

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|----|
| A. Einleitung | 1 |
| B. Zum Begriff der Rechtsfortbildung extra legem | 5 |
| I. Zum Begriff der Rechtsfortbildung in Abgrenzung von der Gesetzesauslegung | 5 |
| II. Arten der Rechtsfortbildung | 7 |
| 1. Gesetzeskonkretisierende Rechtsfortbildung (praeter legem) | 8 |
| 2. Gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung (extra legem) | 8 |
| 3. Gesetzeskorrigierende Rechtsfortbildung (contra legem) | 11 |
| C. Zur Zulässigkeit der Rechtsfortbildung extra legem im Allgemeinen | 13 |
| I. Zur Problematik der Rechtsfortbildung extra legem | 13 |
| 1. Zur Problematik der Weiterbeschäftigungsentscheidung (BAGE 48, 122 ff.) | 13 |
| 2. Beeinträchtigung des Demokratieprinzips (Artikel 20 Abs. 1-3 GG) | 14 |
| 3. Beeinträchtigung des Gewaltenteilungsprinzips (Artikel 20 Abs. 2 S. 2 GG) | 16 |
| 4. Beeinträchtigung des Rechtsstaatsprinzips (Artikel 20 Abs. 3 GG) | 17 |

| | | |
|-------------|--|----|
| 5. | Anforderungen an einen Ansatz für die Zulässigkeitsprüfung von Rechtsfortbildung extra legem | 18 |
| II. | Diskutierte Zulässigkeitskriterien | 19 |
| 1. | Normtexte als Grundlage | 19 |
| 2. | Die Rechtsordnung als Grundlage | 20 |
| | a) Rechtsordnung als Sinn Ganzes | 20 |
| | b) Vieldeutigkeit des Begriffs „Rechtsordnung“ | 20 |
| | c) Die Vorstellung von der Lücke in der Rechtsordnung | 22 |
| 3. | Die Anschauungen des Rechtsverkehrs als Grundlage | 22 |
| 4. | Brauchbarkeit der genannten Kriterien | 23 |
| | a) Zur strukturierenden Rechtslehre | 23 |
| | b) Zur Rechtsordnung als Sinn Ganzes | 24 |
| | aa) Brauchbarkeit des methodischen Ansatzes | 24 |
| | bb) Kritik am methodischen Ansatz | 25 |
| | cc) Problematik des Lückendogmas | 26 |
| | c) Die Anschauungen des Rechtsverkehrs | 29 |
| | d) Zwischenergebnis | 30 |
| III. | Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Ausgangspunkt der Zulässigkeitsprüfung | 30 |
| 1. | Prüfungsschritte und Bezugspunkte des Verhältnismäßigkeitsprinzips | 30 |

| | | |
|------------|---|-----------|
| 2. | Zur Anwendbarkeit des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Verhältnis von Legislative und Judikative gemäß den verfassungsrechtlichen Vorgaben | 31 |
| | a) Herleitung des Verhältnismäßigkeitsprinzips aus den Grundrechten | 31 |
| | b) Weiter Anwendungsbereich nach Bleckmann | 33 |
| | c) Vorrang der Verfassung als zutreffender Ansatz | 34 |
| 3. | Besondere Praktikabilität des Verhältnismäßigkeitsprinzips zur Lösung der Problemstellungen bei der Rechtsfortbildung extra legem | 36 |
| | a) Legitimer Zweck | 38 |
| | b) Geeignetheit | 43 |
| | c) Erforderlichkeit | 43 |
| | d) Angemessenheit | 44 |
| | e) Einbeziehung der beteiligten Individualrechtspositionen | 46 |
| IV. | Die Begründungslast als Schranke der Rechtsfortbildung extra legem | 46 |
| 1. | Anwendung zugunsten bestehenden Richterrechts | 46 |
| 2. | Anwendung zugunsten der Legislative | 47 |
| | a) Vorrang der Legislative | 47 |
| | b) Rechtssicherheit | 49 |

| | |
|--|----|
| V. Zum Anwendungsbereich der Rechtsfortbildung extra legem | 49 |
| 1. Trennung der Anwendungsbereiche von Rechtsfortbildung | 50 |
| 2. Zum Anwendungsbereich ausfüllungsbedürftiger Wertungsmaßstäbe | 51 |
| VI. Zwischenergebnis | 52 |
| D. Zulässigkeit der Rechtsfortbildung extra legem im Arbeitsrecht | 55 |
| I. Prüfungspunkt legitimer Zweck | 55 |
| 1. Einleitung | 55 |
| 2. Gerechtigkeitserwägungen als normativer Maßstab | 56 |
| a) Gerechtigkeitserwägungen in der Rechtsprechung von BVerfG, BGH und BAG | 57 |
| b) Gerechtigkeitserwägungen in der Literatur | 59 |
| c) Kritische Stellungnahme | 59 |
| aa) Gerechtigkeit und „Recht“ als sich einander gegenüberstehende Begriffe | 59 |
| bb) Zur Einzelfallgerechtigkeit | 61 |
| cc) Zur sozialen Gerechtigkeit | 62 |
| dd) Gerechtigkeitsmaßstab und Entwicklung der Rechtsordnung | 63 |
| 3. Zum Rechtsrealismus | 64 |
| 4. Unzureichende gesetzliche Vorgaben und Rechtsfortbildung extra legem | 65 |

