschwerung der Kündigung	269
I. Höhere Zumutbarkeit hinsichtlich hinzunehmender Störungen	270
1. Verschuldensabhängige Verantwortung	270
a) Krankmachendes Organisationsverschulden	270
b) Eignungsmängel wegen Organisationsverschuldens	271
c) Mobbing	273
2. Verschuldensunabhängige Verantwortung	274
a) Häufige Kurzerkrankungen	275
b) Ungewiss lang andauernde Arbeitsunfähigkeit	276
3. Arbeitsunfall	281
a) Unverschuldeter Arbeitsunfall	281

b) Fahrlässig verursachter Arbeitsunfall	282
c) Vom Arbeitgeber zu tragendes Risiko für vom Arbeitnehmer verschuldete Arbeitsunfälle	283
4. Weitere die Zumutbarkeit erhöhende Umstände	284
II. Weiterbeschäftigung	285
1. Weiterbeschäftigung trotz geminderter Leistung	285
2. Weiterbeschäftigung auf anderem Arbeitsplatz	286
3. Weiterbeschäftigung nach Weiterbildung und Umschulung	287
III. Erschwerungen im Zusammenhang mit dem bEM	288
1. Folgen nicht ordnungsgemäßer Durchführung des bEM	288
2. Folgen unterlassener Gesundheitsprävention	291
IV. Zusammenfassung der Kündigungserschwerungen	293
D. Keine Einschränkungen trotz Verantwortung	295
I. Wegen Unerheblichkeit	295
II. Aufgrund von angemessener Lösung auf Sekundärebene	296
1. Dauerhafte Arbeitsunfähigkeit	296
2. Zerrüttung	297
E. Ergebnis	298
§ 7 Mitverantwortung für die Entstehung des verhaltensbedingten Kündigungsgrundes	299
A. Rechtsausschluss	300
I. Rechtsmissbräuchliches Verhalten	300
1. Venire contra factum proprium	300
2. Rechtsmissbräuchliche Ausübung des Weisungsrechts	302
3. Rechtsmissbräuchliche Ausübung des Abmahnungsrechts	305
II. Alleinige Verantwortung durch Provokation	307
III. Überwiegende Verantwortung wegen Organisationsverschuldens	310
IV. Überwiegende Verantwortung durch Einwilligung in Compliance-Verstöße	314
1. Compliance-Verstöße, die einen Straftatbestand erfüllen	314
2. „Nur“ compliance-widriges Verhalten	317
3. Verstoß gegen § 242 BGB	318
B. Erschwerung der Kündigung	319
I. Höhere Zumutbarkeit hinsichtlich hinzunehmender Störungen	319
1. Bewährungsphase	320
2. Hinzunehmende Schlechtleistung	321
3. Beseitigung der Störungsursache, § 167 I SGB IX	322
II. Modifizierung der Treuepflichten	323
C. Keine Einschränkungen trotz Mitverschuldens	325
I. Unerhebliches Mitverschulden	325
II. Zerrüttung	326
D. Ergebnis	327

§ 8 Verantwortung für das betriebliche Erfordernis	328
A. Berücksichtigungsfähigkeit der arbeitgeberseitigen Verantwortung	328
B. Keine Einschränkungen des Kündigungsrechts	335
I. Fortfall von Beschäftigungsbedarf aufgrund von Betriebsstilllegungen ...	335
II. Fortfall von Beschäftigungsbedarf durch rechtsmissbräuchliches Verhalten	338
III. Fortfall von Beschäftigungsbedarf durch betriebswirtschaftliche Fehlentscheidungen	340
1. Fahrlässige Herbeiführung der Störung im laufenden Arbeitsverhältnis	341
2. Grob fahrlässige Herbeiführung der Störung im laufenden Arbeitsverhältnis	343
3. Herbeiführung der Störung durch vorvertragliche fehlerhafte Personalplanung	349
C. Erschwerung der Kündigung	350
I. Weiterbeschäftigung oder Entschädigung	351
II. Abbau rechtlicher Hindernisse aus der Sphäre des Arbeitgebers	354
1. Ungerechtfertigte Verweigerung der Zustimmung	355
2. Gerechtfertigte Verweigerung der Zustimmung	356
3. Ergebnis	358
III. Fortbildung bei Änderung des Stellenprofils	358
D. Ergebnis	360

