



Tilman Meys

Rechtsfortbildung extra legem im Arbeitsrecht

Dargestellt anhand zentraler
Entscheidungen des Bundesarbeits-
und Bundesverfassungsgerichts



A. Einleitung

Der Begriff „Rechtsfortbildung“ ist ambivalent. Er weist einerseits auf eine gestaltende Rolle der Judikative hin, da der Richter das Recht nicht bloß anwenden, sondern auch weiterentwickeln soll. „Rechtsfortbildung“ steht andererseits im Gegensatz zur „Rechtssetzung“, woraus man ersehen kann, dass der Richter sich nur innerhalb eines Rahmens bewegen darf, welchen das positive Recht vorgibt. Die untergeordnete Rolle der Judikative wird durch das Demokratie-, Gewaltenteilungs- und Rechtsstaatsprinzip gemäß Artikel 20 Abs. 1-3 des Grundgesetzes (GG) festgelegt. Es obliegt der Methodenlehre, auf der Grundlage dieser verfassungsrechtlichen Vorgaben die Grenzen richterlicher Gestaltungsbefugnisse zu beschreiben.¹

Diese Aufgabe ist im Arbeitsrecht besonders problematisch, wofür man verschiedene Gründe nennen kann. Das Arbeitsrecht ist zunächst eine politisch sensible Materie, weshalb der Gesetzgeber bisher keine einheitliche Regelung für den Arbeitsvertrag und überhaupt keine Regelung für das Arbeitskampfrecht getroffen hat. Für den Arbeitsvertrag folgt hieraus ein „zersplittertes“ Recht, dessen Grundlage eine veraltete Kodifikation ist. Das Bundesarbeitsgericht (BAG) wendet auf das Arbeitsverhältnis mangels eines Arbeitsvertragsgesetzes weiterhin das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) an.² Dieses ist allerdings kein adäquates Gesetz, weil seinen Schöpfnern die besonderen Schutzbedürfnisse abhängig Beschäftigter noch fremd waren, deren rechtliche Verbindlichkeit spätestens seit Erlass des Grundgesetzes unumstritten ist. Die zahlreichen Spezialgesetze, welche ergänzend neben das BGB getreten sind, sind darüber hinaus anfällig für Widersprüche, welche die Rechtsprechung aufzulösen hat.³ Die Sonderstellung des Arbeitskampfrechts tritt noch deutlicher hervor, weil sich hier aus wenigen nicht im einfachen Gesetzesrecht normierten und daher höchst unbestimmten Rechtsbegriffen wie der „Sozialadäquanz“⁴ oder dem „Paritätsprinzip“⁵ ein ganzes Richter-Rechtsgebiet entwickelt hat. Abgesehen von den „Unterlassungssünden“ des Gesetzgebers wohnt dem Arbeitsrecht an sich schon „methodische

1 Zur aktuell zwischen namhaften Richtern und Rechtslehrern geführten Debatte über die Leistungsfähigkeit der Methodenlehre siehe: Hassemer, ZRP 07, 213 ff.

2 Vgl. etwa BAGE 5, 159, 161; 90, 251, 254 ff.

3 Hierzu mit Beispielen Reuter, RdA 85, 321 ff.; man denke in diesem Zusammenhang an BAGE (GS) 31, 176 ff., wo ein vermeintlicher Widerspruch zwischen den §§ 111 ff. Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) und § 61 Konkursordnung (KO) a.F. aufgelöst werden sollte; man denke des Weiteren an die facettenreiche Problematik hinsichtlich der Auswirkung von Verstößen gegen Betriebsverfassungsrecht auf die Wirksamkeit von Individualvereinbarungen; hierzu vor allem BAGE (GS) 69, 134, 170, 171; ebenso problematisch ist das Zusammenspiel von Kündigungsschutzgesetz (KSchG) und BetrVG; siehe hierzu aus neuerer Zeit BAG – Urteil vom 9. November 2006 – NZA 07, 549 ff.

