

Inhaltsübersicht

Erster Teil

Problemstellung	25
§ 1 Gegenstand der Untersuchung	25
§ 2 Stand der Forschung	30
§ 3 Gang der Untersuchung	33

Zweiter Teil

Das Rechtsrisiko	35
§ 4 Der Risikobegriff	35
§ 5 Normfindungsrisiko	43
§ 6 Normauslegungsrisiko	78
§ 7 Normanwendungsrisiko	126
§ 8 Abgrenzung des Rechtsrisikos	152

Dritter Teil

Die Verteilung des Rechtsrisikos	164
§ 9 Das individuelle Rechtsrisiko	164
§ 10 Ermittlung der Risikoverteilung	183
§ 11 Rechtsrisiko und Verschulden	196
§ 12 Risikoverteilung im Gerichtsverfahren	226
§ 13 Vorgerichtliche Risikoverteilung	233
§ 14 Rechtsrisiko als Betriebsrisiko?	277
Zusammenfassung in Thesen	296
Literaturverzeichnis	299
Personenverzeichnis	328
Sachverzeichnis	329

Inhaltsverzeichnis

Erster Teil

Problemstellung	25
§ 1 Gegenstand der Untersuchung	25
I. Rechtsproblem Rechtsrisiko	25
II. Unvermeidbarkeit des Rechtsrisikos	26
III. Auswirkung des Rechtsrisikos	28
§ 2 Stand der Forschung	30
§ 3 Gang der Untersuchung	33

Zweiter Teil

Das Rechtsrisiko	35
§ 4 Der Risikobegriff	35
I. Entwicklung des Risikobegriffs	35
II. Verwendung in der Wissenschaft	36
III. Recht als Risiko	39
§ 5 Normfindungsrisiko	43
I. Normfindung	45
1. Normebenen des Arbeitsrechts	47
a) Europarecht	48
b) Bundesrecht	49
c) Länderrecht	52
d) Tarifvertrag	53
e) Betriebsvereinbarung	53
f) Arbeitsvertrag	54
g) Betriebliche Übung	54
h) Direktionsrecht	55
2. Normenkonkurrenz	55
a) Gleichrangige Normen	56
b) Normen unterschiedlichen Ranges	57
aa) Rangprinzip	57
bb) Günstigkeitsprinzip	59

3. Rechtslücken	61
a) Offene Lücken	63
aa) Analogie	63
bb) Richterrecht	65
b) Verdeckte Lücken	70
II. Risikomerkmale	70
1. Systematik der Gesetzgebung	71
2. Anzahl und Eindeutigkeit der Kollisionsregeln	71
3. Anzahl der Normebenen	73
4. Unwirksame Normen	73
5. Richterrecht	75
III. Zwischenergebnis	77
§ 6 Normauslegungsrisiko	78
I. Normauslegung	79
1. Notwendigkeit und Bedeutung	80
a) Sprachliche Zeichen und ihre Bedeutung	83
b) Auslegung und Entscheidungsbegründung	85
2. Normkonkretisierung	89
a) Definition	89
aa) Gesetzesdefinition	90
bb) Richterliche Definition	91
b) Beispiele	92
aa) Beispiele im Gesetz	92
bb) Richterliche Beispiele	93
c) Indikative Merkmale	93
3. Auslegungsmethode	94
a) Wortlaut als Ausgangspunkt	95
b) Auslegungskriterien	95
c) Rangfolge der Kriterien	99
d) Grenzen der Auslegung	102
aa) Wortlaut als Grenze	103
bb) Verfassungskonforme Auslegung	105
cc) Richtlinienkonforme Auslegung	107
4. Auswahlkriterium zwischen mehreren Auslegungsergebnissen	108
a) Dogmatik	110
b) Logik	112
c) Judiz	112
d) Gerechtigkeit	114
e) Präjudizien	117
5. Verbleibender Auslegungsspielraum	117

II.	Risikomerkmale	119
1.	Bestimmte und unbestimmte Merkmale	119
2.	Normative und deskriptive Merkmale	120
3.	Generalklauseln	121
4.	Rechtsprechungsänderung	123
III.	Zwischenergebnis	125
§ 7	Normanwendungsrisiko	126
I.	Normanwendung	128
1.	Subsumtionsvorgang	128
2.	Subsumtionsmaßstab	131
II.	Risikomerkmale	134
1.	Subjektive und objektive Merkmale	134
2.	Einbeziehung einer zukünftigen Entwicklung	135
3.	Abwägungsmerkmale	137
a)	Verhältnismäßigkeit	138
b)	Zumutbarkeit	140
c)	Billigkeit	141
d)	Interessenabwägung	145
e)	Der verständige Rechtsgenosse	148
aa)	Der verständige Arbeitgeber	149
bb)	Der verständige Arbeitnehmer	150
III.	Zwischenergebnis	151
§ 8	Abgrenzung des Rechtsrisikos	152
I.	Materielle Rechte	152
II.	Sachverhaltsermittlung	154
III.	Irrtümer	154
1.	Tatsachenirrtum	154
2.	Rechtsirrtum	155
3.	Subsumtionsirrtum	157
IV.	Prozessrisiko	160
V.	Zwischenergebnis	162
 <i>Dritter Teil</i>		
Die Verteilung des Rechtsrisikos		164
§ 9	Das individuelle Rechtsrisiko	164
I.	Konkretisierungsstufen des Rechtsrisikos	164
1.	Abstraktes Rechtsrisiko	165
2.	Konkretes Rechtsrisiko	165