| | |
|--|----|
| a) Darstellung der theoretischen Ansätze | 66 |
| aa) Gamillscheg und von Carolsfeld | 66 |
| bb) Adomeit | 69 |
| cc) Gerhard Müller | 71 |
| b) Stellungnahme | 72 |
| aa) Zum Gewaltenteilungsprinzip | 72 |
| (1) Keine Geeignetheit der „politischen Entscheidung“ als Maßstab | 72 |
| (2) Verhältnis von Gewaltteilungs- und Demokratieprinzip | 72 |
| bb) Rechtsstaatsprinzip und Methodenehrlichkeit | 75 |
| (1) Zur Berücksichtigung nicht normativer Argumente bei der Anwendung von Rechtsnormen | 76 |
| (2) Vorteil der auf normative Maßstäbe gestützten Rechtsprechung | 78 |
| cc) Zum Sozialstaatsprinzip | 82 |
| 5. Zur Einbeziehung von Rechtsprinzipien in die richterliche Rechtsfindung | 82 |
| a) Zum Begriff des Rechtsprinzips und seiner Problematik | 82 |
| b) Diskussion zur Einbeziehung von Rechtsprinzipien in die richterliche Rechtsfindung | 84 |
| c) Zentrale Prinzipien des Arbeitsrechts | 86 |
| d) Zum Arbeitnehmerschutzprinzip | 88 |

| | | |
|-------------|--|-----|
| 6. | Die Natur der Sache | 90 |
| | a) Natur der Sache als rechtliches Argument | 90 |
| | b) Auf den Arbeitsvertrag bezogene Strukturelemente | 94 |
| | c) Natur der Sache und Arbeitsverhältnis | 95 |
| | aa) Fürsorgepflicht | 95 |
| | bb) Unmittelbare Grundrechtsbindung des Arbeitgebers | 97 |
| | (1) Bedeutung der Grundrechte im Privatrecht | 97 |
| | (2) Grundrechtsbindung und Vertragseingehung | 99 |
| | (3) Grundrechtsbindung und Vertragsvollzug | 100 |
| 7. | Zwischenergebnis zum legitimen Zweck | 102 |
| II. | Voraussetzung der Geeignetheit | 103 |
| | 1. Definition der Geeignetheit | 103 |
| | 2. Bedeutung für das Arbeitsrecht | 104 |
| III. | Voraussetzung der Erforderlichkeit | 106 |
| | 1. Zur Erforderlichkeit einer richterrechtlichen Fallnormbildung extra legem | 106 |
| | 2. Zum Problem der so genannten „gegriffenen Größen“ | 107 |
| IV. | Zwischenergebnis zu Geeignetheit und Erforderlichkeit | 110 |

| | |
|--|-----|
| V. Angemessenheit | 111 |
| 1. Einleitung | 111 |
| 2. Abwägungskriterien im Allgemeinen | 112 |
| a) Bedeutung des betroffenen Rechtsgutes | 112 |
| b) Eingriffsintensität | 112 |
| c) Verhalten der betroffenen Rechtsgutsträger | 113 |
| 3. Gesetzgeberischer Wille und Zulässigkeit von Rechtsfortbildung extra legem | 113 |
| a) Ungeeignetheit des contra-legen-Verbots als zentrale Schranke für Rechtsfortbildung | 114 |
| aa) Zur Problematik der Feststellbarkeit im Generellen | 115 |
| bb) Zur Definition der contra-legen-Grenze durch das BVerfG | 117 |
| cc) Kein ausreichender Schutz des gesetzgeberischen Willens | 120 |
| b) Schutz des gesetzgeberischen Willens im Rahmen der Abwägung | 121 |
| aa) Einleitung | 121 |
| bb) Regelungsdichte | 121 |
| cc) Normbedeutung | 125 |
| dd) Alter von Normen | 125 |
| ee) Gewichtung der Gründe für Rechtsfortbildung | 127 |
| ff) Zwischenergebnis | 128 |
| gg) Restbedeutung der Rechtsfortbildung contra legem | 129 |

| | |
|--|-----|
| hh) Darstellung der abgestuften Schutzwürdigkeit des gesetzgeberischen Willens | 131 |
| ii) Zusätzliches Argument für die 3-Stufen-Prüfung | 132 |
| 4. Bedeutung des bisherigen Richterrechts | 132 |
| a) Einleitung | 132 |
| b) Auffassungen zur Bindungswirkung von Richterrecht | 133 |
| aa) Richterrecht als normativer Maßstab | 133 |
| bb) Die Theorie von der Begründungslast | 133 |
| cc) Analoge Anwendung von Präjudizien | 135 |
| 5. Das Arbeitsrecht als Sonderrechtsgebiet innerhalb des Privatrechts | 138 |
| a) Einleitung | 138 |
| b) Vertretene Meinungen | 139 |
| c) Stellungnahme | 141 |
| aa) Arbeitsrecht als Sonderrechtsgebiet | 141 |
| bb) Integration ins Zivilrecht | 143 |
| 6. Zwischenergebnis zur Angemessenheitsprüfung | 144 |
| VI. Gesetzesvertretendes Richterrecht | 144 |
| 1. Einleitung | 144 |
| 2. Problematik | 146 |
| 3. Die „politische Entscheidung“ als weitere Anforderung | 148 |
| a) Begriff | 148 |

| | |
|---|-----|
| b) Zum Erfordernis der „politischen Entscheidung“ | 149 |
| c) Rechtlicher Rahmen für die „politische Entscheidung“ | 149 |
| d) Zentrale Bezugspunkte der „politischen Entscheidung“ | 151 |
| e) Die verbleibende Problematik des Arbeitskampfrechts | 153 |
| f) Beispiel für eine unzureichende Entscheidungsbegründung | 155 |
| 4. Zwischenergebnis zum gesetzesvertretenden Richterrecht | 156 |
| E. Schluss | 159 |
| Anhang: Gerichtliche Entscheidungen im Widerspruch zum Verhältnismäßigkeitsprinzip | 163 |
| Literaturverzeichnis | 165 |