

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 Kontinuitätserwartungen 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 Analysekriterien	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 Sozial- einheit	395
a) Legitimation als Akzeptanz von Herrschaft	395
b) Die Funktionen von sozialen Wertorientierungen	396
c) Der Einfluß von Leitbildern auf die Wertbildung von Sozial- einheiten und die Rechtsanwendung	398
aa) Das Arbeitsverhältnis – ein personenrechtliches Gemein- schaftsverhältnis?	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 Stö- rungssensibilität 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 Störungskonstrukten, 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 Gegenstands- bereich ausblenden	422
2. Abgrenzung zu sonstigen Rechtfertigungen einer Sanktions- befugnis 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 Kontinuitätserwartungen	486
1. „Grundvertrauen“, „konkretes Vertrauen“ und Vertrauen als „ris- kante Vorleistung“	486
2. Die besondere Schutzwürdigkeit von Kontinuitätserwartungen ...	488
a) Gesamtgesellschaftlich begründete Kontinuitätserwartungen	488
b) Identitätsbegründete Kontinuitätserwartungen	489
3. Identitätsneutrale und identitätsrelevante personenbezogene Kon- tinuitätserwartungen	489
4. Gegenstände von personenbezogenen Kontinuitätserwartungen, 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) Einschränkung 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 Störungskonstrukten	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 kündigungsrechtlichen 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 kündigungsrechtlichen 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 gegen- über 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
RGBI.	= 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 Tariftrecht
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 eruierbar 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.