3. Individuelles Rechtsrisiko	166
II. Entstehung des individuellen Rechtsrisikos	166
1. Rechtsauffassung	167
2. Rechtsrisikorelevante Handlung	168
a) Unterlassen	169
b) Gerichtsverfahren	170
3. Rechtsrisikorelevanter Schaden	170
a) Schäden aufgrund der rechtsrisikorelevanten Handlung	170
b) Schäden aufgrund fehlender Voraussetzungen der rechtsrisikorelevanten Handlung	171
aa) Unwirksamkeit der rechtsrisikorelevanten Handlung	172
bb) Beruhen der Unwirksamkeit auf der rechtlichen Würdigung ..	172
(1) Fehlen der umstrittenen Voraussetzung	172
(2) Fehlen weiterer Voraussetzungen	173
(3) Fehlen einer weiteren Voraussetzung aufgrund der umstrittenen rechtlichen Würdigung	173
c) Mittelbare Schäden	174
III. Quantifizierbarkeit des Rechtsrisikos	174
1. Quantifizierbarkeit des individuellen Rechtsrisikos	175
a) Rechtsanwendungsrisiko einer angenommenen Rechtmäßigkeit ...	176
b) Rechtsanwendungsrisiko einer angenommenen Rechtswidrigkeit ..	177
c) Vergleich der Rechtsanwendungsrisiken	178
2. Quantifizierbarkeit des konkreten Rechtsrisikos	180
3. Quantifizierbarkeit des abstrakten Rechtsrisikos	181
4. Folgen fehlender Quantifizierbarkeit	183
IV. Zwischenergebnis	183
§ 10 Ermittlung der Risikoverteilung	183
I. Risikoverteilung in einer konkreten Situation	184
1. In einem Gerichtsverfahren	185
a) Geschehensverlauf	185
b) Individuelle Rechtsrisiken	185
c) Verteilung des Rechtsrisikos	187
2. Vor einem Gerichtsverfahren	187
a) Geschehensverlauf	187
b) Individuelle Rechtsrisiken	189
c) Verteilung des Rechtsrisikos	189
3. Bewertung der Risikoverteilung	190
4. Paritätische Verteilung des Rechtsrisikos	190
II. Abstrakte Risikoverteilung im Arbeitsverhältnis	191

1. Geschehensverlauf	191
a) Ausgangssituation	191
b) Weitere Entwicklung	192
c) Endpunkte	194
2. Individuelle Rechtsrisiken	194
3. Verteilung des Rechtsrisikos	195
III. Zwischenergebnis	195
§ 11 Rechtsrisiko und Verschulden	196
I. Vertretenmüssen	196
1. Keine Haftungserleichterung gem. § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB	197
2. Vorsatz	198
3. Fahrlässigkeit	198
II. Voraussetzungen eines entschuldigenden Rechtsirrtums	200
1. Anlass zur Prüfung der Rechtslage	201
2. Bildung der eigenen Rechtsauffassung	202
a) Eigene Rechtseinschätzung	203
b) Auskunft einer Gewerkschaft	204
aa) Individual-rechtliche Sachverhalte	205
bb) Kollektiv-rechtliche Sachverhalte	207
c) Auskunft des Betriebsrats	211
d) Rechtsabteilung	212
e) Rechtskundige neutrale Stelle	212
f) Gerichte	214
g) Zwischenergebnis	215
3. Erforderlicher Grad der Rechtsüberzeugung	217
a) Mit Unterliegen im Rechtsstreit ist nicht zu rechnen	217
b) Rechtsansicht des Schuldners ist vertretbar	219
c) Rechtsansicht ist gut vertretbar	221
d) Zwischenergebnis	223
aa) Auswirkung der rechtlichen Schwierigkeit	223
bb) Milde Linie des Bundesarbeitsgerichts	224
III. Auswirkungen auf die Risikoverteilung	224
§ 12 Risikoverteilung im Gerichtsverfahren	226
I. Leistungsklage	226
1. Geschehensverlauf und Rechtsrisiko	227
2. Risikoverteilung	227
3. Entschädigung gem. § 61 Abs. 2 Satz 1 ArbGG	228
4. Besonderheiten der Leistungsklage auf Arbeit	229
II. Feststellungsklage	230