4 Vgl. hierzu BAGE (GS) 1, 291, 300.

5 Vgl. hierzu BAGE 33, 140, 148 ff.

Sprengkraft“ inne, die sich aus dem strukturellen Machtungleichgewicht zwischen den Parteien des Arbeitsvertrages ergibt. Die existentielle Bedeutung des Arbeitsplatzes für den Arbeitnehmer erlaubt dem Arbeitgeber die einseitige inhaltliche Gestaltung des Arbeitsvertrages, welche zusammen mit seinem Weisungsrecht zur Konkretisierung der Arbeitsleistung das Ungleichgewicht begründet.⁶ Weil der Privatautonomie immanent ist, dass auch die Interessen strukturell unterlegener Parteien zu berücksichtigen sind, besteht Regelungsbedarf. Dieser ist hoch, weil die Herstellung eines Machtgleichgewichts komplexer ist als die Wahrung der Interessen gleich mächtiger Vertragspartner. Hoher Regelungsbedarf wiederum bedingt die Zunahme von Richterrecht, weil der Gesetzgeber allein nicht die Fülle der notwendigen Regelungen erkennen kann.⁷

Arbeitsrechtliche Betrachtungen zur Methodenlehre können sich auf die gesetzübersteigende Rechtsfortbildung (*extra legem*) konzentrieren, wohingegen die gesetzkonkretisierende Rechtsfortbildung (*praeter legem*) vernachlässigbar ist. Denn problematisch ist die Rolle des Arbeitsrichters, soweit er an Stelle des Gesetzgebers Rechtssätze entwickelt oder Wertungswidersprüche zwischen Einzelgesetzen ausräumt, ebenso, wenn er vorhandene Vorschriften den grundrechtlich verankerten Schutzgeboten und der Natur des Arbeitsvertrages anpasst. Diese Aspekte ergeben sich regelmäßig nicht aus dem Gesetz, dessen Normtexte richterlich korrigiert oder ergänzt werden, sondern erlangen im Gesamtzusammenhang der Rechtsordnung Bedeutung.

Ziel der Arbeit ist es, ausgehend von den allgemein anerkannten Grundsätzen methodische Besonderheiten des Arbeitsrechts im Bereich der Rechtsfortbildung *extra legem* darzustellen. Solche liegen dann vor, wenn methodische Regeln ausschließlich oder mit deutlichem Schwerpunkt dieses Rechtsgebiet betreffen. Noch weiter gehend ist die Frage zu stellen, ob eine eigenständige Methode existiert. Dies bemisst sich daran, ob im Arbeitsrecht von den wesentlichen allgemeinen Grundsätzen abzuweichen ist. Als solche lassen sich unter Berufung auf die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur folgende feststellen: das Vorliegen eines rechtlichen Arguments als Grundvoraussetzung von Rechtsfortbildung *extra legem*,⁸ die Beschränkung durch den Willen des Gesetzgebers⁹ und der Ausschluss des Richterrechts von den Rechtsquellen¹⁰.

6 Das strukturelle Ungleichgewicht ist etwa in BAGE (GS) 78, 56, 64 ff. und BAGE 24, 177, 189 das ausschlaggebende Argument für Rechtsfortbildung gewesen.

7 BVerfGE 3, 225, 242 ff.; 13, 153, 164; 25, 167, 181; 34, 269, 288, 289.

8 BVerfGE 34, 269, 286 ff.; 65, 182, 193 ff.; Rütters, Rechtstheorie, 510; Larenz/Canaris, Methodenlehre, 245 ff.; Canaris, GS für Dietz, S. 199, 204 ff.

9 BVerfGE 8, 28, 34; 54, 277, 299 ff.; 71, 81, 105; Rütters, Rechtstheorie, 531 ff.; Larenz/Canaris, Methodenlehre, 245 ff.; Peter, RdA 85, 337, 340.

