

## **Inhaltsverzeichnis**

<b>A. Einleitung</b>	1
<b>B. Zum Begriff der Rechtsfortbildung extra legem</b>	5
<b>I. Zum Begriff der Rechtsfortbildung in Abgrenzung von der Gesetzesauslegung</b>	5
<b>II. Arten der Rechtsfortbildung</b>	7
1. Gesetzeskonkretisierende Rechtsfortbildung (praeter legem)	8
2. Gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung (extra legem)	8
3. Gesetzeskorrigierende Rechtsfortbildung (contra legem)	11
<b>C. Zur Zulässigkeit der Rechtsfortbildung extra legem im Allgemeinen</b>	13
<b>I. Zur Problematik der Rechtsfortbildung extra legem</b>	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
<b>II.</b>	<b>Diskutierte Zulässigkeitskriterien</b>	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
<b>III.</b>	<b>Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Ausgangspunkt der Zulässigkeitsprüfung</b>	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
<b>IV.</b>	<b>Die Begründungslast als Schranke der Rechtsfortbildung extra legem</b>	<b>46</b>
1.	Anwendung zugunsten bestehenden Richterrechts	46
2.	Anwendung zugunsten der Legislative	47
	a) Vorrang der Legislative	47
	b) Rechtssicherheit	49

<b>V. Zum Anwendungsbereich der Rechtsfortbildung extra legem</b>	49
1. Trennung der Anwendungsbereiche von Rechtsfortbildung	50
2. Zum Anwendungsbereich ausfüllungsbedürftiger Wertungsmaßstäbe	51
<b>VI. Zwischenergebnis</b>	52
<b>D. Zulässigkeit der Rechtsfortbildung extra legem im Arbeitsrecht</b>	55
<b>I. Prüfungspunkt legitimer Zweck</b>	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
<b>II.</b>	<b>Voraussetzung der Geeignetheit</b>	103
	1. Definition der Geeignetheit	103
	2. Bedeutung für das Arbeitsrecht	104
<b>III.</b>	<b>Voraussetzung der Erforderlichkeit</b>	106
	1. Zur Erforderlichkeit einer richterrechtlichen Fallnormbildung extra legem	106
	2. Zum Problem der so genannten „gegriffenen Größen“	107
<b>IV.</b>	<b>Zwischenergebnis zu Geeignetheit und Erforderlichkeit</b>	110

<b>V. Angemessenheit</b>	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-legem-Verbots als zentrale Schranke für Rechtsfortbildung	114
aa) Zur Problematik der Feststellbarkeit im Generellen	115
bb) Zur Definition der contra-legem-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
<b>VI. Gesetzesvertretendes Richterrecht</b>	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
<b>E. Schluss</b>	159
<b>Anhang: Gerichtliche Entscheidungen im Widerspruch zum Verhältnismäßigkeitsprinzip</b>	163
<b>Literaturverzeichnis</b>	165