Vierter Teil

Die Entschädigung	362
--------------------------	-----

Fünfter Teil

Zusammenfassung der Ergebnisse	364
---------------------------------------	-----

§ 9 Inhaltliche Zusammenfassung	364
§ 10 Thesen	364
A. Mitverantwortung für die personenbezogene Störung	364
B. Mitverantwortung für die verhaltensbezogene Störung	365
C. Verantwortung für das betriebliche Erfordernis	366
Literaturverzeichnis	368
Stichwortverzeichnis	399

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Auffassung
a. a. O.	an anderem Ort
Abs.	Absatz
Abt.	Abteilung
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a. F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
AG	Aktiengesellschaft; Die Aktiengesellschaft Zeitschrift
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AiB	Arbeitsrecht im Betrieb
AktG	Aktiengesetz
Anm.	Anmerkung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
APS	Ascheid/Preis/Schmidt (siehe Literaturverzeichnis)
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
AR-Blattei SD	Arbeitsrecht-Blattei Systematische Darstellungen
ArbRAktuell	Arbeitsrecht Aktuell
ArbRGeg	Das Arbeitsrecht der Gegenwart (siehe Literaturverzeichnis)
ArbR-Hdb	Arbeitsrechts-Handbuch (siehe Literaturverzeichnis)
ArbSchR	Arbeitsschutzrecht
ArbStättVO	Arbeitsstättenverordnung
ArbZG	Arbeitszeitgesetz
Art.	Artikel
ASTA	Ausschuss für Arbeitsstätten
AT	Allgemeiner Teil
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht
Aufl.	Auflage
AüG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
AuR	Arbeit und Recht
AWbG	Arbeitnehmerweiterbildungsgesetz
Az.	Aktenzeichen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAuA	Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BeckOK BGB	Beck'scher Online Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch (siehe Literaturverzeichnis)
BeckOK GG	Beck'scher Online Kommentar Grundgesetz (siehe Literaturverzeichnis)
BeckOK SozR	Beck'scher Online Kommentar Sozialrecht (siehe Literaturverzeichnis)

Begr.	Begründer
bEM	betriebliches Eingliederungsmanagement
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGG	Behindertengleichstellungsgesetz
BGH	Bundesgerichtshof
BlStSozArbR	Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht
BMAS	Bundesministerium für Arbeit und Soziales
BSG	Bundessozialgericht
BT	Besonderer Teil
BT.-Drs.	Drucksachen des Deutschen Bundestages
BTHG	Bundesteilhabegesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BzGBW	Das Bildungszeitgesetz Baden-Württemberg
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
c.i.c.	culpa in contrahendo
CISG	Contracts for the International Sale of Goods, UN-Kaufrecht
DB	Der Betrieb
DDZ	Däubler/Deinert/Zwanziger (siehe Literaturverzeichnis)
ders.	derselbe
DFL	Dornbusch/Fischermeier/Löwisch (siehe Literaturverzeichnis)
DGWR	Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht
d. h.	das heißt
DJT	Deutscher Juristentag
DrittelbG	Drittelbeteiligungsgesetz
DStR	Deutsches Steuerrecht
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
DWW	Deutsche Wohnungswirtschaft
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
EDV	Elektronische Datenverarbeitung
EFZG	Entgeltfortzahlungsgesetz
EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
Einl.	Einleitung
E-Mail	Electronic Mail
ErfK	Erfurter Kommentar (siehe Literaturverzeichnis)
etc.	et cetera
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWIV	Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
f./ff.	folgende/fortfolgende
FA	Fachanwalt Arbeitsrecht
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
gem.	gemäß

