

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 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 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 Gegenstandsbereich ausblenden .....	422
2. Abgrenzung zu sonstigen Rechtfertigungen einer Sanktionsbefugnis der Herrschaftsträger .....	427

Inhaltsverzeichnis	21
3. Die drei Funktionen des Arbeitsvertrags im Rahmen einer gesamt- wohlgebundenen Herrschaft .....	429
4. Kontraktrechtliche oder statusrechtliche Deutung des Arbeitsver- hältnisses .....	435
IV. Probleme der Integration der Betriebsbußenlehre in das materielle Kündigungsschutzrecht .....	441
V. Verhinderung einer Privilegierung des Strukturbereichs der abstrak- ten betrieblichen Ordnung? .....	443
1. Leugnung des Sanktionscharakters von Beendigungskündi- gungen .....	443
2. Mitbestimmungspflichtigkeit sanktionierender Beendigungs- kündigungen? .....	445
3. Problemlösung nur de lege ferenda möglich .....	445
<b>§ 12 Der Bereich der betrieblichen Verbundenheit .....</b>	<b>446</b>
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“ zuzuord- nenden Fallgruppen .....	452
1. Meinungsausprägung 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
<b>§ 13 Der Strukturbereich der Zuschreibung (= Zuschreibungsbereich) .....</b>	<b>464</b>
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 Tabuzonen .....	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 Identitätsdokumente .....	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 Verletzung von Höflichkeits- und Taktregeln .....	485
6. Vertrauen in den Fortbestand der Identität aus Sicht des Vertrauensempfängers .....	485
III. Personenbezogene Kontinuitätserwartungen .....	486
1. „Grundvertrauen“, „konkretes Vertrauen“ und Vertrauen als „risikante Vorleistung“ .....	486
2. Die besondere Schutzwürdigkeit von Kontinuitätserwartungen ...	488
a) Gesamtgesellschaftlich begründete Kontinuitätserwartungen	488
b) Identitätsbegründete Kontinuitätserwartungen .....	489
3. Identitätsneutrale und identitätsrelevante personenbezogene Kontinuitätserwartungen .....	489
4. Gegenstände von personenbezogenen Kontinuitätserwartungen, die gesamtgesellschaftlich als schützenswert ausgewiesen sind ...	491
a) Können als Bezugspunkt .....	491
aa) Grundkompetenzen .....	491
bb) Fachkompetenzen .....	491

Inhaltsverzeichnis	23
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 Verdachtskündigungen .....	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 „Vertrauen“ 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 Abmahnungen .....	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 Basisvoraussetzungen und sonstigen Zuschreibungen .....	528
6. Zu Begründungsversuchen, das Abmahnungserfordernis zu rechtfertigen! .....	529
7. Die rechtsssoziologische Funktion der Abmahnung – Reduktion von Komplexität .....	530

<b>IV. Der Mechanismus „Vertrauen“ – seine Bedeutung für den Umfang des „Guthaben-Saldos“ sowie für die Basisvoraussetzungen .....</b>	<b>531</b>
1. Wiederholung bisheriger Einsichten zum <i>topos „Vertrauen“</i> ...	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. Vertrauengewährung – 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
<b>D. Vertrauen und der positive Mindestsaldo der Identität des Arbeitnehmers</b>	<b>543</b>
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 Mindestsaldo 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

Inhaltsverzeichnis	25
<b>§ 14 Generelle Gewichtungskriterien (Intensitätsmodulatoren), Entschuldigungen und Billigkeitsargumente .....</b>	<b>553</b>
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 Begehnungsform .....	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 Begehrswürdigkeit 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
<b>§ 15 Der Strukturbereich der Äquivalenz .....</b>	<b>568</b>
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) Gegenstands system im Optimierungsprozeß .....	583
IV. Preisgabe der Äquivalenzidee durch die Rechtsprechung des BAG? 586	
V. Zusammenfassung .....	589
<b>§ 16 Kündigungsgründe aus dem Strukturbereich der „System / Umwelt-Beziehung“ .....</b>	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
<b>§ 17 Die innere Ordnung der arbeitnehmerbedingten Kündigungsgründe — zugleich eine Zusammenfassung .....</b>	<b>620</b>
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 Kündigungsgründe .....	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 sanktionsierenden 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 „Zuschreibungsbereichs“ .....	635
7. Verhältnis des „Zuschreibungsbereichs“ zu den anderen Strukturbereichen .....	635

<b>IV. Der Strukturbereich der Äquivalenz .....</b>	<b>635</b>
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
<b>V. Der Strukturbereich der System / Umwelt-Beziehung .....</b>	<b>637</b>
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
<b>C. Prüfungsschema bei arbeitnehmerbedingten Kündigungsgründen .....</b>	<b>639</b>
<b>D. Bemerkungen zu möglichen kritischen Einwänden .....</b>	<b>642</b>
I. Einwand gegen die Rechtsgewinnungsmethode .....	642
II. Zweifel am dogmatischen Aussagewert der Strukturbereiche .....	643
III. Einwand der Ideologie .....	643
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>645</b>
<b>Sachregister .....</b>	<b>702</b>

## **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
Büsches	= Organisationssoziologie
Bydlinski 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 / Kremhelmer	= 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	= Bundesangestelltenttarif
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 Stahlhake
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 Stahlhake
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	= Oberverwaltungsgericht
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

## Abkürzungsverzeichnis

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

## *I. Teil*

### **Einführung und kritische Bestandsaufnahme<sup>1</sup>**

#### **§ 1 Einleitung und einige methodische Vorbemerkungen**

##### **A. Einleitung**

Nach einer alten Gelehrtenweisheit, für die meist Eugen Ehrlich<sup>2</sup> 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 Formulierungswängen 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 jüngst<sup>3</sup> 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

---

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

<sup>2</sup> Grundlegung, Vorrede; vgl. auch Röhl, § 5, 2 = S. 28.

<sup>3</sup> 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 gescheiterteres<sup>4</sup> 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. Herkömmlicherweise<sup>5</sup> 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 *Interessenabwägung*<sup>6</sup> muß dreierlei beachten<sup>7</sup>.

Sie muß alle relevanten<sup>8</sup> Interessen erfassen (1.), diese nicht nur faktisch erfassen, sondern auch rechtlich bewerten (2.) und bei Kollisionen die Interessen gegeneinander abwägen<sup>9</sup> (3.).

Mit einem solchen Rechtsanwendungsprogramm sind dem Rechtsanwender Freiräume zugebilligt, die nicht nur bei den Parteien, die derartiger richterlicher Rechtsanwendung ausgesetzt sind, Argwohn auslösen müssen<sup>10</sup>. So hat Bötticher schon früh<sup>11</sup> die Neigung der Rechtsprechung kritisiert, eine Abwägung *nahezu*

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> Kraft, Interessenabwägung, S. 209 ff.; Teubner, Standards, S. 44 f.

<sup>8</sup> Struck, a. a. O., S. 171 (S. 175).

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

<sup>10</sup> Schwerdtner, DB 1990, 375 (377); Birk, JuS 1987, 113.

<sup>11</sup> 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* durchzuführen<sup>12</sup>. 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 Erforderlichkeitsgrundsatz<sup>13</sup>, 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.

<sup>12</sup> 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 traditionierten 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.).

<sup>13</sup> 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.