Ausgangspunkt der Betrachtungen ist die allgemeine Methodenlehre. Diese rückt die verfassungsrechtliche Position des Richters in den Blickpunkt. Aus Gründen des Demokratie-, Rechtsstaats- und Gewaltenteilungsprinzips ist die zentrale Frage, wie die Macht zwischen Legislative und Judikative bei der Ausübung von Staatsgewalt verteilt ist. Dieses Verhältnis ist daher nach einer kurzen Einleitung, welche zur Definition der verwendeten Begrifflichkeiten und zur Skizzierung des Arbeitsgegenstandes dient, in den Mittelpunkt der Erörterungen zu stellen. Hierbei ist zu klären, ob der richterliche Interpretationsfreiraum, welcher dem Begriff „Rechtsfortbildung“ immanent ist, angemessen in der herrschenden Methodenlehre und Rechtsprechung berücksichtigt wird. Das Festhalten an der methodischen Voraussetzung der „Regelungslücke“, die der Richter in denkendem Gehorsam gegenüber dem Gesetzgeber auszufüllen habe, weckt hieran Zweifel. Denn es ist angesichts faktisch bestehender Beurteilungsspielräume bei der Rechtsprechung fraglich, ob man die harte Voraussetzung der „Lücke“ nicht durch ein flexibleres Konzept ersetzen sollte, welches in unbestimmten Rechtsbegriffen keine Gebote, sondern Befugnisse des Richters zur Rechtsgestaltung erblickt, deren Ausübung aus den genannten verfassungsrechtlichen Gründen Schranken unterliegt. Bei der Suche nach geeigneten Schranken stellen sich die folgenden beiden Fragen:

- Unterliegt Richterrecht extra legem bezogen auf das Verhältnis von Legislative und Judikative den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsprinzips?
- Unterliegt Richterrecht extra legem einer Begründungslast hinsichtlich dieser Verhältnismäßigkeitsprüfung, wonach die Argumente für die Erfüllung der einzelnen Voraussetzungen die Gegenargumente aus objektiv-rationaler Sicht überwiegen müssen?

Im Anschluss daran ist zu untersuchen, inwieweit bezogen auf die einzelnen Aspekte der Verhältnismäßigkeitsprüfung im Arbeitsrecht methodische Besonderheiten bestehen. Dabei geht es im Wesentlichen um die folgenden Aspekte:

- Ist (soziale) Gerechtigkeit wegen existentieller Schutzbedürfnisse des Arbeitnehmers Maßstab für Rechtsfortbildung?
- Ist der Arbeitsrichter zu einer freien Methodik legitimiert, die sich der Rechtsquellen allenfalls zur Bestätigung eines vorgefassten Rechtsgefühls bedient?
- Wie stellen sich Rechtsprinzipien und das Argument der „Natur der Sache“ im Arbeitsrecht dar?

10 BVerfGE 38, 386, 396, 397; 84, 212, 227; BAGE 33, 140, 159; 58, 138, 149; Larenz/Canaris, Methodenlehre, 252 ff.; Bydlinski, JZ 85, 149, 151 ff.; Larenz, in: FS für Schima, S. 247 ff.

- Kann man am Verbot des Judizierens contra legem als zentraler Schranke des Richterrechts festhalten?
- Inwieweit kehrt sich zugunsten bestehender Präjudizien die Begründungslast um?
- Existieren Maßstäbe, welche der Arbeitsrechtsordnung zugrunde liegen und dieser die Stellung eines Sonderrechtsgebiets zuweisen?
- Welche Besonderheiten gelten für das Arbeitskampfrecht als krasserster Ausdruck richterlicher Entscheidungsfreiheit?

Bei der Frage nach einer optimalen Verwirklichung der Untersuchungsziele kommt der richtigen Auswahl des Untersuchungsgegenstandes großes Gewicht zu. Hier bietet das Arbeitsrecht einen Vorteil, den es zu nutzen gilt. Denn die rege Betätigung der Rechtsprechung im Arbeitsrecht hat mit der Zeit eine beachtliche Zahl an Entscheidungen hervorgebracht, die aus methodischer Sicht von Bedeutung sind. Die Analyse dieser Entscheidungen ist ein wichtiges Mittel zur Veranschaulichung der Thematik. Denn die Sätze der Methodenlehre sind als grundlegende Regeln des Rechts von hohem Abstraktionsgrad, weswegen sich ihr Sinn weniger durch diese selbst als durch ihren praktischen Gebrauch erschließt.

Um den praktischen Wert der zu erarbeitenden methodischen Regeln für die richterliche Rechtsfortbildung zu verdeutlichen, werden überdies im Anhang einige zentrale Entscheidungen in tabellarischer Form aufgeführt, die den Erfordernissen dieser Regeln nicht genügen.