GesR	Gesellschaftsrecht
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GK	Großkommentar (siehe Literaturverzeichnis)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GS	Großer Senat
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
Hako-KSchR	Handkommentar Kündigungsschutzrecht (siehe Literaturverzeichnis)
HAZ	Hannoversche Allgemeine Zeitung
HdB	Handbuch
HGB	Handelsgesetzbuch
HK-BGB	Handkommentar Bürgerliches Gesetzbuch (siehe Literaturverzeichnis)
HKK	Historisch-Kritischer Kommentar (siehe Literaturverzeichnis)
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
HS	Halbsatz
HS-UV	Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Unfallversicherung (siehe Literaturverzeichnis)
https	Hypertext Transfer Protocol Secure
HWB EuP	Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts (siehe Literaturverzeichnis)
HWK	Henssler/Willemsen/Kalb (siehe Literaturverzeichnis)
i. d. R.	in der Regel
InsO	Insolvenzordnung
i. S. d.	im Sinne des
i. S. v.	im Sinne von
IT	Informationstechnologie
i. V. m.	in Verbindung mit
JbArbR	Jahrbuch des Arbeitsrechts
Jg.	Jahrgang
JherJB	Jhering Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
jM	juris – Die Monatszeitschrift
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
jurisPR-ArbR	juris Praxis Report Arbeitsrecht
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristen Zeitung
KassKomm	Kasseler Kommentar (siehe Literaturverzeichnis)
K/K/S	Kollmer/Klindt/Schucht (siehe Literaturverzeichnis)
KKW	Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann (siehe Literaturverzeichnis)
KR	Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften (siehe Literaturverzeichnis)
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
LAGE	Entscheidungssammlung der Landesarbeitsgerichte

Lfg.	Lieferung
LG	Landgericht
lit.	litera
LPK	Lehr- und Praxiskommentar (siehe Literaturverzeichnis)
LSG	Landessozialgericht
LSSW	Löwisch/Schlünder/Spinner/Wertheimer (siehe Literaturverzeichnis)
MAH ArbR	Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht (siehe Literaturverzeichnis)
MAH SozR	Münchener Anwaltshandbuch Sozialrecht (siehe Literaturverzeichnis)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MHdBArbR	Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht (siehe Literaturverzeichnis)
MietR	Mietrecht, Großkommentar des Wohn- und Gewerberaummietrechts (siehe Literaturverzeichnis)
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
MünchKomm	Münchener Kommentar (siehe Literaturverzeichnis)
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NachwG	Nachweisgesetz
NbildUG	Niedersächsisches Bildungsurlaubsgesetz
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK	Nomos Kommentar (siehe Literaturverzeichnis)
NK-GA	Nomos Kommentar Gesamtes Arbeitsrecht (siehe Literaturverzeichnis)
No.	Number
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
N. V.	Naamloze Vennootschap, niederländische Rechtsform für eine Aktiengesellschaft
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-RR	NZA-Rechtssprechungs Report
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
öAT	Zeitschrift für das öffentliche Arbeits- und Tarifrecht
OLG	Oberlandesgericht
o. V.	ohne Verfasser
ProdSG	Produktsicherheitsgesetz
PWW	Prüttig, Wegen, Weinreich (siehe Literaturverzeichnis)
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdA	Recht der Arbeit
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungssammlung des Reichsgerichts
Rn.	Randnummer
RT	Reichstag
S.	Satz; Seite
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
SchuldR	Schuldrecht
SchwVVO	Wahlordnung Schwerbehindertenvertretungen
SGB	Sozialgesetzbuch
sog.	sogenannte