III.	Gestaltungsklage	231
IV.	Einstweiliger Rechtsschutz	232
V.	Zwischenergebnis	232
§ 13	Vorgerichtliche Risikoverteilung	233
I.	Verletzung der Hauptleistungspflicht des Arbeitnehmers	233
1.	Gerichtliche Geltendmachung des Erfüllungsanspruchs	234
2.	Verweigerung der Entgeltzahlung	234
3.	Schadensersatz	236
a)	Voraussetzungen	236
b)	Weiterer Geschehensverlauf und Risikoverteilung	236
4.	Beendigung des Arbeitsverhältnisses	237
a)	Abmahnung	238
aa)	Voraussetzungen	239
bb)	Weiterer Geschehensverlauf und Risikoverteilung	240
b)	Verhaltensbedingte Kündigung	241
aa)	Voraussetzungen	241
(1)	Vertreten müssen des Arbeitnehmers	242
(2)	Negative Zukunftsprognose	244
(3)	Interessenabwägung	245
(a)	Unverschuldeter Rechtsirrtum	246
(b)	Verschuldeter Rechtsirrtum	247
bb)	Weiterer Geschehensverlauf und Risikoverteilung	250
c)	Außerordentliche Kündigung	251
aa)	Voraussetzungen	251
(1)	Wichtiger Grund an sich	251
(2)	Interessenabwägung im Einzelfall	252
bb)	Weiterer Geschehensverlauf und Risikoverteilung	253
cc)	Schadensersatz gem. § 628 Abs. 2 BGB	253
d)	Weitere Folgen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses	254
5.	Zusammenfassende Risikobewertung	255
II.	Verletzung von Nebenpflichten des Arbeitnehmers	256
1.	Erfüllungsanspruch	257
2.	Zurückbehaltungsrecht	257
3.	Schadensersatz	258
4.	Beendigung	258
5.	Zusammenfassende Risikobewertung	259
III.	Verletzung der Hauptleistungspflicht des Arbeitgebers	259
1.	Erfüllungsanspruch	260
2.	Zurückbehaltungsrecht	260
a)	Rechtsgrundlage	261

b)	Voraussetzung	262
c)	Weiterer Geschehensverlauf	263
d)	Verteilung des Rechtsrisikos	263
3.	Schadensersatz	264
4.	Beendigung	264
a)	Abmahnung	265
b)	Außerordentliche Kündigung	265
c)	Schadensersatz gem. § 628 Abs. 2 BGB	266
5.	Zusammenfassende Risikobewertung	268
IV.	Verletzung von Nebenpflichten des Arbeitgebers	268
1.	Erfüllungsanspruch	269
2.	Verweigerung der Arbeitsleistung	270
a)	Rechtsgrundlage	270
b)	Weiterer Geschehensverlauf und Risikoverteilung	271
3.	Schadensersatz	271
4.	Beendigung	272
5.	Zusammenfassende Risikobewertung	273
V.	Risikobewertung einer Leistungsverweigerung	273
1.	Risikobewertung einer Verweigerung der Entgeltzahlung durch den Arbeitgeber	273
a)	Weiterer Geschehensverlauf	274
b)	Verteilung des Rechtsrisikos	275
2.	Risikobewertung einer Verweigerung der Arbeitsleistung durch den Arbeitnehmer	275
3.	Wechselseitige Verweigerung der Hauptleistungspflichten	275
VI.	Zwischenergebnis	276
§ 14 Rechtsrisiko als Betriebsrisiko?	277
I.	Die Verteilung des Rechtsrisikos im Arbeitsverhältnis	277
1.	Praktische Bedeutung der Handlungsmöglichkeiten	277
a)	Leistungsklage	278
b)	Leistungsverweigerung	279
c)	Schadensersatz	280
d)	Kündigung	282
2.	Vermeidbarkeit des Rechtsrisikos	282
3.	Zwischenergebnis	283
II.	Folgen einer disparitätischen Risikoverteilung	284
III.	Vorschläge für eine paritätische Risikoverteilung	287
1.	Ursache der disparitätischen Risikoverteilung	287
2.	Änderungsvorschläge	287
a)	Leistungsklage auf Arbeit	287

b) Verschulden	288
aa) Anforderungen an einen entschuldigenden Rechtsirrtum	289
bb) Gefährdungshaftung für Rechtsauffassungen?	289
cc) Risikozuordnung statt Verschulden	290
c) Interessenabwägung	292
IV. Rechtsrisiko als Betriebsrisiko!	293
Zusammenfassung in Thesen	296
Literaturverzeichnis	299
Personenverzeichnis	328
Sachverzeichnis	329