SPV	Stahlhacke, Preis, Vossen (siehe Literaturverzeichnis)
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
St. Rspr.	Ständige Rechtsprechung
Temp. L. Q.	Temple Law Quarterly
TLR	Times Law Reports
TVG	Tarifvertragsgesetz
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz
u. a.	unter anderem
UMAG	Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts
v.	von/vom
Var.	Variante
VersR	Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht
vgl.	vergleiche
Vol.	Volume (Jahrgang einer Zeitschrift)
Vorb.	Vorbemerkung
VuR	Verbraucher und Recht
WiWo	Wirtschaftswoche Zeitschrift
WM	Wertpapiermitteilungen Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WPg	Die Wirtschaftsprüfung
WPM	Wertpapiermitteilungen Zeitschrift
WSI	Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut
WuM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht
www	World Wide Web
z. B.	zum Beispiel
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZTR	Zeitschrift für Tarifrecht

Problemstellung

§ 1 Ausgangspunkt und Intention der Arbeit

„*He who comes into a court of equity must come with clean hands*“¹, war schon vor Jahrhunderten der streitentscheidende Rechtssatz im angloamerikanischen Recht, um einen Rechtsbehelf eines Klägers² wegen eigenen Fehlverhaltens abzulehnen. In der Rechtsprechung des Reichsgerichts findet sich ein dem entsprechender Grundsatz: „Wer selbst vertragsuntreu ist, kann aus der Vertragsverletzung des Gegners keine Rechte herleiten“³. Dieses althergebrachte Rechtsprinzip⁴, dessen Ursprung sich bis ins römische Recht⁵ zurückverfolgen lässt, soll Gerechtigkeit, Vertrauen, Aufrichtigkeit, Fairness und Gewissenhaftigkeit fördern; sowohl auf Seiten des Beklagten als auch auf klägerischer Seite.⁶

Wenn dies nach wie vor ein geltender Rechtssatz ist, müsste dieser auch in Kündigungsrechtsstreitigkeiten, den Streitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern, die am häufigsten Gegenstand arbeitsgerichtlicher Prozesse sind⁷, zur Anwendung gelangen. Über Kündigungsschutzprozesse sagt man, diese seien für beide Seiten gleichermaßen psychologisch und finanziell belastend. Während im laufenden Arbeitsverhältnis um des „Friedens willens“ das ein oder andere hingenommen wird, wird im Kündigungsschutzprozess kaum mit etwas hinterm Zaun

¹ In re Hays' Estate, 159 Pa. 381, 383, 28 A. 158 (1893); vgl. Bentley v. Tibbals, 223 Fed. 247, 251 (C. C. A. 2d, 1915); *Hanbury*, Modern Equity, Rn. 1–028.

² Zur besseren Lesbarkeit wird die männliche Form verwendet, mit der alle Geschlechter gemeint sind.

³ RG, Urt. v. 22. 02. 1928 – I 219/27 – RGZ 120, 193, 196; RG, Urt. v. 07. 10. 1924 – VII 887/23 – RGZ 109, 54, 55; RG, Urt. v. 10. 01. 1908 – II 280/07 – RGZ 67, 313, 319.

⁴ *Teubner*, Gegenseitige Vertragsuntreue, S. 1 ff. m. w. N.

⁵ *HKK/Duve*, § 242 Rn. 6 m. w. N.; zu *bona fides* als Ursprung des § 242 BGB *Liebs*, Römisches Recht, S. 267, 299.

⁶ *O. V.*, Application of the „Clean Hands“ Doctrine, 9 Temp. L. Q. 220, 1934–1935; vgl. *Hanbury*, Modern Equity, Rn. 1–028.

⁷ Ausweislich der amtlichen Statistik des BMAS gab es in Deutschland im Jahr 2015 194.695 Verfahren wegen Kündigungen; 143.217 Zahlungsklagen, 2.875 Streitigkeiten um die tarifliche Eingruppierung und 111.084 sonstige Verfahren. Damit entfallen die meisten Prozesse auf Kündigungsstreitigkeiten (http://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Statistiken/Ergebnisse-Statistik-Arbeitsgerichtsbarkeit-2015.pdf?jsessionid=E954BDA2D398FB2C5C85AB7AD4F9F1A2?__blob=publicationFile&v=1 – zuletzt abgerufen am 09. 08. 2017).

gehalten. Die Gefahr, dass die Beziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer durch den Kündigungsschutzprozess aufgrund beiderseits vorgebrachter Anschuldigungen derartig Schaden nimmt und nicht fortgesetzt werden kann, hat der Gesetzgeber gesehen und für den Fall, dass diese Gefahr eintritt, eine Auflösungsmöglichkeit gegen Abfindung in den §§ 9, 10 KSchG geregelt.

Genauso ist es denkbar, dass die Vorgeschichte, wie es zum Anlass der Kündigung kam, von wechselseitig ausgehenden Konfliktsituationen geprägt ist, es eine Schwarz-Weiß-Einteilung vom vertragsbrüchigen, den Betriebsfrieden nachhaltig störenden Arbeitnehmer und dem geschädigten Arbeitgeber nicht gibt. Ist eine Kündigung, zu der Arbeitnehmer und Arbeitgeber wechselseitig Anlass gegeben haben, dann sogleich ein Verstoß gegen die „Clean-Hands-Doctrine“? Lässt sich der Rechtsatz aufstellen, dass eigenes Verschulden des Arbeitgebers zum Ausschluss der Kündigungsbefugnis führt?

A. Fälle aus der Rechtsprechung als Anlass der Arbeit

Den Anstoß, mit der vorliegenden Arbeit die Struktur des Kündigungsschutzes auf Elemente des Verschuldens näher zu untersuchen, gaben zwei Fälle, in denen Arbeitnehmern Kündigungen ausgesprochen wurden, die sich weigerten eine rechtswidrige oder unbillige Weisung ihres Arbeitgebers zu befolgen.⁸ Die Gerichte kamen zu dem einleuchtenden Ergebnis, dass aufgrund der Rechts- oder Treuwidrigkeit der Weisung keine Befolungspflicht bestand, folglich keine zur Kündigung berechtigte Pflichtverletzung der Arbeitnehmer vorlag. Geradezu beispielhaft für das vorliegende Thema war eine Entscheidung⁹, die zwar im Kontext zum Anspruch auf Annahmeverzugslohn erging, deren zugrunde liegender Sachverhalt aber auch eine Kündigungssituation hätte abbilden können. Es ging ebenfalls um die Arbeitsverweigerung eines Arbeitnehmers mit dem Unterschied, dass die ausgesprochene Weisung objektiv betrachtet noch rechtmäßig war, so dass folglich mit der Arbeitsverweigerung eine an sich nicht unerhebliche arbeitnehmerseitige Pflichtverletzung vorlag. Da indes die Weisung vom Arbeitgeber in der Hoffnung ausgesprochen wurde, der Arbeitnehmer werde die Rechtmäßigkeit der Weisung verkennen, gab der Fall über die konkret zu entscheidenden Fragen (zum Annahmeverzugslohn) hinaus Anlass weiter über die Auswirkungen von arbeitgeberseitiger Mitverantwortung auf die Kündigungsbefugnis nachzudenken. Wenn es Zweck einer Weisung ist, den Arbeitnehmer zu einer Pflichtverletzung zu veranlassen und sich der Arbeitnehmer infolgedessen pflichtwidrig verhält, kann darauf die Kündigung gestützt werden? Gem. § 242 BGB ist der Ausspruch einer solchen Weisung rechtsmissbräuchlich. Zudem verstößt eine auf die Nichtbefolgung einer solchen Weisung gestützte Kündigung gegen das Verbot widersprüchlichen Verhaltens. Gleichzeitig

⁸ LAG Mecklenburg-Vorpommern, Beschl. v. 18.12.2014 – 5 TaBV 7/14 – ArbR 2015, 228; LAG Thüringen, Urt. v. 10.04.2001 – 5 Sa 403/2000 – NZA-RR 2001, 347.

⁹ BAG, Urt. v. 22.02.2012 – 5 AZR 249/11 – NZA 2012, 858, 860.

trägt der Arbeitgeber, dadurch, dass er die rechtsmissbräuchliche Weisung erteilt hat, Mitverantwortung in Form des Verschuldens für die Pflichtverletzung. Welche Folgen ergeben sich daraus für das Kündigungsrecht und in welchem Verhältnis steht das Verschulden zur Rechtsausübungsschranke von „Treu und Glauben“?

Hinsichtlich der verhaltensbedingten Kündigung ließen sich schnell weitere Anknüpfungspunkte für ein Mitverschulden des Arbeitgebers ausmachen: Aus dem Bereich des Organisationsverschuldens, wie unzureichende Einweisung und Überwachung des Arbeitnehmers, die zu kündigungsrelevanten Pflichtverletzungen führen, oder gemeinsam von Arbeitnehmer und Arbeitgeber begangene Compliance-Verstöße, auf die dann die Kündigung gestützt werden soll. Dann wurden die anderen Kündigungsarten in den Blick genommen. Gibt es bei der personen- und betriebsbedingten Kündigung, wie bei der verhaltensbedingten Kündigung vorausgesetzt¹⁰, auch ein Verschuldens- oder Verantwortungselement, das in einem anderen Licht im Hinblick auf die Rechtfertigung der Kündigung erscheint, sofern der Arbeitgeber für die kündigungsauslösende Störung mitverantwortlich ist? Schließlich richtete sich der Fokus auf die Fälle der arbeitsbedingten Erkrankungen und Kündigungen. Berufskrankheiten und arbeitsbedingte Erkrankungen könnten als eine Form der arbeitgeberseitigen Verantwortung zu werten sein.

Angesichts der unter diesen Voraussetzungen gegebenen Anzahl potentieller Betroffener¹¹ und der vielzähligen Anknüpfungspunkte für eine Mitverantwortung des Arbeitgebers, welche eine Bandbreite von Fallkonstellationen eröffnen, erscheint eine Auseinandersetzung mit den Folgen arbeitgeberseitiger (Mit-)Verantwortung an der Entstehung des Kündigungsgrundes lohnenswert.

Welche Bedeutung hat der Charakter des Arbeitsverhältnisses als Dauerschuldverhältnis; soll es ohne den einst angestrebten Leistungsaustausch sinnentleert aufrechterhalten bleiben? Welche Rolle spielt die soziale Verantwortung des Arbeitgebers? Und wie ist die Mitverantwortung des Arbeitgebers zu bewerten, wenn sie nur in einem mittelbaren Zusammenhang zur Pflichtverletzung des Arbeitnehmers steht?

Die Antwort wäre leichter, stünde statt der Kündigung ein Rücktritt von einem Kaufvertrag im Raume und hätte nicht der kündigende Arbeitgeber eine Pflicht verletzt, sondern der den Rücktritt begehrende Käufer, indem er den ihn an sich zum Rücktritt berechtigenden Umstand, z.B. die Erfolglosigkeit der Nacherfüllung,

¹⁰ BAG, Urt. v. 19.11.2015 – 2 AZR 217/15 – NZA 2016, 540, 542; BAG, Urt. v. 03.11.2011 – 2 AZR 748/10 – NZA 2012, 607; ErfK/*Oetker*, § 1 Rn. 188; KR-*Rachor*, § 1 KSchG Rn. 426.

¹¹ Im Jahr 2015 wurde in 81.702 Fällen eine Anzeige wegen des Verdachts einer Berufskrankheit gestellt, wovon 18.041 anerkannt wurden. In den ca. 63.000 übrigen Fällen, die nicht anerkannt wurden, ist ein zur Arbeit bestehender Zusammenhang möglicherweise nicht auszuschließen (Zahlen nach <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/241371/umfrage/kennzahlen-der-berufskrankheiten-in-deutschland/> – zuletzt abgerufen am 09.08.2017).